

W.H. VAN BOOM &
S.D. LINDENBERGH

Politiek privaatrecht

J O N G E M E E S T E R S

Bju

Boom Juridische uitgevers

Politiek Privaatrecht

Politiek Privaatrecht

Redactie:
W.H. van Boom
S.D. Lindenberg

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2013

© 2013 W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

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

ISBN 978-90-8974-857-7

NUR 820

www.bju.nl

Voorwoord

Met het schrijven van hun bijdrage aan dit boek voltooiden de auteurs – onder onze begeleiding – in de zomer van 2013 hun Master Privaatrecht of Master Aansprakelijkheid en Verzekering aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

We danken de studenten voor hun werkkraft en de vaardigheid om tastenderwijs de moeilijke onderwerpen en invalshoeken meester te worden. Ook danken we een aantal personen die met raad en daad bijstonden: Vincent Buskens, Emma Krikke, Peter Mascini en Ilona van der Zalm. De teksten werden met precisie in gereedheid gebracht door onze assistente Hilde Hoogendijk.

Alle bijdragen werden begin juli 2013 afgesloten; met eventuele latere ontwikkelingen werd geen rekening meer gehouden.

We dragen het boek op aan Niels Frenk (1962-2013), civilist, wetgever en hoogleraar, die een belangrijke rol speelde in een aantal van de ‘dossiers’ die in dit boek onderzocht worden. Niels liet zich voor een van de hoofdstukken nog interviewen. Niet lang daarna kwam hij te overlijden. Wij spreken de hoop uit dat de nieuwe lichting juristen die aan dit boek een bijdrage leverden, nog lang van zijn werk als wetgever en academicus mogen profiteren.

Rotterdam, zomer 2013

Willem van Boom & Siewert Lindenberg

Inhoud

I	INLEIDING, RONDELEIDING EN DOORGELEIDING	17
1.1	Inleiding: raakvlakken tussen politiek en privaatrecht	17
1.1.1	Wat is er nu ‘politiek’ aan privaatrecht?	17
1.1.2	Enkele kernbegrippen	18
1.1.3	Ideologie en twee delen privaatrecht	19
1.1.4	Privaatrecht is politiek	20
1.1.5	Rechtvaardigheid als ideologie	22
1.1.6	Dwingend privaatrecht als politiek vehikel	24
1.2	Rondleiding en krachtlijnen	26
1.2.1	Politieke kleur en privaatrechtelijke wetgeving	26
1.2.2	Politieke argumentatie, idealen en privaatrechtswerkelijkheid	27
1.2.3	Politiek gemotiveerde participatie in het privaatrecht	28
1.2.4	Rechter, wetgever en de ideale samenleving	29
1.2.5	Inertie, onmacht en onwil	31
1.3	Doorgeleiding	32
	Literatuurlijst	34
II	PRIVAATRECHT LANGS DE MEETLAT VAN POLITIEKE IDEOLOGIE	39
2.1	Inleiding	39
2.2	Wetgeving in een politieke context	40
2.2.1	Visies op wetgeving	40
2.2.2	De vrijheid van de wetgever	41
2.2.3	Een wetgever met scoringsdrang	42
2.2.4	Een nuancering op een al te ideologisch getint wetgevingsproces	43
2.3	Methode	43
2.3.1	Het structureren van een complexe werkelijkheid	43
2.3.2	Het definiëren van politieke ideologie	44
2.3.3	Het coderen van de wetsvoorstellen naar ideologische inhoud	45
2.3.4	Wetsvoorstellen ‘privaatrecht’ nader gespecificeerd	48
2.3.5	Koppeling met de politiek	49
2.4	Resultaten	51
2.4.1	Respons, plan van aanpak	51
2.4.2	Een duidelijk verschil tussen wetsvoorstellen	51
2.4.3	Aanwijzingen voor kleuring	53

2.4.4	Crowd-sourced coding als waarborg voor betrouwbaarheid	55
2.4.5	De invloed van eigen politieke voorkeur op de codering	56
2.5	Discussie	56
2.5.1	Uitkomsten van het onderzoek	56
2.5.2	Mogelijke verklaringen voor de uitkomsten	57
2.5.3	Beperkingen van de gekozen opzet	57
2.5.4	Suggesties voor vervolgonderzoek	58
2.6	Conclusie	58
	Literatuurlijst	58
	Annex	63
A I	De online survey	63
A II	Indeling politieke partijen	66
A III	Overzicht toegewezen score per wetsvoorstel	68
A IV	Outputtabellen niet-hiërarchische multilevel regressieanalyse	70
III	DE POLITIEKE KLEURING VAN HET CONSUMENTENRECHTELIJKE PARLEMENTAIRE DEBAT	73
3.1	Inleiding	73
3.2	Ideologie als voorspellende factor in het consumentenrechtelijke debat?	74
3.2.1	Politieke ideologieën	74
3.2.2	Het consumentenrecht en beleidsoverwegingen	75
3.2.3	De politieke ideologie van de VVD en de voorspelde positie in het consumentenrechtelijke debat	77
3.2.4	De politieke ideologie van de PvdA en de voorspelde positie in het consumentenrechtelijke debat	79
3.3	Consumentenrechtelijke parlementaire debatten	80
3.3.1	Inleidende opmerkingen	80
3.3.2	Initiatiefwetsvoorstel-Van Dam	81
3.3.3	Wetsvoorstel Bepalingen gebruik telefoonnummers	83
3.3.4	Wetsvoorstel Instellen antenneregister	85
3.3.5	Wet handhaving consumentenbescherming	88
3.3.6	Implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken	90
3.4	Discussie	93
3.5	Conclusie	97
	Literatuurlijst	98

IV	PREVENTIE, EEN POLITIEKE WASSEN NEUS?	105
	4.1 Inleiding	105
	4.2 De begrippen preventie en politiek	106
	4.2.1 Preventie als functie van aansprakelijkheidsrecht	106
	4.2.2 Preventie in de politiek	108
	4.3 Onderzoeksopzet	109
	4.4 Preventie in zeven wetsvoorstellen	110
	4.4.1 Het wetsvoorstel aansprakelijkheid gevaarlijke stoffen	110
	4.4.2 Het wetsvoorstel verkeersongevallen	111
	4.4.3 Het wetsvoorstel affectieschade	113
	4.4.4 Het wetsvoorstel informatie-uitwisseling ondergrondse netten	114
	4.4.5 Wetsvoorstel verruiming aansprakelijkheid minderjarigen	115
	4.4.6 Het wetsvoorstel inlenersaansprakelijkheid	117
	4.4.7 Het wetsvoorstel aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM	119
	4.5 Analyse van de zeven wetsvoorstellen: drie bijzonderheden	122
	4.5.1 Vooraf	122
	4.5.2 Bijzonderheid één: preventie vervult een ondersteunende rol	122
	4.5.3 Bijzonderheid twee: preventie heeft een kameleontisch karakter	123
	4.5.4 Bijzonderheid drie: het debat is voorspelbaar	125
	4.6 Conclusie	125
	Literatuurlijst	127
V	SYMBOLISCHE VERRUIMING VAN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN OUDERS	131
	5.1 Inleiding	131
	5.2 De doelstellingen van het wetsvoorstel	133
	5.2.1 Financiële compensatie van de slachtoffers	133
	5.2.2 De opvoedende en preventieve werking	134
	5.2.3 Het belang van een aansprakelijkheidsverzekering	135
	5.3 Overleg met de verzekeringsbranche	136
	5.3.1 De noodzaak van een kritische houding	136
	5.3.2 Een uitgebreid overleg in de jaren '80	136
	5.3.3 Niet de primaire discussie	137
	5.4 De mogelijke consequenties	138
	5.4.1 Een verruiming van de verzekerde risico's	138
	5.4.2 De voorspellingen	140

5.5	De standpunten in de verzekeringsbranche	142
5.5.1	Het Verbond van Verzekeraars	142
5.5.2	De verzekeringsvisie op het verruimde verzekerde risico	142
5.5.3	Geen gevolgen voor de verzekeringsdichtheid	144
5.5.4	Een tussenconclusie	145
5.6	Een symbolische wet	146
5.6.1	Een effectief symbool	146
5.6.2	De financiële verantwoordelijkheid van ouders	148
5.7	Conclusie	150
	Literatuurlijst	151
VI	OVERHEIDSINGRIJPEN IN DE LETSELSCHADEREGELING	153
6.1	Inleiding	153
6.2	Overheidsuitlatingen	155
6.3	Overheidsingrijpen? Standpunten in elf letselschadedossiers	157
6.3.1	Inleiding	157
6.3.2	Asbest	158
6.3.3	OPS	159
6.3.4	Legionellaramp	160
6.3.5	Wrongful life claims	161
6.3.6	DES	162
6.3.7	Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade	163
6.3.8	Affectieschade	163
6.3.9	Seksueel misbruik binnen de Katholieke Kerk	164
6.3.10	Voorschotregeling slachtoffers geweldsmisdrijven	165
6.3.11	Medische aansprakelijkheid	166
6.3.12	No cure, no pay	167
6.4	Bevindingen	167
6.4.1	Inleiding	167
6.4.2	Reikwijdte van de door Donner bepleite terug- houdendheid	168
6.4.3	Het overheidsingrijpen getoetst aan de bepleite terughoudendheid	169
6.4.4	Politieke besluitvorming	172
6.5	Conclusie	173
	Literatuurlijst	175

VII	HET VROUWENQUOTUM	179
	7.1 Inleiding	179
	7.2 De huidige regeling ter zake van een evenwichtige verdeling van zetels	180
	7.2.1 Politiek: de redenen voor invoering	180
	7.2.2 Beperkt toepassingsgebied	182
	7.2.3 Pas-toe-of-leg-uit-beginsel uit artikel 2:391 lid 7 BW	183
	7.3 Effectiviteit van de regeling	184
	7.3.1 De effectiviteitsvraag	184
	7.3.2 De huidige situatie	184
	7.3.3 Symboolpolitiek voldoende?	185
	7.3.4 Handhavingsmethoden	186
	7.3.5 Tijdelijk karakter	189
	7.3.6 Conclusie: huidige regeling niet effectief om evenwichtige verdeling te bereiken	190
	7.4 Zijn aanpassingen nodig om tot een effectievere regeling te komen?	191
	7.4.1 Ontwikkeling gelijke behandelingswetgeving in Nederland	191
	7.4.2 Vergelijking met andere Europese landen	191
	7.4.3 Aanpassingen nodig?	193
	7.5 Suggesties voor aanpassingen	193
	7.5.1 Schrappen horizonbepaling	193
	7.5.2 Boete bij niet-naleving pas-toe-of-leg-uit-beginsel	194
	7.5.3 Verhoging 30%-quotum naar 40%-quotum met het oog op de komst van een Europese richtlijn	195
	7.5.4 Geen liquidatie als sanctie	195
	7.6 Conclusie	195
	Literatuurlijst	196
VIII	DE VOORSCHOTREGELING: EEN ONGEDEKTE CHEQUE?	201
	8.1 Inleiding	201
	8.2 De voorschotregeling	203
	8.2.1 Wetsgeschiedenis voorschotregeling	203
	8.2.2 De voorschotregeling in de wet	204
	8.3 Onderzoekresultaten	205
	8.3.1 Algemene visie partijen op voorschotregeling	205
	8.3.2 Aanzuigende werking van de voorschotregeling	206
	8.3.3 De rechter en de voorschotregeling	208
	8.3.4 Mensenhandel	211

8.4	Evaluatie	212
8.4.1	Aanzuigende werking	212
8.4.2	Mensenhandel	215
8.5	Conclusie	218
	Literatuurlijst	220
IX	HET TERRORISMERISICO EN DE TERRORISMEPOOL NHT	223
9.1	Inleiding	223
9.2	De situatie vanaf 2001 tot heden	224
9.2.1	Hoe het verzekeringsprobleem begon...	224
9.2.2	De oprichting van de NHT en de deelname van de Staat	226
9.3	Verklaring van de publiek-private samenwerking	227
9.3.1	Motieven van de rijksoverheid om in te grijpen	227
9.3.2	De Staat als herverzekeraar	229
9.3.3	De NHT: een polderoplossing	232
9.3.4	Andere polderoplossingen	233
9.4	Beoordeling van de rol van de overheid	235
9.4.1	De keuze voor de oprichting van de NHT	235
9.4.2	Reguleringsscenario's	237
9.4.3	Blijvende deelname in de terrorismepool NHT	239
9.5	Conclusie	240
	Literatuurlijst	241
X	DE OVERSTROMINGSVERZEKERING IN NEDERLAND	247
10.1	Inleiding	247
10.2	Watersnoodschade lange tijd onverzekerbaar	249
10.3	De initiatieven tot een publiek-private overstromingsverzekering	253
10.3.1	Het Bindend Besluit Overstroming sneuvelt	253
10.3.2	De eerste poging tot een publiek-private watersnoodverzekering	254
10.3.3	De tweede poging tot een publiek-private watersnoodverzekering	255
10.3.4	De Wts in plaats van een watersnoodverzekering	259
10.3.5	Een derde poging tot een publiek-private watersnoodverzekering	260
10.3.6	Het initiatief tot een private overstromingsverzekering	262
10.4	Evaluatie	264
	Literatuurlijst	265

XI	DE HOGE RAAD ALS POLITIEK RECHTSVORMER	271
	11.1 Inleiding	271
	11.2 Wetsvoorstel Verkeersongevallen	274
	11.2.1 Inleiding	274
	11.2.2 Totstandkoming	275
	11.2.3 Inhoud	275
	11.2.4 Intrekking	277
	11.3 Behoorlijke verzekeringsplicht	277
	11.3.1 Inleiding	277
	11.3.2 Jurisprudentiële ontwikkeling	277
	11.3.3 Februari-arresten: verzekeringsplicht	279
	11.3.4 November-arresten: toepassingsbereik begrensd	280
	11.4 Verhouding wetgevende en rechtsprekende macht	281
	11.4.1 Inleiding	281
	11.4.2 Leer van de trias politica	281
	11.4.3 Wetgevende macht	282
	11.4.4 Rechtsprekende macht	283
	11.4.5 Rechtsvorming	285
	11.5 Verhouding wetsvoorstel Verkeersongevallen en behoorlijke verzekeringsplicht	285
	11.5.1 Inleiding	285
	11.5.2 Grens rechtsvorming Hoge Raad	285
	11.5.3 Toetsing	286
	11.6 Conclusie	289
	Literatuurlijst	292
XII	RECHTSPOLITIEKE STURING DOOR DE HOGE RAAD	295
	12.1 Inleiding	295
	12.2 Theoretisch kader	296
	12.2.1 Rechterlijke politiek	296
	12.2.2 De rechtspolitieke rol van de Hoge Raad	299
	12.3 De positie van de Hoge Raad in het privaatrecht	300
	12.3.1 De instrumenten van de Hoge Raad	300
	12.3.2 Rechtspolitieke sturingsmogelijkheden van de Hoge Raad	305
	12.4 Rechtspolitieke sturing door de Hoge Raad toegepast in twee dossiers	306
	12.4.1 Het kader van de case study	306
	12.4.2 Het faillissement van DSB Bank	307
	12.4.3 De nationalisatie van SNS Reaal	311
	12.4.4 Vragen aan de Hoge Raad uit deze twee dossiers	314
	12.5 Conclusie	316
	Literatuurlijst	316

XIII	RECHTERLIJKE OORDEELSVORMING ROND CULTURELE CONFLICTEN	323
	13.1 Inleiding	323
	13.2 Theoretisch raamwerk	325
	13.2.1 Ideologische keuze	325
	13.2.2 Debat multiculturele samenleving	327
	13.3 Methode	329
	13.3.1 Gekozen methode en beperkingen	329
	13.3.2 Kenmerken van de geïnterviewden	330
	13.4 Bevindingen	331
	13.4.1 Inleiding casus	331
	13.4.2 Casus mannenbesnijdenis	331
	13.4.3 Casus gemengde gymnastiekles	333
	13.4.4 Casus duurzame ontwrichting	335
	13.4.5 Casus islamitische tweedehandsautoverkoper	336
	13.4.6 Casus verlies reine hand	338
	13.5 Evaluatie van het gevonden materiaal	339
	13.6 Afsluiting	342
	Literatuurlijst	343
XIV	DE HYPOTHECAIRE RESTSCHULD	349
	14.1 Inleiding	349
	14.2 Het beleid	350
	14.2.1 De aanloop	350
	14.2.2 De problemen	354
	14.2.3 De reactie	354
	14.3 Mogelijke verklaringen	356
	14.3.1 De pad-afhankelijkheidsbenadering	356
	14.3.2 Het beleidsprocesmodel	357
	14.3.3 Het politiekessysteemmodel	360
	14.3.4 Het barrièremodel	363
	14.4 Afronding	365
	Literatuurlijst	366
XV	HET ONGEWIJZIGDE ONTSLAGRECHT VERKLAARD	371
	15.1 Inleiding	371
	15.2 Invoeringsgeschiedenis BBA 1945	374
	15.2.1 De situatie voor 1945	374
	15.2.2 Het BBA 1945	375
	15.2.3 Vergelijking met het heden	377
	15.3 Politieke besluitvorming Kok I tot Rutte II	378
	15.3.1 De kabinetten Kok	378

15.3.2	De kabinetten Balkenende	383
15.3.3	De kabinetten Rutte	386
15.4	Waarom blijven structurele herzieningen van het ontslagrecht uit?	388
15.4.1	Fundamentele belangentegenstellingen	388
15.4.2	Flexibilisering arbeidsverhoudingen	390
15.5	Conclusie	391
	Literatuurlijst	392
XVI	BEPERKEN VAN TOPINKOMENS BIJ BEURSGENOTEERDE VENNOOTSCHAPPEN	397
16.1	Inleiding	397
16.2	Ontwikkeling topinkomens	398
16.2.1	Ontwikkeling topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen	398
16.2.2	Ontwikkelingen in de publieke sector	400
16.3	Politieke standpunten over het wettelijk beperken van topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen	401
16.3.1	Politieke standpunten	401
16.3.2	Zetelverdeling	405
16.4	Maatregelen	406
16.4.1	Corporate Governance Code	406
16.4.2	Invloed aandeelhouders	407
16.4.3	Invloed ondernemingsraad	408
16.4.4	Claw back vordering	408
16.4.5	Fiscale maatregelen	409
16.5	Argumenten voor en tegen het wettelijk beperken van topinkomens	409
16.5.1	Contractvrijheid	409
16.5.2	Eigendomsrecht	411
16.5.3	Welvaartsmaximalisatie	411
16.5.4	Marktwerking	412
16.5.5	Vertrek naar buitenland en concurrentiepositie	413
16.5.6	Transparantie	413
16.5.7	Gevolgen van inkomensongelijkheid	414
16.6	Conclusie	414
	Literatuurlijst	415
	Annex 1	421
	Annex 2	425
	Annex 3	426

XVII	WAAROM HEEFT HET WETSVOORSTEL AFFECTIESCHADE HET STAATSBLAD NIET GEHAALD?	429
17.1	Inleiding	429
17.2	Onderzoeksontwerp	431
17.3	De parlementaire behandeling	432
17.3.1	Tweede Kamer	432
17.3.2	Eerste Kamer	433
17.4	Verklaringen	435
17.4.1	Verschil in zienswijze tussen Tweede en Eerste Kamer	435
17.4.2	Voorstel verworpen ondanks WODC-onderzoek en steun uit praktijk en rechtswetenschap	442
17.5	Conclusie	445
	Literatuurlijst	447

I Inleiding, rondleiding en doorgeleiding

W.H. van Boom & S.D. Lindenberg

Recht en politiek zijn nauw met elkaar verbonden. Zo is wetgeving het product van politiek – democratische besluitvorming waarbij gezocht wordt naar maatschappelijke sturing en maatschappelijk compromis in het licht van politieke ideologie. Voor privaatrechtelijke wetgeving is dat minder evident. Wat is er nu ‘politiek’ aan privaatrecht? En kunnen we van rechterlijke uitspraken in het privaatrecht zeggen dat ze ‘politiek’ zijn? Deze en soortgelijke vragen naar de raakvlakken tussen privaatrecht en politiek worden in dit boek verkend aan de hand van zestien bijdragen. In dit inleidende hoofdstuk wordt een aantal kernbegrippen nader geplaatst en worden verschillende raakvlakken tussen politiek en privaatrecht in kaart gebracht. Dan volgt een introductie van de zestien bijdragen en worden enkele dwarsverbanden besproken, waarna de lezer wordt doorgeleid.

1.1 Inleiding: raakvlakken tussen politiek en privaatrecht

1.1.1 *Wat is er nu ‘politiek’ aan privaatrecht?*

Dat er een relatie is tussen recht en politiek, is niet omstreden. Hoe die relatie geduid moet worden, is minder duidelijk. Het hangt er bijvoorbeeld van af wat men verstaat onder het begrip ‘politiek’. Men kan zeggen dat recht in de vorm van wetgeving één van de producten van het politieke bedrijf is. Men hoort ook wel eens zeggen dat ‘de rechter’ politiek bedrijft als hij ‘op de stoel van de wetgever gaat zitten’.

Het hangt er ook vanaf wat men als de functie van ‘recht’ ziet. Men kan bijvoorbeeld vooropstellen dat ‘recht’ ertoe dient om orde te bewaren en de oorlog van allen tegen allen te voorkomen, om persoonlijke vrijheid te waarborgen, om te voorkomen dat burgers elkaar schade toebrengen, of om dominante belangen van de heersende klasse te dienen.¹

Dat er een relatie is tussen privaatrecht en politiek, is minder onomstreden. *Wat is er nu ‘politiek’ aan privaatrecht?* Als men het privaatrecht ziet als een soort onverwoestbare verzameling van regels over eigendom, personen, contracten en schade, waarvan de kern al eeuwen dezelfde is,

1 Deze verschillende politieke filosofieën zijn terug te voeren op bijv. resp. Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), John Stuart Mill (1806-1873) en Karl Heinrich Marx (1818-1883). Zie nader Hampsher-Monk 1992.

dan is het inderdaad niet eenvoudig om die relatie te herkennen. Maar dat de onderwerpen en instituties in het privaatrecht weinig veranderen, betekent natuurlijk niet dat het privaatrecht zelf onveranderlijk is. Privaatrecht verandert (langzaam, maar toch)² als menselijke constructie gewoon mee met de maatschappij.³

Noem het de ‘dienende functie’ of de ‘vermaatschappelijking’ van het privaatrecht,⁴ maar duidelijk is in elk geval dat het privaatrecht niet in een vacuüm opereert. Bancaire zorgplicht, homohuwelijk, proportionele aansprakelijkheid? Geen privatist die er pakweg twintig à dertig jaar geleden van had gehoord, maar vandaag zijn ze nauwelijks meer weg te denken uit het privaatrecht. Zoals politiek en maatschappij interactie vertonen, zo zal dus ook het privaatrecht met maatschappij en dus met politiek interageren. Maar hoe? Voordat we die vraag verkennen aan de hand van de zestien bijdragen aan dit boek, staan we eerst stil bij enkele kernbegrippen die daarbij van nut zijn.

1.1.2 Enkele kernbegrippen

Hier introduceren we een aantal begrippen die door het gehele boek heen worden gebruikt. Dat wil niet zeggen dat de begrippen noodzakelijkerwijs op dezelfde wijze gehanteerd worden; elke auteur geeft waar nodig aan welke specifieke betekenis in het betreffende hoofdstuk wordt gebruikt.

Het begint uiteraard met het begrip *politiek*. Politiek is een proces van debat, belangenbotsing en compromisvorming dat zich volgens bepaalde spelregels afspeelt, dat uitkomsten (beleid) genereert met als doel maatschappelijke sturing of verandering. Idealiter vertaalt politiek zich in beleid – een min of meer coherent geheel van keuzes om gestelde doelen te verwezenlijken. Wetgeving is een drager van beleid. Politiek houdt zich dus bezig met oplossen, voorkomen en verminderen van maatschappelijke problemen, het sturen van de samenleving in een cyclus van compromis en

2 De 19^e-eeuwse context van continentale codificaties is veelal het creëren van een stabiele bescherming van fundamentele waarden – contractvrijheid, testeer-vrijheid en het recht op eigendom – tegen overheidsinmenging. Dat stabiliteits-streven betekent misschien wel dat verandering in het privaatrechtelijke raam-werk langzaam *behoort* te gaan.

3 Vgl. Pitlo 1969, p. 2.

4 In de naoorlogse jaren spraken sommige privaatrechtjuristen graag in die termen over de functie van het privaatrecht (ook wel de ‘sociale functie’ genoemd). Zie bijv. Valkhoff 1967, p. 3 e.v.; Pitlo 1969, p. 12 e.v. Vooroorlogse pioniers voor het privaatrecht waren m.n. Valkhoff en Sinzheimer (beiden niet toevallig politiek actief in de sociaaldemocratische hoek); zie Valkhoff 1928, p. 92 e.v.; Valkhoff 1938, p. 1 e.v.; Sinzheimer 1935, p. 76 e.v. Vgl. Croes & Leeuw 2012, p. 14; Vachelder 1992, p. 145-146.

consensus.⁵ Maar er zijn ook andere begrippen van politiek, die een minder ideologisch gedreven proces aanduiden, zoals partijpolitiek, Haagse politiek, politiek ‘gedoe’ en gelegenheidspolitiek. Ook die begrippen komen in de verschillende bijdragen aan de orde.

Ideologie is een coherent geheel van idealen en ideeën binnen de brede traditie waartoe een politieke partij of stroming behoort, dat uitdrukking geeft aan de ideale maatschappij waarnaar gestreefd wordt.⁶ Ideologie omvat niet alleen de idealen, maar ook een waardering van de bestaande maatschappij. Ook coherente ideeën over de manieren waarop de idealen genaderd kunnen worden en de onderliggende theorieën over menselijk gedrag en causale verbanden horen tot ideologie.⁷ Zo stellen bij *socialisme* bijvoorbeeld kansgelijkheid, sociale rechtvaardigheid en solidariteit de kaders voor rechtvaardigheid.⁸ Bij *liberalisme* zijn dat gelijkberechtiging, kansvrijheid en individuele autonomie en verantwoordelijkheid.⁹ Het rationele keuzemodel en het ‘mensmodel’ van rationeel individualisme passen goed in een liberaal wereldbeeld en minder goed in een socialistisch wereldbeeld. Bescherming en paternalisme passen juist beter bij die laatste stroming. Zo bezien krijgt de betekenis van ideologie voor privaatrecht al iets meer vorm.

1.1.3 *Ideologie en twee delen privaatrecht*

In de Nederlandse politiek zijn uiteraard uiteenlopende ideologieën te herkennen, maar voor het privaatrecht lijken ons vooral de volgende grondvormen van belang: socialisme, liberalisme en conservatisme.¹⁰ Andere indelingen zijn ongetwijfeld pleitbaar,¹¹ maar voor ons onderwerp denken

5 Over deze elementen bijv. Woerdman 2009, p. 21; Deschouwer & Hooghe 2011, p. 18; Heywood 2007, p. 3.

6 Vgl. Newton & Van Deth 2010, p. 291 e.v.; Deschouwer & Hooghe 2011, p. 69 e.v.; Woerdman 2009, p. 159 e.v.; Festenstein & Kenny 2005, p. e.v.

7 Vgl. Heywood 2000, p. 22 e.v.

8 Festenstein & Kenny 2005, p. e.v.

9 Zie over de verschillende varianten van liberalisme bijv. Kymlicka 2002, p. 53 e.v.; 102 e.v. Vgl. over ‘liberalisering’ Terpstra 2012, p. 170 e.v. Let wel: wat wij in het Nederlands liberale politiek plegen te noemen, wordt in Amerikaanse spraakgebruik vaker *libertarian* genoemd (hoewel dat een bepaalde ‘rechtse’ vorm van liberalisme is waarbij geen overheidstaak tot herverdeling wordt aangenomen, terwijl er ook ‘linkse’ vormen bestaan). In de Verenigde Staten zijn *liberals* vaker socialisten of algemener ‘linksen’. Zie bijv. Haidt 2012, p. 211 e.v.

10 Voor een algemeen overzicht zie bijv. Woerdman 2009, p. 144 e.v. Vgl. Newton en Van Deth 2010, p. 291 e.v. We realiseren ons overigens dat deze driedeling grofmazig is en geen ruimte laat voor allerlei nuanceringsen (zoals het onderscheid tussen socialisme, sociaaldemocratie en nieuw links).

11 Men kan bijv. ook vlakverdelingen maken op assen van ‘links’ en ‘rechts’ enerzijds en ‘conservatief’ en ‘liberaal’ anderzijds. Zie nader de bijdrage van De JONGSTE aan dit boek.

we te kunnen volstaan met dit drieluik. Deze ideologieën kunnen vervolgens in verband worden gebracht met twee onderscheidelijke delen van het privaatrecht: het marktrelevant privaatrecht en het privaatrecht ‘achter de voordeur’.

Het privaatrecht ‘achter de voordeur’ is kort gezegd het personen- en familierecht (Boek 1 BW). Politieke ideologie genereert opvattingen over het wenselijke familie- en personenrecht die aansluiten bij ideeën over de scheiding van kerk en Staat, de rol van de Staat bij opvoeding, onderwijs, ont-plooiing, zorgtaken en financiële verantwoordelijkheid voor kinderen en na scheiding, over de wenselijke mate van inmenging van de Staat in religie en andere kwesties ‘achter de voordeur’. Hier kan men verwachten dat juist confessioneel conservatisme sterke voorkeuren heeft wat betreft het privaatrecht ‘achter de voordeur’.¹²

Marktrelevant privaatrecht omvat het vermogensrecht en het rechts-personeelrecht. Politieke ideologie genereert namelijk ook opvattingen over hoe ‘ideale markten’ er uit zien: geheel ongereguleerd, bescherming biedend aan bepaalde beschermingsbehoeftegen of helemaal ingekapseld in een dwingend raamwerk? De wenselijke inrichting van rechtspersonen, de overheidsbemoedienis met contracten, goederen, aansprakelijkheden en uitwinning, worden alle in meerdere of mindere mate bepaald door de visie op de ‘ideale markt’.

1.1.4 *Privaatrecht is politiek*

Het voorgaande laat zien dat zelfs privaatrecht politiek is.¹³ Met een beetje goede wil kan privaatrecht daarom worden gelegd langs de lat van ‘liberalisme’ naar ‘socialisme’. Hoewel sommige privaatrechtelijke beginselen zoals dat van de contractvrijheid nog naar een 19^e eeuws liberalisme talen, kan niet worden ontkend dat het privaatrecht opgeschoven is van individuele autonomie naar – zo men wil – solidariteit of zorg voor de ander.¹⁴

12 Dat geldt in zekere zin ook voor liberale ideologie waar het privaatrecht ‘achter de voordeur’ raakt aan scheiding van kerk en Staat. Hier kan gedacht worden aan de ‘weigerambtenaar’, door coalities met confessionele partijen gekoesterd of gedoogd, maar onlangs door een D66-initiatiefwetsvoorstel in de ban gedaan door een Kamer met niet-conservatieve meerderheid (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 344).

13 De Amerikaanse stroming *Legal Realism* kan in deze sleutel kan worden gezet: het maken van rechtsregels is geen waardenvrije technische bezigheid maar impliceert het maken van politieke keuzes (en, zo voegden *Critical Legal Studies* academici daar in de jaren 70 aan toe, ‘juridische techniek’ wordt vaak als dekmantel gebruikt om onderdrukkende sociale hiërarchie te handhaven).

14 Vgl. Langemeijer 1994, p. 1 e.v.

Neem bijvoorbeeld *Baris/Riezenkamp*, het naoorlogse standaardarrest waarin de Hoge Raad definitief een nieuwe weg inslaat en bepaalt dat in de precontractuele fase partijen in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar staan en rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Die uitspraak is een rechtspolitieke beslissing over hoe mensen idealiter met elkaar omgaan in commerciële verhoudingen.¹⁵ Vanuit een *caveat emptor* standpunt kan daar geheel anders over worden gedacht. Waar politieke ideologie bijvoorbeeld individuele verantwoordelijkheid en vrijheid hoger waardeert dan solidariteit en mededogen, kan men voorspellen dat *caveat emptor* als uitgangspunt van overeenkomstenrecht verkieslijker wordt gevonden dan een zorgplicht om de ander te behoeden tegen onvolledige informatie (laat staan tegen eigen stomiteiten).¹⁶ De onderliggende theorie van *caveat emptor* kan dus zijn dat responsabilisering van individuen er aan bijdraagt dat zij geprikkeld worden om zichzelf als zelfstandig wezen ten volle te ontplooiën en dat het aannemen van zorgplichten tot ‘pamperen’, afschuifgedrag en – uiteindelijk – tot grotere overheidsbemoëienis in private verhoudingen leiden zal.¹⁷

Dit voorbeeld laat zien dat ideologie een ‘normatieve bril’ is die kleur geeft aan feiten, verbanden, mechanismen, en ook aan het ‘mensmodel’ (ideeën over hoe mensen redeneren, beslissen en handelen) in het recht. Bovendien bepaalt die ‘bril’ voor juristen waar zij de oplossing voor maatschappelijke problemen lokaliseren: ‘laat het aan de maatschappij en dus het privaatrecht over’ lijkt beter te passen bij een liberale opvatting dan het roder getinte ‘hier moet de overheid ingrijpen, toezicht houden en het straf/bestuursrecht

15 HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*). Even belangrijk is dus het Kelderluik-arrest (HR 5 november 1965, NJ 1966/136), dat uitbaters van cafés verplicht om te anticiperen op onvoorzichtigheid van hun clientèle. Men kan – breder – de ontwikkeling van verschillende zorgplichten uit de ‘goede trouw’ (redelijkheid en billijkheid) ook in deze sleutel zetten.

16 Zie voor dit voorbeeld op een meetlat tussen autonomie en paternalisme Ogus & Van Boom 2011, p. 3.

17 Zie reeds voorzichtig Portalis: ‘On gouverne mal, quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage, il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L’office de la loi est de nous protéger contre la fraude d’autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison (...) Si l’on part de l’idée qu’il faut parer à tout le mal, à tous les abus dont quelques personnes sont capables tout est perdu. On multipliera les formes à l’infini, on n’accordera qu’une protection ruineuse aux citoyens, et le remède deviendra pire que le mal.’ Zie J.E. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Paris: Joubert 1844, aangehaald door P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, V, 514-515.

inzetten'.¹⁸ Daarmee is overigens vermoedelijk niet gezegd dat alle civilisten liberale partijen kiezen in het stemhokje. Maar het betekent wel dat men ook vanuit privaatrechtelijke leerstukken een beeld kan krijgen welke politieke krachtlijnen door het privaatrecht lopen.

U kunt uzelf wat dit betreft eenvoudig testen door u af te vragen wat u vindt van loondoorbetalingsplicht bij ziekte van werknemers, van bancaire zorgplichten om cliënten te behoeden voor slechte keuzes, van een zorgplicht van het casino om gokverslaafden tegen zichzelf te beschermen, van dwingende solidariteit in het pensioenstelsel in plaats van contractvrijheid en van dwingende bescherming bij de consumentenkoop.

Een andere, nauw verwante manier waarop de grondvormen van liberalisme en socialisme 'vertaald' kunnen worden naar privaatrecht, is die waarin privaatrechtelijke regels worden geplaatst op een schaal van '*altruïsme* naar *individualisme*'. De gedachte is dat rechtsregels uitdrukking geven aan het ene of andere uiterste (of daartussenin geplaatst kunnen worden).¹⁹ Deze 'schaal' werkt ongeveer als volgt. Individualisme is de idee dat scherp onderscheid tussen eigen belangen en die van anderen bestaat, dat het legitiem is om eigen preferenties voorop te stellen en dat regels die samenleving mogelijk maken gerespecteerd moeten worden. Het is dus geen egoïsme maar refereert wel aan noties van vrijheid, zelfredzaamheid, *partijautonomie* en politiek liberalisme. Altruïsme kent als uitgangspunt dat de eigen belangen net zo belangrijk voor ons moeten zijn als de belangen van anderen, zodat noties als opoffering, delen, solidariteit en politiek egalitarisme meer voorop staan. Elke rechtsregel kan zo bezien een relatieve plaats innemen op de schaal van altruïsme naar individualisme.

1.1.5 *Rechtvaardigheid als ideologie*

Politieke ideologie impliceert ook een 'model van rechtvaardigheid'.²⁰ Rechtvaardigheid in een politieke context zegt iets over de gerichtheid van

18 Een goed hedendaags voorbeeld van deze 19^e-eeuwse rechtlijnigheid ziet men in het partijprogramma van de libertarische partij (www.libertarischepartij.nl), dat milieuverontreiniging primair als een privaatrechtelijk probleem definieert en dit vooral via aansprakelijkheidsrecht (privaatrecht) en niet via strafrecht of bestuursrecht aangepakt wenst te zien. Dit geloof in privaatrecht boven overheidstoezicht is onder meer terug te voeren op Amerikaanse (rechts) economische literatuur. Het zal niet verbazen dat men van veel Amerikaanse rechtseconomen zo de politieke kleur kan uittekenen. Probeer dat maar eens bij een Nederlandse civilist.

19 Kennedy 1976, p. 1685 e.v.; Kennedy 1982, p. 563 e.v.; vgl. via het werk van M.W. Hesselink (bijv. Hesselink 2004, p. 83 e.v.): Van Zelst 2008.

20 Daarover inleidend Terpstra 2012, p. 64 e.v.

politiek handelen op een ideale maatschappelijke orde. Politiek gaat daarom gepaard met een rechtvaardiging van handeling, beleid en resultaat. De persoon die handelt is al dan niet rechtvaardig, het beleid doet al dan niet recht aan betrokken belangen en de beoogde resultaten van het beleid zijn al dan niet rechtvaardig. Zo komt men op politieke standpunten over distributieve, retributieve (vergeldende) en commutatieve (uitwisselings-) rechtvaardigheid, In die driedeling zijn de volgende vragen relevant:

- Dient het (privaat)recht in dienst te worden gesteld van een rechtvaardige verdeling van goederen, lusten, lasten, kansen? En zo ja, is rechtvaardig een gelijke of ongelijke verdeling, een verdeling naar behoefte of verdienste?
- Dient het (privaat)recht in dienst te worden gesteld van vereffenende of vergeldende rechtvaardigheid? En zo ja, wanneer is het dan rechtvaardig met betrekking tot het bestraffen, belonen en herstellen ten aanzien van gepleegd onrecht? Moet het verzoenend of juist punitief zijn?
- Dient het (privaat)recht in dienst te worden gesteld van een rechtvaardige uitruilverhouding bij transactie? En zo ja, wat maakt een uitruil dan rechtvaardig en hoe kan het (privaat)recht dat bewerkstelligen?

Als men een opsomming maakt van verschillende opvattingen over de functies van het privaatrecht, herkent men al snel verschillende opvattingen over wat rechtvaardigheid is. Een kleine bloemlezing van denkbare opvattingen over rechtvaardigheid in het privaatrecht zou de volgende kunnen zijn:

- Het privaatrecht dient het algemeen welzijn te bevorderen.²¹
- Het privaatrecht dient ertoe te strekken dat men betamelijk leeft, de ander geen schade berokkent en dat 'ieder het zijne bekomt'.²²
- Een goede samenleving stelt welzijn, rechtvaardigheid en menselijke waardigheid ten doel.²³
- Privaatrecht moet voorkomen dat marktwerking tot uitbuiting en sociale uitsluiting leidt.²⁴

21 Welvaartseconomen zouden zeggen dat recht vooral moet bijdragen aan welvaartvergroting; vgl. Kaplow & Shavell 2002. Juristen formuleren het net wat anders, maar bedoelen misschien intuïtief hetzelfde. Vgl. Langemeijer 1985, p. 115 e.v., die bijv. aandacht vraagt voor het algemeen belang van privaatrechtelijke rechtsregels.

22 Zo vatten Jansen e.a. 2004, p. xxiii-xxiv het beschouwende werk van W.C.L. van der Grinten (1913-1994; hoogleraar te Nijmegen) samen.

23 Nieuwenhuis 2006, p. 7.

24 Brueggemeier e.a. 2004, p. 653 e.v. Vgl. daarover Nieuwenhuis 2006, p. 24-25.

- Het vermogensrecht heeft als rechtvaardigheidsstreven om ongelijkheid tussen ondernemingen, overheden en organisaties enerzijds en natuurlijke personen (consumenten) te compenseren.²⁵
- Het vermogensrecht behoort apolitiek te zijn, moet burgers in autonomie tot beslissingen laten komen en mag slechts dienen tot vergeldende rechtvaardigheid – door rechtens beschermenswaardige belangen en rechtsposities te beschermen en door het gegeven woord te laten binden (autonomie).
- Voor verdelende rechtvaardigheid is geen plaats in het vermogensrecht – dat is aan publiekrechtelijke regelgeving zoals belastingheffing en herverdeling van welvaart door het publiekrecht.²⁶
- Het privaatrecht dient het individu in bescherming te nemen tegen machtige bedrijven, organisaties en overheden.²⁷
- De Staat heeft tot taak om in civielrechtelijke verhoudingen in te grijpen als een van de betrokken partijen beschermd moet worden tegen de eigen preferenties wanneer die op lange termijn niet in het belang van betrokkene zijn (paternalisme).

1.1.6 *Dwingend privaatrecht als politiek vehikel*

Uiteraard is dwingend privaatrecht bij uitstek het vehikel voor politieke doeleinden. Drion schreef dat privaatrecht misschien onbetekenend is in politieke zin, maar dit niet gold voor dwingend recht:

‘De continuïteit van het privaatrecht is een symptoom van zijn betrekkelijke onbelangrijkheid. Het privaatrecht kon revoluties overleven, omdat juist het meest continue deel ervan – het vermogensrecht – maar een beperkte betekenis heeft voor de maatschappij. Het meeste betekenis heeft dan nog weer het minst traditionele deel van het vermogensrecht: het groeiende aantal regels van dwingend recht’.²⁸

We durven de beweringen van Drion niet helemaal te onderschrijven. Familierecht geeft relatief sterk uiting aan politieke opvattingen over hoe het er ‘achter de voordeur’ uit moet zien en wat de rol van de Staat daarbij is. Dus in politiek opzicht is dat deel van het privaatrecht niet onbelangrijk. Wel kan worden gezegd dat in ons stabiele land het regelend vermogens-

25 Vgl. Langemeijer 1950, p. 8 e.v.

26 Zo in essentie Brunner 1973, p. 5 e.v.; daarover Nieuwenhuis 2006, p. 75. Anders: Van den Berg 2000, p. 328 e.v., die verdelende rechtvaardigheid als kern van het vermogensrecht ziet. Daarover bijv. Van Boom 2002, p. 88 e.v.

27 In die richting lijkt Zonderland 1974, p. 212 e.v. te neigen.

28 Drion 1982, p. 395.

recht als zodanig – als het eenmaal is gecodificeerd – weinig wetgevend ‘onderhoudswerk’ behoeft.²⁹ Dat is anders met dwingend recht: dat geeft uiting aan wetgevende dwang om rechtsverhoudingen op een bepaalde manier in te richten. En dat heeft inderdaad, in de woorden van Drion, de meeste betekenis.

Dwingende bescherming van werknemers, huurders en consumenten in het vermogensrecht strekt tot ordening van markten die tot onrechtvaardigheden aanleiding gaven.³⁰ Zo kan men rustig stellen dat privaatrecht doortrokken is van publieke doelen, variërend van ontslagdrempels en uitzettingsverboden tot beslagvrije voeten.³¹ Die ordening door bescherming van zwakkere partijen kan er tot op zekere hoogte toe leiden dat welvaart wordt herverdeeld. Opgemerkt moet worden dat herverdeling, en dus verdelende rechtvaardigheid, zelden tot het privaatrecht gerekend wordt. Wil men welvaart in een maatschappij herverdelen, dan zal de overheid publiekrecht moeten inzetten (bijv. via belastingen en subsidies), terwijl privaatrecht slechts de status quo handhaaft en beschermt, zo wordt wel gezegd.³² Maar dat lijkt te kort door de bocht. Elk deel van het vermogensrecht dat dwingt, kan tot herverdeling aanleiding geven. En herverdeling is bij uitstek het domein van politieke ideologie.

Wel is het waar dat dwingend recht druk zet op rechtsverhoudingen; en onder druk wordt alles vloeibaar. Als de wet niet meebuigt terwijl markten wel grote behoefte hebben aan verandering, wordt de druk op beleidsmakers om de regels bij te stellen groot. Als dat niets oplevert, kan dwingende wetgeving omzeild of irrelevant worden gemaakt. Een voorbeeld van het eerste betreft de bescherming door het EU-recht van consumenten bij vertraging en uitval van luchtvaartdiensten.³³ De krachtige weerstand van luchtvaartmaatschappijen lijkt er toe geleid te hebben dat de EC de koers

29 Dat heeft vermoedelijk ook te maken met het feit dat de ‘instituties’ in ons land (zoals de drie machten, bescherming van eigendom, contract en overheidszorg voor gezondheid, veiligheid en onderwijs) sinds 1813 redelijk stabiel zijn gebleven (dat wil zeggen: revolutie bleef uit).

30 Vgl. Filippo 2008, p. 5 e.v.

31 Zo reeds Pitlo 1969, p. 39, die terecht er op wijst dat de grenzen tussen publiek- en privaatrecht niet statisch zijn en door de tijd verschuiven. Een meer statisch beeld wordt recentelijk opgeroepen door Scheltema & Scheltema 2009, p. 58, waarover Van Boom 2010, p. 150.

32 Zie over deze discussie o.m. Van Boom 2002, p. 88 e.v., met verwijzingen, waaraan toe te voegen Lucy 2007, p. 268 e.v.; Weinrib 2012, p. 9 e.v. Genuanceerder over de dichotomie privaat/publiek in dit opzicht Langemeijer 1994, p. 10-11. Vgl. ook Pitlo 1969, p. 36 e.v.

33 Door Europese regelgeving en rechtspraak van het HvJ EU (bijv. HvJEU 31 januari 2013, nr. C-12/11, NJ 2013/150; HvJEU 26 februari 2013, nr. C-11/11, NJ 2013/151).

wijzigt. Een voorbeeld van het tweede is ons ontslagrecht. Dwingende bescherming van zwakkeren – en dus herverdeling – is moeilijk te realiseren wanneer de markt het mogelijk maakt om de regels te omzeilen.³⁴ Politiek privaatrecht dat in een markt moet functioneren, moet rekening houden met hoe markten werken.

1.2 Rondleiding en krachtlijnen

1.2.1 *Politieke kleur en privaatrechtelijke wetgeving*

De bijdragen van DE JONGSTE en SCHOLTE staan elk in het teken van de vraag of en hoe politieke kleur terug te zien valt in privaatrechtelijke wetgeving en de parlementaire totstandkoming daarvan.

DE JONGSTE stelt zichzelf in zijn bijdrage ‘Privaatrecht langs de meetlat van politieke ideologie’ de vraag of aan privaatrechtelijke wetsvoorstellen de politieke kleur van het betreffende kabinet valt af te lezen. Wellicht is een eerste intuïtief gegeven antwoord ontkennend: privaatrecht is toch juist apolitiek? Niettemin probeert De Jongste met een kwantitatieve benadering een meer onderbouwd antwoord te krijgen op de vraag. Hij codeert wetsvoorstellen die sinds de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek hebben geleid tot wetswijzigingen, op ‘kleur’. Dat doet hij door middel van een ‘crowd-sourced coding’ indeling op een schaal van politieke ideologie. Vervolgens wordt een koppeling gemaakt met de kleur van het indienende kabinet en kan worden getoond dat er toch wel ideologische kleurverschillen zijn te vinden. Bovendien laat DE JONGSTE het nut van ‘crowd-sourced coding’ zien als veelbelovende methode om juridische teksten betrouwbaar te kunnen coderen, zodat kwantitatief onderzoek naar onderliggende tekstenmerken eenvoudiger wordt.

In haar bijdrage ‘De politieke kleuring van het consumentenrechtelijke parlementaire debat’ onderzoekt SCHOLTE of de bijdragen van politieke partijen aan de consumentenrechtelijke parlementaire discussie convergeren met de ideologieën van deze partijen. Zij onderzoekt daartoe de Kamerdebatten van vijf consumentenrechtelijke wetsvoorstellen die in de periode 2005-2010 in het parlement zijn behandeld. Door te concentreren op de bijdragen van politici van VVD en PvdA kan zij vanuit de politieke ideologieën van VVD en PvdA voorspellen welke posities deze politici waarschijnlijk zullen innemen in de betreffende dossiers. Vervolgens vergelijkt zij haar voorspellingen met de feitelijk ingenomen posities. Met behulp van interviews met betrokken Kamerleden onderzoekt SCHOLTE vervolgens hoe bepaalde afwijkingen van de voorspelling te verklaren zijn. Het onderzoek bevestigt

34 Daarover de bijdrage van Salah in deze bundel.

in grote lijnen dat ook politieke debatvoering over consumentenrecht langs lijnen van politieke ideologie verloopt. Verklaringen voor afwijkingen van de voorspellingen zijn bijvoorbeeld te vinden in profilering van oppositie- of juist kabinetsrollen, maar ook in de invloed van individuele woordvoerders.

1.2.2 *Politieke argumentatie, idealen en privaatrechtswerkelijkheid*

De bijdragen van SLOB, VERHEIJDEN, ENGELHARD en TEMPEL verkennen de frictie tussen het politieke ideaal en de werkelijkheid.

SLOB onderzoekt in zijn bijdrage ‘Preventie, een politieke wassen neus?’ hoe in parlementaire debatten over zeven wetsvoorstellen geargumenteed wordt over de preventieve werking in het privaatrecht. Het preventieargument wordt op verschillende manieren gehanteerd. De gedachte is dat aansprakelijkheidsdreiging een prikkel geeft aan potentiële veroorzakers van schade om op een zorgvuldige schadevermijdende wijze te handelen. SLOB constateert dat het preventieargument in vrijwel alle wetsvoorstellen een ondersteunende rol speelt, maar dat de manier waarop het argument wordt gebruikt meer retorische dan empirische kracht heeft. Anders gezegd: het argument wordt op een feitenvrije manier gebruikt die past in het politieke straatje van de betreffende spreker, zonder dat wordt overwogen om nader onderzoek te doen naar de echte bijdrage van preventieve werking.³⁵

VERHEIJDEN analyseert in ‘Symbolische verruiming van de aansprakelijkheid van ouders’ de politieke argumentatie die ten grondslag is gelegd aan het initiatiefwetsvoorstel risicoaansprakelijkheid ouders. Dat wetsvoorstel verlegt de aansprakelijkheid van ouders voor fouten van hun kinderen van 14 naar 18 jaar. Het ideaal is om slachtoffers van jeugdcriminaliteit ruimere verhaalsmogelijkheden te bieden, maar het is zeer de vraag of die verhaalsmogelijkheden in werkelijkheid ook toenemen. Dat zal onder meer afhangen van de vraag of verzekeringsmaatschappijen de verruimde aansprakelijkheid wenst te dekken, maar overleg daarover heeft niet plaatsgevonden. Of het wetsvoorstel – als het eenmaal wet is – het gestelde doel zal bereiken, is dus onzeker.

ENGELHARD vraagt zich in haar hoofdstuk ‘Overheidsingrijpen in de letselschaderegeling’ af hoe serieus standpunten van politieke ambtsdragers genomen kunnen worden. Zo formuleerde toenmalig Minister van Justitie J.P.H. Donner in 2004 als uitgangspunt dat de overheid niet zal ingrijpen in het letselschaderegelingsproces, dat verbeteringen via zelfregulering

35 Zie over feitenvrije argumentatie ook de verschillende bijdragen aan Van Boom e.a. 2013.

moeten worden bewerkstelligd en dat rol van de overheid bescheiden moest zijn. De werkelijkheid was en is anders; op het gebied van letselschade is geregeld sprake van overheidsingrijpen. ENGELHARD onderzoekt elf specifieke dossiers waarin in de afgelopen decennia de politieke vraag aan de orde is geweest of overheidsingrijpen was geïndiceerd. De conclusie luidt dat terughoudendheid juist ver te zoeken is en dat er op het gebied van letselschade gelegenheidspolitiek wordt bedreven.

In haar bijdrage ‘Het vrouwenquotum’ onderzoekt TEMPEL idealen en werkelijkheid op het vlak van het ‘vrouwenquotum’. Met de inwerkingtreding op 1 januari 2013 van de Wet bestuur en toezicht is een quotumregeling voor ‘grote’ vennootschappen ingevoerd, opdat de Nederlandse bedrijfstop voor ten minste 30% uit vrouwen bestaat. Indien vennootschappen niet voldoen aan het quotum, moeten zij hun redenen hiervoor opnemen in het jaarverslag volgens het pas-toe-of-leg-uit-beginsel. In de handhaving is een grote rol weggelegd voor de algemene vergadering van aandeelhouders. TEMPEL is somber over de effectiviteit, onder andere vanwege het pas-toe-of-leg-uit-beginsel en het gebrek aan handhavingsinstrumenten. Om de werkelijkheid het ideaal te laten naderen, stelt TEMPEL voor om enkele aanpassingen van de wet door te voeren.

1.2.3 *Politiek gemotiveerde participatie in het privaatrecht*

De bijdragen van STEVENS, BJELIC en VAN DIJKE gaan over politiek gemotiveerde participatie van de overheid in het privaatrechtelijk domein.³⁶

In haar bijdrage ‘De voorschotregeling: een ongedekte cheque?’ beantwoordt STEVENS de vraag of de invoering van de zogeheten voorschotregeling invloed uitoefent op beslissingen van strafadvocaten en rechters. De voorschotregeling, die in 2011 werd ingevoerd, bewerkstelligt dat wanneer de strafrechter een schadevergoedingsmaatregel oplegt en de veroordeelde de schadevergoeding niet binnen acht maanden betaalt, de Staat het verschuldigde bedrag aan het slachtoffer betaalt en vervolgens verhaalt op de aansprakelijke. De Staat participeert hiermee als het ware in de privaatrechtelijke verhouding tussen dader en benadeelde om laatstgenoemde te verzekeren van vergoeding. Heeft die achtervangfunctie gevolgen voor beslissingen van strafadvocaten en strafrechters? Uit interviews lijkt te volgen dat dit slechts in beperkte mate het geval is. Een uitzondering vormen mensenhandelzaken, waarin soms hoge bedragen aan schadevergoeding worden toegewezen. Over het algemeen wordt door rechters de schadevergoedingsmaatregel voor het volledig toegewezen bedrag opgelegd. Maar het komt ook voor dat de rechter de schadevergoedingsmaatregel beperkt, onder

36 Vgl. over deze thematiek ook de bijdragen aan Van Boom e.a. 2007.

verwijzing naar het financiële risico voor de overheid. De geïnterviewden geven daarom aan dat duidelijkheid nodig is over de reikwijdte van de regeling. STEVENS beargumenteert ten slotte dat het politieke doel van de voor-schotregeling nu juist is dat de verhaalspositie van slachtoffers verbetert en dat er dus – onder het motto ‘wie A zegt, moet B zeggen’ – veel voor pleit om ruimhartig te vergoeden binnen het strafproces.

In haar bijdrage getiteld ‘Het terrorismerisico en de terrorismepool NHT’ tracht BJELIC een verklaring te vinden voor de beslissing van de Rijksoverheid om na de aanslagen van 9/11 deel te nemen aan een private verzekeringsconstructie. De internationale verzekeringsbranche werd van de ene op de andere dag geconfronteerd met herziening van het terroristische dreigingsbeeld en de vrijwel onmiddellijk dreigende onverzekerbaarheid van het terrorismerisico. Om dit probleem het hoofd te bieden, besloot de Nederlandse overheid om samen met verzekeraars een verzekeringspool voor het terrorismerisico in te voeren. BJELIC brengt in kaart welke politieke argumenten destijds een rol speelden en zij komt ook tot een beleids-evaluatie. Haar conclusie is kort gezegd dat de politiek gemotiveerde participatie van de overheid in dit privaatrechtelijke domein op goede gronden is geschied en dat voortzetting wenselijk is.

Verwant aan de bijdrage van BJELIC is die van VAN DIJKE. Zij schreef onder de titel ‘De overstromingsverzekering in Nederland’ over de lange rituele dans tussen Nederlandse verzekeraars en de Haagse politiek inzake de verzekerbaarheid van overstromingsschade. Potentiële slachtoffers van watersnood zijn voor een eventuele vergoeding afhankelijk van de nationale solidariteit, omdat er in Nederland geen verzekeringsmogelijkheid bestaat voor het watersnoodrisico. Verzekeraars zijn beducht voor het dekken van deze schadeoorzaak vanwege het serieschade-karakter ervan; bovendien zijn de risico’s nogal uiteenlopend afhankelijk van woonplaats. Het Verbond van Verzekeraars en verschillende kabinetten hebben tot drie keer toe getracht om een publiek-private overstromingsverzekering in het leven te roepen. Deze pogingen zijn op niets uitgelopen. VAN DIJKE probeert te verklaren waarom. Een van de bevindingen is dat de politieke ideeën over waar solidariteit ophoudt en individuele verantwoordelijkheid (en dus privaatrecht) begint, door de loop des tijds aan verandering onderhevig blijken te zijn.

1.2.4 *Rechter, wetgever en de ideale samenleving*

DE BOER, WEKKER en BOONSTRA schreven hoofdstukken over de politieke rol van de burgerlijke rechter.

In haar bijdrage ‘De Hoge Raad als politiek rechtsvormer’ bespreekt DE BOER het spanningsveld tussen de wetgevende en rechtsprekende

macht met betrekking tot privaatrechtelijke rechtsvorming. De wetgever is de traditionele rechtsvormer. Hij ontwerpt democratisch gelegitimeerd het wettelijke kader waarbinnen de Hoge Raad dient te opereren. In de rechtspraak wordt echter erkend dat de rol van de Hoge Raad verder reikt dan als geschilbeslechter optreden in individuele zaken. Ter beantwoording van rechtsvragen waarin de wet niet goed voorziet, interpreteert hij indien nodig de wet en vormt hij recht. DE BOER laat zien hoe dat uitwerkt in een concreet dossier, namelijk dat van werknemersbescherming bij verkeersongevallen. Zij laat zien hoe de bijzondere wisselwerking tussen het ingetrokken wetsvoorstel Verkeersongevallen en de behoorlijke verzekeringsplicht zoals door de Hoge Raad ontwikkeld, tot stand is gekomen. Haar conclusie is dat de Hoge Raad niet adequaat invulling blijkt te kunnen geven aan de rechtsvormende taak die hij op zich heeft genomen.

Vervolgens bestudeert WEKKER in zijn bijdrage 'Rechtspolitieke sturing door de Hoge Raad' de procesrechtelijke middelen die de Hoge Raad ter beschikking heeft om zijn rechtspolitieke ambities waar te maken. Met de onlangs ingevoerde Wet versterking cassatierechtspraak en de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is het instrumentarium van de Hoge Raad namelijk vergroot. De vraag is alleen hoe deze nieuwe middelen ingezet kunnen worden en hoe daarmee vragen van rechtspolitieke aard beter en gericht beantwoord kunnen worden. WEKKER tracht aan de hand van twee actuele casus, het faillissement van DSB Bank en de nationalisatie van SNS Reaal, dergelijke rechtsvragen te inventariseren om zo te bezien welke sturing van de Hoge Raad gevraagd kan worden.

Het hoofdstuk van BOONSTRA, dat zij de titel 'Rechterlijke oordeelsvorming rond culturele conflicten' meegaf, gaat in op één van de meest controversiële politieke dossiers, dat van de multiculturele samenleving en de integratie van allochtonen. BOONSTRA onderzoekt hoe de civiele rechter zijn weg vindt in dit beladen onderwerp. De rechter is namelijk een van de actoren in het maatschappelijk debat over multiculturaliteit – of hij dat wil of niet – omdat hij bij geschillen rondom culturele diversiteit, en dus ook privaatrechtelijke geschillen, een standpunt zal moeten innemen. Het privaatrecht geeft de rechter door middel van de open normen in het Burgerlijk Wetboek de mogelijkheid en de opdracht om rekening te houden met culturele verschillen.³⁷ BOONSTRA interviewt verschillende rechters en legt ze een aantal casus voor waarin culturele verschillen centraal staan en waarin de wet de rechter opdraagt hier rekening mee te houden. Doen ze

37 Opgemerkt kan worden dat de rechter soms een keuze moet maken die afhangt van wat naar maatschappelijke opvattingen het meest redelijk moet worden geacht, aldus de Hoge Raad zelf in HR 8 oktober 2010, ECLI:N:L:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 (Hangmat). Vgl. Verheij 2012, p. 70-71.

dat ook? Slechts zeer ten dele, zo blijkt, ook wanneer de wet uitdrukkelijk ruimte biedt om rekening te houden met het ‘multiculturele aspect’. BOONSTRA vermoedt dat rechters de voorgelegde casus liever niet in dergelijke integratiepolitieke termen zien.

1.2.5 *Inertie, onmacht en onwil*

Het laatste thema van dit boek wordt in kaart gebracht door de bijdragen van KAMERLING, SALAH, WESTMAAS en VAN HOUWELINGEN, die allen een onderwerp behandelen waar de politiek nu juist niet tot daden komt.³⁸ KAMERLING vraagt zich in zijn bijdrage ‘De hypothecaire restschuld’ af waarom de Nederlandse politiek zo lang heeft gewacht met het ingrijpen in de contractvrijheid tussen woningkopers en banken waar het gaat om hypotheekvormen. Contractvrijheid leidde uiteindelijk tot een praktijk van te ruime kredietverstrekking en die praktijk is één van de oorzaken van de huidige woningmarktcrisis. Gunstige leenvoorwaarden leidden ertoe dat huizenprijzen bleven stijgen door de enorme vraag naar koopwoningen en dat mensen steeds hogere hypothecaire financieringen afsloten om toch een woning te kunnen kopen. Onder invloed van de recente crisis daalden vervolgens de huizenprijzen, waardoor thans veel hypotheekonderwater staan. Bij een eventuele verkoop van de woning dreigt momenteel een restschuld te ontstaan. In reactie op deze problemen beperkte de wetgever pas recent de contractvrijheid van woonconsumenten en hypotheekverstrekkers. Uit recent parlementair onderzoek komt echter naar voren dat de overheid te weinig en te laat heeft gedaan om de ruime kredietverstrekking te stoppen. KAMERLING suggereert aan de hand van enkele politicologische inzichten dat het uitblijven van eerder overheidsingrijpen teruggevoerd kan worden op een combinatie van electorale kortzichtigheid en padafhankelijk overheidsbeleid.

De bijdrage ‘Het ongewijzigde ontslagrecht verklaard’ van SALAH betreft het ontslagrecht, een chronisch kwakkelend dossier waar politieke daadkracht ver te zoeken is.³⁹ Een Nederlandse werkgever heeft sinds jaar en dag twee afzonderlijke mogelijkheden om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eenzijdig te beëindigen: ontbinding of opzegging. De ontbinding is een rechterlijke procedure, de opzegging is een vergunningsprocedure. Beide hebben voor- en nadelen; gezamenlijk zijn ze een kenmerkend onderdeel van het arbeidsrecht dat de Nederlandse arbeidsmarkt in een statische greep houdt. SALAH analyseert de politieke besluitvorming in de kabinetsperiodes Kok I tot Rutte II en tracht te verklaren waarom het

38 In zekere zin kan hier ook de bijdrage van VAN DIJKE worden genoemd.

39 Vgl. de analyse van Grapperhaus 2013, p. 167 e.v.

duale ontslagstelsel maar niet gewijzigd geraakt. De grote tegengestelde maatschappelijke belangen bieden één verklaring, zowel binnen de politiek als tussen werkgevers en werknemers. Maar een andere, en wellicht nog wel belangrijker verklaring ligt in de afgenomen relevantie van het ontslagrecht door de toegenomen flexibilisering van arbeidsverhoudingen.

WESTMAAS onderzoekt in zijn hoofdstuk getiteld 'Beperken van topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen' hoe in het politieke discours gesproken wordt over exorbitante beloning van bestuurders van private ondernemingen: een zaak van marktwerking waar de overheid buiten moet blijven of juist een kwestie waar ingrijpen noodzakelijk is? WESTMAAS laat zien dat het inkomen van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen de afgelopen vijftien jaar drie keer zo snel steeg als het gemiddelde inkomen. Dat er tot op heden geen beperkingen zijn gesteld aan topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen, is eenvoudig waar te nemen: hoewel in het parlement het aantal voorstanders voor wettelijk ingrijpen in vijftien jaar veelelvoudigd is, was er tot voor kort geen kamermeerderheid voor. De politieke geesten zijn er kennelijk nog niet rijp voor, hoewel de argumenten tegen een dergelijke beperking vaak niet valide zijn. Bovendien blijkt zelfregulering tot op heden weinig effectief. WESTMAAS is hoopvol dat er binnenkort een kentering volgt.

Een uitzonderlijk geval waarin privaatrechtelijke wetgeving niet tot stand kwam, wordt onderzocht door VAN HOUWELINGEN. Hij behandelt in zijn bijdrage 'Waarom heeft het Wetsvoorstel affectieschade het Staatsblad niet gehaald' over het wetsvoorstel affectieschade, dat na zeven jaar parlementaire omzwervingen uiteindelijk strandde in de Eerste Kamer. Ondanks dat bijna alles erop wees dat het wetsvoorstel door het parlement zou worden aangenomen en er breed draagvlak onder de meestbetrokken belanghebbenden bestond, haalde het wetsvoorstel het Staatsblad toch niet. VAN HOUWELINGEN probeert, onder meer door middel van interviews met direct betrokken personen, te achterhalen waarom het wetsvoorstel gesneuveld is. Zijn bijdrage toont dat politiek privaatrecht soms aankomt op de invloed van een enkel Kamerlid.

1.3 Doorgeleiding

Aan het slot gekomen van dit inleidend hoofdstuk, willen wij de lezer nog twee slotopmerkingen meegeven: de eerste betreft methodologie en de tweede het belang van het inzicht dat privaatrecht politieke dimensies kent. Wat betreft de methodologie van dit boek: de auteurs zijn juristen, geen politicologen of sociologen. Zij schreven hun bijdragen als jurist, gespecialiseerd in geldend privaatrecht. Toch hebben de auteurs vaak veel nut gehad van het 'aanleunen' tegen de methodes die juist die andere disci-

plines hanteren. Er werden hypotheses geformuleerd en getoetst, er werd veel tijd besteed aan het onderzoeksdesign, er werden naast gestructureerde documentanalyse en literatuurstudie ook interviews en surveys verricht en data-analyse uitgevoerd.⁴⁰ We beseffen terdege dat over de gehanteerde methodes verschil van inzicht kan bestaan en dat – zoals te doen gebruikelijk in de sociale wetenschappen – over resultaten en de interpretatie daarvan gediscussieerd kan worden. Dat lijkt ons alleen maar winst.

Dan nog een enkele opmerking over het belang van besef van de politieke dimensies van privaatrecht. Hopelijk heeft deze inleiding en rondleiding duidelijk gemaakt dat privaatrecht in verschillende opzichten raakvlakken heeft met politiek en politieke vraagstukken. Dat is belangrijke kennis voor beginnende civilisten. Belangrijke hedendaagse politieke vraagstukken als woningmarkt, arbeidsmarkt, zorg, onderwijs hebben in meer of mindere mate een privaatrechtelijke dimensie. Moeten problemen op lokale kredietmarkten (zoals bijv. de woningmarkt en kredietmarkten voor MKB ondernemers) aangepakt worden door contractvrijheid van geldleners te beperken, door ze te verbieden om te veel uit te lenen of misschien juist door ze te dwingen geld uit te lenen? Moet het eroderen van het ontslagbeschermingsrecht door toename van flexwerk- en ZZP-constructies worden aangepakt door deze contractvormen verder te reguleren? Het zijn politieke vraagstukken die het privaatrecht rechtstreeks raken en waar civilisten besef van moeten hebben. Precies dergelijke vraagstukken staan centraal in de zestien bijdragen die hierna zijn opgenomen.

De bijdragen tonen bovendien dat ook de nieuwe generatie Rotterdamse civilisten nadenkt over de plaats van politieke ideologie in hun toekomstige vakgebied. In een maatschappij die aan sociaaldemocratische markteconomie grote welvaart ontleent, worden politieke ideologieën minder belangrijk, zo wordt wel gesteld.⁴¹ In de bijdragen aan dit boek wordt getoond dat ideologie in het privaatrecht als drager van ideeën over de ideale samenleving juist wél belang heeft. Nederland is een relatief stabiele en egalitaire samenleving – als we Wilkinson en Pickett mogen geloven is een maatschappij waarin gelijkheid wordt nagestreefd, gelukkiger, harmonieuzer, gezonder en economisch weerbaarder⁴² – waarin solidariteit tussen groepen (arm en rijk, hoog- en laagopgeleid, jong en oud) nog op een redelijk draag-

40 Daarbij kregen de auteurs ondersteuning van experts binnen en buiten Erasmus School of Law om het risico van diletantisme te minimaliseren. Van al het empirisch onderzoek en de statistische analyses werden logboeken bijgehouden; van interviews werden gespreksverslagen gemaakt. Al het ruwe materiaal is op te vragen bij de redacteurs.

41 Hazeu 2004, p. 79 e.v. Vgl. Grapperhaus 2013, p. 25.

42 Wilkinson & Pickett 2009. Voor een overzicht op de methodologische aanvalen en hoe de auteurs deze stuk voor stuk wisten te weerleggen: en.wikipedia.

vlak kan rekenen. Maar dat zijn geen eeuwige waarden. Neem bijvoorbeeld vergrijzing: ouder worden staat gelijk aan conservatiever en angstiger worden, terwijl conservatisme en angst correleren met punitiviteit en met het benadrukken van individuele keuzes en verantwoordelijkheden. Misschien heeft dat uiteindelijk ook gevolgen voor de plaats en functie van het privaatrecht? Zo verandert privaatrecht met de maatschappij mee.

Literatuurlijst

Van den Berg 2000

P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht (diss. Rotterdam)*, Deventer: Gouda Quint 2000.

Van Boom 2002

W.H. van Boom, 'Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid', in: W.H. van Boom & M.H. Wissink (red.), *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking (preadvies van Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 73-147.

Van Boom 2010

W.H. van Boom, *Handhaving consumentenbescherming: een toelichting op de Wet handhaving consumentenbescherming*, Zutphen: Paris 2010.

Van Boom e.a. 2007

W.H. van Boom e.a. (red.), *Privaatrecht ondersteund - doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2007.

Van Boom e.a. 2013

W.H. van Boom e.a. (red.), *Capita Civilologie - Handboek empirie en privaatrecht*, BJu 2013.

Brueggemeier e.a. 2004

G. Brueggemeier e.a., 'Social Justice in European Contract Law: A Manifesto', *European Law Journal* 2004, p. 653-674.

org -> lemma 'The Spirit Level: Why More Equal Societies Almost Always Do Better'. Zie ook Rowlingson 2011.

Brunner 1973

C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht (oratie Groningen)*, Deventer: Kluwer 1973.

Croes & Leeuw 2012

M.T. Croes & F.L. Leeuw, 'De logos van het civiele', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, the Hague: BJu | Eleven 2012, p. 7-31.

Deschouwer & Hooghe 2011

K. Deschouwer & M. Hooghe, *Politiek - Een inleiding in de politieke wetenschappen*, Den Haag: Boom Lemma 2011.

Drion 1982

H. Drion, *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982.

Festenstein & Kenny 2005

M. Festenstein & M. Kenny, *Political Ideologies*, Oxford University Press 2005.

Filippo 2008

B. Filippo, 'Wanneer moet paternalisme worden verkozen boven autonomie in het contractenrecht? Beschouwingen over een goede balans, mede aan de hand van het huurbeschermingsrecht', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 5-24.

Grapperhaus 2013

F. Grapperhaus, *Terug de polder in - Pleidooi voor een werkende arbeidsmarkt*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2013.

Haidt 2012

J. Haidt, *The righteous mind - why good people are divided by politics and religion*, London: Penguin 2012.

Hampsher-Monk 1992

I. Hampsher-Monk, *A History of Modern Political Thought*, Malden/Oxford: Blackwell Publishing 1992.

Hazeu 2004

C.A. Hazeu, 'Nabije democratie', in: E.R. Engelen & M. Sie Dhian Ho (red.), *De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat (WRR Verkenning)*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2004, p. 79-94.

Hesselink 2004

M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag: BJu 2004.

Heywood 2000

A. Heywood, *Key concepts in politics*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2000.

Heywood 2007

A. Heywood, *Politics*, London: Palgrave 2007.

Jansen e.a. 2004

C.J.H. Jansen e.a., 'Willem Christiaan Leonard van der Grinten (1913-1994)', in: C.J.H. Jansen e.a. (red.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Kluwer 2004, p. xvii-xxvii.

Kaplow & Shavell 2002

L. Kaplow & S.M. Shavell, *Fairness versus welfare*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2002.

Kennedy 1976

D. Kennedy, 'Form and substance in private law adjudication', *Harv. L.Rev.* 1976, p. 1685-1778.

Kennedy 1982

D. Kennedy, 'Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power', *Maryland L. Rev.* 1982, p. 563-658.

Kymlicka 2002

W. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford: O.U.P. 2002.

Langemeijer 1950

G.E. Langemeijer, *Ons oordeel over wat recht moet zijn (oratie Leiden 1946)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1950.

Langemeijer 1985

G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985.

Langemeijer 1994

G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht (bew. E.J.H. Schrage)*, Deventer: Tjeenk Willink 1994.

Lucy 2007

W. Lucy, *Philosophy of Private Law*, Oxford: OUP 2007.

Newton & Van Deth 2010

K. Newton & J.W. van Deth, *Foundations of Comparative Politics*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, 'Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad', in: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht - wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: BJu 2006, p. 1-18.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, *Waarom is het recht op aarde?*, Den Haag: BJu 2006.

Ogus & Van Boom 2011

A. Ogus & W.H. van Boom (red.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2011.

Pitlo 1969

A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink 1969.

Rowlingson 2011

K. Rowlingson, *Does income inequality cause health and social problems?*, Joseph Rowntree Foundation 2011.

Scheltema & Scheltema 2009

M. Scheltema & A.H. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht - Noodzakelijke veranderingen na de crisis (Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht)*, Deventer: Kluwer 2009.

Sinzheimer 1935

H. Sinzheimer, *De taak der rechtssociologie*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zn. 1935.

Terpstra 2012

M. Terpstra (red.), *Onenigheid en gemeenschap*, Amsterdam: Boom 2012.

Vachelder 1992

J.C.M. Vachelder, *Universiteit tussen vorming en opleiding. De modernisering van de Nederlandse universiteiten in de negentiende eeuw (diss. Maastricht)*, Hilversum: Verloren 1992.

Valkhoff 1928

J. Valkhoff, *De marxistische opvattingen over recht en staat (diss. UvA)*, Groningen: P. Noordhoff 1928.

Valkhoff 1938

J. Valkhoff, *Een Eeuw Rechtsontwikkeling*, Amsterdam: Arbeiderspers 1938.

Valkhoff 1967

J. Valkhoff, *Vermaatschappelijk vermogensrecht in het Nieuwe B.W. (afscheidsrede UvA)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967.

Verheij 2012

A.J. Verheij, *Waarschuwen voor termijnen. Pleidooi voor een informatieplicht met betrekking tot verjarings- en vervaltermijnen (oratie Groningen)*, Den Haag: BJu 2012.

Weinrib 2012

E.J. Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford: O.U.P. 2012.

Wilkinson & Pickett 2009

R. Wilkinson & K. Pickett, *The Spirit Level - Why Equality is Better for Everyone*, Penguin Books 2009.

Woerdman 2009

E. Woerdman, *Politiek en politicologie*, Groningen/Houten: Noordhoff 2009.

Van Zelst 2008

B. van Zelst, *The Politics of European Sales Law - A Legal-Political Inquiry into the Drafting of the Uniform Commercial Code, the Vienna Sales Convention, the Dutch Civil Code and the European Sales Directive in the Context of the Europeanization of Private Law (diss. UvA)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International/Wolters Kluwer Law & Business 2008.

Zonderland 1974

P. Zonderland, *Methode van het privaatrecht*, Amsterdam: Agon | Elsevier 1974.

II Privaatrecht langs de meetlat van politieke ideologie

C.K.F. de Jongste*

Het privaatrecht vormt de maatschappij. De wetgever dient zich daarom te laten leiden door het algemeen belang. In het wetgevingsproces komt dat belang tot uitdrukking door het samengaan van verschillende partijstandpunten. Op die manier kan men zeggen dat een wet door stemverhouding en coalitievorming ‘kleur’ heeft. Maar geldt dat ook voor privaatrechtelijke wetgeving? Om die vraag te beantwoorden worden in deze bijdrage wetsvoorstellen die sinds de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek hebben geleid tot wetswijzigingen onderzocht op ‘kleur’. Daartoe werden de wetsvoorstellen door middel van ‘crowd-sourced coding’ ingedeeld op een schaal van politieke ideologie. Door de koppeling te maken met de politieke dominantie op het moment van indienen van het voorstel laat dit onderzoek zien dat per kabinetsperiode de verhouding tussen wetten met verschillende ideologische kleur inderdaad significant verschilt. Bovendien laat dit onderzoek zien dat ‘crowd-sourced coding’ in deze context een veelbelovende methode is om juridische teksten betrouwbaar te kunnen coderen, en daarmee toegankelijk te maken voor kwantitatief onderzoek.

2.1 Inleiding

Het privaatrecht bestaat uit een stelsel van regels dat ziet op de verhouding tussen burgers en bedrijven. Zo zorgt het er bijvoorbeeld voor dat eigendom beschermd wordt en stelt het regels rond huwelijken en echtscheidingen. De maatschappij wordt daarmee in belangrijke mate gevormd door het privaatrecht. Op de website van de rijksoverheid is zelfs te lezen dat het privaatrecht ‘beschrijft hoe burgers en bedrijven met elkaar om moeten gaan’.¹ De invulling van hoe partijen met elkaar ‘moeten’ omgaan zal een kwestie zijn van opvattingen over hoe de ideale maatschappij er uit ziet. Politieke ideologie houdt zich hier bij uitstek mee bezig. Zo komt men al

* De auteur dankt de anonieme codeurs voor hun inspanningen, prof. dr. ir. Vincent Buskens voor methodologische ondersteuning en ESL voor het ter beschikking stellen van een grote partij koffiemokken.

1 <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving/privaatrecht> (waarneming op 5 juni 2013).

snel op de vraag of er verband bestaat tussen de inrichting van onze privaatrechtelijke wetgeving – het product van politieke besluitvorming – en politieke ideologie.

Het beantwoorden van die vraag is niet eenvoudig: hoe bepaalt men de ‘kleur’ van privaatrechtelijke wetgeving? In deze bijdrage beschrijf ik een onderzoek dat probeert te kwantificeren of politieke ideologie herkenbaar is in privaatrechtelijke wetgeving. Daarmee wijk ik af van de gangbare kwalitatieve wijze van juridische tekstinterpretatie.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2.2 ga ik in op het wetgevingsproces in een politieke context en besteed ik aandacht aan factoren die tot kleuring zouden kunnen leiden. Deze informatie gebruik ik vervolgens voor het ontwikkelen van onze methode zoals in paragraaf 2.3 wordt uiteengezet. De resultaten worden behandeld in paragraaf 2.4, waarna wordt afgesloten met een discussie en conclusie in de paragrafen 2.5 en 2.6.

2.2 Wetgeving in een politieke context

2.2.1 *Visies op wetgeving*

Er bestaan verschillende visies op wetgeving. Volgens wetgevingstheoretici is wetgeving een product van een afweging vanuit algemene gezichtspunten.² De overheid staat boven de belanghebbende partijen wanneer zij besluiten voorbereidt en neemt. Een andere visie op wetgeving is de instrumentalistische visie, waarbinnen de wet dient als middel om bepaalde beleidsdoelen te kunnen bereiken.³ Volgens de theorie van de semi-autonome velden wordt een nieuwe regel echter ingepast in bestaande semi-autonome sociale velden waar allerlei normen, waarden en regels gelden.⁴ Een nieuwe regel zal daardoor nooit radicaal anders zijn.

In de praktijk vullen de verschillende visies elkaar aan en is geen ervan de absolute waarheid.⁵ Want door de gefaseerde belangeninbreng en -afweging bij de ambtelijke voorbereiding en in de Tweede Kamer is de kans groot dat specifieke belangen tot algemeen belang verheven worden. Er wordt in dat verband ook wel gesproken van de ‘partijdige wetgever’.⁶ Daarnaast

2 Hirsch Ballin 1984, p. 91-92.

3 Eijlander & Voermans 2000, p. 18.

4 Deze benadering is gepresenteerd door Griffiths 1978.

5 Klein Haarhuis & Niemeijer 2009, p. 12.

6 Brenninkmeijer 1993, p. 1388.

brengt het legaliteitsbeginsel met zich mee dat de wet gezien kan worden als een vehikel van beleid.⁷ Wanneer wordt uitgegaan van de theorie van semi-autonome velden zal ook erkend moeten worden dat wetgeving dergelijke velden opnieuw kan definiëren. Juist met de wet in de hand kunnen mensen namelijk pogen nieuwe verhoudingen te scheppen, machtsbalansen bij te stellen en belangen te profileren.⁸ Een te star beeld van deze velden is daarom niet goed houdbaar.

2.2.2 *De vrijheid van de wetgever*

In het wetgevingsproces spelen de regering en Tweede Kamer de belangrijkste rol: de regering omdat die door coalitievorming politieke doelen wil bereiken en de Tweede Kamer omdat zij als gekozen volksvertegenwoordiging het recht van initiatief en amendement in handen heeft. Nu het vaak de regering zal zijn die actief beleid voert, zal het ook de regering zijn die de wetgevingsmachine aandrijft.⁹ Het beleid zal gericht zijn op de sturing van een bepaalde maatschappelijke ontwikkeling.¹⁰ Het staat de wetgever verder vrij om het onderwerp en de reikwijdte van wetgeving te bepalen.^{11, 12} Wetgeving is daardoor potentieel nauw verbonden met de politieke overtuiging van de betrokken partijen.

Een nuancering op dit beeld is nodig, omdat er veel partijen in verschillende stadia bij dit wetgevingsproces betrokken zijn.¹³ Het parlement werkt niet in een vacuüm en daarom hoeft de koppeling tussen politiek en wetgeving niet eenduidig te zijn. Naast actoren binnen Den Haag zijn er ook externe actoren die invloed kunnen uitoefenen op het wetgevingsproces. Denk bijvoorbeeld aan lobbyende belangengroepen, de media of de ‘publieke opinie’.¹⁴ Ook zullen wetsvoorstellen vaak in gang gezet worden door rapporten van commissies en/of departementale geldingsdrang.¹⁵ Verder kunnen er nog allerlei aanpassingen plaatsvinden binnen het wetgevingsproces waardoor de uiteindelijke wet er (iets) anders uitziet dan door de indieners

7 Veerman 2004, p. 15.

8 Veerman & Mulder 2010, p. 11.

9 Van der Pot 2006, p. 528.

10 Zie voor een voorbeeld Bovens, 't Hart & van Twist 2012, p. 82.

11 Onder ‘de wetgever’ verstaan we dan de regering en de Staten Generaal, zie art. 81 Gw.

12 Van der Pot 2006, p. 653.

13 Ramlal 2012, p. 31.

14 Stoter & Huls 2006, p. 13.

15 Van der Pot 2006, p. 661.

was bedacht.¹⁶ Zo zullen er in de voorbereidende fase consultatierondes plaatsvinden en wordt advies ingewonnen van de Raad van State. De Tweede Kamer heeft het recht van amendement en de Eerste Kamer kan het wetsvoorstel nog verwerpen. Niettemin spelen regering en Tweede Kamer een essentiële rol in het wetgevingsproces. Uiteraard houden zij rekening met de wereld om zich heen: de regeringspartijen en parlementsleden zijn namelijk afhankelijk van de kiezers, die de partijen zullen afrekenen op hun prestaties bij de aankomende verkiezingen.

2.2.3 *Een wetgever met scoringsdrang*

Het bestaansrecht van het politieke bedrijf is dat het het maatschappelijk belang dient.¹⁷ Maar wat is het maatschappelijk belang? De invulling van wat goed is voor het welzijn van de samenleving wordt gekleurd door politieke opvattingen. Politieke partijen belichamen deze opvattingen en proberen daarvoor steun van hun kiezers te krijgen. Nu deze partijen afhankelijk zijn van de kiezers, zal bij het voeren van beleid ook een politiek motief een rol kunnen spelen.

Illustratief voor dit proces is de *Public Choice*-theorie die voorspelt dat mensen in het publieke domein zich gedragen als in de markt.¹⁸ De motor voor hun handelen is gebaseerd op de eigen preferenties. Politici zijn vanuit deze opvatting te beschouwen als ondernemers en politieke partijen als producenten. Politici en partijen zijn elkaars concurrenten binnen het politieke speelveld en strijden om de 150 Kamerzetels die te verdelen zijn in de Tweede Kamer. Politiek wordt in deze context ook wel vergeleken met een arena.¹⁹ Door deze strijd om de kiezer is er beleidsdruk, een verschijnsel dat het scoringsproces wordt genoemd.²⁰ De koers die in een regeerakkoord is vastgelegd moet tot zichtbare resultaten leiden, en wel bij voorkeur vóór het einde van de kabinetsperiode. Om te zorgen voor een goede uitslag bij de herverkiezingen is het voor politici van belang daadkracht te tonen.²¹ Vanuit deze visie lijkt het onontkoombaar dat politieke partijen hun ideologie zullen projecteren in wetgeving, om zo de maatschappij naar hun ideologie te vormen.

16 Zie voor een gedetailleerd overzicht van het wetgevingsproces Van der Pot 2006, p. 660 e.v.

17 Veerman & Mulder 2010, p. 44.

18 Buchanan & Tullock 1962, p. 19.

19 Veerman 2011, p. 5.

20 Veerman & Mulder 2010, p. 47.

21 Trappenburg 2008, p. 91.

2.2.4 *Een nuancering op een al te ideologisch getint wetgevingsproces*

Wetgeving is ingebed in een beleidsmatige en politieke context en daardoor bevat de wetgeving compromissen.²² Bovendien is wetgevingstijd schaars en moet het voorstel worden ingepast in het systeem van wetgeving. Ook moet wetgeving functioneren in de bestaande maatschappij en passen in een internationaal economisch en juridisch raamwerk. De ruimte die politici hebben om hun ‘kleur’ door een wetsvoorstel te uiten, is daarom soms klein.²³

Daarnaast vinden nog andere processen plaats die de scherpe kantjes van het scoringsproces afslijpen, zoals het afstemmingsproces waarbij met allerlei partijen overeenstemming wordt gezocht om draagvlak te creëren. De instemming van de meerderheid van het parlement is nodig voor het realiseren van beleid en wetgeving. Het kan daarbij zijn dat uitruil van stemmen plaatsvindt. Een politiek standpunt wordt dan opgegeven in ruil voor het verkrijgen van steun in een ander dossier.²⁴ Het verband tussen politieke dominantie en de ‘kleur’ van een aangenomen wet kan daardoor vertroebelen.

2.3 Methode

2.3.1 *Het structureren van een complexe werkelijkheid*

Uit het bovenstaande blijkt dat het moeilijk is om een wetgevingsproces eenduidig te analyseren en om de uitkomsten van dat proces op heldere oorzaakvariabelen terug te voeren. In het privaatrechtelijke domein geldt dat misschien nog wel sterker, omdat dat niet bij uitstek het forum lijkt waar een strijd plaatsvindt tussen botsende politieke ideologieën. Het zal dus nodig zijn om de complexe werkelijkheid te structureren naar kwantitatief hanteerbare eenheden.²⁵ Ten eerste zal het begrip ideologie operationeel gemaakt moeten worden (paragraaf 2.3.2). Ten tweede zullen de wetsvoorstellen hanteerbaar gemaakt moeten worden om ze te kunnen plaatsen op een ideologische schaal (paragraaf 2.3.3). Deze plaatsing geschiedt door middel van ‘codering’ (paragraaf 2.3.4). Tot slot zal de koppeling met de politiek gemaakt worden (paragraaf 2.3.5).

22 Hupe 2007, p. 50.

23 Eijlander & Voermans 2000, p. 126.

24 Veerman & Mulder 2010, p. 51.

25 Pole & Rosenthal 1997, p. 3.

2.3.2 *Het definiëren van politieke ideologie*

Ideologie is een politieke overtuiging die ziet op specifieke en algemene ideeën over de vormgeving van de maatschappij.²⁶ Ideologieën vormen daarmee de grondslag voor waardeoordelen. Voor het categoriseren van ideologie zijn de indelingen links-rechts en progressief-conservatief het meest gangbaar.²⁷ De invulling van deze begrippen is niet statisch, wat het begrip ‘ideologie’ ambigue maakt.²⁸

De ‘links-rechts’ indeling ziet veelal op economische beleidsoverwegingen. Links stelt prioriteit aan economische gelijkmaking.²⁹ Linkse partijen willen dan ook dat de overheid een actieve rol inneemt in de economie. Daar tegenover staat rechts, dat prioriteiten legt bij individuele economische vrijheid. Rechtse partijen zullen daarom juist pleiten voor een reductie van de economische rol van de overheid. Ze willen lagere belastingen, minder regulering, meer privatisering, minder overheidsuitgaven en een slankere welvaartsstaat die minder lasten oplegt aan werkgevers, ondernemers en particulier initiatief.³⁰ Deze ‘links-rechts’ indeling heeft vooral betrekking op economische aspecten van beleid, waardoor zij niet volstaat wanneer ik alle aspecten van het privaatrecht wil indelen.³¹ Niet-economisch beleid kan daarom beter worden ingedeeld op de schaal ‘progressief-conservatief’. Progressief wordt dan de verzamelnaam voor *green-alternative-libertarian* (afgekort: *GAL*). Conservatief wordt verzamelnaam voor *traditionalism, authority, nationalism* (afgekort: *TAN*).³²

De *GAL* partijen hebben voorkeur voor ruimere persoonlijke vrijheden en rechten. Zij zijn bijvoorbeeld voor abortus, euthanasie en het homohuwelijk. Ze zijn voorstander van verdere verbetering van democratische processen en bescherming van de vrijheid van meningsuiting. Tegelijkertijd zijn ze tegen discriminatie op politieke of seksuele gronden. De *TAN* partijen verwerpen deze ideeën. Ze geloven dat de overheid een stevige autoriteit moet zijn en de stem van de moraal. Orde is volgens deze ideologie belangrijker dan ongebreidelde participatie en vrijheid. Ook verkiezen ze nationale soevereiniteit boven internationale betutteling.³³

26 Browning 2002, p. 255.

27 Zie bijvoorbeeld Benoit en Laver 2006, p. 131; Browning 2002, p. 255.

28 Hunt 1985, p. 31.

29 Marks & Hooghe 2006, p. 156.

30 Hooghe, Marks & Wilson 2002, p. 967.

31 Benoit & Laver 2006, p. 17.

32 Marks & Hooghe 2006, p. 157.

33 Hooghe e.a. 2002, p. 976.

2.3.3 *Het coderen van de wetsvoorstellen naar ideologische inhoud*

Uit de kwantitatieve politicologische literatuur volgt dat bij het coderen van politiek getinte tekst direct kan worden ingedeeld naar politieke ideologie, of indirect. Bij de directe manier wordt de tekst meteen gekoppeld aan politieke ideologie. Het voordeel van deze methode is dat van tevoren al vastligt wat onder verschillende ideologieën wordt verstaan, zodat daarover later geen discussies kunnen ontstaan. Bij de indirecte manier wordt de tekst eerst gescoord op algemene kenmerken, zoals autonoom en individualistisch, waarna dit later wordt vertaald naar politieke ideologie.³⁴ Voordeel van deze methode is dat de validiteit van de codering niet afhankelijk is van de tevoren vastgelegde omschrijving van de ideologische schaal.

De directe methode wordt onder meer gebruikt bij het *Comparative Manifesto Project* (afgekort: *CMP*), de *Segal/Cover*-methode en de *Chapel Hill Expert Survey* (*CHES*). Met de *CMP*-methode worden partijprogramma's ingedeeld op een 'links-rechts' schaal aan de hand van een lijst met 56 standpunten die deze stromingen weerspiegelen.³⁵ Hierbij bestuderen enkele codeurs de teksten van beginselprogramma's van politieke partijen, met de instructie om per politiek statement een waarde toe te kennen ontleend aan het eindimensionale 'links-rechts' onderscheid. Bij de *Segal/Cover*-methode wordt enkele codeurs gevraagd de inhoud van opiniestukken uit diverse kranten te scoren, om deze kranten te kunnen plaatsen op een eindimensionale schaal 'conservatief-liberaal'.^{36, 37} Bij de *CHES* worden experts gevraagd om aan de hand van een vragenlijst partijen op een 'links-rechts' schaal en een *GAL-TAN* schaal in te delen.³⁸

De indirecte methode is onder meer gebruikt in een onderzoek naar politieke invloeden op het contractenrecht.³⁹ Daarbij werden regels uit het contractenrecht gescoord op een schaal van individualisme tot altruïsme, afhankelijk van de mate waarin de regels verplichtingen oplegden aan par-

34 Benoit en Laver 2006, p. 115-116.

35 Deze methode is geïntroduceerd in Laver & Budge 1992 en later onder meer gebruikt in Budge e.a. 2001. Voor een uitgebreide handleiding bij dit project, zie <http://www.mzes.uni-mannheim.de/publications/wp/wp-64.pdf>.

36 Segal & Cover 1989, p. 559.

37 Deze methode wordt ook gehanteerd in onder meer Ho & Quinn 2008.

38 Zie voor een toepassing Bakker, Jolly & Polk 2010, p. 5.

39 Kennedy 2001, p. 13.

tijen.⁴⁰ Hierbij werd vervolgens individualisme gekoppeld aan rechts, en altruïsme aan links.⁴¹

Aangezien ik zowel wetsvoorstellen in het familierecht als in het vermogensrecht bestudeer, kies ik voor twee ideologische schaalindelingen: ‘links-rechts’ en ‘progressief-conservatief’ in de betekenis van de GAL/TAN-indeling. In mijn onderzoek heb ik verder gekozen voor de directe methode. Door direct aan de deelnemers te vragen om wetsvoorstellen in te delen naar een gegeven definitie van ‘links-rechts’ en ‘conservatief-progressief’, worden discussies achteraf over de indeling van de wetsvoorstellen voorkomen. Daarmee is de uitkomst van de codering afhankelijk van de gegeven definities. Om te voorkomen dat de codeurs varen op hun eigen interpretatie van de ideologische schaal, heb ik tijdens de instructie een overzichtelijk schema gegeven met daarin de definitie van ‘links-rechts’ en ‘progressief-conservatief’ die gehanteerd diende te worden tijdens het coderen.⁴² Dit schema werd bij elk fragment getoond als geheugensteun. Voor het onderdeel vermogensrecht zag dit schema er als volgt uit:

Links ‘ <i>economische gelijkheid</i> ’	Rechts ‘ <i>economische vrijheid</i> ’
– sociale rechtvaardigheid/herverdeling	– stimuleren marktwerking/economische vrijheid
– positieve houding ten aanzien van democratische waarden	– positieve houding ten aanzien van efficiënt bestuur en zuinig overheidsbeleid
– opkomen voor de belangen van de werkende bevolking	– inperking van de verzorgingsstaat
– overheidsregulering	– minder overheidsregulering

Voor het onderdeel familierecht zag dit overzicht er als volgt uit:

Conservatief ‘ <i>behoud collectieve waarden</i> ’	Progressief ‘ <i>uitbreiden persoonlijke vrijheden</i> ’
– overheidsregulering	– minder overheidsbemoeienis/enkel ter facilitering vrijheden (bijvoorbeeld faciliteren echtscheidingen)
– behouden traditionele waarden (bijvoorbeeld tegen homohuwelijk)	– tegen discriminatie op basis van etnische afkomst, religie, of politieke/seksuele gronden
– grote rol voor overheid als autoriteit	– meer democratische deelname
– overheid als stem van het moraal	– ruimere vrijheid van meningsuiting
– verdediging van de nationale gemeenschap	– bescherming milieu

40 Deze schaal is ontleend aan de indeling van Kennedy 2001.

41 Hesselink 2004, p. 677.

42 Zie annex A I.

Vervolgens vroeg ik de codeurs om aan de hand van deze definities elke vignettekst te scoren op een vijfpuntsschaal.⁴³

Bij coderingsmethodiek is een goede tussen-persoon reproduceerbaarheid belangrijk.⁴⁴ De variatie tussen verschillende onafhankelijke codeurs moet daarbij binnen een bepaalde tolereerbare foutmarge blijven.⁴⁵ Het coderen van een tekst is per definitie gevoelig voor coderingsfouten, aangezien het gaat om een per definitie subjectieve interpretatie van een tekst door menselijke codeurs.⁴⁶ Dat dit een serieus struikelblok is, komt naar voren in een onderzoek dat kritisch kijkt naar de mate waarin verschillende codeurs bij de *CMP*-methode tot overeenstemmende uitkomsten geraken. Deze inter-codeur betrouwbaarheid bleek zeer matig te zijn. Want ook al werd gewerkt met gedetailleerde instructies en ook al had meer dan 1/3 van de codeurs ervaring met het coderen volgens *CMP*-methode, toch blijkt betrouwbaarheid matig.⁴⁷ Zolang wordt gewerkt met menselijke codeurs en tekstinterpretatie, lijkt perfecte overeenstemming onhaalbaar.⁴⁸

Eén van de manieren om dit probleem te ondervangen is om gebruik te maken van een groot aantal codeurs, ofwel *crowd-sourced coding*.⁴⁹ Zo kan met een ongetrainde groep codeurs een zelfde niveau van betrouwbaarheid worden gehaald als met een expert.⁵⁰

In dit onderzoek maak ik gebruik van deze techniek. Ik heb de te coderen teksten met voorafgaande instructie als een *online survey* toegestuurd aan 393 potentiële respondenten.⁵¹ Voor het overgrote deel betrof dit het academisch personeel en gevorderde studenten aan de Erasmus School of Law.⁵² Hierdoor is gewaarborgd dat de codeurs een vergelijkbare achtergrond en een behoorlijk tekstbegrip hebben.

43 De keuze voor een vijfpuntsschaal is meest gebruikelijk, Manheim, Rich & Willnat 2002, p. 150. De keuzemogelijkheden voor de codeur bij het onderdeel vermogensrecht bestonden daarmee uit: zeer links, gematigd links, midden, gematigd rechts, zeer rechts. Zie annex A I voor screenshots van de weergave van de vragen.

44 Manheim, Rich & Willnat 2002, p. 73. Zie voor een concrete toepassing: Krippendorff 2004, p. 211.

45 Hayes & Krippendorff 2007, p.78.

46 Kennedy 2001, p. 14.

47 Mikhaylov, Laver & Benoit 2012, p. 87.

48 Mikhaylov, Laver & Benoit 2012, p. 79.

49 Snow e.a. 2008, p. 260.

50 Benoit e.a. 2012, p. 25.

51 Zie annex A I voor deze instructie.

52 Het wetenschappelijk personeel bestond uit hoogleraren, PhD-studenten en student-assistenten; de studenten waren privaatrechtelijk georiënteerd. De codeurs ontvingen een niet-geldelijke beloning.

Om een groot publiek bereid te vinden om stukken tekst te coderen naar ideologische inhoud zal het noodzakelijk zijn om de inhoud te reduceren tot een hanteerbaar vignet per wetsvoorstel, dat binnen redelijke tijd beoordeeld kan worden. Het maken van een dergelijk vignet vergt selectie, wat per definitie gevoelig is voor enig verlies aan nuance.⁵³

2.3.4 Wetsvoorstellen ‘privaatrecht’ nader gespecificeerd

Eerder in deze bijdrage sprak ik over ‘het privaatrecht’, wat een heel breed begrip is. Zo is er het Burgerlijk Wetboek, maar zijn er ook tal van andere privaatrechtelijke wetten. Om het begrip hanteerbaar te maken voor analyse heb ik het privaatrecht beperkt tot het familie- en vermogensrecht uit de boeken 1 tot en met 10 van het Burgerlijk Wetboek. Implementatiewetgeving werd van analyse uitgesloten, omdat dit onderzoek zich richt op kleuring van de wet, ingegeven door Nederlandse politiek. Ook werden wetsvoorstellen die zonder stemming waren aangenomen door de Tweede Kamer, of die zagen op technische wijziging van het Burgerlijk Wetboek, niet meegenomen in de analyse. Daarmee werd bereikt dat enkel de wetsvoorstellen met potentiële kleuring deel uitmaakten van de analyse. Verder beperkte ik mij tot aangenomen wetsvoorstellen die zijn geïnitieerd vanaf de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.⁵⁴ Deze selectiecriteria hebben geresulteerd in 15 wetsvoorstellen over het familierecht en 29 wetsvoorstellen over het vermogensrecht. Deze wetsvoorstellen zijn uiteindelijk – zij het soms met enige aanpassingen – alle aangenomen als wet.

Elk wetsvoorstel werd neergelegd in een ‘vignet’ om de codering te vergemakkelijken. Elk vignet bestond uit een titel welke in één regel de strekking gaf van het wetsvoorstel, een nadere omschrijving van wat met het wetsvoorstel werd beoogd en een korte inhoudsindicatie van de regels waarmee dit doel bereikt zou moeten worden. Om de validiteit van het onderzoek te waarborgen, gaf elk vignet een representatief beeld van de inhoud en het doel van het wetsvoorstel.⁵⁵ Door nauw bij de oorspronkelijke wetteksten en de memorie van toelichting te blijven, minimaliseerde ik de kans dat de inhoud van de vignetten beïnvloed werd door eigen interpretatie van het voorstel door de maker van de vignetten. Om de kans op een *bias* te minimaliseren, zijn op de vignetten geen kamernummers, jaartallen, of kenmer-

53 Benoit e.a. 2012, p. 8.

54 Dit betreft de wetsvoorstellen geïnitieerd vanaf 1992 en gepubliceerd in het staatsblad voor mei 2013. De wetgeving wordt ontleend uit de wetgevingsrubriek van het NTBR, en de wetgevingsgeschiedenis per boek via www.officieelbekendmakingen.nl.

55 Mannheim, Rich & Wilnatt 2002, p. 67.

ken van initiators geplaatst.⁵⁶ Een vignet vermogensrecht zag er daarmee als volgt uit:

Wetsvoorstel ter opening van de mogelijkheid voor belangenorganisaties om een rechtsvordering in te stellen bij burgerlijke rechter

Wettelijke regeling die bepaalde rechtspersonen de bevoegdheid geeft om ter bescherming van de door hen behartigde belangen een rechtsvordering in te stellen bij de burgerlijke rechter.

Toelichting:

Achtergrond is het verschijnsel dat op steeds meer gebieden van het maatschappelijk leven organisaties in het leven worden geroepen die zich een bepaald belang aantrekken, waarvan de bescherming binnen het stelsel van individuele geschillenbeslechting moeilijk realiseerbaar is. Te denken valt onder andere aan organisaties die opkomen voor de belangen van het milieu, van consumenten en van personen die met discriminatie worden bedreigd.

2.3.5 *Koppeling met de politiek*

Gedurende de afgelopen 20 jaar hebben verschillende kabinetten zitting gehad in het parlement. In de onderstaande tabel heb ik een overzicht gemaakt van de wetsvoorstellen opgesplitst naar kabinetsperiodes. De dikgedrukte wetsvoorstellen zijn ingediend in de periode nadat de regering haar ontslag had ingediend en voordat het volgend kabinet zitting had genomen. In dit overzicht zijn alleen de kabinetten opgenomen onder welke de wetsvoorstellen zijn ingediend. Hierdoor ontbreken Balkenende III en Rutte II.

56 Manheim, Rich & Wilnatt 2002, p. 128.

Kabinet	Periode	Ingediende (en later aangenomen) wetsvoorstellen
Lubbers III	1992 tot 3-5-1994	23095, 23038, 23012, 22599, 22488, 22486, 23761, 23714
Kok I	22-8-1994 tot 6-5-1998	24439, 24498, 24615, 24649, 24869, 25263, 26079, 26089
Kok II	03-8-1998 tot 16-4-2002	26672, 26673, 26824, 27047 (toezegging vorig kabinet), 27224, 27554, 27647, 28179
Balkenende I	22-7-2002 tot 16-10-2002	28867 (in demissionaire periode)
Balkenende II	27-05-2003 tot 7-7-2006	29353, 29707, 30049, 30145, 30316, 30448, 30520, 30551
Balkenende IV	22-2-2007 tot 9-6-2010	31058, 31528, 31763, 31833, 31877, 31991, 32058, 32418
Rutte I	14-10-2010 tot 23-4-2012	32887, 33129, 33330

De kleuring van de verschillende kabinetten is bepaald door elke partij te coderen als links, midden, rechts, of conservatief, midden, progressief. Om deze positie te bepalen wordt in de literatuur vaak gebruik gemaakt van *expert surveys*.⁵⁷ Hoewel een dergelijke methode nadelen heeft – ze houdt bijvoorbeeld geen rekening met (relatieve) verschuivingen van ideologische standpunten over tijd gemeten – wordt zij toch voldoende betrouwbaar gevonden om hier te gebruiken.⁵⁸ Ik koos daarom voor een statische plaatsing van partijen op een driepuntsschaal binnen een tweedimensionaal politieke spectrum, te weten links-midden-rechts en conservatief-midden-progressief. De gehanteerde indeling werd bepaald door de plaatsing van de partij in het *Kieskompas* overzicht in de jaren 2006, 2010 en 2012.⁵⁹ Deze is gebaseerd op een combinatie van opvattingen van experts en partijen zelf op basis van 30 stellingen rond actuele thema's.⁶⁰ Gezien deze informatie pas vanaf 2006 beschikbaar is, wordt voor het overige deel de ideologische indeling bepaald aan de hand van opvallende speerpunten uit beginselprogramma's en/of verkiezingsprogramma's.⁶¹ Daarbij zijn de begrippen 'links-rechts' en 'conservatief-progressief' gebruikt zoals

57 Zie voor een overzicht Budge 2000, p. 104-109.

58 Zie Knutsen 1998, p. 75.

59 Zie voor kieskompas overzicht 2012: <http://www.tk2012.kieskompas.nl/page/1/nl/default#top>; voor 2010: <http://www.tweedekamer2010.kieskompas.nl/page/1/default#top> en voor 2006: <http://tweedekamer.kieskompas.nl/>.

60 Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de werkwijze van het Kieskompas de brochure 'Totstandkoming en uitleg van het Kieskompas' op: <http://www.kieskompas.nl/page/Home/1/nl/content.html> (doorklikken naar 'werkwijze').

61 Deze zijn te verkrijgen via Parlement.com en de site van het documentatiecentrum Nederlandse politieke partijen: <http://dnpp.ub.rug.nl/dnpp/> en *Pargl-Gov.org*, waarondermeer de CMP-waarden te vinden zijn.

omschreven in paragraaf 2.3.3. Vervolgens heb ik de ideologische kleur van het kabinet, en niet van de Tweede Kamer, in verband gebracht met de ideologische codering van de wetsvoorstellen. Daar zijn twee redenen voor. Ten eerste zal het kabinet over het algemeen een meerderheid⁶² hebben in de Tweede Kamer. De kleur van het kabinet is daarmee ook de dominante kleur binnen de Tweede Kamer. Ten tweede voorkomt het ‘valse’ kleuring door populistische partijen die moeilijk zijn in te delen naar de gehanteerde ideologieschaal zoals de PVV of 50Plus.

2.4 Resultaten

2.4.1 *Respons, plan van aanpak*

De 393 verstuurde e-mailuitnodigingen hebben na een herinnering uiteindelijk tot 71 reacties geleid (18% respons). Na het verwijderen van de onvolledig ingevulde enquêtes (selectie criterium: meer dan 15 vragen onbeantwoord), waarbij ook de deelnemers die minder dan 10 minuten hadden besteed aan de enquête werden verwijderd, bleven 62 bruikbare waarnemingen over. Ik ontving daarmee per vignet 62 coderingen aan de hand waarvan ik de wetsvoorstellen kon plaatsen op een ideologische schaal (paragraaf 2.4.2). Door deze uitkomst vervolgens te vergelijken voor verschillende kabinetsperiodes kon ik conclusies trekken over een mogelijk verband tussen de kleur van de heersende politiek en de ideologische lading van wetsvoorstellen (paragraaf 2.4.3). Door middel van een multi-level regressieanalyse was het mogelijk om dit verschil te kwantificeren. Tot slot was het mogelijk om de inter-codeur betrouwbaarheid vast te stellen (paragraaf 2.4.4) en te controleren voor eventuele invloed van de politieke overtuiging van de deelnemers (paragraaf 2.4.5).

2.4.2 *Een duidelijk verschil tussen wetsvoorstellen*

De verdeling over de ideologische indelingen laat duidelijke patronen zien, waaruit blijkt dat wetgeving inderdaad verschilde in ideologische lading. Onderstaande voorbeelden voor het vermogensrecht illustreren dit. Hierbij is links het vignet te zien, zoals de codeurs dit voor zich kregen. Rechts daarvan staat het histogram, met op de horizontale as de vijfpunts ideologische schaal en op de verticale as het percentage respondenten dat elke optie had gekozen.

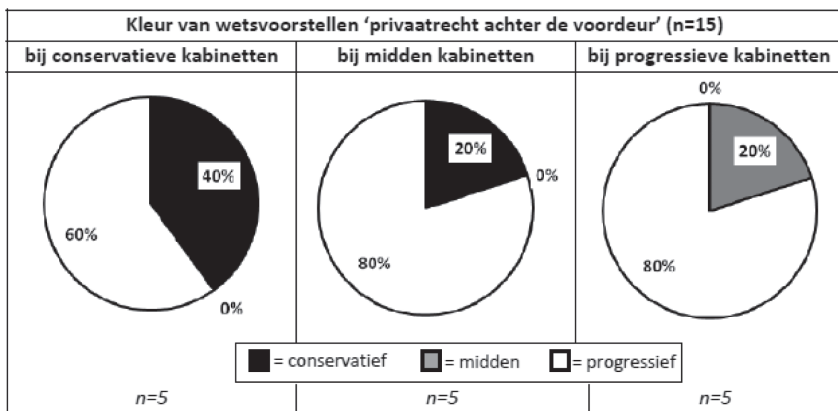
62 Het kabinet Rutte I is daarop een uitzondering.

<p>Wetsvoorstel ter invoering van een verhuiskostenvergoeding aan huurders die moeten verhuizen door renovatie</p> <p>Het voorstel regelt dat de verhuurder een verhuiskostenvergoeding zal moeten betalen aan een huurder indien deze door een voorgenomen renovatie van de woonruimte genoodzaakt wordt te verhuizen.</p> <p><i>Toelichting:</i> <i>Het wetsvoorstel beoogt de regeling zoals die op dit moment voor sociale verhuurders geldt voor alle verhuurders van toepassing te verklaren. De verhuiskostenvergoeding wordt gelijkgesteld aan de minimumbijdrage zoals die geldt voor sociale verhuurders, afgerond op hele euro's. De minimumbijdrage kan bij ministeriële regeling jaarlijks worden geïndexeerd.</i></p>	<p style="text-align: center;">31528 (%)</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Response Category</th> <th>Percentage (%)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>zeer links</td> <td>~15</td> </tr> <tr> <td>gematigd links</td> <td>~72</td> </tr> <tr> <td>midden</td> <td>~10</td> </tr> <tr> <td>gematigd rechts</td> <td>~3</td> </tr> <tr> <td>zeer rechts</td> <td>0</td> </tr> </tbody> </table>	Response Category	Percentage (%)	zeer links	~15	gematigd links	~72	midden	~10	gematigd rechts	~3	zeer rechts	0
Response Category	Percentage (%)												
zeer links	~15												
gematigd links	~72												
midden	~10												
gematigd rechts	~3												
zeer rechts	0												
<p>Wetsvoorstel ter flexibilisering van het pachtrecht</p> <p>Het voorstel regelt onder meer dat de maximale termijn van twaalf jaar voor een eenmalig pachtcontract vervalt. Verder vervalt de plicht van de verpachter om de pachter bij voorkeur in de gelegenheid te stellen het verpachte te kopen (zgn. voorkeursrecht) in geval de verpachter overgaat tot vervreemding aan een 'veilige' nieuwe verpachter.</p> <p><i>Toelichting:</i> <i>Het voorstel beoogt een eerste impuls te geven aan de gewenste flexibilisering van de pachtwetgeving.</i></p>	<p style="text-align: center;">30448 (%)</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Response Category</th> <th>Percentage (%)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>zeer links</td> <td>0</td> </tr> <tr> <td>gematigd links</td> <td>~2</td> </tr> <tr> <td>midden</td> <td>~20</td> </tr> <tr> <td>gematigd rechts</td> <td>~72</td> </tr> <tr> <td>zeer rechts</td> <td>~5</td> </tr> </tbody> </table>	Response Category	Percentage (%)	zeer links	0	gematigd links	~2	midden	~20	gematigd rechts	~72	zeer rechts	~5
Response Category	Percentage (%)												
zeer links	0												
gematigd links	~2												
midden	~20												
gematigd rechts	~72												
zeer rechts	~5												

Het wetsvoorstel dat ziet op bescherming van de huurder laat een duidelijk naar links geconcentreerde verdeling zien. Het wetsvoorstel dat ziet op flexibilisering van het pachtrecht laat een duidelijk rechts geconcentreerde verdeling zien. Uiteraard kwamen ook middenposities voor, zoals bij een wetsvoorstel dat zag op een verlenging van de bewaartermijn van patiëntgegevens. Om de kleur van een wetsvoorstel te bepalen, heb ik door middel van een *T-test* bepaald of de gemiddelde score significant afweek van de middencategorie.⁶³ Daaruit bleek dat het merendeel van de wetsvoorstellen als progressief of links werd gecodeerd: binnen het familierecht werd 73,3% van alle voorstellen als progressief aangemerkt, bij het vermogensrecht werd 67% als links aangemerkt.

2.4.3 Aanwijzingen voor kleuring

Om te bepalen of de kleuring van wetsvoorstellen ook gekoppeld is aan politieke dominantie op moment van indienen, werden de verschillende kleuren wetsvoorstellen afgezet tegen de verschillende politieke 'kleur' van kabinetten. Hiervoor heb ik in verband met het beperkte aantal waarnemingen per kabinet de kabinetten gepoold naar dominante ideologische opvatting.⁶⁴ Voor het familierecht werden de kabinetten Balkenende I en II en Rutte I gezien als 'conservatief', Lubbers II en Balkenende IV als 'midden' en Kok I en Kok II als 'progressief'. De verhoudingen van aangenomen wetsvoorstellen over de verschillende kabinetsperiodes laat het volgende patroon zien:

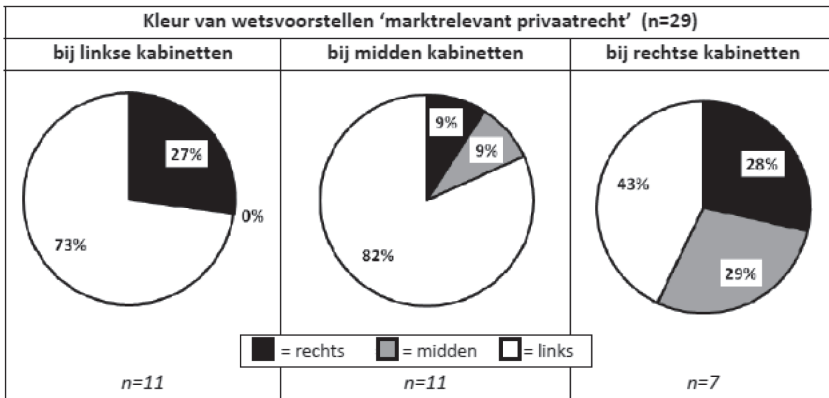


63 Zie annex voor de resultaten van deze toets per wetsvoorstel (A III).

64 Zie de annex voor de indeling van de verschillende kabinetten (A II).

Wat opvalt, is dat in een conservatief kabinet een groter deel van alle aangenomen wetsvoorstellen conservatief is dan bij een middenkabinet of een progressief kabinet. Dit verschil kan ook worden aangetoond met behulp van een multilevel regressieanalyse. Wetsvoorstellen afkomstig van conservatieve kabinetten scoren significant conservatiever dan wetsvoorstellen die tot stand zijn gekomen bij een middenkabinet of progressief kabinet ($p=0,03$).⁶⁵ Het aantal voorstellen was gelijk verdeeld was over de verschillende gepoolde kabinetten.

Bij het vermogensrecht is gemeten met de links-rechts indeling. Van de actieve kabinetten konden Lubbers III en Balkenende IV als ‘links’ worden beschouwd, Kok I en Kok II als ‘midden’ en Balkenende I, Balkenende II en Rutte I als ‘rechts’. De verhouding van ingediende wetsvoorstellen per kabinet, waarbij ik de kabinetten weer pool naar politieke kleur, laat het volgende patroon zien:



Bij deze figuur moet worden opgemerkt dat Rutte I als minderheidskabinet is opgenomen onder rechtse kabinetten. Zonder het opnemen van Rutte I lag de verhouding tussen rechts, links en midden bij een rechts kabinet (Balkenende II) op respectievelijk 25%, 25% en 50%. Uit deze figuren kan ik opmaken dat gedurende de zittingstijd van linkse kabinetten meer linkse wetsvoorstellen werden geïnitieerd dan wanneer er een midden- of rechts kabinet zat. Ook hier blijkt uit de multilevel regressieanalyse dat het om een significant verschil gaat. Wetsvoorstellen afkomstig van een rechts kabinet scoren significant rechtser dan wetsvoorstellen bij midden

65 Zie annex voor de tabel en nadere uitleg (A IV).

kabinetten ($p=0,05$).⁶⁶ Ook linkse kabinetten scoren linkser dan rechtse kabinetten, al is dit verschil (net) niet significant. Dit is conform de verwachting dat dominante ideologie invloed heeft op de wetsvoorstellen die in een dergelijke periode worden geïnitieerd.

Interessant is verder dat het familierecht duidelijker kleur laat zien dan het vermogensrecht. Waar bij het vermogensrecht de gemiddeld toegekende kleur valt binnen de categorie ‘gematigd links’ of ‘gematigd rechts’, kende het familierecht ook twee uitschieters naar de ‘zeer progressief’-categorie. Het betrof de openstelling van het huwelijk voor personen voor het gelijke geslacht (nr. 26672) en de mogelijkheid voor adoptie van kinderen voor mensen van hetzelfde geslacht (nr. 26673) die beiden als zeer progressief werden gecodeerd. Beide wetsvoorstellen zijn tot stand gekomen tijdens de regeerperiode van Kok II, een progressief kabinet. Verder blijkt uit het stemmingsoverzicht bij de betreffende wetsvoorstellen dat het de conservatieve fracties waren van het CDA, SGP, RPV en GPV – op een enkel lid na – die tegen beide wetsvoorstellen stemden.⁶⁷ Het aantal waarnemingen is te laag om te mogen concluderen dat een progressief kabinet de kans vergroot op het indienen van een zeer progressief gekleurd wetsvoorstel. Daarbij komt dat de kleur van een wetsvoorstel ook ingegeven kan zijn door externe factoren. Hiervoor valt moeilijk te corrigeren, omdat elk kabinet functioneert binnen een unieke periode.

2.4.4 *Crowd-sourced coding als waarborg voor betrouwbaarheid*

In het ideale geval zouden codeurs wetsvoorstellen eenduidig moeten scoren. Zoals gesteld in paragraaf 2.3.3 is dit niet realistisch. Mijn onderzoek bevestigt dit beeld. De gebruikte test voor inter-codeur betrouwbaarheid, *Krippendorff's alpha*,⁶⁸ laat een lage waarde zien, passend bij een beperkte overeenstemming tussen codeurs. Voor alle deelnemers onderling ($n=62$) betrof de waarde $\alpha=0,49$, terwijl vanaf $\alpha=0,667$ de resultaten als betrouwbaar kunnen worden aangemerkt. Maar daarbij moet beseft worden dat deze test uitgaat van een schaal met objectief te hanteren oordelen, terwijl de door mij gebruikte ideologische schaal juist sterk aan subjectiviteit onderhevig is. Daarom is de test strikt gezien te streng. De additionele multilevel regressieanalyse toont dat de variantie tussen de codering van wetsvoorstellen voornamelijk wordt verklaard door het verschil tussen

66 Zie annex A IV voor de uitgebreidere tabel.

67 *Handelingen II* 1999/00, 100, p. 6468 en 6469.

68 Hayes & Krippendorff 2007, p. 77-89.

wetsvoorstellen, en niet door een verschil tussen codeurs. Slechts 3% van de totale variantie bij de wetsvoorstellen familierecht is afkomstig van het verschil tussen de individuele codeurs. Dit terwijl 48% van de variantie verklaard wordt door verschillen tussen wetsvoorstellen. Bij het vermogensrecht zijn dit 4% respectievelijk 37%.⁶⁹ Dat van de totale variantie slechts een zeer klein aandeel toe te wijzen is aan de codeurs onderling, geeft aan dat de codering betrouwbaar is geweest en dat het verschil tussen codeurs geen grote invloed op de uitkomsten had.

Door gebruik te maken van *crowd-sourced coding* krijgt elk wetsvoorstel een verdeling welke het mogelijk maakt de wetsvoorstellen nauwkeurig te positioneren en wordt de potentiële spreiding in de codering weggenomen. Hoe meer codeurs, hoe zuiverder de verdeling zal zijn, en hoe betrouwbaarder de waarde van mediaan. De methode van *crowd-sourced coding* kan daarmee de variabiliteit van een beperkt aantal codeurs ondervangen.

2.4.5 *De invloed van eigen politieke voorkeur op de codering*

De respondenten hebben elk hun eigen ideologische overtuiging. Op de vraag aan de deelnemers hoe ze zichzelf zouden indelen op een ideologische schaal, antwoordden 47 respondenten zichzelf te zien als progressief, 11 als conservatief en 4 als ‘anders’. Verder gaven 43 respondenten aan zichzelf in te delen als liberaal, 10 als sociaal en 10 als anders (waaronder confessioneel). Uit de multilevel regressieanalyse bleek dat de politieke voorkeur van respondenten de codering van de wetsvoorstellen niet of nauwelijks beïnvloedt.⁷⁰

2.5 Discussie

2.5.1 *Uitkomsten van het onderzoek*

Met dit onderzoek heb ik onderzocht of een verband aannemelijk gemaakt kan worden tussen politieke ideologie van de wetgever en de inhoud van privaatrechtelijke wetsvoorstellen. Daartoe heb ik wetsvoorstellen onderzocht die over de afgelopen 20 jaar hebben geleid tot wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek, en deze middels *crowd-sourced coding* gecodeerd naar ideologische inhoud. Deze bracht ik vervolgens in verband met de ideologische dominantie binnen de kabinetten ten tijde van het indienen van dit voorstel. De resultaten laten zien dat tijdens rechtse en conservatieve

69 Zie annex A IV voor uitgebreidere tabel.

70 Zie annex A IV.

kabinetten minder progressieve en linkse wetten worden aangenomen dan onder linkse en progressieve kabinetten. Vooral bij het familierecht was het aandeel conservatieve wetten gedurende een conservatief kabinet significant hoger dan bij progressieve of middenkabinetten. Verder bleek uit dit onderzoek dat de bestudeerde wetgeving over het algemeen progressief en links van aard is en dat *crowd-sourced coding* een goede manier is om problemen van onbetrouwbaarheid van codeurs te ondervangen.

2.5.2 *Mogelijke verklaringen voor de uitkomsten*

Dit onderzoek meet wetsvoorstellen vanaf 1992, het moment dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek was ingevoerd. Als ik aanneem dat de in 1992 nieuw ingevoerde delen van het Nieuwe BW redelijk ‘neutraal’ scoorden in termen van politieke kleur, zou dit kunnen verklaren waarom de latere wetgeving juist overwegend links en progressief gescoord heeft. De onderliggende verklaring zou dan namelijk zijn dat de meeste wijzigingen na 1992 een ingreep in het neutrale BW-raamwerk moeten zijn geweest die dienden ter bescherming van bepaalde groepen of ter compensatie van economische en sociale ongelijkheid. Het verband tussen de kleur van de wetsvoorstellen en de kleur van de kabinetten kan verklaard worden met behulp van de theorieën zoals genoemd in paragraaf 2.2.

De eigen politieke kleur van codeurs zou een belangrijke invloed kunnen hebben op hun codering. Dit onderzoek laat geen significante invloed zien van politieke voorkeur op de codering van een wetsvoorstel. Sommige sterk gekleurde wetsvoorstellen riepen sterke reacties op, maar dat waren uitzonderingen. De uitkomst dat er geen significant verschil is gevonden tussen ‘sociale’ en ‘liberale’ respondenten bij het onderdeel vermogensrecht, is mogelijk een aanwijzing dat het vermogensrecht minder een beroep doet op politieke vooringenomenheid.

2.5.3 *Beperkingen van de gekozen opzet*

In dit onderzoek zijn veel keuzes gemaakt om de werkelijkheid te modelleren voor kwantitatief onderzoek. Voorbeelden van deze keuzes zijn het statisch begrip van ideologie en de keuze voor beknopte vignetten. In werkelijkheid zal de inhoud van ideologische begrippen niet statisch zijn.⁷¹ Om beïnvloeding door deze keuzes te minimaliseren heb ik gekozen voor een grove indeling van partijen en wetsvoorstellen binnen het ideologische kader. De beknopte vignetten zijn een versimpeling van de werkelijke wetgeving,

71 Benoit & Laver 2006, p. 14.

zodat details verloren gaan. Tegelijk maken deze vignetten *crowd-sourced coding* mogelijk, waar dat anders ondoenlijk zou zijn.

In tegenstelling tot de wetsvoorstellen zijn de kabinetten gecodeerd door slechts één persoon. De reden daarvoor is dat er al informatie beschikbaar is over de ideologische positie van de verschillende politieke partijen. De meerwaarde van het gebruik van *crowd-sourced coding* leek mij daarom relatief klein. Toch zou de methode van *crowd-sourced coding* mogelijk een meer solide basis kunnen geven voor het kunnen indelen van partijen.

2.5.4 *Suggesties voor vervolgonderzoek*

In dit onderzoek heb ik laten zien dat het mogelijk is om een ingewikkeld onderzoeksterrein als het wetgevingsproces vatbaar te maken voor kwantitatieve analyse. Voor vervolgonderzoek zou het interessant zijn om ook de niet-aangenomen wetsvoorstellen bij het onderzoek te betrekken, of wetsvoorstellen ingediend vóór de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Naast dat dit onderzoek meer inzicht zal geven in het wetgevingsproces, maakt het bestuderen van grotere aantallen wetsvoorstellen het mogelijk hardere conclusies te kunnen trekken.

2.6 Conclusie

Met dit onderzoek is een eerste stap gezet naar kwantitatief wetgevingsonderzoek in het privaatrechtelijk domein. Het laat zien dat het complexe wetgevingsproces kan worden omgevormd tot een hanteerbaar object voor kwantitatief onderzoek. Daarbij laat het de voordelen zien van *crowd-sourced coding*.

Het definitieve antwoord op de vraag of het privaatrecht politiek gekleurd is, is met dit onderzoek nog niet gegeven. Wel vond ik sterke aanwijzingen dat dit het geval is. Dit onderzoek geeft daarmee aan in welke richting vervolgonderzoek nodig is. Door deze methode op ruimere schaal toe te passen, kan zelfs een zo apolitiek rechtsgebied als privaatrecht een kleurtje blijken te hebben.

Literatuurlijst

Bakker, Jolly & Polk 2010

R. Bakker, S. Jolly & J. Polk, 'The dimensionality of party politics in Europe', *European Union Politics* (13) 2012, p. 219-245.

Benoit & Laver 2006

K. Benoit & M. Laver, *Party policy in modern democracies*, Abingdon: Routledge 1996.

Benoit e.a. 2012

K. Benoit e.a., 'Crowd-sourced data coding for the social sciences: massive non-expert human coding of political texts', Paper prepared for the third annual *New Directions in Analyzing Text as Data conference* at Harvard University, 5-6 October 2012.

Bovens, 't Hart & van Twist 2012

M.A.P. Bovens, P. 't Hart & M.J.W. van Twist, *Openbaar bestuur: beleid, organisatie en politiek*, Deventer: Kluwer 2012.

Brenninkmeijer 1993

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Democratisch rechtspraak en ondemocratische wetgeving', *NJ* 1993, p. 1387-1395.

Browning 2002

G.K. Browning, 'Political ideologies', in: B. Axford, G.K. Browning, Richard Huggins and Ben Rosamond (red.), *Politics, an introduction second edition*, London: Routledge 2002, p. 252-294.

Buchanan & Tullock 1962

J.M. Buchanan & G. Tullock, *The calculus of consent. Logical foundations of constitutional democracy*, USA: University of Michigan Press 1962.

Budge 2000

I. Budge, 'Expert judgements of party policy positions: Uses and limitations in political research', *European Journal of Political Research* (37) 2000, p. 103-113.

Budge e.a. 2001

I. Budge e.a., *Mapping Policy Preferences: Estimates for Parties, Electors and Governments 1945-1998*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Eijlander & Voermans 2000

P. Eijlander & W.J.M. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Griffiths 1978

J. Griffiths, *Is Law Important* (oratie Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Kluwer 1978.

Hayes & Krippendorff 2007

A.F. Hayes & K.H. Krippendorff, 'Answering the call for a standard reliability measure for coding Data', *Communication Methods and Measures* (1), 2007, p. 77-89.

Hesselink 2004

M.W. Hesselink, 'The Politics of a European Civil Code', *European Law Journal* (10) 2004, p. 675-697.

Hirsch Ballin 1984

E.H.M. Hirsch Ballin, 'Architectuur van wetgeving', in: J.A.M. van Angeren e.a. (red.), *Kracht van wet* (Van Eijkeren-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1984, p. 91-92.

Ho & Quinn 2008

D.E. Ho & K.M. Quinn, 'Measuring Explicit Political Positions of Media', *Quarterly Journal of Political Science* (3) 2008, p. 353-377.

Hooghe, Marks & Wilson 2002

L. Hooghe, G. Marks & C.J. Wilson, 'Does Left/Right Structure Party Position on European Integration?', *Comparative Political Studies* (35) 2002, p. 965-989.

Hunt 1985

A. Hunt, 'The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law', *Law and Society review* (19) 1985, p. 11-38.

Hupe 2007

P. Hupe, *Overheidsbeleid als politiek. Over de grondslagen van beleid*, Assen: Van Gorcum 2007.

Kennedy 2001

D. Kennedy, 'The political stakes in "merely technical" issues of contract law', *European Review of Private Law* (10) 2001, p. 7-28.

Klein Haarhuis & Niemeijer 2009

C. Klein Haarhuis & E. Niemeijer, 'Wetten in werking. Over interventies, werking, effectiviteit en context', *Recht der Werkelijkheid* 2008-2, p. 9-34.

Knutsen 1998

O. Knutsen, 'Expert judgements of the left - right location of political parties: A comparative longitudinal study', *West European Politics* (21) 1998, p. 63-94.

Krippendorff 2004

K.H. Krippendorff, *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology*, Thousand Oaks: Sage 2004.

Laver & Budge 1992

M.J. Laver & I. Budge, 'Measuring policy distances and modeling coalition formation' in: M.J. Laver & I. Budge (eds), *Party policy and government coalitions*, Basingstoke: Macmillan 1992.

Manheim, Rich & Willnat 2002

J.B. Manheim, R.C. Rich & L. Willnat, *Empirical Political Analysis: Research Methods in Political Science*, 5de ed., Verenigde Staten: Longman 2002.

Marks & Hooghe 2006

G. Marks & L. Hooghe, 'Party Competition and European Integration in the East and West. Different Structure, Same Causality', *Comparative Political Studies* (39) 2006, p. 155-175.

Mikhaylov, Laver & Benoit 2012

S. Mikhaylov, M. Laver & K.R. Benoit, 'Coder Reliability and Misclassification in the Human Coding of Party Manifestos', *Political analysis* (20) 2012, p. 78-91.

Pole & Rosenthal 1997

K.T. Pole & H. Rosenthal, *Congress. A Political-economic history of Roll Call Voting*, New York: Oxford University Press 1997.

Van der Pot 2006

C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga & W.R. de Lange, Deventer: Kluwer 2006.

Ramlal 2012

M. Ramlal, 'De olifant in het wetgevingsproces. Invloed en wetsvoorbereiding in ambtelijk Den Haag', *RegelMaat* 2012, p. 29-40.

Segal & Cover 1989

J.A. Segal & A.D. Cover, 'Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices', *The American Political Science Review* (83) 1989, p. 557-565.

Snow e.a. 2008

R. Snow e.a., 'Cheap and fast – but is it good? Evaluating non-expert annotations for natural language tasks', Proceedings of the 2008 Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing, Honolulu, October 2008, p. 254-263.

Stoter & Huls 2006

W.S.R. Stoter & N.J.H. Huls, *Wie draagvlak zoekt, regeldruk ontmoet. Een onderzoek naar de wijze waarop participatie van belanghebbenden in het wetgevingsproces leidt tot regeldruk* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie), Rotterdam 2006.

Trappenburg 2008

M. Trappenburg, 'Veranderdrift', in: F. Ankersmit en L. Klinkers (red.), *De tien plagen van de staat*, Amsterdam: Van Gennep 2008-2, p. 86-102.

Veerman 2011

G.J. Veerman, 'Belle en Het Beest – over wetgeving en beleid', *digitale publicatiereeks Recht en Overheid* 2011.

Veerman 2004

G.J. Veerman, *De wet als zinsbegoochelingstoestel. Over de kwaliteit van wetgeving* (oratie Universiteit Maastricht), Maastricht 2004.

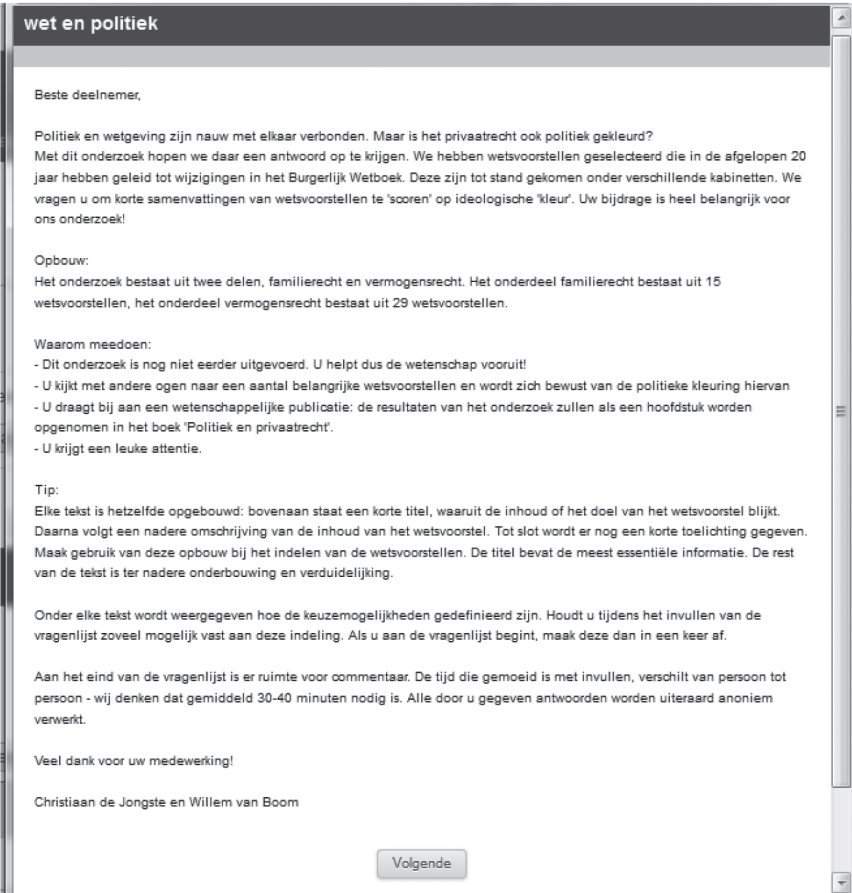
Veerman & Mulder 2010

G.J. Veerman & R.J. Mulder, *Wetgeving met beleid. Bouwstenen voor een bruikbare wetgevingstheorie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Annex

A I *De online survey*

De respondenten waren per e-mail benaderd om deel te nemen aan dit onderzoek. Bij het volgen van de koppeling, kregen zij het volgende instructiescherm:



wet en politiek

Beste deelnemer,

Politiek en wetgeving zijn nauw met elkaar verbonden. Maar is het privaatrecht ook politiek gekleurd? Met dit onderzoek hopen we daar een antwoord op te krijgen. We hebben wetsvoorstellen geselecteerd die in de afgelopen 20 jaar hebben geleid tot wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek. Deze zijn tot stand gekomen onder verschillende kabinetten. We vragen u om korte samenvattingen van wetsvoorstellen te 'scoren' op ideologische 'kleur'. Uw bijdrage is heel belangrijk voor ons onderzoek!

Opbouw:
Het onderzoek bestaat uit twee delen, familierecht en vermogensrecht. Het onderdeel familierecht bestaat uit 15 wetsvoorstellen, het onderdeel vermogensrecht bestaat uit 29 wetsvoorstellen.

Waarom meedoen:
- Dit onderzoek is nog niet eerder uitgevoerd. U helpt dus de wetenschap vooruit!
- U kijkt met andere ogen naar een aantal belangrijke wetsvoorstellen en wordt zich bewust van de politieke kleuring hiervan
- U draagt bij aan een wetenschappelijke publicatie: de resultaten van het onderzoek zullen als een hoofdstuk worden opgenomen in het boek 'Politiek en privaatrecht'.
- U krijgt een leuke attentie.

Tip:
Elke tekst is hetzelfde opgebouwd: bovenaan staat een korte titel, waaruit de inhoud of het doel van het wetsvoorstel blijkt. Daarna volgt een nadere omschrijving van de inhoud van het wetsvoorstel. Tot slot wordt er nog een korte toelichting gegeven. Maak gebruik van deze opbouw bij het indelen van de wetsvoorstellen. De titel bevat de meest essentiële informatie. De rest van de tekst is ter nadere onderbouwing en verduidelijking.

Onder elke tekst wordt weergegeven hoe de keuzemogelijkheden gedefinieerd zijn. Houdt u tijdens het invullen van de vragenlijst zoveel mogelijk vast aan deze indeling. Als u aan de vragenlijst begint, maak deze dan in een keer af.

Aan het eind van de vragenlijst is er ruimte voor commentaar. De tijd die gemoed is met invullen, verschilt van persoon tot persoon - wij denken dat gemiddeld 30-40 minuten nodig is. Alle door u gegeven antwoorden worden uiteraard anoniem verwerkt.

Veel dank voor uw medewerking!

Christiaan de Jongste en Willem van Boom

Volgende

Daarna volgde een scherm met de nadere indeling van partijen:

wet en politiek

De meelkat

Nog even een korte inleiding die u helpt bij het beoordelen.

Het gaat erom hoe u de wetsvoorstellen beoordeelt op basis van de gegeven omschrijvingen.

Bij het familierecht wordt u gevraagd de wetsvoorstellen te beoordelen op een schaal conservatief-progressief. Deze stromingen worden als volgt gedefinieerd:

Conservatief "behoud collectieve waarden"	Progressief "uitbreiden persoonlijke vrijheden"
<ul style="list-style-type: none">• behouden traditionele waarden (bijv. tegen homohuwelijk)• grote rol voor overheid als autoriteit• overheid als stem van het moraal• verdediging van de nationale gemeenschap	<ul style="list-style-type: none">• minder overheidsbemoediging/enkel ter facilitering vrijheden (bijv. faciliteren echtscheidingen)• tegen discriminatie op basis van etnische afkomst, religie, of politieke/seksuele gronden• meer democratische deelname• ruimere vrijheid van meningsuiting• Bescherming milieu

Bij het onderdeel vermogensrecht wordt u gevraagd de wetsvoorstellen te beoordelen op een schaal links-rechts. Deze stromingen worden als volgt gedefinieerd:

Links "economische gelijkheid"	Rechts "economische vrijheid"
<ul style="list-style-type: none">• sociale rechtvaardigheid/herverdeling• positieve houding ten aanzien van democratische waarden• opkomen voor de belangen van de werkende bevolking• overheidsregulering	<ul style="list-style-type: none">• stimuleren marktwerking/economische vrijheid• positieve houding ten aanzien van efficiënt bestuur en zuinig overheidsbeleid• inperking van de verzorgingsstaat• minder overheidsregulering

Vorige Volgende

Na een introductievraag waarbij participanten een fictief wetsvoorstel moesten indelen, volgden de wetsvoorstellen. Deelnemers konden telkens maar één optie op de vijfpuntsschaal aanklikken. Elk wetsvoorstel moest verplicht worden ingedeeld voordat naar het volgende wetsvoorstel kon worden gegaan. Voor de 15 wetsvoorstellen familierecht zag een dergelijk pagina er als volgt uit:

wet en politiek

2. Wetsvoorstel ter voorkoming en bestrijding van schijnhuwelijken

Het wetsvoorstel geeft aan het Openbaar Ministerie de bevoegdheid om te beletten dat een voorgenomen huwelijk plaatsvindt, indien het doel van het huwelijk gericht is om verblijf in Nederland te verkrijgen in plaats van op de vervulling van de aan de huwelijkse staat verbonden plichten.

Toelichting:
Schijnhuwelijken worden gebruikt om het recht op verblijf in Nederland te verkrijgen en zo toegang te krijgen tot de arbeidsmarkt of voorzieningen waarop de betrokken vreemdeling anders geen aanspraak zou kunnen maken. Het Openbaar Ministerie kan door dit wetsvoorstel een dergelijk huwelijk als schijnhandeling stuiten wegens strijd met de Nederlandse openbare orde.

zeer conservatief
 gematigd conservatief
 midden
 gematigd progressief
 zeer progressief

Conservatief "behoud collectieve waarden"	Progressief "uitbreiden persoonlijke vrijheden"
<ul style="list-style-type: none"> behouden traditionele waarden (bijv. tegen homohuwelijk) grote rol voor overheid als autoriteit overheid als stem van het moraal verdediging van de nationale gemeenschap 	<ul style="list-style-type: none"> minder overheidsbemoediging/enkel ter facilitering vrijheden (bijv. faciliteren echtscheidingen) tegen discriminatie op basis van etnische afkomst, religie, of politieke/seksuele gronden meer democratische deelname ruimere vrijheid van meningsuiting Bescherming milieu

Voor het vermogensrecht kreeg de respondent het volgende te zien:

wet en politiek

17. Wetsvoorstel ter opening van de mogelijk voor belangenorganisaties om een rechtsvordering in te stellen bij burgerlijke rechter

Wettelijke regeling die bepaalde rechtspersonen de bevoegdheid geeft om ter bescherming van de door hen behartigde belangen een rechtsvordering in te stellen bij de burgerlijke rechter.

Toelichting:
Achtergrond is het verschijnsel dat op steeds meer gebieden van het maatschappelijk leven organisaties in het leven worden geroepen die zich een bepaald belang aantrekken, waarvan de bescherming binnen het stelsel van individuele geschillenbeslechting moeilijk realiseerbaar is. Te denken valt onder andere aan organisaties die opkomen voor de belangen van het milieu, van consumenten en van personen die met discriminatie worden bedreigd.

zeer links gematigd links midden gematigd rechts zeer rechts

Links "economische gelijkheid"	Rechts "economische vrijheid"
<ul style="list-style-type: none">• sociale rechtvaardigheid/herverdeling• positieve houding ten aanzien van democratische waarden• opkomen voor de belangen van de werkende bevolking• overheidsregulering	<ul style="list-style-type: none">• stimuleren marktwerking/economische vrijheid• positieve houding ten aanzien van efficiënt bestuur en zuinig overheidsbeleid• inperking van de verzorgingsstaat• minder overheidsregulering

Vorige Volgende

A II Indeling politieke partijen

Om de kleur van een kabinet of de Tweede Kamer te bepalen, was het nodig om politieke partijen in te delen op de ideologische schaal. De plaatsing van de partijen is gebaseerd op het *Kieskompas* (bestaand voor de jaren 2006, 2010 en 2012) en op basis van de informatie afkomstig van *www.Parliament.com* en *www.ParlGov.org* (verkiezingsprogramma's, plaatsing volgens het CMP). Ondanks dat dit hoofdstuk de nadruk legt op de partijen die actief een kabinet hebben gevormd, zijn ter achtergrondinformatie wel alle partijen ingedeeld. Dit is vooral om eventuele bijzonderheden, zoals het minderheidskabinet Rutte I, beter te kunnen plaatsen in de politieke context. De volgende indeling is gehanteerd:

II Privaatrecht langs de meetlat van politieke ideologie

Partij	Conservatief(1), midden(2), progressief(3)	Links(1), midden(2), rechts(3)
CDA	1	2
PvdA	3	1
VVD	2	3
SP	3	1
PVV	1	2
SGP	1	2
Groen Links	3	1
D66	3	2
CU	1	1
PvdD	3	1
LPF	1	3
GPV	1	3
RPF	1	1
CD	1	3
Unie 55+	1	1
AOV	1	1
50plus	1	3
LeefbaarNL	3	3

Kanttekening bij bovenstaand overzicht is vooral de eenduidige plaatsing van *special interest* partijen, bijvoorbeeld de partijen die opkomen voor 50-plussers. De uiteindelijke keuze is gebaseerd op speerpunten uit beginsel- en verkiezingsprogramma's. Bijvoorbeeld: bij AOV en Unie55+ bleek dat zij strenger asielbeleid waren, en harde aanpak van criminaliteit ('conservatief'), en tevens goede ouderenvoorzieningen wilden, door hogere uitkeringen en dergelijke ('links'). Voor de analyse is deze plaatsing verder weinig relevant, omdat gekeken wordt naar coalities, waarin deze partijen niet actief zijn geweest. Verder ben ik terughoudend geweest met het indelen van partijen naar een richting, als deze tegen het midden aan bleken te zitten (zoals VVD op conservatief-progressief standpunt, D66 op links-rechts standpunt). Hierdoor zal het beeld van de kleur van kabinetten over het algemeen eerder te terughoudend zijn ingeschat dan te overdreven.

Voor het onderdeel familierecht is de volgende indeling gemaakt voor het classificeren van de verschillende actieve kabinetten:

Conservatief	Midden	Progressief
Balkenende I	Lubbers III	Kok I
Balkenende II	Balkenende IV	Kok II
Rutte I		

Voor het onderdeel vermogensrecht is de volgende indeling gemaakt voor het classificeren van de verschillende actieve kabinetten:

Links	Midden	Rechts
Lubbers III	Kok I	Balkenende I
Balkenende VI	Kok II	Balkenende II
		Rutte I

AIII Overzicht toegewezen score per wetsvoorstel

Onderstaande tabellen geven per wetsvoorstel een overzicht van de verschillende kabinetten, de wetsvoorstellen die onder die kabinetten zijn ingediend en de rekenkundig gemiddelde score per wetsvoorstel (familie-recht: 1=zeer conservatief, 2=gematigd conservatief, 3=midden, 4=gematigd progressief, 5=zeer progressief; vermogensrecht: 1=zeer links, 2=gematigd links, 3=midden, 4=gematigd rechts, 5=zeer rechts). Daarnaast staat de significantie van de t-test (one-sample T Test, waarbij 3 het theoretisch gemiddelde is; tweezijdig getoetst; steekproef > 30), de standaardfout, en tot welke finale codering deze gegevens hebben geleid. Bij significantieniveaus lager of gelijk aan 0,05 is het verschil tussen verkregen waarde en het midden (3) significant.

Familierecht:

Kabinet	Wetsvoorstel	Gemiddelde score	Sig. (2-tailed)	Std. Error Mean	Finale codering
Lubbers III	22488	2,1613	,000	,09809	conservatief
	23012	3,3871	,002	,12245	progressief
	23038	3,2903	,019	,12034	progressief
	23714	3,4194	,003	,13320	progressief
	23761	4,3548	,000	,09783	progressief
Kok I	24649	4,3065	,000	,07483	progressief
Kok II	26672	4,7419	,000	,06478	progressief
	26673	4,6774	,000	,07548	progressief
	27047	3,8387	,000	,08664	progressief
	27554	3,0161	,863	,09339	midden
Balkenende I	28867	3,7742	,000	,08424	progressief
Balkenende II	29353	3,6129	,000	,07749	progressief
	30145	2,2903	,000	,10383	conservatief
	30316	2,5806	,004	,13902	conservatief
	30551	4,1452	,000	,06840	progressief

Indien het gemiddelde onder de 3 ligt, en de uitkomst is significant verschillend van 3 (midden), dan werd het wetsvoorstel gecodeerd als ‘conservatief’. Indien het gemiddelde significant hoger is dan 3, werd het wetsvoorstel gecodeerd als ‘progressief’.

Vermogensrecht:

Kabinet	Wetsvoorstel	Gemiddelde scope	Sig. (2-tailed)	Std. Error Mean	Finale codering
Lubbers III	22486	2,5806	,001	,11623	links
	22599	2,2419	,000	,09108	links
	23095	2,2258	,000	,09869	links
Kok I	24439	2,3065	,000	,15007	links
	24498	2,0323	,000	,07260	links
	24615	2,0000	,000	,08906	links
	24869	2,6290	,001	,11084	links
	25263	1,9194	,000	,07730	links
	26079	2,6774	,008	,11675	links
	26089	2,0323	,000	,09473	links
Kok II	26824	2,5645	,000	,09653	links
	27224	2,0968	,000	,11431	links
	27647	3,0323	,771	,11021	midden
	28179	3,2581	,038	,12154	rechts
Balkenende II	29707	2,9194	,539	,13069	midden
	30049	3,1935	,090	,11228	midden
	30448	3,8065	,000	,06837	rechts
	30520	2,4032	,000	,12268	links
Balkenende IV	31058	4,2258	,000	,09030	rechts
	31528	2,0161	,000	,07796	links
	31763	3,8710	,000	,08125	rechts
	31833	2,4032	,000	,10402	links
	31877	2,1774	,000	,10914	links
	31991	2,0968	,000	,08820	links
	32058	3,6935	,000	,11858	rechts
	32418	2,2258	,000	,08732	links
Rutte I	32887	3,2258	,022	,09598	rechts
	33129	2,4839	,001	,15209	links
	33330	2,4839	,001	,15034	links

Indien het gemiddelde onder de 3 ligt, en de uitkomst is significant verschillend van 3 (midden), dan wordt het wetsvoorstel gecodeerd als ‘links’. Indien het gemiddelde significant hoger is dan 3, wordt het wetsvoorstel gecodeerd als ‘rechts’.

A IV Outputtabellen niet-hiërarchische multilevel regressieanalyse

Om te kunnen bepalen of de factoren ‘eigen politieke vooringenomenheid’ en ‘politieke kleur van het kabinet’ voorspellend zijn voor de politieke kleur van een wetsvoorstel, is gebruik gemaakt van een niet-hiërarchische multilevel regressieanalyse.⁷² Deze methode houdt er rekening mee – in tegenstelling tot een normale regressie analyse – dat dezelfde wetsvoorstellen zijn beoordeeld door meerdere respondenten. Het is daardoor mogelijk om te komen tot valide p-waarden bij coëfficiënten ondanks dat de waarnemingen niet allemaal onderling onafhankelijk zijn.

Verklarende kracht variabelen:

Familierecht:

Random effect parameters	Estimate	Standard error
Standaarddeviatie wetsvoorstel	0,76	0,15
Standaarddeviatie politieke voorkeur deelnemer	0,19	0,04
Standaarddeviatie <i>residue</i>	0,76	0,02

De getallen in de tabel zijn afgerond op twee decimalen en geven aan hoe groot de standaarddeviaties zijn op de verschillende niveaus. Gezien de variantie het kwadraat van de standaarddeviatie is, kan met behulp hiervan de proporties varianties op verschillende niveaus berekend worden.

De variantie (in procenten van totaal) is als volgt berekend:

- De proportie variantie op het niveau van de wetsvoorstellen is gelijk aan: $(0,76^2)/(0,76^2+0,19^2+0,76^2)=0,48$.
- De proportie variantie op het niveau van de codeurs is gelijk aan: $(0,19^2)/(0,76^2+0,19^2+0,7637008^2)=0,03$.

72 Om te testen of politieke vooringenomenheid invloed heeft gehad op de codering van wetsvoorstellen, werd eerst een chi-kwadrat test uitgevoerd waaruit volgde dat bij 4 van 44 wetsvoorstellen significante coderingsverschillen tussen de verschillende codeursgroepen bestonden. Dit is een zeer laag aantal, en lijkt gebaseerd op toeval. De additionele en meerzeggende multilevel regressie-analyse bevestigt dat deze verschillen verwaarloosbaar zijn.

Vermogensrecht:

Random effect parameters	Estimate	Standard error
Standaarddeviatie wetsvoorstel	0,64	0,09
Standaarddeviatie politieke voorkeur deelnemer	0,21	0,03
Standaarddeviatie <i>residual</i>	0,82	0,01

De getallen in de tabel zijn afgerond op twee decimalen en geven hoe groot de standaarddeviaties zijn op de verschillende niveaus. Gezien de variantie het kwadraat van de standaarddeviatie is, kan met behulp hiervan de proporties varianties op verschillende niveaus berekend worden.

De variantie (in % van totaal) is vervolgens als volgt berekend (onafgeronde getallen):

- Variantie verklaard door verschil tussen wetsvoorstellen:
 $(.6415313^2 / (.6415313^2 + .2123845^2 + .8163173^2)) = 0,37$.
- Variantie verklaard door verschil tussen codeurs:
 $(.2123845^2 / (.6415313^2 + .2123845^2 + .8163173^2)) = 0,04$.

De output leverde de volgende tabellen op:

Familierecht:

Variabele	Coëfficiënt	Standard error	p-waarde
Kabinet conservatief	-0,97	0,44	0,03
Kabinet midden	-0,26	0,44	0,55
Codeur progressief	0,11	0,09	0,19
Codeur anders	-0,28	0,15	0,06

Referentie = 'kabinet progressief' en 'codeur conservatief'. Gehanteerd significantieniveau: $\alpha=0,05$. De getallen in de tabel zijn afgerond op twee decimalen.

Uit deze tabel blijkt dat er door conservatieve kabinetten significant ($p=0,027$) lager wordt gescoord (dus meer conservatief) dan door linkse kabinetten (referentie). De middenkabinetten scoorden niet significant anders dan linkse kabinetten. Tussen de groepen codeurs met verschillende politieke achtergrond bleek geen significant verschil te bestaan.

Vermogensrecht:

Variabele	Coëfficiënt	Standard error	p-waarde
Kabinet links	-0,51	0,32	0,11
Kabinet midden	-0,63	0,32	0,05
Codeur liberaal	0,08	0,09	0,39
Codeur anders	0,05	0,12	0,67

Referentie = ‘kabinet rechts’ en ‘codeur rechts’. Gehanteerd significantieniveau: $\alpha=0,05$. De getallen in de tabel zijn afgerond op twee decimalen. Uit deze tabel blijkt dat er door middenkabinet significant lager wordt gescoord dan door een rechts kabinet ($p=0,047$). Ook zien we dat de negatieve coëfficiënt bij het linkse kabinet ongeveer dezelfde orde van grootte betreft als het middenkabinet. Het verschil tussen het linkse en rechtse kabinet is echter niet significant. Gezien het lage aantal waarnemingen en het feit dat de coëfficiënten van het midden en linkse kabinet sterk op elkaar lijken, is de kans groot dat bij meer waarnemingen het verschil tussen een links en rechts kabinet ook significant wordt. Verder is geen significant verschil tussen de codeurs met verschillende politieke achtergrond aangetroffen.

III De politieke kleuring van het consumentenrechtelijke parlementaire debat

C.D.E. Scholte

In dit onderzoek staat de vraag centraal of de bijdragen van politieke partijen aan de consumentenrechtelijke parlementaire discussie te verklaren zijn uit de ideologieën van deze partijen. Deze vraag wordt onderzocht voor vijf consumentenrechtelijke wetsvoorstellen die in de periode 2005-2010 in het parlement zijn behandeld. Er wordt gekeken naar de posities van twee politieke partijen, de VVD en de PvdA. Om de hoofdvraag te beantwoorden, wordt uit de politieke ideologieën van VVD en PvdA voorspeld welke posities de partijen zullen innemen in het consumentenrechtelijke parlementaire debat. Deze posities worden vergeleken met de posities die feitelijk door VVD en PvdA zijn ingenomen bij de behandeling van de vijf consumentenrechtelijke wetsvoorstellen. Met behulp van interviews met Kamerleden wordt getracht verschillen tussen de voorspelde en de feitelijk ingenomen posities te verklaren. Uit het onderzoek blijkt dat de bijdragen van politieke partijen aan de parlementaire debatten over het consumentenrecht inderdaad te verklaren zijn uit de ideologieën van deze partijen. Daarnaast blijkt dat ook de profilering van een politieke partij een rol kan spelen in de opstelling van die partij.

3.1 Inleiding

Het consumentenrecht is een veelbesproken onderwerp. Hoewel de afbakening van ‘het consumentenrecht’ niet eenvoudig is,¹ is duidelijk dat met het consumentenrecht wordt beoogd de consument te beschermen. Bescherming van de consument door middel van regelgeving betekent overheidsingrijpen in de markt. Het ligt dan voor de hand om aan te nemen dat de totstandkoming van consumentenrechtelijke wetgeving een politiek proces is waarbij consumentenbescherming en marktdenken tegen elkaar worden afgewogen en dat politieke ideologie aan de basis ligt van de verschillende

1 Dit komt omdat het bereik van het consumentenrecht *open-ended* is. Het consumentenrecht omvat zowel privaatrecht als publiekrecht en kan zowel een nationale als een internationale oorsprong hebben. Zie hierover: Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p. 1, 3; Howells & Weatherill 2005, p. 5.

partijstandpunten. Tegen deze achtergrond wordt in onderhavig hoofdstuk de volgende vraagstelling beantwoord:

Zijn de bijdragen van politieke partijen aan consumentenrechtelijke parlementaire debatten te verklaren uit de ideologieën van de partijen?

Deze vraagstelling wordt onderzocht voor vijf consumentenrechtelijke wetsvoorstellen die in de periode 2005-2010 in het parlement zijn behandeld. Er wordt gekeken naar de posities van twee politieke partijen, de VVD en de PvdA. De beperking tot deze twee partijen wordt gerechtvaardigd door het feit dat VVD en PvdA bepalend zijn geweest voor de wetgeving, aan een duidelijke ideologie kunnen worden gerelateerd en deze partijen op veel terreinen de uitersten in het debat vertegenwoordigen.

Om tot een antwoord op de hoofdvraag te komen, wordt allereerst stilgestaan bij de politieke ideologieën van VVD en PvdA en wordt aan de hand daarvan een voorspellende theorie geformuleerd over de posities die zij zullen innemen in het consumentenrechtelijke parlementaire debat (par. 3.2). Vervolgens wordt aan de hand van documentanalyse onderzocht welke posities VVD en PvdA feitelijk hebben ingenomen in het consumentenrechtelijke parlementaire debat en worden deze posities vergeleken met de in paragraaf 2 voorspelde posities (par. 3.3). Waar mogelijk worden interviews (met drie Kamerleden) gebruikt om aanvullende opheldering te krijgen of verschillen tussen de voorspelde posities en de feitelijk ingenomen posities te verklaren (par. 3.3). Daarna wordt getracht in de posities bij afzonderlijke wetsvoorstellen een grote lijn te ontdekken (par. 3.4). Tot slot volgt de conclusie (par. 3.5).

3.2 Ideologie als voorspellende factor in het consumentenrechtelijke debat?

3.2.1 Politieke ideologieën

Een politieke ideologie kan worden gedefinieerd als een coherent geheel van politieke ideeën en overtuigingen over hoe de maatschappij ingericht zou moeten worden.² Een politieke ideologie heeft betrekking op verschillende beleidsterreinen en in de definitie ligt besloten dat tussen de visies

² Newton & Van Deth 2010, p. 291. Overigens verdient opmerking dat het begrip 'ideologie' in deze bijdrage een sociaalwetenschappelijke betekenis heeft, wat inhoudt dat het begrip 'neutraal' wordt gebruikt. In het verleden werd het begrip 'ideologie' vaak gebruikt met een negatieve connotatie. Zie hierover o.a.: Heywood 2007, p. 44; Newton & Van Deth 2010, p. 292.

op deze verschillende beleidsterreinen een logisch verband moet bestaan.³ Verder tracht een politieke ideologie de huidige situatie in de samenleving te verklaren,⁴ bevat deze een normatief element⁵ en resulteert deze in een actieplan, waarin naar voren komt hoe bepaalde politieke doelen zouden moeten worden bereikt.⁶

Politieke partijen zijn veelal geïnspireerd door een politieke ideologie.⁷ De politieke ideologieën van VVD en PvdA komen hieronder aan bod en aan de hand daarvan wordt een voorspellende theorie geformuleerd over de posities die deze partijen zullen innemen in het consumentenrechtelijke parlementaire debat (par. 3.2.3 en 3.2.4). Voordat op basis van ideologie kan worden voorspeld hoe politieke partijen zich zullen opstellen in een consumentenrechtelijk parlementair debat, moet worden stilgestaan bij de vraag welke beleidsoverwegingen in het consumentenrecht eigenlijk een rol spelen.

3.2.2 *Het consumentenrecht en beleidsoverwegingen*

Voor de vraag welke beleidsoverwegingen in het consumentenrecht een rol spelen, is van belang dat bescherming van de consument door middel van (meestal dwingendrechtelijke) regelgeving neerkomt op overheidsingrijpen in de markt. Consumentenbescherming en marktdenken staan als het ware tegenover elkaar. Hoe kunnen consumentenbescherming en marktdenken tegen elkaar worden afgewogen?

Als argument vóór overheidsingrijpen wordt in de literatuur onder meer ‘marktfalen’ aangevoerd.⁸ Marktfalen kan onder meer worden veroorzaakt

3 Deschouwer & Hooghe 2011, p. 69, 71. Zie ook over het belang van dit criterium: Kuypers 1976, p. 195.

4 Zie: Newton & Van Deth 2010, p. 292; Woerdman 2009, p. 159; Heywood 2007, p. 45; Heywood 2000, p. 22.

5 Zie: Newton & Van Deth 2010, p. 293; Woerdman 2009, p. 159; Heywood 2007, p. 45; Heywood 2000, p. 22.

6 Zie: Newton & Van Deth 2010, p. 293; Woerdman 2009, p. 159; Heywood 2007, p. 45; Heywood 2000, p. 22.

7 Een kanttekening die hierbij gemaakt moet worden, is dat onder meer door politicologen betoogd is dat sprake is van een ‘ontideologisering’ van de politiek. Zie bijv.: Woerdman 2009, p. 165, 166; Andeweg & Irwin 2009, p. 94; Lucardie & Woerdman 2008, p. 5, 7; Mair 2008, p. 236, 240; Van der Meer e.a. 2012, p. 334.

8 Zie o.a.: Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p.10; Cseres 2012, p. 163, 164; Howells & Weatherill 2005, p. 7; Hesselink 2006, p. 9; Hesselink 2007, p. 851; Van den Bergh 1990, p. 790; Ramsay 2012, p. 42.

door informatieasymmetrie.⁹ Indien consumenten minder goed zijn geïnformeerd dan hun wederpartij, zijn zij niet in staat hun eigen belang naar behoren te behartigen en dit resulteert in een marktfalen aan de vraagkant. Dwingendrechtelijke regelgeving kan marktfalen bijvoorbeeld ‘repareren’ door de consument toe te staan onder bepaalde omstandigheden overeenkomsten te vernietigen.¹⁰

Hoewel informatieasymmetrie een oorzaak kan zijn van marktfalen en daarmee onderdeel is van het hierboven genoemde *economische* argument, kan informatieasymmetrie vanuit het perspectief van *rechtvaardigheid* ook als afzonderlijke rechtvaardiging voor consumentenrechtelijke regelgeving worden genoemd.¹¹ Zo kan worden gesteld dat het rechtvaardig is om de consument te beschermen indien sprake is van informatietekorten aan de zijde van de consument omdat in een dergelijk geval niet kan worden gesproken van een contract gesloten tussen gelijke partijen.¹²

Overheidsingrijpen heeft ook nadelen. Op principiële gronden kan men tegenstander van dwingendrechtelijke consumentbeschermende regels zijn, omdat deze de contractvrijheid aantasten.¹³ Contractvrijheid kan gedefinieerd worden als de vrijheid om zelf te bepalen of men een overeenkomst aangaat en met wie men een overeenkomst aangaat en om zelf de vorm en de inhoud van de overeenkomst te bepalen.¹⁴ Als praktisch nadeel van overheidsingrijpen kan worden genoemd dat overheidsingrijpen mogelijk niet tot de gewenste resultaten leidt.¹⁵ Ook kost het maken van regelgeving en

9 Zie o.a.: Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p.11; Cseres 2012, p. 164; Van den Bergh 1990, p. 790.

10 Zie: Cseres 2012, p. 165.

11 Zie voor deze benadering: Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p. 11. Ook Howells & Weatherill spreken van rechtvaardigingen *naast* de economische rechtvaardiging van marktfalen, zie: Howells & Weatherill 2005, p. 7, 14.

12 Zie voor deze benadering: Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p. 11. De consument zou beschermd kunnen worden door middel van dwingendrechtelijke informatieverplichtingen. Zie: Cseres 2012, p. 165. Overigens zou aangevoerd kunnen worden dat deze vorm van consumentenbescherming nog niet ver genoeg gaat, omdat empirisch onderzoek uitwijst dat consumenten minder rationeel handelen dan modellen veronderstellen en het verstrekken van informatie aan consumenten niet betekent dat ze deze juist gebruiken. Zie hierover o.a.: Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p. 11.

13 Cartwright 2001, p. 33. Zie verder Hondius 1999, p. 387; Van Arkel 1999, p. 476. Overigens is de contractvrijheid sowieso niet onbegrensd. Grenzen aan de contractvrijheid kunnen onder meer gevonden worden in art. 3:40 BW (Hoogervorst 1999, p. 137) en de wilsgebrekenregeling (Hartliof 2003, p. 5).

14 Zie o.a.: Beekhuis 1953, p. 5; Feenstra & Ahsmann 1988, p. 5, 6.

15 Zie: Cseres 2012, p. 164, 189.

de handhaving van de regelgeving de overheid geld.¹⁶ Daarnaast leidt regelgeving soms tot extra kosten voor bedrijven. Bedrijven zullen deze kosten mogelijk doorberekenen aan consumenten.¹⁷ Verder kan de beschermende regelgeving ertoe leiden dat de eigen verantwoordelijkheid van consumenten wordt ondermijnd en consumenten zich risicovoller zullen gedragen.¹⁸

De vraag hoeveel gewicht aan de verschillende beleidsoverwegingen moet worden toegekend, is politiek van aard.¹⁹ Zo wordt in de literatuur aangekaart dat aanhangers van ideologieën waarin meer belang gehecht wordt aan marktwerking, minder snel zullen pleiten voor beschermende regelgeving.²⁰ Verder zullen zij marktfalen eerder als rechtvaardiging voor beschermende regelgeving beschouwen dan andere, minder economische, beleidsoverwegingen.²¹ Omgekeerd zullen diegenen die minder moeite hebben met interventie eerder rechtvaardigingen voor ingrijpen zien.²²

Hieronder wordt op basis van de ideologieën van VVD en PvdA en met behulp van de beschreven beleidsoverwegingen, een voorspellende theorie geformuleerd over de posities die de partijen zullen innemen in het consumentenrechtelijke parlementaire debat.

3.2.3 *De politieke ideologie van de VVD en de voorspelde positie in het consumentenrechtelijke debat*

De politieke ideologie waaraan de VVD kan worden gerelateerd, is het liberalisme, een politieke ideologie die de vrijheid van het individu centraal stelt.²³ Het liberalisme wordt verder gekenmerkt door het pleidooi voor een kleine overheid en een groot vertrouwen in marktwerking.²⁴

16 Zie: Cseres 2012, p. 164, 189.

17 Hartlief 2004, p. 258; Cseres 2012, p. 166, 189; Kötz 1997, p. 129; Van den Bergh 1990, p. 789.

18 Cseres 2012, p. 166; Van den Berg 2000, p. 574, 575; Stuyck 2000, p. 393.

19 Zie: Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p. 13; Howells & Weatherill 2005, p. 5; Cartwright 2001, p. 28. Zie ook voor constatering en opmerkingen over de politieke aard van de vraag of en in hoeverre de consument moet worden beschermd: Hartlief 2003, p. 9; Cohen Henriquez 1990, p. 453, 456; Hondius 1999, p. 392, 393; Van der Woude, Mulder & Neij 2009, p. 890; Van den Berg 2000, p. 575, 576, 577; Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

20 Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p. 13; Cartwright 2001, p. 28.

21 Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p. 13; Cartwright 2001, p. 28.

22 Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p. 13; Cartwright 2001, p. 28.

23 Zie hierover o.a.: Arblaster 1987, p. 56-59.

24 Zie bijv.: Woerdman 2009, p. 161; Newton & Van Deth 2010, p. 297, 299.

Dat de VVD zich profileert als liberale partij, is terug te zien in de verkiezingsprogramma's. De VVD zegt grote waarde te hechten aan de vrijheid van het individu en vertrouwen te hebben in de kracht van het individu.²⁵ Dit vertrouwen gaat hand in hand met de nadruk op de eigen verantwoordelijkheid.²⁶

De vrijheid van het individu kan worden gewaarborgd door de bemoeienis van de overheid met het openbare leven beperkt te houden.²⁷ Net zo min als het individu moet worden gehinderd door de overheid, moeten ook bedrijven naar de mening van de VVD zo min mogelijk last ondervinden van de overheid.²⁸ Met dit pleidooi voor een kleine overheid hangt het vertrouwen in de vrije markt samen.²⁹ Volgens het verkiezingsprogramma 2010-2014 is de VVD voorstander van een vrije markt omdat de voorkeuren van consumenten centraal staan in een vrije markt.³⁰ Wel moet de positie van de consument volgens het programma indien nodig worden versterkt.³¹

Wat kan uit de politieke ideologie worden voorspeld over de wijze waarop de VVD zich vermoedelijk zal opstellen in een consumentenrechtelijk parlementair debat? Aangezien de VVD als liberale partij op principiële gronden van mening is dat de overheid zo min mogelijk moet ingrijpen in de vrije markt en ook de praktische nadelen van overheidsingrijpen zwaar wegen voor de VVD (bijv. lasten voor het bedrijfsleven), zal de VVD vermoedelijk niet te snel willen overgaan tot het maken van regelgeving ter bescherming van de consument. Naar verwachting zal de VVD zelfregulering veelal prefereren boven consumentbeschermende regelgeving.

Toch zal de VVD niet altijd vóór marktwerking en tegen overheidsingrijpen kunnen pleiten. Op basis van de liberale ideologie wordt verwacht dat de VVD marktfalen in bepaalde gevallen zal beschouwen als een

25 Zie bijv.: VVD 2003, p. 1; VVD 2006, p. 2; VVD 2012, p. 3.

26 Zie o.a.: VVD 2012, p. 3. Zie ook in het tijdschrift *Liberaal Reveil* (van de Teldersstichting): Balemans 2002, p. 159.

27 Zie bijv.: VVD 2010, p. 14; VVD 2012, p. 10. Zie ook in het tijdschrift *Liberaal Reveil*: Van der Meer, Van den Berg & Dijkstra 2010, p. 94.

28 VVD 2003, p. 1; in dit verkiezingsplan wordt van belang geacht dat 'de lasten voor burgers en bedrijven niet toenemen'. VVD 2012, p. 12; in dit verkiezingsprogramma wordt gepleit voor 'afschaffing van regels die ondernemers hinderen'.

29 Zie over de vrije markt en de crisis: VVD 2010, p. 7. Zie ook in het tijdschrift *Liberaal Reveil*: Koops 2009, p. 184; Beckman 2009, p. 106.

30 VVD 2010, p. 7.

31 VVD 2010, p. 7.

rechtvaardiging voor consumentbeschermende regelgeving.³² Uit de ideologie van de VVD lijkt derhalve een spanningsveld voort te vloeien tussen consumentenbescherming en de vrije markt. Het vinden van de juiste balans tussen bescherming van de consument (bijv. bij marktfalen) en het ongestoord laten van de vrije markt (gesteund door de ideologie) zal vermoedelijk lastig zijn voor de VVD.

Wat de handhaving van consumentenrechtelijke regelgeving betreft, wordt verwacht dat de VVD privaatrechtelijke handhaving preferereert boven bestuursrechtelijke handhaving omdat de eerstgenoemde vorm van handhaving meer recht doet aan de autonomie van partijen.³³

3.2.4 *De politieke ideologie van de PvdA en de voorspelde positie in het consumentenrechtelijke debat*

De PvdA kan worden gerelateerd aan de sociaaldemocratische ideologie. De sociaaldemocratie wordt gekenmerkt door aandacht voor economische gelijkheid.³⁴ Verder staat de sociaaldemocratie kritisch tegenover de vrije markt, die vaak zou resulteren in te grote economische ongelijkheden.³⁵

De aandacht die de PvdA heeft voor economische gelijkheid en de bescherming van zwakkere partijen is terug te zien in de verkiezingsprogramma's die veelvuldig gaan over 'eerlijk delen' en solidariteit.³⁶ Aangezien de zwakkere partij in de vrije markt het risico loopt onvoldoende voor zijn belang te kunnen opkomen, is het niet verbazingwekkend dat de PvdA kritisch staat tegenover de vrije markt.³⁷ In het verkiezingsprogramma van 2010 wordt dan ook aangegeven dat de crisis onder meer het gevolg is van 'een volstrekt naïef geloof in de zaligmakende werking van vrije markten, waar de overheid zo ver mogelijk vandaan gehouden moest worden'.³⁸ Wat de PvdA betreft, functioneert de vrije markt vaak gebrekkig.³⁹

32 Zie over marktfalen en het liberalisme in het tijdschrift *Liberaal Reveil*: Van de Haar 2004, p. 71.

33 Zie bijv: Cseres 2012, p. 194.

34 Zie o.a.: Newton & Van Deth 2010, p. 302; Woerdman 2009, p. 161.

35 Zie o.a.: Newton & Van Deth 2010, p. 302; Woerdman 2009, p. 161.

36 PvdA 2003, p. 1; PvdA 2006, p. 12, 29; PvdA 2010, p. 14; PvdA 2012, p. 9. Bij deze solidariteit is wederkerigheid essentieel volgens de PvdA, zie hiervoor: PvdA 2010, p. 14. Zie in het tijdschrift *S&D* (van de Wiardi Beckman Stichting): Crone 2004, p. 26; Wolfson 2012, p. 38; Van der Veen 2012, p. 54.

37 Zie in het tijdschrift *S&D*: Koole 2004, p. 48.

38 PvdA 2010, p. 5.

39 PvdA 2010, p. 40. Zie over de verhouding tussen markt en overheid in het tijdschrift *S&D*: Heemskerk & Van den Berg, 2009, p. 15; Heukelom & Zwart 2011, p. 38; Wolfson 2012, p. 37; De Beer 2008, p. 39, 40.

Kan aan de hand van de politieke ideologie een voorspelling worden gemaakt van de positie van de PvdA in het consumentenrechtelijke parlementaire debat? In zijn verhouding tot het bedrijfsleven kan de consument veelal worden beschouwd als de zwakkere partij. Aangezien de PvdA weinig moeite heeft met overheidsingrijpen in de vrije markt en de bescherming van zwakkere partijen diep verankerd ligt in de ideologie van de PvdA, mag worden verwacht dat de PvdA veelvuldig voor een dergelijk ingrijpen zal pleiten ter bescherming van de consument. Daar waar de VVD het vermoedelijk lastig zal vinden te kiezen tussen de vrije markt en consumentenbescherming, ligt de keuze voor de PvdA vermoedelijk gemakkelijker.

Wat de handhaving van consumentenrechtelijke regelgeving betreft, wordt verwacht dat de PvdA bestuursrechtelijke handhaving preferert boven privaatrechtelijke handhaving. Dit omdat de PvdA vermoedelijk minder gewicht zal toekennen aan de autonomie van partijen dan aan het belang van een zo effectief mogelijke handhaving ter bescherming van de consument en een procedure bij de civiele rechter veel geld kost en veel tijd in beslag neemt.⁴⁰

3.3 Consumentenrechtelijke parlementaire debatten

3.3.1 *Inleidende opmerkingen*

In deze paragraaf komen vijf consumentenrechtelijke wetsvoorstellen aan bod die in de periode 2005-2010 in het parlement zijn behandeld. Deze vijf wetsvoorstellen zijn gekozen omdat zij voldoende maatschappelijke betekenis hebben en stof voor debat in het parlement hebben opgeleverd. Bij de selectie zijn de wetsvoorstellen ter implementatie of uitvoering van EU-recht waarbij nauwelijks of geen speelruimte voor de nationale wetgever bestond, buiten beschouwing gelaten.

De posities die VVD en PvdA in het parlementaire debat over deze wetsvoorstellen hebben ingenomen, worden vergeleken met de posities die in de vorige paragraaf zijn voorspeld aan de hand van de politieke ideologieën. Met behulp van interviews die in mei 2013 zijn afgenomen met drie Kamerleden (Vos (PvdA), De Liefde (VVD) en Elias (VVD)) wordt getracht eventuele verschillen te verklaren.⁴¹

40 Cartwright 2001, p. 16; Cseres 2012, p. 193.

41 Aan deze Kamerleden is voorafgaand aan het interview een lijst met gespreksonderwerpen toegestuurd. In het interview zijn vragen over deze gespreksonderwerpen gesteld. Aan elk Kamerlid is een aantal meer algemene vragen

3.3.2 *Initiatiefwetsvoorstel-Van Dam*

Het initiatiefwetsvoorstel-Van Dam *Stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten* werd op 10 april 2006 aanhangig gemaakt door Van Dam en Crone, des tijds beide Tweede Kamerlid voor de PvdA.⁴² Het wetsvoorstel⁴³ strekte ertoe de stilzwijgende verlenging van abonnementen met meer dan drie maanden te verbieden, tenzij de overeenkomst werd omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd en de consument bevoegd was deze met een opzegtermijn van een maand op te zeggen.⁴⁴ De achterliggende gedachte was dat een einde moest komen aan de maatschappelijk ongewenste situatie dat consumenten weer een jaar ongewild aan een abonnement vastzaten dat stilzwijgend was verlengd.⁴⁵

Tijdens de eerste termijn van de Tweede Kamer werd het initiatiefwetsvoorstel van Van Dam⁴⁶ overwegend positief ontvangen. Elias (VVD) benadrukte dat goede bescherming van de consument voor de VVD-fractie erg

gesteld en zijn vragen gesteld die betrekking hadden op de positie die de partij van het Kamerlid in een debat over één van de vijf wetsvoorstellen had ingenomen. Met Vos is gesproken over het initiatiefwetsvoorstel-Van Dam (30520) en het wetsvoorstel Implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (30928). Bij de behandelingen van deze wetsvoorstellen in de Tweede Kamer had zij het woord gevoerd voor de PvdA. Met Elias is gesproken over het initiatiefwetsvoorstel-Van Dam (30520). Bij de behandeling van dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer had hij het woord gevoerd voor de VVD. De Liefde heeft niet het woord gevoerd bij de behandeling van één van de vijf wetsvoorstellen in de Tweede Kamer, maar het consumentenbeleid valt onder zijn huidige portefeuille. Met De Liefde is gesproken over het wetsvoorstel Handhaving consumentenbescherming (30411) en het wetsvoorstel Implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (30928).

42 *Kamerstukken II* 2005/06, 30520, nr. 2 (Voorstel van wet).

43 Hiermee wordt het wetsvoorstel bedoeld zoals dat op 5 maart 2009 voor het eerst plenair behandeld werd in de Tweede Kamer: *Kamerstukken II* 2006/07, 30520, nr. 5 HERDRUK (Voorstel van wet zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State), gewijzigd door: *Kamerstukken II* 2008/09, 30520, nr. 9 (Nota van wijziging).

44 *Kamerstukken II* 2006/07, 30520, nr. 6 HERDRUK, p. 1, 4 (MvT zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State).

45 *Kamerstukken II* 2006/07, 30520, nr. 6 HERDRUK, p. 1 (MvT zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State).

46 Crone die het wetsvoorstel oorspronkelijk mede had ingediend, was op het moment dat het wetsvoorstel in de Tweede Kamer werd behandeld, al uit de Kamer vertrokken. Van Dam is verder gegaan met de verdediging van het initiatiefwetsvoorstel, zie ook: *Kamerstukken II* 2008/09, 30520, nr. 10 (Brief van het lid Van Dam).

belangrijk is.⁴⁷ Wel gaf hij aan dat efficiënte marktwerking en de eigen verantwoordelijkheid van de consument ook erg belangrijk zijn voor de VVD-fractie en deze uitgangspunten op gespannen voet kunnen staan met een goede consumentenbescherming. Elias stelde dat de VVD-fractie de afweging tussen deze uitgangspunten zoveel mogelijk in het belang van de consument laat uitvallen, zonder de belangen van het bedrijfsleven onnodig te schaden.⁴⁸

Elias gaf aan dat de VVD-fractie in beginsel sympathiek tegenover het wetsvoorstel staat omwille van de bescherming van de consument, maar dat reële knelpunten voor het bedrijfsleven moeten worden ondervangen.⁴⁹ Als voorbeeld van een dergelijk reëel knelpunt gaf Elias aan dat de productie van tijdschriften soms meer dan drie maanden in beslag neemt.

Vos (PvdA) stelde voor om stilzwijgende verlenging van abonnementen nadat een jaarcontract is verstreken, geheel onmogelijk te maken en dus niet nog met drie maanden toe te staan.⁵⁰ Over het algemeen benadrukte zij de machtsonevenwichtigheid tussen het bedrijfsleven en de consument en stelde zij te streven naar een ‘gelijk speelveld voor de consument en de aanbieder’.⁵¹

Na de eerste termijn van de Tweede Kamer bracht Van Dam twee nota’s van wijziging uit, waarin hij onder meer tegemoet kwam aan de opmerkingen van Vos en Elias.⁵² Naar aanleiding van de opmerking van Vos verbood hij stilzwijgende verlenging of vernieuwing in een overeenkomst voor bepaalde duur *en* stilzwijgende voortzetting in een overeenkomst voor onbepaalde duur zonder dat de consument bevoegd is de voorgezette overeenkomst te allen tijde met een opzegtermijn van hoogstens een maand op te zeggen.⁵³ Ook formuleerde hij een aantal uitzonderingen voor kranten en tijdschriften naar aanleiding van de opmerking van Elias. Uiteindelijk nam de Tweede Kamer het wetsvoorstel, gewijzigd door een amendement, met

47 *Handelingen II* 2008/09, nr. 60, p. 4816.

48 *Handelingen II* 2008/09, nr. 60, p. 4816.

49 *Handelingen II* 2008/09, nr. 60, p. 4816, 4817.

50 *Handelingen II* 2008/09, nr. 60, p. 4817.

51 *Handelingen II* 2008/09, nr. 60, p. 4817.

52 *Kamerstukken II* 2008/09, 30520, nr. 14 (Tweede nota van wijziging) en *Kamerstukken II* 2009/10, 30520, nr. 17 (Derde nota van wijziging).

53 *Zie: Kamerstukken II* 2009/10, 30520, nr. 17, p. 1 (Derde nota van wijziging).

algemene stemmen aan.⁵⁴ De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel⁵⁵ vervolgens zonder beraadslaging en zonder stemming aan.⁵⁶

Sluiten de posities die VVD en PvdA bij de behandeling van dit wetsvoorstel innamen aan bij de voorspellingen? De nadruk die Vos tijdens het debat op de machtsonevenwichtigheid legde, past goed bij hetgeen is voorspeld op basis van de ideologie van de PvdA. In het interview gaf Vos aan dat de onevenwichtigheid tussen de consument en het grote bedrijfsleven en informatieachterstanden ervoor zorgen dat markten vaak niet werken.

De afweging tussen de uitgangspunten die Elias formuleerde, komt overeen met hetgeen is voorspeld voor de VVD. Het past bij de liberale ideologie dat eigen verantwoordelijkheid en efficiënte marktwerking belangrijk worden geacht. Anderzijds past de keuze voor consumentenbescherming in bepaalde gevallen bij de liberale ideologie, bijvoorbeeld indien de markt niet werkt. Wat verklaart hoe de afweging tussen deze uitgangspunten uitviel? Waarom heeft de VVD uiteindelijk vóór dit wetsvoorstel gestemd? In het interview zei Elias daarover het volgende:

‘Het steeds maar weer verlengen van contracten en ook toepassen van handigheidjes waardoor je als doorsnee consument ineens weer bijna een jaar ergens aan vastzit, vaak op zeer onredelijke gronden, dat is niet goed en dat is de reden dat we de steun gegeven hebben.’

Op de vraag wanneer deze afweging *anders* zou uitvallen, antwoordde Elias dat men het bedrijfsleven *niet* op een onredelijke manier de contractvrijheid mag ontnemen. Hiervan zou bijvoorbeeld sprake zijn indien het bedrijfsleven zich *niet* onredelijk zou gedragen jegens de consument.

3.3.3 Wetsvoorstel Bepalingen gebruik telefoonnummers

Het wetsvoorstel *Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met het vaststellen van nadere bepalingen over het gebruik van nummers ter bescherming van de consument* (ingediend op 26 april 2006)⁵⁷ beoogde de consumentenbescherming bij het gebruik van dure telefoonnummers te versterken.⁵⁸ Als aanleiding voor het wetsvoorstel werd genoemd dat

54 *Handelingen II* 2009/10, nr. 15, p. 1123 (Stemmingen).

55 *Kamerstukken I* 2009/10, 30520, nr. A (Gewijzigd voorstel van wet).

56 *Handelingen I* 2010/2011, nr. 2, p. 2 (Hamerstukken).

57 *Kamerstukken II* 2005/06, 30537, nr. 2.

58 Zie: *Kamerstukken II* 2005/06, 30537, nr. 3, p. 1 (MvT).

consumenten al langere tijd problemen ondervonden doordat bijvoorbeeld tarieven van telefoonnummers niet duidelijk werden vermeld en zij werden geconfronteerd met onverwacht hoge telefoonrekeningen.⁵⁹ In het wetsvoorstel werd afstand genomen van de bestaande zelfregulering en werd gekozen regels over nummer- en tarieftransparantie bij of krachtens de wet vast te stellen en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) het toezicht te laten uitoefenen.⁶⁰

Op 16 januari 2007 werd het wetsvoorstel⁶¹ plenair behandeld in de Tweede Kamer. In het debat gaf Aptroot (VVD) aan dat de VVD, hoewel de partij meestal voorstander is van minder regelgeving, op dit terrein van oordeel is dat de regulering niet aan de ondernemers zelf moet worden overgelaten en dat er een noodzaak bestaat om de consument te beschermen door middel van extra, strengere wetgeving.⁶² Als reden hiervoor noemde hij dat ‘het op dit terrein met de nieuwe diensten, de 0800- en de 0900-nummers, regelmatig voorkomt dat consumenten worden geflest door niet-bonafide ondernemers’.⁶³ Deze uitlatingen bevestigen allereerst de hypothese dat de VVD over het algemeen vindt dat zelfregulering voorop moet staan. Dat de VVD in bepaalde gevallen toch van mening is dat wetgeving nodig is, past ook bij de voorspellingen. Maar dan resteert de vraag: in welke gevallen? De verklaring van Aptroot in het debat om in dit geval vóór wetgeving te kiezen, doet denken aan de uitspraken van Elias. Elias noemde het onredelijke gedrag van ondernemingen doorslaggevend in het interview over het initiatiefwetsvoorstel-Van Dam en sprak van ‘misbruik van contractvrijheid’. Ook voor Aptroot lijkt onredelijk gedrag van ondernemingen – ‘geflest door niet-bonafide ondernemers’⁶⁴ – doorslaggevend te zijn geweest.

Van Dam (PvdA) zei dat de PvdA-fractie het wetsvoorstel zou steunen, omdat een wettelijke regeling nodig zou zijn om de bescherming van de consument tegen misbruik te verbeteren.⁶⁵ Verder gaf Van Dam aan dat hij graag zou willen dat de minister de mogelijkheid zou krijgen om regels op te stellen over de tarifiering. Ten behoeve hiervan had hij al een amen-

59 *Kamerstukken II 2005/06, 30537, nr. 3, p. 4, 5 (MvT).*

60 *Kamerstukken II 2005/06, 30537, nr. 3, p. 2 (MvT).*

61 Zoals gewijzigd door: *Kamerstukken II 2005/06, 30537, nr. 7 (Nota van wijziging).*

62 *Handelingen II 2006/07, nr. 30, p. 1996.*

63 *Handelingen II 2006/07, nr. 30, p. 1996.*

64 *Handelingen II 2006/07, nr. 30, p. 1996.*

65 *Handelingen II 2006/07, nr. 30, p. 1997.*

dement ingediend.⁶⁶ Van Dam gaf aan te hopen dat regels worden gemaakt die bewerkstellingen dat consumenten niet meer hoeven te betalen voor de tijd dat zij in de wacht worden gezet.⁶⁷ Het amendement van Van Dam en zijn toelichting passen goed bij de voorspelling dat de PvdA de consument als zwakkere partij wil beschermen.

Het amendement van Van Dam⁶⁸ en het wetsvoorstel werden met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer.⁶⁹ Door de Eerste Kamer werd het wetsvoorstel⁷⁰ zonder beraadslaging en zonder stemming aangenomen.⁷¹ Voor het wetsvoorstel en het amendement lijkt derhalve een breed draagvlak te hebben bestaan. Indien alleen naar de behandeling van dit wetsvoorstel zou worden gekeken, zou men bijna denken dat consumentenrecht helemaal niet zo partijpolitiek is.

3.3.4 *Wetsvoorstel Instellen antenneregister*

Het wetsvoorstel *Wijziging van de Telecommunicatiewet verband houdende met de instelling van een antenneregister, de uitbreiding van het verbod op het verzenden van ongevraagde elektronische communicatie alsmede regeling van diverse andere onderwerpen* (ingediend op 18 augustus 2006) zorgde er onder meer voor dat een wettelijk centraal register werd ingesteld, waarin abonnees zich konden inschrijven om ongevraagde telemarketing te voorkomen (bel-me-niet-register).⁷²

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer gaf Van Dam (PvdA) aan tevreden te zijn dat in het wetsvoorstel regelingen worden

66 *Kamerstukken II* 2006/07, 30537, nr. 10 (Amendement van het lid Van Dam) en nr. 12 (Gewijzigd amendement van het lid Van Dam ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 10).

67 *Handelingen II* 2006/07, nr. 30, p. 1999.

68 *Kamerstukken II* 2006/07, 30537, nr. 12 (Gewijzigd amendement van het lid Van Dam ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 10).

69 *Handelingen II* 2006/07, nr. 33, p. 2196, 2197 (Stemmingen).

70 *Kamerstukken I* 2006/07, 30537, nr. A (Gewijzigd voorstel van wet).

71 *Handelingen I* 2006/07, nr. 19, p. 631.

72 *Kamerstukken II* 2005/06, 30661, nr. 2 (Voorstel van wet), gewijzigd door: *Kamerstukken II* 2006/07, 30661, nr. 6 (Nota van wijziging) en *Kamerstukken II* 2007/08, 30661, nr. 8, p. 7 (Tweede nota van wijziging). Opmerking verdient dat in het gewijzigde wetsvoorstel nog veel meer onderwerpen werden geregeld, maar in deze bijdrage wordt toegespitst op de instelling van het bel-me-niet-register.

getroffen op het gebied van telemarketing.⁷³ Wel vroeg hij of een telemarketingbedrijf de verplichting heeft consumenten in het bel-me-niet-register op te nemen indien deze tijdens een telemarketinggesprek aangeven niet meer gebeld te willen worden.⁷⁴ Verder vroeg Van Dam of het voor een bedrijf mogelijk is de voorgestelde regeling te omzeilen door een telemarketingbedrijf in bijvoorbeeld Zuid-Afrika Nederlandse consumenten te laten bellen. De vragen zijn in lijn met de politieke ideologie van de PvdA. De eerste vraag laat zien dat Van Dam het belangrijk vond dat de drempel voor consumenten om zich in te schrijven voor het bel-me-niet-register zo laag mogelijk is.⁷⁵ Met de tweede vraag leek hij te willen toetsen hoe effectief de consumentenbescherming in het wetsvoorstel is.

Apdroot stelde in het debat dat de VVD-fractie had getwijfeld over de wettelijke instelling van het bel-me-niet-register, maar er uiteindelijk toch mee kon instemmen.⁷⁶ Volgens Apdroot liep het vrijwillige bel-me-niet-register, een zelfreguleringsinstrument, al goed voor de bedrijven die bij dit register waren aangesloten. Apdroot benadrukte dat de bedrijven die niet waren aangesloten bij dit register de sfeer echter verziekten en de VVD-fractie toch met de instelling van het bel-me-niet-register kon instemmen ‘gelet op de wens van consumenten’.⁷⁷ Mogelijk kan het interview met Elias handvatten bieden om de keuze voor wetgeving te verklaren. Uit het interview met Elias kwam naar voren dat zijn persoonlijke betrokkenheid met het consumentenrecht ‘voor een groot deel is voortgekomen uit enorme ergernis over die telefonische marketingacties’.

In het debat gaf Apdroot aan wel twee kanttekeningen bij de voorgestelde regeling te willen maken.⁷⁸ Ten eerste kaartte hij aan dat het verbod om telemarketingactiviteiten te richten aan abonnees die ingeschreven zijn in het bel-me-niet-register volgens het wetsvoorstel alleen geldt voor in

73 Op 18 oktober 2006 had Van Dam zelf een initiatiefwetsvoorstel ingediend waarin een wettelijke grondslag voor het bel-me-niet-register was neergelegd (*Kamerstukken II 2006/07, 30845, nr. 2*). In het debat over het wetsvoorstel *Wijziging van de Telecommunicatiewet verband houdende met de instelling van een antenregister, de uitbreiding van het verbod op het verzenden van ongevraagde elektronische communicatie alsmede regeling van diverse andere onderwerpen (Kamerstukken II 2007/08, 30661)* gaf Van Dam aan dat hij, indien dit wetsvoorstel zou worden aangenomen, niet verder zou werken aan zijn initiatiefwetsvoorstel.

74 *Handelingen II 2007/08, nr. 40, p. 3140.*

75 Zie Van Dam over de ‘drempel’: *Handelingen II 2007/08, nr. 41, p. 3177.*

76 *Handelingen II 2007/08, nr. 40, p. 3142.*

77 *Handelingen II 2007/08, nr. 40, p. 3142.*

78 *Handelingen II 2007/08, nr. 40, p. 3142.*

Nederland gevestigde bedrijven. Dit zou volgens Aptroot vestiging in het buitenland uitlokken.⁷⁹ Om de uitzondering voor in het buitenland gevestigde bedrijven te schrappen, had hij al een amendement ingediend.⁸⁰ Ten tweede bekritiseerde Aptroot de in het wetsvoorstel neergelegde verplichting voor telemarketingbedrijven om consumenten in ieder gesprek erop te wijzen dat zij kunnen aangeven niet meer benaderd te willen worden door het adverterende bedrijf.⁸¹ Hij had al een amendement ingediend om deze verplichting voor telemarketingbedrijven te schrappen.⁸² Volgens hem zou een dergelijke verplichting juist irritaties oproepen bij consumenten en leiden tot kostenverhoging voor bedrijven. Dat Aptroot kostenverhoging voor bedrijven als een bezwaar zag, is in lijn met de liberale ideologie van de VVD waarin het belangrijk wordt geacht dat lasten voor burgers en bedrijven niet toenemen.

Op 22 januari 2008 werd het wetsvoorstel, zoals onder meer gewijzigd door het eerstgenoemde amendement van Aptroot,⁸³ door de Tweede Kamer met algemene stemmen aangenomen.⁸⁴ Bij de behandeling van het wetsvoorstel⁸⁵ in de Eerste Kamer gaf Asscher (VVD) aan dat de VVD-fractie overheidsingrijpen in dit geval niet proportioneel vindt gegeven de hoge administratieve lasten voor het bedrijfsleven.⁸⁶ Asscher verwees hierbij naar twee adviezen van Actal,⁸⁷ die overigens pas na de stemming in de Tweede Kamer aan het parlement werden doorgezonden. Uiteindelijk werd het wetsvoorstel door de Eerste Kamer zonder stemming aangenomen en werd de VVD-fractie aantekening verleend.⁸⁸ Wat is de reden dat de VVD-fractie in de Tweede Kamer vóór stemde en de VVD-fractie in de Eerste Kamer aantekening werd verleend? Mogelijk verklaren de adviezen van Actal het verschil, maar erg duidelijk lijkt het niet.

79 *Handelingen II* 2007/08, nr. 40, p. 3142.

80 *Kamerstukken II* 2007/08, 30661, nr. 10 (Amendement van het lid Aptroot).

81 *Handelingen II* 2007/08, nr. 40, p. 3142.

82 *Kamerstukken II* 2007/08, 30661, nr. 11 (Amendement van het lid Aptroot).

83 *Kamerstukken II* 2007/08, 30661, nr. 10 (Amendement van het lid Aptroot).

84 *Handelingen II* 2007/08, nr. 43, p. 3286, 3287 (Stemmingen).

85 *Kamerstukken I* 2007/08, 30661, nr. A (Gewijzigd voorstel van wet).

86 *Handelingen I* 2008/09, nr. 7, p. 356.

87 Het Adviescollege toetsing regeldruk.

88 Zie: *Handelingen I* 2008/09, nr. 7, p. 385. Woordvoerders of fractievoorzitters kunnen namens de aanwezige leden van hun fracties aantekening vragen. Daarmee geven zij aan dat zij tegen het wetsvoorstel zouden hebben gestemd indien stemming zou hebben plaatsgevonden.

3.3.5 *Wet handhaving consumentenbescherming*

Het wetsvoorstel *Regels omtrent instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming*⁸⁹ (ingediend op 19 december 2005) beoogde de *Verordening 2006/2004 inzake samenwerking handhaving consumentenbescherming* (verder: de verordening)⁹⁰ te implementeren. Het wetsvoorstel reikte echter verder dan de verordening.⁹¹ Zo stelde de verordening regels ten aanzien van *intra-communautaire* inbreuken met een collectief karakter op het Europese, in de lidstaten geïmplementeerde, consumentenrecht,⁹² terwijl op grond van het wetsvoorstel een Consumentenautoriteit werd opgericht die niet alleen de bevoegdheid had om op te treden tegen *intra-communautaire* inbreuken, maar ook tegen *nationale* inbreuken.⁹³

In het wetsvoorstel was een duaal stelsel van handhaving neergelegd.⁹⁴ Een rechtsregel neergelegd in het Burgerlijk Wetboek zou privaatrechtelijk worden gehandhaafd. De Consumentenautoriteit zou bij een inbreuk een verzoekschrift moeten indienen bij het Gerechtshof Den Haag.⁹⁵ Een publiekrechtelijke rechtsregel zou bestuursrechtelijk worden gehandhaafd.⁹⁶

Over de wenselijkheid van deze wijze van handhaving en van de bepalingen die niet rechtstreeks uit de verordening voortvloeiden, werd in de Tweede Kamer gediscussieerd. Crone (PvdA) stelde tevreden te zijn met het wetsvoorstel,⁹⁷ maar gaf aan dat hij wel een amendement had ingediend om te bewerkstelligen dat meer rechtsregels bestuursrechtelijk zouden worden gehandhaafd.⁹⁸ Crone benadrukte de tijd- en geldroevende procedure indien de Consumentenautoriteit een verzoekschrift bij de rechter moet

89 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 2 (Voorstel van wet).

90 Vo. 2006/2004, *PbEU* 2004, L 364.

91 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 5 (MvT); *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 6, p. 3, 4 (Nota naar aanleiding van het verslag).

92 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 3 (MvT).

93 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 5 (MvT). Zie voor andere onderwerpen waarbij het wetsvoorstel verder reikt dan de verordening: *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 6, p. 3, 4 (Nota naar aanleiding van het verslag).

94 Zie over dit stelsel: *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 30 (MvT).

95 Zie hierover: *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 33 (MvT).

96 Zie hierover: *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 35 (MvT).

97 Het wetsvoorstel was inmiddels gewijzigd door: *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 9 (Nota van wijziging).

98 Zie voor het amendement: *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 10 (Amendement van het lid Crone), *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 13 (Amendement van het lid Crone ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 10).

indienen en stelde dat de consumentenbescherming effectiever zou worden door aanname van zijn amendement.⁹⁹ De opstelling van Crone sluit aan bij de voorspelling dat de PvdA bestuursrechtelijke handhaving (relatief) vaak zal prefereren boven privaatrechtelijke handhaving.

Örgü (VVD) uitte haar onvrede over het wetsvoorstel. Zij gaf aan dat het ‘helaas’ op grond van de verordening noodzakelijk is dat er een vorm van publiek toezicht komt.¹⁰⁰ Örgü betoogde dat de VVD-fractie liever geen nieuwe toezichthouder ziet en benadrukte dat het belangrijk is dat de Consumentenautoriteit alleen optreedt bij een inbreuk met een collectief karakter als de markt door middel van zelfregulering of civielrechtelijke procedures (privaatrechtelijke handhaving) geen oplossing kan bieden.¹⁰¹ Deze opmerkingen bevestigen de hypothese dat de VVD zelfregulering belangrijk vindt.

In het interview gaf De Liefde aan dat de argumentatie van Örgü in 2006 kan worden verklaard doordat de VVD over het algemeen geen fan is van allerlei toezichthouders. Een nieuwe toezichthouder zou weer overheids-personeel, weer administratie en weer kosten met zich brengen. Ook bevestigde De Liefde de hypothese dat de VVD zelfregulering en privaatrechtelijke handhaving prefereert boven bestuursrechtelijke handhaving. De Liefde sprak in het interview van een ‘escalatieladder’. Hij gaf aan dat de inzet van de VVD is dat zelfregulering voorop staat en bestuursrechtelijke handhaving aan het eind van de escalatieladder komt.

In het debat benadrukte Örgü verder dat zij twee amendementen¹⁰² en drie moties¹⁰³ had ingediend om een deel van hetgeen waarin het wetsvoorstel verder ging dan uit de verordening voortvloeide, weg te amenderen of te omlijnen met moties. Met deze amendementen en moties wilde zij voorkomen dat het ‘niet-malafide bedrijfsleven (...) onnodig wordt belast met regelgeving in het kader van de consumentenbescherming’.¹⁰⁴ De amendementen en moties van Örgü werden verworpen.

99 *Handelingen II* 2005/06, nr. 85, p. 5181.

100 *Handelingen II* 2005/06, nr. 85, p. 5185.

101 *Handelingen II* 2005/06, nr. 85, p. 5185.

102 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 7 (Amendement van het lid Örgü) en *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 8 (Amendement van het lid Örgü).

103 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 15 (Motie van het lid Örgü), *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 16 (Motie van het lid Örgü), *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 19 (Motie van het lid Örgü).

104 *Handelingen II* 2005/06, nr. 85, p. 5186.

Het eerdergenoemde amendement van Crone dat bewerkstelligde dat meer rechtsregels bestuursrechtelijk zouden worden gehandhaafd, werd ingetrokken omdat in een nota van wijziging werd geregeld dat meer rechtsregels bestuursrechtelijk zouden worden gehandhaafd dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel.¹⁰⁵ Open normen zouden volgens deze nota van wijziging nog steeds niet bestuursrechtelijk worden gehandhaafd, omdat deze daarvoor niet geschikt zouden zijn. Örgü gaf tijdens de voorzetting van het debat op 28 juni 2006 aan dat het wetsvoorstel naar de mening van de VVD was verslechterd door de nota van wijziging.¹⁰⁶ Uiteindelijk stemde de PvdA voor het wetsvoorstel en de VVD tegen. Het wetsvoorstel werd desondanks door de Tweede Kamer aangenomen.¹⁰⁷

In de Eerste Kamer debatteerden de Kamerleden van een aantal partijen over het wetsvoorstel. Luijten vertegenwoordigde de VVD-fractie en gaf aan blij te zijn dat de Consumentenautoriteit alleen zou optreden indien privaatrechtelijke handhaving voor individuen niet zou volstaan om op te treden tegen een inbreuk op het consumentenrecht.¹⁰⁸ Kennelijk heeft de VVD-fractie in de senaat het verzet gestaakt want het wetsvoorstel werd uiteindelijk zonder stemming aangenomen door de Eerste Kamer en de VVD-fractie heeft geen aantekening gevraagd.¹⁰⁹

3.3.6 *Implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken*

Het wetsvoorstel *Aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt*¹¹⁰ (ingediend op 15 januari 2007) implementeerde de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (verder: de richtlijn).¹¹¹ De richtlijn had onder meer als doel een hoog niveau van consumentenbescherming tegen oneerlijke handelspraktijken te realiseren.¹¹² Hoewel de richtlijn het karakter van totale harmonisatie had, werd de keuze voor handhaving aan de lidstaten gelaten.

105 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 18 (Tweede nota van wijziging). Zie over deze tweede nota van wijziging: *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 17 (Brief van de staatssecretaris van Economische Zaken).

106 *Handelingen II* 2005/06, nr. 96, p. 5910.

107 *Handelingen II* 2005/06, nr. 98, p. 6087, 6088 (Stemmingen).

108 *Handelingen I* 2006/07, nr. 5, p. 193.

109 *Handelingen I* 2006/07, nr. 5, p. 200.

110 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 2 (Voorstel van wet).

111 Richtlijn nr. 2005/29/EG, *PbEU* L149.

112 Zie: art. 1 Richtlijn nr. 2005/29/EG, *PbEU* L149.

Zo sloot het wetsvoorstel voor de wijze van handhaving van het verbod op oneerlijke handelspraktijken aan bij de Wet handhaving consumentenbescherming.¹¹³ Volgens de richtlijn, die ook Verordening nr. 2006/2004 wijzigde, zou alleen een toezichthouder moeten worden ingesteld voor *grensoverschrijdende* zaken.¹¹⁴ Volgens het wetsvoorstel waren de Consumentenautoriteit en de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) daarnaast bevoegd op te treden in *nationale* zaken over oneerlijke handelspraktijken.¹¹⁵

Indien het verbod op oneerlijke handelspraktijken zou worden overtreden, zou volgens het wetsvoorstel afhankelijk van de aard van de overtreden norm bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk worden gehandhaafd. De Consumentenautoriteit en de AFM zouden bestuursrechtelijk optreden bij overtreding van gesloten normen en privaatrechtelijk bij overtreding van open normen.¹¹⁶ Om te bereiken dat deze instanties tegen alle oneerlijke handelspraktijken bestuursrechtelijk zouden kunnen optreden, diende Vos (PvdA) een amendement in.¹¹⁷ Ook diende Vos een amendement in om te bewerkstelligen dat de consument, nadat een oneerlijke handelspraktijk vastgesteld is, het gekochte goed of de dienst mag houden en de betaalde prijs terugkrijgt.¹¹⁸

Bij de behandeling van het wetsvoorstel¹¹⁹ in de Tweede Kamer lichtte Vos het eerstgenoemde amendement toe. Zij gaf aan dat haar fractie voorstander is van een volledige bestuursrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit, omdat bestuursrechtelijke handhaving efficiënter (minder tijdrovend) zou zijn dan privaatrechtelijke handhaving.¹²⁰ Ook zou volledige bestuursrechtelijke handhaving overeenkomen met de wijze van handhaving door de NMA. Dit amendement is in lijn met de hypothese dat de

113 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 5, 6 (MvT).

114 Zie hierover: *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 8, p. 4 (Nota naar aanleiding van het verslag).

115 Zie hierover: *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 8, p. 4 (Nota naar aanleiding van het verslag).

116 Zie hierover: *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 6 (MvT).

117 *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 11 (Amendement van het lid Vos) en nr. 13 (Gewijzigd amendement van het lid Vos ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 11) en nr. 14 (Nader gewijzigd amendement van het lid Vos ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 13).

118 *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 12 (Amendement van het lid Vos).

119 Zoals gewijzigd door twee nota's van wijziging: *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 9 (Nota van wijziging), *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 10 (Tweede nota van wijziging).

120 *Handelingen II* 2007/08, nr. 14, p. 925.

PvdA bestuursrechtelijke handhaving van het consumentenrecht prefereert boven privaatrechtelijke handhaving.

In het interview benadrukte Vos dat zij met haar destijds ingediende amendement de Consumentenautoriteit ‘meer tanden’ had willen geven. Vos vertelde dat de PvdA gelooft dat een betere consumentenbescherming goed is voor de marktwerking en haar amendement een middel was om de consument beter te beschermen en daarmee de markt beter te laten functioneren. Volgens Vos redeneert de VVD ‘andersom’.

De VVD leek inderdaad een andere insteek te kiezen tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede kamer. Teeven (VVD) stelde voorop dat de VVD-fractie van mening is dat ‘de overheid vooral niet moet ingrijpen in dat wat ondernemingen en consumenten zelf kunnen regelen’.¹²¹ Volgens Teeven zou het daarom goed zijn indien er voor elektronische communicatiediensten en internetproviders een geschillencommissie met dat taakveld bij zou komen. Dit is in lijn met de hypothese dat de VVD van mening is dat de overheid niet moet ingrijpen in situaties waarin consumenten en ondernemers zelf tot een oplossing kunnen komen.

Ook gaf Teeven aan te vrezen dat er veel lasten bijkomen voor het bedrijfsleven als gevolg van door de Consumentenautoriteit opgelegde boetes.¹²² Hij vroeg zich af of er niet per ondernemingsgroep een bovengrens voor de boetes zou moeten worden opgenomen in de wet. Deze uitlatingen bevestigen de hypothese dat de VVD relatief veel belang hecht aan de lasten voor bedrijven. Opvallend in het debat is dat Teeven geen aandacht besteedde aan consumentenbescherming.

Het interview met De Liefde verduidelijkte de positie die de VVD tijdens dit debat had ingenomen. De Liefde gaf aan dat de VVD tijdens de behandeling van dit wetsvoorstel in de oppositie zat (kabinet-Balkenende IV) en dit een verklaring zou kunnen zijn voor de waarneming dat de VVD-fractie veel aandacht vestigde op lasten voor het bedrijfsleven en minder op de bescherming van de consument, want ‘als je in de oppositie zit – dan kom je wat meer op het politieke spel – is het soms prettig om een deelaspect van een totaal dossier te belichten en een bepaalde doelgroep te kunnen bedienen’.

121 *Handelingen II* 2007/08, nr. 14, p. 928.

122 *Handelingen II* 2007/08, nr. 14, p. 928.

Verrassender dan de eerdergenoemde uitlatingen is de opstelling van Teeven ten opzichte van het amendement van Vos dat volledige bestuursrechtelijke handhaving moet plaatsvinden door de Consumentenautoriteit en de AFM. Teeven leek open te staan voor dit idee van Vos, wat op het eerste gezicht strijdig lijkt met de verwachting dat de VVD over het algemeen privaatrechtelijke handhaving prefereert boven bestuursrechtelijke handhaving. Uiteindelijk stemden de aanwezige leden van de fractie van de VVD voor het amendement van Vos¹²³ en werd het door het amendement aangepaste wetsvoorstel met algemene stemmen door de Tweede Kamer aangenomen.¹²⁴

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel¹²⁵ in de Eerste Kamer was Hauprich-Gooskens (PvdA) van mening dat dit wetsvoorstel nog niet ver genoeg ging in de bescherming van de consument. Zij droeg een aantal mogelijkheden aan om de consument doeltreffender te beschermen.¹²⁶ Deze houding is in lijn met hetgeen is voorspeld voor de PvdA.

Duthler (VVD) gaf aan dat haar fractie niet gelukkig is met het aangenomen amendement van Vos maar over het geheel positief tegenover het wetsvoorstel staat.¹²⁷ Uiteindelijk werd het wetsvoorstel zonder stemming door de Eerste Kamer aangenomen.¹²⁸

Hoewel de VVD-fractie in de Eerste Kamer over het geheel positief tegenover het wetsvoorstel stond, is het verschil tussen de opmerking van Duthler over het amendement van Vos en de houding van de VVD-fractie in de Tweede Kamer ten opzichte van dit amendement interessant. Hiermee geconfronteerd, benadrukte De Liefde dat de VVD-fractie in de Eerste Kamer uiteindelijk wel had ingestemd met het wetsvoorstel als geheel en de bezwaren tegen het aangenomen amendement van Vos kennelijk niet zwaar genoeg wogen.

3.4 Discussie

Indien wordt gekeken naar de houding van de PvdA bij de behandeling van de vijf wetsvoorstellen die in de vorige paragraaf zijn besproken, valt op dat

123 *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 14, p. 2 (Nader gewijzigd amendement van het lid Vos ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 13).

124 *Handelingen II* 2007/08, nr. 19, p. 1301 (Stemmingen).

125 *Kamerstukken I* 2007/08, 30928, nr. A (Gewijzigd voorstel van wet).

126 *Handelingen I* 2008/09, nr. 1, p. 13.

127 *Handelingen I* 2008/09, nr. 1, p. 11.

128 *Handelingen I* 2008/09, nr. 1, p. 33.

de PvdA vrij consequent kiest voor de bescherming van de consument. De PvdA-fractie in de Tweede Kamer heeft vóór alle wetsvoorstellen gestemd en de PvdA-fractie in de Eerste Kamer is nooit aantekening verleend. Eén van de vijf wetsvoorstellen is een initiatiefwetsvoorstel, ingediend door Kamerleden van de PvdA. Deze voorkeur voor overheidsbemoeienis met consumentenbescherming hangt samen met het geringe vertrouwen dat de PvdA in zelfregulering heeft. Dat dit vertrouwen gering is, kwam ook zeer duidelijk naar voren in het interview met Vos.

Ook in de uitlatingen en amendementen van de zijde van de PvdA is een duidelijke lijn te ontdekken. De PvdA diende, wat deze vijf wetsvoorstellen betreft, vier amendementen in die er allemaal toe strekten de consument nog beter te beschermen. Ook pleitten de woordvoerders van de PvdA steevast voor meer bescherming van de consument dan in het wetsvoorstel was neergelegd.

De keuzes die de PvdA bij de wetsvoorstellen heeft gemaakt, wijzen dus allemaal in dezelfde richting. Mijns inziens kan dan ook niet worden gezegd dat er een ‘opvallende’ waarneming tussenzit. De houding van de PvdA is te verklaren uit de politieke ideologie van de PvdA. Op basis van deze ideologie was immers voorspeld dat de PvdA veelvuldig zou pleiten voor overheidsingrijpen ter bescherming van de consument.

De positie van de VVD bij de behandeling van de vijf wetsvoorstellen biedt een wisselend beeld. De VVD-fractie in de Tweede Kamer heeft vóór vier van de vijf wetsvoorstellen gestemd. De VVD-fractie in de Eerste Kamer is bij één van de vijf wetsvoorstellen aantekening verleend, terwijl de VVD-fractie in de Tweede Kamer wel voor dit betreffende wetsvoorstel had gestemd.

In de uitlatingen van woordvoerders van de VVD was eenzelfde soort beeld terug te zien. Door woordvoerders van de VVD werd vaak aangegeven dat zelfregulering vooropstaat, maar in de meeste gevallen werd toch gekozen voor wetgeving. Door Elias en Aptroot werd onredelijk gedrag van ondernemingen jegens de consument als reden genoemd om toch in te grijpen. Daarnaast liet Elias in het interview meerdere keren het woord ‘pragmatisch’ vallen en zei De Liefde over de opstelling van de VVD: ‘We proberen er op een logische manier mee om te gaan. Maar soms moet je kiezen wat prevaleert: consumenten- of ondernemersbelang.’

Van de zijde van de VVD werden, wat deze vijf wetsvoorstellen betreft, vier amendementen ingediend. Eén van deze amendementen had een effectie-

vere consumentenbescherming op het oog en de andere drie voorzagen in minder bescherming dan in het wetsvoorstel was neergelegd. Bij de onderbouwing van amendementen die in minder consumentenbescherming voorzagen, werd onder meer een beroep gedaan op lasten voor bedrijven.

De keuzes die de VVD bij deze wetsvoorstellen heeft gemaakt, wijzen niet altijd in dezelfde richting. Zo werd in de Tweede Kamer door de VVD-fractie vóór een amendement van Vos gestemd dat bestuursrechtelijke handhaving regelde en bleek vervolgens dat de VVD-fractie in de Eerste Kamer niet gelukkig was met het aangenomen amendement. Een ander voorbeeld is dat de VVD-fractie in de Tweede Kamer tegen het wetsvoorstel Handhaving Consumentenbescherming stemde en de VVD-fractie in de Eerste Kamer geen aantekening vroeg. De keuzes die in concrete gevallen zijn gemaakt, zijn niet altijd goed te verklaren.

De wisselende opstelling van de VVD laat zien dat de VVD moeite heeft met de afweging tussen consumentenbescherming en de vrije markt. Deze houding is te verklaren uit de politieke ideologie. Op basis van de ideologie was immers voorspeld dat het vinden van de juiste balans tussen consumentenbescherming en het ongestoord laten van de vrije markt lastig zou zijn voor de VVD die gewoonlijk afkeer uit tegen overheidsbemoeyenis.

Dat de VVD meer moeite heeft dan de PvdA met de afweging tussen bescherming en vrijheid hangt samen met het feit dat de VVD als liberale partij veel sterker dan de PvdA gelooft in de werking van de markt. In diezelfde lijn past de contractvrijheid die ook in de interviews met Elias en De Liefde nadrukkelijk naar voren kwam.¹²⁹ Deze contractvrijheid heeft alleen betekenis indien de consument bij het afsluiten van een contract als volwaardige contractpartij beschouwd kan worden.¹³⁰ De Liefde zei daarover het volgende: ‘95% van de Nederlandse consumenten zijn prima in

129 Ook Cartwright refereert aan de duidelijke link tussen het belang dat men aan contractvrijheid hecht en het vertrouwen in marktwerking: Cartwright 2001, p. 8.

130 In dit kader geeft Hartlief aan dat de contractvrijheid niet voor iedereen aanvaardbare resultaten kan verzekeren en dat een rechtvaardiging voor de beperking van de contractvrijheid vaak gezocht kan worden in het bevorderen van die vrijheid (Hartlief 2003, p. 5, 6. Overigens staat Hartlief over het algemeen kritisch tegenover de bescherming van de zwakkere). Langbroek is van mening dat, hoewel gesteld kan worden dat de contractvrijheid aangetast wordt door consumentenbescherming, net zo goed gezegd kan worden dat consumentenbescherming juist voorkomt dat de contractvrijheid wordt ingeperkt (Langbroek 1999, p. 413).

staat hun recht te halen.’ Ook lijkt in de interviews met Elias en De Liefde terug te komen dat de overheid, wat de VVD betreft, in een dergelijk goed werkende omgeving alleen dan moet ingrijpen als marktpartijen nadrukkelijk misbruik maken van hun macht.

Vertrouwen in de markt en in de mondigheid van de consument lijkt niet het uitgangspunt van de PvdA te zijn. Zo zei Vos in het interview: ‘Markten hebben de neiging om oligopolistisch te worden, de grootste de kleinste te laten opslokken, dus markten hebben een strenge toezichthouder nodig.’ Ook benadrukte Vos in het interview de machtsonevenwichtigheid tussen de consument en het grote bedrijfsleven. Voor de PvdA is de afweging wat haar betreft dus gewoon simpeler. De consument is doorgaans geen gelijke (in macht) in zijn relatie met marktpartijen en bescherming is een noodzaak.¹³¹

Bij het verklaren van de opstellingen van de partijen, kan naast de ideologie¹³² ook de profilering van de partij een rol spelen. Duidelijk bleek dit uit de woorden van De Liefde, die de rol van zijn partij in de oppositie als een andere zag dan die van zijn partij als coalitiepartij. Ook benadrukte hij dat veel actieve partijleden de VVD als ondernemerspartij beschouwen, maar diezelfde partijleden als consument reageren indien een concreet dossier speelt. ‘Een spagaat’, zo zei De Liefde in het interview.

Ook wat betreft de profilering van de partij heeft de PvdA het makkelijker. De behandelde wetsvoorstellen leiden tot een overheidsingrijpen, dat ook het bredere publiek van de PvdA zou verwachten.

131 Zie uitgebreid over de samenhang tussen het consumentbeeld en de visie op de vraag in hoeverre de consument beschermd moet worden: Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p. 12.

132 Het resultaat van dit onderzoek dat politieke ideologie de opstelling van partijen in een consumentenrechtelijk parlementair debat kan verklaren, is in lijn met de stelling die in veel literatuur wordt ingenomen inhoudende dat de vraag in hoeverre de consument beschermd moet worden rechtspolitiek van aard is. Zie o.a.: Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010, p. 13; Howells & Weatherill 2005, p. 5; Cartwright 2001, p. 28. Zie ook: Hartlief 2003, p. 9, 14; Cohen Henriquez 1990, p. 453, 456; Hondius 1999, p. 392, 393; Van der Woude, Mulder & Neij 2009, p. 890; Van den Berg 2000, p. 575-577; Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal of de bijdragen van politieke partijen aan consumentenrechtelijke parlementaire debatten te verklaren zijn uit de ideologieën van de partijen.

Uit het onderzoek bleek dat de PvdA vrij consequent koos voor de bescherming van de consument. De PvdA-fractie in de Tweede Kamer heeft vóór alle wetsvoorstellen gestemd en de PvdA-fractie in de Eerste Kamer is nooit aantekening verleend. Ook strekten alle amendementen van de zijde van de PvdA ertoe de consument nog beter te beschermen en pleitten woordvoerders vaak voor meer bescherming dan in het wetsvoorstel was neergelegd. Dit is in lijn met hetgeen is voorspeld voor de PvdA. De opstelling van de PvdA kan derhalve worden verklaard uit haar politieke ideologie.

De opstelling van de VVD laat een wisselend beeld zien. De VVD-fractie in de Tweede Kamer heeft vóór vier van de vijf wetsvoorstellen gestemd en de VVD-fractie in de Eerste Kamer is bij één van de vijf wetsvoorstellen aantekening verleend, terwijl de VVD-fractie in de Tweede Kamer wel vóór dit betreffende wetsvoorstel had gestemd. De amendementen van de zijde van de VVD strekten soms tot meer consumentenbescherming dan in het wetsvoorstel was neergelegd en soms tot minder.

De wisselende opstelling van de VVD laat zien dat de VVD moeite had met de afweging tussen marktdenken en consumentenbescherming. Deze wisselende opstelling in het consumentenrechtelijke parlementaire debat is te verklaren uit de politieke ideologie. Op basis van de politieke ideologie was immers voorspeld dat de VVD last zou hebben met het vinden van de juiste balans tussen bescherming van de consument enerzijds en het ongestoord laten van de vrije markt anderzijds.

De hoofdvraag moet derhalve bevestigend worden beantwoord. De bijdragen van politieke partijen aan de parlementaire debatten over het consumentenrecht zijn te verklaren uit de ideologieën van deze partijen. Daarnaast werden in interviews enkele aanwijzingen gevonden dat partijprofilering mee kan spelen bij de opstelling van een partij in een consumentenrechtelijk parlementair debat. Het ging daarbij niet om gevallen waarin werd afgeweken van de ideologie, maar om gevallen waarin bepaalde standpunten al dan niet duidelijker naar voren werden gebracht. Wellicht speelt zelfs de drang tot individuele profilering door Kamerleden een relevante rol. Dat zou nader onderzoek moeten uitwijzen.

Literatuurlijst

Andeweg & Irwin 2009

R.B. Andeweg & G.A. Irwin, *Governance and Politics of the Netherlands*, Basingstoke: Palgrave MacMillan 2009.

Arblaster 1987

A. Arblaster, *The Rise & Decline of Western Liberalism*, Oxford: Basil Blackwell 1987.

Van Arkel 1999

S. van Arkel, 'Massa-individualisering: de contractvrijheid van de consument in een nieuw licht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 475-489.

Balemans 2002

E. Balemans, 'De rol van de overheid: een liberaal dilemma', *Liberaal Reveil* 2002-6, p. 159-161.

Beckman 2009

K. Beckman, 'Failliet van het interventionisme', *Liberaal Reveil* 2009-3, p. 105-109.

Beekhuis 1953

J.H. Beekhuis, *Contract en contractsvrijheid* (rede Groningen), Groningen/Djakarta: J.B. Wolters 1953.

De Beer 2008

P. de Beer, 'Grenzen stellen voor meer vrijheid', *S&D* 2008-12, p. 31-41.

Van den Berg 2000

P. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2000.

Van den Bergh 1990

R. van den Bergh, 'Economische analyse van het consumentenrecht', *AA* 1990-10, p. 787-793.

Cartwright 2001

P. Cartwright, *Consumer Protection and the Criminal Law. Law, Theory, and Policy in the UK*, Cambridge: Cambridge University Press 2001.

Cohen Henriquez 1990

E. Cohen Henriquez, 'Recht en fatsoen in alledaagse verhoudingen' (boekbespreking Vranken 1989), *RM Themis* 1990, p. 453-457.

Crone 2004

F. Crone, 'Houd links, haal rechts in', *S&D* 2004-3, p. 25-31.

Cseres 2012

K.J. Cseres, 'Consumer Protection in the European Union', in: R.J. van den Bergh & A.M. Paces (red.), *Regulation and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2012.

Deschouwer & Hooghe 2011

K. Deschouwer & M. Hooghe, *Politiek. Een inleiding in de politieke wetenschappen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011.

Feenstra & Ahsmann 1988

R. Feenstra & M. Ahsmann, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 1988.

Van de Haar 2004

E. van de Haar, 'Liberalisme, Markt en Moraal', *Liberaal Reveil* 2004-2, p. 67-72.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'Vrijheid en bescherming in het contractenrecht', *Contracteren* 2003-1, p. 5-14.

Hartlief 2004

T. Hartlief, 'Freedom and Protection in Contemporary Contract Law', *Journal of Consumer Policy* 2004-27, p. 253-267.

Heemskerk & Van den Berg 2009

F. Heemskerk & M. van den Berg, 'Anders gaan denken over de economie', *S&D* 2009-7/8, p. 13-17.

Hesselink 2006

M.W. Hesselink, 'European Contract Law: a Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?', *Working Paper Series No. 2006/04*, p. 9.

Hesselink 2007

M.W. Hesselink, 'Naar een (Europees) wetboek van consumentenrecht?', *NJB* 2007-14, 693, p. 850-857.

Heukelom & Zwart 2011

F. Heukelom & R. Zwart, 'De schijntegenstelling tussen markt en overheid', *S&D* 2011-11/12, p. 36-41.

Heywood 2000

A. Heywood, *Key Concepts in Politics*, Basingstoke: Palgrave MacMillan 2000.

Heywood 2007

A. Heywood, *Politics*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2007.

Hondius 1999

E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

Hoogervorst 1999

E.M. Hoogervorst, 'Openbare orde en goede zeden in artikel 3:40 BW', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 137-152.

Howells & Weatherill 2005

G. Howells & S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, Aldershot: Ashgate 2005.

Howells, Ramsay & Wilhelmsson 2010

G. Howells, I. Ramsay & T. Wilhelmsson, 'Consumer law in its international dimension', in: G. Howells, I. Ramsay & T. Wilhelmsson (red.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 1-17.

Koole 2004

R. Koole, 'De ideologie van de sociaal-democratie', *S&D* 2004-7/8, p. 45-53.

Koops 2009

E. Koops, 'Grotere rol van de staat noodzakelijk in huidige kredietcrisis', *Liberaal Reveil* 2009-4, p. 180-185.

Kötz 1997

H. Kötz, *European Contract Law. Volume 1: Formation, validity, and content of contracts; contract and third parties*, Oxford: Oxford University Press 1997.

Kuypers 1976

G. Kuypers, *Grondbegrippen van politiek*, Utrecht/Antwerpen: Het Spectrum 1976.

Langbroek 1999

H.J.S.M. Langbroek, 'Enige opmerkingen over instrumenten van consumentenbescherming', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 413-430.

Lucardie & Woerdman 2008

P. Lucardie & E. Woerdman, 'Van driestromenland tot draaikolk?', *Maatschappij & Politiek* 2008, p. 4-7.

Mair 2008

P. Mair, 'Electoral Volatility and the Dutch Party System: A Comparative Perspective', *Acta Politica* 2008, p. 235-253.

Van der Meer e.a. 2012

T. van der Meer, R. Lubbe, E. van Elsas, M. Elff & W. van der Brug, 'Bounded volatility in the Dutch electoral battlefield: A panel study on the structure of changing vote intentions in the Netherlands during 2006-2010', *Acta Politica* 2012-4, p. 333-355.

Van der Meer, Van den Berg & Dijkstra 2010

F. van der Meer, C. van den Berg, G. Dijkstra, 'Een liberale kijk op de (misvattingen rondom de) overheid', *Liberaal Reveil* 2010-2, p. 93-100.

Newton & Van Deth 2010

K. Newton & J.W. van Deth, *Foundations of Comparative Politics. Democracies of the Modern World*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Nieuwenhuis 2009

H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme en egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht', *NJB* 2009-35, 1711, p. 2254-2263.

PvdA 2003

Voor verantwoordelijkheid, respect en solidariteit, Verkiezingsmanifest PvdA 2003-2007, Amsterdam: Partij van de Arbeid 2003, te raadplegen op <http://dnpp.ub.rug.nl/dnpp/>.

PvdA 2006

Samen sterker: werken aan een beter Nederland, Verkiezingsprogramma PvdA 2006, Amsterdam: Partij van de Arbeid 2006, te raadplegen op <http://dnpp.ub.rug.nl/dnpp/>.

PvdA 2010

Iedereen telt mee, Verkiezingsprogramma PvdA 2010, Amsterdam: Partij van de Arbeid 2010, te raadplegen op <http://dnpp.ub.rug.nl/dnpp/>.

PvdA 2012

Nederland sterker & socialer, Verkiezingsprogramma PvdA 2012, Amsterdam: Partij van de Arbeid 2010, te raadplegen op <http://dnpp.ub.rug.nl/dnpp/>.

Ramsay 2012

I. Ramsay, *Consumer Law and Policy. Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Oxford: Hart 2012.

Stuyck 2000

J. Stuyck, 'European consumer law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market?', *Common market law review*, Vol. 37, No. 2. (2000), p. 367-400.

Van der Veen 2012

R. van der Veen, 'Ingrijpen moet, maar heeft het ook zin? De paradox van de activerende verzorgingsstaat', *S&D* 2012-7/8, p. 53-61.

VVD 2003

De VVD maakt werk van Nederland, Verkiezingsplan VVD 2003, Den Haag: Volkspartij voor Vrijheid en Democratie 2003, te raadplegen op <http://dnpp.ub.rug.nl/dnpp/>.

VVD 2006

Voor een samenleving met ambitie, Verkiezingsprogramma VVD 2006, Den Haag: Volkspartij voor Vrijheid en Democratie 2006, te raadplegen op <http://dnpp.ub.rug.nl/dnpp/>.

VVD 2010

Orde op zaken, Verkiezingsprogramma VVD 2010-2014, Den Haag: Volkspartij voor Vrijheid en Democratie 2010, te raadplegen op <http://dnpp.ub.rug.nl/dnpp/>.

VVD 2012

Niet doorschuiven, maar aanpakken, Verkiezingsprogramma VVD 2012-2017, Den Haag: Volkspartij voor Vrijheid en Democratie 2012, te raadplegen op <http://dnpp.ub.rug.nl/dnpp/>.

Woerdman 2009

E. Woerdman, *Politiek en politicologie*, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2009.

Wolfson 2012

D. Wolfson, 'Niet minder overheid, maar meer wederkerigheid', *S&D* 2012-6, p. 36-41.

Van der Woude, Mulder & Neij 2009

M. van der Woude, J. Mulder & N. Neij, 'Kroniek van het Europees recht', *NJB* 2009-14, 690, p. 881-891.

IV Preventie, een politieke wassen neus?

Een onderzoek naar de verhouding tussen aansprakelijkheidsrecht, preventie en politiek.

P.F. Slob

Preventie wordt in het algemeen gezien als één van de functies van aansprakelijkheidsrecht. De gedachte is dat aansprakelijkheidsregels een gedragsprikkel geven aan potentiële veroorzakers van schade om op een zorgvuldige wijze te handelen. Indien potentiële daders inderdaad de vereiste zorgvuldigheid in acht nemen, voorkomen zij aansprakelijkheid en uiteindelijk ook schade. Zou deze gedachte juist blijken te zijn, hetgeen te betwisten valt, dan heeft de wetgever een krachtig gedragsbeïnvloedingsmechanisme in handen.

Centraal in deze bijdrage staat de vraag naar de verhouding tussen aansprakelijkheidsrecht, preventie en politiek. Om deze verhouding te kunnen duiden, is een zevental wetsvoorstellen op het terrein van aansprakelijkheidsrecht onderzocht op preventieaspecten. De gevonden opvattingen omtrent preventie zijn vervolgens geanalyseerd, op basis waarvan drie bijzonderheden worden gesignaleerd. In de eerste plaats vervult preventie in vrijwel alle wetsvoorstellen een ondersteunende rol. In de tweede plaats blijkt dat preventie als argument in het politieke debat een kameleontisch karakter kent. Dit maakt, tot slot, dat het debat op het punt van preventie voorspelbaar is.

4.1 Inleiding

Onder invloed van rechtseconomische inzichten staat de preventieve functie van aansprakelijkheidsrecht in toenemende mate in de *spotlights*.¹ Gedacht wordt dan dat van het aansprakelijkheidsrecht een gedragsbeïnvloedend effect uit kan gaan. Hartlief meent dat het als zodanig ook door beleidsmakers ontdekt is: het aansprakelijkheidsrecht heeft volgens hem een serieuze plaats gekregen in het rijtje van handhavings- en prikkelmechanismen.² Een interessante vraag is of, en zo ja, op welke wijze dit daadwerkelijk in wetgevingsbeleid tot uitdrukking komt. Deze vraag is niet in algemene zin te beantwoorden en vraagt (onder meer) nauwkeurige

1 Hartlief 2003; Schwitters 2012.

2 Hartlief 2009, nr. 10, p. 9.

bestudering van relevante wetgeving. In deze bijdrage zal een eerste aanzet worden gedaan tot dergelijk wetgevingsonderzoek. Daarbij staat de vraag centraal: wat is de verhouding tussen aansprakelijkheidsrecht, preventie en politiek?

Ik zal hierna in paragraaf twee allereerst ingaan op de betekenis van de begrippen preventie en politiek. In paragraaf drie licht ik vervolgens kort de opzet van mijn onderzoek toe, waarna ik in paragraaf vier inhoudelijk mijn onderzoek beschrijf. In paragraaf vijf zal ik op basis van een analyse van de onderzoeksgegevens drie bijzonderheden signaleren en bespreken, die mijns inziens de relatie tussen aansprakelijkheidsrecht, preventie en politiek scherper duiden. Ik sluit in paragraaf zes af met mijn conclusies en enkele voorspellingen rondom preventie en politiek.

4.2 De begrippen preventie en politiek

4.2.1 *Preventie als functie van aansprakelijkheidsrecht*

Het aansprakelijkheidsrecht neemt als uitgangspunt dat een ieder zijn eigen schade draagt.³ Slechts als sprake is van een door het recht erkende grond (buitencontractueel dan wel contractueel) kan deze schade op een derde worden afgewenteld.⁴ De gronden voor verplaatsing van schade worden onder andere aangereikt door het aansprakelijkheidsrecht.⁵

De vraag is wat hiermee wordt beoogd. Anders gezegd: welk maatschappelijk doel ligt ten grondslag aan het verplaatsen van schade via het aansprakelijkheidsrecht?⁶ Deze vraag ziet op de institutionele betekenis van het aansprakelijkheidsrecht, dus op de zin van het systeem als geheel. Globaal vallen twee hoofdfuncties te onderscheiden.⁷

De eerste (en naar zijn aard minst omstreden) functie is de vergoedingsfunctie, ook wel de compensatiefunctie genoemd. De functie houdt kort gezegd in dat het aansprakelijkheidsrecht beoogt aan te wijzen wie en

3 Hartlief 1997, nr. 1, p. 11; Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 1, p. 1-2 en nr. 4, p. 4-5.

4 Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 7, p. 9.

5 Verheij 2005 noemt als andere afwentelingsmechanismen sociale zekerheid, particuliere verzekeringen en fondsen.

6 Van het uitgangspunt en het doel kan nog worden onderscheiden de vraag naar de rechtvaardiging of de grondslag van het aansprakelijkheidsrecht. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011, nr. 27-30 en Spier e.a. 2012 en nr. 9, p. 9 stellen beide dat de billijkheid als overkoepelende grondslag kan worden beschouwd, waarbinnen voor elk geval afzonderlijk de (rechtspolitieke) motieven kunnen worden gevonden waarom aansprakelijkstelling billijk en rechtvaardig werd geacht.

7 Hartlief 1997, nr. 8, p. 16; Spier (e.a.) 2012, nr. 9, p. 7.

welke belangen bescherming verdienen, zodat bepaalde aanspraken (veelal behoud van de status quo) door middel van sancties (schadevergoeding, een verbod of bevel etc.) rechtens kunnen worden gehandhaafd.⁸

De tweede functie, die van preventie, is voornamelijk ingegeven vanuit rechtseconomische analyse van het aansprakelijkheidsrecht. In deze analyse staat het voorkomen van schade centraal.⁹ De theoretische onderbouwing van preventie is ogenschijnlijk eenvoudig. Aansprakelijkheidsrecht is in wezen (mede) een samenraapsel van specifieke, tot gedragsregels verheven normen.¹⁰ Gedrag kan in die gedachte worden gedefinieerd als het vanuit een vrije wil handelen van een rechtssubject. Dit impliceert een zekere mate van rationaliteit, van waaruit weer kan worden betoogd dat de keuze van een rechtssubject om iets wel of niet te doen – en daarmee dus diens gedrag – door middel van het sanctiearsenaal van aansprakelijkheidsrecht te beïnvloeden is. Zo kan het vooruitzicht om aansprakelijk te worden gehouden voor veroorzaakte schade bij potentiële daders gedragsprikkelers teweeg brengen, die uiteindelijk leiden tot het treffen van de nodige voorzorg. Aansprakelijkheidsregels vormen zodoende een aanmoediging tot zorgvuldig gedrag.¹¹

De opvatting dat preventie tot één van de functies van aansprakelijkheidsrecht moet worden gerekend, is overigens geen rustig bezit.¹² Sommige juristen zijn fel gekant tegen de instrumentalistische benadering waaraan aansprakelijkheidsrecht thans onderhevig is.¹³ Andere juristen plaatsen vraagtekens bij het daadwerkelijke preventieve effect van aansprakelijkheidsrecht.¹⁴ Zij worden daarbij gesteund door het feit dat empirisch bewijs van preventie veelal ontbreekt.¹⁵ Het is überhaupt de vraag of andere mechanismen, zoals strafrechtelijke handhaving, de preventieve meerwaarde van

8 Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 9, p. 12; Lindenbergh 2008, nr. 5, p. 6-8; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011, nr. 18-21.

9 Visscher 2005, p. 19-29 en de daar aangehaalde literatuur.

10 Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 9, p. 12.

11 Hartlief 2009, nr. 10, p. 8.

12 Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 10, p. 13-15 spreken van een nevenfunctie en menen dat preventie geen zelfstandige doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht is.

13 Zie bv. Kortmann 2009, die betoogt preventie en handhaving aan het publiekrecht over te laten.

14 Zie bv. Bloembergen 1996; Spier 1996.

15 Zie Visscher 2005, p. 287-303 voor een overzicht van enige resultaten van empirisch onderzoek, waaruit niet eenduidig blijkt dat het onrechtmatigedaadsrecht daadwerkelijk preventief werkt. Visscher 2005, p. 303 merkt evenwel op dat het belangrijk is om te beseffen dat het ontbreken van eenduidig bewijs voor de preventieve werking nog niet betekent dat het onrechtmatigedaadsrecht niet preventief werkt.

aansprakelijkheidsrecht niet sterk relativeren.¹⁶ Daar komt nog bij dat op basis van gedrags- en sociaalwetenschappelijk onderzoek de nodige twijfel is ontstaan over de (op papier) eenvoudige aannames rondom menselijke rationaliteit, die aan de economische theorie van preventie ten grondslag liggen.¹⁷ Het lijkt Hartlief dan ook verstandig de meerwaarde van aansprakelijkheidsrecht niet te overschatten.¹⁸

4.2.2 *Preventie in de politiek*

Wat van voornoemde bedenkingen ook zij, preventie heeft ook bij beleidsmakers ingang weten te vinden. Een kleine vijftien jaar geleden schreef toenmalig minister van Justitie Korthals uitdrukkelijk meerwaarde te zien in een goed functionerend aansprakelijkheidsrecht. Hij reageerde op een toentertijd veelgehoorde stelling dat in Nederland sprake zou zijn van een toenemende claimcultuur. De negatieve connotatie die aan dit begrip kleeft, moet volgens hem worden gerelativeerd:

‘Aansprakelijkheid voor veroorzaakte schade heeft een belangrijk economisch aspect. Potentiële veroorzakers worden gestimuleerd nadelige gevolgen van hun handelen voor anderen in de afweging te betrekken. Het gevolg is dat zij meer inspanningen en investeringen zullen verrichten om schade te voorkomen, hetgeen maatschappelijk gewenst is. Dit leidt in beginsel tot een grotere productveiligheid (productaansprakelijkheid), betere arbeidsveiligheid (werkgeversaansprakelijkheid), (...).’¹⁹

Het aansprakelijkheidsrecht vervult een belangrijke maatschappelijke functie, omdat actoren worden aangezet tot inachtneming van optimale voorzorg, zo is de gedachte.²⁰ De minister van Justitie concludeert dan ook dat het erom gaat uitwassen en maatschappelijk ongewenst gedrag, waartoe

16 Zie voor de vraag welke bijdrage aansprakelijkheidsrecht in die zin kan leveren uitgebreid Barendrecht 2002; Van Boom 2006a; Van Boom 2006b.

17 Schwitters 2011 en de daar aangehaalde literatuur.

18 Hartlief 2009, nr. 11, p. 9. Ook de vergoedingsfunctie moet niet worden overschat, nu het aansprakelijkheidsrecht op dat punt geduchte concurrentie ondervindt van andere vergoedingssystemen, aldus uitgebreid Hartlief 2009, nr. 32-47, p. 29-47.

19 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 630, nr. 1, p. 5 (Brief van de Minister van Justitie), zie in gelijke zin *Kamerstukken II* 1999/00, 26 630, nr. 2, p. 3 en 17 (Lijst van vragen en antwoorden).

20 De minister van Justitie wijst in zijn brief vanzelfsprekend ook op het belang van de vergoedingsfunctie van het aansprakelijkheidsrecht, zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 630, nr. 1, p. 5-6 (Brief van de Minister van Justitie).

een te ver doorschietende claimcultuur aanleiding kan geven, te voorkomen.²¹

Als het voorgaande juist zou blijken te zijn en zou worden aangenomen dat rechtssubjecten inderdaad zorgvuldiger handelen vanwege een dreigende aansprakelijkstelling, moge duidelijk zijn dat de politiek een sterke troef in handen heeft. Politiek gaat immers (mede) over het *sturen* van de samenleving.²² Het zal daarom niet verrassen dat ik het begrip ‘politiek’ uit de in de inleiding geformuleerde onderzoeksvraag benader vanuit het perspectief van de wetgever.

4.3 Onderzoeksoptzet

Het is duidelijk dat Haagse beleidsmakers – in elk geval op papier – hun geld zetten op het aansprakelijkheidsrecht als prikkelmechanisme. Zij verwachten veiligere werkomgevingen en betrouwbaardere producten. Volgens een Rotterdamse zegswijze tellen evenwel niet de woorden, maar de daden. Om die reden – ik zei het al – is het mijns inziens de moeite van het onderzoeken waard of, en zo ja, op welke wijze, het preventieargument in het politieke discours daadwerkelijk een rol speelt.

Om die vraag te beantwoorden heb ik de parlementaire geschiedenis van zeven wetsvoorstellen uit de afgelopen vijftientig jaar onderzocht en daaruit de preventie-elementen gedistilleerd. De wetsvoorstellen zijn niet willekeurig gekozen. Ik heb me gericht op voorstellen die op enige wijze een aanpassing beogen van het materiële aansprakelijkheidsrecht en waarin tevens preventie aan bod komt. Europese implementatiewetgeving heb ik buiten beschouwing gelaten, evenals de behandeling in de Eerste Kamer. Dit laatste vanwege de beperkte aandacht die preventie in de onderzochte wetsvoorstellen in de Eerste Kamer kreeg en vanuit de (misschien naïeve) gedachte dat ideologie en partijpolitiek minder prominent aanwezig zijn, zodat het voor nu minder interessant is. Het wetsvoorstel affectieschade vormt hierop overigens een uitzondering, nu daar het preventieaspect voor eerst en alleen in de Eerste Kamer aan bod kwam (zie paragraaf 4.4.3).

De zeven wetsvoorstellen passeren de revue in volgorde van hun jaar van indiening. Ik zal bij elk wetsvoorstel van zowel de regering als de politieke partijen uit de Tweede Kamer de relevante opvattingen rondom preventie weergeven. Op basis van een analyse van deze opvattingen zal ik in paragraaf vijf drie bijzonderheden signaleren en aan de hand van voorbeelden

21 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 630, nr. 1, p. 7 (Brief van de Minister van Justitie); *Kamerstukken II 1999/00*, 26 630, nr. 2, p. 2 en 13 (Lijst van vragen en antwoorden).

22 Deschouwer & Hooghe 2011.

nader bespreken. Overigens zij aangetekend dat een inhoudelijke bespreking van de zeven wetsvoorstellen het bestek van deze bijdrage (helaas) te buiten gaat.

4.4 Preventie in zeven wetsvoorstellen

4.4.1 *Het wetsvoorstel aansprakelijkheid gevaarlijke stoffen*

Het parlementaire debat omtrent preventie is in het wetsvoorstel aansprakelijkheid gevaarlijke stoffen²³ nagenoeg afwezig, omdat vrijwel alle politieke partijen zich in de grondgedachte van de regeling kunnen vinden. Toch valt wel iets te zeggen.

Het primaire en in feite enige uitgangspunt is gelegen in slachtofferbescherming.²⁴ De regering stelt dat zij bij de door haar voorgestelde risicoaansprakelijkheid niet tot uitgangspunt heeft genomen ‘dat van – in de regel verzekerde – risicoaansprakelijkheden een preventieve werking uitgaat die bij een aansprakelijkheid op grond van schuld (...) ontbreekt.’²⁵ Tegelijkertijd sluit zij niet uit dat ten aanzien van milieuschade een zekere, indirecte preventieve werking van het wetsvoorstel zal uit gaan, maar ‘slechts in los verband’ met slachtofferbescherming.²⁶ Indirect, omdat naar mening van de regering een risicoaansprakelijkheid aan potentiële veroorzakers zélf overlaat wat voor hen uit economisch oogpunt het meest efficiënte niveau van zorg is.²⁷

Het voorstel vormt dan ook veeleer een sluitstuk van bestaande en toekomstige milieuwetgeving, dat ‘gekaracteriseerd zal worden door een aanzienlijk meer op het voorkomen van zodanig gevaar gerichte publiekrechtelijke wetgeving en een aanzienlijk nauwkeuriger controle van de naleving daarvan’.²⁸ Deze publiekrechtelijke voorschriften zullen tevens ‘rechtstreeks invloed hebben op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.’²⁹

23 Voluit: Aanvulling van de Boeken 3, 6 en 8 nieuwe BW met regels betreffende de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem.

24 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 6 en 8 (MvT).

25 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 7 (MvT).

26 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 7-8 (MvT).

27 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 202, nr. 6, p. 3 (MvA).

28 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 15 (MvT).

29 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 15 (MvT).

4.4.2 *Het wetsvoorstel verkeersongevallen*

Met het wetsvoorstel verkeersongevallen³⁰ werd de invoering van een nieuw systeem van verkeersaansprakelijkheid beoogd, dat door middel van risicoaansprakelijkheden bescherming bieden zou aan onder meer ongemotoriseerde verkeersdeelnemers en passagiers.³¹ De toen – en overigens thans nog steeds – vigerende regeling werd vrij algemeen als onbevredigend ervaren, omdat slachtoffers vanwege (eigen) schuld-verweten nog al eens met (een deel van) hun schade bleven zitten.³² En dat terwijl volgens de regering slachtofferbescherming als uitgangspunt van het verkeersaansprakelijkheidsrecht behoort te dienen.³³

De Raad voor de Verkeersveiligheid neemt in een kritisch advies het voorkomen van ongevallen als uitgangspunt en hekelt het loskoppelen van schuld en aansprakelijkheid. Toenmalig minister van Justitie Sorgdrager schuift deze kritiek in de memorie van toelichting terzijde:

‘Daarbij wordt er echter naar mijn mening teveel van uitgegaan dat menselijke fouten in het verkeer vermijdbaar zouden zijn. (...) Maar ook de daarachter liggende gedachte dat vooral financiële prikkels verkeersdeelnemers tot voorzichtig rijgedrag brengen, miskent naar mijn mening dat vooral de angst voor schade aan eigen lijf en goed (...) tot voorzichtigheid maant. Om die redenen is schadepreventie niet uitsluitend gebaat bij een schuldaansprakelijkheid, welke trouwens, waar het motorrijtuigen betreft, veelal verzekerd zal zijn.’³⁴

Gezien deze sceptische reactie is het op zijn minst genomen opmerkelijk dat de minister zich verderop in de memorie van toelichting zélf bedient van de – volgens haar dus twijfelachtige – preventieve werking van schuldaansprakelijkheid. In het wetsvoorstel is zaakschade door de regering met opzet buiten de risicoaansprakelijkheden gehouden, nu de bestaande schuldaansprakelijkheid bij zaakschade goed werkt en aanpassing naar risicoaansprakelijkheid te kostbaar zou zijn. Voorts merkt de minister op:

30 Voluit: Vaststelling en invoering van afdeling 8.14.1 (verkeersongevallen) van het Burgerlijk Wetboek.

31 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 3, p. 2 (MvT).

32 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 3, p. 4-5 (MvT). Zie ook *Kamerstukken II 1989/90*, 21 528, nr. 1 (Brief van de Minister van Justitie), waar het systeem van risicoaansprakelijkheid reeds als meest geschikte alternatief voor het regime van schuldaansprakelijkheid werd aangemerkt. In deze notitie wordt overigens niet uitdrukkelijk over preventie gesproken.

33 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 3, p. 5 (MvT).

34 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 3, p. 16 (MvT).

‘Voor zover men zou menen dat schuldaansprakelijkheid gewenst is uit een oogpunt van preventie, doet het in het stelsel betrekken van blikshade afbreuk aan de verkeersveiligheid.’³⁵

Een soortgelijke *move* maakt de regering bij de voorgestelde beperking van de eigen schuld van ongemotoriseerden. In rechtseconomische literatuur was op deze beperking van het eigen schuld-verweer kritiek geuit, omdat te weinig prikkels zouden uitgaan tot het treffen van de nodige zorg, waardoor het aantal verkeersongevallen alleen maar zou toenemen.³⁶ Ook nu is de reactie van minister Sorgdrager op deze door de preventiegedachte ingegeven kritiek gereserveerd:

‘Ofschoon niet valt uit te sluiten dat het civiele aansprakelijkheidsrecht hieraan enige bijdrage kan leveren, moet men van de invloed hiervan niet al te hoge verwachtingen hebben (...). In dit verband moet men ook bedenken dat de stelling dat instandhouding van het eigen schuld-verweer bijdraagt aan het verminderen van verkeersfouten, uitgaat van de gedachte dat beslissingen in het verkeer worden genomen na afweging van de financiële voor- en nadelen van het maken van een verkeersfout. Deze gedachte is niet reëel, omdat, zoals gezegd, in het verkeer in korte tijd vele beslissingen moeten worden genomen en de tijd voor een dergelijke afweging eenvoudigweg ontbreekt.’³⁷

Opnieuw is volgens de regering de angst voor letsel een veel sterkere gedragsprikkel. Wanneer echter sprake is van de omgekeerde situatie, dus waarin een voetganger of fietser *aan anderen* schade toebrengt, behoeft het voorgaande volgens diezelfde minister ineens niet in alle opzichten opgeld te doen:

‘Omdat aannemelijk is dat, wanneer wordt geabstraheerd van de vrees voor letsel of overlijden, de mogelijkheid aansprakelijk te worden gehouden voor de door fouten veroorzaakte schade, enige bijdrage kan leveren aan voorzichtig gedrag van fietsers en voetgangers, is in het wetsvoorstel deze aansprakelijkheid onverkort gehandhaafd.’³⁸

Ook nu bedient de minister zich dus ter staving van haar beleidskeuze van de positieve preventieaspecten van dreigende aansprakelijkstelling.

35 *Kamerstukken II 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 16 (MvT).*

36 Van den Bergh 1995.

37 *Kamerstukken II 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 18 (MvT).*

38 *Kamerstukken II 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 18 (MvT).*

Nog voor het debat met de Tweede Kamer trekt de regering het wetsvoorstel in. De reden is (bijzonder genoeg) dat volgens haar meer betekenis moet worden toegekend aan *het gedrag* van de fietser of voetganger.³⁹ Het feit dat een automobilist die geen enkele schuld heeft aan het ongeval vrijwel te allen tijde aansprakelijk is voor de schade van de fietser of voetganger die zelf schuld heeft aan het ongeval, geeft volgens de regering (toch) geen pas.

4.4.3 *Het wetsvoorstel affectieschade*

Het wetsvoorstel affectieschade⁴⁰ kwam aanvankelijk zonder al te veel moeilijkheden door de Tweede Kamer; alle fracties stemden unaniem in met het voorstel.⁴¹ Pas in de Eerste Kamer kantte (uiteindelijk) een krappe meerderheid, onder aanvoering van de CDA- en de VVD-fractie, zich tegen het wetsvoorstel.⁴² In die Kamer kwam ook het preventieaspect voorbij.

In een plenair debat merkt de CDA Eerste Kamerfractie op dat het vaste bedrag dat de regering voor ogen staat en de verzekeraarbaarheid daarvan, in het geheel geen prikkelwerking uitoefenen op potentiële daders, terwijl dit volgens de fractie mede het doel zou zijn van het schadevergoedingsrecht.⁴³ Dit laatste is al curieus te noemen,⁴⁴ maar dat het CDA in deze fase een tegenargument vanuit het perspectief van de dader aanroept, valt moeilijk te rijmen met de grondgedachten van het voorstel, te weten erkenning en genoegdoening.⁴⁵ Deze twee doeleinden zijn vanuit regeringszijde te allen tijde uitdrukkelijk aan het voorstel ten grondslag gelegd.

De VVD maakt het zo mogelijk nog bonter. De fractie vraagt of de door minister Hirsch Ballin *beoogde* preventieve werking wel van het wetsvoor-

39 *Kamerstukken II* 1998/99, 25 759, nr. 5, p. 1 (Brief van de Minister van Justitie).

40 Voluit: Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten.

41 *Handelingen II* 2004/05, 62, p. 3984.

42 Zie voor een uitgebreide bespreking de bijdrage in dit boek van D.T. van Houwelingen, 'Waarom heeft het wetsvoorstel affectieschade het Staatsblad niet gehaald?'

43 *Handelingen II* 2005/06, 38, p. 1799.

44 Lindenbergh 2008, nr. 9, p. 12 stelt met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis dat het schadevergoedingsrecht als zodanig niet is (in)gericht op preventie, omdat het pas in beeld komt wanneer preventie in het concrete geval kennelijk niet is geslaagd. Tegelijkertijd kan generale preventie een (gunstig) neveneffect zijn van de dreiging van de verplichting tot schadevergoeding.

45 Zie voor deze grondgedachten bv. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 1-2 (MvT); *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. H, p. 3-4 (Brief van de Minister van Justitie).

stel zal uitgaan, om hem vervolgens met een rechtseconomisch artikel uit het Nederlands Juristenblad⁴⁶ om de oren te slaan, waaruit zou blijken dat voor een juiste preventieve prikkel een hoger bedrag dan het voorgestelde bedrag nodig is.⁴⁷ Een reactie van de minister op deze punten blijft uit.

4.4.4 *Het wetsvoorstel informatie-uitwisseling ondergrondse netten*

De doelstelling van het wetsvoorstel informatie-uitwisseling ondergrondse netten is het verminderen van het aantal graafschades aan ondergrondse kabels en leidingen.⁴⁸ Schadepreventie dus, waarbij de regering voor ogen staat dat ‘betrokken partijen hun gedrag moeten veranderen.’⁴⁹ Om dit doel te bereiken krijgen alle partijen die bij graafwerkzaamheden betrokken zijn op hun taak afgestemde zorgvuldigheidsplichten opgelegd.⁵⁰ Zo zal een kabeleigenaar bepaalde liggingsgegevens moeten aanleveren en zal een grondroerder op zijn beurt deze informatie moeten gebruiken en zorgvuldig moeten graven.⁵¹

De afwikkeling van schades op dit terrein loopt via het gewone civiele aansprakelijkheidsregime. Niettemin is het voorstel in het kader van deze bijdrage een enigszins vreemde eend in de bijt, omdat het voorstel expliciet *niet* beoogt de aansprakelijkheid van betrokken partijen te regelen of aan te passen.⁵² Het beoogt volgens de regering slechts door middel van een aantal wettelijke plichten een duidelijkere civielrechtelijke ‘verantwoordelijkheidsverdeling’ tussen grondroerders en kabel- en leidingbeheerders tot stand te brengen.⁵³ Indien een wettelijk voorschrift uit dit voorstel is overtreden, staat daarmee de onrechtmatigheid van de gedraging (maar daarmee nog niet de aansprakelijkheid!) vast.

In het kader van preventie merkt de regering op: ‘Partijen kunnen elkaar ook aanspreken op de gevolgen van eventuele niet-nakoming (van een

46 Suurmond en Van Velthoven 2005.

47 *Handelingen II* 2005/06, 38, p. 1802.

48 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 6 (MvT).

49 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 14 (MvT).

50 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 6 en 13 (MvT). De concrete invulling van deze zorgvuldigheidsnorm is overigens in eerste instantie aan de marktpartijen zelf overgelaten, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 2 (MvT).

51 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 13 (MvT).

52 *Kamerstukken I* 2007/08, 30 475, nr. C, p. 1 (MvA); *Handelingen I* 2007/08, 19, p. 824 en 833.

53 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 12 (MvT). De regering spreekt van een verbetering van de bewijspositie van de gelaedeerde.

wettelijke zorgvuldigheidsplicht) [mijn invoeging, P.S.].⁵⁴ De regering lijkt hoopvol gestemd dat deze dreiging van een schadeclaim zal bijdragen aan zorgvuldig(er) gedrag: ‘Het effect van de wet zal zijn dat vaker zorgvuldiger zal worden gegraven en vaker voorzorgsmaatregelen zullen worden getroffen.’⁵⁵ Toch wordt het aansprakelijkheidsrecht als enig instrumentarium onvoldoende geacht:

‘Voor de handhaving van het wetsvoorstel en het bevorderen van een zorgvuldige graafpraktijk wordt niet alleen vertrouwd op eventuele onrechtmatige daadsacties. De minister van Economische Zaken zal daarom gaan toezien op de naleving van het wetsvoorstel.’⁵⁶

Dit toezicht wordt opgetuigd met verschillende bestuursrechtelijke instrumenten (waaronder hoge boetes) en zelfs de strafrechtelijke weg wordt geopend.⁵⁷ De regering wenst betrokken partijen dus niet alleen langs civielrechtelijke weg te prikkelen, maar ook (en vooral?) langs de weg van publiekrechtelijk toezicht.⁵⁸

4.4.5 *Wetsvoorstel verruiming aansprakelijkheid minderjarigen*

Het initiatiefwetsvoorstel verruiming aansprakelijkheid minderjarigen⁵⁹ behelst een voorstel tot wijziging van artikel 6:169 lid 2 BW, waardoor de thans bestaande risicoaansprakelijkheid van ouders ten aanzien van minderjarige kinderen tot veertien jaar wordt verruimd tot alle minderjarige kinderen.⁶⁰

Aan het voorstel legt de indiener – voormalig CDA Tweede Kamerlid Coşkun Çörüz – twee doelstellingen ten grondslag. Ten eerste (en bovenal) draait het om verruiming van verhaalsmogelijkheden, zodat benadeelden niet met de schade blijven zitten.⁶¹ Dit primaire uitgangspunt van

54 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 14 (MvT).

55 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 24 (MvT).

56 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 14 (MvT).

57 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 15 (MvT).

58 Beide prikkels worden herhaaldelijk genoemd, zie bv. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 6, p. 6 (NV).

59 Voluit: Voorstel van wet van het lid Çörüz tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verruiming van de aansprakelijkheid voor gedragingen van minderjarigen in de leeftijd van veertien tot achttien jaar.

60 Voor een uitgebreide bespreking van dit initiatiefwetsvoorstel zij verwezen naar de bijdrage in dit boek van M. Verheijden, ‘Een symbolische verruiming van de aansprakelijkheid van ouders.’

61 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 2 (MvT). Deze primaire doelstelling wordt door de initiatiefnemer verschillende malen onderstreept, zie bv.

slachtofferbescherming wordt door alle Tweede Kamerfracties onderschreven. Alle vóórstemmende fracties (VVD, SGP, CDA, PVV en CU) zien dit – elk op hun eigen wijze – eveneens als hoofddoelstelling. Ook de tegenstanders (SP, PvdA en D66) huldigen het adagium dat de vernieler betaalt, maar uiten telkens sterke kritiek op de uitwerking van het voorstel op dit punt.

Bovendien, zo stelt de indiener, kan van het wetsvoorstel een verhoogde preventieve gedragscorrigerende werking uitgaan.⁶² Op dat punt doen de verschillen in opvatting tussen de voor- en tegenstemmende fracties zich sterk gevoelen.

Vier vóórstemmende fracties (CDA, VVD, SGP en PVV) maken gebruik van het preventie-argument en signaleren dat van het voorstel een corrigerende werking mag worden verwacht.⁶³ De opmerking van de VVD is niet bijzonder overtuigend:

‘Je moet de indiener nageven dat hiervan ook wel enige corrigerende werking kan worden verwacht. Als je als ouder weet dat je aansprakelijk bent voor de schade die jouw kind veroorzaakt (...) heb je misschien extra behoefte om te weten wat hij precies doet (...).’⁶⁴

De PVV meent dat ‘ouders worden gestimuleerd om extra goed te letten op hun kinderen (...).’⁶⁵ Het CDA stelt dat de financiële aansprakelijkheid ertoe zou kunnen bijdragen dat ouders betere afspraken met hun kinderen maken.⁶⁶

De SP daarentegen hangt sterk aan de eigen verantwoordelijkheid van de minderjarige en spreekt – evenals de PvdA overigens⁶⁷ – meermaals uit niet in de preventieve werking te geloven.⁶⁸ De fractie stelt de vraag of er niet net zo veel reden bestaat om aan te nemen dat het voorstel er juist toe zou kunnen leiden dat minderjarigen zich roekelozier gaan gedragen, omdat de

Kamerstukken II 2011/12, 30 519, nr. 7, p. 3 (NV) en nr. 12, p. 18 en 20 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

62 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 3 (MvT).

63 Zie wat betreft de SGP: *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 12 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

64 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 3 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

65 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 6 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

66 *Kamerstukken II* 2009/10, 30 519, nr. 6, p. 2 (Verslag).

67 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 14 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

68 *Kamerstukken II* 2009/10, 30 519, nr. 6, p. 4 (Verslag); *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 9 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

ouders worden aangesproken.⁶⁹ De indiener antwoordt van niet.⁷⁰ Hij kent daarvan ook geen voorbeelden en naar zijn mening schieten minderjarigen zich daarmee ‘in hun eigen voet’.⁷¹ In de onderlinge verhouding wordt namelijk de minderjarige draagplichtig.⁷²

Tot slot nog de CU en D66. Zij blijven op het punt van preventie neutraal en vragen – als respectievelijke voor- en tegenstander – of de indiener kan aantonen dat er sprake zal zijn van een preventieve gedragscorrigerende werking.⁷³

4.4.6 *Het wetsvoorstel inlenersaansprakelijkheid*

Het wetsvoorstel inlenersaansprakelijkheid⁷⁴ is onderdeel van een pakket privaatrechtelijke en publiekrechtelijke maatregelen ter bestrijding van fraude en illegaliteit in de uitzendbranche.⁷⁵ Het nieuw voorgestelde artikel 7:692 BW legt een hoofdelijke aansprakelijkheid voor voldoening van het minimumloon op de inlener die met een niet-gecertificeerd uitzendbureau zaken doet. De regering beoogt hiermee enerzijds sociale bescherming van werknemers te bevorderen en anderzijds te stimuleren dat inleners uitzendkrachten betrekken van een gecertificeerd uitzendbureau.⁷⁶

In dit laatste schuilt het preventieve element. De regering verwacht dat vanwege dreigende aansprakelijkstelling inleners met grotere zorgvuldigheid personeel zullen inlenen. De markt voor malafide uitzendondernemingen zal hierdoor slinken, hoewel het geven van volledige zekerheid hieromtrent niet mogelijk is.⁷⁷ Alle aan het woord zijnde fracties (CDA, PvdA, SP, VVD, PVV en CU) onderschrijven de beide doelstellingen van het wetsvoorstel, maar zijn over de concrete invulling en uitwerking verdeeld, evenals over de vraag of privaatrechtelijk ingrijpen wel de beste optie is.

69 *Kamerstukken II* 2009/10, 30 519, nr. 6, p. 4 (Verslag).

70 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 7, p. 4 (NV).

71 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 21 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

72 Dit element is later toegevoegd, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 8 (NvW).

73 *Kamerstukken II* 2009/10, 30 519, nr. 6, p. 5 (Verslag); *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 7 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

74 Voluit: Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek in verband met de totstandbrenging van een inlenersaansprakelijkheid met betrekking tot de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag.

75 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 3, p. 1 (MvT).

76 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 3, p. 4 (MvT).

77 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 3, p. 5 (MvT) en nr. 6, p. 1 (NV).

Het CDA zegt nadrukkelijk dat de inlenersaansprakelijkheid een stimulans betekent om uitsluitend in zee te gaan met gecertificeerde uitzendbureaus.⁷⁸ Dit bevordert certificering, zodat de malafide uitzendmarkt zal krimpen. Voor een echt effectieve aanpak zijn volgens de fractie evenwel aanvullende maatregelen gewenst, waaronder publiekrechtelijke handhaving.⁷⁹

De SP is beduidend negatiever gestemd. De partij acht hoofdelijke aansprakelijkheid onvoldoende en pleit voor herinvoering van een vergunningstelsel met de overheid als toezichthouder.⁸⁰ SP Tweede Kamerlid Ulenbelt zegt onomwonden: ‘Met permissie, maar dit is echt een lachertje. (...) Wie verwacht nu echt dat die buitenlandse uitzendkracht of die onderbetaalde Nederlandse uitzendkracht een advocaat in de hand neemt en naar de rechter stapt om zijn minimumloon op te eisen?’⁸¹

De VVD is kritisch. Hoewel de partij zich niet uitdrukkelijk tegen de preventieve werking uitspreekt, zegt de fractie in dit wetsvoorstel niet de oplossing voor het probleem van malafide uitzendbureaus te zien.⁸² De partij pleit voor striktere handhaving en boetes in plaats van nieuwe verplichtingen en risico’s voor werkgevers.⁸³

Dit laatste is overigens een in de Kamer breed gedragen opvatting. In dezelfde zin dringen ook PvdA en CU bij de regering aan tot forsere boetes en strengere publiekrechtelijke handhaving.⁸⁴ Beide partijen zijn bovendien expliciet niet overtuigd van de effectiviteit van de beoogde preventieve prikkel.⁸⁵ De kracht hangt volgens hen af van de mate waarin een uitzendkracht zich inderdaad tot de inlener zal wenden.⁸⁶ Volgens de CU lijkt die kans nihil.⁸⁷ Beiden vragen zich afzonderlijk van elkaar af – net als de VVD overigens⁸⁸ – waarop de regering baseert dat aansprakelijkheid een prikkel teweegbrengt.⁸⁹

78 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 5, p. 1 (Verslag).

79 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 5, p. 4 (Verslag); *Handelingen II* 2008/09, 109, p. 8727.

80 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 5, p. 2 (Verslag).

81 *Handelingen II* 2008/09, 109, p. 8729 en 8738.

82 *Handelingen II* 2008/09, 109, p. 8731.

83 *Handelingen II* 2008/09, 109, p. 8731.

84 Zie wat betreft PvdA: *Handelingen II* 2008/09, 109, p. 8731 en wat betreft CU: *Handelingen II* 2008/09, 109, p. 8728-8729.

85 Zie wat betreft PvdA: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 5, p. 2 (Verslag) en wat betreft CU: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 5, p. 3 (Verslag).

86 Zie wat betreft PvdA: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 5, p. 5 (Verslag) en wat betreft CU: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 5, p. 7 (Verslag).

87 *Handelingen II* 2008/09, 109, p. 8728.

88 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 5, p. 6 (Verslag).

89 Zie wat betreft PvdA: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 5, p. 5 en 8 (Verslag) en wat betreft CU: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 5, p. 3 (Verslag).

De regering geeft gehoor en meent dat extra prikkels inderdaad geboden zijn. Zij kondigt daarom publiekrechtelijke maatregelen aan.⁹⁰ De regering blijft evenwel telkens haar vertrouwen onderstrepen dat vanwege het financiële aansprakelijkheidsrisico een groot percentage inleners zal kiezen voor gecertificeerde uitzendbureaus.⁹¹ Handhaving op dit terrein krijgt derhalve gestalte doordat privaatrechtelijke economische belangen worden gekoppeld aan handhaving door de overheid.⁹²

Uiteindelijk stemmen alle Tweede Kamerfracties in met het voorstel, met uitzondering van de VVD. Ook kritische partijen als de SP, de PvdA en CU stemmen voor, vermoedelijk omdat zij de extra verhaalsmogelijkheid voor uitzendkrachten als positief waarderen.

4.4.7 *Het wetsvoorstel aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM*

Aan het wetsvoorstel aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM⁹³ gaat een rijke schakering van rapporten, onderzoeken en parlementaire briefwisselingen vooraf.⁹⁴ Een eerste rapport, uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Justitie door prof. mr. C.C. van Dam, kwam (te) kort gezegd tot de conclusie dat toezichthouders van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht een positieve prikkel ontvangen tot zorgvuldigheid, terwijl het niet leidt tot defensief gedrag.⁹⁵ De regering onderschreef deze conclusie en kondigde – gezien de verschillen in nationale aansprakelijkheidsregimes en het internationale karakter van de financiële markten – slechts aanvullend onderzoek aan naar de positie van financiële toezichthouders in het bijzonder.⁹⁶ Dit onderzoek, onder leiding van prof. mr. I. Giesen, leidt in zekere zin tot

90 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 6, p. 2 (NV), de maatregelen bestaan uit een samenwerkingsverplichting voor inleners met geregistreerde ondernemingen en een registratieplicht voor uitzendbureaus, beide op straffe van een bestuurlijke boete in geval van overtreding.

91 Zie bv. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 833, nr. 6, p. 1, 6, 7, 9 en 10 (NV); *Handelingen II* 2008/09, 109, p. 8733-8734.

92 *Handelingen II* 2008/09, 109, p. 8737 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 833, nr. B, p. 2 (MvA).

93 Voluit: Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten.

94 Een ander element van dit voorstel, een bonusverbod voor staatsgesteunde ondernemingen, blijft buiten beschouwing.

95 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 123, nr. 3, p. 1 (Brief van de Minister van Financiën).

96 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 123, nr. 1, p. 9 (Brief van de Minister van Justitie).

dezelfde slotsom als het eerste. De toenmalige minister van Financiën Bos achtte ingrijpen op basis van deze bevindingen dan ook niet noodzakelijk.⁹⁷ Volgens hem vervult het aansprakelijkheidsrecht naast de functie van compensatie tevens ‘een belangrijk preventieve functie doordat het degenen die bepaalde handelingen verrichten noodzaakt zich daarbij rekenschap [te] geven van de (financiële) gevolgen van hun handelingen voor derden.’⁹⁸ Ook de dreigende reputatieschade vanwege een eventuele aansprakelijkstelling zal volgens Bos een preventief effect hebben.⁹⁹

In het Algemeen Overleg naar aanleiding van dit kabinetsstandpunt bleek een Kamermeerderheid van CDA, SP en VVD evenwel *voor* beperking van de toezichthoudersaansprakelijkheid. De drie fracties vreesden voor de financiële gevolgen voor de Nederlandse belastingbetaler, indien een juridische procedure – hoewel de kans daartoe op grond van de onderzoeken klein was te achten – succesvol zou zijn.¹⁰⁰ De VVD vond dat een prikkel tot zorgvuldig gedrag gewenst was, maar meende dat daarvoor het aansprakelijkheidsrecht niet nodig was.¹⁰¹ Het CDA vreesde voor defensief gedrag: ‘Kan de huidige aansprakelijkheidssituatie niet potentieel leiden tot een relatief voorzichtiger opstelling van de toezichthouder omdat hij bang is voor eventuele claims?’¹⁰² De PvdA en GroenLinks zagen evenals de regering naar aanleiding van de onderzoeksrapporten geen directe aanleiding om toezichthouders (meer) immuniteit te verlenen, maar stonden niet meteen onwelwillend tegenover verandering.¹⁰³ De PvdA noemt onder meer als argument dat immuniteit slecht zal zijn voor het optreden van toezichthouders.¹⁰⁴

Een kleine maand na het Algemeen Overleg wordt kabinet-Balkenende IV demissionair. In het daarop volgende kabinet-Rutte I is de rol van de PvdA uitgespeeld en is de VVD aan zet. Voor het onderhavige dossier betekent de

97 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 123, nr. 4, p. 3 (Brief van de Minister van Financiën).

98 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 123, nr. 4, p. 2 (Brief van de Minister van Financiën).

99 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 123, nr. 5, p. 17 (Verslag van een algemeen overleg).

100 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 123, nr. 5, p. 2, 4, 5 en 8 (Verslag van een algemeen overleg).

101 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 123, nr. 5, p. 6 (Verslag van een algemeen overleg).

102 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 123, nr. 5, p. 7 (Verslag van een algemeen overleg).

103 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 123, nr. 5, p. 3, 10 en 14 (Verslag van een algemeen overleg).

104 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 123, nr. 5, p. 3 (Verslag van een algemeen overleg).

kabinetswissel een rigoureuze standpuntverandering. Kort na zijn aanstelling kondigt minister van Financiën De Jager (CDA) aan dat een beperking van de aansprakelijkheid van DNB en de AFM wenselijk is en dat de regering zal komen met een wetsvoorstel.¹⁰⁵ Een belangrijke aanleiding vormt de aanbeveling van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel om aansluiting te zoeken bij wat op Europees niveau gangbaar is.¹⁰⁶

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel propageert het nieuwe kabinet dat DNB en de AFM snel en doortastend moeten kunnen reageren op (crisis)situaties en niet gehinderd moeten worden door dreigende aansprakelijkstelling. Bovendien moeten de toezichthouders in staat worden gesteld om achteraf openlijk en zelfkritisch verantwoording af te leggen.¹⁰⁷ Dit laatste is volgens de regering bevorderlijk voor de kwaliteit van het toezicht.¹⁰⁸ Een beperking van de aansprakelijkheid kan hieraan een waardevolle bijdrage leveren.

Met de wisseling van de wacht in het Torentje lijkt ook het preventieargument van het politieke toneel te zijn verdwenen.¹⁰⁹ De memorie van toelichting hult zich in stilzwijgen, daar waar in het voortraject deze positieve aspecten van dreigende aansprakelijkstelling nog aanleiding waren tot handhaving van de status-quo. Slechts een gereserveerde PvdA-fractie dwingt de regering (pas) in de Nota naar aanleiding van het verslag nog een enkele opmerking te maken:

‘In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat de mogelijkheid om aansprakelijk te worden gesteld zorgt voor prikkels om zorgvuldig en efficiënt te werk te gaan. Er is dan ook niet gekozen voor een volledige uitsluiting van de aansprakelijkheid, (...). Daarbij komt dat het aansprakelijkheidsrecht niet het enige mechanisme is dat de toezichthouder moet aanzetten tot zorgvuldig gedrag. Het is aannemelijk dat bijvoorbeeld ook de eigen professionaliteit toezichthouders aanzet tot zorgvuldig gedrag.’¹¹⁰

105 *Kamerstukken II* 2010/11, 31 123, nr. 6, p. 1 (Brief van de Minister van Financiën).

106 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 4, p. 4 (Advies Raad van State en Nader rapport).

107 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 2 (MvT), nr. 4, p. 4 (Advies Raad van State en Nader rapport) en nr. 9, p. 9 (NV).

108 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 3 (MvT); de aansprakelijkheid wordt inderdaad niet volledig uitgesloten, maar beperkt tot opzet of grove schuld.

109 Zie ook uitgebreid Van Dam 2010.

110 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 9, p. 8 (NV).

4.5 Analyse van de zeven wetsvoorstellen: drie bijzonderheden

4.5.1 *Vooraf*

In de vorige paragraaf zijn per wetsvoorstel van regeringszijde en van de zijde van verschillende Tweede Kamerfracties de opvattingen omtrent preventie beschreven. Nadere bestudering van deze opvattingen brengt mij tot drie observaties.

4.5.2 *Bijzonderheid één: preventie vervult een ondersteunende rol*

Een eerste bijzonderheid is dat bij wettelijk ingrijpen het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen en de preventieve functie ervan in het bijzonder (slechts) van ondersteunend belang worden geacht. Dit komt op twee manieren naar voren.

In de eerste plaats liggen aan zes van de zeven wetsvoorstellen andere doeleinden of uitgangspunten ten grondslag dan preventie. Zo kent het wetsvoorstel aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM als primaire doelstelling het bewerkstelligen van een sneller en doortastender toezichhoudersoptreden.¹¹¹ Het wetsvoorstel verruiming aansprakelijkheid minderjarigen, het wetsvoorstel verkeersongevallen, het wetsvoorstel affectieschade, het wetsvoorstel inlenersaansprakelijkheid en het wetsvoorstel gevaarlijke stoffen zijn allen (in zekere zin) geschoeid op de leest van slachtofferbescherming. De vergoedingsfunctie is bij deze vijf voorstellen dus leidend. Preventie wordt slechts genoemd bij het wetsvoorstel verruiming aansprakelijkheid minderjarigen, het wetsvoorstel inlenersaansprakelijkheid en het wetsvoorstel gevaarlijke stoffen, maar dan wel uitdrukkelijk als *nevendoelstelling*.

Een uitzondering vormt het wetsvoorstel informatie-uitwisseling ondergrondse netten. Daar is het primaire doel wél gelegen in preventie, te weten het voorkomen van graafschade. Met dit voorstel raken we echter aan het tweede punt, namelijk het beperkte vertrouwen dat de wetgever stelt in het aansprakelijkheidsrecht *an sich* als gedragsbeïnvloedingsmechanisme. Voor de handhaving van het wetsvoorstel en het bevorderen van een zorgvuldige graafpraktijk wordt niet alleen vertrouwd op eventuele onrechtmatige daadsacties, maar ook (en welhaast voornamelijk) op publiekrechtelijk toezicht en strafrecht. Ook het wetsvoorstel aansprakelijkheid gevaarlijke

111 Dit was in een eerder stadium dus nog anders, toen het kabinet afzag van wettelijk ingrijpen omdat het aansprakelijkheidsrecht (naast het bieden van compensatie) zou zorgen voor zorgvuldiger toezicht.

stoffen kenmerkt zich door een stevig opgebouwde publiekrechtelijke milieuwetgeving en nauwkeurige controle daarvan. Ditzelfde zien we bij het wetsvoorstel inlenersaansprakelijkheid, waar zowel de regering als de Tweede Kamerfracties staan voor forsere boetes en strengere publiekrechtelijke handhaving. We kunnen dan ook stellen dat als de preventiefunctie eenmaal eerste viool speelt, haar solo-optreden geflankeerd en zelfs bruut overstemd wordt door het veel luidere geluid van de (bestuursrechtelijke) contrabas en de (strafrechtelijke) trombone.

4.5.3 *Bijzonderheid twee: preventie heeft een kameleontisch karakter*

De tweede constatering ziet op het *kameleontische* karakter van preventie *als argument* in het debat.¹¹² Dit komt duidelijk naar voren bij het wetsvoorstel aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM. Het kabinet-Balkenende IV was aanvankelijk tegen beperking van de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders, omdat het aansprakelijkheidsrecht op dit punt een preventieve functie heeft. Het argument van preventie wordt door de pleitbezorgers van wettelijk ingrijpen (onder meer VVD en CDA) bijzonder snel geëlimineerd. Het CDA kaatst de bal zelfs terug en vraagt zich af of potentiële aansprakelijkheid niet eerder leidt tot defensief gedrag. Het nieuwe kabinet-Rutte I volgt inderdaad deze lijn en bestempelt een dreigende aansprakelijkstelling plots als hinderlijk voor snel en doortastend optreden van financiële toezichthouders. Zie ik het goed dan verschiet het preventieargument hier van kleur, en wel op basis van het ingenomen standpunt: tegenstanders van ingrijpen beroepen zich op de preventieve en gedragscorrigerende werking van een dreigende claim (kabinet-Balkenende IV), waar voorstanders van wettelijk ingrijpen deze positieve aspecten in twijfel trekken en het argument zelfs zodanig (kunnen) bewerken dat evengoed een negatieve werking van aansprakelijkheidsrecht kan uitgaan (VVD, CDA en kabinet-Rutte I).

Zoals in paragraaf 4.2.1 reeds werd geconstateerd en nu onomwonden blijkt, valt de beweerdelijke preventieve werking vanwege het ontbreken van empirische onderbouwing te betwisten. Het kameleontische karakter schuilt dus in het ‘feitenvrij’ gebruik van het preventieargument. Iets dat in het privaatrechtelijke discours overigens vaker gebeurt, bijvoorbeeld wanneer de rechter bepaalde gedragspresumpties (dus zonder onderzoek van het daadwerkelijke effect) aan zijn beoordeling ten grondslag legt: blijven

112 Bij de wetsvoorstellen informatie-uitwisseling ondergrondse netten en gevaarlijke stoffen is omtrent preventie niet gedebatteerd, zodat deze voorstellen hier niet genoemd worden.

kinderen bij het zien van een laadschop (een groot motorvoertuig) op veilige afstand of worden zij zozeer aangetrokken tot het fascinerende apparaat dat zij er bijna als vanzelf onder geraken?¹¹³ Beide varianten hebben werkelijkheidspretentie en moeten daarom empirisch getoetst (kunnen) worden, zodat zal blijken welke pretentie juist was. Alleen dan kan het oordeel van de rechter uiteindelijk ook overeenstemmen met de werkelijkheid.

Ook in het wetsvoorstel verruiming aansprakelijkheid minderjarigen heeft preventie als argument een zodanig kameleontisch en feitenvrij karakter. De voorstanders van het wetsvoorstel tonen zich allen een *believer* van de preventieve werking van dreigende aansprakelijkstelling: ouders passen in het vervolg beter op hun kroost. Kijken we naar de andere kant van het spectrum dan verschiet het argument van kleur en spreken tegenstanders SP en PvdA zich openlijk uit tégen de beweerdelijke preventieve werking.¹¹⁴ Een ander voorbeeld is te vinden als we inzoomen op het wetsvoorstel verkeersongevallen. De regering weerlegt de kritiek van de Raad voor Verkeersveiligheid door te stellen dat de angst voor eigen lijf en leden een sterkere prikkel tot zorgvuldigheid geeft dan eventuele financiële aansprakelijkheid. De Raad voor Verkeersveiligheid (tegenstander) gelooft dus in preventie, waar de regering (voorstander) preventie in twijfel trekt. Opmerkelijk – maar daarmee onmiddellijk weer illustratief – is dat de regering zich vervolgens, ter onderbouwing van haar keuze om de aansprakelijkheid van ongemotoriseerden ten opzichte van gemotoriseerden ongewijzigd in stand te laten, wél bedient van onder meer het argument dat enige preventie mag worden verwacht van schuldaansprakelijkheid. En dat terwijl zij bij haar voorstel om het beroep op eigen schuld door gemotoriseerden te beperken, weer meer heil verwacht van de angst voor eigen lijf en leden en het feit dat fouten in het verkeer niet vermijdbaar zijn. Het is kennelijk maar net hoe de pet staat. Dit zien we overigens ook bij het wetsvoorstel affectieschade. Daar bestaat het kameleontische karakter van preventie uit het gegeven dat de VVD en CDA (tegenstanders van het wetsvoorstel) het preventiepaard van stal halen, zich ‘believers’ tonen en dan stellen dat het voorstel preventieve werking mist, uitsluitend om daarmee voorstanders in de wielen te kunnen rijden.

Tot slot het wetsvoorstel inlenersaansprakelijkheid. Ook daar valt het kameleontische karakter te ontwaren. De regering en het CDA zijn een uitgesproken voorstander van de wijze waarop de privaatrechtelijke aansprakelijkheid in het voorstel is opgezet. Zij stellen (dan ook) dat hiervan een stimulans uitgaat naar inleners om op zorgvuldige wijze personeel in te

113 Zie voor meer voorbeelden Van Boom, Giesen & Verheij 2008.

114 CU en D66 vormen overigens een uitzondering nu zij beide, als respectievelijke voor- en tegenstander, vraagtekens plaatsen bij gedragscorrectie.

huren. De VVD zegt als enige tegenstemmer in deze opzet niet de oplossing te zien. De SP, PvdA en CU stemmen weliswaar in met het wetsvoorstel, maar zijn eveneens kritisch op de keuze van de regering om de problematiek via de privaatrechtelijke weg te bedwingen. Deze partijen voelen meer voor publiekrechtelijk ingrijpen en zetten openlijk vraagtekens bij de preventieve werking. Het feit dat zij het voorstel an sich uiteindelijk steunen, komt dan ook vermoedelijk omdat zij de extra verhaalsmogelijkheid voor uitzendkrachten als positief waarderen.

4.5.4 *Bijzonderheid drie: het debat is voorspelbaar*

In het verlengde van het feit dat preventie binnen het politieke debat kameleonisch van aard is en de preventieve werking van aansprakelijkheidsrecht voor betwisting vatbaar is, ligt de derde bijzonderheid: de vorm van het debat is voorspelbaar. *Non-believers* hebben hun munitie klaar liggen om de beweerdelijke preventie vakkundig te elimineren, hoewel hun munitie uit niet veel meer bestaat dan een blote ontkenning. Het debat omtrent preventie verzandt dan ook veelal in een welles-nietes-spelletje. Een treffend voorbeeld komt uit het wetsvoorstel verruiming aansprakelijkheid minderjarigen. De indiener voorziet dat van het voorstel een preventieve gedragscorrigerende werking zal uitgaan. De SP stelt de vraag of er niet net zo veel redenen bestaat om aan te nemen dat minderjarigen zich roekelozer gaan gedragen, omdat de ouders worden aangesproken?¹¹⁵ De indiener antwoordt daarop met een simpel ‘nee’.¹¹⁶

4.6 Conclusie

In deze bijdrage stond de vraag centraal naar de verhouding tussen aansprakelijkheidsrecht, preventie en politiek. Om een (voorlopig) antwoord op deze vraag te kunnen formuleren zijn een zevental wetsvoorstellen ten aanzien van aansprakelijkheidsrecht op preventieaspecten onderzocht. Op basis van een analyse van de gevonden overwegingen zijn drie bijzonderheden gesignaleerd, die mijns inziens de relatie tussen aansprakelijkheidsrecht, preventie en politiek scherper duiden.

Gebleken is dat preventie in vrijwel alle wetsvoorstellen een ondersteunende rol vervult. Enerzijds omdat zij ondergeschikt is aan een ander doel dat aan het wetsvoorstel ten grondslag ligt, anderzijds omdat het aansprakelijkheidsrecht als instrumentarium minder hoog wordt aangeslagen dan

115 *Kamerstukken II* 2009/10, 30 519, nr. 6, p. 4 (Verslag).

116 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 7, p. 4 (NV); *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 21 (Verslag van een wetgevingsoverleg).

bestuurs- en strafrechtelijke handhaving. In de tweede plaats blijkt dat preventie als argument in het politieke debat een kameleontisch karakter kent. De beweerdelijke preventieve werking is ter verdediging van een bepaald wetsvoorstel een prettige aanvulling op het argumentenarsenaal, maar wordt door tegenstanders van ditzelfde voorstel met behulp van de verbale sloopkogel al vrij snel *kaltgestellt*. Dit maakt, tot slot, dat het debat op dit punt voorspelbaar is en louter bestaat uit beweringen en ontkenningen (zonder feitelijke onderbouwing dus).

Voor genoemde uitkomsten hebben een hoog beschouwend karakter, hetgeen vanwege de beperkte ruimte van deze bijdrage ook de opzet was. Wellicht kunnen deze uitkomsten een eerste aanzet geven tot beantwoording van de in de inleiding reeds gesignaleerde (en veel gewichtiger) vraag of beleidsmakers het aansprakelijkheidsrecht als een volwaardig gedragsbeïnvloedingsmechanisme beschouwen en hanteren. Daarvoor is echter meer onderzoek vereist, bijvoorbeeld door middel van intensiever en langduriger wetgevingsonderzoek en door het afnemen van interviews met de betreffende beleidsmakers.

Laat ik mij ondanks het voorgaande – als echte Nederlander ben ik immers niet bevreesd voor een beetje glad ijs – toch eens wagen aan een aantal voorspellingen. Preventie is onderdeel van een veel principiëlere (politieke) vraag naar de wijze waarop de samenleving moet worden ingericht. Kan privaatrecht (en aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder) bijdragen aan het *realiseren* van bepaalde beleidsdoeleinden of valt meer heil te verwachten van andere prikkelmecanismen, zoals subsidieverlening of intensieve controles door inspectiediensten? Enigszins zwart-wit gesteld betreft het hier de tegenstelling tussen marktwerking en overheidsregulering, tussen politiek-rechts en politiek-links. Als de werkelijkheid even zwart-wit zou zijn, kan het niet anders of omtrent preventie valt een ideologische (partij)lijn te ontwaren. VVD en CDA zien aansprakelijkstelling dan als volwaardig gedragsbeïnvloedingsinstrument, omdat zij, geredeneerd vanuit autonomie, geloven dat burgers en bedrijven hun rechten (zoals aangereikt door het aansprakelijkheidsrecht) tegenover elkaar geldend zullen maken. SP en PvdA zien dit duidelijk anders en menen, ingegeven vanuit paternalistische overtuiging, dat de overheid als hoeder van het recht moet dienen en dus een sterke controlerende rol moet opeisen. Dat zien we bijvoorbeeld gebeuren bij het wetsvoorstel verruiming aansprakelijkheid minderjarigen, waar op het punt van preventie en de rol van de overheid VVD en CDA lijnrecht tegenover SP en PvdA staan.

De werkelijkheid is (gelukkig) een stuk grijzer en het Nederlandse poldermodel leidt ons met regelmaat naar het genuanceerde midden. Vermoedelijk is dat met preventie niet anders, zie bijvoorbeeld het wetsvoorstel inlenersaansprakelijkheid, waar óók believers van preventie menen dat

publiekrechtelijke handhaving gewenst is. Mijn (helaas weinig verheffende) voorspelling is dan ook dat burgers en bedrijven én de overheid als toezichthouder op het merendeel van de dossiers hand in hand gaan en dit door de politiek – in de woorden van Hartlief – als het ideale model van samenwerking zal worden ervaren.¹¹⁷

Tot slot nog even terug naar het centrale onderwerp. In het heetst van het politieke debat, zo is gebleken, wil preventie als argument nog wel eens verschijnselen van smelting vertonen. In die zin zou je kunnen spreken van een wassen neus. Maar dan wel een wassen neus die door de politiek met enige regelmaat wordt opgezet, want schitteren door afwezigheid doet preventie in de politieke arena allerminst.

Literatuurlijst

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV*. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011.

Barendrecht 2002

J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en Welzijn', *Nederlands Juristenblad* 2002/12, p. 605-615.

Van den Bergh 1995

R. van den Bergh, 'Is verkeersveiligheid te duur? Kritische rechtsvergelijkende en rechtseconomische bedenkingen bij de nieuwe Belgische vergoedingsregel voor voetgangers en fietsers', *Rechtskundig Weekblad* 1994/1995, 39, p. 1313-1323.

Bloembergen 1996

A.R. Bloembergen, 'Wolfsbergen en de rechtseconomie', *BW-krant Jaarboek* 1996, p. 25-38.

Van Boom 2006a

W.H. van Boom, 'Compensating and preventing damage: is there any future left for tort law?', in: *Festschrift till Bill W. Dufwa – Essays on Tort, Insurance Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa, Volume I*, Stockholm: Jure 2006, p. 287-293.

117 Hartlief 2009, nr. 50, p. 51.

Van Boom 2006b

W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Van Boom, Giesen & Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 21-27.

Van Dam 2010

C.C. van Dam, Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010/7, 30, p. 224-246.

Deschouwer & Hooghe 2011

K. Deschouwer & M. Hooghe, *Politiek – Een inleiding in de politieke wetenschappen*, Den Haag: Boom Lemma 2011, p. 18.

Engelhard & Van Maanen 2008

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel* (Monografieën BW, deel A15), Deventer: Kluwer 2008.

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Hartlief 2003

T. Hartlief, ‘De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht’, in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 10-12.

Hartlief 2009

T. Hartlief, *Anno 2010. Beschouwingen over aansprakelijkheid en verzekering*, Amsterdam: Uitgeverij deLex 2009.

Kortmann 2009

J. Kortmann, *The Tort Law Industry* (inaugural lecture Amsterdam), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2009.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW, deel B34), Deventer: Kluwer 2008.

Schwitters 2011

R. Schwitters, 'Hoeveel economie kan het recht verdragen?', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2011/2, 40, p. 94-97.

Schwitters 2012

R. Schwitters, 'Aansprekend aansprakelijkheidsrecht', *Nederlands Juristenblad* 2012/19, p. 1392.

Spier 1996

J. Spier, 'Verslag van de op 14 juni 1996 te Amsterdam gehouden algemene vergadering over: De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad' (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1996-II), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 60.

Spier e.a. 2012

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht Deel 5), Deventer: Kluwer 2012.

Suurmond & Van Velthoven 2005

G. Suurmond & B.C.J. van Velthoven, 'Vergoeding van affectieschade: te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers', *Nederlands Juristenblad* 2005/37, p. 1934-1936.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën privaatrecht, deel 4), Deventer: Kluwer 2005, nr. 1, p. 1.

Visscher 2005

L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

V Symbolische verruiming van de aansprakelijkheid van ouders

Een oplossing voor het ‘kale kip’-probleem bij jeugdcriminaliteit?

M. Verheijden

Ouders zijn risicoaansprakelijk voor hun kinderen tot het veertiende levensjaar. Om de slachtoffers van jeugdcriminaliteit ruimere verhaalsmogelijkheden te bieden, diende CDA-Kamerlid Çörüz een wetsvoorstel in dat deze risicoaansprakelijkheid van ouders uitbreidt. Omdat de verzekeraarbaarheid van een aansprakelijkheidsrisico bepalend is voor de doeltreffendheid van een op compensatie gerichte wet, was de verzekeringsbranche destijds nauw betrokken bij de totstandkoming van het huidige regime. Çörüz heeft de branche echter niet betrokken bij zijn initiatiefwetsvoorstel, omdat het volgens hem niet aan hem is een inschatting te maken van de gevolgen voor de verzekeringsmarkt. Gezien de noodzaak van verzekeraarbaarheid voor daadwerkelijke compensatie van slachtoffers lijkt dit een onbegrijpelijk standpunt, tenzij het voorstel wordt gezien als een symboolwet waarmee de financiële verantwoordelijkheid van ouders wordt uitgedrukt. Hoewel een dergelijke wet op de lange termijn wel degelijk effect kan hebben, wordt de positie van de benadeelden van jeugdcriminaliteit hiermee nu en in de toekomst niet verbeterd. De benadeelden treffen het daarom dat enkele aansprakelijkheidsverzekeraars tegen de verwachtingen in dekking willen bieden voor de te verruimen risicoaansprakelijkheid.

5.1 Inleiding

Jeugdcriminaliteit vormt een groot maatschappelijk probleem. Uit een onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum volgt dat ongeveer 18% van de twaalf- tot en met zeventienjarigen zich schuldig heeft gemaakt aan vandalisme en ongeveer 13% aan het bekladden van muren, trams en bussen.¹ Ongeveer 43% van de jongeren in de leeftijdscategorie veertien tot achttien jaar heeft zich schuldig gemaakt aan een of meer delicten.² Exacte gegevens over de totale schadeomvang zijn

1 Van der Laan & Blom 2011, p 31.

2 Van der Laan & Blom 2011, p. 38-39.

niet voorhanden, maar in kamerstukken wordt geschat dat deze jaarlijks miljoenen bedraagt.³

Dergelijke alarmerende cijfers vormden voor CDA-Kamerlid Çörüz⁴ de aanleiding om in 2006 een wetsvoorstel in te dienen om de risicoaansprakelijkheid van ouders uit te breiden.⁵ Met een risicoaansprakelijkheid van ouders voor alle minderjarige kinderen wordt slachtoffers van jeugd-criminaliteit een betere verhaalsmogelijkheid geboden en krijgen de ouders een preventieve prikkel om hun kroost in het gareel te houden, zo was zijn gedachte.

Het initiatiefwetsvoorstel verruimt de risicoaansprakelijkheid van ouders en voogden⁶ voor de minderjarigen onder hun gezag. Een minderjarige kan pas vanaf veertien jaar een onrechtmatige daad worden toegerekend (art. 6:164 BW). Tot die leeftijd rust op zijn ouders een risicoaansprakelijkheid voor zijn als doen te beschouwen, onrechtmatige gedragingen (art. 6:169 lid 1 BW). De ouders van een veertien- of vijftienjarige zijn eveneens aansprakelijk voor de fouten van hun kind, tenzij hen niet kan worden verweten dat zij de gedraging van hun kind niet hebben belet (art. 6:169 lid 2 BW). Vanaf een leeftijd van veertien jaar kan daarom onder het huidige recht doorgaans alleen het kind zelf voor zijn onrechtmatige handelen worden aangesproken.

Het initiatiefwetsvoorstel brengt een verandering aan in artikel 6:169 lid 2 BW, waarmee op ouders een risicoaansprakelijkheid voor al hun minderjarige kroost komt te rusten. Een minderjarige van veertien jaar en ouder is daarnaast nog steeds zelf aansprakelijk voor zijn handelen. Het voorstel dat thans bij de Eerste Kamer in behandeling is, betreft de volgende tekst voor artikel 6:169 lid 2 BW:

‘Voor schade aan een derde toegebracht door een fout van een minderjarige die de leeftijd van veertien jaren heeft bereikt, is degene die het ouderlijk gezag of de voogdij over de minderjarige uitoefent aansprakelijk. In de onderlinge verhouding met de minderjarige behoeft degene die het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefent niet in de schadevergoeding bij te dragen.’⁷

3 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 7, p. 2.

4 Çörüz is sinds 2012 niet meer werkzaam als Kamerlid. De verdediging van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is daarom overgenomen door CDA-Kamerlid Oskam.

5 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 2.

6 In de rest van deze bijdrage wordt gesproken van ‘ouders’, maar hiermee wordt tevens bedoeld op de voogden van minderjarige kinderen.

7 *Kamerstukken I* 2011/12, 30 519, nr. A, p. 1.

In deze bijdrage richt ik mij in het kader van dit initiatiefwetsvoorstel op één politiek aspect: het wetgevingsproces. Ik onderzoek de overwegingen bij het opstellen of wijzigen van een aansprakelijkheidswet. Het initiatiefwetsvoorstel van Çörüz is hoofdzakelijk gericht op de schadeloosstelling van slachtoffers van jeugdcriminaliteit. Gezien het belang van de verzekeraarbaarheid voor het bereiken van een compensatiedoelstelling staat in mijn bijdrage één actor centraal: de verzekeringsbranche. Ik onderzoek de rol van verzekeraars in het wetgevingsproces en de houding van de branche ten aanzien van het wetsvoorstel. Om inzicht te krijgen in het standpunt van de verzekeringsbranche heb ik gesproken met vertegenwoordigers van het Verbond van Verzekeraars, diverse aansprakelijkheidsverzekeraars en een assurantietussenpersoon. De geïnterviewden zijn verantwoordelijk voor de interne advisering omtrent de voor de verzekeringsbranche relevante wetswijzigingen of zijn betrokken bij het opstellen van de polisvoorwaarden voor de particuliere aansprakelijkheidsverzekering.⁸

Omdat Çörüz weinig oog heeft gehad voor de visie van de verzekeringsbranche op zijn wetsvoorstel, is mijn vervolgvraag of zijn doelstelling anders moet worden geïnterpreteerd dan de compensatie van de benadeelden van jeugdcriminaliteit. De indiener kan met zijn wetsvoorstel een meer symbolisch doel voor ogen hebben gehad door met het voorstel fundamentele normen omtrent de ouderlijke verantwoordelijkheid vast te leggen. Ik bekijk daarom of het wetsvoorstel als symboolwetgeving kan worden gekwalificeerd en of deze wetgeving effectief kan zijn.

5.2 De doelstellingen van het wetsvoorstel

5.2.1 *Financiële compensatie van de slachtoffers*

Çörüz schrijft in de memorie van toelichting bij zijn initiatiefwetsvoorstel dat de huidige aansprakelijkheidsregeling omtrent ouders en kinderen niet in lijn is met de preventie- en compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht.⁹ Dit zou verbeteren als de risicoaansprakelijkheid van ouders naar alle minderjarige kinderen wordt gecreëerd.

Çörüz noemt compensatie van de slachtoffers van jeugdcriminaliteit het hoofddoel van zijn wetsvoorstel. De belangrijkste aanleiding voor het wetsvoorstel is gelegen in de omvangrijke schade die door criminele jeugd wordt

8 Met dank aan de geïnterviewden: M. Beugel (Verbond van Verzekeraars), P.L.A. van Dijk (Aon), J. van der Graaf (De Goudse), M.M. Heezen (Reaal), J.G.R. de Jongh (ASR), M. Lutjebroek (Delta Lloyd), M.M.C.J.M. de Nerée (Nationale Nederlanden) en J.F. Ubels (Klaverblad Verzekeringen).

9 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 1.

veroorzaakt. Wegens de onvermogenheid van de jonge ouders blijft deze schade doorgaans voor rekening van de slachtoffers. Het wetsvoorstel zou de onrechtvaardigheid van dit ‘kale kip’-probleem wegnemen door benaelden een extra verhaalsmogelijkheid te bieden in de vorm van de meer solvente ouders van de jonge schadeveroorzaker.¹⁰

Çörüz – en na hem Oskam – benadrukt meerdere keren dat het niet onrechtvaardig is om ouders op te laten draaien voor schade waaraan zij geen schuld hebben, aangezien op ouders zowel een morele, juridische als financiële verantwoordelijkheid voor hun kind rust.¹¹ Deze verantwoordelijkheid wordt door de meeste Kamerleden in de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie onderschreven.¹² SGP-Kamerlid Van der Staaij spreekt zich zelfs enthousiast uit over de normbevestigende werking die daarmee van het wetsvoorstel uitgaat.¹³ Alleen SP'er Kooiman meent dat hiermee afbreuk wordt gedaan aan het beginsel ‘de vernielers betaalt’, aangezien de verantwoordelijkheid van de jeugdige vader naar zijn ouders wordt doorgeschoven.¹⁴

5.2.2 *De opvoedende en preventieve werking*¹⁵

De indiener spreekt van een ‘opvoedende en preventieve werking’ van het wetsvoorstel.¹⁶ Het grootbrengen van kinderen brengt rechten en plichten met zich mee, waaronder de plicht om kinderen te leren anderen en hun eigendommen te respecteren.¹⁷ Volgens Çörüz impliceert het wetsvoorstel niet dat een ouder heeft gefaald in deze opvoedkundige taak, wanneer zijn kind schade aan de eigendommen van derden toebrengt, maar vergroot

10 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 1-2.

11 *Kamerstukken I* 2012/13, 30 519, nr. E, p. 2-3; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 2-4 en 8; *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 7, p. 3, 5 en 8; *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 17-21, 32-34 en 39-40.

12 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 3 en 7 (Van der Steur, VVD), p. 6 (Bontes, PVV), p. 7 (Berndsen, D66), p. 10 en 15 (Sterk, CDA) en p. 12 (Van der Staaij, SGP).

13 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 12.

14 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 5-6, 8-12, 38 en 41.

15 Voor een meer uitgebreide bespreking van de discussie over de preventieve werking van onder meer dit initiatiefwetsvoorstel verwijs ik naar de bijdrage van P.S. Slob.

16 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 1 en 3; *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 7, p. 3-4 en 8.

17 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 3.

de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling de prikkel aan ouders om hun kinderen in het gareel te houden.¹⁸

Enkele Kamerleden plaatsen mijns inziens terecht vraagtekens bij de preventieve werking van de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling.¹⁹ Zij beargumenteren dat de preventieve prikkel voor de werkelijke schadeveroorzaker verdwijnt, terwijl de preventieve werking voor zijn ouders nihil zal zijn. Naarmate kinderen ouder worden, krijgen andere factoren – zoals vrienden, school en de media – een grotere invloed op het gedrag van kinderen dan hun ouders. De opvoedkundige taak van ouders brengt juist mee dat kinderen op een zekere leeftijd meer eigen verantwoordelijkheid krijgen. Preventieve prikkels zullen daarom niet op de ouders, maar op de kinderen zelf moeten zijn gericht. Ook in de literatuur wordt de preventieve werking van de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling om deze redenen nihil geacht.²⁰

Naar mijn mening valt op het gebied van preventie inderdaad weinig van het wetsvoorstel te verwachten. Zoals Çörüz zelf ook al aangaf, is het belang van het wetsvoorstel hoofdzakelijk gelegen in de schadeloosstelling van de slachtoffers van jeugdcriminaliteit.

5.2.3 *Het belang van een aansprakelijkheidsverzekering*

Het belang van de verzekeraarbaarheid van een aansprakelijkheidsrisico is afhankelijk van de doelstelling van de aansprakelijkheid. Een aansprakelijkheidsregeling met een preventiedoel is vooral gebaat bij het ontbreken van een verzekeringsmogelijkheid: het risico van een onverhaalbare schadeclaim geeft potentiële schadeveroorzakers een sterke prikkel om bepaalde activiteiten te doen stoppen of met een hogere zorgvuldigheid te ondernemen.²¹ Vanuit preventief oogpunt is het daarom wenselijk dat een deel van de schade voor rekening van de dader komt.²²

Voor de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht is het juist wel van belang dat aansprakelijkheidsrisico's kunnen worden verzekerd. Omdat veel schadeveroorzakers de spreekwoordelijke kale kip zijn waarvan niets te plukken valt, kunnen zij door een schadeclaim in grote financiële problemen komen. Dit wordt niet alleen maatschappelijk onwenselijk

18 *Kamerstukken I* 2012/13, 30 519, nr. E, p. 2-3, 9 en 11; *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 28.

19 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 6.

20 Van Wassenauer 2013; Van der Wilt 2008; Pajmans 2007; Hartlief 2006a; Hartlief 2006b; Frenk 2006.

21 Hartlief 2000, p. 387.

22 Pajmans 2007; Frenk 2006; Hartlief 2000, p. 389.

geacht, maar laat bovenal de benadeelden met lege handen achter.²³ Aangezien Çörüz' initiatiefwetsvoorstel hoofdzakelijk gericht is op het verhelpen van dit 'kale kip'-probleem bij jeugdcriminaliteit, is de aanwezigheid van een verzekeringsmogelijkheid essentieel. Net zo min als hun kinderen, kunnen ouders schadebedragen als de genoemde voorbeelden van ruim een ton voor de beschadiging van enkele bussen en miljoenen voor het verwijderen van graffiti op tafel leggen.²⁴ Om te voorkomen dat benadeelden na de voorgestelde wetswijziging alsnog met lege handen komen te staan, moeten ouders zich tegen het verruimde aansprakelijkheidsrisico kunnen verzekeren.

5.3 Overleg met de verzekeringsbranche

5.3.1 *De noodzaak van een kritische houding*

Het is essentieel dat bij de totstandkoming van een op compensatie gericht wetsvoorstel aandacht wordt besteed aan de verzekerbaarheid van de betreffende aansprakelijkheidsregeling. Hiervoor is overleg met de verzekeringsbranche noodzakelijk. De adviezen van de branche moeten echter niet zonder meer voor waar worden aangenomen. Hartlief merkt terecht op dat wanneer verzekeraars een oordeel geven over een verandering in het aansprakelijkheidsstelsel, dit kritisch moet worden bekeken.²⁵ Wanneer verzekeraars een risico onverzekerbaar achten, is het de vraag of voor dit risico helemaal geen verzekering of slechts een verzekering met een relatief hoge premie kan worden aangeboden. Het probleem van onverzekerbaarheid ligt bovendien vaak bij de branche zelf. Verzekeraars ondernemen te weinig op het gebied van preventie, doen onvoldoende onderzoek naar de omvang van risico's om daar hun premies goed op te kunnen afstemmen en handelen doorgaans hoofdzakelijk op basis van concurrentieoverwegingen. Het oordeel van de verzekeringsbranche moet daarom volgens Hartlief worden onderzocht door middel van onder meer statistische gegevens.

5.3.2 *Een uitgebreid overleg in de jaren '80*

Bij de totstandkoming van het huidige artikel 6:169 BW is veelvuldig overleg gepleegd met de verzekeringsbranche. Met de leeftijdsgrens van veertien jaar werd beoogd enigszins aan te sluiten bij de verzekeringspraktijk. In de praktijk werden kinderen meeverzekerd op de aansprakelijkheidsverze-

23 Hartlief 2000, p. 387.

24 Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 7, p. 2.

25 Hartlief 2000, p. 387-388.

kering voor particulieren (afgekort: AVP) van hun ouders en viel ten aanzien van kinderen tot en met twaalf jaar opzettelijk veroorzaakte schade al onder de dekking.²⁶

Gezien de aanzienlijke bijdrage van de groep van veertien- en vijftienjarigen aan de jaarlijks gepleegde vermogens- en geweldsmisdrijven, zou een hogere leeftijdsgrens dan veertien jaar nadelige gevolgen hebben voor de AVP.²⁷ De Nederlandse Vereniging van Algemene Aansprakelijkheidsverzekeraars schatte in dat de meeste verzekeraars geen dekking zouden willen bieden voor dit zware risico. Wanneer dit risico wel zou worden verzekerd, zou de premie met 50% tot 75% moeten stijgen om de hoge schadelast te compenseren. De grote verzekeringsdichtheid van de particuliere aansprakelijkheidsverzekering – deze lag toen rond de 90% – werd als een groot goed gezien en zou met een dergelijke premiëstijging ernstig in gevaar komen.²⁸ Minister Korthals Altes onderzocht de stelling van de verzekeringsbranche met diverse statistieken over jeugdcriminaliteit. Uit zijn cijfers bleek onder meer dat veertien- en vijftienjarigen verantwoordelijk waren voor bijna 35% van de totale jeugdcriminaliteit. Hij kwam daarom tot de conclusie dat de vrees van de branche niet ongegrond was.²⁹ Dat veertien- en vijftienjarigen zelf niet beschikten over de middelen om een schadevergoeding te betalen, vond Korthals Altes geen bezwaar. Hij vond het juist een belangrijk gegeven dat een vordering een jongere kon blijven achtervolgen.³⁰

5.3.3 *Niet de primaire discussie*

Bij de totstandkoming van het wetsvoorstel Çörüz is een uitgebreid overleg met de verzekeringsbranche achterwege gebleven. Uit de kamerstukken blijkt dat de indiener meerdere malen is gevraagd naar het standpunt van de verzekeringsbranche ten opzichte van het initiatiefwetsvoorstel.³¹ Daarnaast heeft de Raad van State in zijn advies op de discussie bij de totstandkoming van het huidige wetsartikel gewezen, waarbij de Raad benadrukte dat het niet aannemelijk is dat de situatie ingrijpend is veranderd.³²

26 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 679.

27 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 680.

28 *Parl. Gesch. Boek 6 (Invoeringswet 3,5 en 6)*, p. 1362.

29 *Parl. Gesch. Boek 6 (Invoeringswet 3,5 en 6)*, p. 1363.

30 *Parl. Gesch. Boek 6 (Invoeringswet 3,5 en 6)*, p. 1364.

31 *Kamerstukken II 2009/10*, 30 519, nr. 6, p. 9; *Kamerstukken II 2011/12*, 30 519, nr. 12, p. 8 en 26-27.

32 *Kamerstukken II 2009/10*, 30 519, nr. 4, p. 4.

Indiener Çörüz heeft aangegeven met meerdere partijen, waaronder ook verzekeraars,³³ over zijn wetsvoorstel te hebben gesproken en noemt verzekering zeker een belangrijk onderwerp.³⁴ Hoewel de indiener zegt met verzekeraars te hebben gesproken, heeft hij geen onderzoek willen doen naar de visie van de verzekeringsbranche op zijn wetsvoorstel. De verwijzing van de Raad van State naar de kamerstukken uit de jaren '80, schuift hij van tafel: Çörüz meent dat de in de jaren '80 gevoerde discussies in een geheel andere context stonden en ziet niet in hoe een ruimere risicoaansprakelijkheid van ouders zou leiden tot afname van verzekeringsdichtheid. Daarnaast benadrukt hij dat de vraag naar verzekeraarbaarheid en voorspellingen over de verzekeringsdichtheid slechts een afgeleide van de primaire discussie zijn.³⁵ Hij stelt zich op het standpunt dat de indiening van zijn wetsvoorstel niet van de verzekeraarbaarheid van de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling moet afhangen.³⁶ Het ligt volgens hem ook niet op zijn weg om een inschatting te maken van de verzekeringsmarkt en wat dit mogelijk voor de premies betekent.³⁷

CDA-Kamerlid Oskam heeft de verdediging van het initiatiefwetsvoorstel in de Eerste Kamer overgenomen van Çörüz.³⁸ Op de vraag waarom bij de totstandkoming van het voorstel geen schadeverzekeraars zijn geconsulteerd antwoordt Oskam net als zijn voorganger dat met voldoende betrokken partijen is gesproken.³⁹ Ook Oskam gaat niet in op de vraag of de verzekeringsbranche net zo negatief tegen een verhoging van de leeftijdsgrens aankijkt als dertig jaar geleden.

5.4 De mogelijke consequenties

5.4.1 Een verruiming van de verzekerde risico's

Een aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren biedt doorgaans dekking voor de aansprakelijkheidsrisico's van zowel ouders als hun minderjarige kinderen. Aangezien de AVP een zeer hoge dekkingsgraad heeft van

33 De indiener noemt naast verzekeraars ook de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, diverse vervoersbedrijven, het WODC, het Centraal Bureau voor de Statistiek, het Sociaal en Cultureel Planbureau, het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid, de politie en justitie. In: *Kamerstukken I 2012/13*, 30 519, nr. E, p. 4; *Kamerstukken II 2011/12*, 30 519, nr. 12, p. 23 en 26.

34 *Kamerstukken II 2011/12*, 30 519, nr. 12, p. 26-27.

35 *Kamerstukken II 2009/10*, 30 519, nr. 4, p. 4-5.

36 *Kamerstukken II 2011/12*, 30 519, nr. 12, p. 26-27.

37 *Kamerstukken II 2011/12*, 30 519, nr. 12, p. 34.

38 *Kamerstukken I 2012/13*, 30 519, nr. D.

39 *Kamerstukken I 2012/13*, 30 519, nr. E, p. 4.

96,4% in het algemeen en 99,4% voor gezinnen met minderjarige kinderen,⁴⁰ zal de benadeelde in de huidige situatie in de meeste gevallen een jeugdige dader met een verzekering treffen en dus niet met lege handen achterblijven. Over het algemeen maakt het geen verschil of de benadeelde het kind of zijn ouders aanspreekt, omdat beide met de claim bij de aansprakelijkheidsverzekeraar terecht kunnen. Dit verschil is er echter wel, wanneer het opzettelijk veroorzaakte schade betreft, zoals bij jeugdcriminaliteit en vandalisme. In deze schadepost zit de verzekeringstechnische crux van het initiatiefwetsvoorstel.

Opzettelijk veroorzaakte schade wordt niet door een aansprakelijkheidsverzekering gedekt, omdat in de standaardopzetclausule van dekking wordt uitgesloten de aansprakelijkheid ‘van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten.’⁴¹ De schade tengevolge van jeugdcriminaliteit en vandalisme zal de jeugdige dader daarom niet van zijn aansprakelijkheidsverzekeraar vergoed krijgen. Aangezien een minderjarige doorgaans de spreekwoordelijke kale kip is waarvan niets te plukken valt, blijven slachtoffers van jeugdcriminaliteit in de huidige situatie vaak met hun schade zitten.

Deze situatie verandert wanneer ouders risicoaansprakelijk zijn voor de door hun kind met opzet veroorzaakte schade. Op de vraag van Kamerleden of ouders zich met deze schade wel tot hun verzekeraar kunnen wenden,⁴² antwoorden Çörüz en zijn opvolger Oskam terecht dat ouders dit wel degelijk kunnen, omdat de opzet van kind niet naar hen verschuift.⁴³ Dit antwoord strookt met de visie van Wansink dat de term ‘verzekerde’ in de opzetclausule duidt op de ouder, namelijk de verzekerde die een beroep op de verzekeringspolis doet. Als deze verzekerde met opzet heeft gehandeld, valt de daaruit voortvloeiende schade niet onder de dekking. Aangezien niet de ouder, maar het kind met opzet heeft gehandeld, kan de ouder wel een beroep doen op zijn verzekering.⁴⁴

Voor verzekeraars zou het belangrijkste gevolg van het initiatiefwetsvoorstel zijn dat zij zonder aanpassing van hun AVP-polis indirect dekking bieden voor de door minderjarigen met opzet veroorzaakte schade.

40 Verbond van Verzekeraars 2012, p. 13.

41 Zie hierover Wansink 2006, p. 267 e.v.

42 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 6, p. 9.

43 *Kamerstukken I* 2012/13, 30 519, nr. E, p. 12; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 7, p. 9.

44 Wansink 2006, p. 307-309.

De zorgwekkende cijfers over jeugdcriminaliteit onder veertien- tot achttienjarigen doen vermoeden dat dit om een aanzienlijke schadelast gaat.⁴⁵

5.4.2 De voorspellingen

In de kamerstukken en de literatuur wordt gespeculeerd over de cruciale vraag of verzekeraars het door het wetsvoorstel te verruimen aansprakelijkheidsrisico zonder meer zullen accepteren of dat zij hun verzekeringen hierop aanpassen. Indiener Çörüz is principieel van mening dat verzekeraars misdrijven en overtredingen niet zouden moeten verzekeren⁴⁶ en vreest voor de afbreuk die een verzekering zou doen aan de gedragscorrigerende werking die volgens hem van de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling zou uitgaan.⁴⁷ Desondanks stelt Çörüz zich op het standpunt dat het niet aan hem, maar aan de verzekeraars is hoe zij op de voorgestelde aanpassing zullen reageren. Hij sluit niet uit dat verzekeraars dekking willen bieden voor de verruimde risicoaansprakelijkheid, zoals enkele verzekeraars nu ook al verzekeringsdekking bieden voor de door veertien- tot en met zestienjarigen met opzet veroorzaakte schade.⁴⁸ Opvallend is dat zijn opvolger Oskam er zonder enige toelichting vanuit gaat dat verzekeraars hun AVP-polis niet zullen aanpassen. Hoewel een premiestijging volgens hem onvermijdelijk is, is zijn inschatting dat deze minimaal zal zijn.⁴⁹ Waar hij dat op baseert, is onduidelijk.

Naast de indiener spreken ook staatssecretaris Teeven (Veiligheid en Justitie) en PvdA-Kamerlid Recourt zich in de kamerstukken uit over een mogelijke aanpassing van de AVP-polis. Teeven meent dat geen zinnig woord te zeggen is over de vraag of verzekeraars in de toekomst de risicoaansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen zullen uitsluiten.⁵⁰ Recourt heeft daarentegen de stellige overtuiging dat verzekeraars de door ‘jonge crimineeltjes’ veroorzaakte schade niet willen verzekeren.⁵¹

45 Overigens subrogeert de verzekeraar wel in de vordering die de ouder op zijn kind krijgt, aangezien het kind in de onderlinge verhouding de schade draagt. De uitzondering van artikel 6:962 lid 3 BW dat een verzekeraar geen vordering krijgt op onder meer het kind van de verzekerde, gaat immers niet op in geval van opzet.

46 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 7, p. 9; *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 25.

47 *Kamerstukken II* 2009/10, 30 519, nr. 4, p. 5.

48 *Kamerstukken II* 2009/10, 30 519, nr. 4, p. 5; *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 26.

49 *Kamerstukken I* 2012/13, 30 519, nr. E, p. 12-13.

50 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 36.

51 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 39.

In de literatuur is overwegend kritisch op het initiatiefwetsvoorstel gereageerd. Hartlief schrijft dat het onwaarschijnlijk is dat de huidige terughoudendheid om opzettelijk veroorzaakte schade te verzekeren, zal verdwijnen met het nieuwe wetsvoorstel. Zonder verzekeringsdekking is het wetsvoorstel volgens hem echter ten dode opgeschreven.⁵²

Frenk komt tot de conclusie dat met het wetsvoorstel utopische doeleinden worden nagestreefd.⁵³ Hij wijst op de mogelijkheid dat verzekeraars verder gaan in de aanpassing van hun polis door niet alleen de extra aansprakelijkheid van het wetsvoorstel, maar de risicoaansprakelijkheid van ouders in zijn geheel van dekking uit te sluiten. Verzekeraars zouden zich niet meer gebonden achten aan de *gentlemen's agreement* dat zij de aansprakelijkheid van het huidige artikel 6:169 BW zullen dekken. Indien de verzekeraars het verruimde aansprakelijkheidsrisico van ouders wel zouden willen verzekeren, zouden de premies fors moeten stijgen. Hierdoor zou de verzekeringsdichtheid sterk afnemen. In beide scenario's wordt de verhaalbaarheid van schade door jeugdcriminaliteit niet vergroot en die van andere schades zelfs verkleind.

Paijmans betwijfelt of verzekeraars bereid zijn om het vergrote risico te dekken en vreest eveneens voor een grote premiestijging.⁵⁴ In de parlementaire geschiedenis bij het huidige artikel 6:169 BW werd de premiestijging op 50 tot 75% geschat bij een ruimere risicoaansprakelijkheid en Paijmans acht deze cijfers nog steeds relevant. Ook zij komt tot de conclusie dat een premiestijging tot een afname van de verzekeringsdichtheid kan leiden en de verhaalbaarheid daarmee juist meer onzeker wordt.

Van der Wilt vermoedt dat verzekeraars ook indirect via de risicoaansprakelijkheid van ouders geen dekking zullen bieden voor opzettelijk veroorzaakte schade.⁵⁵ Aan dit vermoeden liggen de statistieken omtrent jeugddelinquentie en de gebruikelijke terughoudendheid van aansprakelijkheidsverzekeraars ten grondslag. De verhaalsmogelijkheden voor slachtoffers zullen er ook volgens hem met de voorgestelde wetswijziging niet beter op worden.

Kruijswijk Jansen komt tot een geheel andere conclusie.⁵⁶ Het is volgens haar maar de vraag of verzekeraars daadwerkelijk hun polis of premie zullen aanpassen, aangezien de premies ook na eerdere uitbreidingen van aansprakelijkheden nauwelijks zijn gewijzigd. Toch is de indiener ook volgens

52 Hartlief 2006a; Hartlief 2006b.

53 Frenk 2006.

54 Paijmans 2007.

55 Van der Wilt 2008.

56 Kruijswijk Jansen 2013.

haar te kort door de bocht gegaan, gezien het grote belang van de verzekeringsaspecten voor het halen van zijn doelstelling.

Hoewel Oskam vermoedt dat verzekeraars dekking zullen bieden voor de verruimde risicoaansprakelijkheid, achten anderen het zeer waarschijnlijk dat de acties vanuit de verzekeringsbranche de verruimde risicoaansprakelijkheid tot een dode letter zullen maken. Naar mijn mening heeft Teeven gelijk en kan zonder onderzoek onder de verzekeraars weinig worden gezegd over de mogelijke gevolgen.

5.5 De standpunten in de verzekeringsbranche

5.5.1 *Het Verbond van Verzekeraars*

Bij een onderzoek naar de standpunten binnen de verzekeringsbranche gaat de aandacht logischerwijs allereerst naar het Verbond van Verzekeraars als grootste vertegenwoordiger van particuliere verzekeraars. Het Verbond stelt zich echter terughoudend op ten aanzien van de voorgestelde wijziging van de aansprakelijkheidsregeling voor ouders en hun kinderen. Het laat net als voormalig Kamerlid Çörüz de beslissing om de AVP-polis aan te passen over aan de individuele verzekeraars en zal hierover geen advies aan de aangesloten verzekeraars uitbrengen.⁵⁷ Uit contact met het Verbond is gebleken dat hiermee geen principiële standpunt wordt ingenomen, maar dat het Verbond wegens mededingingsrechtelijke beperkingen geen uitspraak over dit onderwerp kan doen. Nu het Verbond van Verzekeraars een verzekeringsdekking voor de verruimde risicoaansprakelijkheid niet zal afwijzen, bestaat de mogelijkheid dat individuele verzekeraars tegen de meeste verwachtingen in toch een dergelijke verzekering willen aanbieden.

5.5.2 *De verzekeringsvisie op het verruimde verzekerde risico*

Om de visie van individuele verzekeraars op het wetsvoorstel te achterhalen, heb ik met vertegenwoordigers van zes verzekeraars en een verzekeringstussenpersoon⁵⁸ gesproken. De geïnterviewde vertegenwoordigers zijn verantwoordelijk voor de interne advisering omtrent de voor de verzekeringsbranche relevante wetswijzigingen of zijn betrokken bij het opstel-

57 Aldus een nieuwsbericht op de website van het Verbond van Verzekeraars, te raadplegen op <https://www.verzekeraars.nl/actueel/nieuwsberichten/Paginas/20120405%20-%20Ouders%20betalen%20voor%20vandalisme.aspx> (geraadpleegd op 24 juni 2013).

58 Voor het gemak spreek ik hierna over ‘verzekeraars’; hiermee wordt ook op de tussenpersoon gedoeld.

len van de AVP-polis. De interviews werden volgens een vaste vragenlijst afgenomen.

Hoewel veel verzekeraars aangeven pas daadwerkelijk een beslissing te zullen nemen over een eventuele aanpassing van de polis wanneer het wetsvoorstel door de Eerste Kamer is aangenomen, spreken de meeste geïnterviewden zich duidelijk uit over het voorstel. In de eerste plaats vragen enkele geïnterviewden zich af of slachtoffers het meest zijn geholpen met een verzekering aan de zijde van de ouders van de jonge dader. Zij menen dat andere oplossingen meer voor de hand liggen en wijzen op de mogelijkheid van een uitbreiding van het Schadefonds Geweldsmisdrijven, een specifiek schadefonds voor deze schade of een verzekering aan de kant van de benadeelde. Deze opties bieden tevens een oplossing voor een probleem dat in de literatuur en de kamerstukken wordt aangekaart: in de meeste situaties is niet bekend wie de dader is op wie de schade zou moeten worden verhaald en zou de benadeelde hierdoor, ook met de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling, met lege handen blijven staan.⁵⁹

In zowel de literatuur als de kamerstukken worden eveneens alternatieven aangedragen – zoals een voorschot door de overheid die het geld vervolgens bij de minderjarige incasseert,⁶⁰ een betalingsregeling voor de jeugdige dader⁶¹ en een specifiek schadefonds voor schade veroorzaakt door onvermogene minderjarigen⁶² – maar Çörüz wijst deze opties van de hand. Hij acht een betalingsregeling onwenselijk, omdat slachtoffers dan jarenlang op hun geld moeten wachten.⁶³ Daarnaast worden de voor het slachtoffer zeer gunstige opties van een voorschotregeling of een schadefonds afgewezen vanwege de hoge kosten voor de overheid.⁶⁴ Zoals de geïnterviewde verzekeraars terecht aangeven, heeft Çörüz met de door hem voorgestelde wijziging niet voor de meest slachtoffervriendelijke oplossing gekozen.

Op de vraag of de geïnterviewden denken bij een wijziging van de aansprakelijkheidsregeling hun AVP-polis te zullen aanpassen, volgen wisselende antwoorden. Vier van de gesproken verzekeraars spreken zich negatief uit over de voorgestelde wijziging en achten het onwenselijk om opzettelijk veroorzaakte schade te verzekeren. Hoewel jonge kinderen moreel verwerpelijk

59 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 23-24; Van Wassenaer 2013, p. 130; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 6, p. 3.

60 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 6, p. 3 en 8.

61 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 6, p. 4.

62 Van Wassenaer 2013, p. 129 en 131; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 6, p. 3.

63 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 7, p. 5.

64 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 7, p. 3 en 8.

gedrag niet is kwalijk te nemen, is een jongere van bijvoorbeeld zeventien jaar prima in staat om de schadelijke gevolgen van zijn criminele gedrag te beoordelen. Dergelijk gedrag dient te worden afgekeurd, maar er wordt juist een tegenovergesteld signaal aan de maatschappij afgegeven wanneer een jongere de gevolgen van zijn kwalijke handelen op een verzekeraar kan afwentelen. Eén verzekeraar meent dat dit zelfs tot maatschappelijke onrust zou kunnen leiden, zoals de opschudding die een verzekering voor verkeersboetes in Zweden veroorzaakte.

Hoewel een verzekeraar aangeeft dat verzekeraars uit principiële overwegingen niet op dit punt willen concurreren, gaat een ander er juist vanuit dat iedereen uit concurrentieoverwegingen zijn dekking niet zal aanpassen. Ook een andere verzekeraar achtte het niet problematisch om dekking te bieden voor de verruimde risicoaansprakelijkheid van ouders, maar zal in zijn beslissing uiteindelijk de markt volgen. Het argument dat het ethisch bezwaarlijk zou zijn om opzettelijk veroorzaakte schade en crimineel gedrag te verzekeren, gaat volgens deze twee verzekeraars niet op. De ouders vertonen immers zelf geen crimineel gedrag. Een aansprakelijkheidsverzekering is bedoeld om het vermogen van verzekerden te beschermen en moet juist voor dat doel door verzekerde ouders kunnen worden aangewend. De twee geïnterviewden vinden het niet bezwaarlijk dat indirect wel dekking wordt geboden voor crimineel gedrag van kinderen, omdat dergelijk handelen van kinderen minder verwerpelijk is dan van volwassenen. Kinderen doen nu eenmaal – ook met opzet – domme dingen. Een van deze twee geïnterviewden geeft daarnaast aan daadwerkelijke compensatie van slachtoffers te verkiezen boven de naar zijn mening theoretische discussie over een ethisch verantwoorde verzekering.

5.5.3 *Geen gevolgen voor de verzekeringsdichtheid*

De meeste geïnterviewden achten een premiestijging noodzakelijk, wanneer dekking wordt geboden voor de voorgestelde verruiming van artikel 6:169 BW. De criminaliteit onder veertien- tot en met zeventienjarigen is zeer hoog en de aangerichte schade is vaak aanzienlijk. Slechts één van de geïnterviewde verzekeraars geeft aan de premies in beginsel niet te verhogen, omdat onvoldoende cijfers beschikbaar zijn omtrent de exacte schadelast. De verzekeraar sluit een premieverhoging op een later moment niet uit, maar dit zal waarschijnlijk slechts individuele verzekerden betreffen.

Alle geïnterviewde verzekeraars denken dat een eventuele premiestijging geen gevolgen zou hebben voor de verzekeringsdichtheid. De AVP heeft een hoge verzekeringsdichtheid van 96,4% in het algemeen en 99,4% voor gezinnen met kinderen, maar voor gezinnen met een inkomen onder de

€ 1000 per maand ligt het percentage beduidend lager op 79,6%.⁶⁵ De geïnterviewde verzekeraars schatten dat een premiestijging voor de meeste verzekerden geen reden zal zijn om hun verzekering op te zeggen. Veel verzekerden zijn zich bewust van de noodzaak van een aansprakelijkheidsverzekering. Eén van de geïnterviewden vermoedt dat ouders deze noodzaak juist nog meer gaan inzien, als zij in het nieuws horen dat hun risico-aansprakelijkheid zal worden uitgebreid. Daarnaast zal de premie ook na een stijging niet schrikbarend hoog zijn, aangezien de huidige premie slechts enkele tientjes per jaar bedraagt. Een ander acht de kans groot dat de premies slechts voor gezinnen en niet voor alle verzekerden zal worden verhoogd. De premiestijging voor deze categorie verzekerden zal hierdoor wel fors genoeg zijn om een effect op de verzekeringsdichtheid onder ouders – en specifiek ouders van minderheidsgroepen – te hebben.

Opvallend is dat hoewel de meeste verzekeraars denken dat het gevolg van een premiestijging voor de verzekeringsdichtheid minimaal zal zijn, zij een stijging toch afkeuren. Zij vinden het onwenselijk dat alle verzekerden mee moeten betalen aan de schade veroorzaakt door crimineel gedrag van de kinderen van ‘slechte’ ouders. Een premiedifferentiatie naar gezinssamenstelling zou dit probleem enigszins verhelpen, maar ook in die situatie betalen ‘goede’ ouders mee aan crimineel gedrag. Hoewel Çörüz erop hamert dat de samenleving niet voor de door minderjarigen veroorzaakte schade moet opdraaien,⁶⁶ komt deze schade ook via een aansprakelijkheidsverzekering ten laste van een collectief.

5.5.4 *Een tussenconclusie*

Uit de interviews volgt dat niet alle geïnterviewden afwijzend staan tegenover het verzekeren van de verruimde aansprakelijkheid van ouders. Hoewel verschillende verzekeraars nog geen definitieve beslissing hebben genomen omtrent een mogelijke aanpassing van hun AVP-polis, kan uit de positieve houding van enkele verzekeraars worden opgemaakt dat ouders mogelijk hun verruimde aansprakelijkheidsrisico bij een aantal verzekeraars kunnen onderbrengen. De geïnterviewden wijzen er terecht op dat als de extra schadelast in de premie wordt verdisconteerd, de gevolgen van jeugdcriminaliteit ten laste van het collectief van verzekerden en dus evenzeer ten laste van de samenleving komen. Het is daarom discutabel of het door de indier gewenste doel wel met de door hem gekozen aanpak wordt bereikt. Het blijft opvallend dat Çörüz geen onderzoek heeft willen doen naar de verzekeringsaspecten van zijn wetsvoorstel. Met een kort overleg met de

65 Verbond van Verzekeraars 2012.

66 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 519, nr. 3, p. 2.

verzekeringsbranche had hij zich ervan kunnen verzekeren dat zijn voorstel in de praktijk niet zou stranden op het ontbreken van een verzekeringsmogelijkheid en had hij de kritische vragen van de andere Kamerleden beter kunnen beantwoorden. Dat Çörüz hier geen onderzoek naar heeft willen doen en iedere discussie over de verzekeringsaspecten van de hand heeft gewezen, lijkt erop te duiden dat het doel van het voorstel anders moet worden uitgelegd. Waarschijnlijk was het initiatiefwetsvoorstel niet gericht op het bieden van een reële mogelijkheid aan slachtoffers om financiële compensatie te krijgen, maar wilde Çörüz met zijn voorstel vooral een daad stellen.

5.6 Een symbolische wet

5.6.1 Een effectief symbool

Een wet wordt als symboolwetgeving gekwalificeerd, wanneer de wet niet instrumenteel en niet effectief is. De wetgever is niet uit op het bereiken van normconform gedrag of concrete effecten, maar maakt met de wet een symbolisch gebaar om zijn goede bedoelingen te tonen.⁶⁷ Van Klink meent dat pas sprake is van symboolwetgeving, wanneer een wet wordt opgesteld met de bedoeling als symbool te fungeren: de wetgever beoogde een regeling met een puur symbolische waarde tot stand te brengen of was zich hiervan sterk bewust.⁶⁸ De intenties van de wetgever zijn echter lastig te achterhalen, al was het maar omdat zijn ware bedoelingen niet altijd in de kamerstukken zijn terug te vinden.⁶⁹

Symboolwetgeving wordt over het algemeen gezien als een onwenselijk verschijnsel. Een goed voorbeeld is de beleidsnota ‘Zicht op wetgeving’, waarin de kwaliteitseisen voor wetgeving zijn geformuleerd. Bij het uitvaardigen van wetten dient de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid centraal te staan, omdat ‘wetten die niet of onvoldoende uitvoerbaar of handhaafbaar zijn, dreigen tot een symbool, een dode letter, te verworden’ en dit ‘op zowel beleidsmatige als op rechtsstatelijke gronden onaanvaardbaar’ wordt geacht.⁷⁰ In deze negatieve visie op symboolwetgeving wordt een sterk onderscheid gemaakt tussen instrumentele wetten die zijn gericht op een feitelijke verbetering van de positie van betrokkenen, en symbolische wetten waarin principes en idealen zijn neergelegd die nooit in de praktijk

67 Van Klink 1998; Witteveen, Van Seters & Van Roermond 1991, p. 1.

68 Van Klink 1998, p. 58.

69 Van Klink 1998, p. 52-53.

70 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 27.

zullen worden verwezenlijkt.⁷¹ Met dit onderscheid wordt echter voorbij gegaan aan het positieve effect dat symboolwetgeving kan hebben.

In de literatuur wordt verdedigd dat ook symboolwetten effect hebben, maar dat deze wetten op een andere manier functioneren dan ‘gewone’, instrumentele wetten.⁷² Symboolwetgeving kan daarom niet worden gezien als de absolute tegenhanger van instrumentele wetgeving.⁷³ Er worden drie functies van symboolwetgeving onderscheiden: het tonen van daadkrachtig optreden, conflictbeslechting of de bevestiging van fundamentele waarden.⁷⁴ In de praktijk zal een symbolische wet vaak een mengvorm van deze typen zijn.⁷⁵

De eerste twee typen symboolwetgeving zouden vooral een instrument zijn voor politieke partijen om zich – vaak rond verkiezingstijd of in een noodsituatie – te profileren als een slagvaardige en doortastende partij.⁷⁶ Symbolische wetten om daadkracht te tonen – het eerste type – worden ook wel aangeduid als ‘illusiewetgeving’ of ‘crisiswetgeving’. Met deze wetten wordt slechts beoogd het vertrouwen in de betreffende partij te versterken, maar er wordt slechts een inadequate oplossing geboden om de crisis daadwerkelijk te bezweren.⁷⁷ Een symbolische wet waarmee een conflict wordt beslecht – het tweede type – zou niet meer zijn dan een inhoudsloos compromis tussen strijdende belangengroepen, waarmee een conflict niet wordt opgelost, maar uitgesteld. Critici spreken daarom over een ‘compromiswet’.⁷⁸ Deze twee typen symboolwetgeving hebben echter ook een belangrijke, positieve zijde: met deze wetgeving wordt doorgaans een einde gemaakt aan sociale onrust en wordt een belangrijke bijdrage aan de stabiliteit van een samenleving geleverd.

Van een heel andere aard zijn symbolische wetten waarin fundamentele waarden tot uitdrukking komen. Met dit derde type symboolwetgeving wordt het gewicht van bepaalde belangen(groepen) erkend of wordt een signaal afgegeven over wat van overheidswege maatschappelijk (on)aanvaardbaar wordt geacht.⁷⁹ De positieve waarde van dit type wetgeving

71 Van Klink 1998, p. 43; Witteveen, Van Seters & Van Roermond 1991, p. 7.

72 Van Klink 1998, p. 44.

73 Van Klink 1998, p. 50-51.

74 Witteveen & Van Klink 2000, p. 6; Van Klink 1998, p. 66 e.v.; Witteveen, Van Seters & Van Roermond 1991, p. 1; Van Kreveld 1991, p. 61.

75 Van Klink 1998, p. 66.

76 Van Klink 1998, p. 66-76.

77 Van Klink 1998, p. 71-73.

78 Van Klink 1998, p. 73-76.

79 Van Kreveld 1991, p. 59-60; Witteveen, Van Seters & Van Roermond 1991, p. 1.

ligt in de gevolgen op lange termijn. Met dergelijke wetten wordt beoogd effect te sorteren in het sociale denken. Deze veranderingen in de geestelijke wereld van normen en waarden zullen uiteindelijk ook doorwerken in de wijze waarop wordt gehandeld. Met een symbolische wet kan daarom de weg worden vrijgemaakt voor een effectieve wet.⁸⁰

Een wet kan dus ook effectief zijn, wanneer hiermee geen directe of concrete effecten worden beoogd. Een symbolische wet kan een positieve bijdrage leveren aan de samenleving door de sociale rust te herstellen of belangrijke normen en waarden te bevestigen.

5.6.2 *De financiële verantwoordelijkheid van ouders*

Het initiatiefwetsvoorstel ter aanpassing van artikel 6:169 BW kan als een symbolische wet worden gezien. Uit de kamerstukken blijkt niet ondubbelzinnig de bedoeling van indiener Çörüz om met zijn wetsvoorstel een symbolisch gebaar te maken, maar wel dat hij zich hiervan bewust was. De indiener schoof steeds alle vragen naar het concrete effect van zijn wetsvoorstel aan de kant en liet zich niet verleiden tot een discussie over de verzekeringsaspecten van het aansprakelijkheidsregime. Hij benadrukte echter wel meerdere keren dat de financiële verantwoordelijkheid van ouders voor hun kinderen voor hem voorop stond. Hierin is het derde type symboolwetgeving te herkennen: een bevestiging van fundamentele normen en waarden.

Zoals eerder besproken,⁸¹ ligt de financiële verantwoordelijkheid van ouders voor hun kinderen aan het initiatiefwetsvoorstel ten grondslag. De zorg en verantwoordelijkheid van ouders voor het geestelijk welzijn en de ontwikkeling van de persoonlijkheid van hun kind is een wettelijke vastgelegde plicht (art. 1:247 BW). Deze opvoedingsplicht en de bijzondere band tussen ouders en de aan hun zorg en opvoeding toevertrouwde kinderen rechtvaardigen een verstrekkende verantwoordelijkheid, zo is de gedachte van de indiener. Ouders dragen volgens hem niet alleen een morele en juridische, maar ook een financiële verantwoordelijkheid voor hun kind. Wanneer kinderen schade veroorzaken en deze zelf niet kunnen vergoeden, hoort niet de samenleving, maar de verantwoordelijke ouder bij te springen.⁸²

80 Van Gestel 2013, p. 24; Van Klink 1998, p. 50-51; Witteveen, Van Seters & Van Roermond 1991, p. 2.

81 Zie paragraaf 2.1.

82 *Kamerstukken I* 2012/13, 30 519, nr. E, p. 2-3, 9 en 11; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 2-4 en 8; *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 7,

Çörüz kreeg van zijn collega's veel steun voor de normbevestigende werking van zijn wetsvoorstel. 'Kinderen zijn niet van "de straat" of van "de staat" maar groeien op onder ouderlijk gezag of voogdij. In die betrokkenheid bij hun kinderen kunnen ouders niet bij voorbaat hun handen in onschuld wassen', zo verwoordde de CDA-fractie haar positieve reactie.⁸³ De kritiek op de gestelde norm kwam voornamelijk uit de literatuur. Volgens Paijmans is de (bloed)band tussen ouders en hun kind een onvoldoende rechtvaardiging voor een zo vergaande aansprakelijkheid als door Çörüz wordt voorgesteld.⁸⁴ Van Wassenaer meent dat niet de ouders, maar de samenleving borg moet staan voor de gevolgen van crimineel gedrag van kinderen.⁸⁵ De nadruk op de ouderlijke verantwoordelijkheid past niet meer in de huidige maatschappij, waarin het gezin niet langer de hoeksteen van de samenleving is en naast de ouders ook veel andere personen een belangrijke rol in het leven van een kind spelen. Daarnaast is juist in deze tijden van vergrijzing de samenleving gebaat bij de komst van kinderen en moet zij daar ook de lasten van willen dragen. Van Wassenaer geeft daarom de voorkeur aan een specifiek schadefonds.

Hoewel in de kamerstukken en vooral de literatuur enkele kanttekeningen zijn geplaatst bij de financiële verantwoordelijkheid die ouders voor hun kind zouden dragen, kreeg het wetsvoorstel voldoende steun en is het in de Tweede Kamer aangenomen. Hoewel de norm vandaag de dag nog enige discussie oproept, kan met de voorgestelde wetswijziging het denken over de ouderlijke verantwoordelijkheid veranderen. In de toekomst zou deze norm daardoor centraal kunnen staan in wetswijzigingen, waarmee wel een direct en concreet effect wordt beoogd. Aangezien artikel 6:169 BW de enige plaats in het aansprakelijkheidsrecht is waar de ouderlijke verantwoordelijkheid tot uitdrukking kan komen, moet voor de toekomst vooral worden gedacht aan wijzigingen binnen andere rechtsgebieden, zoals het familierecht.

Het Nederlandse wetboek zou met de voorgestelde wetswijziging dus een fundamentele norm rijker zijn, maar daar zijn de slachtoffers van jeugd-criminaliteit zowel nu als in de toekomst niet mee geholpen. Het geluk is wellicht echter met de benadeelden: tegen de meeste verwachtingen in lijken enkele verzekeraars bereid te zijn dekking te bieden voor de te verruimen risicoaansprakelijkheid van ouders. Hierdoor wordt met de voorstelde

p. 3, 5 en 8; *Kamerstukken II* 2011/12, 30 519, nr. 12, p. 17-21, 32-34 en 39-40.

83 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 6, p. 1.

84 Paijmans 2007.

85 Van Wassenaer 2013.

wijziging niet alleen een belangrijke norm omtrent ouderlijke verantwoordelijkheid in onze wet neergelegd, maar wordt met de wetswijziging een betere verhaalsmogelijkheid voor de benadeelden van jeugdcriminaliteit gerealiseerd.

5.7 Conclusie

Wanneer met een wetsvoorstel wordt beoogd de slachtoffers van jeugdcriminaliteit een betere verhaalsmogelijkheid te bieden, spreekt het vrijwel voor zich dat de verzekeringsbranche een belangrijke speler is bij de totstandkoming van het voorstel. De doeltreffendheid van een dergelijk wetsvoorstel staat of valt immers met de verzekeraarbaarheid van het betreffende aansprakelijkheidsrisico. Om die reden was de verzekeringsbranche nauw betrokken bij de totstandkoming van het huidige artikel 6:169 BW en was het advies van de branche uiteindelijk doorslaggevend voor de in het artikel neergelegde leeftijdsgrenzen. Çörüz meent echter zonder overleg met verzekeraars aan deze leeftijdsgrenzen te kunnen sleutelen: de verzekeringsaspecten behoren voor hem niet tot de 'primaire discussie'. Uit mijn interviews blijkt dat het wetsvoorstel waarschijnlijk niet zal stranden op het ontbreken van een verzekeringmogelijkheid voor ouders. Het bevreedt daarom des te meer dat de indiener de verzekeringsbranche op dit punt niet zelf heeft geconsulteerd, tenzij het voorstel in een meer symbolisch perspectief wordt geplaatst.

Het initiatiefwetsvoorstel is een symboolwet: met de voorgestelde wijziging wordt niet zozeer daadwerkelijk effect beoogd, maar wordt een fundamentele norm omtrent ouderlijke verantwoordelijkheid uitgedrukt. De bijzondere relatie tussen ouder en kind rechtvaardigt een verstrekkende verantwoordelijkheid van ouders voor hun kinderen. Zij dragen niet alleen een morele en juridische, maar ook een financiële verantwoordelijkheid. Hoewel deze norm de nodige kritiek ondervond, is het draagvlak voor de normstelling groot genoeg om het voorstel door de Tweede Kamer te loodsen. Wellicht is het Burgerlijk Wetboek over enkele maanden een fundamentele normstelling rijker. Als deze norm door verloop van de tijd in het maatschappelijke denken wordt verankerd, wordt hiermee de weg vrijgemaakt voor beter uitvoerbare en handhaafbare wetgeving. Aangezien dit echter wetgeving op andere rechtsgebieden dan het aansprakelijkheidsrecht zal zijn, zal het effect dat op lange termijn kan worden verwacht, de positie van benadeelden van jeugdcriminaliteit niet verbeteren. Zij hebben daarom het geluk dat enkele aansprakelijkheidsverzekeraars tegen de meeste verwachtingen in dekking lijken te willen bieden voor de te verruimen risicoaansprakelijkheid. Hoewel het onwenselijk is dat de schadelijke gevolgen van jeugdcriminaliteit daarmee ten laste van het collectief van

verzekerden komen, is het initiatiefwetsvoorstel dan naar mijn mening toch geslaagd. Waarschijnlijk zullen zowel de indiener als de slachtoffers van jeugdcriminaliteit hun doel bereiken.

Literatuurlijst

Frenk 2006

N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekeraarbaarheid', *AV&S* 2006, 17.

Van Gestel 2013

R.A.J. van Gestel, 'De wetgever als keuzearchitect', *Regelmaat* 2013-1, p. 22-38.

Hartlief 2000

T. Hartlief, 'Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', in: T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 373 e.v.

Hartlief 2006a

T. Hartlief, 'Jeugdcriminaliteit: de vernielers betaalt', *NJB* 2006-22, p. 1191.

Hartlief 2006b

T. Hartlief, 'Actualiteiten aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2005-2006', *NTBR* 2006, 64.

Van Klink 1998

B. van Klink, *De wet als symbool*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Van Kreveld 1991

J.H. van Kreveld, 'De wetgever als boodschapper', in: W.J. Witteveen, P. van Seters & G. van Roermond (red.), *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 55-62.

Kruijswijk Jansen 2013

J. Kruijswijk Jansen, 'Verruiming aansprakelijkheid ouders', *De Beursbengel* 2013-5, p. 6-8.

Van der Laan & Blom 2011

A. van der Laan & M. Blom, 'Zelfgerapporteerde daders', in: *Jeugdcriminaliteit in de periode 1996-2010*, Den Haag: WODC 2011, p. 31.

Van der Laan & Blom 2011

A. van der Laan & M. Blom, 'Zelfgerapporteerde daders', in: *Jeugdcriminaliteit in de periode 1996-2010*, Den Haag: WODC 2011, p. 38-39.

Paaijmans 2007

B.M. Paaijmans, 'Wetsvoorstel ter verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen', *AV&S* 2007, 9.

Verbond van Verzekeraars 2012

Verbond van Verzekeraars, *Verzekerd van cijfers*, Den Haag: 2012.

Wansink 2006

J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Wassenaer 2013

G.M. van Wassenaer, 'Het wetsvoorstel Çörüz/Oskam, de puberouder in de beklagdenbank', *VR* 2013, 44.

Van der Wilt 2008

H. van der Wilt, 'Wie wordt het kind van de rekening? Over de aansprakelijkheid van ouders voor de door hun kinderen veroorzaakte schade', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 173-201.

Witteveen & Klink 2000

W.J. Witteveen & B. van Klink, 'De overtuigende wetgever', in: W.J. Witteveen & B. van Klink (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 5-28.

Witteveen, Van Seters & Van Roermond 1991

W.J. Witteveen, P. van Seters & G. van Roermond, 'Wat maakt de wet symbolisch?', in: W.J. Witteveen, P. van Seters & G. van Roermond (red.), *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 1-13.

VI Overheidsingrijpen in de letselschaderegeling

Een vast uitgangspunt of gelegenheidspolitiek?

E.S. Engelhard

Het buitengerechtelijke traject waarin letselschadeslachtoffers terechtkomen om hun schade vergoed te krijgen is langdurig, niet transparant en emotioneel zeer belastend. In de maatschappij en de politiek leeft breed de wens om dit proces te versnellen en vereenvoudigen. Hoewel minister Donner van Justitie in 2004 het uitgangspunt formuleerde dat de overheid niet zal ingrijpen in het schaderegelingsproces en verbeteringen via zelfregulering moeten worden bewerkstelligd, is er toch geregeld sprake van overheidsingrijpen. In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag hoe het overheidsingrijpen op het gebied van letselschade zich verhoudt tot het door minister Donner verwoorde uitgangspunt. Daartoe worden het overheidsingrijpen alsmede de daaraan ten grondslag liggende motieven onderzocht in elf letselschadedossiers, waarin in de afgelopen decennia de politieke vraag aan de orde is geweest of overheidsingrijpen was geïndiceerd. Geconcludeerd wordt dat het overheidsingrijpen niet telkens correspondeert met de door Donner bepleite terughoudendheid en dat er op het gebied van letselschade gelegenheidspolitiek wordt bedreven. Tevens wordt geschetst hoe het overheidsbeleid op het gebied van letselschade dient te worden vormgegeven.

6.1 Inleiding

Private kwesties worden gekenmerkt door hun gewoonlijk buitengerechtelijke afhandeling. Het proces van het afwikkelen van letselschade is daarvan een voorbeeld. De rol van de overheid in dit proces is beperkt; naar schatting wordt slechts een paar procent van alle letselschadezaken aan de rechter voorgelegd.¹ Het zijn derhalve belanghebbende partijen, zoals verzekeraars en particulieren, die de grootste kennis bezitten over de complicaties van dit proces en belang hebben bij het verbeteren ervan. Het uitgangspunt zoals minister Donner van Justitie dat in 2004 formuleerde, inhoudende dat de overheid niet zal ingrijpen in het schaderegelingsproces

1 Weterings 2004, p. 20.

en dat verbeteringen via zelfregulering moeten worden bewerkstelligd, is dan ook niet onbegrijpelijk.²

Ondanks dit uitgangspunt grijpt de overheid toch in op het gebied van letselschade. Het overheidsingrijpen betreft niet slechts de hervorming van de letselschaderegeling, maar tevens de compensatie van letselschadeslachtoffers – al dan niet via een daarvoor ingestelde commissie of stichting – en de vergoedbaarheid van verschillende soorten schade. Voorbeelden daarvan zijn de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) die is ingevoerd naar aanleiding van de DES-problematiek³ en de oprichting van het Instituut Asbestslachtoffers (IAS), dat enerzijds bemiddelt tussen asbestslachtoffers en hun (ex-)werkgevers omtrent het betalen van een schadevergoeding en anderzijds vergoedingen toekent aan een beperkte categorie asbestslachtoffers.⁴ Een ander voorbeeld is het wetsvoorstel affectieschade waarmee de overheid trachtte het vergoeden van immateriële schade, geleden door naasten en nabestaanden van letselschadeslachtoffers, mogelijk te maken.⁵ Opvallend is dat de overheid in sommige dossiers juist niet ingrijpt. In het dossier seksueel misbruik binnen de Katholieke Kerk heeft de overheid bijvoorbeeld, wijzende op de verantwoordelijkheid van de Kerk, aanvankelijk niet ingegrepen.⁶ In het OPS-dossier is evenmin sprake van overheidsingrijpen: ondanks de gelijkenis met het asbestdossier waarin wel sprake is van overheidsingrijpen, ziet de overheid daar in dit dossier geen noodzaak toe.⁷

In deze bijdrage staat de vraag centraal hoe het overheidsingrijpen op het gebied van letselschade zich verhoudt tot het destijds door minister Donner geformuleerde uitgangspunt. Deze vraag zal worden beantwoord door het overheidsingrijpen, alsmede de daaraan ten grondslag liggende motieven, in elf letselschadedossiers te onderzoeken. Aan de hand van de bevindingen van dit onderzoek kan worden geconcludeerd of het al dan niet ingrijpen door de overheid op het gebied van letselschade op een duidelijk uitgangspunt is gebaseerd, of dat er gelegenheidspolitiek wordt bedreven.

In deze bijdrage wordt ‘politiek’ beschouwd als het proces van wetgevend interveniëren in het privaatrecht. De politieke dimensie van deze bijdrage is dan ook te vinden in de keuzes en de daaraan ten grondslag liggende (ideologische) motieven die de overheid hanteert om al dan niet in te grijpen.

2 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 168, p. 2.

3 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3.

4 Peeters 2007, p. 99-101.

5 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3.

6 Na de bevindingen van de Commissie Samson heeft de overheid wel ingegrepen door voor de slachtoffers twee financiële regelingen op te stellen. Zie verder paragraaf 6.3.9.

7 *Kamerstukken II* 2004/05, 25 883, nr. 42, p. 6.

pen op het gebied van letselschade. Met zijn uitspraak uit 2004 suggereert minister Donner dat er immer eenzelfde gedachte schuilt achter het al dan niet ingrijpen door de overheid in het schaderegelingsproces. Een voorbeeld van een dergelijk ideologisch motief is retributieve rechtvaardigheid, dat aan het creëren van de voorschotregeling voor slachtoffers van geweldsmisdrijven ten grondslag ligt.⁸

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In de tweede paragraaf zullen de van overheidswege gedane uitlatingen ten aanzien van het overheidsingrijpen in de letselschaderegeling worden geëxplicieerd. In de derde paragraaf zullen elf letselschadedossiers worden belicht waarin in de afgelopen decennia de politieke vraag aan de orde is geweest of overheidsingrijpen was geïndiceerd. Het betreft de volgende dossiers: asbest, OPS, de legionellaramp, *wrongful life claims*, DES, de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, affectieschade, seksueel misbruik binnen de Katholieke Kerk, de voorschotregeling voor slachtoffers van bepaalde geweldsmisdrijven, medische aansprakelijkheid en *no cure, no pay*. In de vierde paragraaf zal worden onderzocht welke lijnen te ontwaren zijn in het overheidsingrijpen in de onderzochte dossiers en of deze corresponderen met het door Donner verwoorde uitgangspunt. In de vijfde paragraaf volgt een conclusie.

6.2 Overheidsuitlatingen

In deze paragraaf zullen de van overheidswege gedane uitlatingen ten aanzien van het overheidsingrijpen op het gebied van letselschade worden weergegeven, opdat kan worden onderzocht of het ingrijpen in de in paragraaf 3 onderzochte dossiers daarmee correspondeert.

In 2004 heeft de toenmalige minister van Justitie, Donner, te kennen gegeven dat de overheid niet zal ingrijpen in het proces van afwikkeling van letselschade. Daartoe overwoog hij:

‘Het is primair aan belanghebbende partijen om het pre-processuele schaderegelingsproces te verbeteren omdat vooral zij hierbij belang hebben en zij degenen zijn die over de meeste kennis beschikken welke knelpunten zich hierbij vaak voordoen. [...] Een mentaliteitsverandering in de letselschadepraktijk lijkt mij noodzakelijk. Oplossingen die uit overleg tussen

⁸ Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 30 143, nr. 24, p. 2. Onder ‘retributieve rechtvaardigheid’ wordt verstaan: het herstellen van gepleegd onrecht. Een ander voorbeeld van een ideologisch motief dat ten grondslag ligt aan overheidsingrijpen is de individuele gerechtigheid, dat ten grondslag ligt aan het wijzigen van de wettelijke verjaringstermijn naar aanleiding van het asbestdossier. Zie *Kamerstukken II 1999/00*, 26 824, nr. 3, p. 2.

belanghebbende partijen voortvloeien, zullen daarom niet alleen veelal op een breed draagvlak kunnen rekenen en daarmee de beste kans van slagen hebben, maar het zal ook vrijwel de enige methode zijn om een mentaliteitsverandering teweeg te brengen. De wetgever kan dit niet dwingend opleggen, maar – ik kom daar nog op terug – kan mogelijk wel faciliterend optreden. [...] De bestaande door de overheid geregelde begeleiding lijkt mij voldoende. Het is aan de praktijk om de aanbeveling van het rapport van Stichting De Ombudsman⁹ ter harte te nemen waarin een intensievere begeleiding door de bij het schaderegelingsproces betrokken particuliere partijen wordt voorgesteld, gekoppeld aan de juridische begeleiding.¹⁰

De voormalige minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Klink, heeft deze stellingname in 2010 onderschreven met betrekking tot medische schadezaken:

‘Vooraf verdient opmerking dat de problematiek met betrekking tot de duur van de afhandeling van medische schadezaken zich in de eerste plaats afspeelt in de relatie tussen het slachtoffer (en indien aanwezig diens belangbehartiger) en de zorgaanbieder en diens verzekeraar. De overheid is slechts verantwoordelijk voor het creëren van de randvoorwaarden die bijdragen aan een snelle afhandeling van medische schade zaken.’¹¹

Staatssecretaris Teeven van Veiligheid en Justitie heeft in 2012 eveneens het uitgangspunt, inhoudende dat de overheid niet ingrijpt in het schaderegelingsproces, impliciet bevestigd bij de inontvangstname van de medische paragraaf bij de Gedragscode Behandeling Letselschade 2012.¹² Daarnaast hebben in de afgelopen jaren verschillende bewindslieden benadrukt terughoudend te zijn met overheidsinterventie in de vorm van wetgeving. Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Remkes stelde in 2006 dat ‘[...] de overheid zich terughoudender zal opstellen op terreinen waar de samenleving in staat moet worden geacht om zelfregulerend op te treden.’ Wel benadrukte hij dat de overheid onverminderd haar verantwoordelijkheid zal nemen op het terrein dat primair aan de overheid

9 Donner verwijst naar het rapport van Stichting de Ombudsman met de titel ‘Letselschaderegeling. Onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid’ dat in 2003 verscheen. In dit rapport zijn 15 aanbevelingen gedaan ter verbetering van de letselschaderegeling, waaronder het ombuigen van de mentaliteit van verzekeraars en het ontwikkelen van een gedragscode voor advocaten.

10 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 168, p. 2.

11 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 765, nr. 20, p. 1.

12 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 VI, nr. 114.

blijft voorbehouden.¹³ Terughoudendheid met overheidsinterventie in de vorm van wetgeving is met de jaren een steeds belangrijker kabinetsstandpunt geworden. Een van de speerpunten van het wetgevingsbeleid in 2008, zoals dat is uiteengezet door minister van Justitie Hirsch Ballin, luidde bijvoorbeeld: ‘Terughoudendheid met wetgeving en meer algemeen: zuinig met regels door vroeg in het beleidsproces uitdrukkelijk aandacht te besteden aan nut en noodzaak van wetgeving, alternatieve vormen van overheidsinterventie en de effecten voor de samenleving’.¹⁴ Bovendien wordt benadrukt dat de wetgever zich telkens de vraag moet stellen of wetgeving daadwerkelijk nodig is, en of het vinden van de juiste oplossing niet aan de instituties van de samenleving kan worden overgelaten door middel van zelfregulering.¹⁵ Dit speerpunt is inmiddels geconcretiseerd in het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (ook wel IAK), waarin zeven vragen zijn opgenomen die bij elk nieuw voorstel voor beleid en regelgeving moeten worden beantwoord.¹⁶ De uitwerking van het kabinetsstandpunt betreffende terughoudendheid met wetgeving is tevens merkbaar op het gebied van letselschade: het Ministerie van Justitie heeft namelijk bijgedragen aan meerdere zelfreguleringsinitiatieven die ernaar streven de letselschaderegeling te verbeteren. Voorbeelden daarvan zijn de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) en de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA).¹⁷

6.3 Overheidsingrijpen? Standpunten in elf letselschadedossiers

6.3.1 Inleiding

Ondanks de door Donner bepleite terughoudendheid is er in verschillende van de onderzochte dossiers sprake van overheidsingrijpen. Dit betreft

13 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 668, nr. 11, p. 1.

14 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 731, nr. 1 en 2.

15 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 731, nr. 1, p. 4.

16 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 731, nr. 6; *Kamerstukken II* 2010/11, 29 515, nr. 330. Relevante vragen die moeten worden beantwoord zijn bijvoorbeeld: wat rechtvaardigt overheidsinterventie? Wat is het beste instrument, gelet op de rechtmatigheid, doelmatigheid en uitvoerbaarheid?

17 De GBL is tot stand gekomen in opdracht van De Letselschade Raad. Deze organisatie wordt voor 70% gefinancierd door het Ministerie van Justitie en is thans belast met het verbeteren en verspreiden van de GBL. Daarnaast is het Ministerie van Justitie als adviseur opgetreden bij het opstellen van de GOMA. Wellicht dat deze aanzienlijke overheidsuitgave het door minister Donner geformuleerde uitgangspunt, inhoudende dat partijen zelf een cultuuromslag in de letselschadepraktijk moeten genereren, vanuit een historisch oogpunt deels kan verklaren.

zowel de hervorming van de letselschaderegeling, de compensatie van letselschadeslachtoffers als de vergoedbaarheid van verschillende soorten schade. In deze paragraaf zullen elf letselschadedossiers worden onderzocht waarin in de afgelopen decennia de politieke vraag aan de orde is geweest of overheidsingrijpen was geïndiceerd. Daartoe zal eerst de achtergrond van het dossier worden geschetst, waarna zal worden toegelicht waaruit het overheidsingrijpen heeft bestaan en welke (ideologische) motieven daaraan ten grondslag lagen. Aan de hand van deze letselschadedossiers zal in de volgende paragraaf worden onderzocht of het overheidsingrijpen correspondeert met de door Donner bepleite terughoudendheid.

6.3.2 *Asbest*

Tussen 1917 en 1993 zijn circa 7,7 miljoen asbesthoudende producten in ons land verwerkt.¹⁸ Het gebruik van asbest kan onder meer leiden tot de ziekten asbestose, longkanker en mesothelioom. Deze ziekten kennen een lange latentietijd: bij mesothelioom kan deze zelfs 40 jaar bedragen. Hoewel respectievelijk in 1930, 1967 en 1968 al consensus bestaat over het verband tussen asbest en de genoemde asbestziekten,¹⁹ vaardigt de overheid pas in 1993 een totaalverbod uit op het beroepsmatig gebruik van asbest. Asbestslachtoffers die hun schade proberen te verhalen op hun werkgever ervaren een juridische lijdensweg. Deze term verwijst naar het moeizame verloop van schadeclaimprocedures, mede veroorzaakt door de wettelijke verjaringstermijn, naast het lijden dat asbestslachtoffers door hun ziekte moeten ondergaan.²⁰ De SP neemt het initiatief om dit probleem op de politieke agenda te krijgen en slaagt daarin: in 1998 is het Convenant Instituut Asbestslachtoffers ondertekend en in 2000 wordt het IAS operationeel. Het IAS bemiddelt tussen slachtoffers en hun (ex-)werkgevers omtrent het betalen van schadevergoeding en kent vergoedingen, die door de overheid worden gefinancierd, toe aan mesothelioomslachtoffers.²¹ In 2003 is de regeling zodanig aangevuld dat het IAS aan slachtoffers een voorschot op een mogelijke schadevergoeding kan toekennen.²²

Het overheidsingrijpen in dit dossier is omvangrijk: via het IAS bemiddelt de overheid tussen slachtoffers en hun (ex-)werkgevers omtrent het betalen van schadevergoeding. Daarnaast heeft de overheid mesothelioomslachtoffers

18 Ruers 2012, p. 5.

19 Peeters 2007, p. 46.

20 Peeters 2007, p. 3.

21 Niet alle asbestslachtoffers komen in aanmerking voor een dergelijke vergoeding. Het IAS kent slechts vergoedingen toe aan mesothelioomslachtoffers.

22 *Stcrt.* 2002, nr. 246, p. 28.

gecompenseerd en de wettelijke verjaringstermijn gewijzigd.²³ Volgens de overheid is het namelijk, vanuit het oogpunt van individuele rechtvaardigheid, moeilijk te accepteren dat de rechtsvordering van slachtoffers al is verjaard op het moment dat de schade zich openbaart.²⁴

6.3.3 OPS

OPS (ook wel bekend als de schildersziekte) is een beschadiging aan het zenuwstelsel, veroorzaakt door langdurige blootstelling aan oplosmiddelen die onder meer worden verwerkt in verf en lijm. Na jaren van blootstelling aan deze stoffen kan een dementieel ziektebeeld ontstaan, waarbij de intelligentie wordt aangetast en ernstige geheugenstoornissen optreden. OPS is, net als asbest, een erkende beroepsziekte waarbij de slachtoffers problemen ervaren in de schadeclaimprocedure.²⁵ Daarnaast blijkt uit onderzoek dat bijna de helft van de OPS-slachtoffers op, of zelfs onder bijstandsniveau leeft en het aansprakelijkheidsrecht voor slechts een deel van de slachtoffers financieel uitkomst biedt.²⁶ Om deze redenen tracht de Vereniging OPS in samenwerking met de overheid en verzekeraars een met het IAS vergelijkbaar fonds voor OPS-slachtoffers op te richten. Daar is de vereniging tot op heden niet in geslaagd. Dat lijkt opmerkelijk, gezien de gelijkenis met het asbestdossier. In 2005 heeft toenmalig staatssecretaris Van Hoof verklaard:

‘Als uit gezondheidsklachten blijkt dat die voortkomen uit blootstelling aan asbest heeft dat over het algemeen vrij snel dodelijke gevolgen, waardoor lange juridische trajecten nogal schrijnend zijn. Het karakter van de gevolgen van OPS blijft uiteraard triest, maar is totaal anders als van asbest, zodat [ik] niet de noodzaak [zie] om ook voor OPS-slachtoffers een instituut in het leven te roepen als voor asbestslachtoffers. [...] Overigens is het asbestinstituut veel meer bedoeld voor de ondersteuning van slachtoffers bij hun vaak juridische lijdensweg die bij OPS gelukkig niet of in ieder geval veel minder aan de orde is.’²⁷

23 Wet van 27 november 2003 tot wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden, *Stb.* 2003, 495. De absolute verjaringstermijn voor schade ten gevolge van lichamelijk letsel of overlijden is met deze wet vervallen en resteert een relatieve termijn die ingaat vanaf het moment van bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Deze wetwijziging heeft echter louter betekenis voor toekomstige slachtoffers.

24 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 824, nr. 3, p. 2.

25 Eshuis 2010, p. 32 e.v.

26 Eshuis 2010, p. 29.

27 *Kamerstukken II* 2004/05, 25 883, nr. 42, p. 6.

Hoewel overheidsingrijpen in dit letselschadedossier gewenst is door de Vereniging OPS²⁸ en in zekere mate politiek gesteund wordt,²⁹ heeft dit tot op heden niet plaatsgevonden. Naar mijn mening is dit opmerkelijk; uit onderzoek blijkt namelijk dat OPS-slachtoffers wel degelijk een juridische lijdensweg ervaren en daarom behoefte hebben aan overheidsinterventie.³⁰

6.3.4 *Legionellaramp*

In 1999 heeft een ernstige uitbraak van legionella plaatsgevonden in het Friese Bovenkarspel. De bacterie had zich genesteld in een bubbelbad dat tentoon werd gesteld tijdens de bloemententoonstelling West-Friese Flora. Uiteindelijk overlijden 32 mensen als gevolg van de besmetting, nog eens 206 mensen worden ernstig ziek. Ook in dit dossier ondervinden slachtoffers problemen in de schadeclaimprocedure: de waarschijnlijke veroorzaker van de epidemie heeft slechts een aansprakelijkheidsverzekering van één miljoen gulden en een gering eigen vermogen.³¹ Op 18 februari 2000 besluit het kabinet om een financieel gebaar te maken jegens de legionella-slachtoffers en hun nabestaanden als vergoeding voor de geleden immateriële schade, door middel van een eenmalige uitkering uit een fonds. Daarbij wordt door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport benadrukt dat de overheid met dit financiële gebaar geen aansprakelijkheid erkent.³² De maximale vergoeding voor legionellaslachtoffers bedraagt fl. 10.000 (ongeveer € 4545) in geval van overlijden.³³

28 Zie Eshuis 2010, p. 34. Eshuis adviseert de Vereniging OPS om samen met de overheid en de partijen die mede verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van OPS een fonds op te richten.

29 Zo blijkt uit een algemeen overleg tussen de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid en (toenmalig) staatssecretaris Van Hoof van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over arbo-zaken. In dit overleg hebben voornamelijk leden van de PvdA en de SP aangegeven voorstander te zijn van de oprichting van een met het IAS vergelijkbaar instituut voor OPS-slachtoffers. Zie *Kamerstukken II* 2004-05, 25 883, nr. 42, p. 2, 5, 8 en 9.

30 Uit het onderzoek van Eshuis blijkt namelijk dat het aansprakelijkheidsrecht niet voor alle OPS-slachtoffers uitkomst biedt. Daarnaast worden zij geconfronteerd met zeer langdurige en kostbare procedures: voor elke € 2,40 schadevergoeding die OPS-slachtoffers ontvangen betalen zij € 1 aan juridische kosten. Sommige OPS-slachtoffers worden tevens geconfronteerd met de wettelijke verjaringstermijn. Zie Eshuis 2010, p. 5 en 24.

31 Akkermans & Brans 2002, p. 11.

32 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 094, nr. 221 en 1, p. 1.

33 *Stcrt.* 2000, nr. 123, p. 11.

In dit letselschadedossier bestaat het overheidsingrijpen uit het compenseren van legionellaslachtoffers via de Stichting Fonds Slachtoffers Legionella-epidemie, ter vergoeding van de door de legionellaslachtoffers en hun nabestaanden geleden immateriële schade.

6.3.5 *Wrongful life claims*

In 1994 komt Kelly meervoudig fysiek en geestelijk gehandicapt ter wereld als gevolg van een chromosomale afwijking die, doordat de verloskundige heeft nagelaten prenataal onderzoek te verrichten, ten onrechte niet is opgemerkt. Prenataal onderzoek zou Kelly's afwijking aan het licht hebben gebracht, waarop de moeder de zwangerschap zou hebben afgebroken. De ouders van Kelly vorderen niet alleen vergoeding van materiële en immateriële schade voor zichzelf (*wrongful birth claim*), maar vorderen tevens, als haar wettelijk vertegenwoordigers, vergoeding voor Kelly van alle kosten verbonden aan haar levensonderhoud en handicaps alsmede van ander nadeel (*wrongful life claim*).³⁴ Het Gerechtshof Den Haag wijst alle vorderingen toe, welk oordeel door de Hoge Raad in stand wordt gelaten.³⁵ Deze uitspraken leiden tot veel ophef: men vreest voor de opkomst van defensieve geneeskunde en dat kinderen hun eigen ouders kunnen aanklagen wegens een handicap die ze bij hun geboorte meekregen.³⁶ In de maatschappij klinkt dan ook de roep om *wrongful life claims*, zoals men dat in Frankrijk en Engeland heeft gedaan, wettelijk te verbieden.³⁷ De uitspraak in de zaak Kelly vormde voor de overheid echter geen aanleiding om maatregelen te nemen.³⁸

Dit letselschadedossier ziet specifiek op de vergoedbaarheid van geboorteschade.³⁹ Hoewel verschillende academici pleitten voor een wettelijk verbod op *wrongful life claims*, heeft dit in dit dossier niet geleid tot

34 Zie daarover Kortmann & Hamel 2004.

35 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (Baby Kelly).

36 Oudijk 2003; Aangangsel Handelingen II 2002/03, nr. 1205.

37 Oudijk 2003; *Trouw* 19 juni 2003, 'Verbied claims tegen onterecht leven'. In Engeland verbiedt de *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* dergelijke claims. In Frankrijk is het wettelijk verbod neergelegd in de *Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*.

38 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 323, nr. 11, p. 3-4.

39 Geboorteschade omvat de situaties waarin de dienstverlening van de arts tekortschiet en het kind als gevolg daarvan schade oploopt, en de gevallen waarin de arts diagnosefouten maakt tijdens de zwangerschap en aldus, bijvoorbeeld, niet tijdig onderkent dat de vrucht ernstige afwijkingen heeft. Zie Van Boom 2006, p. 9.

overheidsingrijpen.⁴⁰ De Hoge Raad heeft volgens de overheid immers duidelijk aangegeven dat een kind geen recht heeft op zijn of haar eigen niet-bestaan, dan wel op het afbreken van de zwangerschap. Daarnaast verwacht de overheid geen ontwikkeling in de richting van defensieve geneeskunde, omdat de verloskundige in de zaak Kelly een klaarblijkelijke fout heeft gemaakt.⁴¹

6.3.6 DES

Diëthylstilbestrol (DES) is een kunstmatig hormoon dat tussen 1947 en 1976 aan zwangere vrouwen werd voorgeschreven ter voorkoming van miskramen. Als gevolg daarvan zijn bij dochters van deze vrouwen meerdere afwijkingen en aandoeningen ontstaan, waaronder baarmoederhalskanker. Pas in 1975 heeft de overheid een verbod op het gebruik van DES uitgevaardigd.⁴² De vordering tot schadevergoeding, ingesteld door de ‘DES-dochters’, werd door zowel de rechtbank als het hof afgewezen omdat niet kon worden aangetoond welke specifieke fabrikant de schade in elk specifiek geval had veroorzaakt. De Hoge Raad achtte deze uitkomst onaanvaardbaar en oordeelde dat elke fabrikant (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de geleden schade.⁴³ Na deze uitspraak is in 2000 door het DES Centrum, de farmaceutische industrie en verschillende verzekeraars het DES Fonds opgericht, met als doel een schikking te treffen die aan alle slachtoffers recht doet. Een wetswijziging was echter nodig om deze uitkeringsregeling voor alle slachtoffers verbindend te verklaren, waarop in 2005 de WCAM is ingevoerd.⁴⁴ In 2006 heeft het Gerechtshof Amsterdam de collectieve uitkeringsregeling van het DES Fonds verbindend verklaard.⁴⁵

In dit letselschadedossier bestaat het overheidsingrijpen uit het aanvullen van de letselschaderegeling met de mogelijkheid tot een collectieve afwikkeling van massaschade. De zware emotionele belasting die slachtoffers bij een procedure kunnen ervaren, veroorzaakt door de langdurige procedure en de onzekerheid over de kosten en de kans op succes, waren redenen voor de overheid om in deze mogelijkheid te voorzien.⁴⁶

40 Bijvoorbeeld Kortmann, Sluyters & Wils. Zie *Trouw* 19 juni 2003, ‘Verbod claims tegen onterecht leven’.

41 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 323, nr. 11, p. 2-3.

42 Van Erp e.a. 2007, p. 1197.

43 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (DES-dochters).

44 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 1.

45 Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440.

46 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 1.

6.3.7 *Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade*⁴⁷

In de maatschappij leeft de wens het proces van afwikkeling van letselschade, dat dikwijls traag en moeizaam verloopt, te versnellen en te vereenvoudigen, zo stelt minister Hirsch Ballin in 2008.⁴⁸ In reactie daarop is op 1 juli 2010, naar aanleiding van een voorstel dat is ontwikkeld door De Groot, de deelgeschilprocedure als nieuwe procesvorm ingevoerd.⁴⁹ Met deze procedure kunnen deelgeschillen waarover geen overeenstemming wordt bereikt, zoals de mate van eigen schuld van het slachtoffer, aan de rechter worden voorgelegd om zo de buitengerechtelijke onderhandelingen over de afwikkeling van letselschadeclaims te versnellen.⁵⁰ Daarnaast kent de deelgeschilprocedure een bijzonder kostenvergoedingsmodel: in beginsel worden alle kosten (zowel gerechtelijke als buitengerechtelijke) die de benadeelde in redelijkheid maakt vergoed door de aansprakelijke partij.⁵¹ Door de financiële drempel om te procederen voor het slachtoffer te verlagen wordt diens positie versterkt.

Het overheidsingrijpen bestaat uit het hervormen van de letselschaderegeling door een nieuwe procesvorm te introduceren. De achterliggende motieven bestaan onder andere uit het versnellen van de buitengerechtelijke letselschadeafwikkeling en het verbeteren van de toegang tot de rechter.⁵²

6.3.8 *Affectieschade*

Affectieschade is het nadeel, niet bestaande uit vermogensschade, dat men lijdt doordat een persoon waarmee een affectieve relatie bestaat ernstig gewond raakt of overlijdt, als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is.⁵³ Het wetsvoorstel affectieschade beoogde het vergoeden van affectieschade, wat naar geldend recht niet voor vergoeding in aanmerking komt, mogelijk te maken. Uit onderzoek bleek enerzijds dat

47 Hierna: deelgeschilprocedure.

48 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 1.

49 De Groot 2005.

50 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 2. Zie over de Wet Deelgeschilprocedure de bijdragen van Tuls en Oude Hergelink aan W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely, S.D. Lindenberg (red.), *Rake remedies – Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2011.

51 Dit is geregeld in art. 1019aa Rv. In lid 3 wordt het reguliere kostenvergoedingsmodel uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard op de deelgeschilprocedure.

52 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 1-3.

53 Lindenberg 1998, p. 173; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 1.

naasten en nabestaanden behoefte hebben aan de vergoeding van affectieschade, en anderzijds dat de vergoeding van affectieschade bijdraagt aan hun verwerking van de emotionele gevolgen van het ongeval.⁵⁴ Ondanks een breed maatschappelijk draagvlak voor het vergoeden van affectieschade is het wetsvoorstel in 2010 door de Eerste Kamer verworpen, onder meer omdat het zou bijdragen aan een claimcultuur.⁵⁵ De overheid heeft het vergoedbaar maken van affectieschade dus niet gewild.⁵⁶ Nadien heeft de wetgever de Wet Schadefonds Geweldsmisdrijven (WSG) echter zodanig gewijzigd dat nabestaanden van personen die door een opzettelijk gepleegd misdrijf zijn overleden, in aanmerking kunnen komen voor vergoeding van hun immateriële schade (affectieschade).⁵⁷

In dit letselschadedossier heeft de overheid getracht in te grijpen door het vergoeden van affectieschade mogelijk te maken. Hoewel de Eerste Kamer dit wetsvoorstel heeft afgewezen, is door de wetgever de WSG zodanig gewijzigd dat vergoedingen, gefinancierd door de overheid, kunnen worden toegekend aan nabestaanden van personen die ten gevolge van geweldsmisdrijven zijn overleden.

6.3.9 *Seksueel misbruik binnen de Katholieke Kerk*

In 2010 kwam het misbruikschandaal in de Rooms-Katholieke Kerk aan het licht. In reactie daarop hebben de Bisschoppenconferentie en de Konferentie Nederlandse Religieuzen (KNR) onderzoek laten verrichten, waaruit bleek dat in de periode 1945 tot 2010 tussen de 10.000 en 20.000 minderjarigen seksueel zijn misbruikt, veelal in rooms-katholieke kindertehuizen, weeshuizen, kostscholen, internaten en seminaries.⁵⁸ Tevens hebben de Bisschoppenconferentie en de KNR de Commissie Lindenbergh verzocht advies te verstrekken inzake een collectieve compensatieregeling.⁵⁹ Hoewel zowel de slachtoffers als enkele partijen uit de Tweede Kamer behoefte hebben aan een onafhankelijk onderzoek naar het seksueel misbruik, bestaat hiervoor geen Kamermeerderheid. Evenmin heeft de overheid zich ingelaten met het compenseren van de slachtoffers, aangezien het volgens staatssecretaris Teeven een aangelegenheid tussen de slachtoffers en de Rooms-Katholieke Kerk betreft waarin de kerk een eigen verantwoordelijkheid heeft.⁶⁰

54 Akkermans e.a. 2008, p. 2.

55 Schipper & Van der Zalm 2010, p. 4-5.

56 Zie voor meer over het wetsvoorstel affectieschade de bijdrage van D. van Houwelingen in deze bundel.

57 *Stb.* 2011, 276. De gewijzigde WSG is op 1 januari 2012 in werking getreden.

58 Commissie Deetman 2011, p. 74 en 78.

59 Commissie Lindenbergh 2011.

60 *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 443, p. 2.

Nadien blijkt echter uit het rapport van de Commissie Samson dat de overheid wel degelijk enige verantwoordelijkheid draagt: een deel van de slachtoffers is namelijk van overheidswege in rooms-katholieke instellingen geplaatst. Uit het rapport van de Commissie Samson blijkt dat de overheid weet had van het misbruik, maar daartegen niet is opgetreden.⁶¹ In 2012 heeft de minister van Veiligheid en Justitie samen met zijn staatssecretarissen en die van Volksgezondheid, Welzijn en Sport namens het kabinet excuses aangeboden aan slachtoffers van seksueel misbruik die onder de verantwoordelijkheid van de overheid in een pleeggezin of instelling zijn geplaatst. Daarnaast zijn door de overheid voor deze groep slachtoffers twee regelingen in het leven geroepen: de Tijdelijke regeling Tegemoetkoming seksueel misbruik en de Regeling Statuut Afhandeling Civiele vorderingen schadevergoeding seksueel misbruik.⁶²

De overheid heeft aanvankelijk, wijzende op de verantwoordelijkheid van de Rooms-Katholieke Kerk, niet in dit dossier ingegrepen. Nadat uit het rapport van de Commissie Samson bleek dat de overheid eveneens verantwoordelijkheid draagt in dit dossier, heeft het kabinet besloten de slachtoffers die van overheidswege in bovengenoemde instellingen zijn geplaatst financieel te compenseren.

6.3.10 Voorschotregeling slachtoffers geweldsmisdrijven⁶³

De schade van letselschadeslachtoffers van geweldsmisdrijven wordt niet altijd even snel vergoed; zij wachten dikwijls jaren tot de aansprakelijke partij schadevergoeding betaalt en soms wordt de geleden schade helemaal niet vergoed. De overheid achtte dit onwenselijk en heeft, als onderdeel van de op 1 januari 2011 in werking getreden Wet ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, een voorschotregeling ingevoerd.⁶⁴ Nadat door de strafrechter de schadevergoedingsmaatregel is opgelegd, keert de overheid volgens de voorschotregeling het (resterende) schadebedrag aan het slachtoffer uit wanneer de veroordeelde het bedrag niet (volledig) binnen acht maanden heeft betaald. De overheid tracht het aan het slachtoffer uitgekeerde bedrag te verhalen op de veroordeelde. Hoewel de voorschotregeling thans slechts geldt voor slachtoffers van bepaalde

61 Commissie Samson 2012, p. 105.

62 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 435, nr. 3, p. 3-5.

63 Zie voor meer over de voorschotregeling voor slachtoffers van geweldsmisdrijven de bijdrage van L. Stevens in deze bundel.

64 *Stb.* 2010, 1. De voorschotregeling wordt verder uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel (*Stb.* 2011, 311) en de Beleidsbeslissing houdende een uitbreiding van de voorschotregeling (*Stcrt.* 2011, 21994).

misdrijven waarvoor de dader onherroepelijk is veroordeeld, wordt zij per 2016 uitgebreid naar alle delicten.⁶⁵

Het overheidsingrijpen in dit letselschadedossier bestaat uit het hervormen van de letselschaderegeling door het creëren van een voorschotregeling ten laste van de algemene middelen voor slachtoffers van bepaalde misdrijven. Het achterliggende motief is het herstel van de rechtmatige toestand, oftewel retributieve rechtvaardigheid.⁶⁶

6.3.11 Medische aansprakelijkheid

Voor slachtoffers van medische fouten kan het bezwaarlijk zijn om onder het huidige aansprakelijkheidsrecht hun schade te verhalen. Volgens Hartlief '[is] de weg naar daadwerkelijke compensatie [...] met voetangels en klemmen bezaaid.'⁶⁷ De problemen van het medisch aansprakelijkheidsrecht kennen vier oorzaken: (i) de complexiteit van het vaststellen van aansprakelijkheid, (ii) de bezwaarlijkheid van de procedure, (iii) de negatieve invloed van externe factoren zoals opvang en bejegening van slachtoffers en (iv) het functioneren van de belangenbehartiger en de aansprakelijkheidsverzekeraar.⁶⁸ Momenteel bestaat er veel politieke aandacht voor dit onderwerp. Zo is eind 2012 het Wetsvoorstel Compensatiefonds Medische Fouten door de SP ingediend, evenals de Initiatiefnota Patiëntveiligheid door de Kamerleden Mulder en Van Veen.⁶⁹ Andere voorstellen, zoals het Wetsvoorstel Cliëntenrechten Zorg dat recent is 'opgeknipt' in meerdere wetsvoorstellen, laten eveneens zien dat dit onderwerp hoog op de politieke agenda staat.

Hoewel de genoemde wetsvoorstellen nog niet in werking zijn getreden, is het aannemelijk dat in dit letselschadedossier overheidsingrijpen zal plaatsvinden. In het voorstel Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg zal dit voornamelijk bestaan uit het hervormen van het letselschadeproses door een geschilleninstantie in te stellen voor slachtoffers van medische fouten.⁷⁰

65 Zo blijkt uit het visiedocument 'Recht doen aan slachtoffers', p. 23. Zie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 552, nr. 2.

66 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 143, nr. 24, p. 2.

67 Hartlief 2013, p. 735.

68 Smeehuijzen & Akkermans 2013, p. 19.

69 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 497, nr. 2.

70 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 402, nr. 2. Zie met name hoofdstuk 3, paragraaf 2 (art. 18 t/m 22).

6.3.12 *No cure, no pay*

Het beginsel *no cure, no pay* houdt in dat advocaten slechts een honorarium in rekening brengen wanneer een bepaald resultaat wordt behaald, en veelal dat het honorarium een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door bijstand behaalde resultaat. In 2004 heeft de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) getracht te experimenteren met *no cure, no pay* in letsel- en overlijdensschadezaken. De verordening waarin dit experiment mogelijk werd gemaakt is echter in 2005 vernietigd door de Kroon wegens strijd met het algemeen belang.⁷¹ Hoewel het thans voor advocaten wettelijk verboden is om dit beginsel te hanteren, is onlangs door de Kamerleden Van der Steur en Recourt een motie ingediend waarmee de overheid wordt opgeroepen in overleg te treden met de NOvA om ervaring op te doen met *no cure, no pay*.⁷² Volgens hen kan *no cure, no pay* drempelverlagend werken voor rechtzoekenden door rechtsbijstand betaalbaar te maken. Na overleg met de overheid heeft de NOvA in juni 2013 bekendgemaakt dat vanaf januari 2014 voor een periode van vijf jaren zal worden geëxperimenteerd met het beginsel *no cure, no pay* in letselschadezaken.⁷³ Het overheidsingrijpen in dit dossier zal bestaan uit het hervormen van de bestaande letselschaderegeling.⁷⁴ Het invoeren van *no cure, no pay* wijzigt het proces van afwikkeling van letselschade ingrijpend; letselschadeslachtoffers hoeven immers niet langer vooraf te investeren in hun juridische procedure waardoor, volgens Kamerlid Van der Steur, de toegang tot de rechter wordt vergroot.⁷⁵ Dit motief ligt dan ook ten grondslag aan het overheidsingrijpen in dit dossier.

6.4 Bevindingen

6.4.1 *Inleiding*

Deze paragraaf beoogt eventuele lijnen in het overheidsingrijpen alsmede in de daaraan ten grondslag liggende motieven in de hiervoor onderzochte dossiers bloot te leggen. Eerst zal worden ingegaan op de vraag waar de door Donner bepleite terughoudendheid precies op ziet (§ 6.4.2).

71 *Stb.* 2005, 123.

72 *Kamerstukken II* 2012/13, 31753, nr. 61.

73 *NRC Handelsblad* 26 juni 2013, 'Proef met no cure, no pay-systeem in de advocatuur'.

74 Zodoende zal de Verordening op de praktijkuitvoering (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning) worden gewijzigd.

75 *NRC Handelsblad* 26 juni 2013, 'Proef met no cure, no pay-systeem in de advocatuur'.

Vervolgens zal worden getoetst of het overheidsingrijpen correspondeert met de aan het door Donner geformuleerde uitgangspunt ten grondslag liggende argumenten (§ 6.4.3). Daarnaast zal kort worden ingegaan op het politieke besluitvormingsproces in de onderzochte dossiers (§ 6.4.4).

6.4.2 *Reikwijdte van de door Donner bepleite terughoudendheid*

Uit de bewoordingen van de toenmalige minister Donner wordt duidelijk dat de overheid in principe niet zal ingrijpen in het schaderegelingsproces. Dit lijkt betrekking te hebben op de eerste categorie overheidsingrijpen: het hervormen van de letselschaderegeling. Door alle bewindslieden wordt benadrukt dat de overheid ten aanzien van dit proces slechts verantwoordelijk is voor het opstellen van randvoorwaarden die bijdragen aan een snelle afhandeling van letselschadezaken.⁷⁶ In beginsel zal de overheid dus niet ingrijpen in het schaderegelingsproces, behoudens het opstellen van randvoorwaarden. Het is echter niet duidelijk tot waar deze randvoorwaarden precies reiken.

Opvallend is dat Donner zich niet uitlaat over compensatie van letselschadeslachtoffers door de overheid, hoewel uit de onderzochte dossiers blijkt dat dit in de praktijk wel voorkomt.⁷⁷ Uit de bewoordingen van de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Remkes kan worden afgeleid dat de door Donner bepleite terughoudendheid tevens betrekking heeft op de compensatie van letselschadeslachtoffers. In 2006 stelt hij namelijk: ‘Wanneer er geen aansprakelijke partij is aan te wijzen [...] of wanneer deze partij geen verhaal biedt, *zullen gedupeerden hun eigen schade moeten dragen* [mijn cursivering, ESE].’⁷⁸ Remkes verwijst naar het uit het aansprakelijkheidsrecht afkomstige adagium ‘een ieder draagt zijn eigen schade’.⁷⁹ In deze categorie overheidsingrijpen kan tevens nog onderscheid worden gemaakt naar dossiers waarin de overheid in het geheel niet is betrokken en dossiers waarin de overheid zelf mogelijk ook boter op het hoofd heeft.⁸⁰ Dat blijkt uit de bewoordingen van de toenmalige Minister

76 Dit blijkt voornamelijk uit de bewoordingen van oud-minister Klink met betrekking tot medische schadezaken. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 765, nr. 20, p. 1.

77 De overheid heeft bijvoorbeeld mesothelioomslachtoffers en legionellaslachtoffers gecompenseerd.

78 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 668, nr. 11, p. 2.

79 Dit beginsel houdt in dat ieder in beginsel zijn eigen schade draagt, tenzij er gronden zijn voor afwenteling. Zie daarover Hartlief 1997.

80 Een duidelijk voorbeeld hiervan is het dossier seksueel misbruik binnen de Katholieke Kerk. Vóór het verschijnen van het rapport van de Commissie Samson

van Justitie Hirsch Ballin. In 2010 stelt hij namelijk dat schadevergoeding van overheidswege pas aan de orde komt wanneer vaststaat dat de overheid een fout heeft gemaakt en de daardoor veroorzaakte schade voor rekening van de overheid dient te komen.⁸¹ Uit het voorgaande blijkt dat deze categorie overheidsingrijpen tevens wordt beheerst door de door Donner geformuleerde argumenten tegen overheidsingrijpen. In beginsel zal de overheid zich dus niet bezighouden met de compensatie van letselschadeslachtoffers.⁸²

Donner heeft zich toentertijd evenmin uitgelaten over de vergoedbaarheid van verschillende soorten schade. Het overheidsingrijpen in deze categorie tracht het vergoeden van bepaalde soorten schade (on)mogelijk te maken. Het ingrijpen is dan ook niet gericht op het modificeren van de letselschaderegeling zelf, maar op de erkenning van bepaalde behoeften in de maatschappij – zoals het geval was in het dossier affectieschade.⁸³ Om deze reden lijkt de door Donner bepleite terughoudendheid geen betrekking te hebben op deze categorie overheidsingrijpen.

6.4.3 *Het overheidsingrijpen getoetst aan de bepleite terughoudendheid*

In deze subparagraaf zal worden getoetst of het overheidsingrijpen in de onderzochte dossiers correspondeert met de door Donner aangedragen argumenten voor terughoudendheid met overheidsingrijpen op het gebied van letselschade. Er zijn drie mogelijke uitkomsten: (i) het overheidsingrijpen correspondeert met de bepleite terughoudendheid, (ii) de stellingname heeft geen betrekking op deze categorie overheidsingrijpen, of (iii) het overheidsingrijpen correspondeert niet met de bepleite terughoudendheid. Dit zal per categorie overheidsingrijpen worden getoetst.

verklaarde de overheid geen verantwoordelijkheid te dragen in dit dossier, waardoor zij geen noodzaak zag de slachtoffers financieel te compenseren. Nadat de Commissie Samson aan het licht bracht dat de overheid wel degelijk blaam trof is zij, opmerkelijk genoeg, toch overgegaan tot compensatie van de slachtoffers.

81 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 VI, nr. 88, p. 3.

82 Er bestaan uitzonderingen op dit uitgangspunt. Remkes stelt bijvoorbeeld dat, in geval van een ramp of zwaar ongeval, uit de collectieve middelen tegemoetkomingen in schade en kosten aan gedupeerden kunnen worden toegekend op grond van de Wet Tegemoetkoming Schade (WTS) wanneer het aansprakelijkheids- en het verzekeringsrecht geen soelaas bieden. Zie: *Kamerstukken II* 2005/06, 29 668, nr. 11, p. 2.

83 Het wetsvoorstel affectieschade trachtte namelijk het vergoeden van affectieschade, waaraan naast en nabestaanden blijkens onderzoek behoefte hebben, mogelijk te maken.

Hervormen van de letselschaderegeling

Uit de onderzochte letselschadedossiers valt op dat er, ondanks de door Donner bepleite terughoudendheid, sprake is van overheidsingrijpen. Dat lijkt niet te corresponderen met het door Donner verwoorde uitgangspunt. Door de bewindslieden is beklemtoond dat de overheid slechts verantwoordelijk is voor het opstellen van randvoorwaarden, waarvan de deelgeschilprocedure volgens Klink een voorbeeld is.⁸⁴ Dat roept de vraag op of al het overheidsingrijpen in deze categorie kan worden aangemerkt als het opstellen van randvoorwaarden. Deze vraag moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. Het invoeren van de WCAM, de deelgeschilprocedure, de voorschotregeling en (mogelijk in de toekomst) een geschilleninstantie voor slachtoffers van medische fouten kan naar mijn mening worden aangemerkt als het opstellen van randvoorwaarden: hiermee wordt immers een snelle afwikkeling van letselschadezaken beoogd. Het overheidsingrijpen in twee andere dossiers, namelijk het wijzigen van de wettelijke verjaringstermijn en het experimenteren met het principe *no cure, no pay*, kan echter niet als zodanig worden aangemerkt. Het wijzigen van de wettelijke verjaringstermijn hervormt het materiële recht, maar beoogt niet de afwikkeling van letselschadezaken te versnellen. Dat is tevens het geval in het dossier *no cure, no pay*; hiermee wordt slechts de toegang tot de rechter vergroot doordat letselschadeslachtoffers niet langer vooraf in hun procedure hoeven te investeren.⁸⁵ Derhalve correspondeert het geconstateerde overheidsingrijpen in deze categorie niet steeds met de door Donner bepleite terughoudendheid.

Compensatie van letselschadeslachtoffers

Uit de bewoordingen van Hirsch Ballin kan worden afgeleid dat de overheid slechts zal overgaan tot compensatie van letselschadeslachtoffers in situaties waarin zij mogelijk zelf boter op het hoofd heeft.⁸⁶ Het overheidsingrijpen in twee van de onderzochte dossiers correspondeert hiermee. In het asbestdossier heeft de overheid pas zeer laat een totaalverbod op het gebruik van asbest uitgevaardigd, hoewel in de medische wetenschap al decennia eerder het verband tussen het gebruik van asbest en het ontstaan van asbestziekten werd gelegd. In dit dossier heeft de overheid een beperkte groep slachtoffers dan ook gecompenseerd. Het overheidsingrijpen in het dossier seksueel misbruik binnen de Katholieke Kerk past tevens in

84 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 765, nr. 20, p. 2.

85 *Kamerstukken II* 2012/13, 31 753, nr. 62, p. 1-2.

86 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 VI, nr. 88, p. 3.

dit beeld. Aanvankelijk bleek de overheid, wijzende op de verantwoordelijkheid van de Kerk, niet bereid de slachtoffers te compenseren. Nadat uit de bevindingen van de Commissie Samson bleek dat de overheid tevens blaam treft in dit dossier, werd toch overgegaan tot het opstellen van een financiële regeling voor de slachtoffers. Het overheidsingrijpen in deze categorie valt echter niet telkens te rijmen met de bepleite terughoudendheid. In het legionelladossier heeft de overheid de legionellaslachtoffers namelijk gecompenseerd, zonder daarbij enige aansprakelijkheid te erkennen. Minister Schippers beschouwt dit dossier dan ook als een uitzondering die thans niet snel meer zal voorkomen; in 2006 is namelijk het uitgangspunt geformuleerd dat de overheid terughoudend dient te zijn met het opstellen van *ad hoc* regelingen, zoals die in het legionelladossier, buiten het kader van de WTS.⁸⁷ De voorschotregeling correspondeert evenmin met de bepleite terughoudendheid. Niet alle uitgekeerde bedragen kunnen volledig bij de dader worden geïnd, waardoor de overheid met een deel van de schade zal blijven zitten.⁸⁸ Dat correspondeert niet met het adagium ‘een ieder draagt zijn eigen schade’ en evenmin met de bewoordingen van Hirsch Ballin; het gaat immers niet om een door de overheid gemaakte fout. Het geconstateerde overheidsingrijpen in deze categorie strookt aldus niet steeds met de door Donner bepleite terughoudendheid.

Vergoedbaarheid verschillende soorten schade

In twee van de onderzochte dossiers is sprake van overheidsingrijpen betreffende de vergoedbaarheid van verschillende soorten schade. In het *wrongful life* dossier heeft de overheid, door niet in te grijpen, het vergoeden van geboorteschade toegestaan. In het dossier betreffende affectieschade heeft de overheid met het wetsvoorstel affectieschade getracht het vergoeden van affectieschade mogelijk te maken. Nadat het wetsvoorstel door de Eerste Kamer werd afgewezen heeft de wetgever de WSG echter alsnog zodanig gewijzigd dat nabestaanden van personen die door een opzettelijk gepleegd misdrijf zijn overleden in aanmerking kunnen komen voor de vergoeding van affectieschade. In deze categorie is terughoudendheid mijns inziens niet geïndiceerd; het overheidsingrijpen is immers gericht op de erkenning van bepaalde behoeften in de maatschappij. Derhalve heeft de door Donner

87 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 668, nr. 11, p. 5; *Kamerstukken II* 2012/13, 28 286, nr. 610, p. 3.

88 In Rb. Leeuwarden 26 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX3800 legde de rechtbank de schadevergoedingsmaatregel op voor een bedrag van € 944.000, waarop acht maanden na het onherroepelijk worden van het vonnis de voorschotregeling van toepassing is. Zie daarover de bijdrage van L. Stevens in deze bundel.

bepaalde terughoudendheid geen betrekking op deze categorie overheidsingrijpen.

6.4.4 *Politieke besluitvorming*

Het is opmerkelijk dat de overheid in vergelijkbare dossiers de ene keer wel en de andere keer niet ingrijpt. Het overheidsingrijpen in het asbestdossier is bijvoorbeeld omvangrijk, in tegenstelling tot in het OPS-dossier, waarin geen sprake is van overheidsingrijpen – ondanks de gelijkenis tussen deze dossiers. De redenen die het verschil in bovengenoemde dossiers rechtvaardigen zijn minstens zo merkwaardig: Van Hoof stelt namelijk dat een juridische lijdensweg bij OPS-slachtoffers niet of in mindere mate aan de orde is, terwijl uit onderzoek het tegenovergestelde blijkt.⁸⁹ Dat roept de vraag op welke motieven daadwerkelijk ten grondslag liggen aan het proces van politieke besluitvorming. De door Donner ingenomen stellingname suggereert namelijk dat achter elk overheidsingrijpen eenzelfde gedachte schuilt. Dat is echter niet telkens het geval; zo blijkt uit het OPS-dossier, maar ook uit het dossier affectieschade. Uit politicologische literatuur blijkt dat een politiek besluitvormingsproces gebaseerd op rationele argumenten aangedragen door rationele actoren een ideaaltype is dat zich in de praktijk slechts sporadisch voordoet.⁹⁰ Daarom moet bij het onderzoeken van de uitkomst van een politiek besluitvormingsproces verder worden gekeken dan de rationaliteit van de aangedragen argumenten.⁹¹ Het is duidelijk dat de omvang van de problemen in het OPS-dossier van een ander kaliber is dan in het asbestdossier; de totale populatie OPS-slachtoffers wordt geschat op 470, terwijl er jaarlijks naar schatting zestienhonderd asbestslachtoffers overlijden.⁹² Het feit dat het hier gaat om een kleinschaliger maatschappelijk probleem zou een reden kunnen zijn voor de overheid om niet in te grijpen. Het politieke besluitvormingsproces voorafgaand aan de afwijzing van het wetsvoorstel affectieschade is tevens van belang. Het wetsvoorstel is namelijk afgewezen om inhoudelijke redenen, maar er lijken heel andere motieven aan de afwijzing ten grondslag te liggen.⁹³ Deze mening wordt gedeeld door Akkermans, die stelt dat bij de afwijzing van het wetsvoorstel eerder op basis van ‘onderbuikgevoelens’ van politici is beslist dan op basis van rationele argumentatie.⁹⁴ Het voorgaande lijkt te suggereren dat aan

89 Eshuis 2010, p. 32 e.v.

90 Birkland 2001, p. 209.

91 Majone 1989; Birkland 2001, p. 17.

92 Eshuis 2010, p. 7; Marijnissen 2010.

93 Zie daarover de bijdrage van D. van Houwelingen in deze bundel.

94 Zie Van Houwelingen, t.a.p.

overheidsingrijpen op het gebied van letselschade geen consistent beleid ten grondslag ligt, maar gelegenheidspolitiek.

6.5 Conclusie

De onderzochte letselschadedossiers tonen aan dat het overheidsingrijpen op het gebied van letselschade, ondanks het door de toenmalige Minister van Justitie Donner in 2004 geformuleerde uitgangspunt, omvangrijk is. In deze bijdrage is dan ook getracht een antwoord te geven op de vraag hoe het geconstateerde overheidsingrijpen zich verhoudt met de door Donner bepleite terughoudendheid.

Er kunnen drie categorieën overheidsingrijpen worden onderscheiden: het hervormen van de letselschaderegeling, de compensatie van letselschadeslachtoffers en de vergoedbaarheid van verschillende soorten schade. Uit het onderzoek blijkt dat de door Donner bepleite terughoudendheid betrekking heeft op de eerste twee categorieën overheidsingrijpen, maar niet op de laatste. Het overheidsingrijpen in de categorie hervorming van de letselschaderegeling kan niet telkens worden aangemerkt als het opstellen van randvoorwaarden; niet alle hervormingen zien immers op het versnellen van de afhandeling van letselschadezaken.⁹⁵ Derhalve correspondeert het overheidsingrijpen niet steeds met de bepleite terughoudendheid. Het overheidsingrijpen in de vorm compensatie van letselschadeslachtoffers correspondeert daarmee evenmin. De overheid compenseert namelijk slachtoffers in gevallen waarin geen sprake is van overheidsaansprakelijkheid, wat strijdig is met het door Hirsch Ballin verwoorde kabinetsstandpunt betreffende compensatie van letselschadeslachtoffers. Daarnaast blijkt dat rationele argumenten aangedragen in het politieke besluitvormingsproces voorafgaand aan overheidsingrijpen vaak niet doorslaggevend zijn voor de uitkomst daarvan.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het destijds door Minister Donner geformuleerde uitgangspunt weinig richting geeft aan overheidsingrijpen op het gebied van letselschade. Er lijkt eerder gelegenheidspolitiek te worden bedreven. Tot op zekere hoogte is dat onvermijdelijk, omdat het *ad hoc* karakter van letselschadedossiers veelal vraagt om een gericht overheidsoptreden. Daarnaast is de overheid gebonden aan het wetgevingsbeleid, waardoor vaak eerst het zelfregulerend vermogen

95 Volgens Klink is het doel van het opstellen van randvoorwaarden het bijdragen aan een snelle afhandeling van letselschadezaken. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 765, nr. 20, p. 1.

van de maatschappij zal worden aangesproken.⁹⁶ Ik kan me voorstellen dat economische motieven daarbij tevens een rol spelen; zelfregulering is immers goedkoper dan het opstellen van wetgeving.⁹⁷ Toch acht ik het bedrijven van gelegenheidspolitiek op het gebied van letselschade onwenselijk. Letselschadeslachtoffers hebben in het schaderegelingsproces behoefte aan duidelijkheid en zekerheid. Dat zou de overheid hun kunnen bieden door een vast uitgangspunt te formuleren waarop het overheidsingrijpen op het gebied van letselschade is gebaseerd. Dat uitgangspunt dient mijns inziens de nadruk te leggen op een actief overheidsbeleid op het gebied van letselschade, in plaats van de bepleite terughoudendheid. Dat komt letselschadeslachtoffers ten goede; zij hebben immers niet slechts behoefte aan financiële compensatie, maar ook aan erkenning van het hun aangedane leed.⁹⁸ Daartoe dient de overheid, consequenter dan thans het geval is, actief betrokken te zijn bij het stimuleren en ondersteunen van zelfreguleringsinitiatieven en de letselschaderegeling waar nodig te hervormen – niet slechts om het proces van afwikkeling te versnellen, maar ook om onredelijke en onwenselijke situaties te voorkomen of herstellen.⁹⁹ Daarnaast moet het uitgangspunt bij financiële compensatie van slachtoffers worden verduidelijkt; *ad hoc* regelingen zoals die in het legionelladossier geven burgers immers ten onrechte het gevoel dat de overheid de geleden schade uiteindelijk zal vergoeden wanneer deze niet verhaald kan worden.¹⁰⁰ Aldus valt er veel te zeggen voor een heroverweging van de door Donner bepleite terughoudendheid met overheidsingrijpen. Ik pleit dan ook voor een consistent overheidsbeleid op het gebied van letselschade.

96 Het kabinetsstandpunt betreffende het IAK is daarvan een voorbeeld. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 29 515, nr. 330.

97 Zie in dat verband het WODC rapport ‘Energie-efficiency, afwikkeling van letselschade, algemene voorwaarden bij taxi en kinderopvang - Vervolgstudie Maatschappelijke Reguleringsinstrumenten’, WODC 2011.

98 Zie daarover Akkermans e.a. 2008*; Philipsen & Eshuis 2010.

99 Een voorbeeld van een dergelijke onwenselijke situatie is dat een rechtsvordering reeds is verjaard op het moment dat de schade zich openbaart. Dat was het geval in het asbestdossier, waarop de overheid de wettelijke verjaringstermijn heeft gewijzigd.

100 Zie daarover Muller & Stolker 2001; Mertens e.a. 2003.

Literatuurlijst

Akkermans & Brans 2002

A.J. Akkermans & E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aquilae Libri 2002.

Akkermans e.a. 2008

A.J. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel II, Affectieschade*, Den Haag: WODC, 2008.

Akkermans e.a. 2008*

A.J. Akkermans e.a., 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008, p. 778-784.

Birkland 2001

T.A. Birkland, *An introduction to the policy process: theories, concepts and models of public policy making*, New York: M.E. Sharpe 2001.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, 'Compensatie voor geboorteschade – van aansprakelijkheid naar 'no fault'?', *AV&S* 2006-1, p. 8-24.

Commissie Deetman 2011

Commissie Deetman, *Seksueel misbruik van minderjarigen in de Rooms-Katholieke Kerk*, Amsterdam: Balans 2011.

Commissie Lindenbergh 2011

Commissie Lindenbergh, *Compensatie na seksueel misbruik van minderjarigen. Advies aan de Bisschoppenconferentie en de Konferentie van Nederlandse Religieuzen* 2011, te raadplegen op (www.klokk.nl).

Commissie Samson 2012

Commissie Samson, *Omringd door zorg, toch niet veilig. Seksueel misbruik van door de overheid uit huis geplaatste kinderen, 1945 tot heden*, Amsterdam: Boom 2012.

Van Erp e.a. 2007

E.J.M. van Erp e.a., 'Regeling voor schadevergoeding aan slachtoffers van di-ethylstilbestrol (des) een feit', *NTvG* 2007-151, p. 1197-1200.

Eshuis 2010

W.A. Eshuis, *Financiële schade door OPS? Onderzoek naar de financiële situatie van slachtoffers van OPS*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2010.

De Groot 2005

G. de Groot, 'Naar een buitenrechtelijk beroep op de rechter in deelgeschillen? Een potentieel middel tot verbetering van de afdoening van letselschadezaken', *TVP* 2005-4, p. 122-127.

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Hartlief 2013

T. Hartlief, 'Vergoeding na medische ongevallen. Van systemen naar mensen', *NJB* 2013-12 (Vooraf), p. 735.

Kortmann & Hamel 2004

S.C.J.J. Kortmann & B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (dissertatie Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Majone 1989

G. Majone, *Evidence, argument, and persuasion in the policy process*, New Haven: Yale University Press 1989.

Marijnissen 2010

H. Marijnissen, 'Asbest veel gevaarlijker dan gedacht', *Trouw* 16 januari 2010, www.trouw.nl.

Mertens e.a. 2003

F.J.H. Mertens e.a., *Pech moet weg*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

Muller & Stolker 2001

E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: BJu 2001.

Oude Hergelink 2011

A.S. Oude Hergelink, 'Volledige vergoeding van proceskosten: rake remedie of aanjager voor deelgeschillen?', in W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely, S.D. Lindenberg (red.), *Rake remedies – Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2011, p. 211-229.

Oudijk 2003

M.A. Oudijk, 'Overheid moet claimcultuur een halt toeroepen', *Volkskrant* 3 april 2003, www.volkskrant.nl.

Peeters 2007

M.G.P. Peeters, *Compensatie en erkenning voor werknemers met asbestziekten tussen 1978 en 2005. Een rechtssociologisch onderzoek* (proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam), Nijmegen: WLP 2007.

Philipsen & Eshuis 2010

N.J. Philipsen & W.A. Eshuis, 'Motieven voor schadeclaims inzake beroepsziekten: een empirisch onderzoek', *TVP* 2010-3, p. 75-79.

Ruers 2012

R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering* (proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam), Den Haag: BJu 2012.

Schipper & Van der Zalm 2010

M.P.G. Schipper & I. van der Zalm, 'Verwerping van het wetsvoorstel affectieschade', *AV&S* 2010-3, p. 112-114.

Smeehuijzen & Akkermans 2013

J.L. Smeehuijzen & A.J. Akkermans, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid* (Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu 2013.

Tuls 2011

M.A. Tuls, 'Het bevorderen van een buitengerechtigde afwikkeling door het introduceren van een nieuwe procesvorm; een parado6?', in W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely, S.D. Lindenberg (red.), *Rake remedies – Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2011, p. 191-209.

Weterings 2004

W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden* (proefschrift Universiteit van Tilburg), Den Haag: BJu 2004.

VII Het vrouwenquotum

Een politiek duwtje in de richting van een evenwichtige verdeling van zetels

J.K. Tempel

Met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013 is een quotumregeling in artikel 2:166/276 BW opgenomen, die erop ziet dat bij ‘grote’ vennootschappen ten minste 30% van het bestuur en de raad van commissarissen uit mannen, dan wel vrouwen bestaat (het ‘vrouwenquotum’). Indien vennootschappen niet voldoen aan het quotum, moeten zij hun redenen hiervoor opnemen in het jaarverslag volgens het pas-toe-of-leg-uit-beginsel. In de handhaving is een grote rol weggelegd voor de algemene vergadering van aandeelhouders, maar er zijn wellicht ook mogelijkheden voor belanghebbenden om een gerechtelijke procedure te starten. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of deze regeling naar verwachting effectief zal zijn of dat aanpassingen nodig zijn. Mijn verwachting is dat de regeling niet effectief zal zijn wegens gebrek aan toereikende handhavingsmethoden en de korte geldigheidsduur. Na een analyse van de ontwikkeling van gelijke behandelingswetgeving en een vergelijking met andere Europese landen, doe ik een aantal suggesties voor aanpassingen die zullen leiden tot een verbetering van de regeling.

7.1 Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht¹ op 1 januari 2013 is een nieuwe bepaling in het BW opgenomen die ziet op de meer evenwichtige verdeling van de zetels in raden van bestuur en raden van commissarissen over vrouwen en mannen (hierna: de regeling). Door een quotumvereiste van 30% op te nemen, hoopt de wetgever een evenwichtige verdeling van zetels te bewerkstelligen. De bepaling is voor de NV opgenomen in artikel 2:166 BW en voor de BV in artikel 2:276 BW. Zij houdt in dat van de zetels in raden van bestuur en raden van commissarissen ten minste 30% door mannen en ten minste 30% door vrouwen wordt bezet. In de praktijk zal vaak aan het quotum voor het aantal mannen voldaan

1 Wet van juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, 275.

zijn, maar dienen er vooral maatregelen te worden genomen om aan het quotum voor vrouwen te voldoen. Om die reden wordt er in de media vaak over het *vrouwenquotum* gesproken.²

De relevantie van dit onderwerp in het kader van Politiek Privaatrecht is te vinden in de interessante keuze van de wetgever om een maatschappelijk probleem dat op de politieke agenda is verschenen, te proberen op te lossen met een privaatrechtelijke regeling in het BW. Als belangrijk effect heeft deze keuze voor een privaatrechtelijke regeling dat er geen rol in de handhaving voor de overheid is weggelegd, maar alleen voor andere stakeholders. De evenredige verdeling van zetels is een typisch voorbeeld van politiek in die zin, dat met de regeling de samenleving in een bepaalde richting wordt gestuurd.³ De regeling is daardoor een ‘duwtje in de richting’ van een evenwichtige verdeling van zetels. Bovendien is bij de vraag naar de effectiviteit van de regeling een analyse van de symbolische functie van wetgeving (*symboolpolitiek*) op zijn plek.

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op deze regeling voor een evenwichtige verdeling van zetels. Ik zal daarbij met name aandacht besteden aan de vraag of verwacht kan worden dat de huidige regeling effectief zal zijn en of er eventueel aanpassingen van de regeling nodig zijn. Bij de beantwoording van deze vraag maak ik onderscheid tussen de symbolische functie en de instrumentele functie van een wet. Ook zal ik een vergelijking maken met andere Europese landen, die eveneens maatregelen op het gebied van een evenwichtige verdeling van zetels tussen mannen en vrouwen hebben getroffen. Vervolgens zal ik een aanbeveling doen tot aanpassingen die naar mijn mening tot een betere regeling zullen leiden.

7.2 De huidige regeling ter zake van een evenwichtige verdeling van zetels

7.2.1 *Politiek: de redenen voor invoering*

Het lage percentage vrouwen in de raden van bestuur en raden van commissarissen in Nederland is al langere tijd onderdeel van de maatschappelijke discussie en er is dan ook veel onderzoek naar gedaan.⁴ Er wordt in deze context regelmatig gesproken van het *glazen plafond*, waarmee ‘een onzichtbare barrière’ wordt bedoeld, ‘die vrouwen afhoudt van doorstro-

2 Zie bijvoorbeeld Gortzak 2011 en Stellinga 2011.

3 Zie voor deze benadering van politiek: Deschouwer & Hooghe 2011, p. 18-19.

4 Zie bijvoorbeeld McKinsey 2012 en Dutch Female Board Index 2012.

ming naar hogere leidinggevende functies'.⁵ Hoewel het bestaan van het glazen plafond door velen wordt ontkend,⁶ blijft het lage percentage vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen in Nederland een feit.⁷ Dat is opmerkelijk, aangezien al vaker uit onderzoek is gebleken dat een evenwichtige verdeling van zetels leidt tot betere prestaties van vennootschappen.⁸ Dit is, zo blijkt uit de toelichting van het amendement, dan ook reden geweest voor de invoering van de regeling in het BW. De regeling is het resultaat van het amendement van lid Kalma c.s. In de toelichting bij het amendement is te lezen:

‘Dit amendement sluit aan bij de op 24 april 2008 door een ruime Kamermeerderheid aangenomen motie-Kalma c.s. Daar werd gepleit voor het opnemen van streefcijfers voor de participatie van vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen in de code Tabaksblat. Aan deze motie is geen uitvoering gegeven.

Nederland kent in vergelijking tot andere landen een erg laag aantal vrouwen in bestuurlijke functies, en de verwachting is dat dit aantal op natuurlijke wijze nauwelijks zal groeien. Internationaal onderzoek heeft aangetoond dat een eenzijdige samenstelling van raden van bestuur en raden van commissarissen leidt tot slechtere financiële resultaten en uit overwegingen van arbeidsmarktbeleid problematisch is. Dus niet alleen vanuit emancipatoir oogpunt, maar ook om sociaal-economische redenen is deze tijdelijke overheidsmaatregel wenselijk.’⁹

In de Corporate Governance Code was voor beursvennootschappen al eerder een bepaling opgenomen voor een evenwichtige verdeling. Op grond van deze bepaling moet aandacht worden besteed aan de relevante aspecten van diversiteit en de concrete doelstelling die geldt ten aanzien van de diversiteit in de profielschets voor de omvang en de samenstelling van de raad van commissarissen.¹⁰

Zoals al eerder naar voren kwam, is de evenwichtige verdeling van zetels een typisch voorbeeld van politiek in die zin, dat met de regeling de samenleving in een bepaalde richting wordt gestuurd.¹¹ Het lage percentage vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen wordt – mede door

5 De Olde & Slinkman 1999, p. 3.

6 Zie bijvoorbeeld Stellinga 2009 en Winkel 2011.

7 Zie o.a. Dutch Female Board Index 2012.

8 Fagan, González Menéndez & Gómez Ansón 2012, p. 27.

9 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 14, p. 3.

10 Best practice III.3.1 CGC.

11 Zie voor deze benadering van politiek: Deschouwer & Hooghe 2011, p. 18-19.

de vermeende betere resultaten in geval van een evenredige verdeling – als een probleem ervaren en daarom is het gewenst dat de overheid bij dit probleem betrokken wordt.¹² De inmenging van de overheid heeft ten doel dit probleem op te lossen en een evenwichtige verdeling van zetels te bereiken. Opvallend is dat de wetgever hierbij heeft gekozen voor een privaatrechtelijke oplossing, namelijk het opnemen van een regeling in het BW. Er wordt in het kader van deze regeling echter ook gesproken van ‘symboolpolitiek’, omdat de huidige regeling – zoals verder in dit hoofdstuk wordt toegelicht – niet dwingend van karakter is.¹³

7.2.2 *Beperkt toepassingsgebied*

Niet van toepassing op alle soorten vennootschappen

De regeling is slechts beperkt toepasselijk. Zo zijn er alleen bepalingen voor een evenredige verdeling opgenomen voor de BV en NV. Dit betekent dat op andere rechtspersonen – zoals stichtingen, verenigingen en coöperaties – de regeling niet van toepassing is. De regeling is niet van toepassing op alle soorten vennootschappen, maar alleen op ‘grote’ vennootschappen.¹⁴ Om te kwalificeren als grote vennootschap, moet *niet* voldaan zijn aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 2:397 lid 1 BW. De rechtspersoon moet dus volgens artikel 2:397 lid 1 BW ‘op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata’ *niet* voldoen ‘aan twee of drie van de volgende vereisten:

- a. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting, bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan € 17 500 000;
- b. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 35 000 000;
- c. het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 250.’

Er wordt geschat dat er in Nederland zo ongeveer 4500 vennootschappen als ‘grote’ vennootschappen zijn aan te merken.¹⁵ In de wetsgeschiedenis bij artikel 2:166/276 BW komt niet naar voren, waarop de keuze voor de toepasselijkheid op alleen grote vennootschappen gebaseerd is. Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 2:397 lid 1 BW, het artikel waarnaar de regeling

12 Woerdman 2009, p. 22-25.

13 Gortzak 2011.

14 Hoewel de letterlijke wettekst tot andere interpretatie kan leiden, zie Koster 2011.

15 Lückerath-Rovers & Paans 2011.

in artikel 2:166/276 BW verwijst, blijkt dat het onderscheid tussen grote, middelgrote en kleine vennootschappen is gemaakt, om de administratieve lasten voor middelgrote en kleine vennootschappen zoveel mogelijk beperkt te houden.¹⁶ Daar voor deze regeling dezelfde onderverdeling in vennootschappen wordt gebruikt, is het waarschijnlijk dat de beperking van administratieve lasten voor kleine en grote vennootschappen ook reden is geweest om deze regeling alleen op grote vennootschappen van toepassing te laten zijn. De regeling geldt overigens alleen voor zetels die worden verdeeld over natuurlijke personen. Bij deze onderverdeling in vennootschappen moet in aanmerking genomen worden dat deze ‘grote’ vennootschappen ook verplicht zijn het structuurregime toe te passen op grond van artikel 2:153/263 BW en dus een verplichte raad van commissarissen moeten instellen.

Horizonbepaling

Voor de regeling geldt een horizonbepaling, die bepaalt dat de regeling van rechtswege vervalt op 1 januari 2016.¹⁷ De ratio hierachter is dat de regeling een kortdurende stimulans moet zijn om een evenwichtige verdeling tot stand te laten komen en dat als de evenwichtige verdeling er is, deze zich zelf in stand zal houden.¹⁸ De minister merkt hierbij wel op dat het ‘dan zittende kabinet kan bepalen of er aanleiding is voor verlenging van de regeling’.¹⁹

7.2.3 Pas-toe-of-leg-uit-beginsel uit artikel 2:391 lid 7 BW

Op de regeling is het *pas-toe-of-leg-uit-beginsel* van toepassing en dit is opgenomen in artikel 2:391 lid 7 BW. Indien een vennootschap, waarop de regeling van toepassing is, niet voldoet aan de regeling, moet in het jaarverslag uiteen worden gezet:

- a. waarom de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld;
- b. op welke wijze de vennootschap heeft getracht tot een evenwichtige verdeling van de zetels te komen; en
- c. op welke wijze de vennootschap beoogt in de toekomst een evenwichtige verdeling van zetels te realiseren.’

16 *Kamerstukken II* 2007/08, nr. 31 058, nr. 3, p. 2.

17 *Stb.* 2011, 275, art. VII en VIII.

18 Lückcrath-Rovers 2012, p. 512.

19 *Kamerstukken I* 2010/11, nr. 31 763, C, p. 25.

Door dit pas-toe-of-leg-uit-beginsel wordt er bijvoorbeeld rekening gehouden met branches waarin weinig vrouwen werkzaam zijn. De algemene vergadering van aandeelhouders moet vervolgens besluiten of de uitleg voldoende is.²⁰

7.3 Effectiviteit van de regeling

7.3.1 *De effectiviteitsvraag*

De effectiviteit van een specifieke wet is een belangrijke vraag in de analyse van een wettelijke regeling: wanneer kan een wet als effectief bestempeld worden? Als bij de effectiviteitsvraag de benadering van Griffiths wordt gevolgd, gaat het hierbij om de vraag in hoeverre de wetgever zijn doelstellingen heeft kunnen verwezenlijken.²¹ In het kader van de evenwichtige verdeling van zetels is de doelstelling overduidelijk: de wetgever heeft ten doel om een evenwichtige verdeling van zetels te bereiken. Aangezien de regeling nieuw is, kunnen er alleen voorspellingen over de te verwachten effectiviteit worden gedaan. Door de huidige situatie te beschouwen kan vastgesteld worden welke veranderingen er dienen plaats te vinden om tot het gewenste resultaat te komen. Vervolgens kan aan de hand van de beschikbare handhavingmethoden een prognose worden gemaakt of de regeling effectief zal zijn.

De vraag naar de effectiviteit van de regeling is ook interessant met het oog op het voorstel tot de richtlijn van de Europese Commissie. Deze voorgestelde richtlijn heeft ten doel dat in 2020 40% van de niet-uitvoerende bestuursfuncties van beursgenoteerde ondernemingen door vrouwen bekleed worden.²²

7.3.2 *De huidige situatie*

Zoals hierboven al is toegelicht, zijn er naar schatting ongeveer 4500 vennootschappen die onder de regeling voor een evenwichtige verdeling van zetels vallen. Daar een onderzoek naar de verdeling van zetels in al deze vennootschappen nog ontbreekt, zal ik mij richten op het onderzoek van Lückcrath-Rovers, de Dutch Female Board Index.²³ In september 2012 publiceerde Lückcrath-Rovers haar jaarlijkse overzicht van het aantal zetels

20 *Kamerstukken I* 2010/11, nr. 31 763, C, p. 25.

21 Griffiths 1978, p. 1-4.

22 Com(2012)614 def., p. 5-6.

23 Dutch Female Board Index 2012.

dat bekleed wordt door vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen van de Nederlandse naamloze vennootschappen die genoteerd zijn aan Euronext Amsterdam. Op dat moment voldeed slechts één van deze 96 vennootschappen aan het streefgetal van 30% vrouwen in de raad van bestuur en in de raad van commissarissen, namelijk TNT Express.²⁴ Bovendien hadden 50 van de 96 onderzochte vennootschappen geen enkele vrouw in de raad van bestuur of raad van commissarissen.²⁵ Ook uit andere onderzoeken blijkt dat het percentage vrouwen dat zitting heeft in de raad van bestuur van een Nederlandse vennootschap nog ver onder de 30% ligt.²⁶ Hoewel geen van deze onderzoeken de gehele groep vennootschappen betreft waarop de regeling van toepassing is, kan naar aanleiding van deze cijfers wel geconcludeerd worden dat serieuze maatregelen dienen te worden genomen om het quotum van 30% te behalen.

7.3.3 *Symbolpolitiek voldoende?*

In de wetgeving kan er onderscheid worden gemaakt tussen een *instrumentele wet* en een *symboolwet*. Bij een instrumentele wet is het van belang dat de wetgever de wet ook daadwerkelijk handhaaft, maar bij een symboolwet is dit niet nodig. Met een symboolwet wordt door de wetgever een bepaalde sociale norm of waarde uitgedrukt, die door de enkele status als wet – zonder verdere inspanning van de wetgever – al effect sorteert.²⁷ De functie van de wet, symbolisch of instrumenteel, is van belang voor de effectiviteitsvraag. Als het in het kader van een evenwichtige verdeling van zetels voldoende is om enkel een symboolwet op te nemen en hiermee al genoeg aandacht wordt gevestigd op het probleem van een onevenwichtige verdeling van zetels, dan zijn eventueel beschikbare handhavingmethoden minder relevant om tot een effectieve regeling te komen.

Het vervaardigen van regels zonder effectieve handhavingmethoden past bij de ontwikkeling in Nederland waarbij steeds meer van de *command and control*-regelgeving wordt afgestapt en er meer in een richting van sociale controle en zelfregulering wordt gestuurd.²⁸ De vraag is of sociale controle en zelfregulering ook effectief zijn in het kader van een evenwichtige verdeling van zetels. Het is moeilijk hierover voorspellingen te doen, maar er kan wel gekeken worden naar de invloed van sociale controle in

24 Dutch Female Board Index 2012, p. 6.

25 Dutch Female Board Index 2012, p. 5.

26 19% volgens McKinsey 2012, p. 6 en 12,5% volgens Egon Zehnder International 2012, p. 5.

27 Gusfield 1967, p. 175-176.

28 Van Erp 2009, p. 26-27.

andere gebieden. Interessant voor de invloed van sociale controle is het onderzoek van Van Erp naar de effecten van *naming en shaming* in het markttoezicht.²⁹ Aangezien de regeling van een evenwichtige verdeling van zetels overeenkomsten heeft met financiële regulering – het pas-toe-of-leg-uit-beginsel stelt immers eisen aan het jaarverslag en er zou een soortgelijk *naming en shaming*-effect kunnen uitgaan van de gepubliceerde onderzoeken naar vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen – is dit onderzoek interessant voor een analyse van de regeling van evenwichtige verdeling van zetels. Van Erp onderzoekt het effect van *naming en shaming* vanuit vier perspectieven: het consumentenperspectief, het bestraffingsperspectief, het preventieperspectief en het legitimeringsperspectief.³⁰ De conclusie van het onderzoek is dat het met de huidige methoden van *naming en shaming* nog niet is gelukt om een ‘proces van informele sociale controle’ in werking te stellen en dat de effecten afhankelijk zijn van de publiciteit die gegenereerd wordt en de reacties van stakeholders.³¹ Als er vervolgens een vergelijking wordt gemaakt met de evenwichtige verdeling van zetels, zou dit voor de regeling kunnen betekenen dat eventuele (dreiging van) reputatieschade, omdat een vennootschap niet voldoet aan het quorum en dit in een onderzoek gepubliceerd wordt, onvoldoende is om de regeling effectief te doen zijn. Toch kan het zijn dat het niet voldoen aan de eisen van een evenwichtige verdeling andere effecten sorteert dan het niet voldoen aan financiële regelgeving uit het onderzoek van Van Erp. De regeling van een evenwichtige verdeling drukt namelijk – anders dan zuiver financiële regelgeving – ook een sociale waarde uit: emancipatie. De effecten kunnen hierdoor afwijken van de effecten die uit het onderzoek van Van Erp naar voren komen, omdat de diverse stakeholders andere motieven kunnen hebben die ertoe kunnen leiden dat zij hier wel gevolgen willen verbinden in de vorm van sociale controle aan de niet-naleving. De daadwerkelijke effecten in Nederland kunnen echter moeilijk voorspeld worden.

7.3.4 *Handhavingsmethoden*

Zoals hierboven al is behandeld, zijn er in de huidige regeling geen sancties gesteld op niet-naleving van de regeling. Toch staat het vennootschappen niet geheel vrij om de regeling te negeren, er moet immers rekening worden gehouden met het pas-toe-of-leg-uit-beginsel. Op basis van dit beginsel moet in het jaarverslag worden opgenomen waarom een vennootschap eventueel afwijkt van de regeling. De vraag is, wat er voor mogelijkheden

29 Van Erp 2009.

30 Van Erp 2009, p. 33-51.

31 Van Erp 2009, p. 166-167.

zijn om de huidige regeling voor een evenwichtige verdeling van zetels te handhaven en of verwacht kan worden dat deze handhavingmethoden effectief zullen zijn.

Algemene vergadering van aandeelhouders

Uit de toelichting van de minister bij de regeling komt naar voren dat er een belangrijke rol in de handhaving is weggelegd voor de algemene vergadering van aandeelhouders.³² Daar de vennootschap verplicht het structuurregime zal toepassen op grond van artikel 2:153/263 BW, vervult de algemene vergadering van aandeelhouders geen rol bij het benoemen van bestuurders, zoals bij een gewone vennootschap, maar benoemt de algemene vergadering van aandeelhouders de commissarissen (art. 2:148/268 lid 4 BW) en heeft zij de bevoegdheid om hen – gezamenlijk – te ontslaan (art. 2:161a/271a BW). De bestuurders worden benoemd en ontslagen door de raad van commissarissen (art. 2:162/272 BW). Met de bevoegdheid om de raad van commissarissen te benoemen heeft de algemene vergadering van aandeelhouders een belangrijk middel om tot een evenwichtige verdeling van zetels te komen. Bovendien moet het bestuur op grond van artikel 2:100/210 lid 1 BW het jaarverslag aan de aandeelhouders ter inzage leggen. De aandeelhouders kunnen hiermee controleren of het pas-toe-of-leg-uit-beginsel is nageleefd.

Het is duidelijk dat de algemene vergadering van aandeelhouders belangrijke bevoegdheden heeft, waarmee de evenwichtige verdeling van zetels kan worden bereikt. De vraag is echter of het ook effectief is om de algemene vergadering van aandeelhouders een belangrijke rol toe te kennen in de handhaving van de regeling. Het is zeer waarschijnlijk dat de aandacht van de aandeelhouders niet snel zal uitgaan naar een evenwichtige verdeling van zetels in raden van bestuur en raden van commissarissen, omdat aandeelhouders vaak andere prioriteiten hebben, zoals de vaststelling van de jaarrekening en van een eventuele dividenduitkering. Er bestaan echter verenigingen van aandeelhouders die tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders de aandacht vragen voor bepaalde onderwerpen waar de vennootschapsbesturen waarschijnlijk niet uit eigen beweging een belangrijke rol aan zouden toekennen. Een voorbeeld is de Vereniging van Duurzame Beleggers (VBDO), die namens haar leden tijdens de algemene vergaderingen van aandeelhouders van grote Nederlandse vennootschappen vragen stelt over duurzaamheid en maatschappelijk verantwoord ondernemen.³³ De VBDO heeft op deze manier een invloedrijke positie verkregen. Als een

32 Zo blijkt ook uit *Kamerstukken I* 2010/11, nr. 31 763, C, p. 25.

33 Zie voor meer informatie www.vbdo.nl.

vereniging als de VBDO op eenzelfde manier de evenwichtige verdeling van zetels onder de aandacht weet te brengen, kan dat van grote invloed zijn op de houding van zowel het vennootschapsbestuur zelf, als de rest van de aandeelhouders en zodoende ook op de effectiviteit van de regeling. Het bestuur doet er namelijk verstandig aan de reële wensen van de aandeelhouders, als de belangrijkste kapitaalverschaffers, te respecteren.

Vernietiging besluit op grond van artikel 2:15 BW

Het zal wellicht mogelijk zijn om een aanstellingsbesluit van een commissaris of bestuurder in strijd met artikel 2:166/276 BW te vernietigen op grond van artikel 2:15 BW. Er is geen sprake van nietigheid op grond van artikel 2:14 BW, omdat de regeling van evenwichtig bestuur niet geheel van dwingendrechtelijke aard is – afwijkingen zijn immers toegestaan.³⁴ Artikel 2:15 lid 2 BW biedt echter wel een mogelijkheid om een besluit te vernietigen indien er sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid uit artikel 2:8 BW. Het is in het kader van deze regeling zeker mogelijk dat het benoemingsbesluit van een bestuurder of commissaris in strijd met artikel 2:166/276 BW ook in strijd met de redelijkheid en billijkheid zal zijn indien het pas-toe-of-leg-uit-beginsel niet goed nageleefd is. Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan de situatie waarin wederom een mannelijke bestuurder wordt benoemd in een geheel mannelijk bestuur, ondanks de sollicitatie van een net zo goed gekwalificeerde vrouw. Opgemerkt dient hierbij te worden dat de rechter in dergelijke zaken slechts marginaal mag toetsen. Het besluitvormende orgaan heeft namelijk beleidsvrijheid in het nemen van zijn besluiten.³⁵ Op grond van artikel 2:15 lid 3 BW kan iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting die niet is nagekomen een vordering instellen bij de rechtbank. Voor een redelijk belang moet het belang van de eisende partij door niet-naleving geschaad worden.³⁶ Artikel 2:15 BW ziet op de interne verhouding binnen de rechtspersoon.³⁷

De vraag is of deze handhavingmethode effectief zal zijn. Allereerst dient hierbij te worden opgemerkt dat deze mogelijke vernietiging van besluiten casuïstisch van aard is, waarbij de specifieke omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen. Er moet sprake zijn van een specifieke situatie waarin sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid en de vernietiging van het besluit een gepaste sanctie is. Bovendien is het dan nog maar

34 *Kamerstukken I* 2010/11, nr. 31 763, C, p. 26.

35 Van Schilfgaarde & Winter 2009, nr. 96.

36 Huizink (*Rechtspersonen*), art. 15, aant. 7.3.

37 Lennarts 2011 (*T&C Burgerlijk Wetboek*), art. 2:15 BW, aant. 2.

de vraag of in plaats van de benoeming van een mannelijke bestuurder of commissaris, ook daadwerkelijk een vrouw zal worden benoemd. Het kan immers zo zijn dat ten tijde van het vernietigingsbesluit de verhoudingen tussen de vrouwelijke kandidaat en de vennootschap al zodanig zijn verstoord of dat er al zoveel tijd is verstreken, dat zij geen geschikte kandidaat meer is. Ook kunnen rechters in verband met de noviteit en het tijdelijke karakter van de regeling, terughoudend zijn in het verbinden van rechtsgevolgen aan handelen in strijd met de regeling. In dit kader dient nog altijd rekening te worden gehouden met gelijke behandelingswetgeving. Er kan namelijk gezegd worden dat er sprake is van een spanningsveld tussen de regeling en de gelijke behandelingswetgeving als voor het voldoen aan de regeling vrouwen ten onrechte worden bevoordeeld ten opzichte van mannen.³⁸

Verzoek tot correctie bij de Ondernemingskamer door belanghebbende

Een andere mogelijkheid bestaat op grond van de artikelen 2:447-448 BW. Op basis hiervan kan door een belanghebbende een verzoek worden ingediend bij de Ondernemingskamer voor een bevel het jaarverslag te corrigeren, omdat het in strijd is met titel 9 van het BW (waarin het pas-toe-of-leg-uit-beginsel is opgenomen in artikel 2:391 lid 7 BW). De belanghebbende kan, bij ontbreken van een uitleg waarom de regeling niet is nageleefd, een verzoek doen dat deze uitleg alsnog wordt opgenomen, zodat het pas-toe-of-leg-uit-beginsel wordt nageleefd. De vraag is of het instellen van een dergelijke jaarrekeningprocedure ook uiteindelijk effect zal hebben op de daadwerkelijke verdeling van zetels bij de rechtspersoon, omdat de correctie uiteindelijk alleen zal zien op dat wat is opgenomen in het jaarverslag en de vennootschap niet verplicht wordt om meer vrouwelijke bestuurders en commissarissen aan te nemen. De waarde van de jaarrekeningprocedure is dan vooral te vinden in het feit dat op deze manier de evenwichtige verdeling van zetels onder de aandacht kan worden gebracht en verder als pressiemiddel kan worden gebruikt.

7.3.5 Tijdelijk karakter

Zoals hierboven al is besproken zal het tijdelijk karakter van de regeling van grote invloed zijn op de effectiviteit van de regeling. De regeling is door de horizonbepaling maar drie jaar in werking, van 1 januari 2013 tot 1 januari 2016. Door een aantal auteurs is opgemerkt dat de tijdsduur van

38 Van der Windt 2012, p. 14-15.

deze regeling erg kort is om het gewenste doel te behalen, gezien het feit dat het aantal benoemingsmomenten voor bestuurders en commissarissen te laag is om voldoende vrouwen in deze posities te benoemen. Er is namelijk vaak sprake van automatische herbenoeming van zittende bestuurders en commissarissen.³⁹ De regeling is immers maar tot januari 2016 van kracht en uit bijvoorbeeld de Dutch Female Board Index 2012 blijkt dat de gemiddelde zittingsduur van zowel bestuurders als commissarissen ongeveer 6 jaar is.⁴⁰ Wel dient te worden opgemerkt dat er een evaluatie van de regeling zal plaatsvinden, die kan leiden tot een verlenging van de regeling.⁴¹ Indien de regeling in 2016 inderdaad komt te vervallen, is er een grote kans dat zij niet effectief is geweest in het bereiken van een evenwichtige verdeling van zetels en zal de kans groot zijn dat de veronderstelling van de wetgever, dat de evenwichtige verdeling zich tegen die tijd zelf in stand zal houden,⁴² onjuist blijkt.

7.3.6 *Conclusie: huidige regeling niet effectief om evenwichtige verdeling te bereiken*

Aan de hand van het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat het moeilijk is om een betrouwbare voorspelling over de effectiviteit van de regeling te doen, maar dat er aanwijzingen zijn dat – vooral als men kijkt naar de huidige situatie en het beoogde doel van de regeling – de regeling niet effectief zal zijn. Bij de huidige regeling lijken effectieve handhavingsmethoden te ontbreken, omdat ofwel initiatief is vereist van bepaalde organen, waarvan onzeker is of hun prioriteit bij een evenwichtige verdeling van zetels ligt, ofwel de uitkomst erg onzeker is in verband met een moeilijk voorspelbare houding van de rechter in deze nieuwe problematiek. Er zou echter wel een symbolische werking van de regeling kunnen uitgaan. De vraag is dus of er aanpassingen dienen te worden gedaan om tot een effectievere regeling te komen.

39 Lückcrath-Rovers & Paans 2011, p. 162-163, Van der Windt 2012, p. 13.

40 Dutch Female Board Index 2012, p. 8.

41 *Kamerstukken I* 2010/11, nr. 31 763, C, p. 25.

42 Lückcrath-Rovers 2012, p. 512.

7.4 Zijn aanpassingen nodig om tot een effectievere regeling te komen?

7.4.1 *Ontwikkeling gelijke behandelingswetgeving in Nederland*

De regeling heeft duidelijk een emancipatoir karakter. Daarom is het interessant om te bezien hoe de Nederlandse wetgever eerdere emancipatoire regelingen heeft vormgegeven, met als belangrijk onderdeel in de ontwikkeling de totstandkoming van de Wet Gelijke Behandeling. In het proefschrift van Van Klink komt naar voren dat de aanpak van de overheid sinds de start van het emancipatiebeleid in de jaren zeventig vooral gekenmerkt wordt 'door de inzet van relatief milde sturingsmiddelen van communicatieve aard', maar ook dat deze aanpak verandert en strenger wordt na verloop van tijd – met als belangrijke aanwijzing voor deze verandering van aanpak de strafbaarstelling van seksdiscriminatie.⁴³ Ook merkt Van Klink op dat gelijke behandelingswetgeving meerdere functies heeft: een instrumentele functie om een gedragsverandering te bewerkstelligen en het uitdrukken van een bepaalde sociale waarde.⁴⁴ Het uitdrukken van deze sociale waarde kan worden opgevat als symboolpolitiek. Het onderscheid tussen de symbolische en instrumentele functie is naar mijn mening ook relevant voor de regeling van evenwichtige verdeling van zetels. Voor de symbolische functie zijn handhavingsmethoden niet nodig, maar voor een succesvolle vervulling van de instrumentele functie is waarschijnlijk wel nodig dat er effectieve handhavingsmethoden zijn.⁴⁵ Het lijkt mij dat in de ontwikkeling van gelijke behandelingswetgeving een bewuste keuze is gemaakt om de wetgeving ook een instrumentele functie toe te kennen, waarschijnlijk omdat de eerdere aanpak niet voldoende effectief was. Daarom is het naar mijn mening een stap terug in de ontwikkeling om bij deze regeling te volstaan met een enkel symbolische functie. Ik pleit voor de erkenning van de instrumentele functie van de regeling en een verbetering van de hiervoor benodigde handhavingsmethoden.

7.4.2 *Vergelijking met andere Europese landen*

In Europa worden er in steeds meer landen maatregelen getroffen om een evenwichtige verdeling van zetels in raden van bestuur en raden van commissarissen te bewerkstelligen. In de vorm en in de gevolgen van deze maatregelen zijn grote verschillen te ontdekken. Verreweg de extreemste maar

43 Van Klink 1998, p. 256-265.

44 Van Klink 1998, p. 257.

45 Van Klink 1998, p. 48-49.

ook succesvolste maatregelen werden getroffen in Noorwegen. Daar geldt een vrouwenquotum van 40% bij beursgenoteerde vennootschappen en kan niet-naleving zelfs liquidatie van de vennootschap als gevolg hebben (maar dit is in de praktijk niet voorgekomen). De regeling in Noorwegen is – vooral door de strenge sancties – erg succesvol. Zo werd al in 2008 39% van de zetels door vrouwen bekleed.⁴⁶ Toch is de regeling niet zonder kritiek gebleven, mede door de zwaarte van de sancties en het gebrek aan geschikte vrouwen.⁴⁷

In Spanje is in 2007 een wet aangenomen die vergelijkbaar is met de Nederlandse regeling. De regeling is meer sturend van aard – er moet door vennootschappen een gelijkheidsplan worden opgesteld – en er zijn geen sancties voor vennootschappen die de regeling niet naleven. Wel krijgen vennootschappen die voldoen aan het quotum een voorkeurspositie in aanbestedingsprocedures.⁴⁸ De regeling heeft als doel dat in 2015 40% van de zetels van raden van bestuur en raden van commissarissen door vrouwen wordt bekleed. De huidige verwachting is dat dit doel te ambitieus is, maar er is wel een verbetering zichtbaar wat betreft de evenwichtige verdeling.⁴⁹

Tegenwoordig hebben al meer Europese landen – zoals Frankrijk, Italië, België, IJsland en natuurlijk ook Nederland – de ingezette trend gevolgd door zelf in een of andere vorm streefcijfers voor een evenwichtige verdeling op te nemen.⁵⁰ Aangezien in deze landen de regeling vaak recentelijk is ingevoerd, is het moeilijk om de effectiviteit van deze nieuwe regelingen te beoordelen.

Een interessant geval is de situatie in Finland. In Finland zijn er enkel niet-verplichte streefcijfers door de overheid gepubliceerd, maar door aandacht en goedkeuring van topmensen uit het Finse bedrijfsleven is het aantal zetels dat door vrouwen wordt bekleed flink gestegen in de afgelopen jaren.⁵¹ Finland is daarom een voorbeeld van een situatie waarbij symboolpolitiek zonder sancties voldoende is gebleken om de gewenste resultaten te bereiken.

Hoewel Finland een uitzondering is, denk ik dat er aan de hand van de ervaringen van andere Europese landen geconcludeerd mag worden dat

46 Villiers 2010, p. 552-553.

47 Hoff Sommers 2013.

48 Villiers 2010, p. 554-555.

49 Paul Hastings 2012, p. 26.

50 Fagan, González Menéndez & Gómez Ansón 2012, p. 33.

51 Sweigart 2012, p. 88A.

geschikte handhavingsmethoden nodig zijn om tot een effectieve regeling te komen. De regeling in Noorwegen is immers bijzonder effectief gebleken door de strenge handhavingsmethoden, terwijl in Spanje de verwachtingen zijn dat de regeling niet effectief zal zijn. Bovendien wordt er in de meeste Europese landen met een regeling wel op een of andere wijze een gevolg verbonden aan niet-naleving van de regeling.⁵² Het lijkt mij nuttig om naar deze nationale regelingen te kijken voor inspiratie om de Nederlandse regeling te verbeteren.

7.4.3 *Aanpassingen nodig?*

Daar hiervoor al is opgemerkt dat er twijfels zijn over de effectiviteit van de huidige regeling en het belang van effectieve handhavingsmethoden voor de vervulling van de instrumentele functie is verduidelijkt, lijkt het mij nodig dat de regeling inderdaad wordt aangepast om tot een betere regeling te komen. De noodzakelijkheid van aanpassingen komt ook voort uit een analyse van nationale regelingen uit andere Europese landen. Uit deze nationale regelingen van andere landen kan inspiratie worden geput voor mogelijke aanpassingen van de Nederlandse regeling. Op basis van deze analyse doe ik graag een aantal suggesties voor aanpassingen die leiden tot een verbetering van de regeling. Deze aanpassingen zullen de huidige handhavingsmethoden aanvullen, waardoor de instrumentele functie van de regeling beter tot haar recht komt, maar houden de kern van de huidige regeling wel in stand.

7.5 Suggesties voor aanpassingen

7.5.1 *Schrappen horizonbepaling*

De belangrijkste maatregel die ik voorstel, is het schrappen van de horizonbepaling die meebrengt dat de regeling al per 1 januari 2016 komt te vervallen.⁵³ Bij de beantwoording van de effectiviteitsvraag is duidelijk geworden dat het vrijwel onmogelijk is dat met de huidige regeling al in 2016 aan de streefcijfers wordt voldaan. Bovendien hanteren andere landen met een tijdelijke regeling een aanzienlijk langere werkingsperiode. In Italië is de regeling bijvoorbeeld negen jaar in werking⁵⁴ en in België twaalf

52 Fagan, González Menéndez & Gómez Ansón 2012, p. 33.

53 *Stb.* 2011, 275, art. VII en VIII.

54 Paul Hastings 2012, p. 15.

jaar.⁵⁵ Om de resultaten van de regeling afdoend te kunnen evalueren is een langere werkingsperiode noodzakelijk.

7.5.2 *Boete bij niet-naleving pas-toe-of-leg-uit-beginsel*

Het opnemen van de mogelijkheid om vennootschappen te sanctioneren in geval van niet-naleving van het pas-toe-of-leg-uit-beginsel zal naar mijn mening ook leiden tot een verbetering van de huidige regeling. Zoals hiervoor is behandeld, biedt het pas-toe-of-leg-uit-beginsel vennootschappen een grote mate van vrijheid. Met het pas-toe-of-leg-uit-beginsel worden vennootschappen niet gedwongen om koste wat kost een vrouw te benoemen, maar hebben zij ruimte om af te wijken, indien hiervoor een goede reden bestaat. Een goede reden is bijvoorbeeld dat er te weinig geschikte vrouwen werkzaam zijn in de specifieke branche.⁵⁶ In Noorwegen heeft het gebrek aan mogelijkheden tot afwijken geleid tot een situatie met een zogenoemd *old girls network*, waarbij circa 70 vrouwen samen 300 toezichthoudende functies vervullen. Dit heeft veel kritiek opgeroepen.⁵⁷ Een dergelijke situatie zal zich niet snel voordoen in Nederland als het pas-toe-of-leg-uit-beginsel blijft gelden. Toch zal het pas-toe-of-leg-uit-beginsel gerespecteerd dienen te worden. Zelfs al besluiten vennootschappen dat zij niet kunnen voldoen aan het 30%-quotum, dan dwingt het pas-toe-of-leg-uit-beginsel van de regeling dat zij hier wel aandacht aan besteden en de problematiek rondom een evenwichtige verdeling niet zonder consequenties kunnen negeren. Door een sanctie te stellen op niet-naleving wordt de regeling meer kracht bijgezet en is er geen sprake meer van enkel en alleen symboolpolitiek.

Een passende sanctie bij niet-naleving van het pas-toe-of-leg-uit-beginsel zou een boete of een dwangsom kunnen zijn. Een boete of dwangsom zal waarschijnlijk net de *incentive* zijn die vennootschappen nodig hebben om aandacht aan een evenwichtige verdeling te besteden. Er zijn ook andere landen die een sanctie in de vorm van een boete hebben op niet-naleving van hun regeling. Zo kunnen in zowel Noorwegen⁵⁸ als Italië⁵⁹ boetes worden opgelegd. Met deze aanpassing wordt gekozen voor bestuurlijke handhaving in plaats van de huidige privaatrechtelijke handhaving.

55 Paul Hastings 2012, p. 9.

56 *Kamerstukken I* 2010/11, nr. 31 763, C, p. 25.

57 Zie bijvoorbeeld: Hoff Sommers 2013.

58 Villiers 2010, p. 552-553.

59 Paul Hastings 2012, p. 15.

7.5.3 *Verhoging 30%-quotum naar 40%-quotum met het oog op de komst van een Europese richtlijn*

Momenteel geldt in Nederland een 30%-quotum. De reden voor de vaststelling van het quotum op 30% is niet duidelijk. Daar er een voorstel is gedaan voor een Europese richtlijn waarbij een quotum van 40% zal gelden voor niet-uitvoerende bestuurders⁶⁰ is het aan te raden om het quotum te verhogen naar 40%. Bovendien sluit een 40%-quotum beter aan bij de quota van andere Europese landen. Zo hebben Noorwegen, Spanje, IJsland en Frankrijk een quotum van 40% (en Italië en België zullen waarschijnlijk ook hun quotum moeten aanpassen van 33% naar 40%).⁶¹

7.5.4 *Geen liquidatie als sanctie*

In Noorwegen is het mogelijk om niet-naleving van de regeling te sanctioneren met liquidatie van de vennootschap.⁶² Een dergelijke sanctie gaat voor Nederland te ver. In Nederland heeft het ondernemingsrecht zowel een faciliërende als een regulerende functie.⁶³ De regulerende ondernemingsrechtelijke bepalingen moeten echter niet voor een beknellende regeldruk zorgen, waarmee de handelingsvrijheid van ondernemers en andere actoren wordt ingeperkt.⁶⁴ Het is belangrijk dat het Nederlandse ondernemingsrecht een goede verhouding tussen faciliërende en regulerende bepalingen kent, omdat het dan aantrekkelijk is voor bedrijven om zich in Nederland te vestigen. Als liquidatie als sanctie op niet-naleving van de regeling wordt gesteld, is dit naar mijn mening geen goede ontwikkeling van het ondernemingsrecht, omdat de faciliërende functie dan uit het oog wordt verloren. Bovendien zou een dergelijke regeling ongetwijfeld op grote weerstand stuiten vanuit het bedrijfsleven en de politiek, omdat het de vrijheid van bedrijven aanzienlijk inperkt en het maar de vraag is of een sanctie als liquidatie wel proportioneel is om een evenwichtige verdeling van zetels te bereiken.

7.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de nieuwe regeling voor een evenwichtige verdeling van zetels in raden van bestuur en raden van commissarissen uit artikel 2:166/276 BW onderzocht op haar vermoedelijke effectiviteit en is aan-

60 Com(2012)614 def.

61 Fagan, González Menéndez & Gómez Ansón 2012, p. 33.

62 Villiers 2010, p. 552.

63 Assink 2010.

64 Assink 2010.

dacht besteed aan de vraag of er aanpassingen nodig zijn. Mijn verwachting is dat de huidige regeling niet effectief zal zijn, maar hierbij dient de kanttekening te worden geplaatst dat precieze voorspellingen over de effectiviteit moeilijk zijn te doen. Er zijn serieuze maatregelen nodig om van de huidige situatie, waarin de vrouwelijke vertegenwoordiging in raden van bestuur en raden van commissarissen nog ver onder het 30%-quotum ligt, tot een evenwichtige verdeling van zetels te komen. De onderhavige regeling heeft zowel een symbolische als instrumentele functie. Symboolpolitiek alleen zal naar verwachting niet voldoende zijn en voor de instrumentele functie zijn geschikte handhavingsmethoden nodig. De verwachting is dat de huidige handhavingsmethoden, waarin een grote rol is weggelegd voor de algemene vergadering van aandeelhouders, niet effectief zullen zijn. Mijn conclusie is daarom – na een korte analyse van de ontwikkeling van gelijke behandelingswetgeving en een vergelijking met andere Europese landen – dat aanpassingen nodig zijn. De aanpassingen die ik heb voorgesteld voor de regeling in Nederland zijn het schrappen van de horizonbepaling, zodat de regeling langer in werking blijft, het instellen van een boete als het pas-toe-of-leg-uit-beginsel niet wordt nageleefd en een verhoging van het 30%-quotum naar een 40%-quotum met het oog op het voorstel van de Europese Commissie voor een nieuwe richtlijn. Deze aanpassingen bieden – anders dan een sanctie als liquidatie van de vennootschap – genoeg vrijheid voor bedrijven, omdat het pas-toe-of-leg-uit-beginsel in stand blijft. Met deze aanpassingen zou het vrouwenquotum een politiek duwtje in de richting van een evenwichtige verdeling van zetels zijn.

Literatuurlijst

Assink 2010

B.F. Assink, 'De Januskop van het ondernemingsrecht – Over faciëring en regulering van ondernemerschap', *Ondernemingsrecht* 2010-50, p. 248-259.

Deschouwer & Hooghe 2011

K. Deschouwer & M. Hooghe, *Politiek – Een inleiding in de politieke wetenschappen*, Den Haag: Boom Lemma 2011.

Egon Zehnder International 2012

Egon Zehnder International, *Global Board Index 7 – European Board Diversity Analysis 2012* (www.egonzehnder.com/diversity).

Van Erp 2009

J.G. van Erp, *Naming en shaming in het markttoezicht: een onderzoek naar de openbaarmaking van sancties op de financiële markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Fagan, González Menéndez & Gómez Ansón 2012

C. Fagan, M.C. González Menéndez & S. Gómez Ansón, *Women on Corporate Boards and in Top Management, European Trends and Policy*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2012.

Gortzak 2011

J. Gortzak, 'Vrouwenquotum nu symboolpolitiek', *Het Financieele Dagblad* 24 juni 2011, p. 9.

Griffiths 1978

J. Griffiths, *Is Law important?* Deventer: Kluwer 1978.

Gusfield 1967

J.R. Gusfield, 'Moral Passage: The Symbolic Process in Public Designation of Deviance', *Social Problems* nr 15, p. 175-188.

Hoff Sommers 2013

C. Hoff Sommers, 'Let's Not Oversell the Financial Benefits of Having Women on Corporate Boards', <http://www.theatlantic.com/se7es/archive/2013/05/lets-not-oversell-the-financial-benefits-of-having-women-on-corporate-boards/275842/>.

Huizink (Rechtspersonen)

J.B. Huizink, 'Redelijk belang', in: *Groene serie Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van Klink 1998

B.M.J. van Klink, *De wet als symbool: Over de wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Koster 2011

H. Koster, 'Wet bestuur en toezicht: Streefcijfers diversiteit', *Ondernemingsrecht* 2011-108, p. 547-548.

Lennarts 2011 (T&C Burgerlijk Wetboek)

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009.

Lückerath-Rovers 2012

M. Lückerath-Rovers, 'Ongeschreven regels of wetgeving? Het onderschatte belang van de zelfevaluatie door bestuur en toezicht', *Ondernemingsrecht* 2012-93, p. 510-515.

Lückerath-Rovers & Paans 2011

M. Lückerath-Rovers & S. Paans, 'De haalbaarheid van het quota wetsvoorstel', *Ondernemingsrecht* 2011-31, p. 160-164.

McKinsey 2012

McKinsey & Company, *Women matter 2012 – Making the breakthrough* (www.mckinsey.com).

De Olde & Slinkman 1999

C. de Olde & E. Slinkman, *Het glazen plafond – Een inventarisatie van cijfers, literatuur en onderzoek met betrekking tot de doorstroom van vrouwen naar de top*, 's-Gravenhage: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1999.

Paul Hastings 2012

Paul Hastings LLP, *Breaking the glass ceiling: women in the boardroom* (www.paulhastings.com).

Van Schilfgaarde & Winter 2009

P. van Schilfgaarde & J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009.

Stellinga 2009

M. Stellinga, *De mythe van het glazen plafond*, Amsterdam: Balans 2009.

Stellinga 2011

M. Stellinga, 'Welk probleem? De overheid dwingt bedrijven met quotum om topvrouwen te benoemen. Dat is schadelijk', *Elsevier* 2011-22, p. 14.

Villiers 2010

C. Villiers, 'Achieving gender balance in the boardroom: is it time for legislative action in the UK?', *Legal Studies* 2010, Vol. 30 no. 4, p. 533-557.

Van der Windt 2012

Th. van der Windt, 'Het onbehagen bij het quotumvereiste (M/V)', *Arbeidsrecht* 2012-3, p. 12-16.

Winkel 2011

R. Winkel, 'Ophouden met gezeur over glazen plafond', *Het Financieele Dagblad* 24 september 2011, p. 35.

Woerdman 2009

E. Woerdman, *Politiek en politicologie*, Groningen/Houten: Noordhoff 2009.

VIII De voorschotregeling: een ongedekte cheque?

L. Stevens

Sinds 2011 is er een voorschotregeling, die bewerkstelligt dat wanneer de strafrechter de schadevergoedingsmaatregel heeft opgelegd en de veroordeelde de schadevergoeding niet binnen acht maanden heeft betaald, de Staat het resterende bedrag aan het slachtoffer uitkeert. In deze bijdrage staat de vraag centraal of het bestaan van de voorschotregeling beslissingen van rechters en advocaten beïnvloedt. Uit interviews lijkt te volgen dat dit slechts in beperkte mate het geval is. Een uitzondering vormen mensenhandelzaken, waarin soms hoge bedragen aan schadevergoeding worden toegewezen. Over het algemeen wordt door rechters de schadevergoedingsmaatregel voor het volledig toegewezen bedrag opgelegd. Ook werd in een zaak echter onder verwijzing naar het financiële risico voor de overheid beslist de schadevergoedingsmaatregel te beperken. Naar de mening van de auteur zou het bestaan van de voorschotregeling voor rechters, met het recent gewijzigde criterium van niet-ontvankelijkheid van een vordering van een benadeelde partij, reden moeten zijn om de vordering van het slachtoffer zoveel als mogelijk binnen het strafproces af te doen. Daarnaast is het volgens respondenten wenselijk dat de wetgever duidelijkheid verstrekt over de ongelimiteerde toepasselijkheid van de voorschotregeling in mensenhandelzaken.

8.1 Inleiding

‘De dader betaalt, de overheid verhaalt, zo hoort het!’ Zo verwoordde staatssecretaris Teeven van Veiligheid en Justitie zijn visie op de voorschotregeling op de dag dat de eerste slachtoffers uit hoofde van deze regeling een uitkering ontvingen. De voorschotregeling werd ingevoerd met de Wet ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces (Wvps), welke op 1 januari 2011 in werking is getreden.¹ Deze regeling bewerkstelligt dat wanneer de strafrechter de schadevergoedingsmaatregel heeft opgelegd en de veroordeelde de schadevergoeding niet binnen acht maanden

¹ Wet van 17 december 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Stb.* 2010, nr. 1.

heeft betaald, de Staat het resterende bedrag aan het slachtoffer uitkeert.² De Staat tracht vervolgens dit bedrag op de veroordeelde te verhalen.

De uitspraak van staatssecretaris Teeven gaat uiteraard niet op wanneer het veroordeelden aan draagkracht ontbreekt. In dat geval zal de overheid ten minste een deel van het voorschot niet kunnen verhalen en daarmee meebetalen aan de schadevergoeding van het slachtoffer. In het wetgevingsproces is met name gediscussieerd over de mogelijke kosten van deze voorschotregeling en de vraag of de Staat zich zou opzadelen met de ‘ongedekte cheques’ van daders, wanneer bij hen onvoldoende geld kan worden geïnd om het voorgeschoten bedrag te compenseren.³

In deze bijdrage staat de vraag centraal of het bestaan van de voorschotregeling beslissingen van rechters en advocaten beïnvloedt. Zo kan de regeling een aanzuigende werking hebben, wanneer advocaten hun cliënten vaker dan voorheen adviseren te voegen in het strafproces om van de regeling gebruik te kunnen maken. Daarnaast kan de voorschotregeling ook beslissingen van strafrechters beïnvloeden. Zo kan de mogelijkheid dat de overheid opdraait voor de schade de rechter ertoe bewegen eerder niet-ontvankelijk te verklaren of hem terughoudender maken de schadevergoedingsmaatregel op te leggen. Ook een omgekeerd gevolg is denkbaar wanneer de rechter handelt vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming.⁴ De vraag is dus welke effecten van het bestaan van deze financiële voorziening uitgaan op adviezen van rechtshulpverleners en oordelen van rechters en hoe daarin het feit dat de schade mogelijk voor rekening van de overheid komt een rol speelt.

Om de centrale vraag te beantwoorden, heb ik vijf advocaten en zeven strafrechters geïnterviewd.⁵ Deelname aan de interviews vond plaats op

2 Art. 36f lid 6 Sr.

3 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 143, nr. 28, p. 18 (Verslag).

4 Deze afweging tussen overheidsfinanciën en slachtofferbescherming is ook zichtbaar bij het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid. Zo benadrukte A-G Spier in paragraaf 3.7.1 van zijn conclusie bij HR 30 november 2012, *NJ* 2012/689 dat het gemakkelijk aannemen van overheidsaansprakelijkheid leidt tot een zwaar beroep op de algemene middelen en dat de vanzelfsprekendheid waarmee velen zonder meer kiezen voor het onschuldige slachtoffer hem nooit zo heeft kunnen bekoren.

5 Met dank aan: I. Baggerman-Scherpenisse (MenS Advocaten), M. Bruins (Oudegracht Advocaten), J. Candido (Rechtbank Noord-Holland), G.A.M. van Dijk (Rechtbank Noord-Holland), M.A.A.T. Engbers (Rechtbank Midden-Nederland), J.A.M. Jansen (Rechtbank Noord-Holland), P.H.B. Littooy (Rechtbank Noord-Holland), M. Knijff (Rechtbank Den Haag), R.A. Korver (Korver

basis van vrijwilligheid. De geïnterviewde advocaten staan met enige regelmaat slachtoffers bij in het strafproces. Ik heb alle geïnterviewden aan de hand van een vaste vragenlijst gevraagd naar hun mening met betrekking tot de voorschotregeling en naar de factoren die een rol spelen in genoemde beslissingen. Vervolgens is gevraagd naar de mogelijkheid dat het bestaan van de voorschotregeling in deze beslissingen meespeelt. Ook zijn uitspraken van de eerdere geïnterviewden voorgelegd aan latere respondenten.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 worden de wetsgeschiedenis en de belangrijkste kenmerken van de voorschotregeling uiteengezet. In paragraaf 3 worden de uitkomsten van de interviews gepresenteerd. Deze uitkomsten worden geëvalueerd in paragraaf 4. De conclusie volgt in paragraaf 5.

8.2 De voorschotregeling

8.2.1 *Wetsgeschiedenis voorschotregeling*

De voorschotregeling is ingevoerd met de Wvps.⁶ Twintig jaar eerder was een voorstel ter invoering van een dergelijke regeling binnen de totstandkoming van de Wet Terwee door de toenmalige minister van Justitie verworpen, omdat hij het onwenselijk achtte dat de Staat de verantwoordelijkheid van misdrijfschade op zich zou nemen.⁷ In 2005 achtte de PvdA-fractie het in het kader van de Wvps sociaal rechtvaardig, wanneer de Staat een schadevergoeding na een bepaalde periode aan het slachtoffer zou voorschieten.⁸ Minister Donner reageerde afwijzend op het voorstel. Hij hield de dader verantwoordelijk voor het tenietdoen van de gevolgen van het door hem gepleegde strafbare feit. De burger diende bovendien te aanvaarden dat aan deelname aan het maatschappelijk verkeer bepaalde risico's verbonden zijn die niet op de Staat kunnen worden afgewenteld. De kosten van een dergelijke voorschotregeling noemde de minister slechts een bijkomend argument.⁹

& Van Essen Advocaten), M.J. Veldhuijzen (Rechtbank Midden-Nederland), L.A.M.G. Wellen (De Regt Sobral Wellen Advocaten), A.C. Zonneveld (Maet advocaten).

6 Wet van 17 december 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Stb.* 2010, nr. 1.

7 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 345, nr. 5, p. 14-15 (MvA).

8 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 143, nr. 5, p. 11-12.

9 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 143, nr. 8, p. 17.

Na het aantreden van het kabinet Balkenende IV dienden Kamerleden Wolfsen en Teeven in oktober 2007 een amendement in ter invoering van de voorschotregeling.¹⁰ Zij bepleitten een onbeperkte regeling voor slachtoffers van gewelds- of zedendelicten en een maximale uitkering van € 5000 voor slachtoffers van andere delicten. Bij de bespreking in het wetgevingsoverleg eind 2007 gaf het CDA aan nog bedenkingen te hebben bij de invoering van een ruime voorschotregeling, met als belangrijkste bezwaar dat niet bij iedere dader voldoende geld kan worden geïnd. De Staat zou zich met een ongedekte cheque opzadelen.¹¹ De minister wilde de regeling daarom beperken tot gewelds- en zedenmisdrijven, om te bezien hoe deze in de praktijk zou uitpakken en welk deel van de kosten voor rekening van de Staat zou blijven.¹²

8.2.2 De voorschotregeling in de wet

De voorschotregeling is opgenomen in lid 6 van artikel 36f Sr en is gekoppeld aan de schadevergoedingsmaatregel. Deze maatregel kan worden opgelegd wanneer de dader van een strafbaar feit civielrechtelijk aansprakelijk is voor de schade van de benadeelde.¹³ De veroordeelde zal het bedrag waarvoor de schadevergoedingsmaatregel is opgelegd moeten betalen aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer. De voorschotregeling behelst dat indien hij dit niet of niet volledig heeft gedaan binnen acht maanden na het onherroepelijk worden van het vonnis, de Staat het resterende bedrag uitkeert aan het slachtoffer, niet zijnde een rechtspersoon. Het CJIB is belast met de uitvoering van de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling.¹⁴

De minister heeft de toepasselijkheid van de regeling om voornoemde financiële redenen voor de eerste vijf jaar na inwerkingtreding beperkt tot slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven.¹⁵ Vanaf 2016 zal de voorschotregeling op alle misdrijven van toepassing zijn, hoewel voor andere

10 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 143, nr. 15.

11 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 143, nr. 28, p. 10-11 (Verslag).

12 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 143, nr. 28, p. 16-17 (Verslag); *Kamerstukken II* 2007/08, 30 143, nr. 24.

13 Art. 36f lid 2 Sr.

14 Art. 3 Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, 311.

15 Art. 1 lid 2 en art. 5 lid 2 Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel. Blijkens de toelichting treedt het besluit gelijktijdig met de Wet ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces (*Stb.* 2010, nr. 1) in werking op 1 januari 2011.

misdrijven dan gewelds- en zedendelicten een limiet van € 5000 geldt.¹⁶ Daarnaast is het werkingsbereik van de voorschotregeling vergroot door het besluit de regeling ook van toepassing te laten zijn op schadevergoedingsmaatregelen die op 24 september 2011 bij het CJIB nog als openstaand zijn geregistreerd.¹⁷ Oorspronkelijk had de regeling alleen betrekking op schadevergoedingsmaatregelen die waren opgelegd in zaken die onherroepelijk werden na 1 januari 2011.

8.3 Onderzoekresultaten

8.3.1 *Algemene visie partijen op voorschotregeling*

Het merendeel van de geïnterviewde advocaten van slachtoffers staan positief tegenover de regeling. Zij geven daarvoor verschillende redenen. Zo merkt een advocaat op dat een veroordeling in het verleden nogal eens een wassen neus was, omdat daders nu eenmaal niet zo kapitaalkrachtig zijn. Een andere advocaat benadrukt dat plegers van met name zware gewelds- en zedenmisdrijven vaak geen huis of salaris hebben waar beslag op kan worden gelegd en dat als deze daders soms de gevangenis in draaien, zij geen inkomen verdienen waarvan de vergoeding betaald kan worden. De voorschotregeling is een uitkomst voor slachtoffers die anders door de beperkte draagkracht van daders met hun schade zouden blijven zitten.

Een andere advocaat noemt de voorschotregeling een vorm van erkenning voor slachtoffers in een strafproces waarin over het algemeen weinig erkenning bestaat voor slachtoffers. Zo wordt het slachtoffer in een strafzaak vaak niet op de hoogte gesteld van de zittingsdatum en krijgt hij soms het dossier niet of onvolledig. Het is daarom als advocaat moeilijk om de positie van het slachtoffer te waarborgen. Meerdere advocaten voegen hieraan toe dat het voor slachtoffers vanuit een soort rechtvaardigheidsgevoel wel belangrijk is dat een zo groot mogelijk deel van de schadevergoeding wordt geïncasseerd bij de dader.

Slechts één advocaat is kritischer over de voorschotregeling. Deze raadsman erkent dat de regeling voor slachtoffers zeer gunstig is, maar vindt dat de regeling erg ver gaat. De overheid geeft hiermee het signaal af dat wanneer iemand ellende overkomt en de dader wordt gepakt, zij het slachtoffer zal compenseren. Deze advocaat acht dit discriminerend ten aanzien van slachtoffers waarvan de dader niet wordt gepakt en vraagt zich bovendien

16 Art. 2 Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, 311.

17 Beleidsregel uitbreiding voorschotregeling voor oude bij het CJIB nog openstaande schadevergoedingsmaatregelen.

af of de maatschappij moet opdraaien voor de ellende die is veroorzaakt door één individu. Volgens hem ademt de regeling de sfeer uit van ‘pech moet weg’, terwijl hij vindt dat degene die de pech heeft veroorzaakt de taak heeft dit op te lossen.

Ook de meeste geïnterviewde rechters staan positief tegenover de voorschotregeling. Eén van de geïnterviewde rechters vertelt dat de schadevergoeding uiteraard door de dader betaald moet worden. Maar wanneer diegene niet kan betalen, vindt hij het billijker dat de Staat dit voorschiet dan dat het slachtoffer niets krijgt of er lang op moet wachten. De voorschotregeling past volgens deze rechter goed in onze verzorgingsstaat.

Een andere rechter zegt dat het feit dat iemand slachtoffer wordt van een bepaald misdrijf doorgaans een kwestie is van de verkeerde persoon op de verkeerde plaats. Het heeft vaak niets met die persoon te maken. Hij vindt het daarom vanuit een sociale gedachte goed dat we als maatschappij voor de schade van deze slachtoffers opdraaien.

Twee rechters plaatsen kanttekeningen bij de voorschotregeling. Zo wordt benadrukt dat het uitgangspunt moet blijven dat als iemand schade heeft, deze zelf die schade draagt. Ook zegt een rechter bang te zijn dat wanneer teveel tegemoet wordt gekomen aan het ‘slachtoffer zijn’, het loont om slachtoffer te blijven. Aan de andere kant erkent hij dat de voorschotregeling voorkomt dat slachtoffers jarenlang maandelijks een klein bedrag overgemaakt krijgen. Op deze manier stelt de regeling slachtoffers wellicht juist in staat sneller hun eigen leven weer op te pakken.

8.3.2 *Aanzuigende werking van de voorschotregeling*

Advocaten zijn om voornoemde redenen positief over het bestaan van de voorschotregeling en noemen de regeling een enorme vooruitgang voor slachtoffers. Er bestaat een verband tussen het voegen in het strafproces en het toepasselijk zijn van de voorschotregeling. Hoewel de strafrechter bevoegd is de schadevergoedingsmaatregel op te leggen indien geen voeging benadeelde partij is ingesteld, zeggen de geïnterviewde rechters van deze mogelijkheid vrijwel nooit gebruik te maken. Door te voegen geeft het slachtoffer aan prijs te stellen op een schadevergoeding en wordt bovendien de schade onderbouwd. Toewijzing van de vordering gaat volgens rechters vrijwel altijd gepaard met oplegging van de schadevergoedingsmaatregel, waardoor in geval van gewelds- en zedenmisdrijven de voorschotregeling van toepassing is.

Advocaten is gevraagd of zij hun cliënten sinds de invoering van de voorschotregeling vaker adviseren om te voegen in het strafproces. In dat geval zou de voorschotregeling een aanzuigende werking hebben. Deze aanzui-

gende werking kan worden veroorzaakt door een toename van het aantal slachtoffers dat besluit te voegen in het strafproces in plaats van een civiele procedure aan te spannen, of door een toename van het aantal voegingen van slachtoffers die voorheen in het geheel niet om schadevergoeding vroegen.

Een aantal advocaten verklaart het bestaan van de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling expliciet te benoemen tijdens een strafzitting. Een advocaat vertelt dat hij in sommige zaken benadrukt dat dit voor zijn cliënt de enige kans is om een reële schadevergoeding te krijgen. Een andere advocaat benadrukt, met name wanneer de advocaat van de verdachte niet-ontvankelijkheid van de vordering bepleit, het bestaan van de voorschotregeling en dat daardoor hetgeen het slachtoffer binnen het strafproces toegewezen krijgt, in ieder geval vergoed wordt.

Een aanzuigende werking van de voorschotregeling kan dus worden veroorzaakt door een afname van het aantal slachtoffers dat besluit een civiele procedure aan te spannen. Alle advocaten geven aan dat het bestaan van de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling een rol spelen bij de beslissing om te voegen. Zo benadrukt één advocaat dat veel verdachten nu eenmaal geen verhaal bieden. Hij adviseert slachtoffers dan ook dat als ze überhaupt iets willen krijgen, ze moeten voegen in het strafproces. Ook een andere raadsman adviseert altijd te voegen. De voordelen van de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling zijn zo groot, dat hij altijd probeert om binnen het strafproces alvast een deel toegewezen te krijgen.

Hoewel de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling zeker een reden vormen om te voegen in het strafproces, vertellen alle advocaten dat hun adviezen niet veranderd zijn onder invloed van de voorschotregeling. Ook vóór de invoering adviseerden zij namelijk vrijwel altijd al om te voegen.¹⁸ Een geïnterviewde zegt dat voegen in het strafproces nu eenmaal een simpele en kostenloze manier is om een vonnis te krijgen en dat hij daarom eigenlijk nooit een civiele procedure aanspant.

Een andere raadsman spreekt de verwachting uit dat er een kleine groep slachtoffers is die voorheen niet, of alleen bij het Schadefonds Gewelds-

18 Uitzondering zijn zaken waarin een WAM-verzekeraar aansprakelijkheid heeft erkend. In dat geval geven twee advocaten aan dat voegen in het strafproces weinig toegevoegde waarde heeft, omdat meer onderhandelingsruimte bestaat met betrekking tot de vergoeding en de WAM-verzekeraar bovendien vaak al heeft uitgekeerd tegen de tijd dat een uitspraak in de strafzaak is gedaan.

misdrijven probeerde een vergoeding te krijgen, omdat ze de hele procedure te ingewikkeld vonden en dachten dat de dader toch nooit zou betalen. Zij zouden nu misschien wel besluiten te voegen in het strafproces. Hij denkt dat het als advocaat nu niet meer te verantwoorden is het slachtoffer niet te adviseren om te voegen,¹⁹ en dat het aantal voegingen daarom wel degelijk zou kunnen stijgen. Ook volgens de minister van Justitie lag een toename van het aantal voegingen om deze reden in de lijn der verwachting.²⁰

Omdat de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling alleen in het strafproces van toepassing zijn en advocaten zeggen dat slachtoffers na een niet-ontvankelijkverklaring vrijwel nooit een civiel proces aanspannen,²¹ doen advocaten er alles aan om niet-ontvankelijkheid van de vordering te voorkomen. Alle geïnterviewden zeggen de vordering zo inzichtelijk mogelijk te presenteren en te zorgen voor een uitgebreide onderbouwing. Een raadsman verklaart dat hij ingewikkelde schadeposten die relatief klein zijn in verhouding tot het totale bedrag laat zitten, om de rechter zo min mogelijk reden te geven de vordering niet-ontvankelijk te verklaren. Een andere advocaat beaamt dat dit soort posten de vordering vertroebelen en dat ook hij daarom adviseert deze eruit te laten.

8.3.3 *De rechter en de voorschotregeling*

De geïnterviewden zijn het erover eens dat de voorschotregeling voor slachtoffers een enorme verbetering is en voor sommigen zelfs de enige reële mogelijkheid vormt om hun schade daadwerkelijk vergoed te zien. Gezien deze evidente voordelen valt te bezien of ook rechters met het bestaan van deze regeling rekening houden bij de beslissing over de ontvankelijkheid van de vordering en de beslissing betreffende het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel. Door een advocaat werd bijvoorbeeld aangekaart dat hij hoopte dat ideeën van rechters over wat wel en wat niet voor rekening van de gemeenschap zou dienen te komen geen rol van betekenis zouden spelen in hun beslissingen. Ik heb rechters daarom gevraagd naar de factoren die

19 Beargumenteed kan worden dat een advocaat die verzuimt zijn cliënt te adviseren zich als benadeelde partij te voegen, aansprakelijk is jegens zijn cliënt voor de schade; zie Verheij 2011. Ook Sas benadrukt dat een rechtshulpverlener van een slachtoffer van een gewelds- of zedenmisdrijf de mogelijkheid om de schade via de strafprocedure te verhalen niet onbenut zal mogen laten; zie Sas 2010, p. 87.

20 Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, 311, p. 8.

21 Advocaten vertellen dat het risico in de proceskosten te worden veroordeeld en de lange tijdsduur de voornaamste redenen zijn dat slachtoffers afzien van het aanspannen van een civiele procedure.

zij betrekken in hun beslissingen, om te bezien of ook het bestaan van de voorschotregeling hierin wordt meegenomen.

Met de invoering van de Wvps is tevens het criterium betreffende niet-ontvankelijkheid van de vordering van de benadeelde partij gewijzigd met de bedoeling minder vaak tot niet-ontvankelijkverklaring te komen.²² Een aantal geïnterviewde advocaten zegt het eens te zijn met de gedachte die achter deze wijziging ligt: sommige strafrechters verklaarden vorderingen te gemakkelijk niet-ontvankelijk.²³ Ze realiseren zich te weinig hoe belangrijk afdoening binnen het strafproces is voor slachtoffers en wat een extra (civiel) proces voor hen betekent. Een aantal rechters zegt dit veranderde criterium inderdaad te ervaren als een opdracht van de wetgever om vorderingen zoveel als mogelijk binnen het strafproces af te doen. Zo zegt een rechter dat het criterium materieel niet is veranderd, maar dat er in het verleden te eng en te nauw mee werd omgegaan. Er werd pas in de raadkamer over nagedacht, waar dan bleek dat bepaalde informatie miste. Een andere rechter merkt op dat hij wel probeert rekening te houden met de bedoeling van het veranderde criterium, maar dat de uitkomst niet anders is dan vroeger.²⁴

Alle geïnterviewde rechters verklaren dat bij de beslissing over de ontvankelijkheid van de vordering met name de kwaliteit van de onderbouwing van de vordering van belang is. Een rechter vindt dat rechters zichzelf moet dwingen per post te bekijken of kan worden toegewezen en dat in ieder geval de eenvoudige vorderingen afgedaan moeten kunnen worden, eventueel door de schade te schatten. Om te bepalen of een vordering een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert, vraagt hij zichzelf af of hij door meer informatie te krijgen een betere beslissing zou kunnen nemen, of dat het gewoon een moeilijke beslissing is. In het laatste geval vindt hij dat een strafrechter de beslissing beter meteen kan nemen.

De geïnterviewde rechters verklaren allemaal dat het bestaan van de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling – en het feit dat deze in een civiele procedure niet van toepassing zijn – niet meespeelt in hun beslissing over de ontvankelijkheid van de vordering. Zo merkt een rechter op dat het voor de beslissing gewoonweg niet relevant is. Wel werd het bestaan van de voorschotregeling vlak na de invoering eens genoemd in de

22 *Kamerstukken II 2007/08*, 30 143, nr. 16 (amendement Wolfsen-Teeven). Eerst wanneer de behandeling van de vordering een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert, dient de strafrechter niet-ontvankelijk te verklaren (art. 361 lid 3 Sv).

23 Zie ook Brienen & Koopmans 1998, p. 1348; Claassens 2008, p. 212; Groenhuijsen 2008, p. 134; Van Wingerden, Moerings & Van Wilsem 2007, p. 147-148.

24 Aldus ook Candido 2011, Claassens 2012 en Sas 2012, p. 59.

raadkamer, omdat men opmerkte dat het in een bepaalde zaak van toepassing was. Ook geïnterviewde advocaten vermelden niet het idee te hebben dat rechters met het bestaan van de voorschotregeling rekening houden bij de ontvankelijkheidsbeslissing.²⁵

Omdat de schadevergoedingsmaatregel alleen binnen het strafproces kan worden opgelegd, kunnen slachtoffers met vorderingen die te belastend zijn voor het strafproces en daarom niet-ontvankelijk worden verklaard geen gebruik maken van de voordelen die de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling bieden. Een advocaat benadrukt dat dit onderscheid maatschappelijk gezien niet aanvaardbaar is, maar dat het civiel- en strafproces zulke gescheiden trajecten vormen, dat dit probleem niet op eenvoudige wijze valt op te lossen. Een rechter merkt op dat het wel degelijk mogelijk zou moeten zijn de voorschotregeling uit te breiden naar vorderingen in het civiele recht die betrekking hebben op strafzaken die hebben geleid tot een veroordeling, maar waarin de vordering niet-ontvankelijk is verklaard omdat deze een onevenredige belasting van het strafproces opleverde. Hij maakt de vergelijking met de schadestaatprocedure, waarbij ook eerst de aansprakelijkheid wordt beoordeeld en vervolgens de omvang van de schade wordt berekend. Uiteraard zou de voorschotregeling hiervoor moeten worden aangepast. Een andere rechter merkt op dat deze oplossing door de voorschotregeling de Staat veel geld zou kosten, omdat schadevergoedingen in het civiele proces vaak hoger zijn dan in het strafproces. Zo kan in een civiel proces om tonnen geprocedeerd worden wanneer het gaat om het verlies aan verdienvermogen van een slachtoffer, terwijl deze vordering te ingewikkeld is voor behandeling binnen een strafproces. Rechters hebben een discretionaire bevoegdheid voor wat betreft het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel en voor wat betreft het bedrag waarvoor deze maatregel wordt opgelegd.²⁶ De geïnterviewde rechters zeggen echter dat toewijzing van de vordering eigenlijk altijd gepaard gaat met het opleggen van deze maatregel voor het volledige bedrag.²⁷ Een rechter verklaart dat slechts wanneer de dader ontoerekeningsvatbaar is, het opleggen van de maatregel niet mogelijk is. Een andere rechter merkt op dat wanneer een grote rechtspersoon vordert, hij de schadevergoedings-

25 Het daadwerkelijke effect van het bestaan van de voorschotregeling op de beslissing niet-ontvankelijk te verklaren is lastig meetbaar, omdat met de Wvps onder meer ook het ontvankelijkheids criterium van artikel 361 lid 3 Sv is aangepast.

26 Deze discretionaire bevoegdheid blijkt uit het gebruik van het woord 'kan' in zowel lid 1 als lid 2 van art. 36f Sr.

27 Het zogeheten 'Bossche model'. Aldus ook Brienen & Koopmans 1998; Lange-meijer 2004, p. 89; Van Wingerden, Moerings & Van Wilsem 2007, p. 105.

maatregel soms niet oplegt omdat deze de hulp van het CJIB bij inning van de vordering niet nodig heeft.

Vrijwel alle rechters zeggen echter dat de voorschotregeling geen rol speelt in de beslissing om de schadevergoedingsmaatregel op te leggen. Een geïnterviewde rechter merkt daarbij op dat hij deze maatregel los ziet van de voorschotregeling, omdat de voorschotregeling nog niet voor alle misdrijven geldt. De semi-automatische koppeling van de toewijzing van de vordering aan het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel is niet veranderd onder invloed van de voorschotregeling.

Een geïnterviewde rechter geeft aan dat hij in mensenhandelzaken bij het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel rekening houdt met het bestaan van de voorschotregeling. Dit specifieke geval zal in de volgende subparagraaf worden besproken.

8.3.4 *Mensenhandel*

In vier interviews met advocaten en rechters die met enige regelmaat mensenhandelzaken behandelden, werd specifiek aandacht gevraagd voor het feit dat de voorschotregeling ook van toepassing is op dit delict.²⁸ Bij de totstandkoming van de voorschotregeling in de Wvps is veel gedebatteerd over de mogelijke kosten ervan, maar is geen aandacht besteed aan de vraag of mensenhandelzaken ongelimiteerd onder de voorschotregeling dienen te vallen.²⁹ Een advocaat merkt op dat het in dit soort zaken met enige regelmaat om bedragen van een ton of meer gaat, wat een groot verschil is met bedragen die in andere gewelds- en zedenzaken worden toegekend. Een rechter legt uit dat het met name gaat om door het slachtoffer niet genoten inkomsten uit prostitutie, waarvoor een forfaitair bedrag per dag wordt gerekend. De vermogensschade kan daardoor flink oplopen.

Deze rechter vertelt dat het geld in dit soort mensenhandelzaken vaak is verdwenen in de zakken van bijvoorbeeld Bulgaarse mensenhandelaren, waardoor de bedragen die de Nederlandse Staat voorschiet, zeer moeilijk op de daders te verhalen zijn. Voor slachtoffers is het uiteraard positief dat de voorschotregeling ook op deze zaken van toepassing is, maar deze rechter is bang dat de regeling weer wordt teruggedraaid wanneer deze te duur blijkt. Een advocaat merkt op dat het Openbaar Ministerie zegt van mensenhandel een speerpunt te maken, waardoor steeds meer van dit soort rechtszaken zullen worden gevoerd.

28 Art. 273f Sr.

29 Art. 1 lid 2 jo lid 2 Uitvoeringsbesluit.

Eén van de geïnterviewde rechters vindt dat de hoge bedragen en de gecompliceerde verhouding tussen dader en slachtoffer in mensenhandelzaken meebrengt dat in deze zaken voorzichtig moet worden omgegaan met het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel, omdat daardoor de voorschotregeling van toepassing zal zijn. Deze verhouding brengt het risico met zich dat het door de Staat uitgekeerde bedrag later weer in de zakken van de dader verdwijnt. Deze rechter zegt dat hij en een aantal collega's om deze redenen in sommige gevallen gebruik maken van hun discretionaire bevoegdheid om de schadevergoedingsmaatregel niet, of slechts voor een deel van het bedrag op te leggen.

Andere geïnterviewden geven aan niet achter deze aanpak te staan. Een advocaat merkt op dat de rechter dan in feite op de stoel van de wetgever gaat zitten. De regeling is volgens hem bedoeld om slachtoffers compleet schadeloos te stellen en niet voor slechts een deel van hun schade. Een andere advocaat benadrukt dat hoewel hij deze uitspraak opmerkelijk vindt, hij dit soort reacties wel had zien aankomen. Hij vertelt dat de voordelen van de voorschotregeling groot zijn, maar dat de wetgever goed moet nadenken over het idee achter de regeling en het bereik ervan. Zo zijn er volgens deze advocaat ook prostituees die vrijwillig in de prostitutie werken, maar van wie het geld dat ze verdienen wordt afgenomen. Zij zijn slachtoffer van mensenhandel, maar de mensenhandel bestaat in dat geval uit het wegemen van geld en niet uit gedwongen prostitutiewerk. Deze advocaat stelt dat dan een discussie kan worden gevoerd of in dat geval wel sprake is van een gewelds- of zedendelict en of daarmee niet ten onrechte de voorschotregeling van toepassing is.

8.4 Evaluatie

8.4.1 *Aanzuigende werking*

De geïnterviewde advocaten zeggen dat de voorschotregeling zeer belangrijk is voor slachtoffers en dat het bestaan van deze regeling een reden vormt om te voegen in het strafproces. Toch verwachten ze niet dat het aantal voegingen er flink door zal stijgen. Het civiele proces vormt over het algemeen geen goed alternatief voor voeging in de relatief snelle en goedkope strafprocedure,³⁰ waardoor advocaten hun cliënten ook voor invoering van de voorschotregeling al adviseerden te voegen wanneer zij een schadevergoeding wensten.

30 Zie ook Groenhuijsen 2008, p. 122; Schrama & Geurts 2012, p. 116-124.

Wel zou een toename kunnen worden verwacht in het aantal voegingen van slachtoffers die voorheen door beperkte draagkracht van de dader geen heil zagen in het vorderen van een schadevergoeding en daarom helemaal geen procedure startten. Hoe sterk deze stijging zal zijn zal mijns inziens afhangen van verschillende factoren. Voorbeelden zijn de bekendheid van de voorschotregeling onder slachtoffers, de omvang van de schade, het type misdrijf en drempels die zij ondervinden of voorzien bij het voegen. Daarnaast zal de toegankelijkheid van en begeleiding door slachtofferhulp, de voegingscontroleur op het parket en de advocatuur van belang zijn.

Bij uitbreiding van de voorschotregeling in 2016 naar alle misdrijven, zal het aantal voegingen om deze zelfde reden kunnen stijgen. Het aantal vermogensdelicten met een schade onder de € 5000 is zeer hoog in vergelijking met het aantal geweldsdelicten.³¹ Ook dan zal het feit dat de Staat na acht maanden de schadevergoeding betaalt voor een groep slachtoffers een prikkel vormen om te voegen.

Hierbij moet worden opgemerkt dat de geïnterviewde advocaten zeer regelmatig slachtoffers bijstaan in het strafproces. Het is mogelijk dat interviews met minder gespecialiseerde advocaten andere resultaten zouden opleveren en dat het bestaan van de voorschotregeling hun beslissingen wel degelijk heeft veranderd.

Rechters vertellen over het algemeen met het bestaan van de voorschotregeling geen rekening te houden bij het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel en het niet-ontvankelijk verklaren van een vordering. Ook in de jurisprudentie blijkt de voorschotregeling slechts in enkele zaken expliciet te worden benoemd. Zo wordt in twee zaken de schadevergoedingsmaatregel opgelegd met verwijzing naar het belang van het slachtoffer bij de toepasselijkheid van de voorschotregeling.³² In de zaak tegen Robert M. werden de vorderingen van de ouders van de slachtoffers niet-ontvankelijk verklaard, waarbij het hof overwoog dat het zich realiseerde dat daardoor slechts in beperkte mate gebruik kon worden gemaakt van de voorschotregeling.³³ Vervolgens lijkt het hof een oproep te doen aan de Staat om in deze zaak buiten de voorschotregeling om voor een tegemoetkoming in de schade van de ouders te zorgen.³⁴ Het feit dat de schade door het

31 Schrama & Geurts 2012, p. 65 (tabel 2). Hierin wordt het aantal geweldsdelicten met een schade van minder dan € 4544 geschat op 72.618 en het aantal vermogensdelicten van deze omvang op 1.376.046.

32 Hof Arnhem 23 november 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BU5560; Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2217.

33 Hof Amsterdam 26 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8885; Hof Amsterdam 26 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8895.

34 'Het hof hecht eraan in dit verband nog op te merken dat weliswaar het recht op een door de Staat te verstrekken voorschot aan slachtoffers op grond van

bestaan van de voorschotregeling mogelijk voor rekening van de overheid komt, lijkt dus geen effect te hebben op de beslissing van rechters niet-ontvankelijk te verklaren. Als er een effect bestaat, lijkt in het voordeel van het slachtoffer te worden beslist.

De schadevergoedingsmaatregel kan alleen binnen het strafproces worden opgelegd, met als gevolg dat de voorschotregeling alleen daar van toepassing is. Dit maakt het aanspannen van een civiele procedure voor het slachtoffer in vergelijking met het voegen in het strafproces nog minder aantrekkelijk dan het al was voor de invoering van de voorschotregeling. Uit de interviews en uit de literatuur blijkt dat slachtoffers niet snel de stap naar de civiele rechter nemen om de schade op de dader te verhalen.³⁵ Het idee achter de wijziging van het eenvoudscriterium van artikel 361 lid 3 Sv was om de strafrechter te bewegen vaker inhoudelijk over de vordering van de benadeelde partij te beslissen, omdat de voordelen voor het slachtoffer van afhandeling binnen het strafproces groot zijn. Tot die voordelen behoren ook de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling. Het bestaan van deze regelingen zou daarom voor rechters mede redenen dienen te zijn zoveel als mogelijk te trachten de vordering van het slachtoffer binnen het strafproces te behandelen en af te doen.³⁶ Dit doet immers recht aan het idee van slachtofferbescherming achter deze regelingen.

De vraag is of een eventuele aanzuigende werking van de voorschotregeling als positief of negatief dient te worden bestempeld. Vanuit een rechtseconomisch perspectief is benadrukt dat een toename van het aantal slachtoffers dat besluit te voegen in plaats van een civiel proces aan te spannen, als positief moet worden beoordeeld omdat dit leidt tot een daling in de

artikel 36f lid 6 Sr aan beperkingen onderhevig is, maar dat het de Staat vanzelfsprekend vrijstaat buiten die bepaling om te voorzien in een (voorschot op een) tegemoetkoming in de schade van de ouders.' Zie: Hof Amsterdam 26 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8885.

35 Zie ook Groenhuijsen 2008, p. 122; Schrama & Geurts 2012, p. 116-124. Groenhuijsen noemt het civiele proces voor slachtoffers van een misdrijf 'een ongelukkig forum'. De gemiddelde geleden schade is wat omvang betreft beperkt, waardoor een afzonderlijk civiel proces aanspannen te duur en te tijdrovend is. Schrama en Geurts benoemen het verhaalsrisico, het procesrisico en de hoge kosten van een civiele procedure als knelpunten en stellen dat een gevolg hiervan is dat slachtoffers maar weinig gebruik maken van civiel schadeverhaal om schade als gevolg van een strafbaar feit vergoed te krijgen van de dader.

36 Aldus ook Sas 2010, p. 87. Sas benadrukt dat een strafrechter zich in verband met de voorschotregeling wel tweemaal mag bedenken als hij een vordering niet-ontvankelijk wil verklaren en ook geen schadevergoedingsmaatregel ten gunste van de benadeelde partij wil opleggen.

systeemkosten en een verbeterde incasso.³⁷ Zoals gezegd lijkt dit effect echter gering te zijn. Wel kan de zekerheid dat de schadevergoeding wordt betaald leiden tot meer voegingen van slachtoffers die voorheen rekening hielden met de beperkte draagkracht van de verdachte en daarom in het geheel geen schadevergoeding vorderden. Vanuit de rechtseconomie wordt in dat geval benadrukt dat het feit dat meer slachtoffers om schadevergoeding vragen, leidt tot een verbeterde prikkelwerking aan de kant van de dader.³⁸ Daarnaast zou dit gevolg recht doen aan de gedachte achter de voorschotregeling, namelijk het beschermen van slachtoffers tegen het niet, of niet tijdig betalen van de schadevergoeding door de dader.

8.4.2 *Mensenhandel*

De wetgever lijkt te hebben onderschat dat in mensenhandelzaken binnen het strafproces soms hoge bedragen worden toegewezen die onder het bereik van de voorschotregeling vallen. Dit aspect is in de parlementaire discussie niet aan de orde gekomen. Wel is er de laatste jaren veel aandacht voor dit type zaken. Zo is in 2011 de zogeheten ‘Task Force Aanpak Mensenhandel’ in het leven geroepen om de mensenhandel te bestrijden.³⁹ De Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen concludeerde bovendien dat de toenemende aandacht van politie en OM voor mensenhandelzaken heeft geleid tot een stijging van het aantal veroordelingen voor dit delict in 2012.⁴⁰

Dat de bedragen in deze zaken aardig kunnen oplopen, blijkt uit een zaak voor de Rechtbank Leeuwarden waarin de rechtbank aannemelijk achtte dat het slachtoffer € 500 per dag had verdiend gedurende de zeven jaar dat zij gedwongen in de prostitutie werkte.⁴¹ De rechtbank schatte de materiële schade op € 924.000 en kende daarnaast € 20.000 smartengeld toe en legde voor het volledige bedrag de schadevergoedingsmaatregel op.⁴² Dit gebeur-

37 Visscher 2008. De lagere systeemkosten worden veroorzaakt doordat het OM de strafrechtelijke procedure voert en ook bewijs tegen de verdachte vergaart, en geen afzonderlijke civiele procedure meer nodig is. De verbeterde incasso wordt veroorzaakt doordat het CJIB bij oplegging van de schadevergoedingsmaatregel de incasso voor zijn rekening neemt ten behoeve van het slachtoffer, wat leidt tot een (veel) hoger inningspercentage dan wanneer het slachtoffer zelf zou moeten verhalen.

38 Visscher 2008.

39 Instellingsbesluit Task Force Aanpak Mensenhandel, *Stcrt.* 2011, 5052.

40 Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen 2013.

41 Rb. Leeuwarden 26 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX3800.

42 De vordering ter zake van vermogensschade bedroeg € 1.200.000 en de vordering inzake ander nadeel € 20.000.

de ook in hoger beroep, waarbij de schadevergoeding echter wel werd verlaagd naar € 843.500.⁴³ Acht maanden na het onherroepelijk worden van het vonnis zal dit bedrag door de Staat worden voorgeschoten.

Voor de vraag wat dit soort zaken betekenen voor de voorschotregeling is uiteraard van belang te weten welk deel van het toegekende bedrag uiteindelijk op de dader kan worden verhaald en welk deel voor rekening van de Staat zal komen. De totale kosten van de voorschotregeling voor de Staat zijn berekend op € 1,2 miljoen in 2011, oplopend tot € 5 miljoen in 2016.⁴⁴ Hoewel de zojuist besproken zaak uiteraard een uitzondering is, bevestigt dit wel het gevaar waarvoor een aantal geïnterviewden waarschuwt: met deze categorie zaken is geen rekening gehouden en de Staat loopt het gevaar zichzelf te hebben opgezadeld met de ongedekte cheque waarvoor tijdens de totstandkoming van de voorschotregeling is gewaarschuwd.

Bij mensenhandelzaken is te zien dat rechters verschillend omgaan met de met enige regelmaat voorkomende hoge vorderingen. In eerder genoemde zaak werd zowel in eerste aanleg als in hoger beroep voor het totale bedrag de schadevergoedingsmaatregel opgelegd. Ook in zaken voor de Rechtbank Haarlem en de Rechtbank Oost-Brabant, waarin werd beslist dat de daders respectievelijk € 440.000 en € 109.460 dienden te vergoeden, werd voor het gehele bedrag de schadevergoedingsmaatregel opgelegd.⁴⁵ De slachtoffers worden door het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel en het van toepassing zijn van de voorschotregeling beschermd tegen eventuele insolventie van de dader.

In een zaak voor de Rechtbank Utrecht wordt echter voor een andere aanpak gekozen. De rechtbank wijst de vordering voor een bedrag van € 165.800,81 toe, waarvan € 148.300,81 vergoeding van vermogensschade en € 17.500 smartengeld.⁴⁶ De rechtbank besluit echter niet voor het volledige bedrag de schadevergoedingsmaatregel op te leggen, maar overweegt: ‘Deze maatregel zal echter, *gelet op het restitutierisico dat de Staat loopt bij oplegging van de schademaatregel over het gehele toegewezen bedrag* [mijn cursivering, LS], slechts worden toegewezen tot een bedrag van € 50.000,-.’ De rechtbank besluit hier, met een expliciete verwijzing naar het financiële risico dat de Staat loopt door toepasselijkheid van de voorschotregeling, de schadevergoedingsmaatregel slechts voor ongeveer een derde van het totale toegewezen bedrag aan schadevergoeding op te leggen. De rechtbank overweegt vervolgens dat zij ervan uit gaat dat wanneer bij de ontneming

43 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2013, zaaknummer 24-001704-12 (*niet gepubliceerd*).

44 Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, 311, p. 8.

45 Rb. Haarlem 21 juli 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR2862; Rb. Oost-Brabant 19 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA3422.

46 Rb. Utrecht 21 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY7146.

van het wederrechtelijk verkregen voordeel meer dan € 50.000 wordt geïncasseerd, dit aan het slachtoffer zal worden uitgekeerd.⁴⁷ Het risico voor de Staat voor het gedeelte van de vordering boven de € 50.000 wordt op deze manier door de rechtbank weggenomen, omdat alleen het bedrag dat de Staat daadwerkelijk bij de dader incasseert wordt afgedragen aan het slachtoffer.

In deze zaak wordt expliciet naar de voorschotregeling verwezen. Uiteraard is ook denkbaar dat impliciet rekening worden gehouden met het bestaan van deze regeling en met het restitutierisico van de Staat. Zo werd in een zaak voor het Hof Leeuwarden door de benadeelde partij en de Advocaat-Generaal een bedrag van € 1.581.868 aan schadevergoeding gevorderd en werd gevraagd om oplegging van de schadevergoedingsmaatregel.⁴⁸ Het hof veroordeelt de verdachte tot een gevangenisstraf van vier jaar en wijst de vordering van de benadeelde partij toe voor een bedrag van € 20.000 voor geleden immateriële schade.⁴⁹ De vordering betreffende de vergoeding van vermogensschade wordt echter voor het volledige bedrag niet-ontvankelijk verklaard, omdat dit een onevenredige belasting van het strafgeding zou opleveren. Uiteraard kan de vordering dusdanig ingewikkeld zijn geweest dat zelfs het toewijzen van een deel van de vordering onmogelijk was. Niet ondenkbaar is echter dat bij dit soort hoge bedragen meespeelt dat toewijzing van de vordering en het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel een enorme aanslag op het budget voor de voorschotregeling zou vormen.

Zoals door verschillende partijen is aangedragen, lijkt de wetgever geen rekening te hebben gehouden met de hoge bedragen die in het kader van artikel 273f Sr worden gevorderd en toegewezen. Uit de besproken voorbeelden blijkt dat rechters verschillend omgaan met de vordering van niet genoten inkomsten uit prostitutie, wat rechtsongelijkheid in de hand werkt. Recentelijk is voorgesteld om oplegging van de schadevergoedingsmaatregel, gezien het belang ervan voor slachtoffers van misdrijven, automatisch te koppelen aan de toewijzing van een vordering. Staatssecretaris Teeven zag echter geen noodzaak om de rechter de vrijheid te ontnemen om geen of een lagere schadevergoedingsmaatregel op te leggen.⁵⁰

47 Art. 36e lid 1 Sr bepaalt dat verplicht kan worden tot betaling van een geldbedrag aan de Staat ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

48 Hof Leeuwarden 10 februari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP4396.

49 Voor dit bedrag wordt ook de schadevergoedingsmaatregel opgelegd.

50 *Kamerstukken I* 2012/13, 33 295, nr. C, p. 5 (MvA I).

Gezien de aandacht voor de aanpak van mensenhandel en de prioriteit die deze zaken hebben bij de politie en het OM, ligt een stijging van dit type zaken in de lijn der verwachting. Het lijkt mij daarom wenselijk dat er duidelijkheid komt over de visie van de wetgever op dit punt. De voorschotregeling is ongelimiteerd van toepassing op gewelds- en zedenmisdrijven, omdat de wetgever vond dat de overheid met name verantwoordelijkheid draagt voor slachtoffers die schade hebben geleden als gevolg van de ernstigste misdrijven die inbreuk maken op de lichamelijke integriteit.⁵¹ De vraag is of ook de bedoeling is geweest dat de voorschotregeling ongelimiteerd van toepassing is met betrekking tot artikel 273f Sr, nu dit artikel mede beoogt slachtoffers te compenseren voor financiële uitbuiting.⁵² Totdat hierover duidelijkheid is gegeven, lijkt het mij evident dat de voorschotregeling ook beschermt tegen financiële uitbuiting van slachtoffers van mensenhandelzaken en dat het rechters niet past slachtoffers de toegang tot deze regeling te ontzeggen met het oog op het restitutie-risico van de Staat.

8.5 Conclusie

In deze bijdrage stond de vraag centraal of het bestaan van de voorschotregeling beslissingen van rechters en advocaten beïnvloedt. Uit de interviews bleek dat de meeste rechters en advocaten positief staan tegenover de voorschotregeling. Advocaten vinden het met name positief dat het slachtoffer voor betaling van de schadevergoeding niet langer afhankelijk is van de draagkracht van de verdachte. Ook resulteert de voorschotregeling in een beperking van de afbetalingsduur, waardoor slachtoffers minder lang met het misdrijf worden geconfronteerd. Enkele geïnterviewden achten het daarentegen niet de taak van de overheid om deze schadevergoedingen te betalen.

De geïnterviewde advocaten vinden het bestaan van de voorschotregeling een reden om te voegen in het strafproces. Toch zijn hun adviezen sinds de invoering in 2011 niet fundamenteel veranderd, omdat men slachtoffers ook voor invoering van de voorschotregeling al adviseerde te voegen in het strafproces, in plaats van het aanspannen van een civiele procedure. Door één advocaat werd opgemerkt dat het nu als raadsman ook niet meer te verantwoorden is niet te adviseren te voegen in het strafproces. Wel zouden slachtoffers die voorheen afhaakten door het vooruitzicht dat de dader nooit zou kunnen betalen, nu wel de moeite kunnen nemen om te voegen

51 Minister van Justitie, Slachtofferbeleid (beleidsdoorlichting), brief aan Tweede Kamer d.d. 26 maart 2007, 5473347/07/DSP, p. 5.

52 Zie ook Claassens 2012, p. 262.

in het strafproces. Hierdoor zou het aantal voegingen toch wel degelijk kunnen stijgen.

Bij deze resultaten dient te worden opgemerkt dat het gedrag van slachtoffers zelf niet is onderzocht, maar dat de geïnterviewde advocaten naar hun ervaringen en verwachtingen is gevraagd. Interessant is verder te bezien wat de invloed zal zijn van de uitbreiding van de voorschotregeling in 2016 naar vermogensdelicten, met een limiet van € 5000, op het aantal voegingen. Het feit dat de Staat gegarandeerd terugbetaalt, kan ook in die zaken voor slachtoffers met relatief lage vorderingen een reden zijn toch de moeite te nemen in het strafproces te voegen.

De geïnterviewde rechters melden dat hun beslissing de schadevergoedingsmaatregel op te leggen of een vordering niet-ontvankelijk te verklaren niet wordt beïnvloed door het bestaan van de voorschotregeling. In de jurisprudentie zijn slechts een aantal zaken te vinden waarin de voorschotregeling expliciet wordt benoemd, met name ter rechtvaardiging van het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel. De rechter wil het slachtoffer niet de mogelijkheid ontnemen gebruik te maken van de voorschotregeling en beslist daarmee slachtofferbeschermend.

Rechters gaan echter wel verschillend om met de hoge bedragen die soms in mensenhandelzaken worden gevorderd. Met name met deze categorie zaken loopt de Staat het gevaar zichzelf te hebben opgezadeld met de ongedekte cheque waarvoor tijdens de totstandkoming van de voorschotregeling werd gewaarschuwd. Over het algemeen wordt de schadevergoedingsmaatregel voor het volledig toegewezen bedrag opgelegd. Ook is echter met expliciete verwijzing naar de voorschotregeling de schadevergoedingsmaatregel voor slechts een deel van het toegewezen bedrag opgelegd. De rechter handelt in deze zaak niet slachtofferbeschermend, maar probeert daarentegen het financiële risico voor de overheid te beperken. Ook kan de rechter dit financiële risico impliciet laten meewegen bij de beslissing niet-ontvankelijk te verklaren.

Het bestaan van de voorschotregeling lijkt beslissingen van rechters en advocaten slechts in beperkte mate te beïnvloeden. Beargumenteed is dat het feit dat de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling alleen in het strafproces toepasselijk zijn voor rechters, naast het recent gewijzigde criterium van niet-ontvankelijkheid van een vordering van een benadeelde partij, een extra reden zou moeten vormen om de vordering van het slachtoffer zoveel als mogelijk binnen het strafproces af te doen. Daarnaast is het volgens een aantal respondenten wenselijk dat de wetgever wat betreft mensenhandelzaken duidelijkheid verstrekt over de vraag of de

voorschotregeling ook in geval van schade door financiële uitbuiting onge-
limiteerd van toepassing is.

Literatuurlijst

Brienen & Koopmans 1998

M.E.I. Brienen & I.M. Koopmans, 'Voeging en schadevergoedingsmaatregel in de praktijk: het slachtoffer blijft slachtoffer. Enkele kritische opmerkingen over de rechtspraktijk in het licht van de Wet Terwee', *NJB* 1998/30, p. 1345-1350.

Candido 2011

J. Candido, 'De vordering benadeelde partij in het strafproces en de onevenredige belasting van het strafgeding', *Trema* 2011, p. 354-359.

Claassens 2008

J.C.A.M. Claassens, 'Het wetsvoorstel 30143: versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces', *Verkeersrecht* 2008, p. 209-216.

Claassens 2012

J.C.A.M. Claassens, 'Het slachtoffer in het strafproces', *Strafblad* 2012/4, p. 241-262.

Groenhuijsen 2008

M.S. Groenhuijsen, 'Slachtoffers van misdrijven in het recht en in de victimologie. Verslag van een intellectuele zoektocht', *DD* 2008/10.

Langemeijer 2004

F.F. Langemeijer, *Het slachtoffer en het strafproces*, Deventer: Kluwer 2004.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen 2013

Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, *Mensenhandel in en uit beeld. Cijfers vervolging en berechting 2008-2012*. Den Haag: BNRM.

Sas 2010

A.H. Sas, 'Strafrecht voor civilisten: de verbetering van de mogelijkheid om schade via het strafrecht te verhalen', *TVP* 2010/3.

Sas 2012

A.H. Sas, 'Strafrecht voor civilisten deel II: over de gewijzigde Wet schadefonds geweldsmisdrijven en nog enkele opmerkingen over schadeverhaal via het strafproces', *TVP* 2012/2.

Schrama & Geurts 2012

W.M. Schrama & T. Geurts, 'Civiel schadeverhaal door slachtoffers van strafbare feiten. De rol van de civiele procedure: gebruik, knelpunten en oplossingsrichtingen', WODC onderzoek, *cabier* 2012-11.

Van Wingerden, Moerings & Van Wilsem 2007

S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Universiteit Leiden in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Verheij 2011

A.J. Verheij, 'Rechtshulpverleners van slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven opgepast!', *AV&S* 2011/16.

Visscher 2008

L.T. Visscher, 'Schadevergoeding voor slachtoffers in het strafproces vanuit rechtseconomisch oogpunt', *AV&S* 2008/27.

IX Het terrorisme-merisico en de terrorismepool NHT

Een bijzondere samenwerking tussen de Staat en verzekeraars

*J. Bjelic**

Nine eleven. De dag dat New York, maar ook de hele wereld, werd opgeschrikt door terrorisme. De internationale verzekeringsbranche werd overspoeld met schadeclaims en daardoor ontstond een nieuw probleem: de dreigende onverzekerbaarheid van het terrorisme-merisico. Verzekeraars wilden (en konden) het risico niet meer dekken. De Nederlandse overheid vond dit na de recente aanslagen in New York onwenselijk. Daarom heeft zij samen met verzekeraars een oplossing gevonden in de vorm van een terrorismepool, die het terrorisme-merisico beperkt verzekeraar houdt. Niet alleen verzekeraars en herverzekeraars, maar ook de Staat der Nederlanden neemt deel in deze pool. Waarom is gekozen voor de oprichting van een terrorismepool en waarom neemt de Staat deel in de pool? Hoe dient de rol van de Staat in de toekomst te zijn? Deze vragen spelen een centrale rol in dit hoofdstuk en zij zullen onder andere aan de hand van reguleringstheorieën en scenario's beantwoord worden. Mijn hoofdconclusie is dat de deelname van de Staat in de pool blijvend van aard dient te zijn, zolang de pool bestaat.

9.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan het terrorisme-merisico en de Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden (hierna: NHT) centraal.¹ De NHT is op 1 juli 2003 door verzekeraars opgericht en is een terrorismepool die ervoor zorgt dat het terrorisme-merisico in Nederland (beperkt) verzekeraar blijft.² In deze pool nemen verzekeraars, herverzekeraars en de Staat voor een bepaald bedrag deel. Opmerkelijk is de deelname van de Staat, aangezien de NHT een private aangelegenheid is. Het is de bedoeling dat

* De auteur dankt dhr. mr. W.G.A. van Gerner (NN Advocaten), dhr. drs. W.N. Bos (NHT), dhr. mr. I.A.H. Oomes (Ministerie van Financiën) en dhr. drs. M.J. van Leeuwen (Het Verbond van Verzekeraars) voor hun informatie en commentaar.

1 De website van de NHT: www.terrorisimeverzekerd.nl.

2 De NHT maakt onderdeel uit van de Verenigde Assurantiebedrijven Nederland (VAN).

de deelname van de Staat in de pool tijdelijk van aard is, totdat de verzekeringsmarkt het terrorismerisico weer zelf kan dragen. Tot op heden is de deelname van de Staat elk jaar verlengd.

In dit hoofdstuk onderzoek ik waarom de Staat voor deelname in de NHT heeft gekozen en hoe haar participatie er in de toekomst uit zou moeten zien. Deze centrale vragen houden verband met het thema ‘Politiek Privaatrecht’, doordat politieke begrippen zoals solidariteit, polderoplossing en symboolpolitiek een belangrijke rol hebben gespeeld bij het vinden van een oplossing voor het terrorismerisico. Om op de centrale vragen antwoord te kunnen geven, zal ik in paragraaf 2 eerst de situatie vanaf 2001 tot heden schetsen. Vervolgens zal ik in paragraaf 3 verklaren waarom de rijksoverheid zich het terrorismerisico heeft aangetrokken en deel heeft genomen in de pool. Dit zal ik zowel doen aan de hand van de argumenten van de rijksoverheid zelf als aan de hand van een aantal reguleringstheorieën. Aan de hand van diezelfde theorieën zal in paragraaf 4 worden beoordeeld wat de rol van de Staat in het verleden had moeten zijn en wat zijn rol in de toekomst dient te zijn. In dat verband zullen ook een aantal scenario’s worden geschetst. In de laatste paragraaf wordt afgesloten met een conclusie.

9.2 De situatie vanaf 2001 tot heden

9.2.1 Hoe het verzekeringsprobleem begon...

Vóór 2001 was in ons land het terrorismerisico een risico als alle andere *klein molest* risico’s:³ het werd gewoon meeverzekerd in schade- en levensverzekeringen.⁴ Anders dan *klein molest* risico’s worden *groot molest* risico’s doorgaans in de verzekeringsbranche onverzekerbaar geacht.⁵ Sterker nog, in beginsel mogen schadeverzekeraars deze risico’s krachtens artikel 3:38 Wft niet dekken.⁶ *Groot molest* risico’s zijn bijvoorbeeld burger-

3 Asser/Clausing & Wansink 2007 (5-VI), nr. 86; Andere *klein molest* risico’s zijn bijv. sabotage, werkstaking, bedrijfsbezetting, lock-out, rellen en vandalisme.

4 Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012 (7-IX*), nr. 110.

5 Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012 (7-IX*), nr. 109. Voor meer informatie over *molestrisico*’s zie ook Zwaardemaker 1916; Geerligts 1916; Karsten 1940; Spier 1993.

6 Art. 3:38 Wft luidt: ‘Het is een schadeverzekeraar met zetel in Nederland verboden schaden te verzekeren veroorzaakt door of ontstaan uit gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer of miterij die zich in Nederland voordoen. In zee-, transport-, luchtvaart- en reisverzekeringen is het evenwel toegestaan risico’s van molest te verzekeren in de algemeen gebruikelijke molestclausules zolang de Nederlandsche Bank daartegen geen bedenkingen naar voren heeft gebracht.’; Zie ook Verbond van Verzekeraars 2011.

oorlog, gewapend conflict, opstand en oproer.⁷ De wetgever heeft gekozen voor een verzekeringsverbod, omdat het verzekeren van *groot molest* risico's de solvabiliteit van verzekeraars in gevaar kan brengen wanneer zich grote schade voordoet.⁸ Levensverzekeraars mogen het oorlogsrisico wel dekken, maar de minister van Financiën kan krachtens de Noodwet Financieel Verkeer (hierna: NFV) in bepaalde situaties kortingen toepassen op de verzekerde bedragen.⁹

Het terrorismerisico heeft een aantal overeenkomsten met *groot molest* risico's. Zowel het terrorismerisico als *groot molest* risico's zijn moeilijk in te calculeren risico's. Bij beiden is er sprake van cumulatie van risico's en als schade zich voordoet, kan deze zeer omvangrijk zijn.¹⁰ Daarnaast kan bij beide risico's de solvabiliteit van verzekeraars in gevaar komen. Een verklaring voor het feit dat het terrorismerisico niet onder *groot molest* risico's wordt geschaard, is dat de rijksoverheid de mening was toegedaan dat het terrorismerisico, wellicht met beperkingen, verzekeraar moet blijven.¹¹ Een andere verklaring kan zijn dat het risico niet altijd groot molest oplevert. De recente aanslagen tijdens de marathon in Boston zijn een voorbeeld waar het terrorismerisico zich heeft verwezenlijkt, maar waar de gedekte schade beperkt is gebleven. Het is dus geen risico dat, anders dan bijvoorbeeld een burgeroorlog, in elke situatie grote schade oplevert.

Dat het terrorismerisico soms wel enorme schade kan veroorzaken, werd pijnlijk duidelijk na de aanslagen op de Twin Towers op 11 september 2001. De totale schade bedroeg ruim 40 miljard dollar. Verzekeraars en herverzekeraars bezonnen zich op de verzekeraarbaarheid van het terrorismerisico. Het risico bleek opeens moeilijker in te calculeren dan gedacht, terwijl de schade enorm kan zijn. Voor herverzekeraars op de internationale herverzekeringmarkt waren dit redenen om terrorismerisico niet langer te willen dekken.¹² Hierdoor zou het terrorismerisico ineens voor rekening van de primaire verzekeraars komen. Het gevolg was dat zij het risico met

7 Zie voor een aantal oplossingen om *groot molest* risico's toch te dekken De Nerée tot Baberich 2008, p. 32 en 33.

8 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 252.

9 Zie art. 19-24 NFV, Wet van 25 mei 1978, *Stb.* 1978, 348, laatstelijk gewijzigd bij wet van 30 oktober 2007, *Stb.* 2007, 406.

10 Wansink 2004, p. 218.

11 Bron: bericht van het Ministerie van Financiën.

12 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 668, nr. 1, p. 2; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 915, nr. 3, p. 1 en 2.

de *en bloc*-clausule¹³ uit lopende schadeverzekeringenspolissen zouden halen, omdat de verzekeringscapaciteiten van primaire verzekeraars ontoereikend zijn. Van de ene op de andere dag dreigden verzekeraars met betrekking tot het terrorismerisico zich terug te trekken uit de verzekeringsmarkt. Verzekeraars van bestaande levensverzekeringen zouden wel in de problemen komen, aangezien deze verzekeringen geen *en bloc*-clausule bevatten en dekking voor het terrorismerisico zou blijven bestaan. Schadeverzekeraars wilden zich aldus terugtrekken en levensverzekeraars zaten klem.

9.2.2 De oprichting van de NHT en de deelname van de Staat

De dreigende massale uitsluiting van het terrorismerisico door schadeverzekeraars en de problemen voor de levensverzekeraars waren voor het Ministerie van Financiën aanleiding om in overleg te treden met het Verbond van Verzekeraars (hierna: het Verbond) om de opties van verzekeraarbaarheid van het terrorismerisico te bespreken.¹⁴ Er ontstond een publiek-private samenwerking. Na onderling overleg hebben het Ministerie van Financiën, de Pensioen- en Verzekeringskamer en het Verbond gekozen voor de oprichting van een terrorismepool.¹⁵ Dit is de NHT geworden. In deze pool neemt 93% van de verzekeringsmaatschappijen in Nederland deel. Door gebruik van het clausuleblad terrorismedekking in hun verzekeringen geldt het systeem van de NHT.¹⁶

De NHT kent een ‘getrapt systeem’ van dekkingverlening met een maximum van 1 miljard euro per kalenderjaar.¹⁷ Met de terrorismepool is niet beoogd een ongelimiteerde dekking te verschaffen aan burgers; er wordt een gemaximeerde dekking gehanteerd. Daardoor kan het voorkomen dat bij een grote terroristische aanslag niet alle burgers hun schade volledig vergoed krijgen, omdat het bedrag van 1 miljard euro als plafond geldt en onder verzekerden wordt verdeeld. De eerste laag van dekkingverlening bedraagt 400 miljoen euro en wordt door de primaire verzekeraars gedragen. Indien dit niet voldoende is om de schade te dekken, zullen de internationale herverzekeraars als tweede laag 550 miljoen euro dekking verlenen. Ten slotte heeft de Staat als derde laag een aandeel van 50 miljoen euro. De Staat incasseert net als de herverzekeraars premies voor haar aandeel

13 Deze clausule geeft de verzekeraar het recht om de polisvoorwaarden van de verzekering tussentijds te wijzigen.

14 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 668, nr. 1, p. 2.

15 Zie het PVK Jaarverslag 2002, p. 23-25.

16 Het clausuleblad terrorismedekking en het protocol afwikkeling claims zijn te vinden op www.terrorisimeverzekerd.nl.

17 Ammerlaan & Van Boom 2003, p. 2332.

in de pool.¹⁸ De premies zijn marktconform, waardoor het geen verboden staatssteun oplevert.¹⁹ Verder gaat de Staat uit van een tijdelijke deelname in de pool en beoordeelt hij elk jaar of zijn deelname nog nodig is.²⁰ Zodra de private verzekeringsmarkt de dekking volledig op zich kan nemen, zal hij zijn deelname beëindigen.

Met de oprichting van de NHT was het probleem van de levensverzekeringen nog niet opgelost. Verzekeraars konden het terrorismerisico niet beperken of uitsluiten op deze verzekeringspolissen, omdat ze geen *en bloc*-clausule bevatten. De rijksoverheid heeft daarom de NFV gewijzigd, zodat de minister van Financiën specifieke bevoegdheden krijgt om snel te kunnen ingrijpen bij grote terroristische aanslagen.²¹ De minister kan op de dekkingverlening van verzekeraars kortingen toepassen of besluiten dat verzekeraars helemaal geen dekking hoeven te verlenen.²² Op die manier wordt de continuïteit van de levensverzekeringsmarkt gewaarborgd.

9.3 Verklaring van de publiek-private samenwerking

9.3.1 *Motieven van de rijksoverheid om in te grijpen*

Toen na 2001 duidelijk werd dat primaire verzekeraars het terrorismerisico niet meer konden dragen, greep de rijksoverheid in om snel een oplossing voor deze verzekeringsproblematiek te vinden. Dit was vooral ingegeven door de destijds recente aanslagen in New York. Het tijdslement is echter niet de enige factor. De mogelijke solvabiliteit van verzekeraars speelde ook een belangrijke rol in het zoeken naar oplossingen voor het terrorismerisico. Daarnaast is het een maatschappelijke taak van de rijksoverheid om zich dit verzekeringsprobleem aan te trekken en burgers na een terroristische aanslag niet met lege handen te laten staan.²³ De schade die zich zou kunnen voordoen, kan te groot zijn om te laten gebeuren. Ook de onrust die in Nederland na de aanslagen in New York was ontstaan, diende weggenomen te worden. Ten slotte was er ook internationale druk, aangezien

18 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 915, nr. 5, p. 1.

19 Zie voor een kritische noot hierover Ammerlaan & Van Boom 2003, p. 2335.

20 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 668, nr. 1, p. 4 en nr. 2, p. 2; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 915, nr. 5, p. 2.

21 Zie art. 18b-18d NFV, Wet van 25 mei 1978, *Stb.* 1978, 348, laatstelijk gewijzigd bij wet van 30 oktober 2007, *Stb.* 2007, 406; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 915, nr. 1/2 en nr. 3, p. 4 en 5.

22 Zie voor een bespreking van de NFV ook Kalkman 2013, p. 100-104.

23 Het terrorismerisico wordt gezien als een maatschappelijk probleem, zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 668, nr. 1, p. 4 en nr. 2, p. 2.

veel omringende landen wel oplossingen hadden gevonden voor het verzekeraar houden van het terrorismerisico.²⁴

De oplossing is gevonden in de oprichting van de NHT. Door die oprichting verwacht de rijksoverheid dat een beroep op de Wet Tegemoetkoming Schaden bij rampen en zware ongevallen (hierna: WTS) kan worden vermeden.²⁵ Daarnaast neemt de Staat als herverzekeraar ook deel in de pool. De Staat beloofde tijdens de oprichting van de NHT een aandeel van 300 miljoen, opdat een dekking van 1 miljard euro mogelijk gemaakt zou worden. Zonder deelname van de Staat zou de oprichting niet gerealiseerd kunnen worden. Het voornaamste doel van zijn deelname was het vergroten van de verzekeringscapaciteit. De gedachte achter de oprichting van de NHT was, mede door de tijdsdruk, echter niet het nastreven van volledige vergoeding door ongelimiteerde dekking, maar het überhaupt mogelijk maken van een vergoeding voor terreurschade.²⁶ Daarbij achtten verzekeraars en de overheid een maximumdekking van 1 miljard euro per jaar voldoende.²⁷ Voor 250 miljoen euro van het overheidsaandeel is in de tussentijd een herverzekeraar gevonden, waardoor het aandeel van de Staat nog 'slechts' 50 miljoen euro bedraagt. De Staat loopt relatief weinig financiële risico's, want de kans is klein dat een terroristische aanslag zich voordoet, terwijl hij wel elk jaar premie ontvangt voor zijn deelname. Het was de bedoeling dat de Staat in 2006 zijn deelname zou beëindigen, maar zowel verzekeraars als herverzekeraars hebben om verlenging verzocht.²⁸ Dit was ingegeven door de destijds recente aanslagen in Londen (2004) en Sharm al Sheik (2005). Daarnaast geeft het Verbond aan dat de hoge kredietwaardigheid van de Staat een belangrijk voordeel is van de deelname door de Staat. Dit geeft een garantie voor dekkingverlening door de NHT.²⁹ Ten slotte laat de Staat met zijn deelname in de NHT zien dat hij (her)verzekering van het terrorismerisico belangrijk vindt.

24 Vaak in de oprichting van een terrorismepool. Bijv. GAREAT in Frankrijk, Pool Re in Engeland, Extremus in Duitsland en TRIA in de Verenigde Staten. Zie voor een overzicht ook *Kamerstukken II 2002/03*, 28 668, nr. 1, p. 7 en 8.

25 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 668, nr. 1, p. 3; Toch wordt toepassing van de WTS niet geheel uitgesloten.

26 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 668, nr. 2, p. 4.

27 Er zijn verschillende scenario's gemaakt. Een aanslag op een voetbalstadion kan tot 1,2 miljard euro schade leiden, zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 668, nr. 1, p. 4 en 5.

28 Bron: bericht van het Ministerie van Financiën.

29 Zie ook Bruggeman, Faure & Fiore 2010, p. 369.

Met het verzekeraar houden van het terrorisierisico en het oprichten van de NHT heeft de rijksoverheid ook bijgedragen aan solidariteit en zelfredzaamheid. Het lukte verzekeraars zelf niet om solidariteit na te streven en het terrorisierisico voor iedereen verzekeraar te houden. Daarom was de rijksoverheid de aangewezen instantie om solidariteit te waarborgen en rust te creëren in de verzekeringsmarkt en onder de bevolking. Solidariteit is immers een publiek belang.³⁰ Allereerst kan binnen de terrorismepool solidariteit worden gevonden tussen de verzekeraars, herverzekeraars en de Staat. Het terrorisierisico is tussen hen onderling gespreid, zodat ze collectief sterker staan. Daarnaast creëert het ook solidariteit tussen de verzekerde burgers. De verzekering is een vorm van solidariteit waar burgers voor kiezen om zo hun risico's te spreiden.³¹ Tevens is het nuttig voor de burgers dekking te nemen om op die manier hun eigenbelang te waarborgen.³²

Dat het terrorisierisico verzekeraar is gebleven, heeft dus bijgedragen aan solidariteit. De zelfredzaamheid van burgers is met het verzekeraar maken van het terrorisierisico echter niet verdwenen. Zelfredzaamheid vindt men allereerst in het feit dat een terrorismeverzekering niet verplicht is voor burgers. Het is echter zo dat 94% van de verzekeraars bij de terrorismepool is aangesloten, waardoor het overgrote deel van de Nederlandse bevolking dekking tegen terreurschade heeft.³³ Daarnaast kent de terrorismepool een gelimiteerde dekking van 1 miljard euro per jaar. Overschrijdt de schadeomvang de gelimiteerde dekking, dan zal de dekking naar rato van ieders aandeel worden verdeeld en zullen slachtoffers van een terroristische aanslag geen volledige vergoeding krijgen. Het gemaximeerd verzekeraar maken van het terrorisierisico leidt zowel tot solidariteit als zelfredzaamheid.

9.3.2 De Staat als herverzekeraar

Door deel te nemen in de terrorismepool treedt de Staat op als (laatste) herverzekeraar. Waarom doet hij dat? In deze subparagraaf zal ik grofweg drie theorieën gebruiken om de keuze van de oprichting van de NHT en de deelname van de Staat te verklaren: de *public interest* theorie, de *private interest* theorie en de *market enhancing view*.³⁴

30 Hoogerwerf & Herweijer 2008, p. 32.

31 Zie Faure & Hartlief 2002, p. 162.

32 Dit wordt ook wel *shared utility* genoemd, zie ook Van Oorschot 1998.

33 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 668, nr. 2, p. 1.

34 Zie voor een overzicht Cummins & Mahul 2009, p. 84 en 85; Bruggeman 2010, p. 193-195.

Public interest theorie

Volgens de *public interest* theorie wordt regulering ingezet om het publieke belang na te streven en de welvaart te verhogen.³⁵ Deze theorie ziet regulering als oplossing voor marktfalen.³⁶ Door marktfalen op te lossen, kan de maatschappelijke welvaart worden verhoogd.³⁷ Een vorm van marktfalen waar de theorie op ziet, is gebrek aan informatie. Met name de verzekeringsmarkt heeft met informatiegebrek te kampen. Daardoor kunnen ze de risico's niet goed inschatten en kunnen ze geen passende premie berekenen. Dit kan als gevolg hebben dat voor die risico's geen verzekeringsproducten worden aangeboden, waardoor er geen markt tot stand komt. De risico's kunnen daardoor niet goed worden ingeschat en er kan geen passende premie worden berekend. Als gevolg hiervan kunnen geen verzekeringsproducten worden aangeboden, waardoor er geen markt tot stand komt. In sommige situaties vindt de overheid het onwenselijk als de markt uitvalt. Economische overwegingen, maar ook de behoefte om rust te bewaren of solidariteit na te streven, kunnen dan een reden zijn om tot regulering over te gaan.³⁸

Bovenstaande overwegingen hebben ook een rol gespeeld bij het verzekeraar houden van het terrorismerisico. Overheidsingrijpen was noodzakelijk nu de markt instabiel was geraakt na de aanslagen op de Twin Towers. Daarnaast was er ook onrust onder de bevolking ontstaan. De rijksoverheid heeft echter niet gekozen voor het opstellen van regels of een nieuwe wet, maar heeft samen met verzekeraars gekozen voor een poolconstructie die de markt zelf zou oprichten. De Staat neemt wel deel in de pool, omdat dit noodzakelijk was om de oprichting financieel mogelijk te maken. Tegenwoordig is de Staat nog steeds partij in de pool, voornamelijk om zijn maatschappelijke betrokkenheid te uiten.

Private interest theorie

De *private interest* theorie verklaart regulering als resultaat van aansturing door belangengroepen.³⁹ Daarnaast gaat de theorie ook uit van individuele overheidsfunctionarissen die op zoek zijn naar macht. Een andere theorie

35 Posner 1974; Joskow & Noll 1981.

36 Posner 1974.

37 De SER ziet het oplossen van marktfalen als een publiek belang, zie SER advies 2010.

38 Ogus 1994, p. 29 en 46.

39 Stigler 1971; Peltzman 1976; Becker 1983.

die in dezelfde categorie past, is de *public choice* theorie.⁴⁰ Deze theorie gaat ervan uit dat wat de overheid doet, gedreven wordt door het algemeen belang en een afweging is van conflicterende belangen. Het zijn echter geen afgebakende theorieën en er zijn ook verschillende varianten te vinden.⁴¹ Regulering heeft bij deze theorieën niet alleen als doel het verbeteren van de markt, maar ook het tegemoetkomen aan de private belangen van belangengroepen.⁴² Ambtenaren en politici komen de belangen tegemoet uit eigenbelang, omdat ze hopen meer geld, macht en kiezersstemmen te krijgen.⁴³ Dit wordt gezien als overheidsfalen.⁴⁴ Regulering op deze wijze is inefficiënt, omdat het alleen de belangengroepen ten goede komt. Vanwege het voorgaande opteren deze theorieën voor zo min mogelijk overheidsregulering.

Er is voor het terrorismerisico grote druk op de overheid uitgeoefend vanuit de verzekeringsmarkt. De stabiliteit van de verzekeringsmarkt was in gevaar. Met het ingrijpen van de overheid worden echter niet alleen de belangen van de verzekeringsmarkt behartigd, maar ook de financiële belangen van burgers en bedrijven. Ook later in 2006, toen de Staat zijn deelname wilde beëindigen, was er een lobby vanuit verzekeraars en herverzekeraars om de deelname van de Staat te verlengen.

Market enhancing view

Een theorie die uitermate geschikt is voor analyse van de rol van de Staat als herverzekeraar is de *market enhancing view*.⁴⁵ De *market enhancing view* zit tussen de andere twee theorieën in. De theorie erkent dat marktfalen de economie kan verstoren, een probleem dat de private markt zelf niet kan oplossen. Deze theorie stelt dat overheidsingrijpen nodig is om marktfalen op te lossen, maar dit dient niet door instelling van nieuwe permanente overheidsinstellingen te gebeuren.⁴⁶ Een tijdelijke oplossing kan bijvoorbeeld een overheidsfonds zijn. Deze theorie gaat dus minder ver dan de *public interest* theorie, door alleen tijdelijk overheidsingrijpen wenselijk te achten om de private markt te herstellen.

40 Buchanan & Tullock 1962.

41 Zie voor meer (sub)theorieën Ogus 1994, p. 55-75.

42 Dit wordt *rent-seeking* gedrag genoemd, zie Krueger 1974; Rowley, Tollison & Tullock 1988.

43 Gaffkin 2005.

44 Wolf 1988.

45 Lewis & Murdock 1996; Lewis & Murdock 1999.

46 Bruggeman 2010, p. 194 en 195.

Het oprichten van een terrorismepool waar de Staat in deelneemt, past goed binnen de *market enhancing view*. De pool wordt namelijk door de verzekeringsmarkt zelf opgericht en de deelname van de Staat is in beginsel tijdelijk van aard. Het opstellen van regels of wetten door de rijksoverheid moet zoveel mogelijk worden voorkomen, om de markt niet teveel te verstoren. De keuze van de overheid om te kiezen voor een poolconstructie waar zij voor 300 miljoen euro (en nu nog maar 50 miljoen euro) als herverzekeraar deelneemt om zo 1 miljard euro af te wenden, was een relatief makkelijke keuze. De Staat stelt zich aan weinig financiële risico's bloot, terwijl hij elk jaar premie incasseert.⁴⁷ Tot nu toe heeft de Staat 30 miljoen euro aan premies geïncasseerd voor de staatskas.⁴⁸ Het is dus een passende oplossing waarbij de markt in stand wordt gehouden, terwijl de Staat er ook profijt van heeft. Zodra de markt het risico weer volledig zelf kan dragen, zal de Staat uit de pool stappen.⁴⁹

9.3.3 De NHT: een polderoplossing

Iedereen heeft, afhankelijk van het maatschappelijk probleem, opvattingen over wat de rijksoverheid als taken dient te hebben. Burgers, werkgevers, vakbonden, verzekeraars, maar ook politici zelf. Met betrekking tot het terrorismerisico zijn vooral de economische stabiliteit en veiligheid belangrijke taken.⁵⁰ Zoals eerder geschetst, bood de verzekeringsmarkt tot 2001 een verzekering voor het terrorismerisico aan, maar na 2001 dreigde voor het terrorismerisico volledige uitsluiting van de dekking. Dat was het moment voor de rijksoverheid om in te grijpen, omdat de markt dreigde in te storten en burgers geen terrorismedekking meer zouden hebben.

Dankzij de oprichting van de NHT kon het terrorismerisico verzekeraar blijven. Deze oprichting is mogelijk gemaakt door samenwerking tussen de rijksoverheid en het Verbond. Was deze samenwerking er niet geweest, dan zouden verzekeraars massaal het terrorismerisico hebben uitgesloten. Er kwam een oplossing, doordat de rijksoverheid met verzekeraars meedacht over een oplossing voor het terrorismerisico en uiteindelijk ook ging participeren in de pool. Deze oplossing is een voorbeeld van het Neder-

47 Het Ministerie van Financiën heeft aangegeven dat het ontvangen van premie door de Staat een noodzakelijke randvoorwaarde is, maar afgezien daarvan speelt het geen rol bij het besluit de deelname elk jaar te verlengen.

48 Zie 'Staatskas profiteert van uitblijven terreuraanslagen', 23 maart 2013 op www.nu.nl.

49 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 668, nr. 1, p. 4 en nr. 2, p. 2; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 915, nr. 5, p. 2.

50 Rimanque 2002, p. 168.

landse poldermodel, wat gekenmerkt wordt door overleg, onderhandeling en samenwerking tussen de overheid en werkgevers- en werknemersorganisaties.⁵¹ Het is echter meer dan alleen een overlegeconomie.⁵² Het laat de overlegcultuur zien die Nederland eigen is.⁵³ Dankzij dit model kunnen vaak grote stappen worden gezet in het oplossen van sociaal-economische problemen. Het is bij het poldermodel vaak geven en nemen, waardoor de bereikte oplossing niet per se iedereen voor ogen heeft gestaan. Daarom is solidariteit noodzakelijk om naar een oplossing toe te werken, opdat iedereen tevreden is. Pleij noemt dit ook wel ‘de eigenzinnige combinatie van conflictmodel en consensusbereidheid’.⁵⁴ Deze combinatie karakteriseert het typische en unieke Nederlandse poldermodel. Iedereen heeft inbreng, waardoor het maatschappelijk draagvlak wordt vergroot. Het polderen heeft ook voor het terrorismerisico zijn waarde bewezen: snel gezamenlijk tot een oplossing komen.

9.3.4 *Andere polderoplossingen*

Naast het terrorismerisico zijn er ook andere voorbeelden waarin de rijksoverheid door te ‘polderen’ tot een oplossing voor een maatschappelijk probleem komt. Het terrorismerisico was niet het eerste probleem waar de rijksoverheid koos voor het oprichten van een herverzekeringsmaatschappij.⁵⁵ Voor het millenniumrisico dat zich in 2000 mogelijk zou kunnen voordoen, was daar ook voor gekozen (zonder deelname van de Staat).⁵⁶ Dit werd de Nederlandse Millennium Herverzekeringsmaatschappij (hierna: NMH).⁵⁷ De rijksoverheid kan voor maatschappelijke problemen ook andere oplossingen kiezen. De WTS en overstromingsproblematiek laten dat zien.

De WTS is door de wetgever opgesteld als vangnet voor slachtoffers van schade door aardbevingen en zoetwateroverstromingen.⁵⁸ Indien het gaat om andere schade, dan dient krachtens artikel 3 WTS de wet bij Koninklijk besluit van toepassing te worden verklaard om werking te hebben.

51 Zie voor een algemene omschrijving ook Delsen 2000, p. 9.

52 Bos, Ebben & Te Velde 2007, p. 9 en 10.

53 Zie ook Shetter 1987, p. 183 die het ‘vergaderen’ typisch Nederlands noemt.

54 Pleij 2005, p. 26.

55 Wansink 2004, p. 223 en 224.

56 *Kamerstukken II 1997/98-1999/00*, 25 674, nr. 1-75; Quint en Top 1998; Tolman 1998.

57 De NMH is in 2001, nadat geen schademeldingen waren binnengekomen, weer opgeheven.

58 Art. 2 WTS, Wet van 25 mei 1998, *Stb.* 1998, 325.

Slachtoffers hebben alleen recht op een tegemoetkoming indien het schade betreft die onverzekerbaar is en niet elders kan worden verhaald.⁵⁹ Aan de oprichting van de WTS is veel overleg tussen de rijksoverheid en het Verbond voorafgegaan om te bezien hoe een tegemoetkoming voor rampen het beste kan worden gerealiseerd. De overheid heeft uiteindelijk de WTS als structurele oplossing gekozen, in plaats van steeds ad hoc-oplossingen te zoeken.⁶⁰

Met de komst van de WTS werd de overstromingsproblematiek nog niet geheel opgelost.⁶¹ Onlangs heeft het Verbond aangekondigd in januari 2014 een verplichte private overstromingsverzekering te zullen introduceren.⁶² Het overstromingsrisico wordt geacht een onverzekerbaar risico te zijn en heeft veel overeenkomsten met het terrorisierisico. Anders dan bij het terrorisierisico, waar de rijksoverheid voor een poolconstructie heeft gekozen, heeft zij dat bij het overstromingsrisico niet gedaan. Ondanks vele gesprekken tussen de rijksoverheid en verzekeraars en verschillende onderzoeken mislukte het ‘polderen’ naar een oplossing. Uiteindelijk heeft de rijksoverheid het aan de verzekeraars overgelaten om al dan niet een verzekering voor dit risico aan te bieden. Voor vergelijkbare risico’s worden dus niet dezelfde oplossingen gekozen. In dit geval kan een verklaring gezocht worden in het feit dat de overstromingsproblematiek al jaren voortduurt en de rijksoverheid veel geld heeft uitgegeven om tot een oplossing te komen. Het is goed mogelijk dat de rijksoverheid er geen geld meer aan wilde besteden. In tegenstelling tot het verzekeringsprobleem van het terrorisierisico dat in 2001 nieuw en acuut was. Daarnaast ontstond er grote druk vanuit de verzekeraars om een oplossing te vinden.

De voorbeelden maken duidelijk dat de rijksoverheid voor vergelijkbare risico’s verschillende oplossingen kiest. De ene keer kiest zij voor een wet, de andere keer voor een poolconstructie en soms laat ze het aan de markt zelf over. De rijksoverheid uit haar maatschappelijke betrokkenheid op verschillende manieren, maar het overheidsbeleid lijkt daardoor niet consistent. Er kunnen echter een aantal verklaringen voor de verschillen worden

59 Er is geen sprake van volledige schadevergoeding, *Kamerstukken II 1996/97*, 25 159, nr. 5, p. 6.

60 Zie voor een kritische noot Faure & Hartlief 2001, p. 151.

61 Zie voor een uitgebreide analyse van de overstromingsproblematiek de bijdrage van S.C. van Dijke in dit boek.

62 De toezichthouder Autoriteit Consument en Markt heeft op 12 juni jl. vastgesteld dat de verplichte overstromingsverzekering in strijd is met de mededingingsregels, zie www.acm.nl. Volgens het Verbond is de politiek nu weer aan zet.

gegeven. Allereerst kan het van belang zijn hoe acuut het probleem is: de laatste grote overstromingen in Nederland waren in 1993 en 1995. Hoe langer het geleden is dat een risico zich heeft verwezenlijkt, hoe minder nood er wellicht is om het probleem aan te pakken. Ten tweede is de budgettering van de rijksoverheid van belang, namelijk hoeveel geld zij aan het probleem wil uitgeven (of al heeft uitgegeven). Als laatst speelt de druk van belangengroepen een grote rol. Blijkbaar was de lobby bij het terrorisierisico groter dan bij het overstromingsrisico. Een mogelijke verklaring daarvoor kan gelegen zijn in het feit dat verzekeraars bij terreur hun omzet dreigden kwijt te raken. De financiële belangen voor verzekeraars waren dus groter bij het terrorisierisico.

9.4 Beoordeling van de rol van de overheid

9.4.1 *De keuze voor de oprichting van de NHT*

Met de oprichting van de NHT is er een oplossing gekomen voor het verzekeringsprobleem van het terrorisierisico. Men kan zich afvragen of deze oplossing van de rijksoverheid ook de meest wenselijke is geweest. In subparagraaf 9.3.1 heb ik de motieven van de rijksoverheid uiteengezet en in 9.3.5. heb ik aangegeven dat voor vergelijkbare risico's ook andere oplossingen mogelijk zijn. De hectiek in 2001 en de jaren erna heeft een grote rol gespeeld in het (snel) zoeken naar een oplossing voor het verzekeringsprobleem in Nederland. Andere landen hadden al een terrorismepool of zouden er een gaan oprichten en naar mijn mening heeft de rijksoverheid er goed aan gedaan om ook voor een pool te kiezen. Voor het terrorisierisico is dit een prima oplossing. Men zou kunnen stellen, de WTS in ogenschouw nemend, dat in dit geval wetgeving consistentener was geweest, maar meer wetgeving is ook niet altijd de oplossing.⁶³ Achteraf bezien is het echter niet meer van groot belang welke oplossing de beste zou zijn geweest. Van belang is dat überhaupt een oplossing is gevonden en het terrorisierisico verzekerbaar is gebleven.

Overigens is dit een bijzondere oplossing, gegeven de periode waarin die tot stand is gekomen. De toenmalige kabinetten-Balkenende I en II hadden hele andere doelstellingen en een andere werkwijze, waar het poldermodel niet in thuishoorde. Marktwerking en eigen verantwoordelijkheid stonden centraal.⁶⁴ Toch bleek voor het zoeken naar een oplossing voor

63 Zie bijv. Schreiner 1992 en *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, nr. 1-7.

64 *Strategisch akkoord*, regeerakkoord tussen de fracties CDA, LPF en VVD d.d. 3 juli 2002 en *Meedoen, Meer werk, minder regels*, regeerakkoord tussen de

het verzekeringsprobleem wel de gekozen werkwijze. Er kon snel naar een oplossing worden gewerkt om weer rust in het land te creëren.⁶⁵ Door gezamenlijk overleg is het verzekeringsprobleem naar ieders tevredenheid opgelost. Op deze manier wordt niet alleen het eigenbelang, maar ook het gemeenschappelijk belang gediend; iedereen wordt er beter van. De overheid en verzekeraars laten zich van hun goede kant zien, de markt wordt stabiel gehouden en burgers en bedrijven behouden een verzekering voor het terrorismerisico.

Een andere vraag die zich voordoet, is hoe de NHT zal functioneren wanneer een terroristische aanslag zich voordoet. De werking van de pool is tot op heden nog niet bekend, omdat er – gelukkig – nog geen terroristische aanslag in Nederland is geweest. Er kan op voorhand dus niet worden gezegd of de poolconstructie bij een terroristische aanslag goed zal werken en al helemaal niet als de schade meer dan 1 miljard euro bedraagt. In de meeste gevallen zal de dekking van 1 miljard euro soelaas moeten bieden, maar er zijn altijd extreme situaties denkbaar. De minister van Financiën zal dan krachtens de NFV kunnen ingrijpen, maar niet uitgesloten is dat de WTS toch van toepassing zal worden verklaard. De rijksoverheid heeft in het verleden vaker ad hoc-regelingen getroffen.⁶⁶ Wat de rijksoverheid samen met verzekeraars hier heeft bereikt, lijkt dus in zekere zin een vorm van ‘symboolpolitiek’.⁶⁷ Er is een oplossing gekomen voor het terrorismerisico, maar of de oplossing ook werkt en effectief is, moet nog worden afgewacht. Het is goed mogelijk dat na een terroristische aanslag blijkt dat de pool niet goed functioneert. Symboolpolitiek hoeft echter niet nadelig te zijn, aangezien er wel rust onder de samenleving is gecreëerd en de markt stabiel is gehouden.⁶⁸ Op het moment dat de NHT zijn werking bewijst, zal er ook geen sprake meer zijn van symboolpolitiek. Indien de oplossing niet optimaal blijkt, dan zal er gekeken worden naar verbeteringen. De symbolische betekenis zal zodoende alleen bestaan zolang er geen aanslag is. Pas na een aanslag kan de terrorismepool zijn werk gaan verrichten.

fracties CDA, VVD en D66 d.d. 16 mei 2003.

65 Pleij 2005, p. 20.

66 Denk aan vaste uitkeringen aan de slachtoffers van de Bijlmerramp in 2000 of tegemoetkomingen aan de slachtoffers van de Volendamse Cafébrand in 2003.

67 Zie voor algemene literatuur over symboolpolitiek Witteveen, Van Seters & Van Roermund 1991 en Van Klink 1998.

68 Zie ook Witteveen, Van Seters & Van Roermund 1991, p. 1 en 2.

9.4.2 *Reguleringsscenario's*

Om te kunnen beoordelen wat de rol van de Staat in de toekomst dient te zijn, zullen er drie scenario's met de toekomstige rol van de Staat worden geschetst. Bij elk scenario zal ik aangeven wat er gebeurt als dit scenario wordt gevolgd. Daarnaast geef ik ook gelijk aan wat de voor- en nadelen van elk scenario zijn en waarom bepaalde scenario's niet wenselijk zouden zijn. In paragraaf 9.4.3 zal ik uiteindelijk het meest wenselijke scenario bespreken.

Scenario 1: de Staat stapt uit de pool

In het eerste scenario wordt uitgegaan van de situatie dat de Staat helemaal uit de pool stapt. Verzekeraars en herverzekeraars nemen dan volledig de dekking van 1 miljard euro op zich en de Staat is er niet meer bij betrokken. Deze situatie had de rijksoverheid met de oprichting van de NHT na verloop van tijd voor ogen, namelijk wanneer de verzekeringsmarkt het risico zelf weer aan zou kunnen. Het zou niet wenselijk zijn om in de pool te blijven op het moment dat de markt de dekking zelf kan dragen. Op dit moment heeft de Staat nog een aandeel van 50 miljoen euro, een aandeel dat door een herverzekeraar redelijk eenvoudig overgenomen zou kunnen worden. Dit gebeurt echter niet. Blijkbaar vinden verzekeraars het toch wenselijk dat de Staat in de pool blijft. Theoretisch zou het voor de markt beter zijn als er zo min mogelijk staatsinmenging is, maar in werkelijkheid ligt dat anders. Het terrorismerisico is een groot maatschappelijk probleem. Het is van belang dat de Staat erbij betrokken blijft, want op die manier laat de Staat ook aan de samenleving zien dat zij het probleem belangrijk vindt.

Daarnaast is het zo dat als een aanslag zich voordoet, het nog spannend wordt hoe de NHT zal functioneren.⁶⁹ Ook dan is het wenselijk als de Staat nog steeds bij de NHT is betrokken. Mocht het misgaan, dan kan de Staat de situatie beter beoordelen en op tijd ingrijpen. Zou hij niet meer in de pool zitten en de NHT functioneert niet zoals verwacht, dan zal de Staat er alsnog bij betrokken worden. Het is daarom ook vanuit praktisch oogpunt nuttig als de Staat in de pool blijft.

69 Dit geldt bij alle drie de scenario's.

Scenario 2: de Staat vergroot zijn aandeel in de pool

Het tweede scenario gaat uit van een groter aandeel van de Staat in de pool. Het gaat dan wel om de situatie waar ook de dekking van 1 miljard wordt vergroot. Voor burgers zou dit betekenen dat ze meer schade vergoed kunnen krijgen. Er zijn namelijk situaties denkbaar waarin de schade de gemaximeerde dekking van 1 miljard euro overstijgt. De Staat zou, als men naar de financiële middelen kijkt, zijn aandeel kunnen vergroten. Dan moet daar wel aanleiding toe zijn en die ontbreekt op dit moment. De dreiging van terrorisme in Nederland is de laatste tijd substantieel, maar dat levert voor de Staat nog geen acute noodzaak op om zijn aandeel te vergroten.⁷⁰ Daarnaast is de kans heel klein dat een aanslag in de orde van grootte van 11 september 2001 zal plaatsvinden, waardoor de Staat het ook niet nodig acht om zijn aandeel en zo ook de dekking te vergroten.

Noemenswaardig is de situatie waarin de Staat ongelimiteerde dekking biedt. In landen zoals Engeland en Frankrijk is er ongelimiteerde dekking van de Staat bovenop de dekking van verzekeraars en herverzekeraars. In die landen komt echter niet alle schade voor vergoeding in aanmerking, terwijl dat in Nederland wel het geval is. Het klinkt heel aantrekkelijk om ook in Nederland ongelimiteerde dekking te hebben, maar de consequenties voor de verzekeringsmarkt zouden erg nadelig zijn. Verzekeraars en herverzekeraars worden als het ware buitenspel gezet en herverzekeraars zullen zich terugtrekken, waardoor er weinig van de markt overblijft. Ongelimitteerde overheidsdekking is daarom in Nederland niet wenselijk.

Scenario 3: de Staat verkleint zijn aandeel in de pool

In het laatste scenario verkleint de Staat zijn aandeel van 50 miljoen euro in de pool. Er is een herverzekeraar gevonden die dat deel van de Staat wil overnemen en herverzekeren. De wens van de Staat om zijn aandeel te verkleinen kan zijn ingegeven door financiële overwegingen, zodat hij minder financiële risico's loopt. Daarnaast geeft het ook blijk van het feit dat de markt het terrorismerisico steeds meer kan dragen. Dat was initieel ook de gedachte van de Staat geweest. In dit scenario blijft de Staat echter wel deelnemen in de pool, zij het dat zijn aandeel miniem is geworden. Voor dat kleine aandeel zou de Staat eenvoudig nog een andere herverzekeraar kunnen vinden, maar hij doet dat niet. Aan de ene kant houdt het verband met het feit dat verzekeraars het wenselijker vinden als de Staat in de pool blijft, waarbij de grootte van zijn aandeel er niet toe doet. Aan de andere

70 Zie Samenvatting DTN32 2013.

kant kan het ook voor de Staat aantrekkelijk zijn om in de pool te blijven vanwege de premie.

Op het moment dat een aanslag zich voordoet, is de Staat in dit scenario nog steeds betrokken. Door zijn aandeel te verkleinen, loopt hij wel minder financiële risico's. De aanslag zal daarom vooral financiële impact voor verzekeraars en herverzekeraars hebben. Mocht de schade de dekking van 1 miljard euro overtreffen, dan kan men zich wenden tot de NFV. De Staat moet zich er echter van bewust zijn dat in bepaalde situaties meer van hem zal worden verwacht. Om de juiste beslissingen te kunnen nemen, is het voor de Staat van belang om in de pool te blijven, hoe klein zijn aandeel ook is.

9.4.3 *Blijvende deelname in de terrorismepool NHT*

Mijn stelling is dat de deelname van de Staat in de NHT van blijvende aard moet zijn. De Staat gaat uit van een tijdelijke aard, maar tot op heden is haar deelname elk jaar verlengd. Uit de scenario's blijkt dat het voor iedereen beter is als de Staat, zolang de NHT bestaat, daarin deel blijft nemen; voor de verzekeraars, voor de markt, voor de burgers, maar ook voor de Staat zelf. Daarbij maakt het geen groot verschil of het aandeel van de Staat 50 miljoen euro blijft of verkleind wordt. Dit komt overeen met de huidige situatie of scenario 3. Een groter aandeel ligt niet in de lijn der verwachtingen. Daarnaast heeft de rijksoverheid zich in eerste instantie dit probleem aangetrokken en is de Staat in de pool als herverzekeraar gaan deelnemen, dan dient hij die rol ook te blijven vervullen. Dat de situatie met betrekking tot het terrorisme enigszins rustiger is geworden, maakt de deelname van de Staat niet overbodig. Zodra een terroristische aanslag zich voordoet, wordt de markt weer instabieler en zal de Staat er toch bij betrokken worden. Het is efficiënt om in deze omstandigheden in de pool te blijven, zodat de situatie na een aanslag eenvoudiger kan worden geregeld en onder controle kan worden gehouden. Ten slotte – niet geheel onbelangrijk – verdient de overheid geld met haar deelname door jaarlijks premie te incasseren. Dit is toegestaan zolang de premie marktconform is. Het geld komt de staatskas ten goede. Als een aanslag zich voordoet en de schade overtreft de dekking van 1 miljard euro, dan zal de overheid eventueel geld uit de staatskas kunnen gebruiken, bijvoorbeeld door toch de WTS van toepassing te verklaren.

Vanuit de *public interest* theorie bezien is blijvende deelname van de Staat wenselijk, omdat de Staat het terrorismerisico beter kan reguleren dan de verzekeringsmarkt zelf. Het is een maatschappelijk probleem waar

deelname van de Staat zeer wenselijk is. Al is het maar om aan te tonen dat de Staat oog voor de problematiek heeft. De *market enhancing view* gaat uit van een tijdelijke deelname van de Staat. Blijvende deelname zou de verzekeringsmarkt te veel verstoren. Het aandeel van de Staat is tegenwoordig zo klein, dat niet is uitgesloten dat de verzekeringsmarkt dat aandeel zou kunnen overnemen. Blijkbaar voelen (her)verzekeraars hiertoe geen noodzaak, waardoor er ook niet kan worden gesproken van marktverstoring. De *private interest* theorie is tegen iedere deelname van de Staat, omdat deze theorie ervan uitgaat dat de Staat de belangen van belangengroepen behartigt in ruil voor macht en kiezersstemmen. Het is echter zo dat met deelname van de Staat in de NHT niet alleen de belangengroepen worden tegemoetgekomen, maar de hele samenleving. Politici hopen kiezersstemmen voor zich te winnen, doordat ze laten blijken dat ze het probleem belangrijk vinden, de Staat ontvangt premie voor haar deelname, maar ook de samenleving profiteert doordat het terrorismerisico verzekerd blijft. Er is geen sprake van overheidsfalen, want regulering komt alle actoren ten goede. Blijvende deelname van de Staat in de NHT is hierdoor zowel vanuit de scenario's als vanuit de theorieën bezien de meest wenselijke situatie.

9.5 Conclusie

In het voorgaande stond het verzekeringsprobleem van het terrorismerisico en de oprichting van de NHT centraal. Bijzonder daarbij was de deelname van de Staat in de NHT. Ik heb allereerst getracht te verklaren waarom de Staat als herverzekeraar in de NHT deelnam. Vervolgens heb ik zijn handelingen in het verleden en zijn deelname in de toekomst beoordeeld. Wat betreft het verklaren heb ik de motieven van de rijksoverheid uiteengezet, waarna ik drie reguleringstheorieën als referentiekader heb gebruikt. De belangrijkste motieven van de rijksoverheid zelf waren stabiliteit in de verzekeringsmarkt terugbrengen, solidariteit en zelfredzaamheid waarborgen. Verder wilde de rijksoverheid de onrust onder de bevolking wegnemen door een oplossing voor het verzekeringsprobleem te vinden. De reguleringstheorieën hebben alle drie een andere visie op overheidsregulering. Ondanks dat er wel druk vanuit de verzekeraars is geweest, heeft dit niet geleid tot overheidsfalen. Het verzekeraars houden van het terrorismerisico komt immers iedereen ten goede. De rijksoverheid behartigt met haar regulering het publieke belang. De rol van de rijksoverheid past daardoor goed in de *public interest* theorie en de *market enhancing view*. Ten slotte heb ik aangegeven dat de oplossing die de rijksoverheid en verzekeraars hebben gevonden een polderoplossing is. Het poldermodel is waardevol gebleken doordat in relatief korte tijd een oplossing is gevonden. Ik heb het terrorismerisico vervolgens vergeleken met de WTS en overstromingsproblema-

tiek. Daaruit is gebleken dat de rijksoverheid voor vergelijkbare risico's verschillende oplossingen hanteert.

Wat betreft het beoordelen heb ik ten aanzien van de handelingen van de rijksoverheid in het verleden de beoordeling kort gehouden. Wellicht had de rijksoverheid ook voor een andere oplossing dan een poolconstructie kunnen kiezen, maar dat is achteraf niet meer het belangrijkste. Van belang is dat er een oplossing is gekomen voor het terrorismerisico. Wel blijft het spannend hoe de NHT zal functioneren als zich een aanslag voordoet. Door de onbekende werking van de NHT kan er gesproken worden van symboolpolitiek. Symboolpolitiek hoeft echter niet negatief te zijn, aangezien rust op de verzekeringsmarkt en onder de bevolking is teruggekeerd. Vervolgens heb ik beoordeeld welke rol de Staat nog in de toekomst zou moeten hebben. Zijn deelname in de NHT is niet meer financieel noodzakelijk, waardoor hij uit de pool zou kunnen stappen. Aan de hand van drie scenario's en de reguleringstheorieën heb ik geconcludeerd dat de Staat een blijvende deelname in de NHT moet hebben, zolang de NHT bestaat. De reden hiervoor is dat dit voor alle actoren het beste is. Het terrorismerisico blijft een maatschappelijk probleem en het is van belang dat de Staat daarbij betrokken blijft. Deze deelname verstoort de verzekeringsmarkt niet. Sterker nog, verzekeraars hechten juist waarde aan de deelname van de Staat in de NHT. De Staat heeft een hoge kredietwaardigheid en door deze 'samenwerking' laten beide partijen zien dat ze het maatschappelijk probleem onderkennen en onderschrijven.⁷¹ Samenwerken is belangrijk, want terroristische dreigingen zijn – helaas – nog steeds volop aanwezig.⁷²

Literatuurlijst

Ammerlaan & Van Boom 2003

V.C. Ammerlaan & W.H. van Boom, 'De Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden en de rol van de overheid bij het vergoeden van terreurschade', *NJB* 2003, p. 2330-2339.

71 Zie ook de Gedragscode Verzekeraars 2011 van het Verbond van Verzekeraars.
72 Voor Nederland gaat het nu met name om de vrees voor terroristische aanslagen door terugkerende tienerjihadisten uit Syrië, zie *Terrorism and Political Violence Risk Map* 2013 van Aon.

Asser/Clausing & Wansink 2007 (5-VI)

P. Clausing & J.H. Wansink, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere Overeenkomsten. Deel VI. De Verzekeringsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012 (7-IX*)

J.H. Wansink, N. van Tiggele-Van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere Overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012.

Becker 1983

G. Becker, 'A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence', *Quarterly Journal of Economics* 1983, Vol. 98, No. 3, p. 371-400.

Bos, Ebben & Te Velde 2007

D. Bos, M. Ebben & H. te Velde, *Harmonie in Holland. Het poldermodel van 1500 tot nu*, Amsterdam: Bert Bakker 2007.

Bruggeman 2010

V. Bruggeman, *Compensating Catastrophe Victims: A Comparative Law and Economics Approach* (diss. Maastricht), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010.

Bruggeman, Faure & Fiore 2010

V. Bruggeman, M.G. Faure & K. Fiore, 'The Government as Reinsurer of Catastrophe Risks?', *Geneva Papers on Risk and Insurance Theory* 2010, Vol. 35, p. 369-390.

Cummins & Mahul 2009

J.D. Cummins & O. Mahul, *Catastrophe Risk Financing in Developing Countries. Principles for Public Intervention*, Washington D.C.: The World Bank 2009.

Delsen 2000

L.W.M. Delsen, *Exit Poldermodel? Sociaal-economische ontwikkelingen in Nederland*, Assen: Van Gorcum 2000.

Samenvatting DTN32 2013

Samenvatting Dreigingsbeeld Terrorisme Nederland 32, maart 2013 opgesteld door de minister van Veiligheid en Justitie, te Raadplegen via: www.nctv.nl/pp/dtn.

Faure & Hartlief 2001

M.G. Faure & T. Hartlief, 'Vergoeding van rampschade', in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en Recht*, Den Haag: BJu 2001, p. 149-170.

Faure & Hartlief 2002

M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002.

Gaffkin 2005

M.J.R. Gaffkin, 'Regulation as Accounting Theory', University of Wollongong, School of Accounting and Finance, Working Paper 9 2005.

Geerligs 1916

P.J. Prinsen Geerligs, *De zeeverzekering tegen molest en vrij van molest* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1916.

Hoogerwerf & Herweijer 2008

A. Hoogerwerf & M. Herweijer, *Overheidsbeleid: een Inleiding in de Beleidswetenschap*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Joskow & Noll 1981

P.L. Joskow & R.G. Noll, 'Regulation in Theory and Practice: An Overview', *Studies in Public Regulation*, Cambridge Massachusetts: MIT Press 1981, p. 1-78.

Kalkman 2013

W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2013.

Karsten 1940

Ch.J.F. Karsten, *Molest en molestverzekering in handel en bedrijf*, Amsterdam: 't Koggeschip 1940.

Van Klink 1998

B.M.J. van Klink, *De wet als symbool: over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Krueger 1974

A. Krueger, 'The Political Economy of the Rent-Seeking Society', *The American Economic Review* 1974, Vol. 64 No. 3, p. 291-303.

Lewis & Murdock 1996

C.M. Lewis & K.C. Murdock, 'The Role of Government Contracts in Discretionary Reinsurance Markets for Natural Disasters', *The Journal of Risk and Insurance* 1996, Vol. 63 No. 4, p. 567-597.

Lewis & Murdock 1999

C.M. Lewis & K.C. Murdock, 'Alternative Means of Redistributing Catastrophe Risk in a National Risk-Management System', in K.A. Froot, *The Financing of Catastrophe Risk*, Chicago and London: The University of Chicago Press 1999, p. 51-92.

De Nerée tot Baberich 2008

M.M.C.J.M. de Nerée tot Baberich, 'Zijn "groot molest risico's" toch te verzekeren?', *Beursbengel* april 2008, p. 30-33.

Ogus 1994

A.I. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Clarendon Press 1994.

Van Oorschot 1998

W. van Oorschot, *Shared Identity and Shared Utility: On Solidarity and its Motives*, Tilburg Institute for Social Sciences, Tilburg 1998.

Peltzman 1976

S. Peltzman, 'Toward a More General Theory of Regulation', *Journal of Law and Economics* 1976, Vol. 19 No. 2, p. 211-240.

Pleij 2005

H. Pleij, *Erasmus en het poldermodel*, Amsterdam: Bert Bakker 2005.

Posner 1974

R.A. Posner, 'Theories of Economic Regulation', *The Bell Journal of Economics and Management Science* 1974, Vol. 5, No. 2, p. 335-358.

PVK Jaarverslag 2002

PVK Jaarverslag van 14 maart 2002, te raadplegen via: www.dnb.nl.

Quint & Top 1998

H.R. Quint & G.M. Top, 'Het millenniumprobleem: a lawyers' delight?', *Vrb.* 1998, p. 65 e.v.

Rimanque 2002

K. Rimanque, 'Veiligheid: een fundamenteel recht?', in: K. Rimanque (red.), *Het recht op veiligheid*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu uitgevers 2002, p. 165-175.

Rowley, Tollison & Tullock 1988

C.K. Rowley, R.D. Tollison & G. Tullock, *The Political Economy of Rent-Seeking*, Boston: Kluwer Academic Publishers 1988.

Schreiner 1992

A. Schreiner, 'Naar de vorm wetgeving', in: W.J. Witteveen e.a. (red.), *Het bereik van de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

SER advies 2010

Sociaal Economische Raad (SER), *Overheid en Markt: het Resultaat telt. Voorbereiding Bepalend voor Succes*, SER advies nr. 2010/01, te raadplegen via: www.ser.nl.

Shetter 1987

W.Z. Shetter, *The Netherlands in Perspective: The Organizations of Society and Environment*, Leiden: Martinus Nijhoff 1987.

Spier 1993

J. Spier, 'Molest(verzekering)', in: H.A. Bouman e.a. (red.), *In volle verzekering* (Van Wassenaer van Catwijck-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, 125-137.

Stigler 1971

G.J. Stigler, 'The Theory of Economic Regulation', *The Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, Vol. 2, No. 1, p. 3-21.

Tolman 1998

M.J. Tolman, 'Verzekeringsaspecten van het millenniumprobleem', *Vrb.* 1998, p. 81 e.v.

Verbond van Verzekeraars 2011

Verbond van Verzekeraars, 'Verzekerd het slagveld in', *Verzekerd!* 2011-3, p. 20-22.

Wansink 2004

J.H. Wansink, 'Terrorisme: een risico van de nieuwe wereld voor verzekeraars', in: P.J.M. Drion en J.H. Wansink (red.), *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 217-239.

Witteveen, Van Seters & Van Roermund 1991

W.J. Witteveen, P. van Seters & G. van Roermund, *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Wolf 1988

C. Wolf, *Markets or Governments. Choosing between Imperfect Alternatives*, Cambridge Massachusetts: The MIT Press 1988.

Zwaardemaker 1916

A.F. Zwaardemaker, *De verzekering tegen molest in het zeerecht* (diss. Utrecht), Utrecht: P. den Boer 1916.

X De overstromingsverzekering in Nederland

*S.C. van Dijke**

Het risico op watersnoodschade ligt op de loer in het laaggelegen Nederland. Potentiële slachtoffers van watersnood zijn afhankelijk van de nationale solidariteit voor een eventuele vergoeding, omdat er in Nederland geen verzekeringsmogelijkheid bestaat voor het watersnoodrisico. Afspraken tussen verzekeraars hebben het lange tijd onmogelijk gemaakt om een verzekeringsdekking aan te bieden. Sinds de jaren '90 hebben verzekeraars afstand gedaan van deze afspraken. Naar aanleiding van verschillende overstromingsincidenten hebben het Verbond van Verzekeraars en de regering tot drie keer toe getracht om een publiek-private overstromingsverzekering in het leven te roepen. Deze pogingen zijn op niets uitgelopen. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het verzekeren van watersnood en getracht te verklaren waarom het de regering en het Verbond van Verzekeraars niet gelukt is om een publiek-private verzekering op de markt te brengen. Tevens wordt ingegaan op het recente initiatief van het Verbond van Verzekeraars om een private dekking te introduceren op de huidige brandverzekeringen.

10.1 Inleiding

Watersnood is een ramp als gevolg van een overstroming vanuit de zee of vanuit de rivieren. Het overheidsbeleid in Nederland is gericht op het voorkomen van watersnoodschade via het versterken van de primaire en regionale rivier- en zeekeringen. Desondanks verwacht de Rijksoverheid dat het risico op overstromingsschade de komende jaren zal toenemen. Immers, door de opwarming van de aarde wordt extremer weer en een versnelling van de zeespiegelstijging verwacht. De voortdurende verzakking van de Nederlandse bodem draagt bij aan het niveauverschil tussen land en water.¹ Volgens de overheid zijn de gevolgen van watersnood nu groter dan vijftig jaar geleden, omdat Nederland nu meer inwoners heeft. In de laaggelegen gebieden die vanuit de zee of vanuit de rivieren kunnen

* De auteur dankt W. van Gerner (Nationale Nederlanden), W. de Jong (Nationale Nederlanden), M. van Leeuwen (Verbond van Verzekeraars), R. Lengkeek (Lengkeek Expertises) en P.S. Beekman (Raad van State) voor informatie.

1 Zie de website van de Rijksoverheid: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/water-en-veiligheid/watersnood-en-wateroverlast>.

overstromen, leven nu negen miljoen mensen. Ook is de economische waarde van huizen, infrastructuur en bedrijven sterk gestegen ten opzichte van vijftig jaar geleden.²

Politiek houdt zich bezig met het oplossen, voorkomen en verminderen van maatschappelijke problemen.³ Als gevolg van verschillende overstromingsincidenten is het vergoeden van watersnoodschade een terugkerend agendapunt in Den Haag. In Nederland zijn de getroffen van watersnood immers afhankelijk van de nationale solidariteit: zij kunnen hun schade niet afwentelen op het aansprakelijkheidsrecht of een verzekering. Zo is het lastig gebleken om goede gronden te vinden in het aansprakelijkheidsrecht om de schade te verplaatsen. Voor watersnood is in de meeste gevallen namelijk niemand aansprakelijk – ook de overheid niet.⁴ Daarnaast kent Nederland als een van de weinige westerse landen geen overstromingsverzekering, waardoor potentiële getroffen en geen mogelijkheid hebben om het risico op schade te verplaatsen naar een verzekeraar. Degenen die schade oplopen door watersnood zien zich dus geconfronteerd met het adagium ‘een ieder draagt zijn eigen schade’.⁵ Bij een onverzekerbare catastrofe kan de overheid echter niet aan de zijlijn blijven staan – al is het maar uit electorale overwegingen. In het verleden heeft de overheid dan ook tegemoetkomingen verstrekt aan getroffen van watersnood op basis van ad hoc regelingen en sinds 1998 ook op basis van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen (Wts).⁶ Deze regelingen drukken echter op de algemene gelden. Daarnaast bieden zij burgers weinig zekerheid vooraf en vergoeden zij niet de volledige schade. De situatie voor potentiële slachtoffers van watersnood is verre weg van ideaal te noemen.

In de politiek is al meermalen gesproken over het op de markt brengen van een overstromingsverzekering ter vergoeding van watersnoodschade. Door afspraken tussen verzekeraars die het onmogelijk maakten om een dekking voor watersnoodschade aan te bieden, was het pas vanaf de jaren '90 mogelijk om een verzekeringsdekking als optie te beschouwen. Vanaf dat moment hebben de verzekeraars en de regering zich meerdere keren ingezet om een publiek-private verzekering op de markt te brengen. Dit is niet

2 Zie de website van de Rijksoverheid: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/water-en-veiligheid/watersnood-en-wateroverlast>.

3 Woerdman 2009, p. 21.

4 Zie voor een uiteenzetting van een aantal mogelijke aansprakelijkheidsgronden: Hartlief 1995, p. 132-142.

5 Zie daarover Hartlief 1997.

6 Wet van 25 mei 1998, *Stb.* 1998, 325. De Wts is in werking getreden op 12 juni 1998.

eenvoudig gebleken. Verschillende pogingen zijn op niets uitgelopen en de overheid heeft in 2010 bekend gemaakt dat zij voorlopig afziet van het op de markt brengen van een publiek-private dekking.⁷ Het Verbond van Verzekeraars (hierna: Verbond) liet het er niet bij zitten en maakte eind 2012 bekend dat het werkt aan het invoeren van een private dekking.⁸ Medio 2013 liet Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) echter weten dat deze dekking volgens ACM in strijd is met het mededingingsrecht.

In dit hoofdstuk wordt beoogd te verklaren waarom het de afgelopen twintig jaar niet gelukt is om een overstromingsverzekering op de markt te brengen. Daartoe zal ik eerst ingaan op het Bindend Besluit Overstroming, waarin verzekeraars kort na de Watersnoodramp hebben vastgelegd geen dekking meer te verlenen voor het watersnoodrisico. Ik zal daarbij aan de hand van inzichten uit verzekeringseconomie en gedragswetenschappen duidelijk maken dat het verzekeren van overstromingsschade lastig is, maar niet onmogelijk (§ 10.2). Ten tweede ga ik in op de initiatieven die tot nu toe zijn ondernomen door de regering en de verzekeraars om een verzekeringsconstructie op de markt te brengen. Daarbij zal ik trachten te verklaren wat de achtergrond was van deze initiatieven en waarom zij uiteindelijk gestrand zijn (§ 10.3). Ik sluit af met een conclusie en enkele aanbevelingen (§ 10.4).

10.2 Watersnoodschade lange tijd onverzekerbaar

De schade aan mens en materieel als gevolg van de Watersnoodramp in 1953 bedroeg ruim anderhalf miljard gulden.⁹ De verzekeringsbranche heeft van dit bedrag maar een klein deel vergoed, omdat de schade in de meeste gevallen niet onder een verzekeringspolis viel. De ramp gaf verzekeraars wel aanleiding tot nadenken over de wenselijkheid van een eventuele dekking voor het overstromingsrisico. Daartoe hebben zij onderzoek gedaan naar de mogelijke schadelast van een overstroming in Zuidwest-Nederland. Verzekeraars kwamen tot de conclusie dat zij, wanneer het overstromingsrisico zich aldaar zou verwezenlijken, niet in staat zouden zijn deze schade te dekken.¹⁰ Verzekeraars achtten het overstromingsrisico *onverzekerbaar*. Om die reden legden de verzekeraars, verenigd in de

7 Wits 2010.

8 Janssen 2012.

9 Zie de website van het Zeeuws Archief: <http://www.zeeuwsarchief.nl/zeeuwse-verhalen/de-ramp-feiten-cijfers-en-links/>. In de huidige geldwaarde gaat het om een bedrag van ongeveer 5,2 miljard euro: www.iisg.nl/hpw/calculate-nl.php.

10 Barnhoorn 1995, p. 20.

Vereniging van Brandassuradeuren,¹¹ in het Bindend Besluit Overstroming vast dat zij geen dekking wilden verlenen voor schade als gevolg van een overstroming. Onder het begrip ‘overstroming’ werd verstaan ‘het bezwijken of overlopen van dijken, kaden, sluizen of andere waterkeringen’.¹² In 1963 hebben verzekeraars eenzelfde afspraak ook vastgelegd voor het risico van aardbevingen en vulkanische uitbarstingen.¹³

Het ontstaan van het Bindend Besluit Overstroming is dus terug te voeren op de vrees van verzekeraars voor een cumulatie van schade als gevolg van een overstroming. Immers, wanneer een gebied zoals de Randstad zou worden getroffen door een overstroming en vele polissen tot uitkering moeten komen, bestaat de kans dat de reserves van verzekeraars ernstig in gevaar zullen komen. Voor verzekeraars is het dan ook van levensbelang om een dergelijke schade te kunnen afwentelen op een zo breed mogelijk draagvlak. Dit wordt alleen bereikt als naast de slechte risico’s ook de goede risico’s (lees: de mensen die hoog en droog wonen in Nederland) bereid zijn om een overstromingsverzekering af te sluiten. Daar wringt echter de schoen als het gaat om schade door watersnood: de goede risico’s hebben nauwelijks interesse in een watersnoodverzekering.¹⁴ Daarnaast zijn er aanwijzingen dat zelfs de slechte risico’s weinig heil zien in een overstromingsverzekering. Een verklaring voor deze geringe interesse vindt men in de grondslagen van de private verzekering zoals bekend uit de verzekeringseconomie en in de resultaten van empirisch onderzoek naar de overstromingsverzekering.

De verzekeringseconomie hanteert als uitgangspunt dat mensen met een afkeer voor risico geïnteresseerd zullen zijn in het afsluiten van een verzekering wanneer dit hun verwacht nut verhoogt. Met behulp van informatie over de risico’s en informatie over de voordelen van verzekering zal de nut-maximaliserende mens een verzekeringsdekking zoeken teneinde zijn risico naar de verzekeraar te verschuiven.¹⁵ De literatuur noemt als bedreiging van het verzekeringscontract het *moreel risico* en *antiselectie*. Het eerste

11 De voorloper van de afdeling Brand van het Verbond van Verzekeraars.

12 *Bindend Besluit Overstroming*, Amsterdam: Vereniging van Brandassuradeuren 1955.

13 *Bindend Besluit Aardbeving en Vulkanische uitbarstingen*, Amsterdam: Vereniging van Brandassuradeuren 1963.

14 Zo schrijft Barnhoorn dat er onder de goede risico’s bijzonder weinig interesse was in de overstromingsverzekering die in de jaren ’50 werd aangeboden: Barnhoorn 1995, p. 20. Minister Andriessen meldt in *Kamerstukken II 1993/94*, 23 564, nr. 3, p. 15 dat maar ca. 13% van de bevolking belangstelling heeft voor een overstromingsverzekering.

15 Arrow 1965, p. 1 e.v.; Pratt 1964, p. 122-136.

verschijnsel houdt in dat verzekerden minder voorzichtig worden als zij eenmaal verzekerd zijn.¹⁶ Met het tweede verschijnsel wordt het risico aangeduid dat vooral degenen die het hoogste risico op schade lopen, een verzekering zullen willen afsluiten.¹⁷ Juist dit tweede verschijnsel maakt het verzekeren van overstromingsschade bijzonder lastig.¹⁸ Immers, volgens de verzekeringseconomie is de presumptie dat een overstromingsverzekering vooral aantrekkelijk is voor burgers die in een risicogebied wonen, terwijl de goede risico's weinig zullen voelen voor het product. Doordat de goede risico's zich in mindere mate zullen verzekeren dan de slechte risico's, kunnen verzekeraars een hoge schadelast verwachten bij een calamiteit. Verzekeraars zullen meer premie vragen om deze schadelast te kunnen opvangen, waardoor de verzekering nog minder aantrekkelijk wordt voor goede risico's. Op die manier blijven alleen de slechtste risico's over en zal de verzekering niet meer tegen een betaalbare premie kunnen worden aangeboden.

Naast de verzekeringseconomie bevestigt empirisch onderzoek dat het lastig is om de goede risico's mee te krijgen voor een overstromingsverzekering. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de publicaties van Kunreuther, die vaststelt dat er sprake is van een spectaculaire onderverzekering met betrekking tot watersnood in landen waar wel een overstromingsverzekering beschikbaar is.¹⁹ Een ander voorbeeld is een onderzoek naar de private en niet-verplichte overstromingsverzekering in Duitsland, waaruit blijkt dat deze verzekering door minder dan 10% van de markt wordt afgenomen.²⁰ Deze onderzoeksresultaten zijn in strijd met de verzekeringseconomische presumptie dat de slechte risico's graag een verzekering willen afsluiten ter afwenteling van hun schade om zodoende hun nut te maximaliseren. Een mogelijke verklaring dat verzekering achterwege blijft, is dat individuen onvoldoende geïnformeerd zijn over een mogelijke blootstelling aan de risico's van watersnood en de voordelen van een eventuele verzekering. Dit zou dan aansluiten bij de verzekeringseconomische hypothese dat individuen niet overeenkomstig hun preferenties een vraag naar verzekering kunnen ontwikkelen als zij onvoldoende geïnformeerd zijn.²¹ Onderzoek van het

16 *Moral hazard*; zie bijv. Visscher 2006, p. 485-492; Asser/Clausing & Wansink 2007, nr. 163 e.v.

17 *Adverse selection*; zie bijv. Redja 2003, p. 23 e.v.; Schulenburg 2005, p. 297 e.v.

18 Zo ook: Faure & Hartlief 2001, p. 177.

19 Kunreuther 1996, p. 171-187; Kunreuther & Pauly 2004, p. 5-21; Kunreuther & Pauly 2006, p. 175 e.v.

20 *Flood – an underestimated risk* 2012, p. 17; ook Endres e.a. wijzen op de beperkte vraag naar verzekering in Duitsland, in: Endres, Ohl & Rundshagen 2003, p. 284-294.

21 Faure & Van Boom 2008, p. 314.

Verbond van Verzekeraars geeft een aanwijzing dat er in Nederland wellicht sprake is van een dergelijk informatiegebrek: maar 16% van de consumenten weet dat zij zelf moeten opdraaien voor schade aan hun woning bij een dijkdoorbraak.²² Naast een informatiegebrek zijn er in de gedragswetenschappen andere verklaringen te vinden voor het achterwege blijven van de vraag naar een overstromingsverzekering. Zo is aangetoond dat de vraag naar verzekering voor rampschade afhangt van de ervaring van individuen. Als overstromingsincidenten zich niet recent hebben voorgedaan, zullen mensen in risicogebieden niet zo snel geneigd zijn om een verzekering af te sluiten.²³ Bovendien zijn er auteurs die beweren dat de vraag naar verzekeringen niet tot stand komt, omdat burgers rekenen op betalingen van de overheid in de nasleep van een ramp.²⁴ Ook zijn er experimenten die aantonen dat burgers de voorkeur geven aan een onzekere toekomstige rampschade in plaats van de zekere schade die bestaat uit het betalen van premie.²⁵

Uit de bovenstaande inzichten volgt dat het verzekeren van het overstromingsrisico geen eenvoudige zaak is. Desondanks gaat het te ver om daarmee het watersnoodrisico *onverzekeraar* te noemen. Immers, andere rampen zijn ook goed verzekeraar gebleken. Het is bijvoorbeeld al sinds de jaren vijftig mogelijk om dekking te krijgen voor schade veroorzaakt door nucleaire risico's.²⁶ De vraag rijst of verzekeraars creatieve oplossingen om watersnood te verzekeren onbenut hebben gelaten en te snel de pen hebben opgepakt om het Bindend Besluit Overstroming te ondertekenen. Het kan namelijk ook anders. Zo kan het draagvlak voor de overstromingsverzekering vergroot worden door het informatiegebrek te doorbreken via het actief voorlichten van burgers omtrent het risico op schade door overstromingen en de voordelen van verzekering.²⁷ Verder kan het probleem van antiselectie geweerd worden door risico's te differentiëren, bijvoorbeeld door een andere premie te berekenen voor overstromingsrisico's in Zuid-Limburg dan in de Flevopolder of door binnen een locatie rekening te houden met een ligging binnen een adequate bedijking of niet. Bovendien kan een verzekeraar de watersnoodschade in de hand houden door het opleggen van preventieve maatregelen aan zijn verzekerden door bijvoorbeeld te vragen

22 Verbond van Verzekeraars 2008, p. 13.

23 Slovic, Kunreuther, & White 1974, p. 187-205.

24 Borghouts 2004, p. 20; Epstein 1996, p. 287-308; Harrington 2000, p. 40-46.

25 Bijvoorbeeld: Slovic 2000, p. 62-71; McClelland, Schulze & Coursey 1993, p. 95-116; Schoemaker & Kunreuther 1979, p. 603-618.

26 Zie daarover Hamburger 1986 en Faure 1993, p. 149 e.v.

27 Faure & Van Boom 2008, p. 314.

om dure elektronische apparatuur niet direct op de vloer te plaatsen.²⁸ Het probleem van antiselectie kan ook ondervangen worden via het aanleggen van een poolconstructie, waarbij verzekeraars alle risico's verzekeren en bij een bepaalde verhouding kunnen doorverwijzen naar een andere verzekeraar die nog wel slechte risico's aanneemt. Een andere mogelijkheid is het herverzekeren van het risico op de internationale verzekeringsmarkt.²⁹ In het licht van genoemde oplossingen is het standpunt van de verzekeringsbranche dat watersnoodschade geheel niet te verzekeren is, dan ook onhoudbaar te noemen. Het duurde echter tot begin jaren '90 voor verzekeraars overgingen tot de opheffing van het Bindend Besluit Overstroming.

10.3 De initiatieven tot een publiek-private overstromingsverzekering

10.3.1 *Het Bindend Besluit Overstroming sneuvelt*

Als gevolg van de overstromingen van de Maas in 1993 kreeg de vraag naar de wenselijkheid van een overstromingsdekking politieke aandacht. Parlementsleden uit de Tweede Kamer plaatsten kritische kanttekeningen bij de voormelde kartelbesluiten van de verzekeringsbranche.³⁰ Ook drongen rechts-liberale Kamerleden aan op een verzekeringsoplossing via samenwerking tussen de verzekeraars en het kabinet.³¹ Rond diezelfde tijd stonden overstromingen ook op de politieke agenda van Brussel. De afspraken van de Nederlandse verzekeraars waren niet langer in overeenstemming met Europese mededingingswetgeving na de invoering van het kartelverbod op basis van Verordening 3932/92.³² De politieke druk vanuit zowel Den Haag als Brussel bracht de verzekeraars er toe om het Bindend Besluit Overstroming op te heffen en zich bereid te tonen na te denken over een verzekeringsoplossing voor watersnood en andere natuurrampen.³³ De voorkeur van de verzekeraars ging daarbij uit naar een publiek-private verzekeringsconstructie waarin een grote rol voor de overheid was weggelegd. In reactie op de door mij gestelde vragen over de watersnoodverzekering, maakte het Verbond kenbaar dat zijn voorkeur voor een publiek-privaat systeem vooral te maken had met de aard van het overstromingsrisico. Ondanks dat het aanbieden van een verzekeringsdekking mogelijk werd

28 Faure & Hartlief 2001, p. 169.

29 Van de Bunt 2001, p. 178.

30 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 564, nr. 3, p. 8.

31 *Zie Kamerstukken II* 1993/94, 23 564, nr. 3.

32 *Zie in dit verband* Faure & Hartlief 1995, p. 316-319.

33 Eerder was het Bindend Besluit Aardbeving en Vulkanische uitbarstingen door verzekeraars opgeheven door de geschetste politieke druk.

door opheffing van het Besluit, was de verzekeringsbranche van oordeel dat het om een ingrijpend en groot risico ging dat de individuele verzekeraars moeilijk zelf konden dragen. De overheid kon een rol spelen in het doorbreken van de problemen die zich voordoen bij het verzekeren van het overstromingsrisico. De verzekeringsbranche was bovendien van mening dat een overstromingsverzekering ook onder de portefeuille van de overheid viel, omdat een dekking tevens in het belang van de overheid was. Volgens het Verbond zou uit een studie van de Wereldbank blijken dat landen met een verzekering tegen overstroming sneller herstellen na een calamiteit en daarna op een hoger groeipad komen. Daarnaast benadrukte het Verbond dat er bij een onverhoopte overstroming, naast schade voor burgers en bedrijven, ook schade voor de overheid zou ontstaan.

10.3.2 De eerste poging tot een publiek-private watersnoodverzekering

In februari 1994 zijn het Verbond en de regering, vertegenwoordigd door het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Binnenlandse Zaken, in overleg getreden over een publiek-private verzekeringsconstructie. De verzekeraars hebben toen voorgesteld om tijdelijk over te gaan tot de oprichting van een pool met een gegarandeerde verzekeringscapaciteit van de zijde van verzekeraars van vijftig miljoen gulden. Dit onder de voorwaarde dat de overheid tweehonderd miljoen gulden zou inbrengen, zodat de kans op kortingen op de uitkeringen in verband met een te kleine poolcapaciteit zoveel mogelijk zou worden beperkt.³⁴ De verzekeraars verzochten de overheid om na het invoeren van de tijdelijke poolconstructie gezamenlijk studie te verrichten naar een structurele oplossing. Daarbij zou volgens de verzekeraars inspiratie kunnen worden geput uit het Franse systeem, dat inhoudt dat een ieder die een inboedel- of opstalverzekering heeft gesloten, verplicht verzekerd is voor schade ten gevolge van natuurrampen tegen betaling van een premieopslag.³⁵

Tot grote spijt van het Verbond kon de regering zich niet verenigen met het voorstel dat de verzekeraars op tafel hadden gelegd. De regering toonde zich – naast het doen van fiscale concessies – niet bereid om verder te gaan dan een inbreng in de pool van tachtig miljoen gulden. Volgens de regering zou met een dergelijk bedrag de schade van een omvang als die van de overstroming in Limburg grosso modo gedekt zijn. Verder benadrukte de regering dat zij het als haar taak zag om haar verantwoordelijkheid te nemen

34 *Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VII, nr. 34, p. 1-2.*

35 *Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VII, nr. 34, p. 1-2.*

ten aanzien van gedupeerden, zodat verzekeraars op de hulp van de overheid konden rekenen als de schade de capaciteit van de pool te boven zou gaan.³⁶ Een systeem van verplichte verzekering zoals in Frankrijk, achtte de regering niet geschikt voor de Nederlandse situatie vanwege ongewenste effecten. De minister van Binnenlandse Zaken noemde als voorbeelden van negatieve effecten een mogelijke bureaucratisering van het proces van schadevergoeding, een beperking van de vrije consumentenkeuze en mogelijke lastenverzwaring voor de burger.³⁷ Ook zou er in de Tweede Kamer te weinig animo zijn voor de Franse oplossing.³⁸ De ministers constateerden ‘dat verdergaand overleg niet opportuun is, omdat geen uitzicht bestaat op overeenstemming tussen overheid en verzekeraars’ en braken het overleg met de verzekeraars af in april 1994. Zij kozen ervoor om bij een onverhoopte toekomstige calamiteit te bezien welke financiële steun van de overheid mogelijk en wenselijk zou zijn, afhankelijk van de concrete situatie.³⁹

Een verklaring voor de weigering van de regering om toentertijd tweehonderd miljoen gulden in de pool te leggen, hangt mogelijk samen met de bezuinigingen die de regeerperiode van het toenmalige kabinet-Lubbers III (1989-1994) kenmerkten. In het regeerakkoord van Lubbers III, een coalitie van CDA en PvdA, is te lezen dat de coalitie streefde naar een overheidsbeleid dat binnen verantwoorde financiële grenzen bleef.⁴⁰ Bovendien blijkt uit het regeerakkoord dat de coalitie voorrang gaf aan het doen van investeringen: zo werd er veel geld gestoken in rivierdijkversterkingen, stormvloedkeringen en waterschappen.⁴¹ Het is goed mogelijk dat de toenmalige regering vanwege de wens om te bezuinigen en met het oog op het geld dat reeds was gestoken in preventieve maatregelen om watersnoodschade te voorkomen, afzag van het inleggen van een groot bedrag in een verzekeringspool.

10.3.3 *De tweede poging tot een publiek-private watersnoodverzekering*

Het overleg was nog maar net afgebroken of het nieuwe Kabinet-Kok I (1994-1998), ook wel bekend als ‘Paars I’, hervatte de besprekingen met de verzekeraars. Het regeerakkoord van Paars I bood meer ruimte voor een eventuele publiek-private overstromingsverzekering dan het regeerakkoord

36 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 400 VII, nr. 34, p. 1-2.

37 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 400 VII, nr. 34, p. 2.

38 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 564, nr. 10, p. 7.

39 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 400 VII, nr. 34, p. 3.

40 *Kamerstukken II 1989/90*, 21 132, nr. 8 herdruk, p. 4.

41 *Kamerstukken II 1989/90*, 21 132, nr. 8 herdruk, p. 39.

van Lubbers III. Het akkoord van Paars I ging namelijk uit van een evenwicht tussen gemeenschappelijke regelingen en eigen verantwoordelijkheid.⁴² Deze leidende gedachte was terug te vinden in het voorstel van Wet aanspraak op vergoeding zoetwateroverstromings- en aardbevingsschade, dat op 20 april 1995 voortkwam uit het hernieuwde overleg tussen het Ministerie van Financiën, het Ministerie van Binnenlandse Zaken en het Verbond. Het voorstel ging in de kern uit van de instelling van een fonds, dat werd gevoed door een verplichte wettelijke heffing van de opstalverzekering van *f* 15,- tot *f* 20,- per jaar per opstal- of inboedelpolis ter verkrijging van de benodigde solidariteit. Een eigen risico voor particulieren van 5% met een minimum van *f* 3.000,- per geval bij opstalschade en *f* 2.000,- per geval bij inboedelschade moest uiting geven aan de eigen verantwoordelijkheid van verzekerden.⁴³ Het was opvallend dat de constructie uitging van het Franse systeem. Schijnbaar hadden de nieuwe ministers van Financiën en Binnenlandse Zaken in tegenstelling tot hun voorgangers uit het kabinet-Lubbers III geen bezwaren tegen de Franse constructie of hadden zij deze laten varen.

Het wetsvoorstel is echter nooit serieus in discussie geweest in de Tweede Kamer. Dit kan deels aan de advisering van de Raad van State worden toegerekend.⁴⁴ Op 14 december 1995 bracht de Raad een negatief advies uit over het voorstel van Wet aanspraak op vergoeding zoetwateroverstromings- en aardbevingsschade. De belangrijkste bezwaren waren vooral principieel. Ten eerste achtte de Raad de financiering van de tegemoetkoming aan benadeelden van natuurrampen uit algemene middelen de meest voor de hand liggende oplossing. Ter onderbouwing noemde de Raad artikel 21 van de Grondwet, volgens welk artikel de overheid een zorgplicht heeft ten aanzien van de bewoonbaarheid van het land. Ten tweede vond de Raad het onjuist dat een wezenlijke financiële bijdrage van de overheid in het wetsvoorstel ontbrak. Volgens de Raad miskende het wetsvoorstel daarmee dat er bij natuurrampen nationale belangen in het geding zijn en ontbraken er in het voorstel principiële argumenten om de brandverzekeraars het gehele risico te laten lopen. Ten derde meende de Raad dat een wettelijke verzekeringsconstructie onwenselijk was, omdat de voortgang van het dijkversterkingsprogramma volgens hem als gevolg had dat op

42 Zie het regeerakkoord tussen de fracties van PvdA, VVD en D66, 13 augustus 1994, p. 2-3.

43 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 071, nr. 21, p. 1-2.

44 Zo ook Faure & Hartlief 2001, p. 153.

korte termijn het risico van zoetwateroverstromingen goed verzekeraar zou zijn via een private constructie.⁴⁵

Een blik op de werkwijze van de Raad leert het volgende. De advisering door de Raad vindt plaats aan de hand van een driedelige toetsing: de beleidsanalytische toets, de juridische toets en de wetstechnische toets.⁴⁶ Gezien het politiek-bestuurlijke karakter van de voormelde bezwaren van de Raad, valt zijn advies nog het meest te plaatsen in de categorie van de beleidsanalytische toets. In algemene zin beoogt de Raad bij de beleidsanalytische toets zich terughoudender op te stellen dan bij de juridische en wetstechnische toets, omdat het gaat om politieke of beleidsmatige keuzes van de regering. Deze zijn in ons staatsbestel voorbehouden aan de organen die daartoe democratisch gelegitimeerd zijn: regering en parlement.⁴⁷ Uit het jaarverslag van 1998 blijkt dat de Raad zich bewust is van zijn plaats in het staatsbestel en de beperkingen die daaraan inherent zijn:

‘De Raad is adviseur; hij neemt geen initiatieven tot nieuwe wetgeving, noch beslist hij daarover. Hij is onafhankelijk en niet-partijpoliticus gebonden, hetgeen terughoudendheid met betrekking tot beleidsmatige keuzes met zich brengt; dit is in beginsel een zaak van de regering of van de wetgever (...). Gezien deze opstelling zal de Raad verhoudingsgewijs zelden een voorstel volstrekt afwijzen om beleidsredenen.’⁴⁸

In het licht van het bovenstaande is het opmerkelijk dat de Raad het wetsvoorstel tot een publiek-private watersnoodverzekering van de hand wees. Een verklaring voor deze afwijzende houding ligt wellicht in de politieke kleur van de Raad in 1995. De voorzitter van de Raad was toen Wim Scholten, CDA-politicus. Er zijn aanwijzingen dat een wettelijk verplichte verzekeringsconstructie voor overstromingsschade niet goed past in het CDA-programma. Zo is in het landelijke verkiezingsprogramma van 1994-1998 te lezen dat het CDA zelfregulering prefereert boven wetgeving. ‘Niet de regels die de overheid stelt, maar de activiteiten en de vindingrijkheid van burgers en maatschappelijke organisaties bepalen de veerkracht van de samenleving,’ aldus het programma.⁴⁹ Een private verzekeringsoplossing past beter bij dit uitgangspunt dan een publiek-private oplossing. De partijleden van het CDA hebben dat bevestigd. Zo noemde Kamerlid Smits

45 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 640, nr. 1, p. 2.

46 Zie hierover uitgebreid de website van de Raad van State: www.raadvanstate.nl. Zie ook: Van de Pot 2006, p. 662.

47 Broeksteeg e.a. 2005, p. 26.

48 Jaarverslag Raad van State 1998, p. 28.

49 CDA 1994, p. 9.

(CDA) de in het wetsvoorstel neergelegde verzekeringsconstructie onaantrekkelijk en pleitte hij voor een constructie waarbij verzekeraars de verzekeringsdekking op de markt brengen zonder hulp van de overheid. Volgens Smits heeft een private constructie als voordeel dat de lasten evenwichtiger worden verdeeld in vergelijking met de in het wetsvoorstel neergelegde constructie, die alle houders van een opstalverzekering wettelijk verplicht om een bijdrage te leveren en bovendien nauwelijks rekening houdt met de draagkracht van betrokkenen.⁵⁰

Een tweede, opmerkelijk aspect is dat de regering de beleidsanalytische opmerkingen van de Raad heeft opgevolgd. Naar aanleiding van de forse kritiek van de Raad op het wetsvoorstel besloot de regering opnieuw een einde te maken aan de samenwerking met de verzekeraars en dus aan een structurele verzekeringsoplossing. Dit is niet in lijn met de normale gang van zaken. Uit verschillende onderzoeken blijkt namelijk dat de beleidsanalytische opmerkingen van de Raad in de regel niet worden opgevolgd door de regering.⁵¹ Eijlander en Voermans, die onderzoek hebben gedaan naar de doorwerking van de beleidsanalytische adviezen van de Raad, schrijven dat de voorspelbaarheid van beleidsanalytische adviezen van de Raad door de departementen als beperkt wordt beschouwd. Volgens de auteurs laat het regeerakkoord in de regel weinig ruimte om werkelijk recht te doen aan adviezen die de beleidsmatige kern van het voorstel betreffen. De conclusie van Eijlander en Voermans is dan ook dat beleidsanalytische opmerkingen van de Raad niet leiden tot heroverweging, maar hooguit tot een aanpassing van de motivering en verantwoording in de toelichting bij het wetsvoorstel.⁵²

Waarom heeft de regering in dit specifieke geval dan toch gekozen voor het opvolgen van de beleidsanalytische opmerkingen van de Raad? Een mogelijke verklaring is dat het regeerakkoord van het toenmalige kabinet Kok-I de ruimte liet voor de doorwerking van het advies van de Raad. Immers, het akkoord ging uit van een evenwicht tussen gemeenschappelijke regels en eigen verantwoordelijkheid. Een regeling die uitgaat van financiering uit algemene gelden en ruimte laat voor eigen verantwoordelijkheid (lees: de Wts), past goed in dit akkoord.

50 *Kamerstukken II 1994/95, 24 071, nr. 27, p. 1.*

51 Hoekstra 2006, p. 463-474; Eijlander & Voermans 2002, p. 26. Ook de Raad zelf constateert dit: zie Jaarverslag Raad van State 2006, p. 32.

52 Eijlander & Voermans 2002, p. 26.

10.3.4 De Wts in plaats van een watersnoodverzekering

In aansluiting op het advies van de Raad heeft de minister van Binnenlandse Zaken gezien wat de mogelijkheden waren voor een regeling die uitging van financiering van watersnood uit algemene middelen.⁵³ De minister heeft daarbij over de grens gekeken en inspiratie geput uit de Belgische wettelijke regeling van 1976.⁵⁴ Dit heeft geleid tot de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen (Wts). De regeling is in werking getreden op 12 juni 1998.⁵⁵ De Wts is van toepassing bij schade als gevolg van aardbevingen en zoetwateroverstromingen (art. 2). Daarnaast kan in geval van een ramp als bedoeld in artikel 1 van de Wet veiligheidsregio's de Wts van toepassing worden verklaard bij koninklijk besluit (art. 3).⁵⁶ In de Wts is – net als in het gesneuveld voorstel van Wet aanspraak op vergoeding zoetwateroverstromings- en aardbevingsschade – een rol toebedeeld aan de eigen verantwoordelijkheid van de burger. De regeling heeft namelijk een vangnetkarakter, dat wil zeggen dat men alleen in aanmerking komt voor een tegemoetkoming uit algemene gelden indien de kosten niet redelijkerwijs verzekeraar of elders te verhalen zijn.⁵⁷ Bovendien is er slechts plaats voor een gedeeltelijke vergoeding van de schade.⁵⁸

Onduidelijk is waarom de minister toentertijd van oordeel was dat de financiering van watersnood moest plaatsvinden uit algemene gelden. Zoals reeds in de inleiding van dit hoofdstuk is aangestipt, kan het aansprakelijkheidsrecht moeilijk een grondslag vormen voor een vergoedingsplicht van de overheid in geval van watersnood. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wts is deze kwestie verschillende keren aan de orde geweest. Verscheidene grondslagen zijn de revue gepasseerd, zoals de door de Raad in zijn advies genoemde zorgplicht van de overheid voor de bewoonbaarheid van het land (art. 21 Gw), de onderlinge solidariteit van de bevolking

53 Zie *Kamerstukken II 1995/96*, 26 640, nr. 1, p. 6. Zie *Kamerstukken II 1995/96*, 24 640, nr. 2 voor de standpunten van de politieke partijen.

54 De Wet van 12 juli 1976 betreffende het herstel van zekere schade veroorzaakt aan private goederen door natuurrampen. Zie voor een beschrijving Peeters 1980, p. 498 e.v. en Faure & Hartlief 2001, p. 155-157.

55 Wet van 25 mei 1998, *Stb.* 1998, 325.

56 Het moet dan wel gaan om een ramp die van ten minste vergelijkbare orde is als een overstroming door zoet water of een aardbeving.

57 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 159 NAV II, nr. 5, p. 2.

58 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 159 NAV II, nr. 5, p. 6.

en de *égalité devant les charges publiques*.⁵⁹ Een eenduidige grondslag lijkt er niet te zijn.

10.3.5 *Een derde poging tot een publiek-private watersnoodverzekering*

Met de kersverse regeling van de Wts leek de vraag naar een watersnoodverzekering even uit het oog verloren, maar dat was slechts van korte duur. Naar aanleiding van verschillende rampen, zoals de vuurwerkramp van Enschede in 2000, kreeg het politieke debat over de vergoeding van rampschade een nieuwe impuls. Op 3 april 2003 stelde de regering de Commissie Tegemoetkomingen bij Rampen en Calamiteiten (CTRC)⁶⁰ in met als taak te onderzoeken welke rol voor de overheid was weggelegd bij massaschade. Op 7 maart 2005 presenteerde de CTRC haar onderzoeksresultaten in het rapport *Solidariteit met beleid*. Haar conclusie luidde dat de burgers zelf de verantwoordelijkheid dragen zich voldoende te verzekeren tegen rampschade. Als mensen om welke reden dan ook niet kiezen voor verzekering, paste het volgens de CTRC niet de gevolgen van die keuze zonder meer voor rekening van de samenleving te willen brengen. De CTRC maakte daarbij de aantekening dat een verzekering wel verkrijgbaar en redelijkerwijs betaalbaar moest zijn. Hij adviseerde de regering dan ook om verder onderzoek te doen naar verzekeringsoplossingen.⁶¹

Het Kabinet-Balkenende II (2003-2006), een coalitie van CDA, VVD en D66, nam de aanbevelingen van de CTRC in grote lijnen over. Kort na het advies liet de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) een *quickscan* naar de oorzaak van de (on)verzekerbaarheid van rampschade uitvoeren door een extern bureau. Uit het onderzoek kwam naar voren dat de status quo van de huidige verzekerbaarheid van overstromingsschade het resultaat is van 'een langjarig complex ervaringskader'. Daarmee werd bedoeld op het volgende:

‘Een ontwikkelingsrichting naar meer private verzekerbaarheid blijkt dikwijls af te hangen van algemene condities, zoals de op de Nederlandse markt voor rampschade aangeboden (her)verzekeringscapaciteit, de mate

59 Wetsvoorstel tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen, *Kamerstukken II 1997/98*, 25 159.

60 In de literatuur wordt de CTRC ook wel aangeduid als de Commissie Borghouts, naar de voorzitter van de commissie.

61 Borghouts e.a. 2004, p. 55-56.

van succesvolle terugdringing van antiselectie en moreel risico, en de beschikbaarheid van cijfermateriaal om risico's te kunnen prijzen.⁶²

Na deze quickscan ging het kabinet over tot het oprichten van een speciale taskforce, bestaande uit deelnemers uit het Ministerie van BZK, het Ministerie van Financiën, het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en het Verbond. De taskforce kreeg de taak om te werken aan een verzekering voor watersnood. Voor de uitvoering van deze taak heeft de taskforce inspiratie geput uit de pool met gelimiteerde dekking voor terrorismeschade (de NHT-pool).⁶³ Volgens de taskforce zou een dergelijke pool ook voor de verzekering van het overstromingsrisico kunnen worden ingezet, met een maximum van enkele miljarden euro's. De overheid zou in deze constructie een eigen verantwoordelijkheid houden voor grote overstromingen zoals die van 1953, maar bij kleinschaliger incidenten zou de burger dan een beroep kunnen doen op zijn verzekering. De constructie ging uit van het Franse model: een verplichte overstromingsparagraaf op de opstalverzekering van particulieren, zodat het risico van antiselectie kon worden vermeden.

Ondanks alle tijd en moeite die de CTRC, het extern bureau en de speciale taskforce in het onderzoek hadden gestoken en het verregeande stadium waarin de verzekeringsoplossing zich volgens insiders bevond,⁶⁴ heeft de minister van BZK in februari 2010 laten weten dat het kabinet afziet van de overstromingsverzekering. Zij geeft daarvoor in de derde voortgangsbrief 'Nationale veiligheid' als reden dat het niet opportuun is om een dergelijke verzekering op te zetten. Naast de inherente beperkingen van de constructie zouden extra lastenverzwaringen in een tijd van economisch zwaar weer niet verantwoord zijn.⁶⁵

Het valt goed te verdedigen dat een lastenverzwaring voor overstromingen in een tijd van een economische crisis politiek minder aantrekkelijk is dan voor zaken als bijvoorbeeld werkgelegenheid en pensioenen. Het argument dat er beperkingen kleven aan een publiek-privaat systeem zonder uit te leggen op welke beperkingen gedoeld wordt, is minder goed te volgen. Hoe dan ook, de brief maakte opnieuw een einde aan de samenwerking tussen de regering en het Verbond. Voor de derde keer was een publiek-private

62 *Quick scan (on)verzekerbare schade* 2006, p. 5.

63 Zie daarover de bijdrage van J. Bjelic in deze bundel.

64 Lengkeek schrijft dat 'insiders weten dat de Task Force Verzekerbaarheid van overstromingen en wateroverlast veel werk heeft verzet met diepgaande oriëntatie', in: Lengkeek 2010, p. 16.

65 Derde voortgangsbrief Nationale Veiligheid, Kenmerk: 2010-0000084295, februari 2010.

overstromingsverzekering van de baan. Het Verbond reageerde in een persbericht met teleurstelling, maar hield zijn aanbod om mee te denken over een verzekeringsoplossing wel staande. Dit in de verwachting dat toekomstige overstromingsincidenten tot een politieke heroverweging kunnen leiden.

10.3.6 *Het initiatief tot een private overstromingsverzekering*

Het Verbond heeft niet lang gewacht op een politieke heroverweging. Eind 2012 maakte het bekend dat het werkt aan een *private* overstromingsverzekering, welke uitgaat van een overstromingsparagraaf op de reguliere brandverzekeringen. Alle verzekeraars die aangesloten zijn bij het Verbond zouden de heffing voor deze overstromingsparagraaf verplicht invoeren, waardoor iedereen – goed of slecht risico – zou mee betalen voor het overstromingsrisico. Op die manier zouden problemen zoals antiselectie en de cumulatie van schade kunnen worden tegengegaan. De bedoeling van het Verbond was om de dekking uiterlijk begin 2014 in te voeren. Zulks onder voorbehoud van een positieve informele zienswijze van ACM.⁶⁶

Verzekeraars hebben met dit initiatief hun terughoudendheid voor het privaat verzekeren van het overstromingsrisico kennelijk opzij gezet. Uit nader onderzoek en navraag bij het Verbond blijkt dat het Verbond voor deze omslag een drietal redenen aanvoert. De eerste reden ligt in het opkomende begrip ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’.⁶⁷ Verzekeraars hebben sinds 2002 een Gedragscode Verzekeraars, die uitgaat van waarden zoals ‘zekerheid bieden’, ‘mogelijk maken’ en ‘maatschappelijk betrokken zijn’.⁶⁸ Met de *private* overstromingsverzekering tracht de verzekeringsbranche burgers meer zekerheid te bieden en overstromingsschade niet alleen voor rekening van de overheid te laten komen.⁶⁹ De tweede reden ligt in het rapport ‘Evenwichtskunst’ van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR). De WRR schreef in dit rapport dat er ruimte is om te innoveren op het domein van verzekeren en noemt ter onderbouwing reeds geboekte successen: zo is er inmiddels een waterschadeverzekering beschikbaar voor oogtschade en wordt overstromingsschade door regenwater

66 ‘Collectieve dekking van overstromingsrisico’, persbericht 19 december 2012, te raadplegen op www.verzekeraars.nl.

67 Zie over maatschappelijk verantwoord ondernemen in het kader van verzekeren: Wansink 2003, p. 45 e.v.

68 *Gedragscode Verzekeraars 2002*. Zie recent: *Gedragscode Verzekeraars 2011*.

69 ‘Collectieve dekking van overstromingsrisico’, persbericht 19 december 2012, te raadplegen op www.verzekeraars.nl.

tegenwoordig gedekt op de opstalverzekering.⁷⁰ Ook wees de WRR op de bijdrage in het boek *Ramp en recht* van Faure en Hartlief, die schrijven dat de stagnatie bij het vergroten van verzekerbaarheid te wijten is aan het onvermogen van de private verzekeringsmarkt om zelf een oplossing te vinden voor zaken als cumulatie van schade, gebrek aan gegevens en het risico van antiselectie.⁷¹ Met de private overstromingsverzekering wil het Verbond, mede uitgedaagd door de WRR, zijn verantwoordelijkheid nemen op het dossier overstromingsschade. De derde reden ligt in het imago van verzekeraars. Bij een overstroming zullen verzekeraars moeten uitleggen waarom op de gewone brandpolis geen dekking voor het risico wordt gegeven. Dat is wel uit te leggen, maar leidt volgens het Verbond toch snel tot een gevoel van onbehagen bij burgers en dat wil het Verbond liever voorkomen. Bovendien heeft alle negatieve publiciteit rondom de beleggingsverzekeringsproblematiek geleid tot een slechte naam van verzekeraars. Met de private overstromingsverzekering verwacht het Verbond de verzekeraars weer beter te positioneren in de maatschappij.

Medio 2013 werd duidelijk dat het initiatief van het Verbond waarschijnlijk geen doorgang zal vinden. ACM gaf toen een negatieve informele zienswijze over de verzekeringsconstructie van het Verbond. Het belangrijkste bezwaar van ACM was dat een collectieve verzekering via een verplichte dekking op alle reguliere brandverzekeringen in strijd zou zijn met het mededingingsrecht.⁷² In reactie op de stelling van het Verbond dat verzekeraars met de private verzekering voorzien in een maatschappelijke behoefte, schrijft ACM dat het Verbond niet objectief onderbouwd heeft dat de Nederlanders zitten te wachten op een overstromingsverzekering. Uit marktonderzoek blijkt volgens ACM dat er onder belangenorganisaties van consumenten geen steun is voor de verzekering.⁷³ Volgens het Verbond miskende ACM met de negatieve zienswijze de beoogde marktwerking van de constructie. De constructie bood volgens het Verbond juist een oplossing voor problemen zoals antiselectie en schadecumulatie, en bovendien was er ruimte binnen de constructie voor verzekeraars om te concurreren als het ging om een aanvullende dekking, premiedifferentiatie en eigen risico's. Het Verbond schreef in een persbericht op haar website:

70 *Evenwichtskunst* 2011, p. 61.

71 Faure & Hartlief 2001, p. 169.

72 *Zie Informele zienswijze verplichte private verzekeringsconstructie voor overstromingsdekkingen* 2013, p. 11-15.

73 *Zie Informele zienswijze verplichte private verzekeringsconstructie voor overstromingsdekkingen* 2013, p. 10-11.

‘Door de ACM-zienswijze blijft Nederland voorlopig verstoken van een betaalbare overstromingsverzekering met een goede dekking. Bij een volgende overstroming – die vroeg of laat komt – staan gedupeerden opnieuw in de kou. Zij moeten maar afwachten of ze dan nog een beroep kunnen doen op de Wts. En vragen zich dan terecht af waarom er niets is geregeld.’⁷⁴

10.4 Evaluatie

Het is geen eenvoudige zaak gebleken om een overstromingsverzekering op de Nederlandse markt te brengen. Lange tijd was een dergelijke verzekering überhaupt geen optie vanwege de afspraken die de verzekeraars hadden vastgelegd in het Bindend Besluit Overstroming. Het standpunt van onverzekerbaarheid leek in het licht van mogelijke verzekeringsoplossingen niet houdbaar. Nieuwe overstromingsincidenten begin jaren '90 en de daaruit volgende politieke druk hebben dan ook geleid tot de opheffing van het Besluit. Vervolgens zijn er drie pogingen geweest vanuit de regering en het Verbond om een publiek-private dekking op de markt te brengen. Geen van deze pogingen heeft echter geleid tot een overstromingsverzekering. Het eerste voorstel vroeg om teveel overheidsbijdrage, het tweede voorstel is gesneuveld door forse kritiek van de Raad van State en het derde voorstel bleek politiek niet opportuun. De publiek-private versie van een overstromingsverzekering vond dus geen doorgang vanwege politieke bezwaren vanuit Den Haag. Interessant is dat het Verbond en de overheid op andere terreinen wel succesvol een publiek-private verzekering op de markt hebben gebracht. Een voorbeeld is de publiek-private verzekering voor het terrorismerisico, waarover J. Bjelic schrijft in deze bundel.⁷⁵ Het is lastig te verklaren waarom de samenwerking tussen de overheid en de verzekeraars op dit terrein wel succesvol is gebleken. Ik vermoed dat dit te maken heeft met een samenspel van verschillende factoren, zoals het plaatsvinden van actuele incidenten waardoor het probleem een hoge prioriteit krijgt, budgettering van de overheid, ruimte in het regeerakkoord van het zittende kabinet, een sterke lobby vanuit de verzekeringsbranche en het voorhanden zijn van een bestaande oplossing voor financiering zoals de Wts.

Het publiek-privaat verzekeren van het overstromingsrisico is mislukt, maar de verzekeraars zijn inmiddels zo ver dat zij het privaat verzekeren van het risico als een reële mogelijkheid beschouwen. Dit hangt vooral samen met de woelige tijden waarin verzekeraars op dit moment functioneren. Zij worden steeds meer aangesproken op hun maatschappelijke verantwoordelijkheid.

74 Buis 2013.

75 Zie hoofdstuk 9.

Gebleken is dat het Verbond deze verantwoordelijkheid wil aanvaarden als het gaat om het verzekeren van het watersnoodrisico. Aan de plannen voor de private verzekeringsconstructie van het Verbond is echter een einde gekomen door de negatieve zienswijze van ACM. Volgens het Verbond is een collectief branche-initiatief daardoor niet meer mogelijk. ACM heeft aangegeven dat er buiten de verplichte, collectieve verzekeringsconstructie ook andere verzekeringsoplossingen denkbaar zijn waar verzekeraars mee aan de slag kunnen, maar het Verbond is van oordeel dat de politiek nu aan zet is.⁷⁶ Het huidige kabinet lijkt echter geen prioriteit te geven aan een overstromingsverzekering, privaot noch publiek-privaot. Ik vermoed dat het wachten is op een onverhoopt nieuw overstromingsincident voor een politieke heroverweging die de huidige impasse kan doorbreken. De hoop valt slechts uit te spreken dat een eventuele *vijfde* poging om een overstromingsverzekering op de markt te brengen, niet weer te water zal gaan.

Literatuurlijst

Arrow 1965

K. Arrow, *Aspects of the Theory of Risk-Bearing*, Helsinki: Yrjö Jahnssonin Säätiö 1965.

Asser/Clausing & Wansink 2007 (5-VI)

P. Clausing & J.H. Wansink, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere Overeenkomsten. Deel VI. De verzekeringsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 163 e.v.

Barnhoorn 1995

K.P. Barnhoorn, 'Overstroming en aardbeving,' *De beursbengel* 1995, 637, p. 20.

Borghouts e.a. 2004

H.C.J.L. Borghouts e.a., *Solidariteit met beleid. Aanbevelingen over financiële tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten*, Den Haag: Commissie tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten 2004.

Broeksteeg e.a. 2005

J.L.W. Broeksteeg e.a., *Zicht op wetgevingskwaliteit. Een onderzoek naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State*, Den Haag: Bju 2005, p. 26.

Buis 2013

R. Buis, 'Verbond: betaalbare overstromingsverzekering biedt burgers zekerheid', persbericht 12-6-2013, te raadplegen op www.verzekeraars.nl.

Van de Bunt 2001

J.E. van de Bunt, 'Voorgeschiedenis van de WTS', in: E.R. Muller en C.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Bju: Den Haag 2001, p. 173-203.

CDA 1994

Wat echt telt, Landelijk Verkiezingsprogramma CDA 1994-1998, te raadplegen op dnpp.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/.../Verkiezingsprogramma/.../cda94.pdf.

Eijlander & Voermans 2002

P. Eijlander & W. Voermans, *Evaluatie regeerakkoord 1998 vanuit wetgevingsperspectief*, Tilburg: Schoordijk Instituut/Centrum voor wetgevingsvraagstukken 2002, p. 26.

Endres, Ohl & Rundshagen 2003

A. Endres, C. Ohl & B. Rundshagen, 'Land Unter! Ein Institutionenökonomischer Zwischenruf', *List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik* 2003, p. 284-294.

Epstein 1996

R. Epstein, 'Catastrophic Responses to Catastrophic Risks', *Journal of Risk and Uncertainty* 1996, p. 287-308.

Evenwichtskunst 2011

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Evenwichtskunst. Over de verdeling van verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid*, Den Haag: WRR 2011.

Faure 1993

M.G. Faure, *Aansprakelijkheid voor het nucleaire risico*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1993, p. 149 e.v.

Faure 2006

M.G. Faure, 'De WTS op de schop?', *AV&S* 2006, 10, p. 65.

Faure & Hartlief 1995

M.G. Faure & T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer: Kluwer 1995.

Faure & Hartlief 2001

M.G. Faure & T. Hartlief, 'Vergoeding van rampschade', in: E.R. Muller & C.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Bju: Den Haag 2001.

Faure & Van Boom 2008

M.G. Faure & W.H. van Boom, 'Hoe houdbaar zijn gedragsveronderstellingen in verzekeringsrecht en -economie?', in: W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht – Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Bju 2008, p. 305-340.

Flood – an underestimated risk 2012

Swiss Reinsurance Company Ltd, *Flood – an underestimated risk*, Swiss RE 2012.

Goudswaard 2005

P. Goudswaard, 'Grenzen aan solidariteit', in: P. de Beer, J. Bussemaker en P. Kalma (red.), *Keuzen in de sociale zekerheid*, Amsterdam: De Burcht / Wiardi Beckman Stichting, p. 38-52.

Hamburger 1986

M. Hamburger, 'De aansprakelijkheid in Nederland voor schade door kernongevallen in West-Europa', *NJB* 1986, 1335 e.v.

Harrington 2000

S.E. Harrington, 'Rethinking Disaster Policy', *Regulation - The Cato Review of Business and Government* 2000, p. 40-46.

Hartlief 1995

T. Hartlief, 'Vergoeding van Watersnoodschade', in: M.G. Faure en F. Stroink (red.), *Recht in Water: De Juridische Aspecten van Watersnood*, Antwerpen: Maklu 1995.

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Hartlief & Mendel 2000

T. Hartlief & M. Mendel (red.), *Verzekering en Maatschappij, Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000.

Hoekstra 2006

T.J. Hoekstra, De rol van de Raad van State bij fiscale wetgeving, *Weekblad Fiscaal Recht* 2006, p. 462-474.

Informeel zienswijze verplichte private verzekeringsconstructie voor overstromingsdekkingen 2013

Autoriteit Consument & Markt, *Informeel zienswijze verplichte private verzekeringsconstructie voor overstromingsdekkingen*, kenmerk 7571/40.O1018, zaaknummer 7571, 6 juni 2013.

Janssen 2012

G. Janssen, 'Collectieve dekking van overstromingsrisico', persbericht 19 december 2012, te raadplegen op www.verzekeraars.nl.

Kunreuther 1996

H.C. Kunreuther, 'Mitigating Disaster Losses through Insurance', *Journal of Risk and Uncertainty* 1996, p. 171-187.

Kunreuther & Heal 2003

H.C. Kunreuther & G. Heal, 'Interdependent Security', *The Journal of Risk and Uncertainty* 2003, Vol. 26, No. 2-3, p. 231-249.

Kunreuther & Pauly 2004

H.C. Kunreuther & M. Pauly, 'Neglecting Disaster: Why Don't People Insure Against Large Losses?' *Journal of Risk and Uncertainty*, p. 5-21.

Kunreuther & Pauly 2006

H.C. Kunreuther & M. Pauly, 'Has the Time Come for Comprehensive Natural Disaster Insurance?' in: R.J. Daniels, D.F. Kettl en H.C. Kunreuther (ed.), *On Risk and Disaster: Lessons from Hurricane Katrina*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2006, p. 175-202.

Lengkeek 2010

A.R. Lengkeek, 'De verzekeraarbaarheid van overstromingsrisico's in Nederland', *de Beursbengel* 2010, 9, p. 16.

McClelland, Schulze & Coursey 1993

G.H. McClelland, W.D. Schulze & D.L. Coursey, 'Insurance for low-probability hazards: a bimodal response to unlikely events', *Journal of Risk and Uncertainty* 1993, p. 95-116.

Michel-Kerjan 2003

E. Michel-Kerjan, 'Large-scale terrorism: risk sharing and public policy', *Revue d'Economie politique*, No. 5, p. 625-648.

Van de Pot 2006

Van de Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 662.

Pratt 1964

J. Pratt, 'Risk Aversion in the Small and in the Large', *Econometrica* 1964, Vol 32, No. 1-2, p. 122-136.

Quick scan (on)verzekerbare schade 2006

Andersson Elffers Feli10, *Quick scan (on)verzekerbare schade*, Utrecht 2006.

Rawls 1971

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard: University Press 1971.

Redja 2003

G.E. Redja, *Principles of Risk Management and Insurance*, Boston: Addison Wesley 2003, p. 23 e.v.

Schoemaker & Kunreuther 1979

P.J.H. Schoemaker & H.C. Kunreuther, 'An EXperimental Study of Insurance Decisions', *The Journal of Risk and Insurance* 1979, p. 603-618.

Schulenburg 2005

J.M. Graf von der Schulenburg, *Versicherungsökonomik*, Karlsruhe: VWV 2005, p. 297 e.v.

Slovic 2000

P. Slovic, *The Perception of Risk*, London: Earthscan 2000.

Slovic, Kunreuther & White 1974

P. Slovic, H. Kunreuther & G.F. White, 'Decision Processes, Rationality, and Adjustment to Natural Hazards', In G.F. White (ed.), *Natural hazards, local, national and global*, New York: Oxford University Press 1974, p. 187-205.

Verbond van Verzekeraars 2008

Verbond van Verzekeraars, *CVS Consumentenmonitor 2008*, Den Haag: 2008.

Visscher 2006

L. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', *AA* 2006, p. 485-492.

Wansink 2003

J.H. Wansink, 'Assurance oblige: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21 eeuw', *AV&S* 2003, p. 45 e.v.

Wits 2010

J.-W. Wits, 'Kabinet ziet af van overstromingspolis', persbericht 5 maart 2010, te raadplegen op www.verzekeraars.nl.

Woerdman 2009

E. Woerdman, *Politiek en politicologie*, Groningen/Houten: Noordhoff 2009, p. 21.

XI De Hoge Raad als politiek rechtsvormer

De behoorlijke verzekeringsplicht in het dossier werknemersbescherming bij verkeersongevallen

I.J. de Boer

In deze bijdrage staat het spanningsveld tussen de wetgevende en rechtspreekende macht met betrekking tot privaatrechtelijke rechtsvorming centraal. Meer in het bijzonder is het dossier werknemersbescherming bij verkeersongevallen geanalyseerd. De wisselwerking tussen het wetsvoorstel Verkeersongevallen en de behoorlijke verzekeringsplicht, zoals geconstrueerd in de arresten Akzo/Nobel en Kooiker/Taxicentrale Nijverdal, laat zien dat het onderwerp werknemersbescherming politiek van aard is.

De wetgever is de traditionele rechtsvormer. Hij ontwerpt democratisch gelegitimeerd het wettelijke kader waarbinnen de Hoge Raad dient te opereren. In de rechtspraak wordt echter erkend dat de rol van de Hoge Raad verder reikt dan die van geschilbeslechter in individuele zaken. Ter beantwoording van rechtsvragen waarin de wet niet goed voorziet, interpreteert hij indien nodig de wet en vormt hij zo recht.

Door op grond van artikel 7:611 BW een behoorlijke verzekeringsplicht te formuleren, is de Hoge Raad rechtsvormend opgetreden. Onder andere gezien de politieke aard van het onderwerp past deze gang van zaken niet in het gebruikelijke interactiepatroon tussen de wetgever en de Hoge Raad. Daarnaast blijkt de Hoge Raad niet adequaat invulling te kunnen geven aan de rechtsvormende taak die hij op zich heeft genomen.

11.1 Inleiding

In het algemeen wordt aangenomen dat de Hoge Raad naast de wetgever een rechtsvormende taak heeft. Een van de meest uitgesproken voorbeelden van privaatrechtelijke rechtsvorming door de Hoge Raad zijn de arresten *Maasman/Akzo Nobel*¹ en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*² uit 2008. Hij heeft daarin bepaald dat een werkgever uit hoofde van zijn verplichting om zich op grond van artikel 7:611 BW als een goed werknemer te gedragen, gehouden is te voorzien in een behoorlijke verzekering van zijn werknemer die als bestuurder van een motorvoertuig als gevolg van een

1 HR 1 februari 2008, NJ 2009, 330 (*Maasman/Akzo Nobel*).

2 HR 1 februari 2008, NJ 2009, 331 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*).

verkeersongeval letselschade oploopt en ongedekt blijft, tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Opvallend is dat in 1997 het wetsvoorstel Verkeersaansprakelijkheid³ was ingediend. Nieuw aan dit wetsvoorstel was onder andere dat een werkgever risicoaansprakelijk werd gehouden voor letselschade door zijn werknemer als bestuurder van een motorrijtuig opgelopen bij een verkeersongeval, tenzij er sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Het wetsvoorstel is in 1999 ingetrokken. Dit is een interessant gegeven. Waar de wetgever met het wetsvoorstel het initiatief nam tot rechtsvorming in het dossier werknemersbescherming in verkeerssituaties, formuleert de Hoge Raad bijna tien jaar na de intrekking ervan de behoorlijke verzekeringsplicht en neemt daarmee het rechtsvormingsproces over. Hier wordt een duidelijk spanningsveld tussen de twee rechtsvormers zichtbaar. Dit roept de vraag op hoe de verhouding tussen de wetgever en Hoge Raad ten aanzien van de behoorlijke verzekeringsplicht in het dossier werknemersbescherming bij verkeersongevallen geduid moet worden.

Deze onderzoeksvraag kenmerkt zich door zijn staatkundige, politieke en juridisch-technische dimensies. Staatkundig gezien gaat het om de verhouding tussen de wetgevende en rechtsprekende macht met betrekking tot rechtsvorming. De verhouding tussen overheids machten wordt gewoonlijk beoordeeld aan de hand van de leer van de trias politica van Montesquieu, die ten grondslag ligt aan de Nederlandse staatsinrichting.

Er bestaat geen onomstreden definitie van het begrip *politiek*, dat vele aspecten heeft.⁴ Dahl⁵ omschrijft een politiek systeem als '*any persistent pattern of human relations that involves, to a significant extent, control, influence, power or authority*'.⁶ Hij legt het verband tussen politiek en het uitoefenen van invloed, wat vertaald zou kunnen worden naar beleidsvorming. Wetgeving is veelal het product van politiek beleid en wordt instrumenteel gehanteerd om maatschappelijke veranderingen te bewerkstelligen. Beleid krijgt vorm door een daaraan ten grondslag liggende ideologie. In de filosofie wordt het begrip *ideologie* gehanteerd om waarden- en normensystemen aan te duiden, alsmede wereldbeschouwelijke opvattingen die kenmerkend zijn voor een samenleving, groep of partij.⁷

3 *Kamerstukken II 1997-98*, 25 759.

4 Tromp 2002, p. 9.

5 Robert A. Dahl (1915) is emeritus-hoogleraar politieke wetenschappen aan Yale University in New Haven (Connecticut) in de Verenigde Staten.

6 Tromp 2002, p. 12.

7 Willemsen 1992, p. 208.

De politieke dimensie blijkt allereerst uit het feit dat het dossier werknemersbescherming bij verkeersongevallen een politiek onderwerp betreft. De principiële vraag doet zich voor of de situatie van de werknemer op het moment dat hij betrokken raakt bij een verkeersongeval en als gevolg daarvan letselschade oploopt, verbeterd moet worden.⁸ Op deze vraag kan slechts een normatief antwoord worden gegeven aan de hand van een mensbeeld dat is gebaseerd op een ideologische overtuiging en zowel feitelijk als normatief invulling geeft aan wat een mens in de maatschappij is en zou moeten zijn.⁹

Het uitgangspunt in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is dat in beginsel een ieder zijn eigen schade draagt, tenzij er een grond bestaat om deze af te wentelen. Het verplaatsen van de schade wordt in het algemeen zo gerechtvaardigd, dat de toestand van gelijkwaardigheid in de rechtsbetrekking tussen de aansprakelijke en diens wederpartij is verstoord en dat de schadevergoeding hen beide zoveel mogelijk moet terugbrengen in de oude situatie. Er moet rechtsherstel plaatsvinden door middel van een vorm van correctieve rechtvaardigheid, bijvoorbeeld schadevergoeding.¹⁰ De verhouding tussen de werkgever en werknemer wordt in de Nederlandse verzorgingsstaat als een dergelijke ongelijkwaardige relatie beschouwd: op basis van het profijtbeginsel dient ongelijkheidscompensatie plaats te vinden. Aan werknemersbescherming ligt de overtuiging ten grondslag dat de zwakkere dient te worden beschermd.¹¹

De politieke dimensie blijkt verder uit de bereidheid die de Hoge Raad heeft getoond om ten aanzien van een politiek gevoelig onderwerp over te gaan tot rechtsvorming. Het is de politieke attitude van de Hoge Raad die bepaalt of hij bereid is tot het wijzen van arresten als *Maasman/Akzo Nobel* en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*.¹² De achterliggende motieven zijn echter over het algemeen moeilijk te doorgronden. Soms zijn zij uit de jurisprudentie af te leiden, maar meestal zijn zij slechts te vermoeden.¹³

Juridisch-technisch gezien gaat het enerzijds om de verhouding tussen artikel 7:658 BW, inhoudende de verplichting voor de werkgever om zorg te dragen voor de veiligheid en gezondheid van zijn werknemers, en artikel 7:611 BW, dat de plicht tot goed werkgeverschap inhoudt. Het

8 Zie § 11.2.2.

9 Willemsen 1992, p. 276.

10 Engelhard & Van Maanen 2008, p. 9.

11 Engelhard & Van Maanen 2008, p. 45.

12 Boogaard 2013, p. 91.

13 Boogaard 2013, p. 91.

laatstgenoemde artikel biedt soelaas bij ongevallen die werkgerelateerd zijn, maar zich buiten de invloedssfeer van de werkgever voordoen, en vormt derhalve een aanvulling op artikel 7:658 BW. Anderzijds doen zich juridisch-technische complicaties voor vanwege het feit dat de Hoge Raad de behoorlijke verzekeringsplicht in het leven heeft geroepen in de vorm van cassatierechtspraak.

In deze bijdrage wordt de verhouding tussen de wetgever en de Hoge Raad met betrekking tot de totstandkoming van de behoorlijke verzekeringsplicht beoordeeld door middel van theorievorming over deze verhouding. Dit wordt bereikt door aan de hand van literatuur, jurisprudentie en parlementaire stukken een verschijnsel, het spanningsveld tussen de wetgever en de Hoge Raad op het gebied van rechtsvorming, te analyseren en daaraan een concreet geval, het dossier werknemersbescherming bij verkeersongevallen, waar het wetsvoorstel Verkeersongevallen en de Februari-arresten zijn uitgelicht, te toetsen.

De bijdrage is als volgt opgebouwd. In § 11.2 wordt onderzocht tegen welke achtergrond het wetsvoorstel Verkeersaansprakelijkheid tot stand is gekomen, wat de inhoud ervan was en waarom het is ingetrokken. In § 11.3 zal een antwoord worden gegeven op de vraag welke jurisprudentiële ontwikkeling aan de totstandkoming van de behoorlijke verzekeringsplicht vooraf is gegaan en waar de Hoge Raad de grens van zijn rechtsvormende taak bereikt achtte. In § 11.4 wordt onderzocht hoe de wetgevende en rechtsprekende macht zich op basis van de leer van de trias politica tot elkaar verhouden ten aanzien van rechtsvorming. In § 11.5 komen de daaraan voorafgaande paragrafen samen als wordt beredeneerd wat de verhouding is tussen de wetgever en de Hoge Raad met betrekking tot de totstandkoming van de behoorlijke verzekeringsplicht. In § 11.6 zal tenslotte als conclusie het antwoord op de onderzoeksvraag worden geformuleerd.

11.2 Wetsvoorstel Verkeersongevallen

11.2.1 Inleiding

Het wetgevingsproces vangt aan met een wetsvoorstel en eindigt doorgaans met publicatie van de wet in het Staatsblad. In 1997 heeft toenmalig minister van Justitie Sorgdrager¹⁴ het initiatief genomen tot het wetsvoorstel getiteld *Vaststelling en invoering van afdeling 8.14.1 van het Burgerlijk*

14 Mw. mr. W. Sorgdrager (D66) was minister van Justitie in het kabinet Kok I (1994-1998).

Wetboek (Verkeersongevallen). In 1999 is haar opvolger, minister Kort-hals,¹⁵ namens het kabinet overgegaan tot intrekking van het wetsvoorstel. Tegen welke achtergrond is het wetsvoorstel Verkeersaansprakelijkheid tot stand gekomen, wat was de inhoud ervan en waarom is het ingetrokken?

11.2.2 *Totstandkoming*

Aanleiding voor het wetsvoorstel Verkeersongevallen was de door velen gevoelde noodzaak om artikel 185 Wegenverkeerswet 1994 (WVW 1994) in het licht van het intensiever wordende verkeer en de daarmee samenhangende gevaren te vervangen door een nieuwe wettelijke regeling ter verbetering van de bescherming van de kwetsbare verkeersdeelnemer, die de eerste afdeling van titel 14 zou moeten gaan vormen van boek 8 BW.¹⁶ Er was reeds sprake van een grote hoeveelheid jurisprudentie van de Hoge Raad over dit onderwerp. Het wetsvoorstel was mede ingegeven door de wens om de in de jurisprudentie ontwikkelde bescherming van de verkeersdeelnemer te codificeren en waar wenselijk verder uit te breiden.¹⁷

11.2.3 *Inhoud*

Het wetsvoorstel Verkeersongevallen had onder andere betrekking op de werknemer die in de uitoefening van zijn werkzaamheden een motorrijtuig bestuurt (verder: werknemer-bestuurder) en als gevolg van een verkeersongeval letselschade oploopt. Nieuw aan het wetsvoorstel was dat de werkgever risicoaansprakelijk werd gehouden voor dergelijke letselschade,¹⁸ wat betekent dat hij, ongeacht of hij als werkgever is tekortgeschoten in enige zorgplicht, aansprakelijk is.¹⁹

15 Mr. A.H. Korthals (VVD) was minister van Justitie in het kabinet Kok II (1998-2002).

16 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 3, p. 4.

17 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 3, p. 3.

18 De Hoge Raad oordeelde in 1992 in het arrest *Schuitemaker/Bruinsma Tapijt* reeds dat de werkgever op basis van de aard van de arbeidsovereenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) onder omstandigheden verplicht is om de zaakschade die de werknemer die in de uitoefening van zijn werkzaamheden deelneemt aan het verkeer oploopt door een eigen fout te vergoeden. De minister acht het niet aannemelijk dat de werknemer in een dergelijke situatie wel recht heeft op vergoeding van zijn zaakschade, maar niet op vergoeding van zijn zoveel ingrijpendere letselschade (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 3, p. 22). Zij loopt hiermee vooruit op het oordeel van de Hoge Raad in *Vonk Montage/Van der Hoeven*. Zie § 11.3.

19 Lindenberg 2009, p. 99-100.

Indien een werknemer als bestuurder van een motorrijtuig door aan hem verwijtbaar handelen letselschade oploopt, blijft deze letselschade ongedekt. De door de kentekenhouder van het motorrijtuig verplicht afgesloten WAM-verzekering dekt de letselschade van de bestuurder krachtens artikel 2 lid 1 jo. artikel 4 lid 1 WAM niet. Dit betekent dat, indien de bestuurder, zoals in dit geval, zijn letselschade niet kan verhalen op een derde, hij zonder schadevergoeding achterblijft.²⁰ Daar komt bij dat als hij in een motorrijtuig van de werkgever rijdt, hij niet de verzekeringsplichtige is en hem de keuze ontbreekt om zijn letselschade te verzekeren.

De minister achtte het wenselijk ‘dat een werknemer die krachtens zijn verplichtingen uit zijn arbeidsverhouding bij het verrichten van zijn taak een motorrijtuig bestuurt, de schade die hij lijdt door de extra risico’s waaraan hij daarbij wordt blootgesteld, vergoed krijgt’.²¹ Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat, indien de risico’s waaraan de werknemer als verkeersdeelnemer wordt blootgesteld zich verwezenlijken, deze op grond van het profijtbeginsel voor rekening van de werkgever dienen te komen.²² De minister voegde daaraan toe dat de werknemer-bestuurder ook recht heeft op schadevergoeding indien het ongeval een gevolg was van aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen, tenzij er sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid.²³ De ratio van deze hoge drempel voor verwijtbaarheid ligt in de werknemersbescherming. Om effectief bescherming te genieten moet dit de werknemer niet te lichtvaardig toegerekend kunnen worden.²⁴ De werkgever kan aan zijn aansprakelijkheid ontkomen door voor de werknemer-bestuurder een directe schadeverzekering af te sluiten.²⁵ De minister vermeldt daarbij: ‘De verzekeraars hebben reeds toegezegd dat zij een dergelijke verzekering zullen ontwikkelen.’²⁶

20 In veel gevallen zal de werkgever een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering hebben gesloten, maar deze dekt de aansprakelijkheid voor schade die door motorrijtuigen in het verkeer wordt veroorzaakt niet.

21 *Kamerstukken II 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 21.*

22 *Kamerstukken II 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 22.*

23 *Kamerstukken II 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 2.*

24 Lindenbergh 2009, p. 79.

25 *Kamerstukken II 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 22.*

26 *Kamerstukken II 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 22.*

11.2.4 Intrekking

Minister van Justitie Korthals schreef halverwege 1999 in een brief aan de Tweede Kamer over te gaan tot intrekking²⁷ van het wetsvoorstel vanwege ‘de nodige maatschappelijke commotie’.²⁸ Het kabinet wilde overgaan tot heroverweging van enige onderdelen van het wetsvoorstel en tot een nieuw voorstel komen. In het bijzonder had het daarbij het oog op het punt dat een automobilist die geen enkele schuld heeft aan een ongeval vrijwel altijd aansprakelijk wordt gehouden voor de schade van een fietser of voetganger die zelf schuld heeft aan het ongeval. Het kabinet stelde zich op het standpunt dat er meer betekenis diende te worden toegekend aan het gedrag van de fietser of voetganger.²⁹ Het besluit van het kabinet om over te gaan tot intrekking van het wetsvoorstel hield geen verband met de daarin voorgestelde maatregelen ter bescherming van de werknemer-bestuurder.

11.3 Behoorlijke verzekeringsplicht

11.3.1 Inleiding

In februari 2008, ongeveer tien jaar nadat het wetsvoorstel Verkeersongevallen is ingetrokken, heeft de Hoge Raad de arresten *Maasman/Akzo Nobel*³⁰ en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*,³¹ bekend als de Februari-arresten, gewezen. Deze arresten riepen ten aanzien van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW de plicht in het leven om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van de werknemer wiens werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat hij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raakt bij een verkeersongeval en letselschade oploopt. Welke jurisprudentiële ontwikkeling is aan de totstandkoming van de behoorlijke verzekeringsplicht vooraf gegaan en wanneer achtte de Hoge Raad de grens van zijn rechtsvormende taak bereikt?

11.3.2 Jurisprudentiële ontwikkeling

Tot het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw was een werkgever niet aansprakelijk voor letsel- of zaakschade geleden door een werknemer

27 Zolang een wetsvoorstel nog niet is aangenomen, kan het krachtens art. 86 lid 1 GW worden ingetrokken.

28 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 5, p. 5.

29 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 5, p. 1.

30 HR 1 februari 2008, NJ 2009, 330 (*Maasman/Akzo Nobel*).

31 HR 1 februari 2008, NJ 2009, 331 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*).

als gevolg van een eigen fout.³² Werkgeversaansprakelijkheid werd slechts aangenomen op grond van handelen in strijd met de zorgvuldigheidsnorm van artikel 7:658 BW, inhoudende de verplichting voor de werkgever om zorg te dragen voor de veiligheid en gezondheid van zijn werknemers, of een specifieke risico-aansprakelijkheid.³³ Als gevolg hiervan had een werknemer die in de uitoefening van zijn werkzaamheden deelneemt aan het verkeer geen aanspraak op vergoeding wanneer hem een verkeersongeval overkwam.³⁴ De zorgplicht van de werkgever op basis van artikel 7:658 BW is van toepassing, maar leidt in een dergelijk geval niet snel tot aansprakelijkheid, omdat het gaat om risico's die buiten de invloedssfeer van de werkgever liggen.

Uit het arrest *Schuitemaker/Bruinsma Tapijt* (1992) bleek vervolgens echter dat de werkgever onder omstandigheden verplicht is om de zaakschade die de werknemer die in de uitoefening van zijn werkzaamheden deelneemt aan het verkeer oploopt door een eigen fout³⁵ te vergoeden.³⁶ De Hoge Raad zoekt aansluiting bij het feit dat als een werknemer een zaak van zijn werkgever of een derde gebruikt en beschadigt, de schade op grond van artikel 6:170 en 7:661 BW voor rekening van de werkgever komt. Het vloeit 'naar de aard van de arbeidsovereenkomst uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, bedoeld in art. 6:248 lid 1, voort dat de werkgever (...) in beginsel de daaraan ontstane schade heeft te dragen, behoudens het geval dat deze is ontstaan door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.'³⁷

In analogie met het arrest *Schuitemaker/Bruinsma Tapijt* oordeelt de Hoge Raad in het arrest *Vonk Montage/Van der Hoeven*³⁸ dat de werkgever onder omstandigheden ook aansprakelijk kan zijn voor letselschade geleden door een werknemer buiten het tekortschieten van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW om en als gevolg van een eigen fout in het verkeer.³⁹ Hij achtte het onaanvaardbaar dat de bestuurder vanwege het

32 Illustratief is HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (*De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven*).

33 Bijvoorbeeld art. 6:170 of 6:174 BW.

34 Hetzelfde geldt voor een reclasseringsambtenaar die buiten werktijd bij hem thuis door een cliënt wordt opgezocht en mishandeld. Zie HR 22 januari 1999, JAR 1999, 44 (*Reclasseringsambtenaar*).

35 Denk aan een eenzijdig ongeval of een ongeval dat aan de schuld van de werknemer te wijten is en waarbij een andere verkeersdeelnemer betrokken is.

36 HR 16 oktober 1992, NJ 1994, 264 (*Schuitemaker/Bruinsma Tapijt*).

37 *Schuitemaker/Bruinsma Tapijt*, r.o. 3.3.

38 HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 (*Vonk Montage/Van der Hoeven*).

39 *Vonk Montage/Van der Hoeven*, r.o. 3.6.

toevallige feit dat hij het busje bestuurde als enige van de inzittenden van vergoeding van schade verstoken zou blijven, omdat het verkeersongeval plaatsvond als gevolg van een bestuursfout van zijn kant.⁴⁰

11.3.3 *Februari-arresten: verzekeringplicht*

De Hoge Raad oordeelde in de arresten *Maasman/Akzo Nobel* en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal* dat artikel 7:658 BW niet beoogt ‘een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen’.⁴¹ Daaruit volgt dat ook op artikel 7:611 BW geen onbeperkte aansprakelijkheid kan worden gebaseerd ‘nu dit niet in overeenstemming is met het stelsel van de wet’.⁴² Het oordeel van het hof, ‘dat kennelijk impliceert dat de werkgever in gevallen als het onderhavige in beginsel steeds de gehele (resterende) schade van de werknemer moet dragen’, acht de Hoge Raad onjuist.⁴³ Verrassend genoeg overwoog hij daarna:

‘De aan het gemotoriseerd verkeer verbonden, door velen met grote regelmaat gelopen, risico’s van ongevallen hebben mettertijd geleid tot een goede verzekerbaarheid van deze risico’s tegen betaalbare premies. In het licht hiervan moet (...) worden geoordeeld dat de werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval.’⁴⁴

Deze overweging moet volgens de Hoge Raad aldus worden verstaan:

‘(...) dat de werkgever in een dergelijk geval voor een behoorlijke verzekering van de werknemer voor de gevolgen van een dergelijk ongeval dient te zorgen en dat hij, wanneer hij dat heeft nagelaten, in beginsel de dientengevolge niet door de verzekering gedekte schade van de werknemer dient te dragen.’⁴⁵

40 Lindenbergh 2009, p. 100.

41 *Maasman/Akzo Nobel*, r.o. 4.2 en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*, r.o. 3.2.2.

42 *Maasman/Akzo Nobel*, r.o. 4.2 en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*, r.o. 3.2.2.

43 *Maasman/Akzo Nobel*, r.o. 4.2 en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*, r.o. 3.2.2.

44 *Maasman/Akzo Nobel*, r.o. 4.3 en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*, r.o. 3.4.1.

45 *Maasman/Akzo Nobel*, r.o. 4.1 en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*, r.o. 3.3.3.

In het arrest *Maatzorg/De Graaf* deed zich de vraag voor of de verplichting om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering ook geldt voor schade die een werknemer lijdt als gevolg van een ongeval dat hem overkomt wanneer hij niet in de auto, maar als fietser of voetganger in de uitoefening van zijn werkzaamheden aan het verkeer deelneemt. De Hoge Raad oordeelde dat er geen rechtvaardiging bestaat om onderscheid te maken tussen een werknemer die een motorvoertuig bestuurt, of een werknemer die een niet-gemotoriseerd voertuig, zoals een fiets, bestuurt, of als voetganger aan het verkeer deelneemt en daarbij schade lijdt als gevolg van een ongeval waarbij een voertuig is betrokken.⁴⁶ Krachtens het arrest geldt de verplichting tot behoorlijke verzekering ook voor ongevallen die niet op de openbare weg plaatsvinden, maar op de arbeidsplaats zelf, voor zover de werkgever niet reeds voor die letselschade aansprakelijk is uit hoofde van zijn zorgplicht op grond van artikel 7:658 BW jo. artikel 3:14 Arbeidsomstandighedenbesluit, omdat naar zijn mening het bijzondere risico dat is verbonden aan deelneming aan het wegverkeer niet verandert doordat het wegverkeer plaatsvindt op de arbeidsplaats.⁴⁷

11.3.4 *November-arresten: toepassingsbereik begrensd*

In november 2011 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen met betrekking tot het toepassingsbereik van de behoorlijke verzekeringsplicht. In het arrest *TNT Post*⁴⁸ ging het om de vraag of de behoorlijke verzekeringsplicht van de werkgever ook van toepassing is op een eenzijdig voetgangersongeval van een werknemer. In het arrest *De Rooyse Wissel*⁴⁹ lag de vraag voor of de verzekeringsplicht ook geldt voor reguliere arbeidsongevallen op de werkplek met betrekking tot structureel gevaarlijk werk. De Hoge Raad stelt buiten twijfel dat de behoorlijke verzekeringsplicht beperkt moet blijven tot situaties waarin sprake is van verkeersdeelname:

‘Zij dient bij de huidige stand van de wetgeving ook tot die gevallen beperkt te blijven, omdat het hier gaat om een uitzondering op de in art. 7:658 neergelegde regel dat de werkgever slechts voor arbeidsongevallen aansprakelijk is indien hij is tekortgeschoten in zijn zorgplicht ter voorkoming van ongevallen, welke uitzondering niet tot een te ver gaande aantasting van die regel mag leiden.’

46 *Maatzorg/De Graaf*, r.o. 3.6.4.

47 *Maatzorg/De Graaf*, r.o. 3.6.5.

48 HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 (*TNT Post*).

49 HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (*De Rooyse Wissel*).

De Hoge Raad oordeelt dat uitbreiding overgelaten dient te worden aan de wetgever:

‘Op zichzelf bestaan goede argumenten om werknemers een verdergaande, algemene bescherming tegen het risico van ongevallen in verband met hun werkzaamheden te bieden dan art. 7:658 thans biedt, maar het ligt op de weg van de wetgever om een regeling daarvoor te maken; een dergelijke algemene regeling gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.’⁵⁰

In het arrest *De Rooyse Wissel* herhaalt de Hoge Raad dit standpunt door te oordelen dat ook bij structureel gevaarlijke werkzaamheden geen verplichting tot behoorlijke verzekering dient te worden aangenomen:

‘Hoezeer ook elke afbakening tot op zekere hoogte een arbitrair karakter heeft, valt hierbij te bedenken dat het aan [verweerder] overkomen arbeidsongeval niet is voorgevallen op een plaats waar De Rooyse Wissel als werkgever slechts beperkte zeggenschap en invloed heeft, doch integendeel op de arbeidsplaats zelf. In die situatie zou aanvaarding van een uit goed werkgeverschap voortvloeiende verzekeringsverplichting van de werkgever het wettelijk stelsel van werkgevers-aansprakelijkheid, dat is gebaseerd op (tekortschieten in) een zorgplicht schade te voorkomen, te vergaand aantasten.’⁵¹

11.4 Verhouding wetgevende en rechtsprekende macht

11.4.1 Inleiding

In het Nederlandse staatsrecht wordt de verhouding tussen de overheids-machten gewoonlijk bepaald aan de hand van de leer van de trias politica, die gezaghebbend is verwoord door Charles de Montesquieu (1689-1755) in diens boek *De l'esprit des lois* (1748). Hoe verhouden de wetgevende en rechtsprekende macht zich op basis van de leer van de trias politica tot elkaar met betrekking tot rechtsvorming?

11.4.2 Leer van de trias politica

Volgens de leer van de trias politica dient er een evenwicht te bestaan tussen de *puissance législative* (wetgevende macht), de *puissance exécutive* (uitvoerende macht) en de *puissance de juger* (rechtsprekende macht).

50 TNT Post, r.o. 3.5.

51 De Rooyse Wissel, r.o. 5.4.

Montesquieu streeft naar een *gouvernement modéré*, waarin het gevaar van willekeurige gezagsuitoefening en despotisme is geminimaliseerd. Een dergelijk evenwicht wordt bereikt door enerzijds een scheiding van machten, waarbij hun functies van elkaar worden onderscheiden en toebedeeld aan verschillende ambten, en anderzijds het stelsel van *checks and balances*, dat door middel van onderlinge controle voorkomt dat deze ambten ongecontroleerd kunnen opereren.⁵²

De leer van de trias politica heeft duidelijke sporen achtergelaten in het staatsrecht en de dogmatiek van vele westerse staten, maar is nergens in zuivere vorm gerealiseerd.⁵³ In Nederland is sprake van een gematigd evenwichtsmodel, waarin het stelsel van *checks and balances* constitutioneel gezien van groter belang is dan de machtscheiding.⁵⁴ De machtscheiding komt functioneel⁵⁵ gezien het duidelijkst tot uiting in de toekenning van de rechtsprekende functie aan een onafhankelijk rechterlijk apparaat.⁵⁶ Controle op de rechterlijke macht vindt plaats door de openbaarheid van de rechtspraak en de motiveringsplicht (art. 121 GW), alsmede het rechtsmiddelenstelsel, dat mogelijk maakt dat een feitelijk of juridisch onjuiste beslissing door een hogere of internationale rechterlijke instantie ongedaan gemaakt kan worden.⁵⁷

11.4.3 Wetgevende macht

De regering en de Staten-Generaal vormen de wetgevende macht (art. 81 GW) en formuleren gezamenlijk wetgeving. Wetgeving is een rechtsbron. De wetgevende macht komt in de staatsinrichting een belangrijke positie toe, het primaat van de wetgever genoemd. Dit komt tot uitdrukking in het legaliteitsbeginsel (art. 89 GW) en in het grondwettelijke toetsingsverbod (art. 120 GW), dat de rechter verbiedt zijn oordeel te geven over de grondwettigheid van wetten en verdragen, omdat dit is voorbehouden aan

52 Van der Pot 2006, p. 31-32.

53 Kortmann 2008, p. 298.

54 De functies van de drie overheids machten worden gescheiden gehouden, zij het dat de regering en Staten-Generaal op grond van artikel 81 GW gezamenlijk de wetgevende macht vormen en de functie van uitvoerende macht is verruimd tot bestuur, dat verder reikt dan het slechts uitvoeren van wetten. Zie Witteveen 1991, p. 55-56.

55 De personele en organisatorische onafhankelijkheid van de rechterlijke macht blijven in deze bijdrage buiten beschouwing.

56 Kortmann 2008, p. 47.

57 Hoge Raad der Nederlanden, 'Schorsing en ontslag rechters', juni 2013. te raadplegen op <http://www.rechtspraak.nl/organisatie/hoge-raad/overdehogeraad/bijzondere-taken-hr-en-pg/pages/schorsing-en-ontslag-rechters.aspx>.

de wetgever, die geldt als hoogste gezaghebbende uitlegger van de grondwet.⁵⁸

11.4.4 *Rechtsprekende macht*

In artikel 11 Wet AB, dat stamt uit 1829, is ten aanzien van de rechterlijke macht bepaald: ‘De regter moet volgens de wet regt spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.’ Artikel 12 Wet AB vervolgt: ‘Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welk aan zijne beslissing onderworpen zijn.’ Hieraan ligt de veronderstelling ten grondslag dat een rechtsnorm zonder verdere uitleg toegepast kan worden op een concreet geval. Deze mechanische benadering voorkomt dat de rechter zich politiek inhoudelijk gaat bezig houden met de interpretatie van rechtsnormen.⁵⁹ Dit idee komt overeen met Montesquieus beeld van de ideale staat, *l'état républicain*,⁶⁰ waar heldere wetten en daaraan strikt gehoorzame rechters als *bouche de la loi*⁶¹ een zo hoog mogelijke mate van rechtszekerheid waarborgen.

Artikel 11 en 12 van de Wet AB zijn tegenwoordig nog steeds van kracht, maar in de rechtspraktijk bestaat weinig verschil van mening over de constatering dat de Hoge Raad als hoogste rechtsorgaan het recht niet slechts toepast, maar naast het bevorderen van de rechtseenheid en het bieden van rechtsbescherming (art. 81 Wet RO) ook rechtsvorming tot taak heeft.⁶² Jurisprudentie vormt een bron van recht. Hier aan ten grondslag ligt de precedentwerking die uit gaat van arresten van de Hoge Raad. Vranken schrijft: ‘Ik geloof niet dat er tegenwoordig nog iemand is die serieus betwist dat de rechter mede een rechtsvormende taak vervult.’⁶³ Ook de wetgever heeft bij de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek veelvuldig erkend dat de rechter een rechtsvormende taak toekomt:

58 Kortmann 2008, 372. Art. 94 GW, dat bepaalt dat de rechter de verbindendheid van de wet daarentegen wel aan verdragen dient te toetsen, vormt een relativisering van het primaat van de wetgever. Nederland heeft een monistisch systeem en internationaal recht heeft derhalve directe werking in de rechtsorde. Europa bepaalt voor een steeds belangrijker deel de rechtsvormende agenda.

59 *De toekomst van de nationale rechtsstaat* 2002, p. 180.

60 Hier tegenover staat *l'état despotique*, waarin de rechter op basis van eigen mening en visie willekeurig en arbitrair oordeelt.

61 Schönfeld 1979 stelt deze uitleg van de frase ‘*la bouche de la loi*’ in zijn proefschrift ter discussie.

62 *Versterking van de cassatierechtspraak* 2008, p. 10-11.

63 Asser/Vranken 1995 (**), nr. 184.

‘Een van de belangrijkste doelstellingen van het nieuwe wetboek is het herstellen van een evenwichtige taakverdeling tussen wetgever en rechter, een evenwicht dat in het huidige, verouderde wetboek in verschillende opzichten is verstoord. Uiteraard doet zich veelvuldig voor dat bepaalde details beter aan de rechter kunnen worden overgelaten (...). Dergelijke gevallen worden in het nieuwe wetboek beheerst door het ongeschreven recht.’⁶⁴

In 2008 onderzocht de commissie Normstellende Rol Hoge Raad (commissie Hammerstein) hoe de Hoge Raad in de gelegenheid kon worden gesteld om zijn kerntaken optimaal uit te voeren. De commissie oordeelde dat er dient te worden gestreefd naar een ‘ruimere invulling van de rechtsvormende taak’⁶⁵ van de Hoge Raad. De Wet Versterking Cassatierechtspraak,⁶⁶ die een directe implementatie van haar aanbevelingen vormt, bevat een herbezinning op de kerntaken van de Hoge Raad, waaronder die van rechtsvorming.

Het feit dat de rechtsvormende taak van de Hoge Raad wordt erkend, betekent niet dat de rechterlijke vrijheid grenzeloos is. Nederland kent een traditie van *judicial restraint* en de rechter is in het algemeen steeds terughoudend omgegaan met zijn rechtsvormende taak.⁶⁷ Sinds de Tweede Wereldoorlog is er echter een tendens zichtbaar geworden van *judicial activism*.⁶⁸ Onvermijdelijk vervaagt zo de taakverdeling tussen rechterlijke en wetgevende macht.⁶⁹ Dit roept discussie op over de reikwijdte van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad ten opzichte van het primaat van de wetgever.

64 *Parl. Gesch.* Boek 6 BW, p. 26 e.v.

65 Rapport *Versterking van de cassatierechtspraak*, p. 12.

66 Wet tot wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak) van 1 juli 2012, *Stb.* 2012, 116.

67 Corstens 2012, p. 5.

68 Koopmans 1989, p. 107. Het begrip omvat enerzijds de bereidheid van de rechter om over te gaan tot rechtsvorming en anderzijds de autonomie die de rechter zich toekent ten opzichte van het politieke gezag. Zie § 11.1.

69 De verklaring hiervoor moet worden gezocht in de snel veranderende en complexe samenleving, waar zich voortdurend nieuwe rechtsvragen aandienen, waar de Hoge Raad een antwoord op moet formuleren in een concreet geval en dat in beginsel ook voor vergelijkbare gevallen geldt. Daarnaast is de invloed van het internationale recht groot, waarbij vooral moet worden gewezen op het recht van de Europese Unie en het EVRM. Zie R Emmelink 1989, p. 83.

11.4.5 *Rechtsvorming*

Wetten zijn niet altijd duidelijk, omdat taal vaak onduidelijk is. Als voorbeeld kan artikel 7:611 BW worden genoemd, dat de vraag oproept wat de betekenis is van ‘goed werkgeverschap’. De rechter dient ondanks dergelijke onduidelijkheid altijd een betekenis toe te kennen aan een wettelijke bepaling. Als hij interpretatie nalaat kan hij geen uitspraak doen en dat is hem op grond van artikel 13 Wet AB verboden. Wetsinterpretatie dient tot doel de betekenis van een wettelijke bepaling in een concreet geval vast te stellen.⁷⁰ De algemene context en een aantal juridische contexten spelen hierbij een rol. Met behulp van de wetshistorische, systematische, teleologische en grammaticale interpretatiemethoden wordt een onduidelijke formulering in een specifieke juridische context geplaatst, waardoor richting wordt gegeven aan de interpretatie.⁷¹ De situatie kan zich voordoen dat verschillende interpretatiemethoden in verschillende richtingen wijzen. Dit betekent dat er geen geldend recht is met betrekking tot de rechtsvraag en dat de rechter een keuze dient te maken tussen één van de mogelijke interpretaties. Hij vormt daarmee nieuw recht. Aldus Groenewegen: ‘Rechtsvorming houdt in dat er iets nieuws wordt toegevoegd aan het recht.’⁷²

11.5 **Verhouding wetsvoorstel Verkeersongevallen en behoorlijke verzekeringsplicht**

11.5.1 *Inleiding*

De Hoge Raad heeft in de Februari-arresten invulling gegeven aan de open norm ‘goed werkgeverschap’ in artikel 7:611 BW en treedt daarmee rechtsvormend op. De wetgever is formeel gezien de rechtsvormer bij uitstek, maar in de rechtspraak wordt erkend dat daarnaast een rol voor de Hoge Raad is weggelegd. Wat is de verhouding tussen de wetgever en de Hoge Raad met betrekking tot de totstandkoming van de behoorlijke verzekeringsplicht?

11.5.2 *Grens rechtsvorming Hoge Raad*

De wetgever hanteert in de wet open normen, die ruimte laten voor nadere invulling. Dat is noodzakelijk, omdat de wet flexibel moet zijn om toegepast

70 Groenewegen 2007, p. 92.

71 Groenewegen 2007, p. 92-93.

72 Groenewegen 2007, p. 94.

te kunnen worden op elk concreet geval.⁷³ De wetgever houdt tendensen in de jurisprudentie nauwlettend in de gaten en heeft in het verleden een groot aantal uitspraken van de Hoge Raad gecodificeerd in het Burgerlijk Wetboek.⁷⁴ De wetgever stelt zichzelf daarbij de vraag of de rechtsvormende Hoge Raad bij bepaalde kwesties een halt zou moeten worden toegeroepen om ongewenste rechtsvormende ontwikkelingen in de rechtspraak tegen te gaan,⁷⁵ maar grijpt liever niet in zodra de Hoge Raad iets heeft besloten.⁷⁶

Als met betrekking tot rechtsvorming een competentiebotsing dreigt ten opzichte van de wetgever, trekt de rechter zich meestal terug, ook al heeft hij zich slechts te houden aan het grondwettelijk toetsingsverbod (art. 120 GW).⁷⁷ Hij onthoudt zich van inmenging in aangelegenheden waarvoor wetgevend of bestuurlijk ingrijpen noodzakelijk is, omdat een onderwerp politiek of maatschappelijk gecompliceerd ligt.⁷⁸ Volgens de Hoge Raad is het aan de wetgever en niet aan de rechter om na te denken en te beslissen over het systeem van het recht, de afbakening van individuele gevallen en de rechtspolitieke gevolgen daarvan.⁷⁹ De reden hiervoor is dat de wetgever direct is verkozen, in tegenstelling tot de raadsheren van de Hoge Raad, die op voordracht van de Tweede Kamer bij koninklijk besluit voor het leven worden benoemd (art. 117 jo. art. 118 GW). De Hoge Raad geeft de grens van zijn rechtsvormende taak aan door in een arrest te overwegen dat een bepaalde beslissing zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Analyse van de rechtspraak leert dat de Hoge Raad hiertoe onder andere overgaat indien hij de consequenties van een te nemen beslissing niet kan overzien.⁸⁰

11.5.3 Toetsing

Het lijkt erop dat de Hoge Raad bij het in het leven roepen van de behoorlijke verzekeringsplicht gebruik heeft gemaakt van de ruimte die hem door de wetgever is geboden om over te gaan tot rechtsvorming in het dossier werk-

73 Giesen & Schelhaas 2006, p. 161.

74 Giesen & Schelhaas 2006, p. 162. Hiervan was ook deels sprake bij het wetsvoorstel Verkeersongevallen. Zie § 11.2.2.

75 Om die reden is afgezien van de beoogde codificatie van jurisprudentie in het wetsvoorstel Verkeersongevallen. Er ontstond discussie over het rechterlijke beleid ten aanzien van verkeersaansprakelijkheid. Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 5, p. 1.

76 Giesen & Schelhaas 2006, p. 162.

77 Giesen & Schelhaas 2006, p. 166.

78 Jansen & Loonstra 2012, p. 5.

79 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m. nt. Vranken (*Kindertaxi*), r.o. 4.2.

80 Hartlief 2000, p. 188-189.

nemersbescherming bij verkeersongevallen. Hoewel minister Korthals er bij de intrekking van het wetsvoorstel Verkeersongevallen op zinspeelde, is een nieuw wetsvoorstel uitgebleven.⁸¹ Met de behoorlijke verzekeringsplicht werkt de Hoge Raad de mogelijkheid uit die de minister bij intrekking van het wetsvoorstel noemde, om de bescherming van verkeersslachtoffers niet via het aansprakelijkheidsrecht, maar via een verkeersverzekering gestalte te geven.⁸² Ook kan erop worden gewezen dat de Hoge Raad met de behoorlijke verzekeringsplicht invulling heeft gegeven aan artikel 7:611 BW, dat gezien zijn aard en formulering als bron voor vernieuwing van het arbeidsrecht heeft te gelden. Het feit dat de norm van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 jo. art. 6:248 BW) aan het artikel ten grondslag ligt, maakt het bij uitstek geschikt als basis voor rechtsvorming.

Er rijzen echter principiële vragen naar aanleiding van deze gang van zaken. Allereerst met betrekking tot de legitimatie van het handelen van de Hoge Raad. Nergens blijkt uit dat er sprake was van een maatschappelijke behoefte waarin naar algemeen inzicht moest worden voorzien. Ook is er geen sprake van een onderwerp met betrekking waartoe de rechter expliciet heeft afgezien van het formuleren van een wettelijke regeling, vanwege het onvermogen van de wetgever en de politieke besluitvorming om het eens te worden over een gevoelige kwestie. Het was de wetgever zelf die in 1997 het initiatief nam tot het wetsvoorstel Verkeersongevallen.⁸³ De vraag of het uitblijven van politiek optreden duidt op politieke goedkeuring voor de Hoge Raad om zijn gang gaan, met andere woorden legitimatie achteraf, is om die reden sterk te betwijfelen.⁸⁴

Ten tweede baseert de Hoge Raad de behoorlijke verzekeringsplicht op artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap). Hij lijkt voort te bouwen op eerdere arresten, maar in feite is er sprake van een constructie die is gebaseerd op de (aannee van) goede verzekerbaarheid van verkeersrisico's tegen betaalbare premies.⁸⁵ De Hoge Raad baseert de verzekeringsplicht daarmee op ongeschreven recht. Onduidelijk is op welke verzekerbaarheid de

81 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 759, nr. 5, p. 1.

82 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 759, nr. 5, p. 4.

83 Giesen & Schelhaas 2006, p. 162.

84 Zie T. Hartlief, annotatie bij: HR 20 februari 2009, NJ 2009, 335 (*Van Riemsdijk/Autop*), punt 37.

85 *Maasman/Akzo Nobel*, r.o. 4.3 en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*, r.o. 3.4.1. Zie § 11.3.3.

Hoge Raad precies doelt, aangezien er een verscheidenheid aan producten beschikbaar is met een sterk uiteenlopende dekking en polisvoorwaarden.⁸⁶

Als derde punt dient te worden opgemerkt dat de Hoge Raad met de behoorlijke verzekeringsplicht op basis van artikel 7:611 BW een aanvullende contractuele verplichting in het leven roept, die deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst en aldus een financiële arbeidsvoorwaarde en verregaande verplichting voor de werkgever vormt.⁸⁷

Ten vierde betreft de behoorlijke verzekeringsplicht een aanvullende vorm van sociale zekerheid, bij uitstek een politieke aangelegenheid, ten opzichte van de mogelijkheden die het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht bieden aan de werknemer die letselschade oploopt. Het feit dat de Hoge Raad zich normaal gesproken terughoudend opstelt ten aanzien van politieke aangelegenheden weerhoudt hem er in casu niet van om over te gaan tot rechtsvorming.⁸⁸

Het feit dat de behoorlijke verzekeringsplicht is geformuleerd in cassatierechtspraak, heeft praktische implicaties.⁸⁹ In de eerste plaats heeft de Hoge Raad in de Februari-arresten geen regel van overgangsrecht⁹⁰ geformuleerd, waardoor beide uitspraken terugwerkende kracht hebben. Dit heeft tot gevolg dat de regel van rechtersrecht niet pas geldt vanaf het moment van de uitspraak, maar reeds in de periode daaraan voorafgaand van kracht was. Praktisch gezien betekent dit dat een werkgever aansprakelijk gehouden kan worden voor de overtreding van een norm, waarvan hij destijds het bestaan kende, noch kon kennen.⁹¹ Ook ten aanzien van

86 Hartlief 2009, p. 39 zegt hierover: 'Ik sluit niet uit dat de Hoge Raad bewust méér maakt van het bestaande aanbod dan wellicht gerechtvaardigd is om de markt, zowel aan aanbod- als vraagzijde, een duwtje in de goede richting te geven.'

87 Lindenberg 2009, p. 103.

88 Als verklaring wordt door Barentsen 2003, p. 37 e.v. de afkalvende sociale zekerheid genoemd.

89 Het feit dat de Hoge Raad afhankelijk is van de toevallige feiten van een zaak die hem worden voorgelegd, de wensen en belangen van partijen, de kwaliteit van hun advocaten en de procedure voor de feitenrechter, maakt het moeilijk om als rechtsvormer tot een afgeronde regeling te komen die de beoogde doelen realiseert. Vgl. Köhne 2006, p. 262.

90 Er zijn vier stelsels van overgangsrecht: onmiddellijke werking, terugwerkende kracht, eerbiedigende werking en uitgestelde werking. Zie Smits 2000, p. 16.

91 Met het oog op de ingrijpende consequenties hiervan, is het opmerkelijk dat de Hoge Raad in standaardarresten zelden aandacht besteedt aan het overgangsrecht met betrekking tot een nieuwe regel. Vgl. Smits 2000, p. 16.

deze gevallen rijst de vraag of de werkgever aan zijn verplichtingen tot behoorlijke verzekering heeft voldaan. Een relevante vraag is of de goede verzekeringsmogelijkheden waar de Hoge Raad zijn behoorlijke verzekeringsplicht op baseert, destijds al voorhanden waren.⁹² Deze complicatie was voorkomen indien de verplichting tot behoorlijke verzekering zou zijn geformuleerd door de wetgever, omdat wetgeving op grond van artikel 4 Wet AB geen terugwerkende kracht heeft.

Ten tweede kondigt de Hoge Raad een verzekeringsplicht af waarvan hij de exacte invulling overlaat aan de lagere rechter:

‘De omvang van deze verplichting zal van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden (...) en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag over welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen.’⁹³

De abstracte opdracht die de Hoge Raad geeft, behoeft nog veel uitleg en brengt rechtsonzekerheid met zich mee.⁹⁴ Dit roept de vraag op of de Hoge Raad de consequenties van zijn uitspraak wel kan overzien.

11.6 Conclusie

Op grond van de leer van de trias politica, die ten grondslag ligt aan de Nederlandse staatsinrichting, kan worden geconcludeerd dat de wetgever de traditionele rechtsvormer is. Hij ontwerpt democratisch gelegitimeerd het wettelijk kader waarbinnen de Hoge Raad kan opereren. De traditionele rol van de Hoge Raad is het als geschilbeslechter beantwoorden van abstracte rechtsvragen die voortvloeien uit individuele casus. In de

92 Het gaat om een rechtstreekse verzekering van een risico dat de werknemer loopt, dus een first-party verzekering. Vgl. Lindenbergh 2009, p. 108. De schade-inzittendenverzekering was in 1997 al bekend. Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 759, nr. 3, p. 20.

93 *Maasman/Akzo Nobel*, r.o. 4.3 en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*, r.o. 3.4.1.

94 Dat het zal gaan om minder dan de vergoeding van de volledige door de werknemer geleden schade ligt voor de hand, omdat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat art. 7:658 BW niet beoogt een absolute waarborg te scheppen voor werknemersbescherming bij arbeidsongevallen, waaruit op basis van het stelsel van de wet volgt dat ook op art. 7:611 BW geen onbeperkte aansprakelijkheid kan worden gebaseerd (*Maasman/Akzo Nobel*, r.o. 4.2 en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*, r.o. 3.2.2). Het betreft derhalve een verplichting tot *behoorlijke* verzekering. Zie § 11.3.3.

rechtspraak wordt echter erkend dat de taak van de Hoge Raad verder reikt dan rechtspreken in concreto.

De wet is niet altijd duidelijk en heeft vaak interpretatie. Wetsinterpretatie dient tot doel de betekenis van een wettelijke bepaling in een concrete zaak vast te stellen. Indien de situatie zich voordoet dat de interpretatiemethoden die de Hoge Raad voor handen heeft in verschillende richtingen wijzen, zal de Hoge Raad moeten bepalen wat geldend recht is. Hij vormt daarmee nieuw recht. Zijn rechtsvormende taak is gegrond op de precedentwerking die uitgaat van zijn uitspraken. Zowel wetgeving als jurisprudentie is een bron van recht.

De rechtsvormende taak van de Hoge Raad is echter niet onbegrensd. Sinds de Tweede Wereldoorlog is een tendens van *judicial activism* zichtbaar. Dit roept discussie op over de reikwijdte van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad ten opzichte van het primaat van de wetgever. Als er met betrekking tot rechtsvorming een competentiebotsing dreigt ten opzichte van de wetgever, trekt de rechter zich meestal terug, ook al heeft hij zich slechts te houden aan het grondwettelijk toetsingsverbod (art. 120 GW). Hij onthoudt zich van inmenging in een aangelegenheid waarvoor wetgevend ingrijpen noodzakelijk is, omdat een onderwerp politiek of maatschappelijk gecompliceerd ligt. De Hoge Raad acht het aan de wetgever en niet aan de rechter om na te denken en te beslissen over het systeem van het recht, de afbakening van individuele gevallen en de rechtspolitieke gevolgen daarvan, omdat de Hoge Raad in tegenstelling tot de wetgever niet democratisch verkozen is.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad bij het in het leven roepen van de behoorlijke verzekeringsplicht gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid tot rechtsvormen en de ruimte benut, die hem daartoe gelaten is door de wetgever. Er rijzen echter principiële vragen naar aanleiding van deze gang van zaken. Deze principiële vragen betreffen de legitimatie van het handelen van de Hoge Raad, het feit dat het gaat om een constructie gebaseerd op ongeschreven recht, hij hiermee een financiële verplichting voor de werkgever in het leven roept en het tenslotte een vorm van aanvullende sociale zekerheid betreft, wat bij uitstek een politieke aangelegenheid is. Kennelijk acht de Hoge Raad het onjuist dat werknemers die betrokken raken bij een arbeidsgerelateerd verkeersongeval slechts een beroep kunnen doen op de mogelijkheden die het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht te bieden hebben. Hieraan ligt de overtuiging ten grondslag dat de zwakkere dient te worden beschermd. Het feit dat de Hoge Raad zich normaal gesproken terughoudend opstelt ten aanzien van politieke aangelegenheden weer-

houdt hem er in het dossier werknemerbescherming bij verkeersongevallen niet van om over te gaan tot rechtsvorming.

Het feit dat de het gaat om cassatierechtspraak brengt praktische consequenties met zich mee. De Hoge Raad heeft in de Februari-arresten nagelaten om een regel van overgangsrecht te formuleren, wat tot gevolg heeft dat beide arresten terugwerkende kracht hebben. Deze complicatie was voorkomen indien de verplichting tot behoorlijke verzekering zou zijn geformuleerd door de wetgever, omdat wetgeving op grond van artikel 4 Wet AB geen terugwerkende kracht heeft. Verder kondigt de Hoge Raad een verzekeringsplicht af waarvan hij de exacte invulling overlaat aan de lagere rechter. De abstracte opdracht die de Hoge Raad hiermee geeft, zal veel rechtszaken tot gevolg hebben over de nadere invulling van de op zichzelf open norm 'behoorlijke verzekering' en brengt voorsnog veel rechtsonzekerheid met zich mee. Dit roept de vraag op of de Hoge Raad de consequenties van zijn uitspraak wel kan overzien. Het is voor de Hoge Raad geen reden gebleken om zich terughoudend op te stellen.

De Hoge Raad heeft zich met het in het leven roepen van de behoorlijke verzekeringsplicht daadkrachtig getoond. In de November-arresten achtte hij echter de grens van zijn rechtsvormende taak bereikt. De Raad oordeelde dat de behoorlijke verzekeringsplicht niet van toepassing is op een eenzijdig voetgangersongeval van een werknemer of op een arbeidsongeval op de werkplek met betrekking tot structureel gevaarlijk werk, omdat de behoorlijke verzekeringsplicht een uitzondering vormt op de in artikel 7:658 BW geformuleerde regel dat de werkgever slechts voor arbeidsongevallen aansprakelijk is, indien hij is tekortgeschoten in de op hem rustende zorgplicht. Hij stelde zich hierbij op het standpunt dat deze uitzondering niet tot een te ver gaande aantasting van deze regel mag leiden. Hij stelt zich terughoudend op, zoals van hem als rechtsvormer ten aanzien van een politiek onderwerp als werknemersbescherming mag worden verwacht, maar hij had dit veel eerder, namelijk in februari 2008 al moeten doen. Nu blijkt dat hij de rechtsvormende taak die hij zichzelf in de arresten *Maasman/Akzo Nobel* en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal* heeft toebedeeld, binnen het stelsel van cassatierechtspraak niet adequaat kan invullen.⁹⁵

Hoe moet de verhouding tussen de wetgever en de Hoge Raad ten aanzien van de behoorlijke verzekeringsplicht in het dossier werknemersbescherming bij verkeersongevallen geduid worden? Geconcludeerd moet worden dat de Hoge Raad de grenzen van zijn rechtsvormende taak ten opzichte

95 Zie § 11.5.3.

van het primaat van de wetgever overschrijdt. Hij houdt zich niet aan het normale interactiepatroon tussen de Hoge Raad en de wetgever op het gebied van rechtsvorming.⁹⁶

Literatuurlijst

Asser/Vranken 1995 (**)

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Algemeen deel. Deel II*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Barentsen 2003

B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Boogaard 2013

G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten* (diss. Amsterdam UvA), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Corstens 2012

G. Corstens, 'De veranderende constitutionele rol van de rechter' (Staatsrechtconferentie 'The powers that be'), Leiden 2012.

Engelhard & Van Maanen 2008

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Deventer: Kluwer 2008.

Giesen & Schelhaas 2006

I. Giesen & H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', *AA* 2006-3.

Groenewegen 2007

T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Hartlief 2000

T. Hartlief, 'Overheidsaansprakelijkheid wegens vernietigde besluiten: de positie van de burgerlijke rechter in het geding', *AA* 2000-3.

96 Vgl. C.J.H. Brunner, annotatie bij: HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 (*IZA/Vrerink*).

Hartlief 2009

T. Hartlief, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad: het dossier werkgevers-aansprakelijkheid', *AV&S* 2009-29.

Jansen & Loonstra 2012

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012-1.

Köhne 2006

M. Köhne, 'Informatie als rechtvaardigende factor voor rechtsvorming: de amicus curiae', *AA* 2006-4.

Koopmans 1989

T. Koopmans, 'Rechterlijk activisme in Europeesrechtelijk perspectief', in P. van Dijk (red.), *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Heerhugowaard: Casparie BV 1989.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2009

S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 2009.

Van der Pot 2006

C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga & W.R. de Lange Deventer: Kluwer 2006.

Rommelink 1989

J. Rommelink, 'Welkomswoord', in: P. van Dijk (red.), *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Heerhugowaard: Casparie BV 1989.

Schönfeld 1979

K.M. Schönfeld, *Montesquieu en 'la bouche de la loi'* (diss. Leiden), Leiden: New Rhine Publishers 1979.

Smits 2000

J.M. Smits, 'Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie', in: I. Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid*, Deventer: Gouda Quint 2000.

De toekomst van de nationale rechtsstaat 2002

De toekomst van de nationale rechtsstaat (rapport van de WRR), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Tromp 2002

B. Tromp, *De wetenschap der politiek. Verkenningen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2002.

Versterking van de cassatierechtspraak 2008

Versterking van de cassatierechtspraak (rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad), Den Haag 2008.

Willemsen 1992

H. Willemsen (red.), *Woordenboek filosofie*, Assen: Van Gorcum 1992.

Witteveen 2001

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

XII Rechtspolitieke sturing door de Hoge Raad

Directere sturingsmogelijkheden met nieuwe wetgeving

B.C. Wekker

Binnen zijn taken als hoogste rechter kan de Hoge Raad sturing geven aan maatschappelijke ontwikkelingen en op die manier rechtspolitiek bedrijven. Met de onlangs ingevoerde Wet versterking cassatierechtspraak en de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is het instrumentarium van de Hoge Raad veranderd. Naar aanleiding hiervan onderzoek ik in hoeverre de Hoge Raad in staat is om invloed uit te oefenen met het beantwoorden van fundamentele en controversiële rechtsvragen van rechtspolitieke aard, en of hij thans ruimere mogelijkheden hiertoe heeft of dat er op dit gebied slechts een marginale rol voor hem is weggelegd. Aan de hand van twee actuele zaken, het faillissement van DSB Bank en de nationalisatie van SNS Reaal, neem ik het standpunt in dat de Hoge Raad door middel van de prejudiciële procedure directer sturing kan geven aan maatschappelijke ontwikkelingen.

12.1 Inleiding

De Hoge Raad staat voor een aantal ontwikkelingen die van invloed zijn op zijn positie, zoals Europeanisering en internationalisering, de veranderende relatie tussen rechtspraak en samenleving en de vervloeiing van rechtsgebieden.¹ Daarnaast is er door een toenemend beroep op de rechterlijke macht een grotere toestroom van cassatieberoepen naar de Hoge Raad, met een toenemende werklast als gevolg.² In verband hiermee zijn na nader onderzoek twee wetten uitgevaardigd, namelijk de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en de Wet versterking cassatierechtspraak, waarmee aan deze ontwikkelingen tegemoet zou moeten worden gekomen.³

In deze bijdrage staat de vraag centraal of de Hoge Raad met behulp van deze recente wetgeving op adequate wijze zijn taak kan vervullen om als

1 Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 301.

2 De verwachte instroom van zaken voor 2013 ligt tien procent hoger dan in 2012; zie *Jaarplan Rechtspraak 2013*, p. 26.

3 *Kamerstukken II 2010/11*, 32 612, *Stb.* 2012, 65, resp. *Kamerstukken II 2010/11*, 32 576, *Stb.* 2012, 116.

rechtsvormer in antwoorden te voorzien op fundamentele rechtsvragen van politieke aard in het privaatrecht. Ik hanteer het uitgangspunt dat de Hoge Raad als hoogste rechter in de beantwoording dient te voorzien van fundamentele en controversiële rechtsvragen en dat hij aldus een rechtspolitieke rol heeft. Kan de Hoge Raad met de invoering van de twee genoemde wetten efficiënter en effectiever dan voorheen inspelen op maatschappelijke ontwikkelingen waarbij rechtspolitieke vraagstukken ter discussie staan? In het kader van mijn bijdrage tracht ik tot beantwoording van deze en daarmee samenhangende vragen te komen.

In paragraaf 2 zal ik om te beginnen in het theoretisch kader de positieschetsen van de Hoge Raad in het politieke systeem en de wijze waarop hij politiek kan bedrijven. Vervolgens zal ik in paragraaf 3 aan de hand van het wettelijk kader de positie van de Hoge Raad in het privaatrecht toelichten. Ik zal daarbij specifiek ingaan op een aantal bijzondere instrumenten die hij in dit verband tot zijn beschikking heeft, namelijk artikel 80a en artikel 81 Wet RO, cassatie in het belang der wet, en de prejudiciële procedure. Daarna zal ik in deze paragraaf aangeven in hoeverre de Hoge Raad binnen zijn bevoegdheden rechtspolitieke sturingsmogelijkheden heeft. Vervolgens pas ik in paragraaf 4 het voorgaande toe in twee actuele zaken, namelijk het faillissement van DSB Bank en de nationalisatie van SNS Reaal. Ik heb voor de vorm van een *case study* gekozen om helder een beeld te schetsen hoe de Hoge Raad zijn sturingsmogelijkheden in de praktijk kan toepassen en om de voorafgaande abstracte uiteenzetting van zijn bevoegdheden in paragraaf 3 in context te kunnen plaatsen. Ten slotte kom ik tot een conclusie in paragraaf 5.

12.2 Theoretisch kader

12.2.1 Rechterlijke politiek

In democratieën is veelal het uitgangspunt dat de rechterlijke macht onafhankelijk is en ver van de politiek verwijderd is. Rechters kunnen over het algemeen slechts het verwijt krijgen dat zij politiek bedrijven, onder meer als hun oordeel is ingegeven door persoonlijke voorkeuren of andere vooroordelen.⁴ Dit beeld is echter eenzijdig, want in bepaalde opzichten kan de rechterlijke macht worden beschouwd als een politieke actor die onderhevig is aan interne en externe politieke invloeden.⁵ In dit theoretisch kader zal ik de verschillende vormen van politiek die de rechter kan bedrijven en

4 Heywood 2007, p. 6.

5 Heywood 2007, p. 328-329.

de factoren die verband houden met rechterlijke politiek uiteenzetten. Ik begin met een afbakening van de positie van de rechter in het staatsbestel, waarna ik overga tot het bespreken van de verschillende typen rechterlijke politiek en de vorm daarvan die ik in mijn bijdrage als uitgangspunt neem.

Politieke systemen produceren *outputs* in de vorm van regels. Politiek houdt verband met het besturen van een samenleving door middel van regels. Sturing van de samenleving kan pas plaatsvinden als de regels worden nageleefd.⁶ In het privaatrecht waken de gerechten over die naleving, met in laatste instantie de Hoge Raad.⁷ Voor de rechter is vaak ook een rol weggelegd om, naast de wetgever, regels vast te stellen. Met name de hoogste rechter heeft een rechtsvormende taak en zijn bijdrage aan de rechtsontwikkeling wordt onmisbaar geacht in een moderne samenleving.⁸ De Hoge Raad heeft als cassatierechter de taak om de rechtseenheid te bevorderen, rechtsvorming te bewerkstelligen en zorg te dragen voor rechtsbescherming.⁹ Hij dient duidelijkheid te verschaffen in kwesties waarbij in de rechtspraak veel onzekerheid heerst onder de feitenrechters, waar nog geen richtinggevende rechtsbeslissing in hoogste instantie is geweest en grensgevallen waarbij de beslissende norm op dat moment onvoldoende is afgebakend.¹⁰ Het domein van de rechterlijke macht is de laatste decennia veel uitgebreider geworden en vandaag de dag kan de rechter op verscheidene gebieden met wetsuitleg en interpretatie van de wet invloed uitoefenen.¹¹ De wetgever kan het niet meer alleen af; wetgeving en rechtspraak kunnen volgens Vranken '*partners in the business of law*' worden genoemd.¹² Daarnaast is een recente organisatorische ontwikkeling dat er financieringsnormen aan de rechterlijke macht worden opgelegd om de rechter aan de hand van *targets* kostenbewuster en efficiënter te werk te laten gaan.¹³ Wat zijn rechtsvormende taak in het privaatrecht betreft heeft de Hoge Raad veel vrijheid.¹⁴ Bepaalde kwesties worden bewust door

6 Deschouwer & Hooghe 2011, p. 237.

7 Uiteraard is de Hoge Raad niet op elk gebied de hoogste rechter en dient hij rekening te houden met de hoogste bestuursrechters, het HvJ EU en het EHRM; zie Huls 2012, p. 133.

8 Asser/Vranken 2005 (Algemeen deel ***), nr. 9.

9 Asser/Groen & Korthals Altes 2005 (7), nr. 73.

10 Vgl. Loth e.a. 2007, p. 323.

11 Huls 2012, p. 133; Langemeijer 1994, p. 50.

12 Asser/Vranken 2005 (Algemeen deel ***), nr. 9; zie ook Loth e.a. 2007, p. 320.

13 Huls & Vermeer 2007, p. 183; Huls & Loth 2004, p. 124-125; Schoordijk 2006, p. 501-502; zie ook het rapport *Versterking van de cassatierechtspraak* 2008, o.a. p. 11, dat dit streven als uitgangspunt neemt.

14 De Hoge Raad kan, al dan niet zonder (uitgebreide) motivering, afzien van het rechtsvormend optreden in een bepaalde casus of juist de rechtsvorming aan

de wetgever aan de rechterlijke macht overgelaten, omdat gedetailleerde regelgeving de rechtsontwikkeling zou kunnen blokkeren, het onderwerp nog niet voldoende rijp is voor algemene regelgeving of omdat de politieke opportuniteit ontbreekt.¹⁵

Voorwaarden tot het bedrijven van politiek door de rechter zijn een constitutioneel kader dat rechterlijke politiek bevordert, een autonome rechterlijke macht die het niet schuwt om zich te mengen in politieke aangelegenheden en een omgeving die rechterlijke politiek stimuleert.¹⁶ De belangrijkste beperking op de taakvervulling van de Hoge Raad is de voorgeschreven werkwijze in cassatie, gelegen in artikel 79 Wet RO. Aan de ene kant van het spectrum kan hij als minimalist smalle en oppervlakkige uitspraken doen met een summiere motivering en een beperkte reikwijdte aan de andere kant kan hij als rechterlijke activist brede en diepe arresten wijzen met een grote reikwijdte en een uitvoerige motivering.¹⁷ Van rechterlijk ‘maximalisme’ is dus sprake als de rechter een bijdrage aan de rechtsvorming levert en de oplossing van dringende maatschappelijke problemen op zich neemt.¹⁸ Deze handelswijze van de rechter, die hier in deze bijdrage centraal staat, is met name aangewezen als er veel onzekerheid in de rechtspraktijk heerst, er behoefte bestaat aan voorspelbaarheid en er sprake is van veel en uiteenlopende rechterlijke activiteit op hetzelfde gebied die stroomlijning behoeft.¹⁹

Rechterlijke politiek is een overkoepelende term die kan worden onderverdeeld in drie samenhangende vormen. De eerste en meest abstracte vorm ziet op het verspreiden van juridisch jargon, regelgeving en procedures in de politieke sfeer en bij beleidsforums en beleidsprocessen.²⁰ Een tweede en concreter aspect van rechterlijke politiek is het uitoefenen van invloed door de rechterlijke macht bij het bepalen van publieke beleidsbeslissingen, hoofdzakelijk door rechterlijke toetsing, herformulering van bureaucratische grenzen tussen overheidsorganen en door rechtspraak met betrekking tot grondrechten.²¹ Een derde vorm van rechterlijke politiek is het vertrou-

zich trekken en het onderscheid tussen feit en recht in cassatie biedt hem ruime mogelijkheden bij zijn taakvervulling, Asser/Vranken 2005 (Algemeen deel ***), nr. 10.

15 Asser/Vranken 2005 (Algemeen deel ***), nr. 75.

16 Hirschl 2008, p. 138.

17 Loth & Mak 2007, p. 67-69.

18 Loth e.a. 2007, p. 320.

19 Loth e.a. 2007, p. 323.

20 Hirschl 2008, p. 121.

21 Hirschl 2008, p. 121.

wen op rechtbanken en rechters om de behandeling op zich te nemen van controversiële politieke kernvraagstukken die gehele gemeenschappen definiëren en deze veelal verdeeld houden.²² Een subcategorie van deze vorm is retributieve rechtvaardigheid. Voorbeelden uit het Nederlandse recht die onder deze subcategorie zouden kunnen worden geschaard zijn euthanasie en asbestaansprakelijkheid.²³ Een onverminderd actuele ontwikkeling die ik in dit verband bij deze vorm van politiek wil onderbrengen, is die van de zorgplicht die financiële instellingen bij hun dienstverlening jegens particulieren in acht moeten nemen.²⁴ Aan de hand van het faillissement van DSB Bank en de nationalisatie van SNS Reaal zal ik deze problematiek in paragraaf 4 nader uiteenzetten.

12.2.2 *De rechtspolitieke rol van de Hoge Raad*

In deze bijdrage neem ik als uitgangspunt dat de Hoge Raad als hoogste rechter in de beantwoording dient te voorzien van fundamentele en controversiële rechtsvragen van rechtspolitieke aard. Ik stel centraal dat de Hoge Raad rechtspolitieke invloed moet uitoefenen zoveel als nodig is om zowel aan zijn taken te voldoen als om zijn eigen positie te handhaven. Het gaat er dan niet zozeer om welke richting de Hoge Raad in een bepaalde kwestie kiest, zolang hij er maar voor zorgt dat de rechtseenheid en de rechtspositie van justitiabelen in voldoende mate worden gewaarborgd. Voorts dient de Hoge Raad bij de vervulling van zijn rechtspolitieke rol vooruitstrevend te werk te gaan door leiderschap te tonen aan de lagere rechters.²⁵ In het verleden is dit niet altijd het geval geweest, waardoor de rechtbanken in bepaalde gevallen het heft in eigen handen namen en zelf richtlijnen opstelden om verschillende stromen zaken met vergelijkbare rechtsvragen goed af te kunnen handelen.²⁶ Dit leiderschap moet weer voorop komen te staan.²⁷

22 Hirschl 2008, p. 123. Hierbij is van belang dat de rechter enige ruimte wordt gelaten om zich over dergelijke vraagstukken uit te laten, anders dan dat bijvoorbeeld de overige politieke actoren de touwtjes strak in handen hebben, vgl. Ferejohn 2002, p. 57.

23 HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106 en HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686; halverwege de twintigste eeuw gingen dergelijke rechtspolitieke vraagstukken een rol spelen in de Nederlandse rechtsorde; zie Schoordijk 2006, p. 718.

24 Bierens 2013, p. 26.

25 Huls 2012, p. 136.

26 Huls 2012, p. 132.

27 Zie ook Corstens & Kuiper 2012, p. 235; Huls 2012, p. 136; Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 294.

De rechtsvormende taak die de wetgever hem in handen heeft gegeven maakt dat de Hoge Raad zelf zijn agenda zo efficiënt als mogelijk moet indelen en dus ook gebruik moet maken van zijn wettelijke bevoegdheden om die eigen agenda te bewaken.²⁸ Uiteraard is het bedrijven van rechts-politiek begrensd door de interactie met de andere actoren in de politiek.²⁹ Bovendien blijft de rechter in beginsel gebonden aan de wet en kan hij daar niet zomaar van afwijken.³⁰ Gezien zijn staatsrechtelijke positie dient hij het gezag van de wetgever, waaraan hij zijn bevoegdheden ontleent, als voor hem bindend te ervaren.³¹ Andere beperkingen voor de Hoge Raad zijn gelegen in het feit dat hij voor het uitoefenen van zijn taken slechts beperkte middelen heeft, en dat hij vanwege zijn positie als cassatierechter niet voor elke al dan niet juridische kwestie een oplossing kan bieden.³² Dat is precies waarom de Hoge Raad agendakeuzes moet maken om zijn rechtsvormende taak te vervullen.

12.3 De positie van de Hoge Raad in het privaatrecht

12.3.1 *De instrumenten van de Hoge Raad*

Algemene invloedssfeer Hoge Raad

De Hoge Raad is op grond van artikel 118 lid 2 Grondwet belast met de cassatie van rechterlijke uitspraken wegens schending van het recht; ex artikel 79 Wet RO kan hij slechts wegens schending van het recht en wegens verzuim van bepaalde vormen besluiten om een uitspraak van een lagere rechter te casseren ofwel te vernietigen.³³ Wat betreft de beslissingen van lagere rechters die aan de Hoge Raad worden voorgelegd, kan een onderscheid worden gemaakt in verschillende soorten beslissingen, namelijk feitelijke beslissingen, gemengde beslissingen en rechtsbeslissingen.³⁴ Als uitgangspunt mogen er in cassatie geen feitelijke vragen aan de orde worden gesteld en dient te worden uitgegaan van de feiten zoals die door de lagere rechter zijn vastgesteld.³⁵ Het systeem van cassatierechtspraak biedt de cassatierechter binnen de grenzen van de cassatiecontrole mogelijkheden tot

28 Met betrekking tot de taakvervulling van de Hoge Raad beschouw ik de rechtsvorming als de belangrijkste van zijn drie taken in cassatie.

29 Ball & Peters 2005, p. 267-268; zie ook Ferejohn 2002, p. 59.

30 Langemeijer 1994, p. 51.

31 Wiarda 1999, p. 41.

32 Huls & Loth 2004, p. 125; Huls 2004, p. 90.

33 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 317.

34 Asser/Groen & Korthals Altes 2005 (7), nr. 90.

35 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 318, 322.

indirecte regulering van de toegang door met die grenzen te schuiven.³⁶ Daarnaast heeft de Hoge Raad verschillende methoden ontwikkeld om gemengde beslissingen te kunnen toetsen; in oplopende mate van vrijheid zijn dit het poneren van een harde subregel, het formuleren van een vuistregel of het opsommen van gezichtspunten.³⁷

De Wet versterking cassatierechtspraak

Artikel 81 Wet RO biedt, als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, de mogelijkheid aan de Hoge Raad om met een beperkte motivering een cassatieberoep te verwerpen.³⁸ Met het onlangs in werking getreden artikel 80a Wet RO kan de Hoge Raad een cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren als ‘de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep of omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden’.³⁹ Verschillende auteurs zijn van mening dat er met de invoering van artikel 80a Wet RO weinig zal veranderen: de aangelegde criteria verschillen niet zoveel van artikel 81 Wet RO, de selectie van zaken blijft op hetzelfde moment geschieden en waarschijnlijk zullen deze artikelen gezamenlijk slechts resulteren in een onderlinge verschuiving van de toegang tot de Hoge Raad.⁴⁰ Bij deze nieuwe bevoegdheid van artikel 80a Wet RO zal de Hoge Raad, als teken van leiderschap, inzichtelijk en daarmee enigszins voorspelbaar moeten maken wanneer hij een zaak ontvangt om rechtzoekenden, advocaten en feitenrechters in dit verband houvast te geven ter zake van de mogelijkheden in cassatie.⁴¹

36 De Hoge Raad kan zijn controlerende bevoegdheid bepalen door regels al dan niet tot ‘recht’ in de zin van art. 79 lid 1 Wet RO te rekenen, dan wel de aan hem voorgelegde beslissingen aan te merken als feitelijke of rechtsbeslissingen, Asser/Groen & Korthals Altes 2005 (7), nr. 73; Keirse 2011, p. 96.

37 Asser/Groen & Korthals Altes 2005 (7), nr. 102.

38 De Hoge Raad kan dan volstaan met de mededeling ‘dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling’, art. 81 Wet RO.

39 Art. 80a Wet RO werd ingevoerd met de Wet versterking cassatierechtspraak, *Stb.* 2012, 116. Verder zijn met de invoering van deze wet aanvullende kwaliteitseisen gesteld aan de cassatiebalie en de daartoe behorende cassatieadvocaten.

40 Asser 2011, p. 87; Keirse 2011, p. 96, 97; Ponsioen 2009, p. 151.

41 Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 295; Asser 2011, p. 90; Van Schendel 2011, p. 21.

Cassatie in het belang der wet

Bij cassatie in het belang der wet gaat het om een cassatieberoep dat ambtshalve is ingesteld door de procureur-generaal, artikel 78 Wet RO. Een bijzonderheid van deze vorm van cassatie is dat de uitspraak van de Hoge Raad geen nadeel toebrengt aan de door partijen verkregen rechten.⁴² Het gaat hierbij uitsluitend om de bevordering van de rechtseenheid en om toezicht op de lagere rechtspraak. De procureur-generaal heeft een discretionaire bevoegdheid bij dit instrument en bepaalt zodoende zelf welke zaken hij aan de Hoge Raad voorlegt.⁴³ Een verruimd gebruik van cassatie in het belang der wet kan uitkomst bieden wanneer de prejudiciële procedure hiervoor de ruimte laat. Desalniettemin zal het rechtsmiddel cassatie in het belang der wet volgens verschillende auteurs naar alle waarschijnlijkheid van gering belang blijven.⁴⁴

De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

Met de invoering van artikel 81a Wet RO op 1 juli 2012 is de mogelijkheid geopend voor lagere rechters om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.⁴⁵ In artikel 392 lid 1 Rv zijn als voorwaarden gesteld dat het moet gaan om een rechtsvraag die van belang is ‘voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen’, of ‘voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet’. De eerste grond heeft al goede bekendheid als criterium voor een massaschadeclaim, de tweede grond wordt door lagere rechters niet helemaal duidelijk gevonden en zal nog nader moeten worden ingevuld door de Hoge Raad.⁴⁶ Gezien de aard van de prejudiciële procedure dient de beantwoording van een prejudiciële vraag te bestaan uit de formulering van meer algemene, richtinggevende uitgangspunten en gezichtspunten die bij de afwikkeling van de

42 Asser/Groen & Korthals Altes 2005 (7), nr. 47.

43 Van der Wiel 2011, p. 210.

44 Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 299; Hartlief 2011, p. 192; Van der Wiel 2011, p. 213-214.

45 De invoering van de prejudiciële procedure bewerkstelligt naar verwachting dat het instrument sprongcassatie, waarbij op grond van art. 398 Rv als bijkomende voorwaarden worden gesteld dat er sprake moet zijn van een afgeronde rechtsgang in eerste aanleg en instemming van beide partijen, verder aan belang zal inboeten.

46 Giesen & Van Kampen 2013, p. 3.

betreffende zaken behulpzaam kunnen zijn.⁴⁷ Mochten bepaalde feiten nog niet voldoende zijn uitgekristalliseerd, dan zou de Hoge Raad ook kunnen volstaan met een meervoudig antwoord of het formuleren van algemenere gezichtspunten. Volgens Giesen zal de Hoge Raad een beleid moeten ontwikkelen ter zake van het type rechtsvragen dat hij in de prejudiciële procedure wil behandelen.⁴⁸

Op grond van artikel 392 lid 1 Rv kan op verzoek van een partij of ambts-halve door de rechter een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad worden gesteld. De lagere rechter heeft hierbij een discretionaire bevoegdheid om al dan niet over te gaan tot het stellen van een prejudiciële vraag.⁴⁹ Voor het stellen van een prejudiciële vraag worden geen griffierechten in rekening gebracht bij partijen.⁵⁰ Uit interviews met lagere rechters blijkt dat de houding van procespartijen een belangrijke rol speelt bij de beslissing van de rechter.⁵¹ Met name als beide partijen graag willen dat er in hun procedure een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad wordt gesteld en aan de overige vereisten hiervoor is voldaan, is het mijns inziens waarschijnlijk dat de lagere rechter er niets aan gelegen zal laten om hiertoe over te gaan. Op grond van artikel 393 lid 7 Rv heeft de Hoge Raad de bevoegdheid om een gestelde prejudiciële vraag te herformuleren. Deze mogelijkheid kan worden aangewend als een gestelde vraag gebreken vertoont die aangevuld dienen te worden, maar de Hoge Raad kan ook hiervan gebruik maken als hij sturing aan de vraag wil geven of daarmee samenhangende rechtsvragen onder de aandacht wil brengen.⁵² De prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie zou in dit verband als voorbeeld kunnen dienen voor de Hoge Raad.⁵³ In de literatuur wordt ook wel betoogd dat er een politieke agenda van het Europese Hof zou schuilgaan achter het herformuleren van prejudiciële vragen.⁵⁴ Op grond van artikel 393 lid 8 Rv bepaalt de Hoge Raad uiteindelijk zelf of hij een prejudiciële vraag beantwoordt en

47 Frenk 2011, p. 120; Frenk & Wolffram-van Doorn 2009, p. 158. Hierbij is in plaats van een zaakgerelateerde opstelling van de Hoge Raad een rechtsvraag-gerelateerde opstelling gewenst, vgl. Vranken 2009, p. 1086.

48 Giesen 2011, p. 65.

49 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 13-14.

50 Art. 4 lid 1 sub f Wet griffierechten burgerlijke zaken.

51 Giesen & Van Kampen 2013, p. 10.

52 Giesen & Van Kampen 2013, p. 7-8.

53 Broberg & Fenger 2010, p. 405-406. Ter tegemoetkoming van de nationale rechter heeft het HvJ EU een informatienota uitgevaardigd die als leidraad kan worden gebruikt bij het formuleren van prejudiciële vragen, *PbEU* 5 december 2009, nr. C 297/1-6.

54 Nyikos 2000, p. 38; kritisch zijn Broberg & Fenger 2010, p. 404.

hoeft hij hiervoor geen verantwoording af te leggen.⁵⁵ Het ligt wel voor de hand dat de Hoge Raad hiertoe overgaat, om de feitelijke rechter houvast te geven voor het stellen van prejudiciële vragen in de toekomst.⁵⁶

Het succes van de prejudiciële procedure staat of valt met hoe de Hoge Raad zich hierbij opstelt en is afhankelijk van factoren zoals de doorlooptijd en een welwillende interpretatie en beantwoording van prejudiciële vragen.⁵⁷ Wat betreft de beantwoording van prejudiciële vragen is er geen wettelijke termijn vastgesteld;⁵⁸ de Hoge Raad heeft zelf de verwachting uitgesproken dat de prejudiciële procedure naar verwachting tussen de zes en twaalf maanden zal gaan duren.⁵⁹ Inmiddels heeft de Hoge Raad de eerste prejudiciële vraag na verloop van zes maanden beantwoord en twee andere vragen in zes weken en in een maand tijd terugverwezen.⁶⁰ Bij deze laatste twee gestelde prejudiciële vragen heeft de Hoge Raad uitgebreid toegelicht waarom hij afziet van beantwoording en geeft hij overwegingen mee aan de lagere rechter ter verdere beoordeling van de zaak.⁶¹ In zoverre kan gezegd worden dat de Hoge Raad de tot nu toe gestelde prejudiciële vragen voortvarend heeft afgehandeld.

55 In de memorie van toelichting van het wetsvoorstel wordt vermeld dat de Hoge Raad hierbij inspiratie zou kunnen opdoen bij de door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde afwijzingsgronden, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 11; zie ook Meijer & Tjittes 2009, p. 174.

56 De Groot & Stolp 2012, p. 169.

57 Giesen & Van Kampen 2013, p. 16; Corstens & Kuiper 2012, p. 235.

58 De wetgever vond het wettelijk vastleggen van een termijn voor het beantwoorden van prejudiciële vragen onnodig complicerend, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 16. In tegenstelling tot Nederland dient de *Cour de cassation* in Frankrijk binnen een termijn van drie maanden antwoord te geven op een prejudiciële vraag, zie Meijer & Tjittes 2009, p. 166.

59 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 6, p. 4. Dit is aanzienlijk korter dan de zeventien maanden die de prejudiciële procedure bij het Europese Hof van Justitie gemiddeld in beslag neemt; zie Meijer & Tjittes 2009, p. 169, alhoewel de Hoge Raad ervoor zal moeten waken dat de prejudiciële procedure niet een dergelijke aanzienlijke doorlooptijd zal verkrijgen.

60 HR 8 februari 2013, *NJ* 2013, 123 (*Rabobank/Donselaar c.s.*); HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614; HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958.

61 HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, r.o. 3.4-3.6; HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, r.o. 3.3-3.5.

12.3.2 *Rechtspolitieke sturingsmogelijkheden van de Hoge Raad*

Uit het bovenstaande blijkt dat de mogelijkheden tot rechtspolitieke sturing in sterke mate verschillen per instrument dat tot de beschikking staat van de Hoge Raad. De Wet versterking cassatierechtspraak brengt niet zoveel nieuws met zich mee. De mogelijkheid tot het niet-ontvankelijk verklaren van een cassatieberoep op grond van artikel 80a Wet RO kan naar mijn mening worden beschouwd als een verschuiving van de bestaande grens die al was afgebakend met artikel 81 Wet RO. Mogelijkheden tot het bedrijven van rechterlijke politiek zijn in deze twee artikelen niet snel in te lezen.⁶² Ook cassatie in het belang der wet kan als minder interessant worden beschouwd. Dit buitengewone rechtsmiddel heeft altijd al een marginale rol gespeeld, maar zeker vanwege de tussenkomst van de procureur-generaal bij het aanbrengen van zaken is dit instrument niet geschikt voor de Hoge Raad om er sturing mee te geven.

Met name de prejudiciële procedure is als mogelijkheid tot rechtspolitieke sturing van belang. Er zijn inmiddels al een aantal prejudiciële vragen door de Hoge Raad beantwoord en hij kan de huidige lijn voortzetten door met een welwillende houding deze procedure ter hand te blijven nemen. Daarbij verdient wel vermelding dat de Hoge Raad ervan afhankelijk is óf en welke prejudiciële vragen door lagere rechters aan hem worden gesteld. Aangezien prejudiciële vragen vaak zien op massaschadezaken met een veelheid aan betrokkenen, ligt het overigens wel voor de hand dat op enig moment een rechtsvraag via één van de lagere rechters bij de Hoge Raad terechtkomt en ligt hiermee uiteindelijk het initiatief bij de Hoge Raad wat betreft de wijze waarop hij de gestelde prejudiciële vraag beantwoordt. Het feit dat bij de prejudiciële procedure in een vroeg stadium een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd in plaats van dat er drie instanties moeten worden doorlopen, maakt dat er mogelijkheden zijn tot rechtspolitieke sturing. Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat de prejudiciële procedure goede sturingsmogelijkheden biedt ter beantwoording van fundamentele en controversiële rechtsvragen van politieke aard en dat op die manier op directere wijze sturing zou kunnen worden gegeven aan maatschappelijke ontwikkelingen.

62 Het enige wat naar mijn mening in dit kader nog een rol kan spelen, is dat de Hoge Raad met deze artikelen oninteressante en irrelevante rechtsvragen kan afhouden en zo meer tijd kan besteden aan het beantwoorden van rechtsvragen met rechtspolitieke relevantie.

12.4 Rechtspolitieke sturing door de Hoge Raad toegepast in twee dossiers

12.4.1 *Het kader van de case study*

Nu de politieke rol van de Hoge Raad in het privaatrecht uiteen is gezet, is het moment gekomen om de toepassing van zijn sturingsmogelijkheden weer te geven aan de hand van voorbeelden uit de praktijk. Als gekeken wordt naar de instroom van zaken in de rechterlijke macht, blijkt dat voor 2013 een instroomstijging van zes procent is verwacht, waarbij een groei is voorzien van het aantal faillissementen en arbeidszaken.⁶³ De prejudiciële vragen die reeds aan de Hoge Raad zijn gesteld, namelijk een vraag over beslag, een vraag over de rangorde in faillissement en een vraag over bestuurdersaansprakelijkheid, kunnen worden beschouwd als een goede afspiegeling van deze ontwikkeling.⁶⁴ Mede hierom heb ik gekozen voor twee omvangrijke dossiers met maatschappelijke impact. Ze hebben betrekking op rechtspolitieke keuzes die gemaakt moeten worden in verband met twee banken die in financiële problemen geraakten, namelijk het faillissement van DSB Bank en de nationalisatie van SNS Reaal.⁶⁵ Deze twee dossiers vertonen gelijkenis, en in beide gevallen liggen rechtspolitieke vragen te wachten op beantwoording door de Hoge Raad.

Deze rechtsvragen zullen veelal betrekking hebben op de bancaire zorgplicht.⁶⁶ Ook al is de invulling van deze zorgplicht erg casuïstisch bepaald, dit staat er niet aan in de weg dat de zorgplicht een algemeen karakter kan hebben en schending ervan kan worden toegewezen in een collectieve actie ex artikel 3:305a BW.⁶⁷ Dit is van belang voor de twee dossiers die in deze bijdrage centraal staan. In het kader van een massavordering zou dan via een collectieve actie, of eventueel een proefproces gebruik kunnen worden gemaakt van de prejudiciële procedure om een rechtsvraag aan de Hoge

63 *Jaarplan Rechtspraak* 2013, p. 8.

64 Rb. Amsterdam 4 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY6220; Rb. 's-Hertogenbosch 20 februari 2013, ECLI:NL:RBSHE:2013:BZ2201; HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958. De eerste twee vragen zijn ten tijde van schrijven nog niet beantwoord door de Hoge Raad. Bij de laatste vraag heeft de Hoge Raad van beantwoording afgezien.

65 Rb. Alkmaar 19 oktober 2009, *JOR* 2010, 15 en *Stcrt.* 2013, 3018.

66 De bancaire zorgplicht is een veelomvattend begrip van verschillende plichten, zoals informatie-, onderzoeks-, mededelings- en waarschuwingsplichten, gebaseerd op het financieel publiekrecht, het privaatrecht en de rechtspraak; Bierens 2013, p. 16.

67 Schonewille 2011, p. 12.

Raad voor te leggen.⁶⁸ Een vervolgstap is het treffen van een schikking op grond van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM), artikel 7:907 BW, waarbij tussen een schadeveroorzakende partij en gelaedeerden een vaststellingsovereenkomst wordt gesloten.⁶⁹ In de WCAM-procedure zelf is het op grond van artikel 392 lid 1 sub b tweede volzin Rv niet mogelijk om een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad.⁷⁰ Dit verbod hoeft naar mijn mening geenszins een belemmering te vormen, omdat met name voorafgaand aan het WCAM-verzoek in het onderhandelingsproces tot een schikkingsovereenkomst veel valt te verwachten van de prejudiciële procedure.⁷¹ De Hoge Raad heeft juist op dat moment ruimte voor rechtspolitieke sturing bij de beantwoording van prejudiciële vragen en kan in een vroeg stadium onzekerheid bij een tot stand te komen schikking minimaliseren.⁷²

12.4.2 *Het faillissement van DSB Bank*

Het feitenrelaas

Op 19 oktober 2009 werd door Rechtbank Alkmaar het faillissement uitgesproken van DSB Bank.⁷³ DSB Bank had ten tijde van het faillissement circa 150.000 leningen uitstaan ter waarde van in totaal € 7,1 miljard en had ongeveer 250.000 rekeninghouders met een gezamenlijk tegoed van € 3,6 miljard.⁷⁴ De voornaamste oorzaak van het faillissement moet wor-

68 Ozmis & Tzankova 2012, p. 38.

69 De achterliggende gedachte is dat met een WCAM-schikkingsovereenkomst voor deze partij met een grote mate van zekerheid een bepaalde massaschadekwestie kan worden afgesloten en er geen onduidelijkheid meer bestaat over mogelijke aansprakelijkheid in de toekomst; zie Arons 2012, p. 241-253.

70 Volgens de wetgever is deze beperking gelegen in het feit dat deze procedure een marginale redelijkheidstoets van de WCAM-overeenkomst beoogt en geen inhoudelijke beoordeling ervan, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 612, nr. 3, p. 7.

71 In de praktijk is overigens het uitgangspunt om te beginnen met een collectieve actie, en deze als opstap voor een latere WCAM-procedure te gebruiken; Van Abeelen 2012, p. 97. De reden hiervan is gelegen in het feit dat het in de collectieve actie-procedure op grond van art. 3:305a lid 3 BW niet is toegestaan een collectieve schadevergoeding in geld te vorderen.

72 Met een dergelijke gunstige onderhandelingsomgeving wordt de bereidheid van partijen om te schikken bevorderd, wat uiteindelijk kan resulteren in een voorspoedige afwikkeling van een massaschadezaak, Arons 2012, p. 239; vgl. Tzankova 2009, p. 109.

73 Rb. Alkmaar 19 oktober 2009, *JOR* 2010, 15.

74 *Faillissementsverslag nr. 1 DSB Bank* 2009, p. 1.

den gezocht bij DSB Bank zelf.⁷⁵ In de jaren voorafgaand aan het faillissement werden in nieuwe wetgeving zorgplichten neergelegd bij de verkoop van leningen en verzekeringen.⁷⁶ Door de te commerciële benadering van het bestuur dat wel financieel ervaren was maar niet bancair professioneel, werd niet voldoende acht geslagen op deze nieuwe regelgeving.⁷⁷ Daarnaast ontstonden er financieringsproblemen door de afnemende verkoop van hypotheekleningen als gevolg van de kredietcrisis. DSB Bank werd in sterke mate afhankelijk van spaartegoeden en de noodfaciliteiten van het bancaire systeem. Uiteindelijk resulteerde het voorgaande in het faillissement van DSB Bank.⁷⁸

Vanaf 16 september 2010 zijn de in het faillissement aangestelde curatoren in onderhandeling getreden met twee belangenstichtingen en vijf rechtsbijstandsverzekeraars om een regeling te treffen met betrekking tot mogelijke schendingen van de zorgplicht door DSB Bank, wat uiteindelijk op 19 september 2011 heeft geleid tot het Akkoord op Hoofdlijnen.⁷⁹ De curatoren werden geconfronteerd met vele klachten en claims van klanten die meenden schade te hebben geleden door de wijze van handelen van DSB Bank bij haar financiële dienstverlening, en zij gaven na het inwinnen van advies de voorkeur aan een schikking in plaats van het betrokken worden in en voortzetten van gerechtelijke procedures.⁸⁰ Bij de vaststelling van het Akkoord op Hoofdlijnen werd door zowel de belangenorganisaties als de curatoren overwogen dat een regeling relatief snel een oplossing zou brengen in vergelijking met het in rechte procederen, waarbij aanzienlijke procesrisico's aanwezig zouden zijn en wat naar verwachting lange tot zeer lange tijd zou gaan duren.

Het overeengekomen akkoord ziet op koopsompolissen, beleggingsverzekeringen en de aandelenlease-constructie van Holland Welvaren Select.⁸¹

75 Scheltema e.a. 2010, o.a. p. 18; Knüppe & Schimmelpenninck 2012, o.a. p. 414, 415.

76 Theissen 2010, p. 474.

77 Theissen 2010, p. 474.

78 Scheltema e.a. 2010, p. 99-115; Botter 2009, p. 622. Klachten van consumenten over de financiële dienstverlening van de bank werden daarnaast breed uitgemeten in de media, wat mede tot gevolg had dat een aanzienlijk aantal spaarders overging tot het opnemen van tegoeden en bijdroeg aan de reeds bestaande financiële problemen van DSB Bank; zie ook Knüppe & Schimmelpenninck 2012, p. 213.

79 *Akkoord op Hoofdlijnen* 2011, p. 3.

80 *Akkoord op Hoofdlijnen* 2011, p. 2-4.

81 *Akkoord op Hoofdlijnen* 2011, p. 8, 10 en 13. Koopsompolissen zijn levens- of schadeverzekeringen die tegen betaling van een eenmalige premie zijn af-

Daarnaast is er een compensatie getroffen voor overkreditering bij overeenkomsten van geldlening, een restschuldregeling in geval van restschulden uit hypotheek en een saneringsbeleid voor schulden in geval van onverantwoorde kredietverlening.⁸² Tot en met 2012 is het totale compensatiebedrag onder de regeling door de curatoren voorzien op € 204 miljoen en aan de zorgplichtkwestie is vanaf het uitspreken van het faillissement circa € 130 miljoen besteed.⁸³ Op 27 mei 2013 is een WCAM-verzoek tot algemeen verbindendverklaring van het Akkoord op Hoofdlijnen ingediend bij het Hof Amsterdam, waarvan de mondelinge behandeling op 15 oktober 2013 plaatsvindt.⁸⁴ Nadat een toewijzende beschikking van het hof publiekelijk is aangekondigd hebben rechthebbenden nog een jaar de tijd om zich voor deze regeling aan te melden.⁸⁵ De verwachting is dus dat eind 2014 tot een afronding kan worden gekomen van dit dossier.⁸⁶

De rol van de Hoge Raad bij het faillissement van DSB Bank

Het Akkoord op Hoofdlijnen is na een jaar onderhandelen en binnen twee jaar na het faillissement overeengekomen tussen de curatoren van DSB Bank en verschillende belangenorganisaties. Op veel punten betreffende de financiële producten en de wijze van dienstverlening van DSB Bank is in de schikking een tegemoetkoming geboden door de curatoren. Het aantal geïnitieerde procedures tegen de curatoren is te overzien en in zoverre kan gezegd worden dat zij met succes een regeling hebben getroffen.⁸⁷ Met particulieren die buiten het akkoord om procedeerden hebben zij getracht

gesloten. Beleggingsverzekeringen zijn levensverzekeringen waarvan de waarde gebaseerd is op een effectenportefeuille. Bij de aandelenlease-constructie van Holland Welvaren Select werd belegd met van DSB Bank geleend geld.

82 *Akkoord op Hoofdlijnen* 2011, p. 12, 14 en 15. Bij deze vormen van compensatie wordt door de curatoren op verzoek van de klant naar zijn individuele omstandigheden gekeken om te beoordelen of er aan de in het akkoord gestelde voorwaarden is voldaan.

83 *Financieel verslag DSB Bank* 2012, p. 4, 20 en 27.

84 *Persbericht*, Amsterdam: DSB Bank N.V. in faillissement 17 juni 2013; *Aankondiging en oproeping ex art. 1013 lid 5 Rv*, 17 juni 2013.

85 *Akkoord op Hoofdlijnen* 2011, p. 20. Dit is in overeenstemming met art. 7:907 lid 6 BW.

86 De afwikkeling van het faillissement zelf gaat volgens de curatoren zeker nog een aantal jaren duren en gedurende het jaar 2013 dienen nog intensieve werkzaamheden te worden verricht, *Faillissementsverslag nr. 17 DSB Bank* 2013, p. 19.

87 Zie o.a. Rb. 's-Gravenhage 10 augustus 2011 *JOR* 2011, 338; Rb. Rotterdam 25 augustus 2011, *JOR* 2011, 300; Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2012, *JOR* 2012, 181.

overeenstemming te bereiken door middel van financiële genoegdoening.⁸⁸ Het ziet er naar uit dat slechts weinig van de zorgplichtproblematiek die speelde bij de DSB Bank in cassatie ter beoordeling aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd. Dit betekent dat er geen richtinggevende arresten op dit punt kunnen worden gewezen en dat de Hoge Raad zich niet zal kunnen uitlaten over al hetgeen wat er bij deze problembank bij uitstek speelde en het daglicht niet kon verdragen. Dit kan als een gemis voor de rechtsvorming worden beschouwd.

Als reeds in de beginfase van het faillissement de mogelijkheid bestond tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, had dit heel anders kunnen uitpakken.⁸⁹ Voorheen kon de Hoge Raad namelijk staand voor een algemeen verbindend verklaarde schikkingsovereenkomst, waaronder uitbetalingen van schadevergoeding reeds hadden plaatsgevonden, pas in de reguliere cassatieprocedure een antwoord geven op prangende rechtsvragen. Een voorbeeld uit het verleden zijn de arresten van de Hoge Raad betreffende de aandelenlease-affaire: het heeft na de verbindende verklaarde schikking vijf jaar geduurd voordat hij de belangrijkste rechtsvragen in deze kwestie heeft kunnen beantwoorden.⁹⁰ In de eerste twaalf maanden in faillissement waren waarschijnlijk nog niet alle feiten uitgekristalliseerd, er waren bijvoorbeeld nog geen onderzoeksresultaten verschenen,⁹¹ en is er mede om die reden pas een jaar na het faillissement, vanaf 16 septem-

88 In dit verband is vermeldenswaardig dat er in 2012 door enkele particulieren en de Vereniging DSB Deposito's (VDD) is geprocedeerd met betrekking tot achtergestelde deposito's; zie Rb. Amsterdam 11 juli 2012, *JOR* 2012, 305 m.nt. E.P.M. Joosen; Rb. Amsterdam 11 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX21531; Rb. Amsterdam 11 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX21537. De curatoren hebben na deze uitspraken een schikking getroffen, resulterend in het einde van het merendeel van deze gerechtelijke procedures; zie *Faillissementsverslag nr. 17 DSB Bank* 2013, p. 18.

89 Dit werd pas mogelijk met ingang van 1 juli 2012, toen de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in werking trad, *Stb.* 2012, 166. Overigens is naar aanleiding van het faillissement van DSB Bank een wijziging van de WCAM ophanden om een efficiëntere afwikkeling van massaschade in faillissement te weeg te brengen, *Stb.* 2013, 255. Deze wet treedt op 1 juli 2013 in werking, *Stb.* 2013, 256; zie ook Biemans 2012, p. 317-326.

90 HR 28 maart 2008, *NJ* 2009, 578 (*Dexia/Van Tuijl*); HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 183 (*Levob/Bolle*); HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 184 (*Stichting Gedupeerde Spaarconstructie/Aegon*); zie ook Frenk & Wolfram-van Doorn 2009, p. 154. Een ander recent voorbeeld is het arrest van de Hoge Raad in de woekerpolisaffaire betreffende verzekeraar Aegon, HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, gewezen acht jaar na aanvang van de rechtsstrijd.

91 Zie het onderzoeksrapport Scheltema e.a. 2010.

ber 2010, een onderhandelingstraject op gang gekomen. Vanaf dat moment hadden partijen middels een proefproces of een collectieve actie een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad kunnen voorleggen.

Vanwege de aan procederen verbonden bezwaren kwamen de curatoren en de belangenorganisaties in relatieve onzekerheid tot een schikking. Gezien de duur van het onderhandelingstraject bij het faillissement van DSB Bank, namelijk een jaar, had het afwachten van een prejudiciële beslissing van de Hoge Raad het verloop van het proces niet hoeven te belemmeren. Een beslissing van de Hoge Raad had juist sturing en houvast aan de onderhandelingen kunnen geven en zou voor een steviger fundament hebben kunnen zorgen voor een alsdan te sluiten akkoord. Het beantwoorden van fundamentele en controversiële rechtsvragen voortvloeiend uit de DSB Bank-kwestie in de prejudiciële procedure had de Hoge Raad de mogelijkheid geboden om in een vroeg stadium sturing te geven aan de invulling van de schikking. Met name hadden vragen betreffende de restschuldproblematiek en overkreditering bij voorrang door de Hoge Raad beantwoord kunnen worden.

12.4.3 *De nationalisatie van SNS Reaal*

Het feitenrelaas

Op 1 februari 2013 heeft de Minister van Financiën besloten om SNS Reaal N.V. te onteigenen op grond van de recent in werking getreden Interventiewet.⁹² Van de scenario's die hieromtrent door toezichthouder DNB waren aangedragen, behoorde het faillissement van SNS Reaal niet tot de mogelijkheden gezien de risico's die dit met zich meebracht voor de stabiliteit van de Nederlandse financiële sector en de andere banken die daar deel van uitmaken.⁹³ De financiële positie van deze bank was in de jaren daarvoor fors verslechterd, met name door verliezen op vastgoedgerelateerde activiteiten, de afwikkeling van het woekerpolissendossier en de matige vooruitzichten voor de levensverzekeringensector.⁹⁴ Er stonden in de SNS-kwestie grote belangen op het spel: de bank was, met 1 miljoen betaalrekeningen en 1,6 miljoen spaarrekeningen met een totaal saldo van € 36,4 miljard, van een andere orde van grootte dan DSB Bank.⁹⁵ Desalniettemin zijn met

92 *Stcrt.* 2013, 3018; *Stb.* 2012, 241. De Interventiewet is ingevoerd met ingang van 13 juni 2012, *Stb.* 2012, 241, p. 36.

93 Koster 2013, p. 190; Hendriks 2013, p. 44; Bierens 2013*, p. 112.

94 Koster 2013, p. 189.

95 ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, *Ondernemingsrecht* 2013, 38 m.nt. M. Scheltema, p. 206.

de keuze voor een onteigening en geen aanbod tot schadeloosstelling grote aantallen crediteuren hun geld kwijt en is de verwachting dat zij in rechte schadevergoeding zullen vorderen.⁹⁶

Op 25 februari 2013 oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat het besluit van de minister om over te gaan tot de onteigening van aandelen en achtergestelde leningen stand kon houden, maar zij accepteerde niet de keuze om ook de aansprakelijkheden van SNS Reaal jegens de houders van aandelen en achtergestelde leningen te onteigenen.⁹⁷ De gedeeltelijke vernietiging van het besluit tot onteigening van de aansprakelijkheden van SNS door de Afdeling had als gevolg dat de mogelijkheid blijft bestaan om bij de civiele rechter een vordering tot schadevergoeding in te stellen jegens SNS wegens onrechtmatig of onzorgvuldig handelen.⁹⁸ Door beleggers zou kunnen worden gesteld dat zij zijn misleid bij het kopen van de effecten of dat zij onzorgvuldig, onvolledig of niet tijdig zijn geïnfomeerd.⁹⁹ Daarnaast zouden zij een procedure kunnen beginnen tegen de bestuurders, commissarissen of de accountant van SNS.¹⁰⁰ Naast het aanvechten van het onteigeningsbesluit zelf kunnen de betrokkenen in een aparte procedure bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam een schadeloosstelling vorderen, waarvan de waarde door het hof wordt bepaald.¹⁰¹ Op 22 april 2013 heeft de mondelinge behandeling van

96 Er zijn op dit moment verschillende claimstichtingen opgericht die voornemens zijn te procederen tegen DNB of SNS Reaal, bv. Stichting Compensatie SNS Participatie Certificaten, Stichting Obligatiehouders SNS en Stichting Meldpunt Collectief Onrecht.

97 ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, *Ondernemingsrecht* 2013, 38 m.nt. M. Scheltema, p. 205.

98 Op het moment van schrijven is er nog geen gepubliceerde rechtspraak inzake de mogelijke aansprakelijkheid van SNS Reaal wegens eventuele tekortkomingen in het financiële beleid. Naast het in rechte aanspreken van SNS Reaal kan ook een vordering jegens DNB worden ingesteld voor de wijze waarop DNB toezicht heeft gehouden met betrekking tot de gang van zaken bij SNS. Op grond van een wetswijziging per 1 juli 2012, *Stb.* 2012, 265 en *Stb.* 2012, 289, is echter de aansprakelijkheid van DNB beperkt tot gevallen van opzet of grove schuld, art. 1:25d lid 1 Wft, waardoor dit een moeilijk begaanbare weg zal zijn; zie ook Sachtie 2012, p. 278.

99 Koster 2013, p. 195.

100 Bij deze vorderingen moet wel aannemelijk worden gemaakt dat jegens de aandeelhouders een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden, bijvoorbeeld dat er in strijd is gehandeld met statutaire bepalingen, dat de vennootschap hen heeft misleid of misleidende mededelingen heeft gedaan; zie De Jongh & Schild 2013, p. 742.

101 Art. 6:8 tot en met art. 6:13 Wft.

deze procedure plaatsgevonden, waarbij de minister zijn aanbod op nihil heeft gesteld.¹⁰²

De rol van de Hoge Raad bij de nationalisatie van SNS Reaal

Gezien het feit dat bij de nationalisatie van SNS Reaal voor het eerst gebruik is gemaakt van de mogelijkheid tot onteigening op basis van de Interventiewet is het goed voorstelbaar dat er nieuwe rechtsvragen in de loop van deze procedure opspelen, zoals de vraag of er voldoende zorgvuldig is gehandeld in de aanloop naar de onteigening en hoe de zorgplicht van SNS daarbij dient te worden ingevuld. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage zijn er nog geen onderzoeksrapporten gepubliceerd naar de gang van zaken bij SNS voorafgaand aan de nationalisatie, zodat waarschijnlijk nog niet alle problemen en aandachtspunten bij de dienstverlening van deze bank zijn blootgelegd. Wel kan gezegd worden dat er nog de nodige gerechtelijke procedures zijn te verwachten, waardoor in dit dossier met name in de toekomst een rol is weggelegd voor de Hoge Raad.¹⁰³

In ieder geval kan door een claimstichting op grond van artikel 3:305a BW een collectieve actie namens de aangesloten beleggers worden geïnitieerd tegen SNS Reaal. Als een in deze procedure aan de orde komende rechtsvraag relevant blijkt te zijn voor een eventueel later te sluiten schikkingsuitkomst, kan deze middels een prejudiciële vraag worden neergelegd bij de Hoge Raad. Bij de nationalisatie van SNS zou hij aan de ene kant aan de Staat een vrijbrief kunnen geven om in dergelijke gevallen tot nationalisatie over te gaan door aansprakelijkheid af te wijzen, aan de andere kant kan hij de bank tot schadevergoeding veroordelen vanwege zorgplichtschendingen, mede omdat deze het heeft laten aankomen op onteigening van haar aandeelhouders. Op deze wijze kan op een termijn van tussen de zes en twaalf maanden een antwoord op deze rechtsvraag worden verkregen, anders dan wanneer dat via de reguliere weg in cassatie een arrest van de Hoge Raad moet worden afgewacht. Dit betekent dat er met het volgen van de prejudiciële procedure geen sprake zal zijn van vertraging bij de afhandeling van de massaschade en dat een prejudiciële beslissing van de Hoge Raad zonder meer kan worden meegenomen bij het uiteindelijke schikkingsresultaat en een daaropvolgend WCAM-verzoek aan het Hof Amsterdam.

102 *Oproepingsbrief*, Amsterdam: Ondernemingskamer 7 maart 2013.

103 Zie ook Bierens 2013*, p. 116, die meent dat hierbij diverse grondslagen voorstelbaar zijn voor collectieve acties.

12.4.4 Vragen aan de Hoge Raad uit deze twee dossiers

Naar aanleiding van deze twee dossiers rijst de vraag over welke rechtsvragen de Hoge Raad zich zou moeten uitlaten. Anticiperend hierop heb ik een aantal vragen geformuleerd die mijns inziens bij voorkeur de aandacht van de Hoge Raad verdienen. Een voorbeeld van een goede afhandeling in het verleden zijn de drie effectenlease-arresten, waarbij de Hoge Raad gezichtspunten heeft geformuleerd hoe de zorgplicht met betrekking tot dit financiële product dient te worden ingevuld.¹⁰⁴ Met het geven van algemene aanwijzingen heeft de Hoge Raad destijds handreikingen geboden aan de lagere rechter voor een doelmatige afwikkeling van vele soortgelijke claims.¹⁰⁵ Ook in de twee dossiers die in deze bijdrage centraal staan zou de Hoge Raad een dergelijke benaderingswijze kunnen hanteren.¹⁰⁶

Wat DSB Bank betreft zijn overkreditering en restschulden onderwerpen waarbij het gewenst is dat de Hoge Raad uitspraak doet over de invulling van de zorgplicht.¹⁰⁷ Dit zou hij kunnen bewerkstelligen door aan te geven welke gezichtspunten hierbij in acht moeten worden genomen en welke omstandigheden van belang zijn bij de beoordeling of er in dit verband sprake is van een zorgplichtschending. Ook bij de onteigening van SNS Reaal die op basis van nieuwe wetgeving heeft plaatsgevonden speelt de vraag of er zorgplichtschendingen door SNS Reaal zijn begaan en welke omstandigheden daarbij de doorslag geven.¹⁰⁸ De Hoge Raad zou hierbij subregels, afgeleid uit de zorgplicht, kunnen formuleren in welke gevallen

104 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (*Levob/Bolle*); HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*). Daarnaast heeft hij in het World Online-arrest een voorspoedige afwikkeling van massaschade mogelijk gemaakt door de aanwezigheid van een causaal verband tussen een misleidende prospectus en een daarop gebaseerde beleggingsbeslissing als algemeen uitgangspunt te nemen, HR 27 november 2009, JOR 2010, 43 (*VEB/World Online, ABN Amro, Goldman Sachs*), r.o. 4.11.2.

105 Van Boom & Loos 2010, p. 158; Arons 2011, p. 384.

106 Wat betreft overige rechtsvragen die geen beantwoording behoeven of vragen die al van een antwoord zijn voorzien, kan de Hoge Raad afzien van beantwoording in de prejudiciële procedure en in de reguliere cassatieprocedure met toepassing van art. 80a of art. 81 Wet RO een dergelijke vraag terzijde schuiven. Daarnaast heeft hij enige speling door een gestelde vraag te herformuleren.

107 Wat betreft koopsompolissen en beleggingsverzekeringen geldt dit in mindere mate aangezien nog enigszins de vergelijking kan worden gemaakt met de zorgplicht betreffende effectenlease-producten.

108 Gezien het feit dat er nog geen onderzoeksrapporten zijn gepubliceerd met betrekking tot de nationalisatie van SNS Reaal is er nog weinig inzicht in mogelijke zorgplichtschendingen van deze bank; zie eerder par. 4.3.

aansprakelijkheid kan worden aangenomen bij een bank die het op onteigening heeft laten aankomen. Gezien de reikwijdte van de prejudiciële procedure en de zorgplichtproblematiek die hier centraal staat, zal de Hoge Raad voornamelijk door het geven van gemengde beslissingen dienen te voorzien in de beantwoording van gestelde vragen.¹⁰⁹ Prejudiciële vragen die aan de Hoge Raad kunnen worden gesteld, zouden als volgt kunnen luiden:

- Welke maatstaven dient een bank in aanmerking te nemen om aan zijn zorgplicht te voldoen ter zake van overkreditering en welke gezichtspunten dienen hierbij als uitgangspunt te worden genomen?
- Wat is in abstracto de reikwijdte van de bancaire zorgplicht met betrekking tot restschulden, en welke uitgangspunten dienen leidend te zijn bij de beoordeling van de onaanvaardbaarheid van een restschuld en het al dan niet overgaan tot gedeeltelijke kwijtschelding door een bank?
- In hoeverre rust er een zorgplicht op een bank voorafgaand aan een besluit tot onteigening op grond van de Interventiewet en welke gezichtspunten zijn van belang bij de beoordeling van deze zorgplicht?

Met het beantwoorden van bovenstaande vragen kan de Hoge Raad in deze zaken van massaschade in een vroeg stadium duidelijkheid verschaffen aan partijen en sturing te geven aan daarmee samenhangende maatschappelijke ontwikkelingen. Toch moet gezegd worden dat dit een uitdaging vormt en de Hoge Raad zich hiermee in een politiek krachtenveld begeeft. Met name in deze massaschadezaken zijn de maatschappelijke belangen groot en zal ook de wetgever ongewenste neveneffecten van een beslissing nauwlettend in de gaten houden.¹¹⁰ De Hoge Raad heeft zich echter al eerder bereid getoond om in de beantwoording te voorzien van dergelijke vragen, ondanks hun deels feitelijke en casuïstische karakter, en hij kan in de toekomst zijn rechtspolitieke rol voortzetten. Wat het faillissement van DSB Bank betreft zou deze handelswijze bevorderlijk zijn geweest voor het overeenkomen van het Akkoord op Hoofdlijnen. In geval van de nationalisatie van SNS Reaal kan op kortere termijn overeenstemming worden bereikt

109 Immers, alleen in de gevallen van art. 392 lid 1 Rv kan een prejudiciële vraag worden gesteld aan de Hoge Raad; zie eerder par. 3.1. Dit type vragen in combinatie met de bancaire zorgplicht, maakt het geven van een gemengde beslissing veelal de aangewezen weg; zie voor het onderscheid in verschillende soorten uitspraken ook par. 3.1.

110 Als voorbeeld kan de uitspraak van de ABRvS betreffende de onteigening van SNS Reaal worden genoemd; zie par. 4.3, waardoor de mogelijkheid openblijft om een veelheid aan gerechtelijke procedures te initiëren en de wetgever mogelijkterwijls op een gegeven moment genoodzaakt is op te treden met nadere regulering.

tussen de bank en gedupeerden over een mogelijke compensatie. In de literatuur wordt wel gezegd dat de bancaire zorgplicht een leerstuk zonder zwaartepunt is;¹¹¹ het ligt naar mijn mening op de weg van de Hoge Raad een gezaghebbende en eenduidige werking van dit leerstuk uit te laten gaan.

12.5 Conclusie

De Hoge Raad heeft als hoogste rechter een rechtspolitieke rol, waarbij in het verleden onder meer antwoord werd verwacht op rechtsvragen op het gebied van asbestaansprakelijkheid en euthanasie, en waarbij thans in veel gevallen de bancaire zorgplicht centraal staat. In mijn bijdrage hanteerde ik het uitgangspunt dat de Hoge Raad met zijn rechtspolitieke sturingsmogelijkheden in de beantwoording dient te voorzien van fundamentele en controversiële rechtsvragen van politieke aard. Gezien de nieuwe wetgeving die onlangs in werking is getreden, rees de vraag hoe de Hoge Raad er op dit moment voorstaat qua mogelijkheden tot rechtspolitieke sturing. Naar aanleiding van een uiteenzetting van de instrumenten die tot de beschikking staan van de Hoge Raad, kwam naar voren dat de prejudiciële procedure bij uitstek geschikt is voor de vervulling van zijn rechtspolitieke taak. Bij de toepassing van zijn sturingsmogelijkheden in de dossiers van DSB Bank en SNS Reaal bleek dat met de prejudiciële procedure reeds in het onderhandelingsproces om tot een schikking te komen invloed kan worden uitgeoefend door de Hoge Raad en in een vroeg stadium duidelijkheid kan worden verschaft met de beantwoording van spelende rechtsvragen. Hiermee kan worden bevestigd dat de Hoge Raad thans directere mogelijkheden heeft tot rechtspolitieke sturing van maatschappelijke ontwikkelingen. Vragen die mijns inziens met voorrang door de Hoge Raad zouden moeten worden beantwoord zien op de bancaire zorgplicht bij restschuldbroblematiek, overkreditering, en de zorgplicht van een bank met betrekking tot een onteigeningsbesluit.

Literatuurlijst

Van Abeelen 2012

D.M.J. van Abeelen, 'Het sluitstuk van de afwikkeling van massaschade: waar blijven de Himalayabeklimmers?', *TvOB* 2012, p. 95-104.

Akkoord op Hoofdlijnen 2011

Akkoord op Hoofdlijnen, 19 september 2011.

111 Bijv. Bierens 2013, p. 25.

Arons 2011

T.M.C. Arons, 'De failliete boedel als collectieve afwikkeling bij uitstek? Een update over ontwikkelingen in verhaal en afwikkeling van schade op collectief niveau', *FR* 2011, p. 384-387.

Arons 2012

T.M.C. Arons, *Cross-border Enforcement of Listed Companies' Duties to Inform*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser 2011

W.D.H. Asser, 'Van selectie achter de poort naar selectie aan de poort', in: Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 71-92.

Asser/Groen & Korthals Altes 2005 (7)

E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Vranken 2005 (Algemeen deel *)**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel ****, Deventer: Kluwer 2005.

Ball & Peters 2005

A.R. Ball & B.G. Peters, *Modern Politics and Government*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2005.

Biemans 2012

J.W.A. Biemans, 'Collectieve afwikkeling van massaschade in faillissement', *MvV* 2012, p. 317-326.

Bierens 2013

B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013, p. 15-27.

Bierens 2013*

B. Bierens, 'Over het besluit tot nationalisatie van SNS Reaal en de rechterlijke toetsing daarvan: terugkijken en vooruitblikken', *FR* 2013, p. 109-117.

Van Boom & Loos 2010

W.H. van Boom & M.B.M. Loos, *Handhaving van het consumentenrecht. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009*, Deventer: Kluwer 2010.

Botter 2009

R.J. Botter, 'DSB Bank', *Ondernemingsrecht* 2009, p. 621-624.

Broberg & Fenger 2010

M. Broberg & N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, New York: Oxford University Press 2010.

Corstens & Kuiper 2012

G.J.M. Corstens & R. Kuiper, 'De Hoge Raad als knooppunt van rechterlijke samenwerking', *Trema* 2012, p. 234-237.

Deschouwer & Hooghe 2011

K. Deschouwer & M. Hooghe, *Politiek. Een inleiding in de politieke wetenschappen*, Den Haag: Boom Lemma 2011.

Faillissementsverslag nr. 1 DSB Bank 2009

Faillissementsverslag nummer 1 van de curatoren van DSB Bank N.V., Curatoren DSB 17 november 2009.

Faillissementsverslag nr. 17 DSB Bank 2013

Faillissementsverslag nummer 17 van de curatoren van DSB Bank N.V., Curatoren DSB 26 april 2013.

Ferejohn 2002

J. Ferejohn, 'Judicializing Politics, Politicizing Law', *Law and Contemporary Problems* 2002, p. 41-68.

Financieel verslag DSB Bank 2012

Financieel verslag 2012, DSB Bank N.V. in faillissement 2012.

Frenk 2011

N. Frenk, 'De prejudiciële procedure: ruimere mogelijkheden voor de rechtsontwikkeling bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen', in: Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 115-128.

Frenk & Wolffram-van Doorn 2009

N. Frenk & A.M. Wolffram-van Doorn, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *RMThemis* 2009, p. 154-163.

Giesen 2011

I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie en taak van de Hoge Raad', in: Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 51-70.

Giesen, Hol & Kristen 2011

I. Giesen, A.M. Hol & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Bju 2011.

Giesen, Hol & Kristen 2011

I. Giesen, A.M. Hol & F.G.H. Kristen, 'De Hoge Raad in 2025: hoe ver zijn we onderweg?', in: Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 291-304.

Giesen & Van Kampen 2013

I. Giesen & S.S. van Kampen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, valkuilen voor de Hoge Raad', *TCR* 2013, p. 1-16.

De Groot & Stolp 2012

J.F. de Groot & M.M. Stolp, 'Een nieuwe procesvorm: het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392-394 nieuw Rv)', *MvV* 2012, p. 165-170.

Hartlief 2011

T. Hartlief, 'Een hiaat in het zaakaanbod: geld zetten op cassatie in het belang der wet in civiele zaken?', in: Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 191-206.

Hendriks 2013

H. Hendriks, 'De eerste interventie van Nederland', *V&O* 2013, p. 42-46.

Heywood 2007

A. Heywood, *Politics*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2007.

Hirschl 2008

R. Hirschl, 'The judicialization of politics', in: G.A. Caldeira, R.D. Kelemen & K.E. Whittington (red.), *The Oxford handbook of law and politics*, New York: Oxford University Press 2008, p. 119-141.

Huls 2004

N.J.H. Huls, 'Grenzen van rechterlijke domeinuitbreiding', in: N.J.H. Huls & M.A. Loth (red.), *Het domein van de rechter*, Deventer: Kluwer 2004, p. 81-92.

Huls 2012

N.J.H. Huls, 'The Ebb and Flow of Judicial Leadership in the Netherlands', *Utrecht Law Review* 2012, p. 129-138.

Huls & Loth 2004

N.J.H. Huls & M.A. Loth, 'Het domein van de rechter; een onderzoeksagenda', in: N.J.H. Huls & M.A. Loth (red.), *Het domein van de rechter*, Deventer: Kluwer 2004, p. 109-132.

Huls & Vermeer 2007

N.J.H. Huls & D. Vermeer, 'Vertrouwen in en zelfvertrouwen bij de rechterlijke macht', in: M. van Berckel & Y. Roijers (red.), *Rechtspraak 2015*, Den Haag: Sdu 2007, p. 181-192.

Jaarplan Rechtspraak 2013

Jaarplan Rechtspraak 2013, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2013.

De Jongh & Schild 2013

M. de Jongh & A. Schild, 'Supersnelrecht bij de Afdeling. De nationalisatie van SNS', *NJB* 2013, p. 736-743.

Keirse 2011

A.L.M. Keirse, 'De Hoge Raad als poortwachter of hekkensluiser?', in: Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 93-99.

Knüppe & Schimmelpenninck 2012

B.F.M. Knüppe & R.J. Schimmelpenninck, *Onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van DSB Bank N.V.*, Amsterdam: Curatoren DSB Bank 2012.

Koster 2013

H. Koster, 'De praktische gang van zaken rondom SNS', *Ondernemingsrecht* 2013, p. 189-196.

Langemeijer 1994

G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Loth e.a. 2007

M. Loth e.a., 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?', *TREMA* 2007, p. 317-325.

Loth & Mak 2007

M.A. Loth & E. Mak, 'Het rechterlijk domein in beeld. Cijfers, trends en perspectieven', in: M. van Berckel & Y. Roijers (red.), *Rechtspraak 2015*, Den Haag: Sdu 2007, p. 47-86.

Meijer & Tjittes 2009

R. Meijer & R.P.J.L. Tjittes, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RMThemis* 2009, p. 164-175.

Nyikos 2000

S.A. Nyikos, *The European Court of Justice and National Courts: Strategic Interaction within the EU Judicial Process*, The University of Tulsa 2000.

Ozmis & Tzankova 2012

D. Ozmis & I.N. Tzankova, 'De evaluatie van de WCAM: de kernthema's uitgelicht', *TCR* 2012, p. 33-42.

Ponsioen 2009

C.E.C.J. Ponsioen, 'Toepassing artikel 81 RO door de civiele kamer van de Hoge Raad; een kwantitatief onderzoek tegen de achtergrond van het rapport Hammerstein', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 131-159.

Sahtie 2012

S. Sahtie, 'Wettelijke aansprakelijkheidsbeperking voor DNB en AFM. Hoe hoog komt de nieuwe lat te liggen?', *MvV* 2012, p. 271-278.

Scheltema e.a. 2010

M. Scheltema e.a., *Rapport van de commissie van onderzoek DSB Bank*, Den Haag: 2010.

Van Schendel 2011

W.A.M. van Schendel, 'De Hoge Raad in 2010', in: Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 19-31.

Schonewille 2011

W.M. Schonewille, 'Collectieve acties en zorgplicht', *TvCo* 2011, p. 9-14.

Schoordijk 2006

H.C.F. Schoordijk, 'Mr. G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding', in: H.C.F. Schoordijk, *Emeritaal werk van Prof.mr. H.C.F. Schoordijk*, Nijmegen: WLP 2006, p. 495-506.

Schoordijk 2006

H.C.F. Schoordijk, 'De methode van rechtsvinding en haar geschiedenis', in: H.C.F. Schoordijk, *Emeritaal werk van Prof.mr. H.C.F. Schoordijk*, Nijmegen: WLP 2006, p. 703-723.

Snijders, Klaassen & Meijer 2011

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Theissen 2010

R.J. Theissen, 'Toezicht onderzocht - Het rapport commissie Scheltema', *Ondernemingsrecht* 2010, p. 472-483.

Tzankova 2009

I.N. Tzankova, 'Op glad ijs? Beschouwingen over de kredietcrisis, massaschade en beleidsvorming', *FR* 2009, p. 105-110.

Versterking van de cassatierechtspraak 2008

Versterking van de cassatierechtspraak, Den Haag: Commissie normstellende rol Hoge Raad 2008.

Vranken 2009

J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, p. 1082-1093.

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van der Wiel 2011

B.T.M. van der Wiel, 'Cassatie in het belang der wet. Vluchtstrook van de rechtsontwikkeling', in: Giesen, Hol & Kristen 2011, p. 207-214.

XIII Rechterlijke oordeelsvorming rond culturele conflicten

R.S. Boonstra*

De Nederlandse multiculturele samenleving is een actueel onderwerp. Zo is er een debat gaande over het al dan niet bestaan van deze multiculturele samenleving. Samen leven betekent immers nog niet samenleving. De rechter is één van de actoren in het maatschappelijk debat over multiculturaliteit, omdat hij bij geschillen rondom culturele diversiteit een standpunt zal moeten innemen. Het privaatrecht geeft de rechter door middel van de open normen in het Burgerlijk Wetboek de mogelijkheid rekening te houden met culturele verschillen en verplicht de rechter onderzoek te doen naar de relevantie ervan voor het betreffende geschil. Door rechters en raadsheren uit de Randstad een aantal casus voor te leggen waarin culturele verschillen van belang zijn en waarin de wet de rechter verplicht hiermee rekening te houden, is onderzoek gedaan naar de rechterlijke attitude rond culturele conflicten. Uit het onderzoek blijkt dat de ruimte in de Nederlandse wet om rekening te houden met culturele verschillen niet altijd wordt gebruikt.

13.1 Inleiding

De Nederlandse samenleving wordt gekwalificeerd als een multiculturele samenleving, waarin meerdere culturen naast en met elkaar leven. Het naast en met elkaar leven van verschillende culturen met van elkaar afwijkende normen en waarden kan culturele conflicten met zich meebrengen, waarin de normen en waarden of bepaalde gewoonten van een minderheidscultuur in conflict komen met die van de in de Nederlandse samenleving heersende cultuur. Regelmatig dient de rechter te oordelen over dergelijke geschillen, zoals in een geschil tussen ouders van verschillende afkomst over de opvoeding van hun kind. De besnijdenis van jongens is vanzelfsprekend bij de belijdenis van het islamitische geloof en het Jodendom, maar wordt door inwoners van Nederlandse afkomst als nodeloos en eventueel zelfs als verminking aangemerkt. Indien de vader van Marokkaanse afkomst de wens heeft zijn zoon op zijn tweede levensjaar te laten besnijden en de moeder

* De auteur dankt de rechters en raadsheren die bereid waren om geïnterviewd te worden, en verschillende personen met wie binnen en buiten de Erasmus School of Law van gedachten gewisseld kon worden over het onderzoek.

van Nederlandse afkomst hier niets van wil weten, kan dit culturele conflict aan de rechter worden voorgelegd. De rechter dient dan een zodanige beslissing te nemen als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt. Ook in het vermogensrecht kan het voorkomen dat de rechter omtrent een cultureel conflict een oordeel moet geven. Zo diende de rechtbank Zwolle in 1996 te oordelen over een beroep van een Turkse werknemster op haar islamitische overtuiging teneinde een hogere immateriële schadevergoeding te krijgen, nadat zij door een bedrijfsongeval twee vingers van haar rechte rechterhand was verloren.¹

Het domein van dit onderzoek is de multiculturele samenleving en het recht. Over de vraag wanneer er eigenlijk sprake is van een multiculturele samenleving en wat de rol van het recht in een dergelijke samenleving behoort te zijn, wordt veel gediscussieerd. Ik wil vooral weten hoe rechters met multiculturele conflicten in het burgerlijk recht omgaan, aangezien het Nederlandse privaatrecht ruimte laat rekening te houden met culturele diversiteit.

Indien bovengenoemde en daarmee vergelijkbare geschillen met betrekking tot een cultureel conflict aan de civiele rechter worden voorgelegd, dient hij een belangenafweging te maken tussen het belang van het erkennen van essentiële verschillen tussen de verschillende bevolkingsgroepen en het belang van de in Nederland heersende fundamentele waarden en beginselen. Vooral waar de Nederlandse wet gebruik maakt van open normen, zullen rechters zich dienen af te vragen welke invulling daaraan kan worden gegeven en of het recht accepteert dat hierbij rekening kan worden gehouden met culturele achtergronden.² Dit volgt uit een eenvoudig logisch denkmodel. De rechter dient bij de invulling van een open norm alle relevante omstandigheden van het geval af te wegen voor het geven van een oordeel.³ Gegeven dat *alle* relevante omstandigheden van het geval moeten worden meegenomen in de overwegingen, zullen daarom ook de culturele achtergronden van partijen dienen te worden onderzocht en worden meegenomen in de overwegingen van de rechter. Van belang is de vraag hoe de rechter de culturele achtergronden van partijen dient te wegen, aangezien de wet hiervoor geen aanknopingspunten biedt. In deze bijdrage onderzoek ik de rechterlijke oordeelsvorming ten aanzien van geschillen waarin een conflict bestaat tussen een in de Nederlandse samenleving heersende fundamentele waarde of gehanteerde traditie en het recht op beleving van

1 Rb. Zwolle 28 augustus 1996, *NJ* 1997, 537.

2 Van Rossum 2011, p. 204.

3 Van den Berg 2000, p. 649.

een minderheidscultuur.⁴ De onderzoeksvraag die ik in deze bijdrage zal beantwoorden luidt: wat is in een privaatrechtelijke context de rechterlijke attitude tegenover bepaalde praktijken en gewoonten van zogenaamde minderheidsculturen?

De opzet van deze bijdrage is als volgt. In de volgende paragraaf schets ik het theoretische raamwerk voor wat betreft de multiculturele samenleving en de betekenis van de rechtspraak daarbinnen. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 3 de gehanteerde onderzoeksmethode en de opzet van de interviews. In paragraaf 4 rapporteer ik mijn bevindingen door de verschillende casus, de culturele conflicten die daarin aan de orde komen en de antwoorden van de respondenten te behandelen. In paragraaf 5 evalueer ik de gesprekken en wat ik daaruit denk te kunnen afleiden over de rechterlijke oordeelsvorming rond culturele conflicten in verhouding tot de gevonden literatuur. In paragraaf 6 sluit ik af met een conclusie.

13.2 Theoretisch raamwerk

13.2.1 *Ideologische keuze*

Deze bijdrage is gericht op de rechterlijke oordeelsvorming rond culturele conflicten in het privaatrecht. De open juridische begrippen in het Burgerlijk Wetboek zijn daarom in dit kader van belang.⁵ Het Burgerlijk Wetboek kent meerdere open normen die naar aanleiding van een geschil door de rechter dienen te worden ingevuld aan de hand van de in Nederland heersende opvattingen (artikel 3:12 BW). Door in zijn oordeel ten aanzien van een cultureel conflict bepaalde afwegingen te maken, openbaart de rechter een ideologische keuze over hoe de Nederlandse samenleving zou moeten zijn ingericht en bedrijft hij dus in bepaalde mate politiek.⁶

Open begrippen – zoals de openbare orde, de goede zeden, de redelijkheid en billijkheid en het belang van het kind – hebben mede betrekking op de moraal, die ruimte biedt om rekening te houden met een bestaande culturele pluriformiteit.⁷ De inhoud van de open begrippen wordt beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval en is afhankelijk van de zich

4 Van Rossum, Loenen & Tigchelaar 2010, p. 8.

5 Van Rossum 2011, p. 204.

6 Scholten 1949, p. 289-292; Van den Berg 2000, p. 624, 639-640 en 649-653; Hartendorp 2008, p. 43; Deschouwer & Hooghe 2005, p. 63 en 65.

7 Rutten 2003, p. 525, Rutten 2002, p. 108 en 110; Van Rossum 2007a, p. 8 en 130; Van Rossum 2012, p. 383. Indien geprobeerd wordt de normen en waarden van de heersende gemeenschap naar verschillende culturele achtergronden

wijzigende maatschappelijke verhoudingen.⁸ In verband met bijvoorbeeld de artikelen 3:12, 1:253a, 3:40 en 6:228 BW is het interessant en relevant vast te stellen of bij de omstandigheden van het geval en de in Nederland heersende levensovertuigingen gedifferentieerd wordt naar culturele achtergrond.⁹ Bepaalde aan een cultuur gebonden tradities of gewoonten kunnen botsen met in Nederland heersende fundamentele waarden en beginselen.¹⁰ Deze botsing kan plaatsvinden op het moment dat een cultuur – waarbij de ongelijkheid van mannen en vrouwen tot de waarden van deze cultuur behoort – in een samenleving wordt ‘geplant’ waar deze ongelijkheid niet wordt geaccepteerd.¹¹ Wordt er in het Nederlandse recht met de afwijkende verwachtingen, normen en waarden van culturele minderheden rekening gehouden?¹² Of wordt er uitgegaan van een meerderheidsopvatting, waarvan andere normen van culturele minderheden in beginsel ondergeschikt zijn, en die enkel als uitzonderingen geaccepteerd worden als de meerderheidsnorm dit toelaat?¹³

Bij de oordeelsvorming rond culturele conflicten kan de civiele rechter grofweg twee kanten opgaan: aangezien partij een inwoner is van Nederland dient de burger zich aan te passen aan de in de Nederlandse samenleving heersende normen en waarden of, omdat culturele minderheden recht hebben op beleving van hun minderheidscultuur, dient het betreffende gebruik te worden geëerbiedigd.¹⁴ Het maken van de keuze tussen het laten aanpassen of eerbiedigen van een minderheidscultuur kan worden gezien als een ideologische keuze, aangezien de rechter daarmee zijn opvatting over de inrichting van de Nederlandse samenleving openbaart.

Overwegingen van rechters ten aanzien van culturele conflicten kunnen expliciet worden uitgesproken in het vonnis, maar vaker zal voorkomen dat

in te kleuren, spreekt men van een zwakke vorm van rechtspluralisme. Van Manen & Hoekema 2001, p. 235; Rutten 2001, p. 288; De Blois 2012, p. 97.

8 Holmes 1897, p. 464; Scholten 1949, p. 289-290.

9 Rutten 2003, p. 525; Nieuwenhuis 2001, p. 338; Van den Brink 2002, p. 210; Rutten 2002, p. 103-116.

10 Kinninging 2001, p. 80-84.

11 Raz 1993, p. 143-144; Van Rossum, Loenen & Tigchelaar 2010, p. 10.

12 Van Manen 2002, p. 1186-1195.

13 Rutten 2001, p. 285.

14 In het Nederland ten tijde van de Verzuiling werd de problematiek van botsende morele stelsels benaderd door een combinatie van twee principes toe te passen: enerzijds aanpassing en anderzijds separatie. Kinninging 2001, p. 80-81; Van Manen & Hoekema 2001, p. 219-220.

cultuur impliciet een rol speelt bij het rechterlijk oordeel door middel van interpretaties en aannames.¹⁵

13.2.2 *Debat multiculturele samenleving*

De open normen in het Burgerlijk Wetboek verplichten de rechter onder bepaalde omstandigheden rekening te houden met essentiële culturele verschillen. Aangezien de wet geen aanknopng biedt voor hoe deze essentiële culturele verschillen dienen te worden gewogen, komt zelfstandige betekenis toe aan de rechterlijke oordeelsvorming op dit punt. Het debat over het al dan niet bestaan van de multiculturele samenleving en de rol van het recht daarin, kan de rechter helpen bij deze afweging. In deze subparagraaf laat ik – na een korte inleiding over het debat over Nederland als multiculturele samenleving – zien welke aanknopingspunten in de literatuur te vinden zijn voor rechterlijke oordeelsvorming in dit ideologische dilemma.¹⁶

De socioloog Scheffer uit in 2000 in het NRC en vervolgens in zijn boek *Het land van aankomst* zijn angst voor de voltrekking van, wat hij noemt, het multiculturele drama.¹⁷ In het artikel brengt Scheffer naar voren niet te begrijpen waarom er niet wordt ingegrepen, terwijl het duidelijk is dat hele generaties allochtonen achter blijven en dat zich een etnische onderklasse vormt die is geïsoleerd van de rest van de samenleving.¹⁸ Scheffer stelt dat Nederland als multiculturele samenleving een verschijnsel is van horen zeggen, iets van een vluchtige blik in het straatbeeld.¹⁹ Ook de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid (2007) vraagt aandacht voor de kloof tussen autochtone en allochtone burgers van de Nederlandse samenleving.²⁰ De oorzaak hiervan is dat er in de Nederlandse samenleving geen sprake is van een saamhorigheidsgevoel, geen sprake is van een multiculturele samenleving, maar van ‘een eilandenrijk zonder veel bruggen’, aldus Scheffer.²¹

15 Van Rossum 2011, p. 204.

16 Zie Van den Berg 2000, p. 626 voor de wederkerige beïnvloeding tussen rechtswetenschap en rechtspraak.

17 Scheffer 2000; Scheffer 2007.

18 Scheffer 2000; Scheffer 2007, p. 44; Raz 1993, p. 129-130.

19 Scheffer 2000.

20 Van de Donk c.s. 2007, p. 148-154; Scheffer 2007, p. 43.

21 Van de Donk c.s. 2007, p. 148-154; Scheffer 2007, p. 43. Zie ook Cliteur 2001, p. 17.

Scheffer vraagt ook aandacht voor de noodzaak om grenzen te stellen.²² In Nederland is er sprake van neutraliteit en worden de verschillende culturen als van gelijke waarde erkend.²³ Er moeten in een samenleving waarin verschillende culturen gelijkwaardig zijn echter wel grenzen worden gesteld aan deze neutraliteit en het relativisme.²⁴ Aan de tolerantie dienen grenzen te worden gesteld waar het absolute waarden betreft die gelden voor elke Nederlandse burger: in de Nederlandse samenleving dient volgens Scheffer geen tolerantie te bestaan voor tradities en gewoonten van culturen die de scheiding van kerk en staat of de gelijke rechten van man en vrouw willen opheffen.²⁵

Volgens 't Hart moet niet worden gedacht in 'officiële culturen', maar in een denkpatroon waarin maatschappelijke diversiteit – etnisch, cultureel, religieus – uitgangspunt is en waarbij de grondslagen van de democratische rechtsstaat, die de diversiteit mogelijk maken, ook de grenzen van die diversiteit markeren.²⁶ In een democratie is een sfeer van individuele vrijheid gegarandeerd, waarbij ook de culturele vrijheid een belangrijke voorwaarde is voor de verwerkelijking van de democratische gedachte.²⁷ 't Hart is van mening dat de Nederlandse samenleving is te typeren als een multiculturele samenleving, maar dat men alert moet blijven en de diversiteit door middel van het recht moet blijven garanderen.²⁸ Het draait hierbij om de verhouding tussen recht, waarden en diversiteit.²⁹ Het verdient echter opmerking, dat een doorgeschoten tolerantie ook kan afdoen aan de verdraagzame multiculturele samenleving. Op het moment dat elke gemeenschap zijn eigen normen en waarden hanteert – overeenkomstig het cultuurrelativisme – kan dit omslaan in onverschilligheid: 'ik keur alle levenswijzen goed, zolang ik er geen last van heb'.³⁰

In de relationele rechtstheorie van Foqué en 't Hart is van cruciaal belang voor de multiculturele samenleving dat men wordt beschermd tegen een

22 Scheffer 2000.

23 Van der Burg 2007, p. 194. In een liberale democratie staat de individuele vrijheid van de burger voorop.

24 Cliteur 2001, p. 46-51.

25 Scheffer 2000.

26 't Hart 2000, p. 143; 't Hart 1997, p. 243-244. Zie ook Raz 1993, p. 131.

27 Wiersinga 2002, p. 53-54; 't Hart 1997, p. 246-248; Cliteur 2001, p. 23.

28 't Hart 2000, p. 142-144; 't Hart 1997, p. 244. Zie ook Wiersinga 2002, p. 11; Ten Hooven 2001, p. 202; Van der Burg 2004, p. 99.

29 Foqué & 't Hart 1990, p. 31-35.

30 Ten Hooven 2001, p. 188-189 en 202; Alidadi & Foblets 2012, p. 395-396; Scheffer 2007, p. 166.

dominant denken dat als werkelijkheid wordt opgelegd.³¹ Het individu moet de vrijheid worden gegarandeerd zich te kunnen ontplooiën, een eigen gedachtegoed te kunnen hebben of ontwikkelen.³² Minderheden moeten in de samenleving en daarom ook in het recht volwaardig kunnen participeren.³³ Om culturele diversiteit te garanderen en om individuen de kans te geven zich te ontwikkelen, mag de inhoud van juridische begrippen niet slechts corresponderen met één werkelijkheid, maar moet deze inhoud – overeenkomstig de rechtstheorieën van de Amerikaanse Holmes en Nederlandse Scholten³⁴ – open staan voor afwijkende perspectieven, wil er geen sprake zijn van een homogene samenleving en daarmee sprake zijn van een antidemocratische samenleving.³⁵

13.3 Methode

13.3.1 *Gekozen methode en beperkingen*

De methode van onderzoek is gekozen om een beeld te krijgen van de rechterlijke attitude bij de oordeelsvorming rond culturele conflicten. Het onderzoek is verricht door het houden van een aantal semi-gestructureerde interviews. Aan negen civiele rechters (familie- en handelssector) – werkzaam bij rechtbank of hof in de Randstad – werden zes verschillende casus voorgelegd, waarin een cultureel conflict aan de orde is. Elke casus bevat een geschil waarin de wet ruimte laat, of de rechter zelfs verplicht, rekening te houden met culturele verschillen.

Ik heb de respondenten geïnstrueerd, zowel vooraf als tijdens het bespreken van de casus, om te oordelen over het culturele conflict en om hardop te reflecteren op de overwegingen die relevant zijn of kunnen zijn. Daar werd de respondenten steeds gevraagd om te kiezen tussen twee opties: het eerbiedigen van het betreffende gebruik of het aanpassen aan ‘de’ Nederlandse normen en waarden.

31 Zie ook Van den Brink 2002, p. 127-129 en 210; Rutten 2001, p. 285; Raz 1993, p. 139; Van Rossum 2007a, p. 18.

32 Alidadi & Foblets 2012, p. 389.

33 Foqué & 't Hart, p. 103. Foqué & 't Hart verwijzen ten aanzien van de volwaardige participatie van de individu naar de rechtstheorieën van Montesquieu en Beccaria.

34 Volgens de rechtstheorieën van W. Holmes en P. Scholten is het recht een open systeem dat een geïntegreerd onderdeel is van een maatschappelijke context; zie Asser/Scholten 1974 (Algemeen Deel *), p. 74; Holmes 1897, p. 462-470.

35 Wiersinga 2002, p. 58.

In eerder onderzoek naar rechterlijke attitude werden vergelijkbare kwalitatieve methodes gehanteerd.³⁶ Darbyshire heeft uitgebreid empirisch onderzoek verricht naar de attitude van – zowel de persoon als van het werk van – rechters in Engeland en Wales door een aantal rechters zeven jaar intensief en van heel dichtbij te volgen in en buiten de rechtszaal. Zij heeft de rechters gevraagd hardop te reflecteren tijdens het werk om de attitude van de rechters te kunnen vastleggen.³⁷ Van Rossum heeft door het volgen van zaken en het voeren van gesprekken met rechters, advocaten, partijen en rechtshulpverleners empirisch onderzoek verricht naar hoe juristen in de praktijk van het Nederlandse recht omgaan met cultuurverschillen in concrete rechtszaken.³⁸ Ook Hartendorp heeft onderzoek verricht naar rechterlijke oordeelsvorming door het interviewen van rechters.³⁹

Dit is een kwalitatief empirisch onderzoek met een beperkt aantal respondenten. Dat maakt dat de verkregen uitkomsten met grote voorzichtigheid moeten worden geïnterpreteerd. Uiteraard is de oordeelsvorming in werkelijkheid complexer en zijn individuen verschillend. Bovendien is het rechterlijk werk zoveel meer dan een keuze tussen aanpassen of eerbiedigen. Alle omstandigheden van het concrete dossier spelen een rol, en daarom is het goed om voorop te stellen dat alle respondenten aangaven in werkelijkheid nader onderzoek te willen doen naar voor hen relevante feiten om op basis van die feiten de betreffende praktijk te beoordelen.

13.3.2 *Kenmerken van de geïnterviewden*

De groep respondenten kan worden gekwalificeerd als een homogene groep. Het zijn rechters en raadsheren die werkzaam zijn in de Randstad, waarvan wordt verwacht dat zij regelmatig te maken hebben met culturele conflicten.⁴⁰

Bij het samenstellen van het profiel van de respondenten bleek dat zij ervaring hebben op beide rechtsgebieden of slechts op één rechtsgebied (handels- of familierecht).⁴¹ Het gebrek aan ervaring als rechter op een van de

36 Darbyshire 2011; Van Rossum 2007a; Hartendorp 2008.

37 Darbyshire 2011, p. 1-17.

38 Van Rossum 2007a, p. 8-21.

39 Hartendorp 2008, p. 57-59.

40 Aangezien de respondenten zijn geselecteerd op basis van vrijwilligheid, is er ongetwijfeld sprake van onvermijdelijke selectie-effecten.

41 Voorts is van belang dat de rechters bepaalde zaken alleen behandelen en de raadsheren meervoudig. Het meervoudig behandelen kan zorgen voor een breder draagvlak. Zie Posner 2008, p. 32.

rechtsgebieden brengt uiteraard mee dat de rechter een dergelijke casus voor het eerst ziet en eventueel op een andere manier oordeelt dan een rechter die een dergelijk geschil regelmatig moet behandelen. Twee respondenten stellen niet eerder over dergelijke culturele conflicten te hebben hoeven oordelen. Een groot deel van de respondenten hebben cursussen gevolgd waarin de multiculturele samenleving centraal staat.⁴²

13.4 Bevindingen

13.4.1 *Inleiding casus*

In deze paragraaf worden drie casus op het gebied van familierecht besproken en vervolgens twee casus op het gebied van handelsrecht die tijdens het onderzoek aan de respondenten zijn voorgelegd. In elke subparagraaf wordt besproken een – als een vignet gepresenteerde – casus, waarin een cultureel conflict aan de orde is, het wettelijk kader waarin het culturele conflict zich afspeelt en op welke manier de respondenten reflecteren op het oordeel. Waar bij dit laatste onderdeel aanhalingstekens zijn gebruikt, zijn de respondenten letterlijk geciteerd.

13.4.2 *Casus mannenbesnijdenis*

De Nederlandse ouders van zoon S voeren beiden het gezag uit over hun zoon en de vader heeft – als gevolg van hun echtscheiding – recht op omgang. De vader is van Marokkaanse afkomst en de moeder van Nederlandse afkomst. Doordat zoon S de leeftijd heeft bereikt van twee jaren en de culturele achtergrond van de man meebrengt dat jongens van deze leeftijd worden besneden, vreest de vrouw voor het verrichten van besnijdenis op de zoon op verzoek van de man en weigert haar zoon in het weekend mee te geven aan de man. De man verzoekt op grond van artikel 1:253a BW de rechtbank kennis te nemen van hun geschil en omtrent de besnijdenis een beslissing te nemen.

42 Ervaring, onder andere opgedaan door training, kan de aan een rechter – als persoon – gebonden religieuze en morele waarden beïnvloeden en kan de rechter andere waarden leren kennen. Posner 2008, p. 94-95.

Wettelijk kader

In dit geschil komt het in de Nederlandse samenleving heersende fundamentele recht op lichamelijke integriteit van de zoon in conflict met het fundamentele recht op beleving van een minderheidscultuur en de tradities en gewoonten die hiermee gepaard gaan en daarmee ook het recht om als ouders hun kinderen op te voeden volgens eigen godsdienst of levensovertuiging.⁴³

Reflectie interviews

De eerste reactie van de respondenten is vrijwel elke keer dat het in het belang van het kind is hem niet te laten besnijden en ten gunste van de moeder te oordelen. ‘Aangezien besnijdenis in de Nederlandse meerderheidscultuur niet als vanzelfsprekend wordt gezien, maar als nodeloos wordt aangemerkt, wil men het kind hiertegen beschermen.’ Na er even over te hebben nagedacht, worden de respondenten genuanceerder en erkennen zij dat het niet laten besnijden sociale consequenties voor de zoon kan meebrengen in de relatie met zijn vader en in de moslimgemeenschap en dat ook dit van belang is bij het geven van een oordeel. In gesloten gemeenschappen kan de sociale controle en het sterke collectivisme er voor zorgen dat de sociale druk om volgens de interne normen te handelen groter is dan in de dominante gemeenschap in Nederland die individualistisch is ingesteld. Ondanks de gevolgen oordeelt het gros van de respondenten de zoon niet te laten besnijden.⁴⁴ ‘Rechters zullen omtrent de besnijdenis geen beslissing nemen, aangezien zij dan een ingrijpende onomkeerbare beslissing zouden nemen en het kind op basis van het recht op lichamelijke integriteit hier op latere leeftijd zelf een beslissing over moet nemen.’ De respondenten stellen – door geen onomkeerbare beslissing te nemen – geen uitspraak te doen over de besnijdenis. ‘Het is niet aan de rechter een uitspraak te doen over normen en waarden van een andere cultuur.’

43 O.a. op grond van art. 8 EVRM hebben ouders het recht hun kinderen groot te brengen volgens de normen en waarden van de eigen godsdienst of levensovertuiging. Deze vrijheid wordt beperkt daar waar de belangen van het kind dreigen te worden geschaad (art. 8 lid 2 EVRM). Shadid & Van Koningsveld 1990, p. 55; Rutten 2005, p. 45 en 54; Foblets 2005, p. 17-18.

44 Het oordeel en de afwegingen van de respondenten komen overeen met de rechtspraak: Hof 's-Hertogenbosch 26 november 2002, ECLI:NL:GHS-HE:2002:AF2955; Rb. Zutphen 31 juli 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB0833; Rb. Breda 9 juli 1996, NJ 1999, 38.

Opvallend is dat enkel een klein deel van de respondenten van deze mening afwijkt. ‘Ik respecteer de gebruiken van de minderheidscultuur en de keuze voor besnijdenis en op grond van artikel 1:253a BW is de rechter er voor hier een beslissing over te nemen als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt.’ De beslissing omtrent de besnijdenis wordt genomen ten gunste van de ouder die belast is met de opvoeding en verantwoordelijkheid ten aanzien van de medische zaken, waarbij de beleving van het kind en de culturele waarden die het kind deelt belangrijk zijn. ‘De culturen van beide ouders wegen bij deze afweging even zwaar, waardoor de beslissing ook ten gunste van de vader zou kunnen uitvallen.’

13.4.3 *Casus gemengde gymnastiekles*

De Nederlandse man en vrouw, orthodox-gereformeerde inwoners uit Stap-horst, ouders van de 10-jarige dochter D, hebben de rechtbank verzocht kennis te nemen van hun geschil en een zodanige beslissing te nemen in het belang van hun dochter (artikel 1:253a BW). De man wil, met een beroep op zijn christelijke geloof, namelijk niet dat hun dochter aan de verplichte gymnastiekles deelneemt in verband met de voorgeschreven sportkleding, zolang er zowel jongens als meisjes aan deze les deelnemen. De vrouw krijgt de man niet zo ver van zijn standpunt af te wijken en de basisschool dreigt naar de leerplichtambtenaar te gaan nu de dochter haar leerplicht verzuimt.

Wettelijk kader

Ook ten aanzien van dit geschil omtrent de opvoeding wordt aan de rechter gevraagd een beslissing te nemen als hem of haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt (artikel 1:253a BW). In deze casus is zowel het in de Nederlandse samenleving heersende fundamentele recht van gelijkheid van mannen en vrouwen in het geding, als een praktische, administratieve regel waarbij jongens en meisjes op jonge leeftijd samen gymnastiekles krijgen.⁴⁵ Het recht op de beleving van een minderheidscultuur brengt de wens mee dat vrouwen en mannen gescheiden sporten, vrouwen niet bloot gekleed zijn in de aanwezigheid van mannen en dat ouders het recht hebben hun kinderen groot te brengen volgens de normen en waarden van de eigen levensovertuiging.⁴⁶

45 Baer 2010, p. 66 en 72; Van der Burg 2007, p. 193.

46 Foblets 2005, p. 17-18; Rutten 2005, p. 45.

Reflectie interviews

Bij het nemen van de beslissing maakt de rechter een afweging tussen de belangen van het kind, de moeder en de vader. ‘Het belang van het kind staat voorop, waarbij moet worden onderzocht wat het wel of niet meesporten betekent voor de beleving van het kind – op grond van de culturele overtuiging die zij deelt.’ Overwegend gaan de respondenten er van uit dat het in het belang van het kind is, haar niet in een uitzonderingspositie te brengen ten opzichte van de andere leerlingen.⁴⁷ ‘Het plaatsen van de dochter in een uitzonderingspositie door niet mee te sporten en de fundamentele waarde van gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen weegt zwaarder dan de wens van de vader gebaseerd op het recht op culturele eigenheid.’ Hierbij wordt een nuance gemaakt in het belang van het kind, als de beslissing tot het meesporten sociale consequenties meebrengt in de orthodox-gereformeerde gemeenschap. Uit veel gesprekken met de respondenten blijkt echter dat de gevolgen niet van doorslaggevende betekenis worden geacht. Er worden ongelijke standaarden gecreëerd die in strijd zijn met de rechten die men in de Nederlandse samenleving juist probeert te beschermen.

Een enkele respondent brengt tot uitdrukking dat in de wens achter het gescheiden sporten een religieuze fundamentele redenering zit die dient te worden gerespecteerd, waardoor eventueel wel vrijstelling van het sporten zou kunnen worden verleend. Het niet meesporten wordt niet vanzelfsprekend in het belang van het kind geacht.

47 De geïnterviewden oordelen in afwijking van de rechtspraak, waarin de uitzonderingspositie van het kind niet als beletsel werd gezien om vrijstelling van de gymnastiek- en zwembles te verlenen. HR 26 mei 1992, *NJ* 1992, 568 en Hof 's-Hertogenbosch 5 september 1989, *NJ* 1990, 377.

13.4.4 *Casus duurzame ontwrichting*

De Nederlandse man van Marokkaanse afkomst verzoekt de rechter, op grond van de duurzame ontwrichting van het huwelijk met zijn eerste vrouw, de echtscheiding uit te spreken. Tijdens het eerste huwelijk is de man naar Marokkaans recht met een nieuwe partner getrouwd en met haar in Nederland gaan samenleven. Naar Nederlands recht is de man niet met zijn nieuwe partner getrouwd, aangezien een polygaam huwelijk in Nederland niet wordt erkend (artikel 1:33 BW). Volgens de eerste vrouw is er geen duurzame ontwrichting van het huwelijk, aangezien naar Marokkaanse waarden de man met meerdere vrouwen getrouwd kan zijn. De echtscheiding zou voor de vrouw een verstoting uit de gemeenschap betekenen.

Wettelijk kader

Aangezien beide partijen de Nederlandse nationaliteit hebben en in Nederland woonachtig zijn, is het Nederlandse recht op hun echtscheidingsverzoek van toepassing.⁴⁸ De Hoge Raad oordeelde daarom in 2000 dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of het huwelijk van partijen duurzaam is ontwricht, uitsluitend Nederlandse – en niet Marokkaanse – maatstaven dient toe te passen.⁴⁹

Reflectie interviews

De respondenten volgen de Hoge Raad en zeggen geen ruimte te hebben rekening te houden met de culturele achtergrond en opvattingen van partijen. Het juridische begrip duurzame ontwrichting opgenomen in artikel 1:151 BW is volgens de rechters geen open norm. ‘Duurzame ontwrichting wordt altijd ingevuld aan de hand van Nederlandse maatstaven.’ ‘Wanneer er een enkelzijdig verzoek tot echtscheiding wordt gedaan, wordt deze ingewilligd.’

Eén respondent stelde zichzelf de vraag hoe hij te werk zou gaan op het moment dat hij als rechter wel rekening zou kunnen houden met culture-

48 Hof 's-Gravenhage 28 september 1983, *NJ* 1985, 236; HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 452.

49 HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 452.

le verschillen.⁵⁰ ‘Waar zou het toe leiden als er wel rekening kan worden gehouden met de cultuur van partijen? Uit een gesprek met een persoon van Marokkaanse afkomst heb ik begrepen dat er in het eerste huwelijk iets mis moet zijn, wil de man opnieuw mogen trouwen van de gemeenschap.’ De respondent zou hier ter zitting onderzoek naar doen. Hij stelt het ernstig en schrijnend te vinden geen rekening te kunnen houden met het gevolg van de echtscheiding voor de vrouw in de casus en stelt de vraag of onze wetgeving – van een multiculturele samenleving – daarin niet te strak is.

13.4.5 *Casus islamitische tweedehandsautoverkoper*

De islamitische Abbas van Nederlandse afkomst wil een tweedehandsauto verkopen aan de islamitische Mohammed en om hem hiervan te overtuigen, zweert Abbas bij Allah dat de auto geen gebreken heeft. In het islamitische geloof is het zweren bij Allah van wezenlijk belang: het zweren gebeurt niet lichtvaardig en wordt wel gelijkgesteld aan het geven van een garantie. Mohammed koopt vervolgens zonder de auto verder te onderzoeken de tweedehands auto. Twee weken later blijkt dat de koppeling niet goed werkt en dat de achterklep niet goed sluit. Mohammed wil de koopovereenkomst laten vernietigen op grond van dwaling (artikel 6:228 BW), maar Abbas stelt dat Mohammed niet voldaan heeft aan zijn onderzoeksplicht.⁵¹

Wettelijk kader

Het culturele conflict speelt zich af in de interne relatie van twee partijen van eenzelfde afkomst. De wijze van het sluiten van een overeenkomst komt echter niet overeen met hoe in Nederland over het algemeen een overeenkomst wordt gesloten. Bij het leerstuk van dwaling is de hoedanigheid van partijen belangrijk voor de uitleg van de mededelings- en onderzoeksplicht. Voorts is het in de Nederlandse samenleving heersende beginsel van contractvrijheid in deze casus van groot belang.

50 Uit de interviews die Wibo van Rossum heeft gevoerd met advocaten en rechters bleek echter dat tegenwoordig het gevoel toch rekening te kunnen houden met culturele verschillen zich begint te ontwikkelen en rechters mediation aanraden om te achterhalen of er sprake is van duurzame ontwrichting. Van Rossum 2007b, p. 60-61.

51 Deze casus heb ik ontleend aan verschillende publicaties van S.W.E. Rutten: o.a. Rutten 2003, p. 529.

Reflectie interviews

Ondanks dat de respondenten aangeven dat bij het leerstuk van dwaling bij de uitleg van de mededelings- en onderzoeksplicht de hoedanigheid van partijen en wat zij over en weer van elkaar kunnen en mogen verwachten van belang is, acht een groot deel van de respondenten de culturele achtergrond van partijen niet van doorslaggevende betekenis, ook niet als de overeenkomst is gesloten tussen twee partijen van eenzelfde afkomst.⁵² Zeven van de respondenten zien in deze casus geen cultureel conflict. ‘In de Nederlandse samenleving is het overeenkomstenrecht niet zo geregeld dat er een garantie wordt gegeven door te zweren bij Allah.’ ‘De casus wordt aan de Nederlandse rechter voorgelegd die Nederlands recht zal en moet toepassen. De Nederlandse wet kent het garantiesysteem niet, dus zal dit niet toereikend zijn voor de onderzoeksplicht.’ ‘Ik wil over de betekenis van het zweren bij Allah geen beslissing geven, aangezien ik mij als rechter niet ga mengen in iets wat ik niet ken.’ ‘De religie betekent in Nederland in het algemeen niet meer zoveel. Er zal daarom niet veel betekenis worden gehecht aan het zweren of beloven op basis van een geloof.’ Het grootste gedeelte van de respondenten maakt geen onderscheid tussen verschillende religies – tussen zweren, beloven of de eed afleggen.

Deze casus is voor de respondenten aanleiding om te reflecteren op de vraag of kerkelijke regels van invloed kunnen zijn op het in de Nederlandse wet opgenomen overeenkomstenrecht. ‘De kerkelijke regels oefenen invloed uit op het overeenkomstenrecht, maar deze invloed kan worden geëerbiedigd, aangezien het geen schending teweegbrengt van een fundamentele waarde.’ ‘De culturele gebruiken dienen te worden gerespecteerd en het geven van garanties kan men volgens de eigen cultuur doen. Aangezien er sprake is van open normen, staat het overeenkomstenrecht daaraan niet in de weg.’ Slechts drie respondenten stellen dat, als blijkt dat het zweren bij Allah tussen deze partijen de betekenis heeft van een garantie en dit over en weer van elkaar konden verwachten, op basis van de open normen en het beginsel van contractvrijheid, koper aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. ‘Ik zal een deskundige imam oproepen om te onderzoeken of het zweren van Allah tussen deze partijen kan worden gezien als een garantie in de zin

52 Dit in tegenstelling tot het oordeel van de Hoge Raad van 18 november 1983 (NJ 1984, 345), waarin de Hoge Raad niet inzielt waarom de buitenlandse maatstaven geen rol zouden mogen spelen bij de uitleg van inzichten en verwachtingen in de kring van personen, waartoe de betreffende partijen behoren. Het ging in deze uitspraak over de uitleg van een arbeidsovereenkomst.

van de Nederlandse wet. Op deze manier heb ik cultuur verbonden met de Nederlandse wet.’

13.4.6 *Casus verlies reïne hand*

Een Turkse werknemster verliest bij een bedrijfsongeval twee vingers van haar reïne rechterhand. Bij het vorderen van een schadevergoeding van haar werkgever doet zij een beroep op haar islamitische geloofsovertuiging teneinde een hogere immateriële schadevergoeding te krijgen. De vrouw zou als moslimvrouw door de verminking van haar rechterhand meer dan gemiddeld zijn getroffen, aangezien deze reïne hand – naar in het sociaal milieu van de vrouw geldende religieuze maatstaven – een superieure positie inneemt ten opzichte van de onreïne geachte linkerhand.

Wettelijk kader

De rechter dient in deze casus op grond van artikel 6:106 BW naar billijkheid de hoogte van de immateriële schade vast te stellen. De vraag is of bij de bewoordingen ‘naar billijkheid vast te stellen’ de uit een cultuur – waaronder ook de godsdienst – voortvloeiende waarden een rol mogen spelen.⁵³ In de in de Nederlandse samenleving heersende meerderheidscultuur gelden deze waarden niet en de rechter dient daarom een onderscheid te maken in de behandeling van Nederlandse burgers.⁵⁴

Reflectie interviews

‘Er is hier niet zo zeer sprake van een cultureel conflict, aangezien de hoogte van de schadevergoeding individueel is bepaald, waarbij ook onderscheid kan worden gemaakt naar de beleving gebaseerd op de culturele achtergrond.’ ‘Het gaat hier niet over cultuur, maar om de beleving van deze persoon.’

In deze casus kiezen – op één na – alle respondenten – overeenkomstig de rechtspraak⁵⁵ – voor het eerbiedigen van het verhogende effect gebaseerd op de culturele overtuiging, aangezien de wet zegt rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. ‘De rechter zal altijd de Nederlandse wet

53 Rutten 2003, p. 530.

54 Hartendorp 2008, p. 168.

55 Rb. Zwolle 28 augustus 1996, *NJ* 1997, 537.

doorgronden om een oplossing voor het probleem te vinden. Op grond van de Nederlandse wet kan bij het vaststellen van de hoogte van de immateriële schadevergoeding rekening worden gehouden met de omstandigheden van het geval, dus ook iemand zijn culturele achtergrond.’ De respondenten achten het van belang dat de werkneemster uitlegt welke waarde zij hecht en welke betekenis in haar cultuur wordt gegeven aan de reine rechterhand. De sociale status en de verlaging hiervan door het verlies van de vingers van de reine hand kunnen ook meewegen in de beslissing.

13.5 Evaluatie van het gevonden materiaal

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal: wat is in een privaatrechtelijke context de rechterlijke attitude tegenover bepaalde praktijken en gewoonten van zogenaamde minderheidsculturen? In deze paragraaf evalueer ik de uitkomsten van de interviews en vergelijk ik deze met kenmerken van rechterlijke oordeelsvorming zoals deze werd opgetekend in eerder onderzoek. De volgende vijf thema’s met betrekking tot de rechterlijke attitude komen – in deze volgorde – aan bod: het stellen van grenzen op het recht op beleving van de eigen cultuur, de neiging de casus puur juridisch te benaderen, verschillen tussen individuen, de gezagsgetrouwheid ten opzichte van de wet en het denkproces.

Ten eerste blijkt uit de interviews dat de respondenten de grens van het tolereren van gewoonten en gebruiken van een minderheidscultuur en de invloed van kerkelijke regels daar leggen, waar een in de Nederlandse samenleving fundamentele waarde – zoals gelijkheid mannen en vrouwen, recht op lichamelijke integriteit – in het geding is en dreigt te worden geschonden.⁵⁶

Ten tweede zijn de respondenten vrij terughoudend in het doen van uitspraken over de normen en waarden van een andere – dan de dominante – cultuur. Een groot deel van de respondenten neigt er toe om de voorgelegde casus als een ‘puur juridisch’ dossier te benaderen zonder culturele achtergronden in de oordeelsvorming te betrekken. Deze bevinding vindt men ook in eerder onderzoek. De focus op het wettelijk kader zorgt er kennelijk voor dat het culturele aspect er uitgefilterd wordt.⁵⁷ De culturele achtergrond is zowel sociaal als juridisch relevant voor een goed begrip

56 Vgl. Hartendorp 2008, p. 161; Cliteur 2001, p. 22.

57 Uit eerder onderzoek blijkt dat advocaten culturele achtergronden vaak niet aanvoeren, omdat ze op voorhand al weten dat zij het daarmee niet redden. Van Rossum 2007a, p. 35; Van Rossum 2011, p. 208.

van de zaak. Twee van de respondenten hebben aangegeven geen uitspraak willen en kunnen doen over normen en waarden van een andere cultuur. Een aantal andere respondenten zegt dit niet zo letterlijk, maar stelt in de voorgelegde casus geen cultureel conflict te zien, aangezien op iedere burger, ongeacht achtergrond, de Nederlandse wet van toepassing is. Met deze redenering miskennen zij naar mijn mening dat de Nederlandse wet, door middel van open normen in bepaalde situaties juist de mogelijkheid geeft en de rechter zelfs verplicht om rekening te houden met culturele verschillen en hier partijen zonodig op te bevragen. De respondenten zijn niet altijd geneigd om deze mogelijkheid te gebruiken.⁵⁸ Het feit dat een groot deel van de respondenten stelt de casus niet als cultureel conflict te zien, zou – als we aannemen dat hun antwoorden representatief zijn – kunnen verklaren waarom er zo weinig civiele rechtspraak is waarin de culturele achtergrond van een partij als juridisch relevant wordt benoemd.⁵⁹

De vraag kan worden gesteld of er daarmee wel belang wordt gehecht aan de waarden en gebruiken van de minderheidscultuur die afwijken van de waarden en gebruiken van de Nederlandse meerderheidscultuur.⁶⁰ Hierbij verdient opmerking dat uit de interviews is gebleken dat de attitude per individu verschilt. Eén respondent stond duidelijk open voor het recht op de beleving van een minderheidscultuur. ‘Op het moment dat ik in het dossier zie staan dat het gaat om ouders van Surinaamse afkomst, is de cultuur aanwezig en zal er onderzoek naar moeten worden gedaan. Ter zitting heb ik de moeder gevraagd hoe de cultuurinvulling is in de opvoeding van het kind en of die verschilt met onze cultuur. Als uit het onderzoek ter zitting blijkt dat het geschil cultuurgebonden is, dan had ik de cultuur meegenomen in de hele situatie. Vaak kiest men voor de in de Nederlandse samenleving heersende opvattingen, aangezien de kinderen in Nederland opgroeien, maar de vraag is of dit wel zo logisch is, want wie geeft ons het recht om het recht op de beleving van cultuur af te pakken. Op het moment, dat er bepaalde fundamentele waarden worden geschonden, dient er toch een grens te worden gesteld. Partijen moeten niet worden behandeld als een juridisch probleem, maar als persoon. Aangezien cultuur niet los kan worden gezien van de persoon, *moet* je er rekening mee houden.’

De mogelijkheid om in bepaalde situaties rekening te houden met culturele verschillen door de open normen in het Burgerlijk Wetboek, wordt door de respondenten niet altijd gebruikt. Ook uit de literatuur blijkt dat het maar

58 Vgl. Van Rossum 2007a, p. 10 en 37; Van Rossum 2011, p. 215 en 224.

59 Van Rossum 2007a, p. 8; Van Rossum 2006, p. 2470.

60 Van Oevelen 1993, p. 236.

zelden voorkomt dat argumenten gebaseerd op de culturele achtergrond van een partij door een rechter worden geaccepteerd en verdisconteerd in het vonnis.⁶¹ Hierbij verdient opmerking dat rechters niet altijd de kans wordt gegeven culturele argumenten in overweging te nemen, omdat ze niet door advocaten worden aangebracht.⁶²

Voorts valt mij in de casus mannenbesnijdenis en gemengde gymnastiekles op dat een groot deel van de respondenten er van uitgaat dat het belang van het kind en diens beleving meebrengt dat er aansluiting dient te worden gezocht bij de in de Nederlandse samenleving heersende waarden, zonder doorslaggevende betekenis te hechten aan de sociale consequenties in de gemeenschap. Slechts een enkele respondent geeft aan onderzoek te zullen doen naar de culturele achtergronden om die vervolgens mee te wegen in de beslissing.⁶³ Deze houding komt in eerder onderzoek ook naar voren. Volgens Van Rossum leidt de gezagsgetrouwheid van Nederlandse rechters aan de wet tot het interpreteren van het recht en open begrippen als ‘in het belang van het kind’ volgens de interpretatie van de dominante Nederlandse cultuur.⁶⁴ Voorts kan men zich afvragen of de stelling van een overwegend aantal respondenten, dat het niet aan de rechter is een uitspraak te doen over de normen en waarden van een andere cultuur, niet omstreden is in een democratische rechtsstaat en een multiculturele samenleving.⁶⁵ Door geen – onomkeerbare – beslissing te nemen, zoals in de casus mannenbesnijdenis, haakt de rechter onbewust aan bij door de meerderheidscultuur gehanteerde normen en waarden.⁶⁶ Naar mijn mening vergt artikel 1:253a BW dat de rechter een beslissing neemt in het geschil die verder reikt dan vermijding van onomkeerbaarheid.

Indien er in de rechtspraak invulling is gegeven aan een open norm, zijn rechters getrouw aan autoriteit en haken zij aan bij deze invulling.⁶⁷ Vooral

61 Van Rossum 2011, p. 204.

62 Van Rossum 2006, p. 2471.

63 In een uitspraak van de Hoge Raad van 1 juli 1982 (*NJ* 1983, 201) werd het beroep van de vader op de uitleg naar Marokkaans-islamitische maatstaven van het juridische begrip ‘belang van het kind’ verworpen. Het recht de eigen cultuur te beleven en godsdienst te belijden mag niet zodanig worden uitgeoefend dat men de rechten en vrijheden van anderen – in casu de dochter – dreigt aan te tasten. Zie ook Rutten 2002, p. 109-110.

64 Van Rossum 2010, p. 37-39.

65 Rutten 2005, p. 55; Rutten 2001, p. 285.

66 Rutten 2001, p. 285; Van Rossum 2010, p. 37-39; Van Rossum 2007a, p. 10 en 37; Van Rossum 2011, p. 215 en 224.

67 HR 12 juli 2002, *NJ* 2002, 541; HR 25 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2048. Zie ook Van Rossum 2010, p. 37-39; Van Rossum 2007b, p. 60-61.

in de casus duurzame ontwrichting werd dit door de respondenten bevestigd. Deze uitkomst staat haaks op de literatuur die stelt dat hier wel degelijk ruimte bestaat om rekening te houden met culturele verschillen.⁶⁸

Ten slotte is tijdens het onderzoek een bepaald duaal denkproces van de respondenten waargenomen. Bij het oordelen over de casus is de eerste reactie van een groot deel van de respondenten dat het betreffende gebruik niet kan worden geëerbiedigd en dat er aansluiting dient te worden gezocht bij de in de Nederlandse samenleving heersende normen en waarden. Na er wat langer over te hebben nagedacht, worden de respondenten genuanceerder en erkennen zij dat het gebruik onder bepaalde omstandigheden zou kunnen worden geëerbiedigd. Deze waarneming van ‘dualiteit’ in de vorming van rechterlijke attitude bevestigt eerder onderzoek van auteurs als Scholten, Posner en Hartendorp.⁶⁹

13.6 Afsluiting

Dit onderzoek naar de rechterlijke attitude rond culturele conflicten is een kwalitatief onderzoek met een verkennend karakter. Het is daarom niet mogelijk algemene uitspraken te doen over ‘de’ rechterlijke attitude. De door mij geïnterviewde rechters behandelen een cultureel conflict op deze manier, maar of andere rechters dit ook doen, weten we niet zeker. Het is echter wel relevant te zien dat de uitkomsten convergeren met uitkomsten van eerder onderzoek.

Voorts brengt de methode van interviewen beperkingen met zich. De manier van oordeelsvorming en reflectie door de respondenten betekent natuurlijk niet dat zij in werkelijkheid zo zouden beslissen op het conflict. Bovendien was de context van het interview op voorhand duidelijk voor de respondenten zodat zij in die zin ‘geprimed’ waren.

Hoewel de gehanteerde methode dus beperkingen kent, maak ik uit het feit dat slechts in weinig gevallen expliciet wordt ingegaan op culturele argumenten en uit het feit dat dit een bevestiging vormt van eerder onderzoek, op dat de respondenten er toe neigen om de open normen in te vullen aan de hand van de dominante rechtsculturele interpretatie.⁷⁰ Een groot deel

68 Van Rossum 2007b, p. 60-61; Rutten 2005, p. 89-91.

69 Zie Hartendorp 2008, p. 139 en 183; Posner 2008, p. 94-95; Asser/Scholten 1974 (Algemeen Deel *), p. 13 voor de verhouding tussen ratio en intuïtie in de rechterlijke oordeelsvorming.

70 Zie o.a. Van Rossum 2011, p. 224; Van Rossum 2007a, p. 33-34 en 36-37. Het gebrek aan feitenkennis over de normen en waarden van andere culturen brengt

van de respondenten benadert de casus ‘puur juridisch’ zonder belang te hechten aan het culturele aspect. Dit is opvallend, juist omdat de Nederlandse wetgever deze normen bewust open heeft geformuleerd, zodat de rechter rekening kan houden met dynamische maatschappelijke verhoudingen zoals de multiculturaliteit.

Hoewel het enerzijds goed is dat rechters getrouw zijn aan de Nederlandse wet en hogere rechtspraak en ik begrijp dat het moeilijk is om de relevantie van het culturele aspect vast te stellen zonder een uitgebreide feitenkennis over de normen en waarden van andere culturen, ben ik anderzijds van mening dat bij de invulling van open normen door de rechter er in een multiculturele samenleving niet voorbij kan worden gegaan aan het culturele aspect van een geschil.

Het privaatrecht regelt immers de verhouding tussen burgers onderling; dit betekent dat burgers zich in dat privaatrecht moeten kunnen herkennen, ook de culturele minderheden in onze samenleving.⁷¹

Literatuurlijst

Alidadi & Foblets 2012

K. Alidadi & M-C Foblets, ‘Framing multicultural challenges in freedom of religion terms. Limitations of minimal human rights for managing religious diversity in Europe’, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012/30(4).

Asser/Scholten 1974 (Algemeen Deel *)

P. Scholten, *Mr. C. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel **, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Baer 2010

S. Baer, ‘A closer look at law: human rights as multi-level sites of struggles over multi-dimensional equality’, *Utrecht Law Review* 2010/6(2).

Van den Berg 2000

P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000.

mee, dat het moeilijk is de relevantie vast te stellen van het culturele aspect in het geschil.

71 Smits 2000, p. 289-292.

De Blois 2010

M. de Blois, 'Religious law versus secular law. The example of the get refusal in Dutch, English and Israeli law', *Utrecht Law Review*, 2010/93.

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtsbandeling in strijd met de goede zeden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Van der Burg 2004

W. van der Burg, 'Inclusief liberalisme: meer recht doen aan verscheidenheid', in: E. Brugmans en M. Buijsen, *Krakend recht en verharde moraal. Maatschappelijke ontwikkelingen en hun invloed op recht en moraal*, Nijmegen: Valkhof Pers 2004, p. 99-115.

Van der Burg 2007

W. van der Burg, 'Gelijke zorg en respect voor de gelovige burger – een inclusief-vrijzinnige schets', in: P. de Hert, *Scheiding van Kerk en Staat of Actief Pluralisme?*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 187-204.

Cliteur 2001

P. B. Cliteur, 'Jemen in Nederland', in: P.B. Cliteur & V. van den Eckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 17-64.

Darbyshire 2011

P. Darbyshire, *Sitting in judgment. The working lives of judges*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2011.

Deschouwer & Hooghe 2005

K. Deschouwer & M. Hooghe, *Politiek. Een inleiding in de politieke wetenschappen*, Den Haag: Boom Onderwijs 2005.

Van de Donk c.s. 2007

W.B.H.J. van de Donk c.s., *WRR-Rapport Identificatie met Nederland*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007.

Foblets 2005

M.-C. Foblets, *Juridische aspecten van de multiculturele samenleving*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-38.

Foqué & 't Hart 1990

R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint 1990.

't Hart 1997

A.C. 't Hart, 'Inkleuring van recht. Over rechtsbegrip en multiculturele samenleving', in: M.-C. Foblets, B. Hubeau & S. Parmentier, *Migranten kleuren het recht in*, Leuven/Amersfoort: Acco 1997, p. 243-263.

't Hart 2000

A.C. 't Hart, 'Multiculti en deskundigheid in het strafrecht', in: K. Boonen, A.C. 't Hart, Th.A. de Roos (red.), *Criminalistiek, forensische deskundigen en strafrechtspleging*, Deventer 2000, p. 139-147.

Hartendorp 2008

R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken. Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2008.

Holmes 1897

O.W. Holmes, 'The path of the law', *Harvard Law Review*, 1897/10(8), p. 457-478.

Ten Hooven 2001

M. ten Hooven, 'De schijntolereantie', in: P.B. Cliteur & V. van den Eckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 183-202.

Kinninging 2001

A.A.M. Kinninging, 'Multiculturalisme, relativisme en mensenrechten', in: P.B. Cliteur & V. van den Eckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 79-101.

Van Manen 2002

N.F. van Manen, 'Het recht en de multiculturele samenleving', *NJB* 2002/25.

Van Manen & Hoekema 2001

N.F. van Manen & A.J. Hoekema, 'Gemeenschappen komen tot hun recht. Zeven kernproblemen bij onderzoek naar recht, multiculturaliteit en sociale cohesie', in: P.B. Cliteur & V. van den Eckhout, *Multiculturalisme, cultuur-*

relativisme en sociale cohesie, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 217-260.

Nieuwenhuis 2001

J.H. Nieuwenhuis, 'Aan de rand van de krater. Multiculturele rechtsvinding in het burgerlijk recht; realiteiten en perspectieven', in: P.B. Cliteur & V. van den Eckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 333-346.

Van Oevelen 1993

A. van Oevelen, 'Enige aspecten van het recht op erkenning en beleving van een eigen culturele identiteit in (prae)contractuele rechtsverhoudingen', in: J. Velaers c.s., *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu uitgevers 1993, p. 213-236.

Posner 2008

R.A. Posner, *How judges think*, Cambridge/London: Harvard University Press 2008.

Raz 1993

J. Raz, 'Multiculturalism: a liberal perspective', in: N.J.H. Huls & H.D. Stout, *Recht in een multiculturele samenleving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 127-148.

Van Rossum 2006

W. van Rossum, 'De rechter als cultuur-switcher', *NJB* 2006/43, p. 2469-2472.

Van Rossum 2007a

W. van Rossum, *Gelet op de cultuur. Reflectie op de relevantie van culturele achtergronden van etnische minderheden in de Nederlandse rechtspraak*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2007.

Van Rossum 2007b

W. van Rossum, 'Dutch judges deciding multicultural cases', in: F. Bruinsma & D. Nelken, *Explorations in legal cultures*, Den Haag: Reed Business BV 2007, p. 57-74.

Van Rossum 2010

W. van Rossum, 'Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming', *NJB* 2010/38, p. 2467-2472.

Van Rossum 2011

W. van Rossum, 'Wat is de betekenis van rechtspraak in de multiculturele samenleving?', in: M. Hertogh & H. Weyers, *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 203-224.

Van Rossum 2012

W. van Rossum, 'Introduction to framing multicultural issues in terms of human rights: solution or problem?', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012/30(4).

Van Rossum, Loenen & Tigchelaar 2010

W. van Rossum, T. Loenen & J. Tigchelaar, 'Human rights law as a site of struggle over multicultural conflicts. Comparative and multidisciplinary perspectives', *Utrecht Law Review* 2010/6(2).

Rutten 2001

S.W.E. Rutten, 'Culturele diversiteit in het Nederlands recht', in: P.B. Cliteur & V. van den Eckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 285-302.

Rutten 2002

S.W.E. Rutten, 'Familierecht anders bezien', in: N.F. van Manen, *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 103-116.

Rutten 2003

S.W.E. Rutten, 'In Nederland levende rechtsopvattingen', *Ars Aequi* 2003-7/8.

Rutten 2005

S.W.E. Rutten, *Cultuur en familierecht in eigen kring*, Deventer: Kluwer 2005.

Scheffer 2000

P. Scheffer, 'Het multiculturele drama' (Opinie), *NRC Handelsblad* 29 januari 2000.

Scheffer 2007

P. Scheffer, *Het land van aankomst*, Amsterdam: De Bezige Bij 2007.

Scholten 1949

P. Scholten, *Verzamelde geschriften. Deel 3*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949.

Shadid & Van Koningsveld 1990

W.A.R. Schadid & P.S. Van Koningsveld, *Moslims in Nederland*, Alphen aan de Rijn: Samson Stafleu 1990.

Smits 2000

J.M. Smits, 'Multiculturalisme en Europees privaatrecht: een pleidooi', *NTBR* 2000/7, p. 289-292.

Smits 2002

J.M. Smits, 'Verdiene Nederland en Europa een multicultureel vermogensrecht?', in: N.F. van Manen, *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 131-138.

Wiersinga 2002

H.C. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces* (diss. Universiteit Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

XIV De hypothecaire restschuld

Waarom greep de overheid niet eerder in?

R.Y. Kamerling

De overheid voerde decennialang een woningmarktbeleid gericht op het stimuleren van het eigenwoningbezit. Via subsidies en de fiscale behandeling van de eigen woning werden gunstige leenvoorwaarden gecreëerd zodat een eigen woning ook voor de lage inkomensgroepen binnen handbereik kwam. De gunstige leenvoorwaarden leidden ertoe dat huizenprijzen bleven stijgen door de enorme vraag naar koopwoningen en dat mensen steeds hogere hypothecaire financieringen afsloten om toch een woning te kunnen kopen. Onder invloed van de recente crisis daalden de huizenprijzen, waardoor veel hypotheeklenningen onder water staan. Bij een eventuele verkoop van de woning dreigt nu een restschuld te ontstaan. In reactie op deze problemen beperkte de overheid de contractsvrijheid van woonconsumenten en hypotheekverstrekkers. Uit recent parlementair onderzoek komt echter naar voren dat de overheid te weinig gedaan heeft om de ruime kredietverstrekking te stoppen en dat zij de maatregelen die zij nam ter beperking van de schade veel eerder had moeten nemen. In deze bijdrage probeer ik aan de hand van beleidsmodellen mogelijke verklaringen te vinden voor het uitblijven van eerder overheidsingrijpen.

14.1 Inleiding

In de afgelopen decennia is het hypotheekbeleid van de overheid mischien wel het onderwerp dat voor de meeste beroering in politiek Den Haag zorgt. In verkiezingstijd is de hypotheekrenteaftrek, liefkozend het *H-woord* genoemd, immers een belangrijk wapen in de strijd om stemmenwinst. Ook bij coalitieonderhandelingen en de vormgeving van overheidsbeleid zorgt het *H-woord* voor de nodige hoofdbrekens.

De maatschappelijke aandacht die het hypotheekbeleid krijgt, ligt voor de hand als men bedenkt dat bij onverantwoorde hypotheekverstrekking grote maatschappelijke problemen kunnen ontstaan. Dat die problemen niet louter theoretisch zijn, blijkt wel uit de recente problematiek van restschulden bij hypotheeklenningen. In deze gevallen van restschulden heeft de politiek de problemen niet voorkomen en is achteraf het overheidsbeleid gewijzigd. De overheid heeft namelijk naar aanleiding van de problemen de contractsvrijheid van partijen ingeperkt door de maximaal toegestane *LTV-ratio*

te beperken. Als echter later blijkt dat de ontstane schade wellicht beperkt of voorkomen had kunnen worden door een eerdere beleidswijziging,¹ dan rijst de vraag waarom een dergelijke wijziging niet heeft plaatsgevonden. Om die reden ga ik op zoek naar mogelijke verklaringen voor het gevoerde overheidsbeleid en het uitblijven van een eerdere ingreep in dat beleid. Overigens heb ik niet de illusie dat ik binnen de grenzen van deze bijdrage een uitputtende behandeling kan geven van dit thema. Zo moet ik bijvoorbeeld bij de toepassing van de modellen selecties maken. Daarnaast zal ik omwille van de beperkte ruimte die mij ter beschikking staat overheidsbeleid beperken tot wetgeving.

Vanuit politiek oogpunt is dit onderwerp relevant omdat de overheid in haar meest recente hypotheekbeleid verkiest dit probleem civielrechtelijk aan te pakken. Voordien werden vooral fiscale stimulering en ontmoediging alsmede publiekrechtelijke normering en handhaving (door de AFM) beproefd. Het hypotheekbeleid snijdt nu dus rechtstreeks in de contractsvrijheid om het hoofd te bieden aan de ontstane situatie.

In de volgende paragraaf beschrijf ik om te beginnen het door de overheid gevoerde hypotheekbeleid vanaf het einde van de twintigste eeuw tot aan het heden. Om een verklaring te kunnen geven, is een goed beeld van het te verklaren beleid immers onontbeerlijk. Daarnaast ga ik in op de problemen die zijn ontstaan op de woningmarkt als gevolg van het overheidsbeleid. Ook behandel ik de reactie die de overheid uiteindelijk gekozen heeft om de ontstane problemen te beteugelen. In de derde paragraaf ga ik in op vier beleidsmodellen die mogelijk het uitblijven van eerder overheidsingrijpen in het hypotheekbeleid kunnen verklaren. Aan bod komen achtereenvolgens: de pad-afhankelijkheidsbenadering, het beleidsprocesmodel, het politieke-systeemmodel en het barrièremodel. In de vierde paragraaf blik ik terug op mijn bevindingen en kom ik tot een afronding.

14.2 Het beleid

14.2.1 *De aanloop*

Aan het einde van de twintigste eeuw is het overheidsbeleid ten aanzien van de woningmarkt voornamelijk gericht op het bevorderen van het bezit van een eigen woning. Zo voerde de overheid in 1979 de regeling van de premiekoopwoning in.² Op basis van deze regeling verstrekke de overheid een

1 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 194, nr. 3, p. 8-9.

2 *Kamerstukken II 1979/80*, 15 800, nr. 13.

eenmalige subsidie aan kopers met een laag inkomen bij de aankoop van een huis dat als premiekoopwoning werd aangemerkt. Wanneer de koper het huis binnen vijf jaar na het ontvangen van de subsidie verkocht, moest de subsidie terugbetaald worden. De hoogte van de subsidie was afhankelijk van het inkomen van de huizenkoper. Hierbij golden twee categorieën met bijbehorende woningen waar een maximum toegestaan inkomen voor was vastgesteld.

Ook blijkt het stimuleren van het eigenwoningbezit uit de fiscale behandeling van de eigen woning onder de Wet IB 1964. In het stelsel van die wet werd de eigen woning behandeld als een bron van inkomsten. Het gevolg hiervan was weliswaar dat dit ‘inkomen’ in de vorm van huurwaardeforfait bij het belastbare inkomen moest worden opgeteld, maar anderzijds mocht de huiseigenaar de gemaakte kosten om dit inkomen te verkrijgen – de over de hypotheek betaalde rente – van het belastbare inkomen aftrekken.³ Op deze manier maakte de overheid het fiscaal aantrekkelijk om geld te lenen voor de aankoop van een huis, wat het eigenwoningbezit ten goede moest komen.

Daarnaast introduceerde de overheid in 1995 de Nationale Hypotheek Garantie (NHG). Dit betekende een privatisering van de tot dan toe geldende gemeentegarantie met rijksdeelneming. De uitvoering kwam namelijk in handen van het speciaal daartoe opgerichte stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (stichting WEW), waar onder de oude regeling de gemeenten de uitvoerende organen waren.⁴ De centrale doelstelling van de stichting WEW is ‘het bevorderen van het eigen woningbezit door middel van het verlenen van borgstellingen in verband met hypothecaire leningen ten behoeve van het in eigendom verkrijgen van woningen en woonwagens’.⁵ Het doel van de NHG is het bevorderen van eigenwoningbezit, met name onder de lage inkomens.⁶

Bovendien werd in 2001 de Wet Bevordering Eigen Woningbezit ingevoerd.⁷ Deze wet voorziet in een ‘jaarlijkse bijdrage in de kosten van het kopen van de eigen woning en van het noodzakelijke onderhoud’ aan de lagere inkomensgroepen.⁸ De overheid trachtte door middel van deze regeling de koop van woningen door lagere inkomensgroepen te stimuleren. Zij kwam tot dit streven toen bleek dat de overstap van een huurwoning naar een koopwoning voor de lagere inkomensgroepen nauwelijks

3 De Kam 1997, p. 94.

4 *Kamerstukken II 1994/95*, 23 900, nr. 2, p. 15.

5 NHG-jaarrekening 1993/94, p. 4.

6 *Kamerstukken II 1992/93*, 22 800 XI, nr. 56, p. 2.

7 *Stb.* 2000, 575.

8 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 309, nr. 3, p. 7.

haalbaar was.⁹ Dit was niet in lijn met het ideaalbeeld van de overheid waarin elke burger vrij is om te kiezen op welke manier hij voorziet in zijn woningbehoefte. Om die reden kwam men tot een bijdrage bij de aankoop van een woning – vergelijkbaar met de huursubsidie – waardoor kopen ook voor de lagere inkomensgroepen een volwaardig alternatief voor huren kon vormen.

Na de eeuwwisseling bracht de overheid enige beperkingen aan in haar tot dan toe ruimhartige hypotheekbeleid. Met de invoering van de Wet IB 2001 werd namelijk de hypotheekrenteaf trek beperkt. Onder deze wet is het niet langer mogelijk om voor meer dan één woning de hypotheekrente in aftrek te brengen op het belastbare inkomen.¹⁰ De overheid wilde met deze beperking van de reikwijdte misbruik van de hypotheekrenteaf trek voorkomen.¹¹ Bij misbruik wordt gedacht aan hypotheekrenteaf trek door eigenaren die hun huizen verhuren. Dit is niet te verenigen met het overheidsbeleid dat eigenwoningbezit beoogt te stimuleren. Ook dient de beperking van de hypotheekrenteaf trek tot slechts één woning budgettaire doeleinden.¹² De hypotheekrenteaf trek betekent immers een grote kostenpost voor de overheid, waardoor een beperking als deze haar goed uitkomt. Tegelijkertijd beperkte de overheid de periode waarin de hypotheekrente mag worden afgetrokken tot 30 jaar. Dit is een reactie op het groeiende gebruik van aflossingsvrije hypotheeken in de jaren daarvoor.¹³ Bij dergelijke hypotheeken loste men (bijna) niets af, waardoor men onbeperkt gebruik kon maken van de maximale hypotheekrenteaf trek. Vanuit budgettaire oogpunt was dit ongewenst, dus beperkte de overheid de periode waarin de hypotheekrente mocht worden afgetrokken tot een maatschappelijk als gebruikelijk aanvaarde termijn.¹⁴ Het gebruik van aflossingsvrije hypotheeken was in de ogen van de overheid bovendien ongewenst omdat het per saldo niet uitmondde in eigenwoningbezit.¹⁵ Zolang de koper zijn hypotheekschuld niet aflost, geniet hij immers niet het onbezwaarde eigendom van de woning. Dit strookte niet met het overheidsbeleid dat gericht was op eigenwoningbezit.¹⁶ Om die redenen maakte de overheid het gebruik van aflossingsvrije hypotheeken fiscaal onaantrekkelijker.

9 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 309, nr. 3, p. 3-5.

10 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, nr. 3, p. 31-32.

11 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 7, p. 175.

12 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 17, p. 84.

13 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 19, p. 27.

14 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 19, p. 33.

15 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 17, p. 85.

16 *Handelingen II 1999/2000*, 41, p. 3154.

Een tweede grote wijziging in het hypotheekbeleid volgde in 2004 toen de overheid de zogenaamde Bijleenregeling (art. 3.119a en 3.119b Wet IB 2001) invoerde.¹⁷ Deze regeling geldt als bij de verkoop van een woning de opbrengst hoger is dan de hypotheekschuld en de verkoper desondanks binnen 10 jaar na de verkoop kiest voor volledige hypothecaire financiering van een nieuwe woning. In dat geval moet de verkoper een bedrag ter hoogte van de overwaarde – dus het deel van de verkoopsom dat de hoogte van de oude hypotheek overstijgt – aftrekken van de nieuwe hypotheeksom voor de berekening van zijn hypotheekrenteaftrek. Op deze manier wil de overheid het fiscaal aantrekkelijk maken om de overwaarde van de verkochte woning direct in een nieuwe woning te investeren. Een eerste argument van de overheid voor deze maatregel was de gelijke fiscale behandeling van verhuizende en zittende woningbezitters.¹⁸ Als verhuizende woningbezitters niet aangespoord zouden worden om hun overwaarde in een nieuwe woning te investeren, zouden zij namelijk worden bevoordeeld. Zij zouden immers in feite – door ook de verdiende overwaarde te verhypothekeren – een nieuwe lening aangaan waarover de rente volledig aftrekbaar is, zonder dat zij dit geld besteden aan de eigen woning. Deze mogelijkheid hebben zittende woningbezitters niet. De overheid motiveerde deze maatregel daarnaast met het tegengaan van fiscale aftrek van rente over krediet ten behoeve van consumptie of beleggingen.¹⁹ De Bijleenregeling zou in dat proces de volgende stap vormen – na het afschaffen van de aftrek van consumptieve rente en de renteaftrek over leningen voor het doen van beleggingen. De overheid wilde hiermee het ontgaan van belastingheffing door middel van excessieve renteaftrek bestrijden.²⁰ Bij de genoemde leningen bracht men immers rente in aftrek, zonder dat daar een groei van het belastbare inkomen tegenover stond. Dit zou ook het geval zijn wanneer de overwaarde verhypothekerd kan worden en vervolgens benut wordt voor consumptie. Ten slotte maakt de Bijleenregeling onderdeel uit van een pakket aan overheidsmaatregelen dat gericht was op het op orde brengen van de overheidsfinanciën en het stimuleren van economische groei.²¹ De Bijleenregeling in het bijzonder moest bijdragen aan de houdbaarheid van de fiscale behandeling van de eigen woning.²² Budgettaire motieven kwamen ook bij deze wijziging nadrukkelijk naar voren.

17 *Stb.* 2003, 526.

18 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 3, p. 19-20.

19 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 3, p. 20.

20 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 26.

21 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 3, p. 2.

22 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 22, p. 48.

14.2.2 De problemen

De keerzijde van de ruime financieringsmogelijkheden van de eigen woning toonde zich pas enkele jaren later. Sinds 2009 dalen onder invloed van de economische crisis de huizenprijzen in Nederland, zo blijkt uit cijfers van het CBS en het Kadaster.²³ Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat de hypotheekschuld die op een huis rust aanzienlijk groter is dan de waarde van de woning zelf. Men noemt dit ook wel het *onder water staan* van een hypotheek. Hierdoor bestaat bij de verkoop van een woning het risico dat met de opbrengst niet de volledige hypotheek kan worden afgelost. Wanneer de verkoper niet de middelen heeft om het resterende bedrag af te betalen of opnieuw te financieren met een nieuwe lening, blijft hij op die manier met restschulden zitten. De schattingen van het aantal hypotheekleningen in Nederland dat onder water staat lopen uiteen van achthonderdduizend²⁴ tot één miljoen,²⁵ maar het is duidelijk dat de problemen mogelijk zeer veel huishoudens treffen en dat ze groter worden naarmate de huizenprijzen verder dalen.

14.2.3 De reactie

Het antwoord van de overheid op de restschuldproblematiek is een uitbreiding van artikel 115 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo) door middel van het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013.²⁶ Op grond van artikel 115 lid 5 Bgfo krijgt de minister van financiën de bevoegdheid om bij ministeriële regeling een maximaal toegestane *Loan to Value-ratio (LTV-ratio)* voor nieuwe hypotheekleningen vast te stellen. Deze *LTV-ratio* geeft de verhouding tussen de hoogte van de hypotheek en de waarde van de aangekochte woning weer. Een dergelijke maximering van de *LTV-ratio* moet voorkomen dat consumenten te veel lenen en moet het risico op een restschuld bij verhuizing of bij een gedwongen verkoop van de woning verkleinen.²⁷ Tevens verkleint de overheid met deze ingreep het mogelijke risico voor financiële ondernemingen. Bij een lagere hypotheek is de kans immers groter dat de hypotheeknemer in staat is zijn schuld af te lossen.

23 'Forse prijsdaling bestaande koopwoningen', CBS 21 augustus 2012, te raadplegen op www.cbs.nl (zoek op *prijzdaling koopwoningen*).

24 Fleming 2012, p. 2.

25 'Eigen woning van ruim één miljoen huishoudens onder water', CBS 21 maart 2013, te raadplegen op www.cbs.nl (zoek op *woning onder water*).

26 *Stb.* 2012, 695.

27 *Stb.* 2012, 695, p. 40.

Van het vernieuwde artikel 115 Bgfo maakt de Minister van Financiën direct bij de invoering gebruik door met de Tijdelijke regeling hypothecair krediet²⁸ de toegestane *LTV-ratio* van hypotheekstapsgewijs – tussen 2013 en 2018 – naar 100% van de waarde van de onderliggende woning te verlagen. Anders dan bij eerdere wijzigingen in het hypotheekbeleid, besluit de overheid nu direct in te grijpen in de contractsvrijheid van woonconsumenten en hypotheekverstrekkers. Door de maximaal toegestane *LTV-ratio* te beperken, verkleint de overheid immers de onderhandelingsruimte van de partijen. Eerder werd enkel gekozen voor ingrijpen in de randvoorwaarden van de hypotheekovereenkomst, zoals de fiscale behandeling van de eigen woning. De regels in de Tijdelijke regeling hypothecair krediet zijn overigens minimumregels, het staat hypotheekverstrekkers vrij om strengere normen toe te passen ten aanzien van de maximale hoogte van een hypotheek.²⁹ Wel is het zo dat een eventuele restschuld, ontstaan door de verkoop van een andere woning, meegefinancierd kan worden zonder dat dit meetelt bij de berekening van de *LTV-ratio*.³⁰ Door de verlaging van de *LTV-ratio* kunnen huizenkopers bijkomende kosten niet langer met hypothecair krediet financieren en moet men eerst eigen vermogen opbouwen voordat men een woning koopt. Ook voorkomt de maximering van de *LTV-ratio* dat een hypotheek vanaf het begin onder water staat.

Of het huidige overheidsbeleid voldoende is om de problematiek rond de restschulden voor de toekomst te beperken, moet worden afgewacht. Na een parlementair onderzoek oordeelde de tijdelijke commissie Huizenprijzen in ieder geval dat de overheid te laat was met het ingrijpen in haar beleid ten aanzien van de koopwoningmarkt. De commissie concludeerde dat de overheid voor de crisis uitbrak ‘onvoldoende heeft gedaan om de ruime kredietverstrekking een halt toe te roepen’.³¹ De commissie meent bovendien dat de overheid zich in haar beleid te veel heeft laten leiden door budgettaire motieven. Ook hadden maatregelen zoals het beperken van de hypotheekrenteaftrek en het aanscherpen van de leennormen (zoals de *LTV-ratio*) veel eerder genomen kunnen worden, aldus de commissie. De mogelijke verklaringen voor het uitblijven van eerder overheidsingrijpen komen in de volgende paragraaf aan bod.

28 Regeling van de minister van Financiën van 12 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26 433.

29 Regeling van de minister van Financiën van 12 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26 433, p. 6.

30 Regeling van de minister van Financiën van 12 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26 433, p. 9.

31 Rapport Tijdelijke Commissie Huizenprijzen 2013, p. 39.

14.3 Mogelijke verklaringen

14.3.1 De pad-afhankelijkheidsbenadering

Een eerste mogelijke verklaring voor het uitblijven van overheidsingrijpen in het hypotheekbeleid kan gevonden worden in de pad-afhankelijkheidsbenadering, beter bekend als *path dependency*.³² Dit model beschouwt overheidsbeleid als een historisch pad, waarbij keuzes van de overheid vertakkingen vormen.³³ Elk keuzemoment vormt in deze visie als het ware een kruispunt, waarbij de overheid met haar beleid een bepaalde route volgt. De route – en dus het overheidsbeleid – vormt zich niet alleen door de gemaakte keuzes, maar ook door het moment waarop de overheid de keuzes maakt.³⁴ In het besluitvormingsproces komt beleid dus niet alleen tot stand aan de hand van het vertrekpunt, maar ook door het specifieke verloop van het historisch besluitvormingsproces.³⁵ Door het maken van een beleidskeuze, sluit de overheid in sommige gevallen andere opties (tijdelijk) uit. Als een van de uitgesloten opties achteraf toch een betere keuze blijkt te zijn, is het vaak niet meer mogelijk om alsnog voor die optie te kiezen. In een dergelijk geval is sprake van een zogenaamde *lock-in*.³⁶ er bestaat een beter alternatief voor het beleid dat de overheid voert, maar de overheid zet het gevoerde beleid door. In die gevallen brengt het voortzetten van het gevoerde beleid relatief meer voordelen met zich mee dan het alternatieve beleid, omdat een overstap bezwaarlijk en/of kostbaar is.³⁷ Bovendien maakt elke keuze voor een bepaald beleid de voortzetting daarvan tot een aantrekkelijkere optie bij een volgend keuzemoment. Dit komt bijvoorbeeld door het profijt van leereffecten, het benutten van schaalvoordelen, reeds gemaakte verzonken kosten en verwachte opstartkosten van het andere beleid.³⁸ Deze factoren worden ook wel als *zelfversterkende mechanismen* aangeduid.

Aanknopingspunten voor de pad-afhankelijkheidsbenadering zijn op verschillende plaatsen in het hypotheekdossier te vinden. In de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor de Wet IB 2001 gaf de overheid expliciet aan vast te houden aan de fiscale behandeling van de eigen woning zoals zij op dat moment gold en niets te zien in een ingrijpende wijziging.³⁹

32 David 1985, p. 332.

33 Woerdman 2009, p. 68.

34 Pierson 2000, p. 264.

35 Woerdman 2009, p. 68.

36 Woerdman 2009, p. 69.

37 Pierson 2000, p. 252-253.

38 Woerdman 2009, p. 69.

39 *Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, p. 174.*

In plaats daarvan koos men voor kleine aanpassingen aan het bestaande beleid om problemen voor woningbezitters die op dat beleid hebben vertrouwd te voorkomen. Ter gelegenheid van de parlementaire behandeling van de Bijleenregeling benadrukte het kabinet Balkenende II bovendien dat het de in 2001 verwoorde visie van kabinet Kok II op de woningmarkt nog steeds onderschrijft.⁴⁰ Daarom zette de overheid het door het kabinet Kok II ingezette beleid ter stimulering van het eigenwoningbezit voort. De overheid erkende daarbij weliswaar dat er alternatieven zijn voor de Bijleenregeling, maar wees deze alternatieven van de hand omdat ze een zwaardere ingreep in de fiscale behandeling van de eigen woning vormden. Daarentegen verwees de overheid bij de motivering van haar keuze om vast te houden aan eerder ingezet beleid niet uitdrukkelijk naar een van de zelfversterkende mechanismen. Een welwillende lezer zou weliswaar in het argument van de zwaardere ingreep in de fiscale behandeling van de eigen woning een vingerwijzing in de richting van verwachte opstartkosten van nieuw beleid kunnen lezen, maar dit zou naar mijn mening te veel afwijken van de bewoordingen van de overheid. Desondanks lijkt de pad-afhankelijkheidsbenadering goed aan te sluiten bij de opstelling van de overheid in de beleidsvorming ten aanzien van de restschuldproblematiek. Daarom ben ik van mening dat een eerste mogelijke verklaring voor een eerdere overheidsingreep in het hypotheekbeleid gezocht kan worden in de neiging van de overheid om vast te houden aan eerder ingezet overheidsbeleid. De overheid gaf immers bij elke wijziging in het hypotheekbeleid aan dat zij vast wilde houden aan het bestaande beleid en voerde slechts een aantal voorzichtige (met name fiscale) ingrepen uit om problemen te voorkomen. Pas toen de restschuldproblematiek zich in volle omvang realiseerde, besloot de overheid haar beleid te wijzigen door de contractsvrijheid van de partijen door middel van een maximering van de *LTV-ratio* aan te pakken.

14.3.2 *Het beleidsprocesmodel*

De tweede mogelijke verklaring voor het uitblijven van overheidsingrijpen in het hypotheekbeleid geeft het beleidsprocesmodel. Het uitgangspunt in dit model is dat bij de totstandkoming van beleid er een aantal vaststaande fasen doorlopen worden.⁴¹ Dit zijn achtereenvolgend: agendavorming, beleidsvoorbereiding en beleidsbepaling.⁴²

40 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 22, p. 47-48.

41 Woerdman 2009, p. 52.

42 De laatste twee fasen uit het model, de beleidsuitvoering en de beleidsevaluatie, laat ik verder buiten beschouwing. Ik ben op zoek naar een verklaring voor het uitblijven van een besluit, dus is van uitvoering en evaluatie geen sprake.

Bij agendavorming gaat het er om kwesties en problemen onder de algemene aandacht te brengen. Als burgers en groepen in de maatschappij zich bezighouden met een bepaalde kwestie, dan staat dit probleem op de publieke agenda. Het is in deze fase echter van belang om het probleem op de politieke agenda te krijgen. Dit houdt in dat het probleem aandacht krijgt van beleidsbepalers, zodat men mogelijk de kwestie aanpakt via overheidsbeleid.⁴³ De media spelen een sleutelrol bij de agendavorming. Zij informeren namelijk niet alleen de burgers over (voorgenomen) overheidsbeleid, zij informeren ook de overheid over de kwesties die op de publieke agenda staan.⁴⁴ Nu de ruimte die media hebben om over verschillende zaken te berichten beperkt is, krijgt niet elke kwestie evenveel aandacht. De media maken over het algemeen een selectie op basis van de beschikbare informatie, de nieuwsaarde van een kwestie en bedrijfseconomische overwegingen.⁴⁵ Als een punt op de publieke agenda vanuit geen van deze oogpunten interessant is, blijft de media-aandacht beperkt. Hierdoor is het onwaarschijnlijker dat het probleem op de politieke agenda komt en dat er een beleidsmatige aanpak van het probleem volgt.

In de volgende fase van het beleidsproces, de beleidsvoorbereiding, doen politieke actoren voorstellen voor beleid dat gericht is op de aanpak van een probleem op de politieke agenda. Dergelijke beleidsontwerpen komen tot stand na een proces van uitdenken en uitvechten.⁴⁶ Het uitdenken houdt in dat informatie over het probleem en over mogelijke oplossingen wordt verzameld en geanalyseerd. Vervolgens moeten de bij het ontwerp betrokken actoren met elkaar in debat over de in het voorstel te kiezen vorm van het beleid. Omdat elke actor zijn eigen belangen wil behartigen, en de belangen van actoren met elkaar kunnen conflicteren, is het voorgestelde beleid in sommige gevallen de uitkomst van een strijd tussen actoren.

In de fase van de beleidsbepaling besluit de overheid welk beleidsontwerp zal worden uitgewerkt tot beleid. Ook dit besluit is het resultaat van een strijd, omdat de verschillende ontwerpers allemaal hun voorstel uitgevoerd willen zien. Besluitvorming kan op drie manieren plaatsvinden: via synoptische besluitvorming, via incrementele besluitvorming of via *mixed scanning*.⁴⁷ Synoptische besluitvorming houdt in dat beleidsbepalers op basis van volledige informatie een rationele keuze maken voor het beste middel om een bepaald doel te bereiken. In werkelijkheid doen zich vrijwel altijd problemen voor wat betreft de rationaliteit van de beleidsbepaler, de

43 Van Deth & Vis 1990, p. 20-21.

44 Woerdman 2009, p. 53.

45 't Hart & Kok 1993, p. 142.

46 Woerdman 2009, p. 54.

47 Woerdman 2009, p. 55-57.

volledigheid van informatie, de vergelijking van alternatieven voor beleid of de rationaliteit van de besluitvorming. Hierdoor is er eigenlijk nooit sprake van synoptische besluitvorming. Bij incrementele besluitvorming kiezen de beleidsbepalers op basis van onvolledige informatie een van de beschikbare middelen om een probleem kwijt te raken. Het gaat hier doorgaans om bestuurders die onder veel druk staan. Nu voor een afwijking van het gevoerde beleid veel doorzettingsvermogen en informatie nodig zijn, kiezen de beleidsbepalers vaak voor kleine aanpassingen aan het huidige beleid. Hierbij werkt men problemen op de politieke agenda weg, maar lost men deze niet per se op. *Mixed scanning* is een mengvorm van de twee voorgaande methoden van besluitvorming. Het synoptische aspect is erin gelegen dat men de van het huidige beleid afwijkende beleidsalternatieven serieus in overweging neemt. Het incrementele element vindt men terug in het feit dat slechts een beperkt aantal alternatieven wordt beoordeeld. Voor het afwegen van alle mogelijke alternatieven is niet voldoende tijd en geld beschikbaar. De besluitvorming vindt daarom plaats op basis van ervaring, intuïtie en vooroordelen.

Als men de geschiedenis van het hypotheekbeleid analyseert aan de hand van het beleidsprocesmodel lijkt een eerdere overheidsingreep om restschulden te voorkomen te zijn blijven steken in de fase van de agendavorming. Uit het parlementair onderzoek van de tijdelijke commissie Huizenprijzen komt het beeld naar voren van een ongekeerd optimisme in de samenleving ten aanzien van de hypothecaire financiering dat de samenleving in de jaren voor de crisis domineerde.⁴⁸ Dit werd veroorzaakt door een jarenlange stijging van huizenprijzen en inkomens. Enerzijds leidde dit tot onvoorzichtiger consumenten, die slechts de ruime financieringsmogelijkheden voor ogen hadden. Eventuele waarschuwingen voor de risico's van bijvoorbeeld aflossingsvrije of beleggingshypotheken werden in de wind geslagen. In de voorgaande jaren hebben zich geen sprekende voorbeelden voorgedaan van de realisatie van het risico op restschulden; consumenten zagen geen reden om aan te nemen dat dat in hun geval wel kon gebeuren. Anderzijds resulteerde het grote optimisme tot onvoorzichtige hypotheekverstrekkers. Doordat grote winsten werden behaald met zeer risicovolle hypotheekconstructies, werden de genomen risico's achteraf gebagatelliseerd. Dit leidde tot zo veel euforie onder de hypotheekverstrekkers dat zij bij nieuwe hypotheeken nog grotere risico's accepteerden.

Doordat zowel de consument als de hypotheekverstrekker zich niet druk maakten om de risico's op restschulden bij de ruime verstrekking van nieuwe hypotheeken is dit probleem niet op de publieke agenda gekomen. De

48 Rapport Tijdelijke Commissie Huizenprijzen 2013, p. 36-37.

media hebben vervolgens de potentiële problemen met restschulden ook niet opgepakt, omdat de publieke agendering ontbrak. Als gevolg hiervan hebben de risico's op restschulden de politieke agenda niet bereikt voordat deze risico's zich hebben gerealiseerd. Op basis van het beleidsprocesmodel ben ik derhalve van mening dat een tweede mogelijke verklaring voor het uitblijven van eerder overheidsingrijpen in het hypotheekbeleid gezocht kan worden in een gebrek aan signalering van de problemen door de beleidsbepalers. Dit is veroorzaakt door een zeer groot optimisme ten aanzien van hypotheekverstrekking in de maatschappij.

14.3.3 *Het politiekessysteemmodel*

Het derde beleidsmodel dat ik bespreek, is het politiekessysteemmodel van Easton. Dit model gaat ervan uit dat de politiek een omzettingsproces is van signalen die vanuit de omgeving worden afgegeven.⁴⁹ De omgeving van het politieke systeem bestaat uit politieke actoren.⁵⁰ Dit kunnen individuele burgers zijn, maar bijvoorbeeld ook belangengroepen of lagere overheden. Zij hebben met elkaar gemeen dat zij zich allemaal actief bezig houden met politiek. De signalen die deze actoren afgeven, bestaan enerzijds uit wensen voor beleid en anderzijds uit steun voor beleid. Deze wensen en steun – ook wel *input* genoemd – bereiken niet direct het omzettingsproces. Ze moeten namelijk eerst langs de zogenaamde poortwachters komen.⁵¹ Poortwachters zijn bijvoorbeeld politieke partijen, belangengroepen, wetgevende organen en journalisten die prioriteit toekennen aan bepaalde wensen. Andere wensen worden genegeerd en bereiken het omzettingsproces niet. De *input* die langs de poortwachters komt, wordt door het politieke systeem omgezet in *output* in de vorm van beleid. Vervolgens vindt terugkoppeling plaats doordat de omgeving in reactie op het gevormde beleid nieuwe wensen en/of steun leveren aan het politieke systeem. Deze terugkoppeling noemt men de *feedback loop*.⁵²

Idealiter kan elk lid van de samenleving in een democratie zijn eigen wensen inbrengen in het politieke systeem. In werkelijkheid is het aantal mensen dat input levert aan het omzettingsproces echter beperkt. Enerzijds komt dit doordat niet ieder individu evenveel zeggenschap heeft binnen het politieke systeem. Sommige banen of maatschappelijke posities brengen immers meer invloed mee dan andere. Anderzijds is niet iedereen even geïnteresseerd in politiek. Derhalve is niet iedereen op de hoogte van de

49 Easton 1965, p. 29-31.

50 Woerdman 2009, p. 49.

51 Van Deth & Vis 1990, p. 28.

52 Easton 1965, p. 31-32.

mogelijkheden om wensen via het politieke systeem om te zetten in beleid.⁵³ Deze factoren beperken het aantal poortwachters binnen een samenleving. Het resultaat is dat individuen met weinig politieke invloed gehoor moeten vinden bij een poortwachter om hun wensen in het politieke systeem te brengen. Als dit niet lukt, zal de wens niet leiden tot beleid.

In de Nederlandse samenleving is er bijna geen maatschappelijke positie die meer politieke invloed met zich brengt dan die van een politicus. Ik zou daarom willen stellen dat politici in het Nederlandse politieke systeem de belangrijkste poortwachters zijn. Zij hebben immers direct invloed op welke wensen in aanmerking komen om te worden omgezet in beleid. Het is derhalve aannemelijk dat een oorzaak van het uitblijven van overheidsingrijpen in het hypotheekbeleid bij de politici ligt.

Als men de verkiezingsprogramma's van de verschillende politieke partijen voor de verkiezingen in de periode van 1998 tot 2012 bekijkt, dan valt op dat de meeste politieke partijen de problemen rond de restschulden ogenschijnlijk niet hebben voorzien. Weliswaar pleitten de RPF (die later op zal gaan in de ChristenUnie)⁵⁴ en de SGP⁵⁵ in 1998 voor beperkingen van de hypotheekrenteaftrek, maar dit was vooral ingegeven door de wens om de belastinginkomsten te vergroten en niet door de wens om de ruime hypotheekverstrekking af te remmen. Ook GroenLinks⁵⁶ en de SP⁵⁷ zagen in die tijd graag een maximering van de hypotheekrenteaftrek, maar zij motiveerden die wens met het streven om hoge- en lage inkomensgroepen gelijk te behandelen.

In 2002 benoemde de SGP als eerste expliciet dat de hypotheekrenteaftrek de leenmogelijkheden aanzienlijk verruimt en daarmee een prijsstijging bewerkstelligt.⁵⁸ In 2003 sloot D66 zich bij dit standpunt aan⁵⁹ en in 2006 nam ook de SP⁶⁰ dit punt in haar verkiezingsprogramma op. Pas in 2010, toen de omvang en de gevolgen van de crisis duidelijk waren, luidden ook de ChristenUnie,⁶¹ GroenLinks⁶² en de Partij van de Arbeid⁶³ de noodklok over de prijsverhogende effecten van het hypotheekbeleid.

53 Easton 1965, p. 93-94.

54 RPF 1998, p. 36, 61.

55 SGP 1998, p. 25-26.

56 GroenLinks 1998, p. 41.

57 SP 1998, p. 13-14.

58 SGP 2002, p. 39-40.

59 D66 2003, p. 184.

60 SP 2006, p. 73, 76.

61 ChristenUnie 2010, p. 45-46.

62 GroenLinks 2010, p. 28, 30.

63 PvdA 2010, p. 64-65.

Bij de verkiezingen van 2012, toen de eerste problemen met restschulden zich hadden aangediend, was de trend waarneembaar dat alle partijen het aflossen van de hypotheekschuld wilden aanmoedigen. Hiermee wilden zij de kans op restschulden bij nieuwe hypotheekverkleinen. Ook het CDA⁶⁴ en de VVD,⁶⁵ partijen die tot dat moment geen reden zagen om het hypotheekbeleid te wijzigen, pleitten dan in hun verkiezingsprogramma's voor maatregelen om het aflossen van de hypotheek aantrekkelijker te maken. In de parlementaire geschiedenis zijn wel signalen terug te vinden die duiden op het voorzien van de restschuldproblematiek. Zo stelden de Kamerleden van de SP bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Wet IB 2001 al vragen over de prijsopdrijvende effecten van de hypotheekrenteaftrek als gevolg van verruimde leenmogelijkheden.⁶⁶ De overheid weet de prijsontwikkeling op de woningmarkt echter voornamelijk aan andere oorzaken dan het systeem van de hypotheekrenteaftrek, omdat er op dat moment al jaren geen wijzigingen in de hypotheekrenteaftrek waren doorgevoerd. Daarnaast uitten de Kamerleden van de PvdA bij dezelfde gelegenheid zorgen over hypotheeklen met een leenbedrag dat hoger ligt dan de waarde van de onderliggende woning.⁶⁷ De overheid beschouwt dit verschijnsel echter als uitkomst van de contractsvrijheid van partijen en wil daar niet aan tornen.

Bovendien stelden de fracties van het CDA, de PvdA, de SGP en de Christen-Unie bij de parlementaire behandeling van de Bijleenregeling vragen over de mogelijke gevolgen van een afname in de bereidheid om de hypotheek af te lossen.⁶⁸ De overheid reageerde hierop door te stellen dat de Bijleenregeling geen prikkels verstrekt die leiden tot een afname in de bereidheid om af te lossen. Op mogelijke gevolgen van het in mindere mate aflossen van hypotheeklen ging men inhoudelijk niet in.

Terugkijkend op de partijprogramma's voor de Tweede Kamerverkiezingen vanaf 1998 tot aan 2012 valt op dat de restschulden daarin geen of een bescheiden rol spelen. Ook bij de schaarse aangelegenheden waarbij men de dreiging van restschulden aan de orde stelde in het parlement, bestond bij lange na niet een Kamermeerderheid die voor een ingreep in het hypotheekbeleid was. Dit is begrijpelijk als men bedenkt dat het wijzigen van bijvoorbeeld de hypotheekrenteaftrek voor de burger voelt als een belastingverhoging. Een dergelijke impopulaire maatregel vermijden politici bij

64 CDA 2012, p. 15.

65 VVD 2012, p. 36, 39.

66 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 7, p. 179.

67 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 7, p. 181-182.

68 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 210, nr. 22, p. 46-47.

voorkeur. Dit neemt echter niet weg dat de politici met de poortwachtersfunctie een belangrijke rol vervullen ten aanzien van de totstandkoming van overheidsbeleid. Wanneer de wensen van politieke actoren ten aanzien van een bepaald probleem niet worden omgezet in beleid, kan dit namelijk grote gevolgen hebben. De parlementaire desinteresse ten aanzien van de restschuldproblematiek is hier een goed voorbeeld van. Het politieke-systeemmodel benadrukt dit belang van de poortwachtersfunctie. Op grond van dit model ben ik derhalve van mening dat een derde mogelijke verklaring voor het uitblijven overheidsingrepen gezocht kan worden in de vervulling van de poortwachtersfunctie door politici in het Nederlandse politieke systeem.

14.3.4 *Het barrièremodel*

Een vierde mogelijk interessant beleidsmodel is het barrièremodel, gebaseerd op de *non-decision*-gedachte van Bachrach en Baratz.⁶⁹ Dit model gaat ervan uit dat overheidsingrijpen ten aanzien van een bepaald probleem steeds tot stand komt na het nemen van een aantal vaststaande hindernissen.⁷⁰ Deze barrières zijn achtereenvolgend: herkenning van het probleem als politiek probleem, toekenning van een hoge prioriteit aan het probleem en het nemen van een besluit ten aanzien van het probleem.⁷¹ Dit model toont aan dat beleid doorgaans de uitkomst is van een politieke concurrentiestrijd: degene die een beleid of een beleidswijziging wenst, dient elke barrière te passeren.⁷² Tegenstanders die graag alles bij het oude willen laten, hebben een veel eenvoudigere opgave. Zij hoeven de strijd slechts bij één van de barrières in hun voordeel te beslissen om hun zin door te drijven. Wanneer een wens strandt bij de eerste barrière, en men het aangekaarte probleem dus niet als een politiek probleem bestempelt, is sprake van een *non-issue*.⁷³ Als wel sprake is van een politiek probleem, moet het vervolgens op de politieke agenda belanden. Door het grote aantal politieke problemen komen slechts problemen met een hoge prioriteit op de politieke agenda. Bij problemen die de agenda niet halen en die de overheid niet aanpakt, spreekt men over *non-output*. Over problemen die wel op de politieke agenda komen, dient de overheid een besluit te nemen. Voor een dergelijk besluit is een meerderheid nodig. Als deze meerderheid ontbreekt, blijft een

69 Bachrach & Baratz 1970, p. 3-16.

70 Woerdman 2009, p. 62.

71 De laatste barrière uit het model, het uitvoeren van het besluit, laat ik verder buiten beschouwing. Ik ben op zoek naar een verklaring voor het uitblijven van een besluit, dus is van uitvoering geen sprake.

72 Van Deth & Vis 1990, p. 30.

73 Woerdman 2009, p. 62-63.

besluit uit. Wanneer over het probleem niet eerder een besluit genomen was, dan spreekt men van *non-policy*. Als het besluit inhoudt dat het eerdere beleid ongewijzigd wordt voortgezet, spreekt men over een *non-decision*. Wanneer wel een meerderheid voor het besluit te vinden is, komt het beleid of de beleidswijziging tot stand.

Als de huizenprijzen na de kredietcrisis beginnen te dalen, verwordt de restschuldproblematiek tot een politiek probleem. Hiermee is de eerste barrière genomen. De tweede barrière, het verkrijgen van prioriteit in de politieke agenda, blijkt echter een lastigere hindernis. In 2011 geeft de overheid in de Woonvisie namelijk aan in te willen zetten op aanscherping van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (de door de hypotheekverstrekkers opgestelde gedragsregels), aanscherping van de voorwaarden van de NHG en de invoering van een gedragscode voor de bancaire sector.⁷⁴ De overheid verkoos op dat moment een marktconforme oplossing boven een ingreep van overheidswege. Uiteindelijk kondigde de overheid pas in 2012 aan, na het uitbreken van de eurocrisis, dat het tegengaan van de schuldenlast in Nederland ‘nog pregnanter op de agenda’⁷⁵ was gekomen en dat er een overheidsmaatregel in de vorm van de maximering van de *LTV-ratio* zou komen.⁷⁶ Naar het zich laat aanzien kende de overheid pas vanaf dat moment prioriteit toe aan de restschuldproblematiek.

Maar zelfs daarna nog wees de Raad van State in zijn advies over het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 op het bestaan van de zelfregulering door hypotheekverstrekkers in de vorm van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen.⁷⁷ De Raad van State opperde de mogelijkheid om deze regels aan te scherpen in plaats van wetgevend in te grijpen. Ook wees de Raad op de eigen verantwoordelijkheid van consumenten bij het aangaan van de hypotheek. Hieruit zou men kunnen afleiden dat de Raad van State van mening is dat de aanpak van de restschuldproblematiek niet per se de hoogste prioriteit zou moeten hebben voor de overheid. In plaats daarvan zou de overheid een oplossing aan de hypotheekmarkt over moeten laten.

Uit het bovenstaande blijkt dat het lang geduurd heeft voor de wetgever prioriteit toekeende aan de aanpak van de restschuldproblematiek. Zelfs nu zij dit wel gedaan heeft, is de Raad van State niet overtuigd van die keuze. In het licht van deze bevindingen ben ik van mening dat op basis van het barrièremodel een vierde verklaring voor het uitblijven van overheidsingrijpen

74 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 847, nr. 1, p. 25.

75 *Kamerstukken I* 2011/12, 33 280, nr. 4, p. 2.

76 *Kamerstukken I* 2011/12, 33 280, nr. 4, p. 4.

77 RvS-advies financiële markten 2013, p. 3.

in het hypotheekbeleid gezocht kan worden in het gebrek aan prioriteit van de overheid voor de aanpak van de restschuldproblematiek.

14.4 Afronding

Op grond van al het bovenstaande moge het duidelijk zijn dat het overheidsbeleid ten aanzien van de woningmarkt de afgelopen decennia gericht was op het stimuleren van het eigenwoningbezit. Hiertoe werden subsidies verstrekt en werd de leningbereidheid vergroot door de invoering van de NHG en de fiscale behandeling van de eigen woning. Toen de huizenprijzen onder invloed van de crisis daalden, werd duidelijk welke problemen er als gevolg van ruime financieringsmogelijkheden konden ontstaan. De hypothecaire leningen blijken hoger dan de waarde van de onderliggende woning en bij een eventuele verkoop dreigt een restschuld. De overheid hoopt nieuwe restschulden in de toekomst te voorkomen door na jaren van ruimhartig beleid ten aanzien van hypothecaire financieringen nu in te grijpen in de contractsvrijheid van partijen. Deze ingreep bestaat in de maximalisering *LTV-ratio* voor nieuwe hypotheke.

Na een parlementair onderzoek concludeerde de Tijdelijke commissie huizenprijzen dat de overheid in crisistijd te weinig heeft gedaan om de ruime financieringsmogelijkheden terug te dringen. Bovendien hadden de maatregelen die de overheid neemt ter voorkoming van meer restschulden op een eerder tijdstip genomen moeten worden. Uit de door mij getoetste beleidsmodellen blijkt dat de verklaring voor eerder overheidsingrijpen grofweg tweeledig is.

Aan de ene kant is er de pad-afhankelijkheid. De overheid blijkt een grote neiging te hebben om vast te houden aan eerder ingezet overheidsbeleid. Voor kleine aanpassingen om problemen te voorkomen staat de overheid open, maar het optreden van serieuze problemen lijkt nodig om de overheid te bewegen tot een beleidswijziging.

Aan de andere kant is er de kwestie van de signalering van het probleem door de overheid. Hierbij wijzen de verschillende beleidsmodellen op verschillende oorzaken. Het beleidsprocesmodel wijst voornamelijk naar de agendavorming. Door de alsmaar stijgende huizenprijzen is het risico op een restschuld pas in een laat stadium een publiek probleem geworden, waardoor de restschuldproblematiek ook pas laat onder de aandacht van de overheid kwam. Het politiekessysteemmodel wijst daarentegen in de richting van de politici. Zij vervullen een poortwachtersfunctie ten aanzien van de totstandkoming van overheidsbeleid en zouden te weinig aandacht gehad hebben voor de dreigende restschuldproblematiek. Het barrièremodel wijst op haar beurt naar de overheid zelf. Zij zou lange tijd te weinig

prioriteit hebben toegekend aan de restschuldproblematiek, waardoor een beleidswijziging te lang op zich heeft laten wachten.

Natuurlijk is het makkelijk om met achteraf verworven kennis te oordelen over de aanpak van de restschuldproblematiek. Desondanks kunnen er waardevolle lessen over het beleidsvormingsproces getrokken worden uit eerdere dossiers. Dit is met name het geval als uit parlementair onderzoek blijkt dat problemen met beleid gedeeltelijk aan de overheid te wijten zijn, zoals het geval was bij de aanpak van de restschuldproblematiek. De overheid zou daarom naar mijn mening bij toekomstige besluitvorming niet blind mogen zijn voor het verleden.

Overigens ben ik van mening dat het een kwalijke zaak is dat de overheid de valkuilen bij de totstandkoming van beleid niet beter in het oog houdt. Het is immers de burger die doorgaans de nadelige gevolgen van een gebrekkige beleidsvorming ondervindt. Een overduidelijk voorbeeld blijkt uit de restschuldproblematiek. Derhalve zou de overheid mijns inziens moeten overgaan tot een grondige evaluatie van het beleidsproces. Als de zwakke plekken van de Nederlandse beleidsvorming worden geïdentificeerd, kan immers beter gereageerd worden op signalen vanuit de samenleving. Grote problemen, zoals die bij hypothecaire restschulden, kunnen hierdoor in de toekomst voorkomen worden. Op die manier wordt de wetgever weer wat zij altijd geacht wordt te zijn: een vertegenwoordiging van het volk die zich bezighoudt met de aanpak van problemen in de samenleving.

Literatuurlijst

Bachrach & Baratz 1970

P. Bachrach & M.S. Baratz, *Power and Poverty: Theory and Practice*, New York: Oxford University Press 1970.

CDA 2012

Iedereen, Verkiezingsprogramma CDA 2012, Den Haag: Christen Democratisch Appèl 2012, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/501154cdb1720>.

ChristenUnie 2010

Vooruitzien: christelijk-sociaal perspectief, Verkiezingsprogramma ChristenUnie 2010, Amersfoort: ChristenUnie 2010, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/4c31f9fa7174d>.

D66 2003

Juist nu, Verkiezingsprogramma D66 2003, Den Haag: Democraten 66, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/4c73b7769bbd2>.

David 1985

P.A. David, 'Clio and the Economics of QWERTY', *The American Economic Review* 1985-75(2), p. 332-337.

Van Deth & Vis 1990

J.W. van Deth & J.C.P.M. Vis, *Politieke problemen: achtergronden, oorzaken, verklaringen, oplossingen, vooruitzichten*, Leiden: Stichting Burgerschapskunde 1990.

Easton 1965

D. Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, New York: John Wiley & Sons 1965.

Fleming 2013

D. Fleming, 'Opleving woningmarkt is tijdelijke oprisping', *ING Kwartaalmonitor Woningmarkt* 2012-3, p. 1-2.

GroenLinks 1998

Verkiezingsprogramma GroenLinks 1998, Utrecht: GroenLinks 1998, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/4c7108521d543>.

GroenLinks 2010

Klaar voor de toekomst, Verkiezingsprogramma GroenLinks 2010, Utrecht: GroenLinks 2010, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/4c334cd23491e>.

't Hart & Kok 1993

H. 't Hart & W. Kok, 'Publieke opinie, communicatiemedia en politiek', in: R.B. Andeweg, A. Hoogerwerf & J.J.A. Thomassen, *Politiek in Nederland*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 121-144.

De Kam 1997

C.A. de Kam, 'De logica van de hypotheekrente-aftrek', *ESB* 1997, p. 94.

NHG-jaarrekening 1993/94

Jaarrekening 1993/94 & Liquiditeitsprognose 1995-2000 Nationale Hypotheek Garantie, Zoetermeer: Stichting WEW 1995.

Pierson 2000

P. Pierson, 'Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics', *The American Political Science Review* 2000-94(2), p. 251-267.

PvdA 2010

Iedereen telt mee, Verkiezingsprogramma PvdA 2010, Amsterdam: Partij van de Arbeid 2010, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/4c31ea46d5729>.

Rapport Tijdelijke Commissie Huizenprijzen 2013

Kosten Koper – Een reconstructie van 20 jaar stijgende huizenprijzen, Kamerstukken II 2012/13, 33 194, nr. 3.

RPF 1998

Recht uit het hart: christelijk sociaal perspectief, Verkiezingsprogramma RPF 1998, Nunspeet: Reformatorische Politieke Federatie 1998, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/4c710e5b5b3df>.

RvS-advies financiële markten 2013

Advies inzake het ontwerp Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 (advies van 14 november 2012, no. W06.12.0382/III), Den Haag: RvS 2012.

SGP 1998

Woord houden, Verkiezingsprogramma SGP 1998, Rotterdam: Staatkundig Gereformeerde Partij 1998, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/4c34956fd-d8ef>.

SGP 2002

Tot Uw dienst, Verkiezingsprogramma SGP 2002, Rotterdam: Staatkundig Gereformeerde Partij 2001, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/4c34945c6ae2f>.

SP 1998

Tegengas!, Verkiezingsprogramma SP 1998, Amersfoort: Socialistische Partij 1998, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/4c71009a063d0>.

SP 2006

Een beter Nederland, voor hetzelfde geld, Verkiezingsprogramma SP 2006, Amersfoort: Socialistische Partij 2006, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/4c75312f3757e>.

VVD 2012

Niet doorschuiven maar aanpakken, Verkiezingsprogramma VVD 2012, Den Haag: Volkspartij voor Vrijheid en Democratie 2012, te raadplegen op <http://irs.ub.rug.nl/dbi/5045a5ba4f4a8>.

Woerdman 2009

E. Woerdman, *Politiek en politicologie*, Groningen/Houten: Noordhoff 2009.

XV Het ongewijzigde ontslagrecht verklaard

S. Salah

Een Nederlandse werkgever heeft twee afzonderlijke mogelijkheden om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eenzijdig te beëindigen: ontbinding of opzegging. Mijn bijdrage richt zich op de laatste mogelijkheid. Op grond van de bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets uit het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen behoeft de werkgever toestemming van een publiekrechtelijke instantie alvorens hij een arbeidsovereenkomst eenzijdig kan opzeggen. Deze ontslagtoets is tijdens de Tweede Wereldoorlog ingevoerd als arbeidsmarktpolitieke maatregel om de wederopbouw te bespoedigen. Hoewel de arbeidsmarkt sindsdien ingrijpend is veranderd en er verschillende initiatieven zijn geweest om de ontslagtoets te herzien, bestaat deze toets in essentie nog steeds. Op basis van een analyse van de politieke besluitvorming in de periode Kok I tot Rutte II probeer ik in deze bijdrage een verklaring te vinden voor dit verschijnsel. Uit deze analyse blijkt dat de belangrijkste verklaring voor het ongewijzigd blijven van het ontslagrecht is gelegen in de grote tegengestelde belangen terzake, zowel binnen de politiek als tussen werkgevers en werknemers. Een andere verklaring ligt in de afgenomen relevantie van de preventieve ontslagtoets door de toegenomen flexibilisering van arbeidsverhoudingen.

15.1 Inleiding

Het ontslagrecht is al jaren onderwerp van politieke discussie. Deze discussie richt zich in belangrijke mate op het duale ontslagstelsel. Dit stelsel houdt in dat de werkgever twee los van elkaar staande mogelijkheden heeft om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eenzijdig te beëindigen. De werkgever kan de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden,¹ en hij kan het UWV WERKbedrijf vragen om een ontslagvergunning om daarna de arbeidsovereenkomst op te zeggen.² Deze laatste route bestaat sinds het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (hierna: BBA) 1944 en houdt een bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets in. Gezien het civielrechtelijke karakter van de arbeidsovereenkomst is het opvallend dat een voorgenomen eenzijdige opzegging van deze arbeidsovereenkomst door de werkgever getoetst wordt door een bestuursrechtelijke

1 Art. 7:685 BW.

2 Art. 6 lid 1 BBA 1945.

instantie. Welke redenen lagen ten grondslag aan de invoering van deze bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets?

Hoewel er in het verleden verschillende initiatieven tot hervorming van het ontslagrecht zijn geweest, is het tot op heden nooit zover gekomen. In het kader van het thema ‘Politiek Privaatrecht’ is dit mijns inziens interessant, omdat bij uitstek in het ontslagrecht politieke ideologieën lijnrecht tegenover elkaar lijken te staan. Een politieke ideologie is in dit verband een samenhangend geheel van opvattingen over de inrichting van de samenleving en de rol van de overheid daarin.³ Het liberalisme en het socialisme zijn in het kader van het ontslagrecht naar mijn mening mijns inziens twee uitersten. Aanhangers van het liberalisme zijn in de regel voorstanders van een vrije arbeidsmarkt, zonder veel belemmerende ontslagbescherming. Het kernidee van het liberalisme is immers dat de menselijke vrijheid het hoogste goed is en dat de overheid deze vrijheid moet beschermen.⁴ Terwijl het liberalisme de nadruk legt op individuele vrijheid, legt het socialisme juist de nadruk op het realiseren van economische gelijkheid.⁵ Het socialisme is meer gericht op de gemeenschap als geheel, waarbij individuele rechten steeds worden getoetst aan het maatschappelijk belang. Aanhangers van het socialisme zijn juist voorstanders van bescherming van zwakere partijen op de arbeidsmarkt, bijvoorbeeld door bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag. Ik verwacht dat deze voorkeuren terug te zien zijn in de standpunten van de politieke partijen en in de politieke besluitvorming inzake het ontslagrecht. Het analyseren van de ongewijzigde bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets is bovendien interessant omdat deze bestuursrechtelijke toezichtroute op gespannen voet lijkt te staan met het privaatrechtelijke beginsel van contractvrijheid.⁶

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal: welke verklaring bestaat er voor het gegeven dat de politieke besluitvorming in de periode Kok I tot Rutte II niet heeft geleid tot afschaffing van de opzegging van de arbeidsovereenkomst via de BBA-route? Aan de hand van een analyse van de politieke besluitvorming wil ik verklaren waarom het ontslagrecht in weerwil van verschillende initiatieven daartoe tot op heden niet structureel is hervormd. Hierbij beperk ik mij tot de opzegging van de arbeidsovereenkomst via de BBA-route en tot de politieke besluitvorming in de kabinetten Kok I tot Rutte II. Na de wereldwijde economische crisis van de jaren tachtig

3 Deschouwer & Hooghe 2011, p. 63 e.v.

4 Deschouwer & Hooghe 2011, p. 65-66.

5 Deschouwer & Hooghe 2011, p. 73-74.

6 Zie over deze contractvrijheid in het privaatrecht uitgebreid Hartlief 1999.

van de vorige eeuw is de welvaart in Nederland in deze periode flink toegenomen⁷ en zijn de maatschappelijke verhoudingen gewijzigd. Juist onder deze omstandigheden is het interessant om te onderzoeken wat het in stand blijven van de ontslagtoets uit het BBA verklaart. Bovendien is de Nederlandse arbeidsmarkt in de periode die ik ga analyseren aan veel veranderingen onderhevig geweest. Hierbij denk ik onder meer aan de vergrijzing en ‘ontgroening’ waar de arbeidsmarkt halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw mee te maken kreeg.⁸ Deze ontwikkeling zorgt voor extra druk op de arbeidsmarkt waardoor het ontslagrecht mijns inziens in de politiek aan relevantie wint. Ditzelfde geldt voor de toenemende mate van flexibilisering en differentiatie van de arbeidsverhoudingen in deze periode.⁹ Met de flexibilisering van de arbeidsverhoudingen lijken wijzigingen in de arbeidsrechtelijke wetgeving noodzakelijk. In de politiek is deze flexibilisering dan ook opgemerkt en men is daarmee voortvarend aan de slag gegaan.¹⁰ Al met al resulteren deze ontwikkelingen in omvangrijke veranderingen op de arbeidsmarkt waardoor het extra interessant is om juist in deze periode te analyseren hoe het kan dat de politieke besluitvorming niet heeft geleid tot afschaffing van de preventieve ontslagtoets.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 bespreek ik de invoeringsgeschiedenis van de bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets.¹¹ In paragraaf 3 breng ik de politieke besluitvorming over deze ontslagtoets in de periode Kok I tot Rutte II in kaart. Deze analyse is niet uitputtend bedoeld, omdat ik alleen de wetsvoorstellen bespreek die voor deze bijdrage relevant zijn. Bovendien laat ik de problematiek omtrent de ontslagvergoedingen en het sociale zekerheidstelsel in samenhang met de ontslagtoets buiten beschouwing. In paragraaf 4 analyseer ik de politieke besluitvorming en

7 Zo blijkt uit cijfers van het CBS dat het laagste inkomensniveau – zowel gestandaardiseerd als besteedbaar – van huishoudens in de periode 1977 tot en 2010 is gemeten in 1985, ten tijde van de wereldwijde economische crisis. Hierna is een stijgende trend te zien in het inkomensniveau in Nederland. Zie CBS Welvaart in Nederland 2012, p. 20-21.

8 SCP Toekomst arbeidsmarkt en sociale zekerheid 2005, p. 25 e.v.

9 Zie bijv.: CBS/TNO Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt 2013.

10 Zie bijv.: Notitie Toetsing van ontslag, *Kamerstukken II* 1992/1993-1994/95, 22 977, nr. 1-34; Nota Flexibiliteit en Zekerheid, *Kamerstukken II* 1995/96-1996/97, 24 543, nr. 1-12; Wetsvoorstel Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (Flexibiliteit en zekerheid), *Kamerstukken II* 1996/97-1997/98, 25 263, nr. 1-43; *Kamerstukken I* 1997/98-2000/01, 25 263, nr. 26-132g.

11 Zie over deze invoeringsgeschiedenis tevens Scholtens 2005. Ik besteed de meeste aandacht aan de invoeringsgeschiedenis van het BBA 1945, omdat dit besluit thans nog geldig is.

bespreek ik de verklaringen voor het ongewijzigd blijven van het ontslagrecht. De conclusie volgt in paragraaf 5.

15.2 Invoeringsgeschiedenis BBA 1945

15.2.1 *De situatie voor 1945*

Vóór de totstandkoming van het eerste BBA in 1944 golden de bepalingen van de Wet van 13 juli 1907 voor de beëindiging van arbeidsovereenkomsten.¹² Deze wet bepaalde dat een opzegtermijn in acht genomen moest worden. De opzegtermijnen waren echter zeer kort: zelfs opzegtermijnen van één uur of één dag waren gebruikelijk.¹³ Deze wet bepaalde niet dat er een geldige reden aan het ontslag ten grondslag moest liggen. Een volgende fase voor het ontslagrecht brak aan toen Duitsland tijdens de Tweede Wereldoorlog op 10 mei 1940 Nederland binnenviel. Hierna gold naar het voorbeeld van de Duitse *Verordnung über die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels* van 1 september 1939 een ontslagverbod in Nederland. Op grond van dit verbod moesten zowel werkgevers als werknemers toestemming vragen van de directeur van het Arbeidsbureau alvorens zij hun arbeidsverhouding konden beëindigen.¹⁴

Het Londense Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1944,¹⁵ het eerste BBA, is in de Tweede Wereldoorlog ontworpen door de Nederlandse regering die ten tijde van de Duitse bezetting in Londen verbleef.¹⁶ Op grond van dit besluit waren werkgevers verplicht toestemming te vragen van de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau alvorens zij een arbeidsovereenkomst konden opzeggen.¹⁷ Dit besluit was aanvankelijk – vanaf 17 juli 1944 – enkel van kracht in het bevrijde Zuid-Nederland, maar gold vanaf 5 mei 1945 voor het gehele land.¹⁸ Het BBA 1944 kende enkel een ontslagverbod voor werkgevers.¹⁹ De Nederlandse regering meende dat na de oorlog voldoende werknemers beschikbaar zouden zijn

12 Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

13 Naber 1981, p. 19.

14 Naber 1981, p. 30.

15 *Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 17 juli 1944*, *Stb.* 1944, E 52. Gezien de omvang van deze bijdrage kan ik helaas enkel zeer beperkt ingaan op het BBA van 1944.

16 Zie *Stb.* 1944, E 52.

17 Naber 1981, p. 31.

18 Naber 1981, p. 31.

19 BBA van 17 juli 1944, *Stb.* 1944, E 52. Zie over het BBA van 1944 uitvoerig: Naber 1981, p. 53 e.v.

en dat een ontslagverbod voor werknemers daarom niet nodig was. Al snel bleek dit een misvatting; het tekort aan werknemers bleek enorm, terwijl er tegelijkertijd veel werk te verzetten was.²⁰ Naar aanleiding hiervan werd het BBA in december 1944 gewijzigd zodat het ontslagverbod krachtens het BBA 1945 ook voor werknemers zou gaan gelden.²¹

15.2.2 *Het BBA 1945*

Het BBA 1945 is als opvolger van het BBA 1944 kort na de Tweede Wereldoorlog ingevoerd en was één van de arbeidsmarktpolitieke maatregelen om de productie te stimuleren en de werkgelegenheid te bevorderen ten einde het economisch herstel van Nederland te bespoedigen.²² Dit BBA is tot stand gekomen bij ‘wetsbesluit’ van 5 oktober 1945 en is tien dagen hierna in werking getreden.²³ Het is een zogenoemd wetsbesluit omdat het als noodwetgeving door de Kroon tot stand is gekomen zonder medewerking van het parlement.²⁴ De bijzondere omstandigheden na de Tweede Wereldoorlog rechtvaardigden dergelijke maatregelen in Nederland. De preventieve ontslagtoets was bedoeld als noodwetgeving van tijdelijke aard en zou vervangen moeten worden door een wettelijke regeling.²⁵ Zo valt in de toelichting bij het BBA 1945 te lezen: ‘De nieuwe regeling zal een tijdelijk karakter dragen en zoo spoedig mogelijk moeten worden vervangen door een wettelijke regeling (...)’²⁶

Voor de invoering van het BBA en de daarin opgenomen bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets kunnen globaal drie motieven worden aangedragen. Men beoogde bescherming van de belangen van werknemers, bescherming van de belangen van werkgevers, en bevordering van de rust op de arbeidsmarkt.²⁷ Dit laatste was in de naoorlogse periode met het oog op de wederopbouw zeer belangrijk. Niet de bescherming van werknemers, maar het algemeen belang stond voorop: de wederopbouw en de

20 Ringeling 1953, p. 20.

21 Besluit van 29 december 1944 van het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen, *Stb.* 1944, E 157.

22 Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 139-140. Zie tevens Peters 2006, p. 264.

23 Besluit van 5 oktober 1945, houdende vaststelling van het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945, *Stb.* 1945, F 214.

24 Peters 2006, p. 264. Nu er geen parlementaire behandeling heeft plaatsgevonden, ontbreekt de gebruikelijke Memorie van Toelichting en kan het lastig zijn om de bedoeling van de wetgever terug te vinden.

25 *Wetsbesluiten* 1947, p. 289.

26 *Wetsbesluiten* 1947, p. 289.

27 Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 139.

daarmee onlosmakelijk verbonden continuïteit van de bedrijfsvoering.²⁸ Het ontslagverbod was tevens bedoeld om te voorkomen dat werknemers te gemakkelijk zouden kunnen overstappen naar bedrijfstakken die minder belangrijk waren voor de wederopbouw.²⁹ De ontslagregel in het BBA was er dus om de mobiliteit van werknemers tussen sectoren te beperken, zodat de essentiële sectoren voor de wederopbouw over voldoende werknemers zouden kunnen beschikken. Toen de wederopbouw in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw voltooid was, kregen de ontslagbepalingen in het BBA als doel de bescherming van de belangen van werkgever en werknemer en het voorkomen van onredelijke ontslagen.³⁰

Het toenmalige artikel 6 BBA 1945 bepaalde dat *werkgevers en werknemers* de arbeidsverhouding niet mochten beëindigen zonder toestemming van de directeur van het Gewestelijke Arbeidsbureau.³¹ Het ontslagverbod uit het BBA 1945 was een complement van de destijds ingevoerde herplaatsingsplicht.³² Deze herplaatsingsplicht hield in dat werkgevers een werknemer wiens arbeidsovereenkomst na 9 mei 1940 door ingrijpen van de bezetter was beëindigd, zonder meer weer in dienst moesten nemen.³³ Werkgevers hoefden hier enkel niet toe over te gaan indien de betreffende werknemer zich niet binnen een maand nadat de gelegenheid daartoe ontstond had gemeld, indien de voormalige arbeidsverhouding geen duurzaam karakter had, of indien de betreffende werknemer zich ‘onvaderlandslievend’ had gedragen.³⁴ Zonder het toestemmingsvereiste van artikel 6 BBA 1945 zou de herplaatsingsplicht kunnen worden omzeild. Werkgevers zouden werknemers dan immers weer in dienst kunnen nemen en daarmee voldoen aan de herplaatsingsplicht, maar vervolgens zouden zij hen zonder geldige reden kunnen ontslaan. Het doel van de herplaatsingsplicht zou op deze manier niet worden verwezenlijkt. Tevens gold op grond van het toenmalige artikel 8 BBA 1945 een verbod op werktijdverkorting dat om dezelfde reden als het ontslagverbod nodig was als complement van de herplaatsingsverplichting. Het ontslagverbod voor werknemers uit het BBA

28 Naber 1981, p. 61-62.

29 Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 139. Essentieel voor de wederopbouw was bijvoorbeeld de bouwsector.

30 Peters 2006, p. 267.

31 Op grond van het voormalige artikel 6 lid 3 BBA 1945 zijn nadere regels gesteld. Deze regels zijn opgenomen in het Ontslagbesluit, Besluit van 7 december 1998, Stcrt. 238, zie Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V*), nr. 330, p. 207.

32 Zie het voormalig artikel 4 BBA 1945.

33 Wetsbesluiten 1947, p. 289 (toelichting op artikel 4). Vgl.: Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 139.

34 Wetsbesluiten 1947, p. 290.

1945 is per 1 januari 1999 geheel afgeschaft onder andere omdat het in strijd zou zijn met het recht op vrije arbeidskeuze.³⁵

15.2.3 *Vergelijking met het heden*

Het huidige artikel 6 lid 1 BBA 1945 bepaalt dat de werkgever voor de opzegging van de arbeidsverhouding in beginsel voorafgaande toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna: ‘UWV WERKbedrijf’) behoeft. Zonder deze toestemming is het ontslag op grond van artikel 9 lid 1 BBA 1945 vernietigbaar. Hoewel de ontslagtoets van het BBA van 1945 als noodwetgeving gericht op de wederopbouw tot stand is gekomen, bestaat deze ontslagtoets nog steeds. In de jaren na de Tweede Wereldoorlog heeft de Nederlandse economie zich wereldwijd ontwikkeld tot een sterke economie.³⁶ De chaos die bestond op de arbeidsmarkt is verdwenen en de arbeidsmarkt kenmerkt zich thans niet door een tekort, maar juist door een overschot aan werknemers. Volgens berekeningen van het Centraal Bureau voor de Statistiek was in april 2013 8,2% van de beroepsbevolking werkloos.³⁷ Deze omstandigheden verschillen aanzienlijk van de omstandigheden ten tijde van de invoering van het BBA 1945. Bovendien is de huidige werknemer in tijden van flexibilisering, toegenomen mobiliteit en overgang van industrie naar dienstensector niet vergelijkbaar met de werknemer ten tijde van de invoering van het BBA. De huidige werknemer is mondig, gesteld op zelfbeschikking en wil daarin serieus genomen worden.³⁸ Er zullen uiteraard nog groepen werknemers zijn die extra bescherming behoeven: de vraag is echter of het ontslagverbod in het BBA hiertoe het geëigende middel is. Met de ontslagbescherming van het BBA lijkt het immers wel mee te vallen. In 80% van de gevallen wordt toestemming voor het ontslag verleend en ook indien toestemming geweigerd wordt, blijkt de arbeidsovereenkomst binnen een jaar alsnog langs een andere weg te zijn beëindigd.³⁹

35 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300 (Flexibiliteit en Zekerheid). Zie tevens *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 34.

36 Zo staat Nederland op de zevende plaats op de Global Competitiveness Index 2011-2012: The Global Competitiveness Report 2011, p. 15.

37 Centraal Bureau voor de Statistiek, ‘Werkloosheid verder toegenomen’, persbericht d.d. 15 mei 2013. te raadplegen op <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/arbeid-sociale-zekerheid/publicaties/artikelen/archief/2013/2013-035-pb.htm>.

38 Hartlief 2008, p. 759.

39 Zie onder andere: Grapperhaus 2012; Grapperhaus & Schils 2007 en Grapperhaus 2006.

15.3 Politieke besluitvorming Kok I tot Rutte II

15.3.1 De kabinetten Kok

Binnen de kabinetten Kok is een aantal ontwikkelingen ten aanzien van het ontslagrecht interessant. Om te beginnen heeft de toenmalige minister van Justitie, Sorgdrager, binnen het kabinet Kok I het wetsvoorstel Herziening van het Ontslagrecht⁴⁰ ingetrokken.⁴¹ Dit wetsvoorstel was geïnitieerd door het kabinet Lubbers III⁴² en was ten tijde van intrekking reeds aanhangig bij de Eerste Kamer. Het wetsvoorstel had tot doel ‘*een eenvoudiger en overzichtelijker samenstel van ontslagregels te scheppen en om enige in de praktijk gebleken knelpunten weg te nemen*’⁴³ en was tot stand gekomen na een advies van de Sociaal-Economische Raad.⁴⁴ In essentie is door de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, De Vries, overwogen dat artikel 6 BBA, zij het beperkt, diende te worden gehandhaafd. Het werd wel wenselijk bevonden in de toekomst het BBA 1945 geheel te herzien, waarbij ook aandacht zou moeten worden besteed aan de uiteindelijke plaats van artikel 6 BBA.⁴⁵ Met deze uitspraak geeft de minister mijns inziens aan dat het ontslagverbod in het BBA dient te worden hervormd dan wel afgeschaft, maar dat dit naar de toekomst verschoven diende te worden. De regering lijkt haar vingers niet te willen branden aan een hervorming van het ontslagrecht, ondanks het feit dat dit wel wenselijk wordt geacht. Wel is in dit wetsvoorstel het afschaffen van het ontslagverbod voor werknemers voorgesteld.⁴⁶ Voor dit verbod zou onvoldoende maatschappelijk draagvlak bestaan en bovendien zouden de overwegingen die aan de invoering van deze verplichting ten grondslag lagen, niet meer gelden.⁴⁷ Naast lof, heeft dit voorstel in de Tweede Kamer ook kritiek ge oogst. Een punt van kritiek van vrijwel alle partijen was dat de regering het unanieme advies van de Sociaal-Economische Raad op bepaalde punten niet heeft opgevolgd, terwijl dit wel wenselijk was nu de unanimiteit

40 Wetsvoorstel Herziening van het Ontslagrecht, *Kamerstukken II* 1989/90-1991/92, 21 479, nr. 1-34; *Kamerstukken I* 1991/92-1995/96, 21 479, nr. 20, 194-261b.

41 Zie *Kamerstukken I* 1995/96, 21 479, nr. 194.

42 Het kabinet Lubbers III, met als minister-president Ruud Lubbers (CDA), is aangetreden op 7 november 1989 en is afgetreden op 22 augustus 1994.

43 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 479, nr. 3, p. 1.

44 SER-advies inzake Herziening ontslagrecht 1988.

45 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 479, nr. 3, p. 16.

46 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 479, nr. 3, p. 17.

47 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 479, nr. 3, p. 17. Zie tevens *Kamerstukken II* 1989/90, 21 479, nr. 3, p. 25-26.

binnen de Sociaal-Economische Raad juist was ontstaan als gevolg van geven en nemen tussen werkgevers en werknemers.⁴⁸ Een voorbeeld van een punt waarop het advies van de Sociaal-Economische Raad niet is opgevolgd betreft het afschaffen van het ontslagverbod voor werknemers. Hoewel de Sociaal-Economische Raad unaniem geadviseerd heeft hiertoe niet over te gaan, bleef de regering deze wens koesteren.⁴⁹ De leden van de CDA-fractie waren van mening dat veel argumenten pleiten voor handhaving van het ontslagvergunningstelsel uit het BBA. Wel wenste deze fractie een verplaatsing van deze regeling naar het BW.⁵⁰ De VVD-fractie betwijfelde of het ontslagverbod van het BBA nog wel aansloot bij de maatschappij en had graag gezien dat de regering dit punt had onderzocht.⁵¹ Op 9 februari 1996 is het wetsvoorstel Herziening van het Ontslarecht ingetrokken. Redenen hiervoor waren dat heroverweging van het voorstel noodzakelijk was gebleken vanwege ernstige kritiek op bepaalde onderdelen en vanwege de noodzakelijke flexibilisering van de arbeid. Deze heroverweging heeft vorm gekregen in de hierna te bespreken initiatieven.

Een belangrijke tweede ontwikkeling binnen de kabinetten Kok⁵² is de totstandkoming van de notitie Toetsing van ontslag,⁵³ de nota Flexibiliteit en Zekerheid,⁵⁴ en het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid.⁵⁵ In de notitie Toetsing van het ontslag is onderzoek gedaan naar de afschaffing van de bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets. De toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, De Vries, kwam tot de conclusie dat afschaffing van het ontslagvergunningensysteem en de overgang tot uitsluitend civielrechtelijke ontslagbescherming gunstig zou zijn voor het functioneren van de arbeidsmarkt.⁵⁶ In reactie hierop stelde het CDA dat het groen noch rood licht gaf voor de afschaffing van de preventieve

48 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 479, nr. 5, p. 1 e.v.

49 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 479, nr. 5, p. 2.

50 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 479, nr. 5, p. 18.

51 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 479, nr. 5, p. 2.

52 De notitie 'Toetsing van ontslag en de nota Flexibiliteit en Zekerheid hebben betrekking op het kabinet Kok I, het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid op het kabinet Kok II.

53 Notitie Toetsing van ontslag, *Kamerstukken II* 1992/1993- 1994/95, 22 977, nr. 1-34.

54 Nota Flexibiliteit en Zekerheid, *Kamerstukken II* 1995/96-1996/97, 24 543, nr. 1-12.

55 Wetsvoorstel Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (Flexibiliteit en zekerheid), *Kamerstukken II* 1996/97-1997/98, 25 263, nr. 1-43; *Kamerstukken I* 1997/98-2000/01, 25 263, nr. 26-132g.

56 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 977, nr. 1, p. 2 en 5 e.v.

ontslagtoets, maar een verdere uitwerking van de plannen wenste.⁵⁷ Ook de PvdA bepleitte voorzichtigheid bij het overwegen de preventieve ontslagtoets te wijzigen.⁵⁸ De oude procedure zou moeten worden gehandhaafd zolang niet goed onderbouwd is dat een nieuw systeem leidt tot een flexibelere werking van de arbeidsmarkt en zolang niet is aangetoond dat het nieuwe systeem gunstig is voor de Nederlandse economie en de werknemers, aldus de PvdA.⁵⁹ De VVD daarentegen was van mening dat de notitie een goede schets van de problemen op het gebied van de ontslagbescherming gaf en dat de directe betrokkenheid van de overheid in civielrechtelijke rechtsbetrekkingen niet vanzelfsprekend is. Bij de VVD bestond verbazing over de terughoudendheid van werkgevers en werknemers ten aanzien van de gedane voorstellen.⁶⁰ De toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid concludeerde dat er, ondanks verschil van inzicht, voldoende draagvlak bestond voor verdere uitwerking van de voorstellen tot herziening van de ontslagbescherming.⁶¹

De Nota Flexibiliteit en zekerheid betreft de voorbereiding van het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid. Het kabinet Kok I was in deze nota van mening dat versoepeling van het ontslagrecht gevonden moest worden in kortere en efficiëntere ontslagprocedures en niet in een lager niveau van ontslagbescherming.⁶² De regering had terzake advies ingewonnen bij verschillende belanghebbenden en betrokkenen. Zo zijn de Emancipatieraad, de Sociaal-Economische Raad, de Stichting van de Arbeid en diverse werknemers- en werkgeversorganisaties geraadpleegd.⁶³ De Stichting van de Arbeid, het landelijk overlegorgaan van de centrale organisaties van zowel werkgevers als werknemers, aanvaardde in haar advies dat het kabinet de preventieve ontslagtoets handhaaft en stond positief tegenover verbetering van de procedure.⁶⁴

57 *Kamerstukken II 1992/93*, 22 977, nr. 2, p. 2-3. Namens het CDA voerde mevrouw Soutendijk-van Appeldoorn het woord.

58 *Kamerstukken II 1992/93*, 22 977, nr. 2, p. 3 e.v. Namens de PvdA voerde mevrouw Quint-Maagdenberg het woord.

59 *Kamerstukken II 1992/93*, 22 977, nr. 2, p. 4.

60 *Kamerstukken II 1992/93*, 22 977, nr. 2, p. 6. Namens de VVD voerde de heer Korthals het woord.

61 *Kamerstukken II 1992/93*, 22 977, nr. 2, p. 6.

62 Zie *Kamerstukken II 1995/96*, 24 543, nr. 1 en nr. 2.

63 Zie *Kamerstukken II 1995/96*, 24 543, nr. 1 en nr. 2.

64 STAR-advies inzake Nota Flexibilisering en zekerheid 1996, p. 31.

In overeenstemming met het advies van de Stichting van de Arbeid is het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid opgesteld.⁶⁵ Dit wetsvoorstel voorzag in aanpassingen die door de toenemende mate van flexibilisering en differentiatie van arbeid en arbeidsverhoudingen noodzakelijk waren.⁶⁶ Hoewel met dit wetsvoorstel het ontslagverbod voor werknemers werd opgeheven,⁶⁷ stond algemeen bezien de handhaving van de preventieve toets voorop en werd er gestreefd naar verbetering en verkorting van de procedures.⁶⁸ De preventieve ontslagtoets zou volgens de regering niet alleen dienen als onafhankelijke toets tegen onredelijk ontslag, maar ook als overheidsinstrument om zwakkere groepen op de arbeidsmarkt te beschermen en om oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan.⁶⁹ Zowel in de Tweede als in de Eerste Kamer is er veel kritiek geweest op het uitgangspunt van handhaving van de preventieve ontslagtoets. In de behandeling van dit wetsvoorstel wordt de tegenstelling tussen de politieke partijen mijns inziens duidelijk. Zo lijkt bij de PvdA de bescherming van werknemers met een zwakkere positie voorop te staan, terwijl de VVD hamert op daadwerkelijke versoepeling van de ontslagprocedures.⁷⁰ Er is gekozen voor handhaving van beide ontslagroutes, maar naar de mening van de VVD was deze keuze niet voldoende beargumenteerd. De VVD-fractie achtte het naast elkaar voortbestaan van beide beëindigingsroutes ongewenst.⁷¹ De CDA-fractie was van mening dat dit wetsvoorstel niet de fundamentele kritiek op het duale ontslagrecht weg nam.⁷² Het voorgaande duidt er mijns inziens op dat men een structurele hervorming van het Nederlandse ontslagrecht wenste, maar dat juist deze hervorming in dit wetsvoorstel buiten beschouwing bleef. Ter illustratie dienen de volgende citaten:

‘Voor de leden van de VVD-fractie staat een sterke versoepeling van de ontslagprocedures voorop, (...). Daarbij weegt mee dat dit een al jarenlang slpende kwestie is en dat als het nu geregeld wordt het in één keer goed moet.’⁷³

65 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 24 543, nr. 2-3.
 66 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 1.
 67 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 34.
 68 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 2.
 69 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 11.
 70 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 5, p. 19 e.v.
 71 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, p. 6.
 72 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, p. 6.
 73 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 5, p. 20.

‘Volgens de leden van de CDA-fractie lijkt de conclusie gerechtvaardigd, dat met de bij dit wetsvoorstel aangebrachte verbeteringen niet de fundamentele kritiek, die gelegen is in het dubbele ontslagrecht, wordt aangepakt.’⁷⁴

In reactie op onder andere de VVD bracht de regering onder meer naar voren dat bij het handhaven van de preventieve ontslagtoets de bescherming van de belangen van zwakkeren op de arbeidsmarkt belangrijk is.⁷⁵ Vooral op het gebied van de arbeidsverhoudingen zou er een belangrijke verantwoordelijkheid rusten op werkgevers en werknemers, zowel individueel als collectief. De wijze waarop de sociale partners deze verantwoordelijkheid behandelen vormt een essentieel onderdeel van het poldermodel, aldus de regering.⁷⁶ De overheid komt in dit verband een ordenende, beschermende en codificerende rol toe, waarbij de maatschappelijke ontwikkelingen worden gevolgd. Daarbij is het bestaan van maatschappelijk draagvlak heel belangrijk, hetgeen tot uitdrukking zou zijn gekomen in het unanieme akkoord van de Stichting van de Arbeid.⁷⁷ Voor de preventieve ontslagtoets bestaat volgens de regering een breed draagvlak bij de sociale partners en omdat het systeem in de praktijk voldoet, zou er geen noodzaak voor verandering zijn.⁷⁸ In reactie hierop heeft de VVD-fractie opgemerkt dat de regering voor het handhaven van het duale ontslagrecht het grote maatschappelijke draagvlak aanvoert, maar dat zij daarbij voorbij gaat aan het feit dat dit een compromis betreft in de Stichting van de Arbeid.⁷⁹ In hoeverre moet dit door de regering worden gevolgd? De regering heeft beaamd dat het een compromis betreft, maar dit zou het bestaan van een groot maatschappelijk draagvlak niet wegnemen. Ook de SER is geraadpleegd en hij was in zijn advies tegen afschaffing van de preventieve ontslagtoets.⁸⁰ In het kader van dat advies hebben vertegenwoordigers van zowel de centrale werknemersorganisaties als van de centrale werkgeversorganisaties van het midden- en kleinbedrijf inspraak gehad.⁸¹ Omdat verschillende fracties het wenselijk achtten dat een onafhankelijke commissie aanbevelingen zou doen ten aanzien van het ontslagrecht, en daarmee ook ten aanzien van de preventieve ontslagtoets, heeft de minister dit toegezegd.⁸² Hierover volgt

74 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, p. 6.
75 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, p. 1.
76 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, p. 2.
77 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, p. 2.
78 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, p. 8.
79 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132d, p. 2.
80 SER-advies inzake Civielrechtelijke ontslagbescherming 1994.
81 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132d, p. 2 en 3.
82 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132g.

hierna meer. De Wet Flexibiliteit en zekerheid is inwerking getreden op 1 januari 1999.⁸³

Zoals hiervoor is opgemerkt, heeft de minister in het kader van het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid een onafhankelijk onderzoek beloofd naar het Nederlandse ontslagrecht. Dit onderzoek is uitgevoerd door de *Commissie-Rood*.⁸⁴ Deze commissie heeft geadviseerd te kiezen voor een zuiver civielrechtelijk, repressief ontslagstelsel waarbij naderhand wordt getoetst of het ontslag gerechtvaardigd is.⁸⁵ De Commissie-Rood heeft hiervoor onder andere de volgende argumenten aangevoerd. De preventieve ontslagtoets zou niet meer passen in het stelsel van arbeidsverhoudingen waarbij van een verschuiving van overheidsbemoeyenis naar zelfregulering sprake is.⁸⁶ Bovendien zou het beslissen over geschillen in het kader van de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst een taak zijn van de civiele rechter en zou het wenselijk zijn dat bij de beoordeling van het ontslag de financiële gevolgen voor de betreffende werknemer worden meegewogen.⁸⁷ Hieraan voldoet de preventieve ontslagtoets niet volgens de Commissie-Rood. Daarbij komt dat ons stelsel volgens de commissie teveel zou afwijken van dat van andere Europese landen en dat de keuze voor een repressief stelsel het ontslagrecht aanmerkelijk transparanter en begrijpelijker zou maken.⁸⁸

15.3.2 De kabinetten Balkenende

Ten tijde van het kabinet Balkenende II⁸⁹ verscheen er een reactie van de Stichting van de Arbeid op het rapport van de Commissie-Rood.⁹⁰ De Stichting van de Arbeid wijst hierin het advies van de Commissie-Rood af en ziet geen aanleiding de preventieve ontslagtoets ter discussie te stellen.⁹¹

83 *Stb.* 1998, 332.

84 Rapport Commissie Duaal Ontslagstelsel 2000.

85 Rapport Commissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 142 en 151.

86 Rapport Commissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 151.

87 Rapport Commissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 151.

88 Rapport Commissie Duaal Ontslagstelsel 2000, p. 142 en 151.

89 Het wetsvoorstel 'Werkloosheidswet en ontslagrecht' is tevens tot stand gekomen ten tijde van het kabinet Balkenende II. Zie: Wetsvoorstel Werkloosheidswet en ontslagrecht, *Kamerstukken II* 2004/05-2005/06, 30 109, nr. 1-19. Dit wetsvoorstel laat ik onbesproken omdat zij niet relevant is in het kader van deze bijdrage. In *Kamerstukken II* 2004-05, 30 109, nr. 1, p. 42 haalt het kabinet het advies van de Commissie-Rood en de reacties daarop aan.

90 STAR-advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel 2003.

91 STAR-advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel 2003, p. 2 e.v.

De Stichting van de Arbeid wilde geen principiële kanttekeningen plaatsen bij de volgens de Commissie-Rood veranderde rol van de overheid. Wel merkte zij op dat de preventieve ontslagtoets voorziet in een laagdrempelige en snelle beslissing over de gerechtvaardigheid van het ontslag.⁹² Over het argument dat Nederland met de preventieve ontslagtoets uit de pas zou lopen met andere Europese landen merkte de Stichting van de Arbeid op dat dit het investeringsklimaat in Nederland positief kan beïnvloeden en dat er geen duidelijke aanwijzingen zijn dat het ontslagrecht de arbeidsmarkt ongunstig zou beïnvloeden.⁹³ Bovendien zou er voor verschillende alternatieven voor de preventieve toets in haar kring geen draagvlak bestaan.⁹⁴ Ook zou afschaffing van het duale ontslagstelsel het evenwicht tussen flexibiliteit en rechtszekerheid zoals dat tot stand gekomen is met de Wet flexibiliteit en zekerheid aantasten.⁹⁵ De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten konden zich wel vinden in het advies van de Commissie-Rood.⁹⁶ De Nederlandse Vereniging voor de Rechtspraak merkte in dit kader echter onder meer op dat zij zich afvraagt of het door de Commissie-Rood voorgestelde stelsel een effectievere rechtsbescherming biedt.⁹⁷ De Nederlandse Orde van Advocaten merkte op dat het door de Commissie-Rood voorgestelde stelsel meer tegemoet komt aan de eisen van deze tijd. Dit stelsel zou daarmee ook beter aansluiten bij het ontslagrecht van omringende landen.⁹⁸ Het kabinet Balkenende II concludeerde nadien de standpuntbepaling in beraad te houden inzake de duale inrichting van het ontslagstelsel, totdat een rapport van de Sociaal-Economische Raad dat onder meer hierop in zou gaan zou verschijnen.⁹⁹

Het wetsvoorstel ‘Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht’¹⁰⁰ is geïnitieerd ten tijde van het kabinet Balkenende II en bevatte onder andere wets-

92 STAR-advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel 2003, p. 4 e.v.

93 STAR-advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel 2003, p. 5.

94 STAR-advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel 2003, p. 4.

95 STAR-advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel 2003, p. 14.

96 Zie voor een samenvatting van hun standpunten: *Kamerstukken II 2004-05*, 30 109, nr. 1, p. 42.

97 *Kamerstukken II 2004-05*, 30 109, nr. 1, p. 42.

98 *Kamerstukken II 2004-05*, 30 109, nr. 1, p. 42.

99 *Kamerstukken II 2004-05*, 30 109, nr. 1, p. 42.

100 Wetsvoorstel Wijziging van de Werkloosheidswet en enige andere wetten in verband met de wijziging van het WW-stelsel en wijziging van het ontslag-

wijzigingen die nodig zouden zijn om de ontslagpraktijk te versoepelen.¹⁰¹ Ten aanzien van de preventieve ontslagtoets vermeldt dit wetsvoorstel dat CAO-partijen ontslagcriteria kunnen overeenkomen waardoor artikel 6 BBA niet meer van toepassing is.¹⁰² Hier is in de Tweede Kamer veel kritiek op gekomen.¹⁰³ Vooral de PvdA heeft zich zeer kritisch uitgelaten over dit voorstel. De PvdA vroeg zich onder meer af op welke manier en door wie de bij CAO overeengekomen ontslagcriteria zouden worden getoetst (bijvoorbeeld op rationaliteit, rechtvaardigheid en objectieve toepasbaarheid).¹⁰⁴ De VVD gaf in het debat aan de plannen in hoofdlijnen te onderschrijven, maar te betreuren dat niet gekozen is voor een fundamenteelere herziening van het ontslagrecht.¹⁰⁵ De kritiek in de Tweede Kamer heeft geleid tot het intrekken van het onderdeel van dit wetsvoorstel waarin is bepaald dat CAO-partijen ontslagcriteria kunnen overeenkomen en daarmee de toepasselijkheid van artikel 6 BBA kunnen uitsluiten.¹⁰⁶

Ten tijde van het kabinet Balkenende IV heeft de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Donner getracht het ontslagrecht ingrijpend te versoepelen door onder andere het BBA 1945 te laten vervallen en een wettelijke vergoedingsregeling te introduceren.¹⁰⁷ Door deze versoepeling zouden werkgevers eerder werknemers aannemen en zou de arbeidsparticipatie hoger worden.¹⁰⁸ De reactie in de politiek en in de samenleving op deze plannen was enorm. Er werd een spoeddebat¹⁰⁹ belegd, de PvdA heeft gedreigd met een kabinetscrisis als de hervormingsplannen zouden worden doorgezet, terwijl de VVD juist aangaf achter minister Donner te staan.¹¹⁰ Minister Donner lost het conflict op door de plannen uit te stellen

recht (Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht), *Kamerstukken II* 2005/06-2007/08, 30 370, nr. 1-32; *Kamerstukken I* 2005/06-2008/09, 30 370, nr. H-K.

101 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 1.

102 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 67. In deze CAO-afspraken moet dan wel zijn voorzien in een mogelijkheid voor de werknemer om bezwaar te maken.

103 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 7.

104 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 7, p. 20.

105 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 7, p. 22.

106 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 17. In de naam van het wetsvoorstel wordt hierna de wijziging van het ontslagrecht geschrapt.

107 Hoofdlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en ontslagrecht, Ministerie van SZW 3 juli 2007, AV/IR/2007/23064, p. 2-3.

108 Hoofdlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en ontslagrecht, Ministerie van SZW 3 juli 2007, AV/IR/2007/23064, p. 2.

109 *Handelingen II* 2007/08, 20.

110 *Handelingen II* 2007/08, 20.

en een commissie in te stellen die een advies terzake moest uitbrengen.¹¹¹ De *Commissie-Bakker*¹¹² brengt dit advies uit op 16 juni 2008 en stelt onder andere de afschaffing van de preventieve ontslagtoets voor.¹¹³ Nederland krijgt in deze periode te maken met een economische crisis, waardoor de prioriteit van de regering op andere gebieden ligt. Afgezien van de tegenstrijdige belangen in het kader van hervormingen van het ontslagrecht, verklaart dit mijns inziens ook dat het kabinet niet voortvarend met de plannen van de Commissie-Bakker aan de slag is gegaan.¹¹⁴

15.3.3 De kabinetten Rutte

Ten tijde van het kabinet Rutte I heeft het D66-Kamerlid Koşer Kaya op 8 november 2011 een initiatiefwetsvoorstel aanhangig gemaakt tot wijziging van onder andere het BBA 1945 ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag.¹¹⁵ Met dit wetsvoorstel beoogde Koşer Kaya onder meer de preventieve ontslagtoets te laten vervallen en een hoorplicht voor de werkgevers te introduceren ten aanzien van werknemers van wie zij voornemens zijn de arbeidsovereenkomst op te zeggen.¹¹⁶ Dit zou onder andere wenselijk zijn met het oog op de verbetering van de rechtsbescherming in het geval van ontslag, voor het bewerkstellingen van een betere balans tussen flexibiliteit en zekerheid en voor het overzichtelijker maken van het Nederlandse ontslagrecht.¹¹⁷

Het initiatiefwetsvoorstel van Koşer Kaya heeft invloed gehad op zowel het *Lenteakkoord*¹¹⁸ als de *Hoofdpijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW*¹¹⁹ die de voormalige minister Kamp van Sociale Zaken en Werkgele-

111 Brief minister Donner naar aanleiding van spoeddebat ontslagrecht, Ministerie van SZW, AV/IR/2007/38366, 22 november 2007.

112 Zie uitgebreid over deze commissie: Peters 2008, p. 397-404.

113 Rapport Adviescommissie Arbeidsparticipatie 2008, in het bijzonder p. 82 e.v.

114 Zie bijvoorbeeld: *Handelingen II* 2008/09, 69 (parlementair debat over de maatregelen in het kader van de economische crisis).

115 Voorstel van wet van het Tweede Kamerlid Koşer Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 075, nr. 1-3.

116 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 075, nr. 3, p. 10 e.v.

117 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 075, nr. 3, p. 1 en 10-11.

118 Verantwoordelijkheid nemen in crisistijd 2012, p. 5 e.v. Dit reegeerakkoord wordt ook wel het *Kunduz-akkoord* genoemd.

119 Hoofdpijnen notitie aanpassing ontslagrecht en WW: *Kamerstukken II* 2011/02, 29 544, nr. 400.

genheid op 18 juni 2012 heeft ingediend.¹²⁰ Het Lenteakkoord hield een gecombineerde hervorming van de Werkloosheidswet (WW) en het ontslagrecht in. Deze hervorming was drieledig. Ten eerste zouden werkgevers de eerste zes maanden WW-uitkering moeten gaan betalen. Ten tweede zou er één eenduidig ontslagstelsel met lagere ontslagvergoedingen moeten komen. Dit zou een civielrechtelijk repressief ontslagstelsel moeten zijn, met een verplichte hoorprocedure in het desbetreffende bedrijf. Ten derde zou er een individueel recht op scholing bij ontslag tot stand moeten worden gebracht. Dit recht op scholing zou gefinancierd moeten worden uit de ontslagvergoedingen.¹²¹ In reactie op deze plannen schreven hoogleraren verbonden aan verschillende Nederlandse universiteiten op 11 juni 2012 een brief aan de Vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van diverse politieke partijen met de dringende boodschap af te zien van de voorgenomen hervormingsplannen van het ontslagrecht. De betrokken hoogleraren benadrukten dat het ontslagrecht al flexibel genoeg is en dat de plannen in het Lenteakkoord juist een negatieve in plaats van een positieve uitwerking zouden hebben op de Nederlandse arbeidsmarkt.¹²² De Hoofdlijnennotitie aanpassing ontslagrecht en WW betreft een nadere uitwerking van de plannen uit het Lenteakkoord. Op grond van de Hoofdlijnennotitie zou de bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets moeten worden vervangen door een civielrechtelijke ontslagtoets achteraf.¹²³ Het initiatief ligt daarbij bij de werknemer en het is ook die werknemer die het procesrisico draagt. Na lang onderhandelen over onder meer deze plannen tot hervorming van het ontslagrecht, heeft het kabinet met de sociale partners op 11 april 2013 een *Sociaal Akkoord* bereikt.¹²⁴ Dit akkoord houdt in dat de preventieve ontslagtoets in verband met de economische crisis waar Nederland zich in bevindt voorlopig – in ieder geval tot 1 januari 2016 – wordt gehandhaafd en dat de hervormingsplannen uit het regeerakkoord de eindstreep vooralsnog niet hebben behaald.¹²⁵ Relevant in het kader van deze bijdrage is dat het dus opnieuw niet is gelukt om tot een daadwerkelijke hervorming van het ontslagrecht te komen in de zin van de afschaffing van de bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets uit het BBA.

120 Zie uitgebreid hierover onder andere Kötter 2012.

121 Regeerakkoord VVD, CDA, D66, GroenLinks en ChristenUnie 2012, p. 5.

122 Bouwens e.a. 2012, p. 1. Zo zou geen wetenschappelijke onderbouwing bestaan voor de stelling dat een soepeler ontslagrecht leidt tot meer werkgelegenheid.

123 Hoofdlijnen notitie aanpassing ontslagrecht en WW, p. 5.

124 Sociaal Akkoord 2013.

125 Sociaal Akkoord 2013, p. 28 e.v.

15.4 Waarom blijven structurele herzieningen van het ontslagrecht uit?

15.4.1 *Fundamentele belangentegenstellingen*

Na heel wat wetsvoorstellen, rapporten van commissies, adviesaanvragen en (parlementaire) debatten zijn we nog steeds op hetzelfde punt: de bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets is anno 2013 nog steeds onderdeel van ons ontslagrecht. Omdat het arbeidsrecht en daarmee ook het ontslagrecht vrijwel een ieder aangaat, heeft een herziening van het ontslagrecht grote maatschappelijke gevolgen en moet hiervoor voldoende politiek en maatschappelijk draagvlak bestaan. Om deze reden worden alle belanghebbenden betrokken bij de hervormingsplannen. Zo wordt er druk gediscussieerd in de Kamers, worden de Stichting van de Arbeid en de Sociaal-Economische Raad om advies gevraagd, worden commissies ingesteld die aanbevelingen moeten doen en worden werkgevers- en werknemersorganisaties geraadpleegd. Het pold ermodel lijkt in topvorm¹²⁶ en het overleg met alle belanghebbenden heeft in alle afgelopen jaren niet geresulteerd in een daadwerkelijke afschaffing van de preventieve ontslagtoets. Welke verklaringen kunnen hiervoor worden aangedragen?

De belangrijkste verklaring die hiervoor uit de analyse van de politieke besluitvorming volgt, is dat dit een politiek gevoelig onderwerp betreft omdat conflicterende belangen betrokken zijn. In de loop der jaren hebben fundamentele belangentegenstellingen geleid tot een stagnatie van de hervormingsplannen van het ontslagrecht.¹²⁷ Uit de analyse blijkt dat er ten minste op twee samenhangende niveaus belangentegenstellingen bestaan. Op het eerste niveau bevinden zich de politieke partijen die het niet met elkaar eens lijken te worden over de afschaffing van de preventieve ontslagtoets. Afhankelijk van de politieke ideologie is men in het ene uiterste geval voorstander van zelfbeschikking van werknemers en werkgevers, een flexibele arbeidsmarkt en afschaffing van de preventieve ontslagtoets.¹²⁸ In het andere uiterste geval is men juist voorstander van de bescherming van zwakkere werknemers en daarmee behoud van de preventieve ontslagtoets. In de standpunten die ingenomen worden in het politieke debat over het ontslagrecht komen de verschillende politieke ideologieën mijns inziens goed naar voren. Terwijl aanhangers van het liberalisme zelfbeschikking

126 Zie in dit kader Grapperhaus 2013, p. 167 e.v.

127 Volgens Duk is het ontslagrecht zelfs oorlog, zie Duk 2011.

128 Illustratief in dit kader is de oratie van Beltzer waarin hij het ontslagrecht 'overmatig conservatief' noemt. Zie Beltzer 2012 (oratie UvA).

van werknemers en een flexibele arbeidsmarkt proclameren, benadrukken aanhangers van het socialisme de bescherming van de zwakkere partij op de arbeidsmarkt onder meer tegen ongerechtvaardigd ontslag. Uit de analyse van de politieke besluitvorming is gebleken dat dit eerste standpunt het sterkst van toepassing is op de VVD, terwijl het tweede standpunt onder meer op gaat voor de PvdA. Opvattingen die zich bevinden tussen deze twee uitersten komen in het politieke debat ook voor. Zo gaf het CDA ten aanzien van de notitie Toetsing van ontslag rood noch groen licht voor de afschaffing van de preventieve ontslagtoets, maar wenste het een verdere uitwerking van de plannen.¹²⁹ Bovendien is gebleken dat, indien men het al eens is over de noodzaak van een structurele wijziging, de manier waarop dit dient te gebeuren een volgend punt van discussie is.

Een tweede niveau waar belangentegenstellingen ten aanzien van de afschaffing van de preventieve toets zich voordoen, betreft het niveau van de werkgevers- en werknemersorganisaties (de sociale partners). Van belang voor werkgevers is flexibiliteit van de arbeidsmarkt en dus ook flexibiliteit van het ontslagstelsel waardoor vraag en aanbod beter op elkaar kunnen worden afgestemd.¹³⁰ Werknemers lijken juist zekerheid in de vorm van goede ontslagbescherming het belangrijkste te vinden en zijn daarmee voorstander van behoud van de preventieve ontslagtoets. Mijns inziens beschouwen werknemers de ontslagbescherming op grond van de preventieve ontslagtoets als een ‘verworven recht’, waar zij onder geen enkele voorwaarde afstand van lijken te willen doen. Ook blijkt uit de politieke besluitvorming dat de sociale partners een flinke vinger in de ontslagrechtelijke pap hebben. Met hun adviezen waarin zij afschaffing van de preventieve ontslagtoets doorgaans afwijzen, lijken zij elk initiatief in de politiek tot wijziging van de preventieve ontslagtoets te doen stranden. Voor de politiek is het de kunst te balanceren tussen de verschillende politieke ideologieën en tussen de door werkgevers gewenste flexibiliteit enerzijds en de door werknemers gewenste zekerheid anderzijds. Deze balans is in het verleden – en ook recent in het Sociaal Akkoord 2013 – herhaaldelijk doorgeslagen ten gunste van de preventieve ontslagtoets. Of dit in de nabije toekomst anders zal

129 *Kamerstukken II 1992/93, 22 977, nr. 2, p. 2-3.*

130 Voorstanders van de preventieve ontslagtoets brengen juist naar voren dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst in vergelijking met ontbinding voor werkgevers laagdrempelig is, leidt tot een relatief snelle beslissing en minder kostbaar is. In de regel wordt bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter een vergoeding toegekend, bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst is dit niet het geval. Zie ook Bouwens e.a. 2012, p. 4; STAR-advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel 2003, p. 4 e.v.

zijn, valt mijns inziens te betwijfelen gezien de vele gestrande initiatieven in het verleden.

15.4.2 *Flexibilisering arbeidsverhoudingen*

Naast fundamentele belangentegenstellingen verklaart de flexibilisering van arbeidsverhoudingen mijns inziens het uitblijven van een structurele wijziging van het ontslagrecht in de zin van afschaffing van de preventieve ontslagtoets. Met flexibilisering van de arbeidsverhoudingen bedoel ik het verschijnsel dat steeds minder vaak arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd worden gesloten, terwijl het aantal tijdelijke (flexibele) arbeidsovereenkomsten toeneemt.¹³¹ Het inzetten van flexibele arbeidskrachten heeft in de loop van de tijd terrein gewonnen op de Nederlandse arbeidsmarkt. Een voorbeeld hiervan is het vervangen van werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door zelfstandigen zonder personeel ('zzp'ers').¹³² Een ander voorbeeld betreft *payrolling*, waarbij de werkgever de loonadministratie en het juridisch werkgeverschap uitbestedt aan een daarin gespecialiseerd bedrijf.¹³³ Uit cijfers van de *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) blijkt dat in Nederland het percentage arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd in de periode 1990 tot 2012 is gedaald van 92% naar 80%, terwijl het percentage arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in dezelfde periode is gestegen van 8% naar 20%.¹³⁴ Uit het rapport 'Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt' van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) en de Nederlandse Organisatie voor Toegepast Natuurwetenschappelijk Onderzoek (TNO) blijkt bovendien dat het aandeel zelfstandigen zonder personeel in de periode 2001 tot 2012 is gestegen van 7% naar 10%.¹³⁵

131 Zie over deze flexibilisering bijvoorbeeld: Notitie Toetsing van ontslag, *Kamerstukken II* 1992/1993- 1994/95, 22 977, nr. 1-34; Nota Flexibiliteit en Zekerheid, *Kamerstukken II* 1995/96-1996/97, 24 543, nr. 1-12; en Wetsvoorstel Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (Flexibiliteit en zekerheid), *Kamerstukken II* 1996/97-1997/98, 25 263, nr. 1-43; *Kamerstukken I* 1997/98-2000/01, 25 263, nr. 26-132g.

132 Zie hierover onder andere Van den Broek 2013.

133 Hoogeveen 2012. Zie dit artikel tevens voor een bespreking van de werknemersbescherming in het geval van *payrolling*.

134 OECD 2012, te raadplegen op <<http://stats.oecd.org/wbos/default.asp15?>>. Kies voor 'Labour' en vervolgens 'Labour force statistics'. Ik heb de percentages afgerond op gehele getallen.

135 CBS/TNO Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt: De focus op flexibilisering 2013, p. 13.

Flexibele arbeidsrelaties zijn voor werkgevers onder meer aantrekkelijk in tijden van economische crisis, omdat zij met behulp van flexibele arbeidsrelaties beter kunnen inspelen op veranderingen in onder andere de vraag naar en het aanbod van arbeid. Door meer flexibele arbeidsrelaties wordt steeds minder beroep gedaan op de bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets. Hierdoor neemt de relevantie van het BBA in het ontslagrecht af en nemen de discussies over een al dan niet gewenste hervorming daarvan ook af. Dit is mijns inziens ook terug te zien in mijn analyse van de politieke besluitvorming. Terwijl tijdens de kabinetten Kok er veel te doen is om het ontslagrecht en de wetsvoorstellen en notities elkaar opvolgen, lijkt dit in de kabinetten Balkenende en Rutte steeds minder het geval te zijn.

15.5 Conclusie

Sinds de invoering van de bestuursrechtelijke preventieve ontslagtoets in de jaren veertig van de vorige eeuw is veel discussie gevoerd over de wenselijkheid van deze regeling. Op grond van de preventieve ontslagtoets is een werkgever in beginsel verplicht toestemming te vragen van het UWV WERKbedrijf alvorens hij de arbeidsverhouding met een werknemer kan opzeggen. In weerwil van verschillende initiatieven tot hervorming van deze ontslagtoets, bestaat hij in essentie thans nog steeds. In deze bijdrage stond de vraag centraal welke verklaring hiervoor kan worden gevonden in de politieke besluitvorming in de periode Kok I tot Rutte II.

Uit de analyse van de invoeringsgeschiedenis van het BBA is gebleken dat de preventieve ontslagtoets uit het BBA ten tijde van de Tweede Wereldoorlog is ingevoerd als noodwetgeving van tijdelijke aard om de productie te stimuleren en de werkgelegenheid te bevorderen in het kader van de wederopbouw. Dit algemene belang, en niet de bescherming van werknemers, stond voorop. Uit de analyse van de politieke besluitvorming is gebleken dat de belangrijkste verklaring voor het ongewijzigd blijven van het ontslagrecht is gelegen in het bestaan van grote tegengestelde belangen terzake, zowel binnen de politiek als tussen werkgevers en werknemers. Alle belanghebbenden worden betrokken bij de hervormingsplannen van het ontslagrecht – de sociale partners lijken zelfs mee te regeren – en als gevolg van de fundamentele belangentegenstellingen lijken deze pogingen keer op keer te verzanden. Een andere verklaring voor het ongewijzigd blijven van het ontslagrecht ligt in de afgenomen relevantie van de preventieve ontslagtoets door de toegenomen flexibilisering van arbeidsverhoudingen.

Al met al lijkt wijziging van het ontslagrecht grote maatschappelijke consequenties te hebben en omdat het een politiek gevoelig onderwerp is,¹³⁶ lijkt geen enkel kabinet zijn vingers hieraan te willen branden. De werknemer die model stond ten tijde van de invoering van de preventieve ontslagtoets is echter niet te vergelijken met de huidige werknemer en de arbeidsmarkt-omstandigheden zijn evenmin vergelijkbaar. Daarmee weerspiegelt de preventieve ontslagtoets niet de maatschappelijke ontwikkelingen, hetgeen mijns inziens onwenselijk is. Deze ontslagtoets is niet meer van deze tijd en de politiek dient daaraan de nodige consequenties te verbinden.

Literatuurlijst

Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V*)

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemings-overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

Beltzer 2012

R.M. Beltzer, *Arbeid en onderneming* (oratie UvA), Den Haag: Bju 2012.

Bouwens e.a. 2012

W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Open brief inzake versoepeling ontslagrecht van 11 juni 2012. Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, te raadplegen op http://www.vu.nl/nl/Images/Brief%20ontslagrecht_tcm9-277252.pdf.

Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011

W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Van den Broek 2013

S. van den Broek, 'Vervangen van vast personeel door zzp'ers', *TRA* 2013-45, p. 11-14.

136 Illustratief hierbij is de kabinetscrisis waarmee de PvdA heeft bedreigd ten tijde van het kabinet Balkenende IV indien minister Donner zijn plannen ten aanzien van de afschaffing van de preventieve ontslagtoets zou doorzetten. Zie *Handelingen II* 2007/08, 20.

CBS Welvaart in Nederland 2012

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Welvaart in Nederland. Inkomens, vermogens en bestedingen van huishoudens en personen*, Den Haag: CBS 2012.

CBS/TNO Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt: De focus op flexibilisering 2013

R. van Gaalen e.a., *Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt: De focus op flexibilisering*, Den Haag: CBS/TNO 2013.

Deschouwer & Hooghe 2011

K. Deschouwer en M. Hooghe, *Politiek – Een inleiding in de politieke wetenschappen*, Den Haag: Boom Lemma 2011.

Duk 2011

R.A.A. Duk, Het ontslagrecht: een vierjarig bestand?, *TRA* 2011-21, p. 3-4.

The Global Competitiveness Report 2011

World Economic Forum, *The Global Competitiveness Report 2011-2012*, Geneva: World Economic Forum 2011.

Grapperhaus 2006

F.B.J. Grapperhaus, *The end of the affair*, Deventer: Kluwer 2006.

Grapperhaus 2012

F.B.J. Grapperhaus, Wie heeft er nou niet een plannetje voor het ontslagrecht op zolder liggen?, *Ondernemingsrecht* 2012-133.

Grapperhaus 2013

F.B.J. Grapperhaus, *Terug de polder in: pleidooi voor een werkende arbeidsmarkt*, Amsterdam: Bert Bakker, 2013.

Grapperhaus & Schils 2007

F.B.J. Grapperhaus en T. Schils, Enkele overwegingen omtrent evenwicht in het ontslagrecht en de arbeidsmarkt, *SR* 2007-74, p. 351-358.

Hartlief 1999

T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999.

Hartlief 2008

T. Hartlief, 'De politiek van het arbeidsrecht', *NJB* 2008-666, p. 759-760.

Hoogeveen 2012

E.M. Hoogeveen, 'Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?', *ArbeidsRecht* 2012-6, p. 3-8.

Kötter 2012

R. Kötter, Koşer Kaya, 'Lenteakkoord en Hoofdlijnennotitie Kamp. Van oude dingen die voorbij gaan...', *NJB* 2012-1951, p. 2339-2345.

Naber 1981

H. Naber, *Van een preventief ontslagverbod terug naar een repressief ontslagrecht?: Dient de wetgever een ontslagvergunning te verlenen voor de beëindiging van het ontslagverbod ex artikel 6 BBA 1945 in ruil voor een nieuw civielrechtelijk ontslagrecht? (Een evaluatie van het ontslagverbod)* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1981.

Peters 2006

S.S.M. Peters, *Verdund sociaal recht. Onderscheid naar ondernemingsomvang bij medezeggenschap, ziekte en ontslag* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006.

Peters 2008

S.S.M. Peters, 'Ontslag(zeker) van Donner tot Bakker', *SMA* 2008-10, p. 397-404.

Rapport Adviescommissie Arbeidsparticipatie 2008

Adviescommissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Rotterdam: 2008.

Rapport Commissie Duaal Ontslagstelsel 2000

Commissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag: november 2000.

Regeerakkoord VVD, CDA, D66, GroenLinks en ChristenUnie 2012

Verantwoordelijkheid nemen in crisistijd, Den Haag: 2012, te raadplegen op <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2012/05/25/voorjaarsnota-2012-en-begrotingsakkoord-2013-verantwoordelijkheid-nemen-in-crisistijd.html>.

Ringeling 1953

J.H.A. Ringeling, *Rechtvaardiging ontslag. Een bijdrage tot de geschiedenis van het ontslagrecht in Nederland*, Amsterdam: Allert de Lange 1953.

Scholtens 2005

C.G. Scholtens, 'Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945', *ArA* 2005-3, p. 30-59.

SCP Toekomst arbeidsmarkt en sociale zekerheid 2005

Notitie op verzoek van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2005.

SER-advies inzake Civielrechtelijke ontslagbescherming 1994

Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake Civielrechtelijke ontslagbescherming*, publicatienr. 94/05, Den Haag: SER 1994.

SER-advies inzake Herziening ontslagrecht 1988

Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake Herziening ontslagrecht*, publicatienr. 88/12, Den Haag: SER, 1988.

Sociaal Akkoord 2013

Sociaal Akkoord Kabinet en Sociale partners, Den Haag: Kabinet en Sociale partners 2013.

STAR-advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel 2003

Stichting van de Arbeid, *Advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel*, publicatienr. 7/03, Den Haag: STAR 2003.

STAR-advies inzake Nota Flexibilisering en zekerheid 1996

Stichting van de Arbeid, *Advies inzake Nota Flexibilisering en zekerheid*, publicatienr. 2/92, Den Haag: STAR 1996.

Wetsbesluiten 1947

Wetsbesluiten tot stand gekomen tusschen 24 Juni – 23 November 1945: met toelichtingen, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1947.

XVI Beperken van topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen

Waarom zijn er door de Nederlandse politiek geen wettelijke beperkingen gesteld aan topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen?

E.D.J. Westmaas

Het inkomen van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen steeg de afgelopen vijftien jaar drie keer zo snel als het gemiddelde inkomen. Bestuurders die vijftig keer meer verdienen dan de gemiddelde werknemer zijn geen uitzondering meer. Ondanks de maatschappelijke onrust na de jaarlijkse publicatie van lijstjes met grootverdieners zijn er tot op heden geen beperkingen gesteld aan topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen. Dit is eenvoudig te verklaren: hoewel in het parlement het aantal voorstanders in vijftien jaar verveelvoudigd is, was er tot voor kort geen meerderheid voor. De geesten zijn er kennelijk nog niet rijp voor, hoewel de argumenten tegen een dergelijke beperking vaak niet valide zijn. Bovendien blijkt zelfregulering tot op heden weinig effectief. Maar er lijkt een kentering op komst. Misschien is het slechts een kwestie van tijd alvorens een wettelijke beperking van topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen tot stand komt.

16.1 Inleiding

Topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen zijn vaak onderwerp van het politieke debat en hoewel een aantal maatregelen is getroffen in de afgelopen jaren, is er nog geen sprake van gedwongen matiging van topinkomens. De wetgever heeft tot op heden niet dwingend ingegrepen, hoewel dat bij de publieke sector wel het geval is geweest. Er zijn wel enkele minder ingrijpende maatregelen getroffen, maar hoe effectief zijn die? De vraag is bovendien waarom tot op heden in de Nederlandse politieke besluitvorming geen wettelijke beperkingen zijn gesteld aan topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen. Kan politieke ideologie en zetelverdeling hier een verklaring voor geven? Het zijn deze vragen die centraal staan in deze bijdrage.

De opbouw is als volgt. Het onderzoek start met een schets van de ontwikkeling van topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen¹ (par. 16.2). Dit geeft inzicht in de exponentiële stijging van topinkomens en de toenemende inkomensongelijkheid binnen Nederland. Ter vergelijking wordt de ontwikkeling van topinkomens en maatregelen in de publieke sector geschetst. In paragraaf 16.3 worden de standpunten van de politieke partijen geanalyseerd. Aan de hand van de zetelverdeling wordt bezien hoe de kansen waren en zijn voor een mogelijke wettelijke beperking van topinkomens. In paragraaf 16.4 wordt u getoond welke maatregelen zijn getroffen en of deze werken. Tenslotte wordt de vraag beantwoord of gebruikte tegenargumenten wel zo valide zijn als ze lijken en wordt bezien welk argument er voor beperking pleit. Daarbij komen argumenten als contractvrijheid, eigendomsbescherming, marktwerking, welvaart en de gevolgen van inkomensongelijkheid aan de orde (par. 16.5).

16.2 Ontwikkeling topinkomens

16.2.1 *Ontwikkeling topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen*

Hoe hebben topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen binnen Nederland zich ontwikkeld? De ontwikkeling wordt geschetst voor de periode 1999-2005 en de periode van 2006-2012.² Uit CPB-onderzoek³ volgt dat circa 0,1% van de beroepsbevolking (circa 7000 personen) van 1990 tot 1998 een stabiel aandeel had in het totale looninkomen van 1,3%. Het aandeel steeg naar 2,0% in 2006. Het inkomen in deze groep groeide in deze periode gemiddeld 6% per jaar sneller dan het gemiddelde inkomen van de gehele bevolking.⁴ Het CPB analyseerde ook de beloning van bestuurders van de 250 grootste ondernemingen binnen Nederland in de periode 1999-2005. Het bruto loon steeg in deze groep van € 324.1000

1 In de bankensector was ook een exponentiële stijging van topinkomens waar te nemen. Deze sector wordt buiten beschouwing gelaten.

2 Informatie over de ontwikkeling van topinkomens tot 2005 is schaars. Er is gebruik gemaakt van een breed opgezet onderzoek van het Centraal Plan Bureau over de periode 1999-2005 en van onderzoeken van de Volkskrant voor de periode 2006-2012.

3 Straathof, Groot & Möhlmann 2010, p. 3, 28-42.

4 Het CPB-onderzoek vergelijkt met het gemiddelde inkomen zoals gehanteerd door het CBS. Hierbij wordt het gemiddelde inkomen voor de gehele bevolking berekend, in 2011 voor particuliere huishoudens € 23.500. Dit is een statistisch beter vergelijk dan met het modale inkomen. Het modale inkomen is namelijk een 'geprikt' inkomensniveau wat door het CPB gebruikt wordt als referentiepunt voor het bepalen van inkomenseffecten door maatregelen van de overheid.

tot € 473.700 in 2005, dit is een stijging van 6,5% per jaar. Bij beursgenoteerde ondernemingen groeide de beloning zelfs met 8,9% per jaar. Deze stijging is bijna drie keer zo groot als de stijging van het gemiddelde inkomen (3,1%). Uit onderzoek van de Rijksuniversiteit Groningen volgt dat de bestuurdersbeloning ook veel sneller steeg dan bij werknemers uit dezelfde bevolkingsgroep (overwegend mannen tussen 55 en 65 jaar).⁵

De grootste inkomensstijgingen deden zich voor bij de bestuurders van de 25 grootste ondernemingen; het gemiddelde inkomen steeg in deze groep van € 601.700 tot € 1.045.600 in 2005, een jaarlijkse groei van 9.6%. Hoe groter de onderneming, des te groter de inkomensstijging van de bestuurders. Dit effect is gedeeltelijk te verklaren door het ‘scale-of-operations’ effect: grote bedrijven zijn bereid meer te betalen voor een goede bestuurder omdat het effect van zijn acties en vaardigheden door de schaalgrootte van het bedrijf sneller wordt terugverdiend.⁶ De schaalvergroting van bedrijven is volgens het CPB de voornaamste oorzaak van de inkomensstijgingen, maar een groot deel van de inkomensgroei blijft onverklaard.⁷

Uit onderzoeken van de Volkskrant blijkt dat topinkomens bleven stijgen tot 2007. In het topjaar 2007 was het gemiddelde bestuurdersinkomen bij de 117 grootste ondernemingen € 1.300.000. Tijdens de economische crisis daalden de topinkomens door verminderde winsten en derhalve verlaging van de variabele beloningen⁸ om in 2010 uit te komen op gemiddeld 1 miljoen euro.⁹ In 2011 daalde het inkomen met 5%, maar in 2012 steeg het gemiddelde inkomen door stelselmatige verhoging van de vaste salarissen met 7,5% naar € 1.130.000.¹⁰ Interessant is een in opdracht van FNV-bondgenoten uitgevoerd onderzoek. Hieruit volgt dat bij 35 van de 50 onderzochte beursgenoteerde ondernemingen de bestuurdersbeloning meer dan twintig maal hoger was dan het laagste salaris binnen de onderneming.¹¹ De inkomensverschillen zijn nog nooit zo groot geweest. Hoewel Nederland qua inkomensongelijkheid een middenpositie inneemt, blijkt dat de lagere inkomens de laatste jaren een geringere koopkrachtstijging hadden dan de hogere inkomens.¹²

5 Van Ees e.a. 2007, p. 2.

6 Straathof, Groot & Möhlmann 2010, p. 35.

7 Straathof, Groot & Möhlmann 2010, p. 3.

8 Van Uffelen 2012.

9 Van Uffelen 2011.

10 Dekker & Van Uffelen 2013, p. 2, 24-25.

11 Hendriks & Stuivenberg 2011, p. 18.

12 Van Eck 2012.

16.2.2 Ontwikkelingen in de publieke sector

Een topinkomen in de publieke sector wordt gedefinieerd als een inkomen boven een ministersalaris. Nadat de commissie van Rijn¹³ in 2001 adviseerde de hoogste inkomens in de publieke sector sterk te verbeteren, teneinde te kunnen concurreren met het bedrijfsleven, steeg het aantal topinkomens van circa 250 in 1999 naar 3000 in het topjaar 2007.¹⁴ In 2006 werd een publicatieplicht¹⁵ ingevoerd, gedacht werd dat transparantie zou leiden tot een sterke daling van het aantal topinkomens. Dit effect bleef grotendeels uit, in 2011 waren er nog 2651 topinkomens.¹⁶

In het regeerakkoord van het kabinet Balkenende IV werd in 2011 voorgenomen topinkomens in de (semi-)publieke sector te normeren en te maximaliseren.¹⁷ Het kabinet Rutte I heeft de ‘Wet Normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT)’ verder uitgewerkt en deze is per 1 januari 2013 inwerking getreden.¹⁸ De WNT beperkt het inkomen in de (semi-)publieke sector tot 130 procent van een ministersalaris (thans maximaal € 228.599).¹⁹ Een overgangsregeling²⁰ respecteert vier jaar bestaande afspraken, waarna in drie jaar moet worden afgebouwd naar het maximum. Teveel betaalde bedragen zullen door de Staat met dwangsommen worden ingevorderd. De overheid beperkt de contractvrijheid in de (semi-)publieke sector zodoende direct.²¹

13 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2001, p. 59.

14 Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdrager 2009, p. 11.

15 Met de in 2006 van kracht geworden Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens werden (semi-)publieke organisaties verplicht topinkomens in het jaarverslag te publiceren.

16 *Kamerstukken II* 2012/13, 30 111, nr. 57, p. 3.

17 Coalitieakkoord CDA, PVDA en ChristenUnie 2007, p. 27.

18 *Stb.* 2012, 584.

19 Zie ook de nota van toelichting bij het besluit van 15 november 2012, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, *Stb.* 2012, 584.

20 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 januari 2013, ECLI:NL:RBSGR:2013:BY8165 oordeelde dat de WNT onder andere vanwege deze overgangsregeling geen onge-rechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht maakt.

21 Bij bedrijven, momenteel met name banken, die staatsteun nog niet hebben terugbetaald, is ingegrepen met de op 20 juni 2012 in werking getreden Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen, *Stb.* 2012, 265. Deze wet verbiedt het uitkeren van bonussen en bevriest de vaste beloning van bestuurders van deze ondernemingen.

16.3 Politieke standpunten over het wettelijk beperken van topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen

16.3.1 Politieke standpunten

Uit verkiezingsprogramma's van 1994 tot 2012, Kamervragen, vergaderverslagen en andere parlementaire stukken is een standpunt van elke partij gedistilleerd inzake het mogelijk wettelijk beperken van topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen.²²

De confessionele partijen

Het CDA roept sinds 1994 veelvuldig op tot loonmatiging en doet een beroep op de morele verantwoordelijkheid van het management om hier het voorbeeld in te geven. Het CDA is voorstander van een liberale wereldeconomie en is overtuigd van de werking van zelfregulering. In 2012 ging zij iets verder en pleitte zij voor een solidariteitsheffing op topinkomens.²³ Voorheen was in de ogen van het CDA 'transparantie' de Haarlemmerolie tegen topinkomens. Het CDA was mede initiatiefnemer van wetgeving²⁴ die tot meer transparantie zou leiden. Ook in het spoeddebat over topinkomens in de private sector van 11 april 2007 stelde de CDA-fractie eerst de vraag of het loon van private topbestuurders wel in verhouding stond tot de geleverde prestatie en pleitte toen opnieuw voor meer transparantie. Het kabinetsstandpunt, waaronder die van het regerende CDA, was dat contractvrijheid voorop stond. Toenmalig minister Donner verkondigde het CDA standpunt in 2007 typerend. Hij stelde dat 'iets op zichzelf normatief verkeerd kan zijn, ook als de overheid besluit er niets aan te doen' en 'dat er fundamentele keuzes gemaakt zijn door de rechtsstaat waar wel en niet ingegrepen kan worden. Op het moment dat je verontwaardigd bent, kun je die keuzes niet loslaten'.²⁵

De ChristenUnie pleit sinds haar oprichting in 2000 voor een overheid die zorg draagt voor een rechtvaardige sociale ordening, waarbij economische

22 Zie Annex 1. Hierin is een overzicht opgenomen van standpunten uit de verkiezingsprogramma's van 1994 tot en met 2012. Elke partij is gecodeerd als voor, tegen of neutraal ten aanzien van het mogelijk wettelijk beperken van topinkomens.

23 CDA 2012, p. 61.

24 Wet op de ondernemingsraden in verband met het verschaffen van openbaarheid over de hoogte van inkomens van topkader, bestuurder en toezichthouders van ondernemingen (kamerdossier 28163), ook bekend als de Wet Harrewijn.

25 *Handelingen II* 2006/07, 60, p. 3383.

processen en marktgedragingen ethisch genormeerd worden. In het debat van 2007 stelde zij dat topinkomens ‘het maatschappelijk verantwoorde overschrijden’ en pleitte voor een aanscherping van de Corporate Governance Code door het invoeren van een hogere dividendbelasting voor aandeelhouders die de Code niet naleven. De ChristenUnie gaat verder in haar verkiezingsprogramma van 2012. Zij stelde dat rechtvaardige inkomensverhoudingen de balans in de samenleving ondersteunen en wenste een zuivere relatie tussen topbeloning en overige werknemers. Zij constateerde fundamentele tekortkomingen in het huidige systeem en stelde dat objectief toezicht en meer maatregelen gewenst zijn.²⁶

De visie van het SGP is die van een Bijbelvast Christen. Hard werken mag beloond worden,²⁷ hebzucht wordt verafschuwed²⁸ en overheidsgezag erkend.²⁹ De SGP benadrukt de eigen verantwoordelijkheid van mensen en is wars van overheidsinmenging. Zij wenst normstelling bij extreme zelfverrijking,³⁰ maar kiest voor het belastinginstrument en het wijzen van bedrijven op hun verantwoordelijkheden. Zij verkiest ‘drang boven dwang’.³¹

De liberale partijen

De VVD benadrukt vaak voorstander te zijn van de vrije markteconomie en is in beginsel tegen elke vorm van regelgeving die de contractvrijheid beperkt. Zij stemde bijvoorbeeld als enige tegen het invoeren van een adviesrecht voor de ondernemingsraad over het bezoldigingsbeleid.³² Uitsluitend bij bedrijven die staatssteun kregen stemde de VVD ermee in dat bonussen verboden werden.³³

In de standpunten van D66 weerklinkt het sociaalliberalisme. Zij was de eerste partij die in 1998 de top van het bedrijfsleven verzocht zichzelf geen forse salarisstijging toe te kennen teneinde een evenwichtige inkomensverdeling en de sociale cohesie te behouden. Na de eeuwwisseling heeft D66

26 ChristenUnie 2012, p. 6-8, 54-55.

27 Spreuken 10:4: *‘Luie handen maken arm, ijverige handen brengen rijkdom’.*

28 Timoteüs 6:8-10: *‘Zij die zich willen verrijken vallen in verzoeking en in de strik van allerlei dwaze en kwalijke begeerten, die een mens in verderf en ondergang storten. Want de geldzucht is de wortel van alle kwaad’.*

29 Romeinen 13:1: *‘Iedereen moet het gezag van de overheid erkennen, want er is geen gezag dat niet van God komt’.*

30 SGP 2012, p. 40.

31 *Handelingen II* 2006/07, 60, p. 3374.

32 *Handelingen II* 2009/10, 34, p. 3276.

33 VVD 2012, p. 13.

het meer liberale standpunt ingenomen dat de overheid niet over private beloningen gaat³⁴ en dat bedrijven en aandeelhouders zelf hiervoor verantwoordelijk moeten blijven.³⁵

De socialistische partijen

De PvdA is een partij met twee gezichten: die van socialistische partij en die van coalitiepartij. In de jaren negentig pleitte de PvdA voor meer evenwichtige inkomensverhoudingen in Nederland en zij wilde het belasting-instrument hiervoor inzetten. Begin deze eeuw was zij ervan overtuigd dat zelfregulering en meer macht voor aandeelhouders en werknemers tot matiging van excessieve beloningen zou leiden. Totdat de PvdA in 2012 constateerde dat toezicht en een wettelijke verankering van de Corporate Governance Code noodzakelijk was. Deze was naar haar mening ‘slap en vrijblijvend en sancties moesten bedrijven tot handhaving van deze code dwingen’.³⁶

Hoewel PvdA-voorzitter Spekman na de totstandkoming van het coalitie-akkoord in 2012 nog riep: ‘Nivelleren is een feest!’³⁷ bleek de PvdA in de coalitieonderhandelingen zich op het punt van topinkomens inschikkelijk te hebben getoond (net als in 2006). Dit leidt soms tot, politiek bekende, maar ook absurde situaties. Een typisch voorbeeld hiervoor was PvdA lijsttrekker Bos die in een vurig verkiezingsdebat in 2006 aan premier Balkenende vroeg om drie maatregelen te noemen die hij genomen had tegen topinkomens. Om een jaar later in het politieke debat als minister van Financiën het regeringsbeleid te moeten verdedigen. De fractie stelde dat alle maatregelen open stonden om perverse beloningen tegen te gaan, maar PvdA minister Bos kon niet verder gaan dan zijn bezorgdheid te uiten en evenals toenmalig coalitiepartner CDA te pleiten voor meer transparantie.³⁸

De SP ontwikkelde zich met het opdoen van politieke ervaring door de jaren van protestpartij naar aanvoerder van de oppositie. In de jaren negentig streed de SP voor overheidsingrijpen zodra het hoogste inkomen drie keer hoger was dan het laagste inkomen. Vanaf 2002 kwam de SP met publicaties en meer pragmatische voorstellen. De SP publiceerde als eerste over de buitensporige salarisstijgingen in de publieke sector.³⁹ Later stelde de SP voor een inkomenskoppeling bij bedrijven in te voeren door

34 *Handelingen II* 2006/07, 60, p. 3373.

35 D66 2012, p. 14.

36 PvdA 2012, p. 28.

37 AD 2012.

38 *Handelingen II* 2006/07, 60, p. 3375.

39 Kant & Irrgang 2003.

het bestuurdersloon op te laten nemen in de CAO. Verder bepleitte zij een wettelijk bonusverbod, een instemmingsrecht voor de ondernemingsraad, een wettelijk afdwingbare Corporate Governance Code⁴⁰ en verzocht de SP sociale partners om ondernemers te ‘dwingen’ het uitkeren van topinkomens te staken.⁴¹

GroenLinks kwam tot de eeuwwisseling alleen met belastinginstrumenten. Later nam GroenLinks het initiatief voor meer transparantie,⁴² bepleitte een instemmingsrecht voor de ondernemingsraad⁴³ en stelde in haar laatste verkiezingsprogramma met wetgeving een einde te willen maken aan de graaicultuur.⁴⁴ Interessant is ook een tienpuntenplan uit 2005. Hierin stelden twee fractieleden een private beloningsnorm voor die aangeeft hoeveel maal groter het bestuurdersinkomen mag zijn ten opzichte van dat van de gewone man op de werkvloer.

De thematische partijen

Aanvullend op het inleidende hoofdstuk onderscheid ik nog een politieke stroming: de thematische partijen. Partijen die met een populistisch thema een groot kiezerspubliek trekken. Dit zijn ouderenpartij 50Plus, de Partij voor de Dieren en de PVV. Volgens Koenis vinden deze partijen, en met name de PVV, hun grondslag in sociale woede die voort komt uit de ervaring van ongelijkheid die als onrechtvaardig wordt ervaren. Deze woede kan worden omgezet in het vinden van oplossingen of het uiten van kritiek; vaak blijft het bij het laatste.⁴⁵ Het beperken van topinkomens is vaak onderwerp van de sociale woede en zal van deze partijen steun krijgen.

De steun van de PVV blijkt uit het laatste verkiezingsprogramma⁴⁶ en uit Kamervragen over topinkomens.⁴⁷ In een debat in 2007 bepleitte de PVV het wettelijk afdwingen van een maximuminkomen indien ‘zelfverrijking

40 *Handelingen II* 2006/07, 60, p. 3369.

41 SP 2012, p. 8.

42 Wet op de ondernemingsraden in verband met het verschaffen van openbaarheid over de hoogte van inkomens van topkader, bestuurder en toezichthouders van ondernemingen (kamerdossier 28163), ook bekend als de Wet Harrewijn, vernoemd naar het overleden Tweede Kamerlid Harrewijn (Groen Links).

43 *Handelingen II* 2006/07, 60, p. 3369.

44 Groen Links 2012, p. 21.

45 Koenis 2012, p. 5-6.

46 PVV 2012, p. 21.

47 *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, nr. 1291, *Aanhangsel Handelingen II* 2012-2013, nr. 2678 en *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 9333.

en onrechtvaardigheid ten aanzien van hardwerkende mensen niet zo snel mogelijk gestopt zou worden'.⁴⁸ De Partij voor de Dieren kan gezien de overige socialistische economische standpunten als voorstander getypeerd worden. Het standpunt van ouderenpartij 50Plus is nog onbekend.

16.3.2 Zetelverdeling

Bovenstaande analyse is vertaald in een tabel, waarbij per kabinetsperiode de zetelverdeling is meegewogen. In de tabel zijn de percentages 'voor beperkingen', 'tegen beperkingen' en 'neutraal' weer gegeven.⁴⁹

<i>jaar</i>	<i>kabinet</i>	<i>voor</i>	<i>tegen</i>	<i>neutraal</i>
1994	Kok I	1,3%	60,7%	38,0%
1998	Kok II	3,3%	46,7%	50,0%
2002	Balkenende I	8,7%	46,0%	45,3%
2003	Balkenende II	8,0%	53,3%	38,7%
2006	Balkenende IV	31,3%	43,3%	25,3%
2010	Rutte I	36,0%	42,7%	21,3%
2012	Rutte II	52,7%	46,0%	1,3%

De tabel laat zien dat de stemverhoudingen sinds 1994 gewijzigd zijn van tegen naar een kleine Kamermeerderheid voor. In 2006 en 2010 is het aantal voorstanders aanmerkelijk gestegen door verkiezingsoverwinningen van respectievelijk SP (2006) en PVV (2010). Opvallend is de sleutelrol van de PvdA; omdat de PvdA in 2012 voorstander werd van ingrijpen, is een meerderheid ontstaan. Maar bij de PvdA weegt trouw aan een coalitiepartner van rechtse signatuur zwaarder dan beperkingen aan topinkomens. De Kamermeerderheid zal voorlopig dus niet leiden tot wettelijke beperkingen.

48 *Handelingen II* 2006/07, 60, p. 3370.

49 Zie ook annex II.

16.4 Maatregelen

16.4.1 *Corporate Governance Code*

Corporate Governance is het systeem van bestuur en toezicht van beursgenoteerde bedrijven.⁵⁰ Naast bestaande wetgeving⁵¹ hebben de bedrijven zelf een gedragscode ontwikkeld. Deze Corporate Governance Code (verder 'de Code') werd ontwikkeld door de commissie Tabaksblat en trad op 30 december 2004 in werking.⁵² De 'Monitoring Commissie Corporate Governance Code'⁵³ inventariseert jaarlijks of de Code zich nog verhoudt tot de actualiteit en internationale ontwikkelingen. Dit heeft in 2008 geleid tot een geactualiseerde code, die op 1 januari 2010 in werking is getreden.⁵⁴

De Code werkt indirect door in ons rechtssysteem. Volgens artikel 2:391 lid 5 BW kunnen er nadere eisen worden gesteld aan de inhoud van het jaarverslag. De voorschriften hebben in het bijzonder betrekking op de naleving van een in een algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode. De Corporate Governance Code is als zodanig aangewezen.⁵⁵ De Code werkt via het 'pas toe of leg uit' beginsel: naleving is niet verplicht, wel dient niet-naleving in het jaarverslag toegelicht te worden. De Code heeft een (beperkte) juridische status. De Code werkt via artikel 3:12 BW door in de artikelen die zien op de redelijkheid en billijkheid.⁵⁶

Onderdeel II.2 van de Code geeft best practice bepalingen ten aanzien van bezoldiging van bestuurders.⁵⁷ De beloning dient eenvoudig en inzichtelijk te zijn, de lange termijn belangen van het bedrijf te bevorderen en niet aan te zetten tot handelen in eigen belang of tot afwijken van de bedrijfsstrategie. Er dient te worden gekeken naar de bedrijfsresultaten, de aandelenkoers en niet-financiële indicatoren.⁵⁸ Bonussen moeten gekoppeld zijn

50 Voor financiële ondernemingen zijn de 'Principes voor beheerst beloningsbeleid' en de 'Code banken' opgesteld, deze werken hetzelfde, maximaliseren bonussen en stellen klantbelang centraal. Het regeerakkoord 'Bruggen slaan' van VVD en PvdA kondigt maatregelen aan om bonussen voor de gehele financiële sector te maximaliseren op twintig procent van het vaste inkomen.

51 Zie Boek 2 Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht.

52 *Stcrt.* 2004, 250.

53 *Stcrt.* 2004, 241.

54 *Stb.* 2009, 545.

55 *Stb.* 2009, 545.

56 Ter Haseborg 2009.

57 *Stcrt.* 2009, 18499.

58 Niet financiële indicatoren zijn bijvoorbeeld normatieve indicatoren waarbij bestuurderssalariissen worden afgewogen tegen andere beloningen binnen het

aan meetbare langetermijndoelen. Tenslotte moet de beloning hoog genoeg zijn om bestuurders te behouden of aan te trekken. De bezoldiging wordt vastgesteld door de Raad van Commissarissen op voorstel van een remuneratiecommissie. Het bijbehorende remuneratierapport omschrijft hoe het bezoldigingsbeleid is nageleefd en of dit langetermijndoelstellingen dient. Conform best practice II.2.13 wordt in het rapport verder opgenomen: de totale verwachte bezoldigingskosten, de waarde van toegekende aandelen, de samenstelling van de groep van ondernemingen waarmee wordt vergeleken (de ‘peergroup’) en de prestatiecriteria voor het toekennen van bonussen.

De economische crisis lijkt een belangrijker invloed te hebben op de ontwikkeling van topinkomens dan de Code. De effectiviteit lijkt dan ook beperkt. Ook is het moeilijk te controleren hoe groot de invloed is van bestuurders en consultantsbureaus en of niet-financiële indicatoren wel of niet worden meegewogen. Wettelijk verplichte standaardisatie en objectieve evaluatie van het remuneratiebeleid zoals geadviseerd door Europese Ondernemingsrecht experts⁵⁹ lijkt mij dan ook een goed idee. Hier moeten dan wel instrumenten voor handhaving aan worden toegevoegd. Zoals Pietrancosta stelt: ‘Handhaving is een voorwaarde voor het succes en geloofwaardigheid van zelfregulering, indien de wetgever zijn tanden laat zien, houden bedrijven zich beter aan afspraken’.⁶⁰

16.4.2 *Invloed aandeelhouders*

Vooruitlopend op de Corporate Governance Code is per 1 oktober 2004 artikel 2:135 BW gewijzigd.⁶¹ Aan het oude artikel inzake beloningen van bestuurders werden bevoegdheden voor de algemene vergadering van aandeelhouders toegevoegd. De algemene vergadering dient nu een bezoldigingsbeleid vast te stellen. Indien de raad van commissarissen statutair bevoegd is de beloningen vast stellen dan dient deze het bezoldigingsbeleid in acht te nemen. Aan beloningen in de vorm van aandelen dient de algemene vergadering sowieso haar goedkeuring te geven. Tot op heden zijn er slechts enkele gevallen bekend waarin de algemene vergadering heeft ingegrepen in toegekende beloningen. Wel keren grotere institutionele beleggers zich vaker tegen hoge bonussen in economisch zware tijden⁶² en mogen zij

bedrijf of indicatoren zoals duurzaamheid en maatschappelijk verantwoord ondernemen.

59 Davies e.a. 2011, p. 10.

60 Pietrancosta 2009.

61 *Stb.* 2004, 405. Wet wijziging structuurregeling.

62 ANP 2013.

bij de helft van de bedrijven vooraf hun visie kenbaar maken.⁶³ Indien de grote institutionele beleggers hun krachten bundelen, kan deze maatregel effectief worden. Uit onderzoek blijkt namelijk dat het topsalaris in een onderneming lager ligt indien er sprake is van een aantal machtige aandeelhouders; zij temperen kennelijk het beloningsbeleid.⁶⁴

16.4.3 *Invloed ondernemingsraad*

In 2004 verkreeg de ondernemingsraad een recht tot kennisneming van het beloningsbeleid.⁶⁵ Met de inwerkingtreding van de Wet Spreekrecht OR heeft de ondernemingsraad in artikel 2:135 lid 2 BW het recht gekregen zijn standpunt kenbaar te maken over het bezoldigingsbeleid tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders.⁶⁶ Het ontbreken of het niet opvolgen van dit standpunt tast de besluitvorming niet aan. De VVD-fractie sprak dan ook over symboolpolitiek bij de behandeling van het wetsvoorstel.⁶⁷ Deze mening ben ik niet toegedaan. De ondernemingsraad heeft nu wettelijk het recht om te spreken op de aandeelhoudersvergadering en kan de verhouding van de bestuurdersbeloning tot die van de overige werknemers in de aandeelhoudersvergadering aan de orde stellen.

16.4.4 *Claw back vordering*

De in de Corporate Governance Code opgenomen best practice II. 2. 10 en II. 2.11 11 inzake het beperken en terugvorderen van bonussen (claw back) wordt mogelijk wettelijk verankerd.⁶⁸ Het voornemen bestaat om aan artikel 2:135 BW ‘nieuwe’ wettelijke mogelijkheden toe te voegen. Allereerst de mogelijkheid om achteraf de hoogte van een bonus aan te passen, indien uitkering naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Ten tweede omvat het wetsvoorstel de mogelijkheid om bonussen terug te vorderen in het geval van verstrekte onjuiste informatie. Ten derde wordt de waardevermeerdering van de aandelen van een bestuurder die tot stand komt ten gevolge van een openbaar bod op de aandelen,

63 Van Uffelen 2011*.

64 Van Uffelen 2010.

65 *Stb.* 2004, 370. Dit werd per 1 september 2006 ook verplicht voor niet beursgenoteerde ondernemingen met de Wet op de ondernemingsraden in verband met het verschaffen van openbaarheid over de hoogte van inkomens van topkader, bestuurder en toezichthouders van ondernemingen, *Stb.* 2006, 286.

66 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 877, A.

67 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 877, B, p. 2.

68 *Kamerstukken I* 2012/13, 32 512. Het wetsvoorstel is op 18 december 2012 aangenomen in Tweede Kamer en wordt in 2013 in de Eerste Kamer behandeld.

of bij een fusie of splitsing, in mindering gebracht op het inkomen. Dit ter voorkoming van tegenstrijdige belangen van de bestuurder bij een mogelijke verkoop van het bedrijf.⁶⁹

16.4.5 *Fiscale maatregelen*

Buiten een eenmalige crisisheffing in 2012 van 16% over inkomens boven de € 150.000 bestaat er geen top belastingtarief voor topinkomens. PvdA, SP en GroenLinks stelden dit wel voor. Dit belastinginstrument is geen effectief middel. Het zal vanwege de hogere kosten de concurrentiepositie van Nederlandse bedrijven verslechteren.⁷⁰ Hiernaast kan het tot hogere bruto beloningen leiden daar bestuurders een grote invloed hebben op de vaststelling van hun eigen beloning. Tenslotte is deze maatregel begrotingstechnisch niet gewenst daar een toptarief volgens het Centraal Planbureau leidt tot lagere in plaats van hogere belastingopbrengsten.⁷¹

16.5 **Argumenten voor en tegen het wettelijk beperken van topinkomens**

16.5.1 *Contractvrijheid*

Niet mogen inmengen in de contractvrijheid is het meest gehoorde tegenargument in het debat over beperken van topinkomens. Contractvrijheid komt voort uit het autonomiebeginsel, wat de erkenning van het fundamentele recht op zelfbeschikking inhoudt.⁷² Een ieder heeft recht op de autonome uitoefening van zijn bevoegdheden als werknemer of werkgever. De overheid kan die vrije uitoefening inperken, indien aan drie voorwaarden wordt voldaan. Het zelfbeschikkingsrecht mag niet volledig verdwijnen, de inperking dient het maatschappelijke belang en de beperking moet ook de gewenste ordening tot stand brengen.⁷³

69 Deze wijziging komt voort uit het amendement van Kamerleden Irrgang (SP) en Tang (PvdA) bij het wetsvoorstel Flex-BV en is later toegevoegd aan het wetsvoorstel claw-back.

70 *Handelingen II* 2006/07, 60, p. 3386.

71 Jacobs, Jongen & Zoutman 2013, p. 12.

72 Nieuwenhuis 1979, p. 63.

73 Grapperhaus 2012.

Grapperhaus⁷⁴ uit kritiek op wetsvoorstellen die beloningen aan banden willen leggen.⁷⁵ Naar zijn mening kan een algemeen maatschappelijk belang niet gefundeerd worden op maatschappelijke onrust, indien de ratio achter die onrust ontbreekt. Grapperhaus meent dat de beloning niets meer is dan de marktwaarde van de bestuurder en het feit dat velen deze waarde moreel verwerpelijk vinden of afgunst hebben, onvoldoende redenen zijn om privaatrechtelijke autonomie in te perken.⁷⁶ Naar zijn mening geeft het correct toepassen van de Nederlandse Corporate Governance Code afdoende handvaten voor een verantwoord beloningsbeleid. De overheid dient zich, naar zijn mening, zo min mogelijk te bemoeien met onderwerpen die mensen zelf kunnen regelen indien zij beschikken over enig verantwoordelijkheidsgevoel en op elkaars handelen durven toe te zien.⁷⁷ Of zoals Hartlief schreef: ‘zolang men in vrijheid tot een bepaalde beslissing heeft kunnen komen zal het recht niet treden in een beoordeling van de rechtvaardigheid hiervan’.⁷⁸

Een nuancering is op zijn plaats. Uiteraard is contractvrijheid een belangrijk recht, maar zoals Alkema stelt, een recht dat wel een beginsel is met grondrechtelijke trekken, maar geen grondrecht. Een beginsel dat op de bij wet berustende voorwaarden terzijde kan worden gesteld.⁷⁹ Eerder stelde Koopmans al dat contractvrijheid gezien kan worden ‘als een grondrecht’ dat essentieel is voor de economische orde binnen een kapitalistische samenleving, maar dat een moderne sociale en economische wetgeving zonder inbreuk op de contractvrijheid onmogelijk is.⁸⁰ Ook Nieuwenhuis beaamde dit en gaf het voorbeeld van de invoering van het minimumloon. De beperking van de vrijheid van de ondernemer leidde tot meer vrijheid voor de minima.⁸¹

Er zijn dus situaties denkbaar dat het algemeen belang het vordert om de contractvrijheid in te perken. Vaak is het doel hiervan een ‘zwakke partij’ te beschermen.⁸² Indien topinkomens niet door zelfregulering gematigd

74 Hoogleraar Europees arbeidsrecht aan de Universiteit van Maastricht, kroonlid van de SER en voorzitter van de programmacommissie van het CDA voor de Tweede Kamerverkiezingen 2010.

75 Grapperhaus 2012.

76 Grapperhaus 2008.

77 Grapperhaus 2013, p. 133.

78 Hartlief 1999, p. 246.

79 Alkema 1999, p. 46.

80 Koopmans 1976, p. 17-18.

81 Nieuwenhuis 1979, p. 59-60.

82 Denk aan consumentenwetgeving.

worden kan, zoals ik hieronder zal beschrijven, verdere inkomensongelijkheid kwalijke gevolgen hebben. Wellicht is het noodzakelijk de gehele maatschappij hier tegen te beschermen. Streven naar inkomensgelijkheid hoeft dan niet alleen ingrijpen aan de onderkant van de loonschaal te betekenen, maar kan ook ingrijpen aan de bovenkant rechtvaardigen. Uiteraard blijft contractvrijheid een belangrijk beginsel, maar er dient minder krampachtig mee te worden omgegaan. Of zoals Mok het stelde: ‘Nu dienen systemen en begrippen ertoe om ons te dienen en niet om ons te regeren’.⁸³

16.5.2 Eigendomsrecht

Een tweede tegenargument is de vrees voor een onrechtmatige inperking van het eigendomsrecht als bedoeld in artikel 1 EP EVRM. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM omvat de gerechtvaardigde verwachting op het verkrijgen van een eigendomsrecht, het loon, een eigendomsrecht als bedoeld in artikel 1 EP EVRM. Het omvat alleen beloningen voor bestaande dienstverbanden.⁸⁴ Toekomstig inkomen, zoals een toekomstige bonus of verwachte loonontwikkeling, valt niet onder het eigendomsbegrip.⁸⁵ In dit verband heeft de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet Bestuur & Toezicht een bijkomend voordeel.⁸⁶ Met deze wet wordt een aanstelling als bestuurder niet langer aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, maar als een overeenkomst van opdracht. Een herbenoeming, die plaatsvindt na maximaal vier jaar,⁸⁷ is geen verlenging van een bestaand dienstverband, maar een nieuwe opdracht. Indien bestaande dienstverbanden gedurende vier jaar worden gerespecteerd, zal er dus geen sprake zijn van inperking van een eigendomsrecht.

16.5.3 Welvaartsmaximalisatie

Het belangrijkste economische argument voor de totstandkoming van hoge bestuurdersbeloningen komt voort uit de ‘agency theory’. Agency kosten ontstaan doordat zeggenschap en eigendom bij beursvennootschappen gescheiden zijn. Hierbij bestaat de kans dat bestuurders (de *agents*) niet handelen in het belang van de aandeelhouders. Denk hierbij aan gevallen

83 Mok 1997, p. 14.

84 EHRM 12 juli 2001, nr. 42527/98 (*Hans Adam II van Liechtenstein v. Duitsland*) en EHRM 28 september 2004, nr. 44912/98 (*Kopecký v. Slowakije*).

85 EHRM 11 januari 2007, nr. 73049/01 (*Anheuer-Busch Inc./Portugal*) en ECieRM 13 december 1979, D&R 18, p. 216 en EHRM 19 oktober 2000, nr. 31227-96 (*Ambruosi v. Italië*).

86 *Stb.* 2011, 275.

87 Best practice II.1.1. De Nederlandse Corporate Governance Code.

van belangenverstrengeling, frauduleus gedrag of sterk risicomijdende strategieën. Met hoge beloningen die mede afhankelijk zijn van de waarde van de aandelen kunnen agencykosten worden vermeden en de welvaart worden gemaximaliseerd. Uit onderzoek volgt echter dat er geen sterke samenhang lijkt te bestaan tussen een hoge beloning en betere bedrijfsprestaties.⁸⁸ Te hoge bestuurdersbeloningen zijn op zichzelf dus ook een vorm van agencykosten die leiden tot welvaartsverlies. Er moet gewaakt worden dat de ene soort agencykosten (kosten wegens risicomijdende strategieën, e.d.) niet ingewisseld worden voor de andere soort agencykosten (te hoge bestuurdersbeloningen). De som van alle agencykosten moet zo klein mogelijk zijn.⁸⁹

16.5.4 *Marktwerking*

Het bestuurdersinkomen is de uitkomst van marktwerking en zou daarom niet beperkt mogen worden. Otten deed uitgebreid onderzoek naar de marktwerking van beloningen van topbestuurders.⁹⁰ Uit zijn onderzoek blijkt dat deze markt slecht werkt. Hij toont aan dat er geen (sterke) relatie is tussen het bestuurdersinkomen en bedrijfsresultaten. De verschillen tussen vergelijkbare bestuurders bij vergelijkbare ondernemingen zijn enorm. Hier zijn meerdere oorzaken voor. Bestuurders hebben allereerst grote invloed op het proces dat hun eigen beloning bepaalt, omdat zij nauwe contacten onderhouden met de leden van de Raad van Commissarissen (verder RvC). Vervolgens maakt de RvC vaak gebruik van consultants om de beloningen te objectiveren. De bestuurder en consultant beïnvloeden elkaar indirect. De bestuurder weet dat een opdracht aan een groter consultantsbureau leidt tot hogere beloningen en de consultant beseft dat vervolg- en andere opdrachten aan het bureau samenhangen met een hoger beloningsadvies. Tenslotte wordt er een selectief lijstje van vergelijkbare bedrijven (de ‘peer-group’) aan de consultant gegeven, zonder dat deze referenties objectief getoetst worden op bruikbaarheid. Consultants legitimeren hun advies aan deze referenties en de bestuurders legitimeren vervolgens de beloning aan de hand van het ‘objectieve’ advies. Dit is een soort vicieuze cirkel die in de weg staat aan efficiënte marktwerking.

88 Otten & Van Oosterhout 2008.

89 Otten & Van Oosterhout 2008.

90 Otten 2007.

16.5.5 *Vertrek naar buitenland en concurrentiepositie*

Getalenteerde bestuurders zouden en masse Nederland ontvluchten bij het beperken van topinkomens. Een stelling die niet klopt bij analyse van de Nederlandse bestuurdersmarkt. In veel Europese landen en in de Verenigde Staten ligt het inkomen van CEO's nu al veel hoger en alleen in Scandinavië zijn deze lager.⁹¹ Uit eigen onderzoek⁹² blijkt dat 37 van de 51 onderzochte grote ondernemingen⁹³ geleid worden door Nederlanders en niet door talenten uit Scandinavië. Van de overige veertien CEO's komen er tien uit landen met een hoger en vier uit landen met een lager topinkomen. De hoogte van het inkomen is kennelijk niet doorslaggevend voor de mobiliteit van de bestuurder. Een groot aantal andere factoren beïnvloedt de arbeidsmobiliteit van het individu, zoals inhoud van het werk, omgang met collega's, secundaire arbeidsvoorwaarden en uiteraard de gezinssituatie. Daarnaast zijn oudere werknemers minder arbeidsmobiel.⁹⁴ Mits topinkomens niet geminimaliseerd worden, zal de vlucht van talent naar het buitenland dus niet zo'n vaart lopen. Angst voor verslechtering van de internationale concurrentiepositie is eveneens ongefundeerd. Bedrijven zullen niet zomaar Nederland verlaten zolang bedrijfsresultaten niet verminderen en er zwaarder wegende motieven bij (her-)vestiging zijn zoals: locatie van productiemiddelen, afzetmarkt, arbeidsmarkt, fiscale regelgeving of historie.

16.5.6 *Transparantie*

Veel partijen verwachten dat transparantie leidt tot een vorm van sociale controle waardoor topinkomens gematigd zullen worden. Zo werd de publieke sector verplicht tot openbaarmaking van topinkomens en in de private sector kwam een publicatieplicht en een inlichtingenplicht aan de ondernemingsraad. Transparantie heeft niet het gewenste effect. Uit Amerikaans onderzoek blijkt dat openbaarmaking en negatieve aandacht in de media niet leiden tot aanpassingen in de beloningen van CEO's.⁹⁵ Het kan zelfs het tegenovergestelde effect hebben. Door de openheid over inkomens zien bestuurders ook wat anderen verdienen en gaan dan opnieuw onderhandelen over het eigen inkomen.

91 Otten 2007.

92 Zie ook annex III.

93 Ondernemingen met een AEX- of AMX-notering en de vier grote systeembanken.

94 Commissie Arbeidsmarkt en Onderwijsvraagstukken 2011, p. 7-9.

95 Core, Guay & Larcker 2007.

16.5.7 Gevolgen van inkomensongelijkheid

Vaak onbesproken door juristen is de mate waarin ongelijkheid binnen de samenleving wordt getolereerd. De nog altijd geroemde⁹⁶ socioloog Barrington Moore jr. (1913-2005) publiceerde hierover in zijn boek *Injustice: The Social Basis of Obedience and Revolt*. Door studie naar de historische ontwikkelingen in Nazi-Duitsland kwam hij tot de conclusie dat ongelijkheid alleen gerechtvaardigd wordt door het bezit van speciale schaarse vaardigheden (bijvoorbeeld wetenschappers), vaardigheden die in het belang van de gehele maatschappij zijn (bijvoorbeeld ministers) of als zodanig aanvaard worden (bijvoorbeeld topvoetballers).⁹⁷ Wordt de ongelijkheid niet als zodanig ervaren dan zal dit volgens Moore leiden tot verontwaardiging, woede en in extreme gevallen tot rebellie.⁹⁸ In tijden van economische crisis en loonmatiging wordt de ongelijkheid tussen het topinkomen en de gewone man steeds groter. Hierbij blijkt dat van marktwerking in de top amper sprake is. De acceptatie voor deze ongelijkheid zal verder afnemen en dit kan leiden tot kwalijke gevolgen. Tot rebellie en opstand zal het niet snel komen, maar wel tot lichtere vormen zoals diefstal door eigen personeel of belastingontduiking. Ook kan de woede leiden tot cynisme onder de ‘gewone’ burgers en dus tot grote verschuivingen in de politiek richting thematische partijen. Ook dit komt de stabiliteit en dus de welvaart niet ten goede. Uit jarenlang onderzoek van Wilkinson & Pickett volgt dat in landen met meer inkomensongelijkheid er meer criminaliteit is en mensen een slechtere gezondheid en een lagere levensverwachting hebben dan in landen met een kleinere inkomensongelijkheid.⁹⁹ Het argument om beloningen van bestuurders te beperken teneinde verdere inkomensongelijkheid te voorkomen en de sociale cohesie te behouden acht ik een valide argument. Of zoals Van Maanen het fraai stelt: ‘Wil het kapitalisme overleven dan zal het aan banden moeten worden gelegd’.¹⁰⁰

16.6 Conclusie

Het antwoord op de vraag waarom de politiek geen beperkingen heeft gesteld aan topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen is eenvoudig. Het heeft tot voor kort aan een politieke meerderheid hiervoor

96 Ziblatt e.a. 2013.

97 Moore 1978, p. 39.

98 Moore 1978, p. 37-48.

99 Wilkinson & Pickett 2009, p. 82, 94, 132, 136 en 182-185.

100 Van Maanen 2009.

ontbroken. Er is inmiddels in de Tweede Kamer een kleine meerderheid ontstaan, maar coalitiebelangen gaan (kennelijk) nog voor.

De voortdurende aandacht voor topinkomens heeft geleid tot een wettelijk maximuminkomen in de publieke sector en tot zelfregulering bij beursgenoteerde vennootschappen. Deze zelfregulering is onvoldoende effectief, omdat het ontbreekt aan objectieve toetsing en een handhavingmechanisme. Genomen maatregelen zijn halfzacht en lijken, getuige de verdere stijging van topinkomens, niet te helpen. Uit nadere analyse blijkt dat veel gebruikte argumenten tegen een wettelijk ingrijpen minder valide zijn dan voorgespiegeld. Feitelijk resteert een afweging tussen beginselen van contractvrijheid en marktwerking enerzijds en de mogelijk kwalijke gevolgen van verdere inkomensongelijkheid anderzijds.

Mijn voorspelling is dat indien beursgenoteerde vennootschappen niet tot gematigde en normatief verantwoorde bestuurdersbeloningen komen, de maatschappelijke druk zodanig zal toenemen dat er ingegrepen zal worden. Op welke wijze is een vraag die dan beantwoord kan worden, maar gezien de ontwikkeling van stemverhoudingen in de Tweede Kamer lijkt wettelijk ingrijpen niet langer denkbeeldig.

Literatuurlijst

AD 2012

Redactie, 'Zorgplan is uitstekend, nivelleren is een feest', *AD* 3 november 2012.

Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdrager 2009

Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdrager, *Gewopt en gewogen. Evaluatie van de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomen (WOPT)*, Breda: Koninklijke Broese en Peereboom 2009.

Alkema 1999

E.A. Alkema, 'Contractvrijheid als grondrecht: de vrijheid om over grond- en mensenrechten te contracteren of er afstand van te doen', in: C.J.J.M. Stolker & T. Hartlief (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 33-46.

ANP 2013

ANP, 'Ophef over buitengewone bonussen top Heineken', *Trouw* 25 april 2013.

CDA 2012

Iedereen, Verkiezingsprogramma CDA 2012, Den Haag: Christen Democratisch Appèl 2012, te raadplegen op www.cda.nl.

ChristenUnie 2012

Voor de verandering. 7 christelijk-sociale hervormingen. Verkiezingsprogramma ChristenUnie 2013-2017, Amersfoort: ChristenUnie 2012, te raadplegen op www.christenunie.nl.

Coalitieakkoord CDA, PVDA en ChristenUnie 2007

Samen werken, samen leven, Den Haag: 2007, te raadplegen op <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2007/02/07/coalitie-akkoord-balkenende-iv.html>.

Commissie Arbeidsmarkt en Onderwijsvraagstukken 2011

Commissie Arbeidsmarkt en Onderwijsvraagstukken, *Werk maken van baan-baan mobiliteit*, Den Haag: Huisdrukkerij SER 2011.

Core, Guay & Larcker 2007

J.E. Core, W.R. Guay & D.F. Larcker, *The power of the pen and executive compensation*, Philadelphia: The Wharton School 2007 (niet gepubliceerd, vindbaar op <http://ssrn.com/abstract=838347>).

Davies e.a. 2011

P. Davies e.a., *Response to the European Commission's Green Paper 'The EU Corporate Governance Framework'*, 22 juli 2011 (niet gepubliceerd, vindbaar op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1912548).

Dekker & Van Uffelen 2013

W. Dekker & X. van Uffelen, 'Topinkomens na drie jaar in de lift, kloof met werkvloer groeit', *Volkskrant* 15 juni 2013.

D66 2012

En nu vooruit. Op weg naar een welvarende, duurzame toekomst. Verkiezingsprogramma D66 2012-2017, Den Haag: Democraten 66 2012, te raadplegen op www.d66.nl.

Van Eck 2012

M. van Eck, 'Factor 20 als smeermiddel tegen maatschappelijke (belonings) onrust?', *TRA* 2012-2, p. 3-4.

Van Ees e.a. 2007

H. van Ees e.a., *De relatie tussen de bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en prestaties van deze ondernemingen*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, 2007.

Grapperhaus 2008

F.B.J. Grapperhaus, 'Het verschil tussen de beloning van de bestuurder en de Deense staat', *Ondernemingsrecht* 2008, p. 289-290.

Grapperhaus 2012

F.B.J. Grapperhaus, 'Over het ingrijpen in beloningen', *TRA* 2012-2, p. 5-12.

Grapperhaus 2013

F.B.J. Grapperhaus, *Terug de polder in. Pleidooi voor een werkende arbeidsmarkt*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2013.

Groen Links 2012

Groene kansen voor NL. Verkiezingsprogramma Groen Links 2012, Utrecht: GroenLinks 2012, te raadplegen op www.groenlinks.nl.

Hartlief 1999

T. Hartlief, 'Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?' in: C.J.J.M. Stolker & T. Hartlief (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-253.

Ter Haseborg 2009

R.P.J. ter Haseborg, 'De Corporate Governance Code 2008 en grip op het bestuurdersinkomen', *TRA* 2009-3, p. 16-19.

Hendriks & Stuivenberg 2011

F. Hendriks & M. Stuivenberg, *Onderzoek naar topbeloningen 2010. De beloning van topbestuurders ten opzichte van medewerkers*, Utrecht: Basis & Beleid 2011.

Jacobs, Jongen & Zoutman 2013

B. Jacobs, E. Jongen & E. Zoutman, *It's lonely at the top. Hoger toptarief levert niets op*, Den Haag: Centraal Planbureau 2013.

Kant & Irrgang 2003

A.C. Kant & E. Irrgang, *De gemeenschap op kosten*, Den Haag: 2003 (vindbaar via http://www.sp.nl/nieuws/kamernieuws/div/Gemeenschap_op_kosten_2003.pdf).

Koenis 2012

S. Koenis, *De democratisering van het ressentiment* (oratie Maastricht), Maastricht: Maastricht University 2012.

Koopmans 1976

T. Koopmans, *Vrijheden in beweging: voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit te Gent op 5 maart 1976*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1976.

Van Maanen 2009

G.E. van Maanen, 'Perverse Prikkel', *NTBR* 2009, p. 129-130.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2001

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *De arbeidsmarkt in de collectieve sector. Investeren in mens en kwaliteit*, Den Haag: Drukkerij De Bink BV 2001.

Mok 1997

M.R. Mok, *Pacta Sunt Servanda; ja toch?* (afscheidscollege Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Moore 1978

B. Moore jr, *Injustice: The Social Basis of Obedience and Revolt*, New York: Pantheon Books, 1978.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1979.

Otten 2007

J. Otten, 'Symboolpolitiek en topinkomens', *Economische Statistische Berichten* 2007, p. 372-374.

Otten & Van Oosterhout 2008

J. Otten & J. van Oosterhout, 'Bestuurdersbeloning; Ideologie, Symboliek of Instrument van Corporate Governance?', *Ondernemingsrecht* 2008, p. 290-295.

Pietrancosta 2009

A. Pietrancosta, *Enforcement of Corporate Governance Codes* (oratie Tilburg), Tilburg; 2009 (niet gepubliceerd, samenvatting vindbaar op <http://www.nieuwsbank.nl/inp/2009/02/13/R036.htm>).

PvdA 2012

Nederland, sterker en socialer, Verkiezingsprogramma PvdA Tweede Kamer-verkiezingen 2012, Amsterdam: Partij van de Arbeid 2012, te raadplegen op www.pvda.nl.

PVV 2012

Hun Brussel, Ons Nederland. Verkiezingsprogramma PVV 2012-2017, te raadplegen op www.pvv.nl.

Regeerakkoord VVD-PvdA 2012

Bruggen slaan. Regeerakkoord VVD-PVDA, Den Haag: 2012, te raadplegen op <http://www.kabinetsformatie2012.nl/actueel/documenten/regeerakkoord.html>).

SGP 2012

Daad bij het woord! Verkiezingsprogramma SGP 2012-2017, Rotterdam: Staatkundig Gereformeerde Partij 2012, te raadplegen op www.sgp.nl.

SP 2012

Nieuw vertrouwen. Verkiezingsprogramma SP 2013-2017, Amersfoort: Socialistische Partij 2012, te raadplegen op www.sp.nl.

Straathof, Groot & Möhlmann 2010

B. Straathof, S. Groot & J. Möhlmann, *Hoge bomen in de polder. Globalisering en topbeloningen in Nederland*, Den Haag: Centraal Planbureau 2010.

Van Uffelen 2010

X. van Uffelen, 'Aandeelhouder tempert topsalaris', *Volkskrant* 14 juli 2010.

Van Uffelen 2011

X. van Uffelen, 'Topsalarissen stijgen acht procent', *Volkskrant* 16 juli 2011.

Van Uffelen 2011*

X. van Uffelen, '5. Betere dialoog', *Volkskrant* 17 juli 2011.

Van Uffelen 2012

X. van Uffelen, 'Beloning van topbestuurders in 2011 structureel lager', *Volkskrant* 14 juli 2012.

VVD 2012

Niet doorschuiven maar aanpakken, Verkiezingsprogramma VVD 2012, Den Haag: Volkspartij voor Vrijheid en Democratie 2012, te raadplegen op www.vvd.nl.

Wilkinson & Pickett 2009

R. Wilkinson & K. Pickett, *The Spirit Level. Why more equal societies almost always do better*, London: Penguin Books 2009.

Ziblatt e.a. 2013

Ziblatt e.a., 'Barrington Moore's Centennial Legacy, Comparative Democratization 2013-1', p. 1-15, te raadplegen op <http://www.ned.org/apsa-cd/APSA-CDJanuary-2013.pdf>.

Annex 1

Standpunten partijen inzake het beperken van topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen		
Codering	Partij	Analyse verkiezingsprogramma's 1994-2012
CDA		
tegen	2012	De wens wordt uitgesproken om een solidariteitsheffing op topinkomens in te voeren. Geen verdere maatregelen voorgesteld.
tegen	2010	In dit programma veel aandacht voor maatschappelijk verantwoord ondernemen. Voorstander van een liberale wereldeconomie en er wordt gesteld dat corporate governance model goed werkt.
tegen	2006	Transparantie wens tbv aandeelhouders en ondernemingsraad. Governance model dient gebruikt worden. Verwachting dat morele verantwoordelijkheid wordt genomen en topinkomens gematigd.
tegen	2003	Zie 2002.
tegen	2002	Er wordt gepleit voor gematigde loonontwikkeling, het management moet hier het voorbeeld in geven. Zelfregulering gaat boven wetgeving.
tegen	1998	Voorstander van zelfregulering in het algemeen, bedrijven worden gewezen op maatschappelijke verantwoordelijkheid. Topinkomens geen specifiek onderwerp.
tegen	1994	Er dient meer verantwoordelijkheid bij bedrijven zelf te worden gelegd, algemene oproep tot loonmatiging. Topinkomens geen specifiek onderwerp.
CU		
voor	2012	Rechtvaardige inkomensverhoudingen ondersteunen balans in de samenleving. Bonussen ontmoedigen. Zuivere relatie topbeloning en overige werknemers gewenst. Fundamentele tekortkomingen in huidige systeem geconstateerd, meer maatregelen noodzakelijk, gericht op meer toezicht en beter kwaliteitsstelsel.
voor	2010	Zie 2012 + bestuurders moeten een werkelijke binding met het bedrijf hebben.
voor	2006	Indien governance code niet wordt toegepast indirect ingrijpen met hogere dividendbelasting voor aandeelhouders, zo wordt getracht excessieve salarissen tegen te gaan.
voor	2003	De overheid dient te zorgen voor een rechtvaardige sociale ordening. Economie is ten dienste van het leven en dient gerechtigheid te bevorderen. Economische processen en marktgedragingen dienen door overheid getoetst te worden en ethisch genormeerd te zijn. Excessieve salarissen worden via regelgeving ontmoedigd.
voor	2002	Redelijke inkomensverhoudingen zijn gewenst. Loon topmanagers onttrekt zich aan overlegstructuren en stijgt te hard tov gemiddeld inkomen, via regelgeving ontmoedigen.
X	1994-1998	Niet in Tweede Kamer (voor fusie GPV en RPF).

SGP		
tegen	2012	Bonussen in financiële sector indammen. Verlaging belasting, maar voor veelverdieners huidige 52% tarief behouden. Verder geen aandacht voor topinkomens.
tegen	2010	Vlaktaks invoeren, bij inkomens boven Balkenende-norm wel 10% hogere inkomstenbelasting. Verder geen aandacht voor topinkomens
tegen	2006	Voor publieke sector dienen salarissen onder ministersalaris te zijn. Rol van de overheid in de economie dient beperkt te zijn. Geen aandacht voor topinkomens.
tegen	2003	Zie 2002.
tegen	2002	Economie dient genormeerd te zijn naar Gods geboden, maar niet door overheidsinmenging. De overheid mag bedrijven wel voorlichten over maatschappelijk verantwoord ondernemen.
tegen	1998	Het gaat er in het leven niet om, om zoveel mogelijk geld te verdienen. Geen aandacht voor hoge inkomens.
tegen	1994	Economische groei mag nooit een doel op zich zijn.
VVD		
tegen	2012	VVD wenst een kleine overheid zonder overbodige regels. Overheid mag bedrijven niet hinderen met regels. Alleen bevrozing inkomen bestuurders van met staatsteun overeind gehouden bedrijven.
tegen	2010	Voorstander van vrije markt, alleen als het echt nodig is treedt de overheid op als marktmeester.
tegen	2006	Kort programma, liberaal gedachtegoed benadrukt, aandacht voor volledig zelfbeschikkingsrecht. Geen aandacht voor topinkomens.
tegen	2003	Ondernemerschap mag niet worden beperkt door regels.
tegen	2002	Ruimte voor marktwerking en deregulering.
tegen	1998	Vrijheid van het individu. Geen aandacht voor hoge inkomens.
tegen	1994	Prestaties van ondernemers moeten beter worden beloond.
D66		
tegen	2012	Minder controles van bedrijven in het algemeen, alleen meer toezicht op de banken.
tegen	2010	Rol overheid moet beperkt zijn, bedrijven krijgen de ruimte voor het nemen van eigen verantwoordelijkheid. Alleen strikte regulering financiële sector.
neutraal	2006	Weg met onrechtvaardigde inkomensverschillen. Openheid van de economie gecombineerd met behoud van sociale cohesie. Beperking publieke inkomens.
tegen	2003	Niet teveel overheidsbemoediging, wel moeten bedrijven verantwoording afleggen over geld- sociaal en milieubeleid. Maar toch voorkeur voor zelfregulering boven wetgeving.
neutraal	2002	Voorkeur voor zelfregulering, maar wetgeving waar echt nodig is. Overheid bevordert het tegengaan van buitenproportionele beloningen. Aandeelhouder moet meer macht krijgen.
neutraal	1998	Top bedrijfsleven mag zich geen forse salarisstijgingen toekennen, er moet een evenwichtige inkomensontwikkeling komen.
tegen	1994	Oproep tot minder regelgeving.

XVI Beperken van topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen

PvdA		
voor	2012	Wettelijke verankering en aanscherping van governance code, huidige code is slap en vrijblijvend. Sancties voor bedrijven die zich niet aan de code houden.
neutraal	2010	Handhaving code banken, desnoods wettelijk. Beperking publieke topinkomens. Overige topinkomens niet specifiek benoemd.
neutraal	2006	Extra belasten topsalarissen. Zelfregulering is voldoende om salarisbeleid in de hand te houden.
neutraal	2003	Zie 2002.
neutraal	2002	Zorgen over excessieve beloningen, deze eventueel progressief belasten. Indien werknemers en aandeelhouders meer macht krijgen binnen bedrijf kunnen ze de trend keren.
neutraal	1998	Wie alles aan de markt overlaat zal ontoelaatbare ongelijkheid zien ontstaan. Maar voor elk onderwerp moet er balans zijn tussen marktwerking en overheidsingrijpen.
neutraal	1994	Streven naar evenwichtige inkomensontwikkeling. Inzet voor bestaansminimum, maar besef dat ingrijpen aan bovenzijde, behoudens via belastingen moeilijk is.
SP		
voor	2012	Paal en perk stellen aan topinkomens. Onder andere via sociale partners ondernemingen verplichten geen hoge salarissen uit te betalen. Bonussen in financiële sector verbieden.
voor	2010	Beperken topinkomens door bestuurdersinkomen onder CAO te brengen zodat er koppeling komt met de andere lonen in het bedrijf en een maximaal loon wordt vastgesteld.
voor	2006	Transparantie en versterking positie aandeelhouders werkt niet. Instemmingsrecht ondernemingsrecht voor beloningsbeleid werkt wel. Er een koppeling tussen inkomens gemaakt te worden via CAO.
voor	2003	Zie 2002.
voor	2002	Koppeling tussen inkomens maken via CAO, zo worden maximale beloningen vastgesteld, ook voor het topmanagement.
voor	1998	Overheid dient in te grijpen bij inkomensverschillen. Op termijn dient het laagste inkomen een derde van het hoogste inkomen te zijn.
voor	1994	Echt socialistisch pamflet: inkomensverschillen dienen beperkt te worden, hoogste inkomen maximaal drie keer laagste inkomen.
Groen-Links		
voor	2012	Er dient een bindende code maatschappelijk verantwoord bankieren te komen. Overige bonussen worden zwaarder belast. Toptarief hogere inkomens. Door wetgeving einde maken aan graaicultuur.
voor	2010	Zeggenschap van werknemers wordt versterkt. Ondernemingsraad krijgt instemmingsrecht over alle salarieringen. Beloning werknemer en bestuurder mag niet teveel uit elkaar lopen.
voor	2006	Links ideologisch programma. Geen specifieke aandacht voor topinkomens.
neutraal	2003	Een meer evenwichtige inkomensverdeling wordt bepleit. Geen aandacht voor topinkomens.

Politiek Privaatrecht

neutraal	2002	Melding dat inkomen topmanager drie zo hard steeg dan gemiddelde inkomen. Streven naar inkomensgelijkheid. Alleen belastinginstrumenten worden voor gesteld.
neutraal	1998	Corrigerend optreden bij ongewenste effecten marktwerking, oproep tot nivellerende belastingsmaatregelen.
neutraal	1994	Geen programma terug gevonden.
PVV		
voor	2012	Voor Balkenende-norm in publieke sector. Extra belastingen vertrekbonussen. Weinig andere inhoudelijke mededelingen over topinkomens.
voor	2010	Strikt beloningsbeleid publieke sector.
voor	2006	Kort verkiezingspamflet. Geen standpunt over topinkomens.
X	1994-2003	Bestond nog niet.
PvdD		
voor	2012	Minder bonussen, geen bonussen bij banken.
neutraal	2010	Oproep tot bevordering van de sociale cohesie. Geen aandacht voor topinkomens.
neutraal	2006	Geen aandacht voor topinkomens.
X	1994-2003	Niet in Tweede Kamer.
50Plus		
neutraal	2012	Geen standpunt ingenomen.
X	199-2010	Niet in Tweede Kamer.

Annex 2

Annex 2		Zetelverdeling: codering standpunten verwerkt in verkiezingsuitslagen 1994-											
Partij	Kok I (PvDA+VD+D66) 1994-			II			Balkenende 2002-2003			Balkenende II (CDA+VVD+D66) 2003-2006			
	uitslag	voor	tegen	uitslag	voor	tegen	uitslag	voor	tegen	uitslag	voor	tegen	
CDA	34	0	29	43	4	4	44	3	3	44	3	44	
CU	0	0	0	0	4	4	0	4	0	0	3	0	
SGP	2	2	3	2	3	2	2	2	2	2	2	2	
VVD	31	31	38	24	38	2	28	2	28	28	28	28	
D66	24	24	14	1	7	7	6	6	6	6	6	6	
PvdA	37	37	45	23	4	23	42	23	42	42	23	42	
SP	2	2	5	9	5	9	9	9	9	9	9	9	
Groen Links	5	5	11	10	1	10	8	10	8	8	8	8	
PVV	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
PvdD	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
50Plus	0	0	0	28	0	28	8	28	8	8	8	8	
Overige	15	15	5	5	5	5	28	5	28	28	8	28	
	150	2	91	150	5	70	7	150	13	6	68	150	
Partij	Balkenende IV (CDA+PvDA+CU) 2006-2010			Rutte I (VVD+CDA en gedoogsteun PV) 2010-2012			Rutte II (VVD-) 2012-?			jaar kabinet			
	uitslag	voor	tegen	uitslag	voor	tegen	uitslag	voor	tege	neutral	voor	tegen	
CDA	41	41	21	13	21	1	13	1	1	199 Kok I	2	91	
CU	6	6	5	5	5	5	5	5	5	199 Kok 2	5	70	
SGP	2	2	2	3	2	2	3	3	3	200 Balkenende	13	69	
VVD	22	22	3	31	31	41	41	41	41	200 Balkenende II	12	80	
D66	3	3	1	10	10	12	12	12	12	2006 Balkenende IV	47	65	
PvdA	33	33	3	10	10	30	38	38	38	201C Rutte I	54	64	
SP	25	25	15	15	15	15	15	15	15	2012 Rutte II	79	69	
Groen Links	7	7	10	4	4	4	4	4	4	jaar kabinet	voor	tegen	
PVV	9	9	24	24	24	15	15	15	15	199 Kok I	1,3%	60,7%	
PvdD	2	2	2	2	2	2	2	2	2	199 Kok 2	3,3%	46,7%	
50Plus	0	0	0	0	0	0	0	0	0	200 Balkenende I	8,7%	46,0%	
Overige	150	47	65	38	150	54	64	32	150	200 Balkenende II	8,0%	53,3%	
										200 Balkenende IV	31,3%	43,3%	
										201 Rutte I	36,0%	42,7%	
										2012 Rutte II	52,7%	46,0%	

Annex 3

Nationaliteit en inkomen CEO's van AEX- en AMX genoteerde vennootschappen en systeembanken.				
Type	Naam onderneming	CEO (per 25-05-2013)	Nationaliteit	Inkomen 2012
AMX	Aalberts Industries	Wim Pelsma	Nederlandse	*
Bank	ABN-AMRO	Gerrit Zalm	Nederlandse	€ 1.073.000
AEX	Aegon	Alexander Wijnaendts	Nederlandse	€ 1.252.692
AEX	Ahold	Dick Boer	Nederlandse	€ 2.410.303
AEX	Air-France KLM	Jean-Cyril Spinetta	Franse	€ 1.120.000
AEX	Akzo Nobel	Ton Buchner	Nederlandse	€ 1.260.300
AMX	AMG	Heinz C Schimmelbuch	Duitse	€ 2.073.485
AEX	Aperam	Philippe Darmayan	Franse	**
AMX	Arcadis	Neil Mc Arthur	Schotse	€ 900.193
AEX	Arcelor Mittal	Lakshmi Mittal	Indiase	€ 2.931.141
AMX	ASM International (ASMI)	Charles D. del Prado	Nederlandse	€ 822.000
AEX	ASML Holding	Eric Meurice	Franse	€ 11.259.424
AMX	BAM Groep	Nico de Vries	Nederlandse	€ 905.000
AMX	Binckbank	Koen Beentjes	Nederlandse	€ 506.250
AMX	Brunel International	Jan Arie van Barneveld	Nederlandse	€ 1.288.655
AEX	Corio	Gerard Groener	Nederlandse	€ 694.000
AMX	CSM	Gerard Hoetmer	Nederlandse	€ 2.006.774
AEX	D.E. Master Blenders	Jan Bennink (ad interim)	Nederlandse	***
AMX	Delta lloyd	Niek Hoek	Nederlandse	€ 990.244
AEX	DSM	Feike Sijbesma	Nederlandse	€ 1.641.948
AMX	Eurocommercial Industries	Jeremy Lewis	Britse	€ 643.000
AEX	Fugro	Paul van Riel	Nederlandse	€ 1.411.070
AMX	Heijmans	Bert van der Els	Nederlandse	€ 716.562
AEX	Heineken	Jean-Francois van Boxmeer	Belgische	€ 4.437.712
AMX	Imtech	Gerard van der Aast	Nederlandse	****
AEX+Bank	ING Groep	Jan Hommen	Nederlandse	€ 1.353.000
AEX	Koninklijke Boskalis Westminster	Peter Berdowski	Nederlandse	€ 1.963.000
AMX	Koninklijke Wessanen	Piet Hein Merckens	Nederlandse	€ 1.059.021
AEX	KPN	Eelco Blok	Nederlandse	€ 1.369.977
AMX	Nieuwe Steen Investments	Johan Buijs	Nederlandse	€ 557.000
AMX	Nutreco	Knut Nesse	Noorse	€ 1.277.409
AEX	Philips	Frans van Houten	Nederlandse	€ 2.849.519

XVI Beperken van topinkomens bij beursgenoteerde vennootschappen

AEX	PostNL	Herna Verhagen	Nederlandse	€ 823.152
Bank	Rabobank Nederland	Piet Moerland	Nederlandse	€ 1.919.667
AEX	Randstad	Ben Noteboom	Nederlandse	€ 2.427.813
AEX	Reed Elsevier	Erik Engstrom	Zweedse	€ 2.759.944
AEX	Royal Dutch Shella	Peter Voser	Zwitserse	€ 7.534.016
AEX	SBM Offshore	Bruno Chabas	Franse	€ 1.000.681
Bank	SNS Reaal	Gerard van Olphen	Nederlandse	*****
AMX	Ten Cate	Loek de Vries	Nederlandse	€ 1.233.000
AEX	TNT Express	Tex Gunning (per 01-06-2013)	Nederlandse	*****
AMX	TomTom	Harold Goddijn	Nederlandse	€ 627.639
AEX	Unibail-Rodamco	Guillaume Poitrinal	Franse	€ 1.977.523
AEX	Unilever	Paul Polman	Nederlandse	€ 5.605.788
AMX	Unit 4	Chris Ouwinga	Nederlandse	€ 1.494.767
AMX	USG People	Rob Zandbergen	Nederlandse	€ 941.518
AMX	Vastned Retail	Taco de Groot	Nederlandse	€ 479.000
AMX	Vopak	Eelco Hoekstra	Nederlandse	€ 977.000
AMX	Wereldhave	Dirk Anbeek	Nederlandse	€ 862.383
AEX	Wolters Kluwer	Nancy McKinstry	Amerikaanse	€ 6.544.770
AMX	Ziggo	Bernard Dijkhuizen	Nederlandse	€ 15.712.815
		<i>Totaal aantal CEO's</i>		51
		<i>Aantal CEO's met Nederlandse nationaliteit</i>		37
			72,55%	
		<i>CEO's uit landen met hoger topinkomen</i>		10
			19,61%	
		<i>CEO's uit landen met lager topinkomen</i>		4
			7,84%	

* *inkomen van de in april 2012 vertrokken Jan Aalberts was € 798.180*

** *nog onbekend*

*** *inkomen van de eind 2012 vertrokken CEO M.J. Herkemij was € 2.080.529*

**** *CEO na nationalisatie SNS Reaal begin 2013, aangekondigd inkomen € 550.000*

***** *in dienst vanaf 27-02-2013*

***** *inkomen van ad interim CEO Ben Bot was € 864.216*

NB inkomens CEO's Brunel International en Corio over 2012 nog niet bekend, inkomen 2011 is vermeld.

Bronnen

Bedrijven AEX en AMX genoteerde bedrijven per mei 2013, zie www.aex.nl
 CEO www.managementscope.nl, www.veb.nl en websites betreffende bedrijven
 Inkomens Volkskrant 15 juni 2013, p. 24-25.
 Vereniging van Effectenbezitters www.veb.nl

XVII Waarom heeft het Wetsvoorstel affectieschade het Staatsblad niet gehaald?

*D.T. van Houwelingen**

In 2003 heeft de Minister van Justitie op aandringen van de Tweede Kamer het ‘Wetsvoorstel affectieschade’ ingediend. Dit wetsvoorstel beoogde een wettelijke regeling tot stand te brengen voor de vergoeding van immateriële schade die bestaat uit het verdriet dat wordt geleden door het overlijden of ernstig gewond raken van een naaste door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is. Ondanks dat bijna alles erop wees dat het wetsvoorstel door het parlement zou worden aangenomen, werd het voorstel uiteindelijk in 2010 door de Eerste Kamer verworpen. In dit hoofdstuk worden aan de hand van interviews met betrokkenen en inzichten over politieke besluitvorming verklaringen gezocht voor deze gang van zaken. Het gaat daarbij om verklaringen voor de verschillen in zienswijze van de Tweede en Eerste Kamer en het gegeven dat wetenschappelijke inzichten en steun uit de praktijk en rechtswetenschap het wetsvoorstel niet hebben kunnen redden van zijn ondergang.

17.1 Inleiding

Naar Nederlands recht bestaat geen recht op vergoeding van immateriële schade die bestaat uit het verdriet dat wordt geleden door het overlijden of ernstig gewond raken van een persoon met wie een affectieve band bestaat.¹ De wetgever heeft er bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 uitdrukkelijk voor gekozen dat deze schade, beter bekend als affectieschade, niet voor vergoeding in aanmerking komt.² In de rechtspraak wordt onder bijzondere omstandigheden wel een recht op vergoeding van immateriële schade toegekend wanneer sprake is van zogenoemde shockschade. Dit is de schade die het gevolg is van een directe confrontatie met de ernstige gevolgen van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is.

* Met dank aan A.J. Akkermans, R.H. van de Beeten, N. Frenk, E.M.H. Hirsch Ballin en F.Th. Kremer voor hun waardevolle bijdrage aan mijn onderzoek.

1 Zie HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 m.nt. C.J.H. Brunner (Van der Heijden/Holland), in 2012 is er een bijzondere regeling gekomen in de Wet schadefonds geweldsmisdrijven, deze wordt in deze bijdrage verder buiten beschouwing gelaten.

2 Parl. Gesch. Boek 6 (Invoeringswet 3, 5 en 6), p. 1273-1274.

Veelal zal in dit geval sprake zijn van samenloop met affectieschade. In dat geval wordt de toe te kennen schadevergoeding verminderd met het bedrag ter hoogte van de geleden affectieschade.³ In de praktijk is het onderscheid tussen affectieschade en shockschade vaak lastig te maken.

In bijna alle andere Europese landen bestaat inmiddels wel een recht op vergoeding van affectieschade. Daarnaast is de door de wetgever gemaakte keuze in de literatuur meermaals ter discussie gesteld.⁴ Ook heeft de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak opgemerkt dat de rechterlijke macht wordt geconfronteerd met een groeiend aantal procedures waarin naast en nabestaanden van slachtoffers enige vorm van genoegdoening proberen geldend te maken.⁵ In dit kader gaf in 2000 het *Baby Joost arrest* aanleiding tot Kamervragen van de VVD.⁶ Dit heeft geleid tot een motie, ingediend door de Tweede Kamerleden Vos (VVD), Dittrich (D66) en Santi (PvdA) waarmee bij de regering werd aangedrongen op een wettelijke regeling van de vergoeding van affectieschade.⁷ In een brief aan de Kamer liet de toenmalige Minister van Justitie Korthals (VVD) weten een wettelijke regeling voor de vergoeding van affectieschade tot stand te zullen brengen.⁸

Uiteindelijk heeft Minister van Justitie Donner (CDA) in 2003 het *wetsvoorstel inzake aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig blijvend letsel van naasten (28 781)* (hierna het wetsvoorstel of het Wetsvoorstel affectieschade) ingediend bij de Tweede Kamer. Ondanks dat het wetsvoorstel door de Tweede Kamer met algemene stemmen werd aangenomen, bevindingen uit wetenschappelijk onderzoek (de kern van) het wetsvoorstel ondersteunden en het wetsvoorstel in de praktijk en rechtswetenschap breed werd gesteund, verwierp de Eerste Kamer het wetsvoorstel in 2010.

3 Zie HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus).

4 Zie voor een pleidooi voor vergoeding affectieschade onder andere Van Dam 1991; Lindenbergh 1998; Verheij 1998; Verheij 2001, p. 1562. Anders o.a. Nieskens-Ispording 1999, p. 137; Groenhuijzen 2003, p. 1371.

5 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 781, nr. E, p. 3-4.

6 HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 m.nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost), zie ook Lindenbergh 2008, p. 225-263.

7 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400, nr. 31.

8 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400, nr. 70. Zie in kritische zin over deze brief Verheij 2001 en Van Boom 2001.

Binnen het thema *politiek privaatrecht* is de vraag interessant hoe het kan dat dit wetsvoorstel – waarvan alles erop wijst dat het zal worden aangenomen – toch nog op het laatste moment sneuvelt. In deze bijdrage tracht ik deze vraag te beantwoorden. Hiertoe zet ik eerst het onderzoeksontwerp uiteen (§ 17.2). Daarna wordt de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel beknopt weergegeven (§ 17.3). Vervolgens presenter ik aan de hand van inzichten over politieke besluitvorming en door mij afgenomen interviews met bij het parlementair debat betrokken personen, mogelijke verklaringen voor de verschillende opvattingen tussen de Eerste en Tweede Kamer en het gegeven dat ondanks bevindingen uit wetenschappelijk onderzoek en steun uit de praktijk en rechtswetenschap het wetsvoorstel is verworpen (§ 17.4). Tot slot geef ik in de conclusie een algemeen overzicht van mijn bevindingen, doe ik een aanbeveling voor verder onderzoek en werp ik een blik op de toekomst van een wettelijke regeling van vergoeding van affectieschade (§ 17.5).

17.2 Onderzoeksontwerp

Door de Tweede Kamer is het wetsvoorstel met algemene stemmen aangenomen en (de kern van) het wetsvoorstel werd ondersteund door bevindingen uit wetenschappelijk onderzoek. Ook waren er uit de praktijk en rechtswetenschap zo goed als geen negatieve geluiden te horen, integendeel.⁹ Op de afwijzing door de Eerste Kamer is dan ook overwegend met onbegrip gereageerd.¹⁰

In deze bijdrage staat de vraag centraal waarom het Wetsvoorstel affectieschade het Staatsblad niet heeft gehaald. Deze vraag zal worden beantwoord aan de hand van twee deelvragen. Ten eerste wordt getracht het verschil in zienswijze tussen de Tweede en Eerste Kamer te verklaren. Ten tweede wordt getracht te verklaren hoe het kan dat ondanks bevindingen uit wetenschappelijk onderzoek en steun in de praktijk en rechtswetenschap, het wetsvoorstel is verworpen.

Om antwoorden op deze deelvragen te vinden wordt eerst de parlementaire behandeling beknopt weergegeven, waarbij de nadruk wordt gelegd op de bezwaren die tegen het wetsvoorstel naar voren zijn gebracht. Voor het vinden van antwoorden op de deelvragen is echter informatie nodig die niet

9 Zie Schipper en Van der Zalm 2010, p. 112-114; Kuipers 2010, p. 132; Van Boom, 2012, p. 288.

10 Zie o.a. Van Wees 2010; Lindenberg 2010; Rijnhout 2010; Schipper & Van der Zalm 2010, p. 112-114; Kuipers 2010; PIV-Bulletin 2010, p. 5.

is te vinden in de parlementaire geschiedenis. Hiertoe heb ik semi-gestructureerde interviews gehouden met bij het parlementair debat betrokken personen. Deze personen zijn in verschillende hoedanigheden betrokken geweest bij het verworpen wetsvoorstel, zodat zij ook verschillende perspectieven bieden op het gebeurde. Het gaat om: *Prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin* (de toenmalige Minister van Justitie die het wetsvoorstel heeft verdedigd in de Eerste Kamer), *mr. R.H. van de Beeten* (de toenmalige woordvoerder van de Eerste Kamerfractie van het CDA), *Prof. mr. N. Frenk* (wetgevingsjurist bij het Ministerie van Justitie die betrokken is geweest bij het ontwerp van het wetsvoorstel), *Prof. mr. A.J. Akkermans* (hoogleraar privaatrecht die het onderzoek naar de maatschappelijke behoefte aan een regeling van de vergoeding van affectieschade heeft uitgevoerd) en *mr. F.Th. Kremer* (directeur van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars met wie o.a. overleg over de wijze van aanbieden van de vergoeding heeft plaatsgevonden).

17.3 De parlementaire behandeling

17.3.1 Tweede Kamer

Het op 6 februari 2003 door minister Donner bij de Tweede Kamer ingediende Wetsvoorstel affectieschade beoogt een wijziging aan te brengen in artikel 106 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek waardoor een beperkte kring van gerechtigden recht heeft op een bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) vastgesteld bedrag aan smartengeld (genoemd is € 10.000) in het geval dat een naaste is overleden of ernstig blijvend letsel heeft opgelopen ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is. Tevens wordt artikel 51a lid 2 Wetboek van Strafvordering gewijzigd waardoor voor diezelfde kring van gerechtigden een recht bestaat om zich in het strafproces te voegen als benadeelde partij en aanspraak te maken op smartengeld. Tot slot wordt in de Wet schadefonds geweldsmisdrijven een deel toegevoegd aan artikel 3 lid 1 waardoor ook in deze wet aan de beperkte kring van gerechtigden de mogelijkheid geboden wordt smartengeld te vorderen bij ernstig letsel of overlijden van een naaste. Het wetsvoorstel beoogt in de eerste plaats erkenning te bieden aan naasten en nabestaanden dat ook hun onheil is aangedaan. Daarnaast wordt beoogd de naasten en nabestaanden genoegdoening te verschaffen in de zin dat het geschokte rechtsgevoel wordt verzacht doordat van de veroorzaker een opoffering wordt verlangd.¹¹

11 *Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3 (MvT).*

Na uitvoerige debatten zijn alle partijen in de Tweede Kamer uiteindelijk positief over het wetsvoorstel; zo brengt de CDA-fractie naar voren dat de politiek niet blind kan zijn voor de maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van affectieschade. De VVD-fractie vindt dat de wetgever zelf de grenzen moet trekken en de ontwikkelingen niet moet overlaten aan de rechtspraak. Het wetsvoorstel levert volgens de VVD-fractie in zijn algemeenheid een positieve bijdrage aan slachtofferzorg.¹² Het wetsvoorstel wordt op 22 maart 2005 met algemene stemmen aangenomen en doorverwezen naar de Eerste Kamer.¹³

17.3.2 Eerste Kamer

In de Eerste Kamer geeft de CDA-fractie aan in twijfel te trekken dat naasten en nabestaanden behoefte hebben aan vergoeding van affectieschade.¹⁴ De VVD-fractie vraagt naar gegevens uit sociaalwetenschappelijk onderzoek die de aannames uit het wetsvoorstel kunnen onderbouwen.¹⁵ Omdat deze gegevens niet beschikbaar zijn, geeft minister Donner het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) opdracht om onderzoek te laten verrichten naar de maatschappelijke behoefte aan een wettelijke regeling van vergoeding van affectieschade.¹⁶ Dit onderzoek is uiteindelijk verricht onder leiding van Huver en Akkermans, beiden verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Op 9 februari 2009 biedt de opvolgend Minister van Justitie Hirsch Ballin (CDA) de uitkomsten van het onderzoek aan de Eerste Kamer aan. Uit het onderzoek komt naar voren dat voor een ruime meerderheid van de naasten en nabestaanden het gerechtigd zijn tot een vergoeding van affectieschade een symbolische waarde zou hebben en zou helpen bij de verwerking van het verdriet.¹⁷ Ook komt naar voren dat de voorkeur van naasten en nabestaanden niet ligt bij één vast bedrag en dat de wijze van aanbieden van de vergoeding van belang is.¹⁸ Over de wijze van aanbieden heeft overleg plaatsgevonden met de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV). De minister vermeldt dat deze organisatie heeft toegezegd initiatieven te zullen ontplooiën om tot regulering te komen.¹⁹ VVD-woordvoer-

12 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 5, p. 1-3.

13 *Handelingen II* 2004/05, 28 781, nr. 62, p. 3984.

14 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 781, nr. D, p. 2-3.

15 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 781, nr. C, p. 2.

16 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 781 nr. B, p. 3, 4 (MvA).

17 Zie Akkermans e.a. 2008.

18 Zie ook Akkermans e.a. 2009, p. 113-122; Pans 2009.

19 *Kamerstukken I* 2008/09, 28781, nr. G, p. 3-6.

ster Broekers-Knol geeft aan hier echter weinig vertrouwen in te hebben.²⁰ Ook stelt zij dat het onderzoek aanleiding geeft tot differentiatie in toe te kennen bedragen.²¹ De CDA-fractie is niet overtuigd door het onderzoek; CDA-woordvoerder Van de Beeten stelt de betekenis van het onderzoek en de onderbouwing ter discussie. Volgens Van de Beeten vinden naast andere aspecten belangrijker dan een financiële vergoeding.²²

Op 20 januari 2010 biedt de minister een concept-AMvB aan de Eerste Kamer aan. Hierin is enige differentiatie in de uit te keren bedragen doorgevoerd. De minister vermeldt hierover advies te hebben ingewonnen bij Slachtofferhulp Nederland en het Verbond van Verzekeraars. Beide organisaties alsmede de Raad van State adviseerden positief.²³ De VVD-fractie vindt de differentiatie echter te beperkt en volgens de CDA-fractie is door de concept-AMvB de essentie van het wetsvoorstel zo wezenlijk veranderd dat de Tweede Kamer zich opnieuw over het wetsvoorstel moet uitlaten.²⁴ Ook spreken beide fracties de vrees uit voor het ontstaan van een claimcultuur en onsmakelijke procespraktijken.²⁵

Op 23 maart 2010 vindt uiteindelijk in de Eerste Kamer hoofdelijke stemming over het wetsvoorstel plaats. De VVD- en CDA-fractie stemmen tegen het wetsvoorstel. Broekers-Knol brengt bij de stemming naar voren dat de geuite bezwaren onvoldoende zijn weggenomen. Volgens Van de Beeten vertaalt het wetsvoorstel erkenning van soms onpeilbaar leed of onvervangbaar verlies naar een financiële vergoeding; dat acht de CDA-fractie ongewenst. Ook de SGP en ChristenUnie stemmen tegen het wetsvoorstel. De SP en de PvdA steunen het wetsvoorstel wel maar dit is niet voldoende om het wetsvoorstel aan te nemen. Het wetsvoorstel wordt uiteindelijk verworpen met 36 stemmen tegen en 30 stemmen voor.²⁶

20 *Handelingen I* 2009/10, 28 781, 34, p.1556-1562.

21 *Handelingen I* 2009/10, 28 781, 34, p. 1554-1555.

22 *Handelingen I* 2009/10, 28 781, 34, p. 1557-1558.

23 *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. H.

24 *Handelingen I* 2009/10, 28 781, 21, p. 873.

25 *Handelingen I* 2009/10, 28 781, 21, p. 875-880.

26 *Handelingen I*, 2009/10, 28 781, 23, p. 1013-1014.

17.4 Verklaringen

17.4.1 *Verskil in zienswijze tussen Tweede en Eerste Kamer*

Bij de stemming in de Tweede Kamer zijn het CDA en de VVD erg positief over het wetsvoorstel.²⁷ Van diezelfde partijen krijgt het wetsvoorstel uiteindelijk geen steun in de Eerste Kamer. Wat verklaart het verschil in zienswijze tussen de Tweede en Eerste Kamer?

Volgens voormalig minister Hirsch Ballin en wetgevingsjurist Frenk worden de meeste privaatrechtelijke wetsvoorstellen Kamerbreed aanvaard. Het komt volgens hen zelden voor dat een wetsvoorstel dat in de Tweede Kamer met algemene stemmen is aangenomen, alsnog in de Eerste Kamer wordt verworpen.²⁸ Hirsch Ballin noemt de afwijzing door een meerderheid van de Eerste Kamer dan ook verrassend nadat het wetsvoorstel in de Tweede Kamer met algemene stemmen was aangenomen. Het wetsvoorstel werd volgens hem breed gedragen in de Tweede Kamer: ‘aanvankelijk leek het erop dat dit wetsvoorstel dwars door alle partijpolitieke verschillen heen, breed zou worden gesteund.’²⁹ Wel geeft hij aan dat de uitkomst van de stemming in de Eerste Kamer voor hem niet helemaal als donderslag bij heldere hemel kwam: ‘Wanneer het verslag uit de Eerste Kamer komt, kun je meestal al aanvoelen of er een punt van wordt gemaakt door sommige leden.’³⁰ Dat een aantal Eerste Kamerleden moeilijk te overtuigen zou zijn, bleek volgens hem ook uit de lange duur van het debat, doordat er een WODC-onderzoek nodig was en vervolgens een concept-AMvB moest worden voorbereid.³¹

Volgens Van de Beeten was het wetsvoorstel niet in lijn met een christendemocratisch mens-en-maatschappijbeeld.³² Hiermee doelde hij er kennelijk op dat de CDA-fractie *partijpolitieke bezwaren* tegen het wetsvoorstel heeft. Het is des te meer opvallend dat twee CDA-ministers het wetsvoorstel indienden respectievelijk verdedigden en de CDA-fractie uit de Tweede Kamer geen partijpolitieke bezwaren naar voren bracht, integendeel. Van de Beeten merkt hierover op:

27 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 5 p. 1-3.

28 Interview Tilburg, 20 juni 2013 en interview Den Haag, 15 mei 2013.

29 Interview Tilburg, 20 juni 2013.

30 Interview Tilburg, 20 juni 2013.

31 Interview Tilburg, 20 juni 2013.

32 *Handelingen I* 2009/10, 28 781, 21, p. 879.

‘De omstandigheid dat twee CDA-ministers – en in ideologische zin niet de meest opportunistische – het wetsvoorstel indienden, c.q. verdedigden, betekent niet automatisch dat het voorstel dús in volledige overeenstemming was met een christendemocratisch mens-en-maatschappijbeeld.’³³

Van de Beeten geeft verder aan dat ook in de Tweede Kamer in de CDA-fractie twijfels zijn geweest, maar dat daar uiteindelijk electorale motieven doorslaggevend waren:

‘Wat bij dit wetsvoorstel in ieder geval wel speelde, was dat het in de Tweede Kamer werd behandeld kort voor Kamerverkiezingen. De CDA-fractie aan de overzijde gaf tijdens een later overleg van de beide fractiecommissies Justitie te kennen dat men ook daar de nodige twijfel had, maar – zeker omdat er toch een ruime Kamermeerderheid vóór was – liever niet kort voor die verkiezingen te boek wilde komen te staan als tegenstander van zoiets sympathieks.’³⁴

Volgens Hirsch Ballin was het wetsvoorstel niet partijpolitiek controversieel. Hij weerspreekt dan ook dat het wetsvoorstel niet in lijn zou zijn met een christendemocratisch mens-en-maatschappijbeeld:

‘Ik zie het niet als een typisch christendemocratisch ideologisch punt, integendeel; juist wanneer je beseft dat het maatschappelijk leed zo groot is, moet je er vanuit een christendemocratische visie niet van weerhouden een kleine bijdrage te leveren aan de verzachting van dat leed.’³⁵

Tevens wijst Hirsch Ballin erop dat het wetsvoorstel ook steun kreeg van andere CDA-politici; uit de Tweede Kamer maar ook binnen het kabinet waren er veel voorstanders, zo was volgens hem bijvoorbeeld de toenmalige minister-president Balkenende (CDA) voorstander van het Wetsvoorstel.³⁶

Frenk, Akkermans en Kremer onderschrijven de stelling dat het wetsvoorstel niet partijpolitiek controversieel was. Zo denkt Frenk dat het geen partijpolitieke bezwaren zijn geweest die een belangrijke rol hebben gespeeld: ‘Het was geen typisch CDA of VVD standpunt om tegen te stemmen.’³⁷ Frenk denkt dat het met name persoonlijke ideologische bezwaren van de

33 Persoonlijke correspondentie.

34 Persoonlijke correspondentie.

35 Interview Tilburg, 20 juni 2013.

36 Interview Tilburg, 20 juni 2013.

37 Interview Den Haag, 15 mei 2013.

fractiewoordvoerders en van enkele anderen binnen de partij zijn geweest die de CDA- en VVD-fractie ervan hebben weerhouden het wetsvoorstel te steunen.³⁸ PIV-directeur Kremer heeft eenzelfde soort gedachte; volgens hem hebben de fractiewoordvoerders een belangrijke rol gespeeld:

‘Ik had er eigenlijk tot op het laatst toe rekening mee gehouden dat het wel zou lukken. Uiteindelijk weten we allemaal hoe het is afgelopen. Ik heb een beetje het idee dat mevrouw Broekers-Knol en meneer Van de Beeten daar een belangrijke rol in hebben gespeeld. Ik denk dat het een persoonlijke mening was.’³⁹

Ook Akkermans denkt dat persoonlijke bezwaren doorslaggevend zijn geweest voor het verloop van het debat:

‘Het is niet gemakkelijk om de juiste vorm te vinden om deze vergoeding mogelijk te maken. Dan maar helemaal geen vergoeding bieden kan echter nooit het juiste antwoord zijn (...) ik vind de meest aannemelijke hypothese dat het persoonlijke bezwaren zijn geweest. Ik denk zelf dat er allerlei toevalsfactoren en persoonlijke motieven een grote rol hebben gespeeld bij de manier waarop dat debat in de Eerste Kamer is verlopen.’⁴⁰

Hirsch Ballin, Frenk, Kremer en Akkermans geven allen aan dat persoonlijke opvattingen in de Eerste Kamer een belangrijke rol hebben gespeeld bij de beslissing het wetsvoorstel niet te steunen. De fractiewoordvoerders van het CDA en de VVD worden genoemd als de belangrijkste personen die persoonlijke bezwaren tegen het wetsvoorstel hebben gehad. Maar wat zijn die bezwaren dan geweest? In de parlementaire behandeling zijn door de fractiewoordvoerders meerdere bezwaren naar voren gebracht. Volgens politicoloog Birkland moeten de in het politieke debat aangedragen argumenten echter in een breder perspectief worden beschouwd.⁴¹ Volgens Birkland worden in het politieke proces rationele argumenten namelijk vaak gebruikt om de gewenste uitkomst te ondersteunen.⁴² Rationeel onderbouwde argumenten moeten volgens hem niet buiten beschouwing worden gelaten, maar in een bredere context worden beschouwd. De persoonlijke overtuigingen en ethische en religieuze achtergronden van de participanten, de opzet van het politieke proces en de machtsverhoudingen

38 Interview Den Haag, 15 mei 2013.

39 Interview Den Haag, 17 juni 2013.

40 Interview Amsterdam 28 mei 2013.

41 Birkland 2001, p. 17.

42 Birkland 2001, p. 17 e.v.

tussen de participanten onderling hebben volgens Birkland ook een belangrijke invloed op de besluitvorming. Met name wanneer de besluitvorming betrekking heeft op een politiek omstreden onderwerp.

Hoewel het Wetsvoorstel affectieschade breed werd gesteund, geldt het onderwerp affectieschadevergoeding in het algemeen als omstreden.⁴³ Dit hangt samen met het bijzondere karakter van deze vergoeding en heeft te maken met maatschappelijke problematiek. Het is een onderwerp dat ook buiten de juridische sfeer de gemoederen bezighoudt. Naast de aangedragen rationele bezwaren kunnen meer persoonlijke (ideologische) opvattingen van Eerste Kamerleden – en in het bijzonder van de fractiewoordvoerders – een belangrijke rol hebben gespeeld bij het bepalen van een standpunt. Meerdere door mij geïnterviewde personen onderschrijven dat persoonlijke opvattingen in dit in dit debat een belangrijke rol hebben gespeeld:

Volgens Hirsch Ballin hadden Van de Beeten en Broekers-Knol om uiteenlopende redenen twijfels of het Wetsvoorstel affectieschade wel de juiste stap was ter versterking van de positie van naasten en nabestaanden van slachtoffers:

‘Het wetsvoorstel leek heel breed gedragen te worden (...). Het was geen onderwerp dat in enig opzicht als controversieel gold in de Tweede Kamer, integendeel. Hoewel iedereen wist dat het een stap was, en niet de laatste stap, in de versterking van de positie van naasten van slachtoffers. Ondanks dat de materiële schade nog nadere, hetzij jurisprudentiële hetzij legislatieve ontwikkeling behoefde, zag men het treffen van een regeling op het, tot dat moment van juridische claims uitgesloten, terrein van affectieschade als een zinvolle en nuttige stap. Ik denk ook eigenlijk dat dat iets is wat heeft doorgewerkt in het debat in de Eerste Kamer. Er waren twee belangrijke dingen die daar een rol speelden. Het waren bepaalde gevoelens bij een deel van de Eerste Kamer met daarbij Van de Beeten en Broekers-Knol. Die hadden eigenlijk twee bedenkingen, die ik overigens niet deel. Ten eerste de gedachte dat er eigenlijk prioriteit zou moeten worden gegeven aan het niet geregelde onderwerp van de materiële positie van naasten. Ik denk dat dit motief bij Broekers-Knol dominant was. Ten tweede de meer gevoelsmatige kwestie of het überhaupt passend is om het leed van naasten te vertalen in financiële termen. Zorgen over het ontstaan van een claimcultuur die afdoet aan de kwaliteit van intermenselijke relaties en dat dan enigszins gevoegd met twijfels over de hoogte van de bedragen die waren voorzien. Ik denk dat dat motief bij Van de Beeten dominant was. In de optiek van beiden was

43 Zie Lindenbergh 1998, p. 173.

dit wetsvoorstel daarom niet de stap die zij wensten te zien ter versteviging van de positie van naasten. Ik heb geprobeerd in de Kamer, maar ook in de gesprekken daaromheen, hen ervan te overtuigen dat dit ook voor mensen die van die bezwaren iets kunnen meevoelen niet betekent dat dit wetsvoorstel niet goed is.’⁴⁴

Ook Akkermans denkt dat Van de Beeten ideologische bezwaren had, de bezwaren van Broekers-Knol kan hij niet plaatsen:

‘Bij Van de Beeten had ik het gevoel dat hij gewoon ideologisch tegenstander was. In het voorlaatste debat kwam hij ook met een voorbeeld van bij hemzelf uit de gemeente waar een verkeersongeval heeft plaatsgehad en hoe de kerk en de gemeenschap daar een belangrijke rol hebben gespeeld en dat het allemaal niet op geld waardeerbaar is (...). Broekers-Knol vind ik ingewikkelder. Bij haar kan ik het helemaal niet verklaren. Zij liet af en toe wel wat ideologische bevlogenheid zien. Met alle respect, wat liberale VVD clichés eigenlijk; dat de overheid niet alles moest bepalen enzo. Het gekke was dat die soms inhoudelijk geheel tegenstrijdig waren. We moesten geen claimcultuur stimuleren, in het wetsvoorstel waren vaste bedragen en een vaste kring van gerechtigden genoemd, daarmee voorkom je een claimcultuur. Dat was dan ook weer niet goed (...). Ik had om één of andere reden niet het idee dat Broekers-Knol echt ideologisch tegen was, wat haar dan wel bewogen heeft weet ik niet.’⁴⁵

Kremer heeft de gedachte dat de bezwaren van Van de Beeten meer ethisch waren en dat Broekers-Knol meer uit juridisch oogpunt persoonlijke bezwaren had:

‘Het was wel heel wonderlijk dat de VVD en het CDA allebei tegenstander waren maar uit totaal verschillende motieven; ik denk Broekers-Knol meer uit juridisch oogpunt en Van de Beeten meer uit ethisch oogpunt. Het verhaal van Van de Beeten was eigenlijk dat je dit soort dingen niet in het recht moest regelen.’

Dat deze bezwaren van de fractiewoordvoerders niet door iedereen binnen de eigen partij – en meer specifiek de fractie – werden gedeeld, blijkt volgens Hirsch Ballin uit het gegeven dat de besluitvorming in de Eerste Kamer uiteindelijk via hoofdelijke stemming is verlopen, iets wat volgens hem niet gebruikelijk is. Het besluit om hoofdelijk te stemmen is volgens

44 Interview Tilburg, 20 juni 2013.

45 Interview Amsterdam, 28 mei 2013.

hem genomen nadat Quik-Schuijt (SP) in de Kamer uitsprak dat de SP het wetsvoorstel goed vindt en er van overtuigd is dat veel anderen in de Eerste Kamer, dwars door alle partijen heen, dat ook vinden.⁴⁶ Hirsch Ballin merkt hierover op:

‘Ik ben natuurlijk niet bij de fractieberaden, maar wanneer een Eerste Kamerlid dit publiekelijk durft te zeggen en niet wordt weersproken zegt dat wel iets, namelijk dat er achter de schermen intensief over is gesproken en dat niet iedereen ervan overtuigd was dat het wetsvoorstel moest worden afgewezen.’⁴⁷

Van de Beeten bevestigt dat er binnen de CDA-fractie inderdaad verschillende opvattingen over het wetsvoorstel waren en dat de CDA-fractie erg met het wetsvoorstel heeft geworsteld:

‘Met name buiten de fractiecommissie Justitie vonden een aantal leden het sympathieke van het voorstel zwaar wegen en tegelijkertijd achtten zij het pleidooi voor vergoeding van materiële schade voor verzorgende naasten minder gemakkelijk te regelen. Ook moesten enkele voorstanders binnen de fractie worden overtuigd om én tegen de Tweede Kamerfractie én tegen de eigen bewindspersoon in te gaan. Minister Hirsch Ballin oefende in de eindfase ook nog de nodige druk uit via de fractievoorzitter.’⁴⁸

Hirsch Ballin en Kremer stellen dat binnen de VVD de verschillende opvattingen nog duidelijker zichtbaar waren. Zij wijzen hierbij op de motie ingediend door Tweede Kamerlid Vos en de brief van VVD-minister Korthals aan de Tweede Kamer, waarin hij aangeeft wetgeving tot stand te zullen brengen.⁴⁹

Kortom: de beslissing van de CDA- en VVD-fractie uit de Eerste Kamer om tegen het wetsvoorstel te stemmen is geen partijpolitiek standpunt geweest. Het standpunt lijkt voornamelijk te zijn ingegeven door persoonlijke (ideologische) opvattingen van de fractiewoordvoerders. Binnen de partijen – en fracties – bestonden kennelijk verschillende opvattingen over het wetsvoorstel. De verschillende opvattingen binnen de CDA- en VVD-fractie zijn echter in de hoofdelijke stemming niet tot uiting gekomen. Het CDA en de VVD hebben in de Eerste Kamer als één blok tegen het wetsvoorstel

46 Zie *Handelingen I*, 2009/10, 28 781, 23, p. 1013.

47 Interview Tilburg, 20 juni 2013.

48 Persoonlijke correspondentie.

49 Interview Tilburg, 20 juni 2013 en interview Den Haag 17 juni 2013.

gestemd. Hoe kan het dat de fractiewoordvoerders in de Eerste Kamer aan het langste eind trokken en de hele Kamerfractie zich achter hen heeft geschaard? Volgens Akkermans heeft dit te maken met de dynamiek binnen de fracties. Zo stelt Akkermans:

‘Waarschijnlijk omdat zowel Van de Beeten als Broekers-Knol toch niet de eerste de beste zijn. Ik ken ze allebei niet persoonlijk maar misschien zijn het wel charismatische mensen, of heel deskundig op bepaalde dossiers, allebei jurist. Daarbij komt dat niet iedereen binnen de fractie alles kan doen. Je hebt een bepaalde taakverdeling en je volgt gewoon elkaar want dat gaat negen keer goed dus waarom de tiende keer dan niet? De dynamiek binnen zo’n fractie speelde hier denk ik een belangrijke rol. Welke prijs staat erop als je tegen je woordvoerder ingaat? Misschien dat je dat alleen onder bepaalde omstandigheden doet. Dat zijn dan in ieder geval omstandigheden die zich hier niet hebben voorgedaan.’⁵⁰

Hirsch Ballin wijst erop dat de woordvoerder een zware stem heeft in het fractieberaad:

‘Men vindt het in het algemeen vervelend binnen fracties, zowel in de Eerste als in de Tweede Kamer, om verdeeld te stemmen. In het beraad in de fractie heeft de woordvoerder een zware stem. De woordvoerder op een punt in de steek laten, waardoor hij uiteindelijk de woordvoerder van een minderheid zou blijken te zijn geweest, is iets wat men niet snel doet.’⁵¹

Hirsch Ballin wijst er in dit verband ook op dat de Eerste Kamer haar eigen dynamiek heeft:

‘De woordvoerders zijn erg belangrijk in de Eerste Kamer, nog belangrijker dan in de Tweede Kamer. Dat is eigenlijk de keerzijde van wat men vaak de kwaliteit van de Eerste Kamer noemt. Er wordt gezegd dat de Eerste Kamer minder politiek opereert dan de Tweede Kamer, dat betekent ook dat bij een onderwerp dat ter discussie komt in het fractieberaad, waarin iedere woordvoerder de conceptinbreng aan de fractievergadering moet voorleggen, de Tweede Kamerleden sterk de neiging hebben om ook na te denken over de volgende zetten in het politiek krachtveld. Het geldt in de Nederlandse politiek niet als een succes om openlijk van gedachte te veranderen. Een Tweede Kamerlid zal zich daarom steeds afvragen, op het moment dat hij de inbreng levert voor een voorlopig verslag, of de fractie hem ook steunt

50 Interview Amsterdam, 28 mei 2013.

51 Interview Tilburg, 20 juni 2013.

wanneer hij adviseert voor of tegen het wetsvoorstel te stemmen. In de Eerste Kamer wil men niet die druk op de fractiewoordvoerders leggen. Daar zegt men in het algemeen: we moeten de dingen nemen zoals ze komen, daar zijn we Eerste Kamer voor en als de woordvoerder bedenkingen heeft, laat de regering dan maar komen met de tegenargumenten. Als de woordvoerder zich dan nog niet overtuigd toont, zal de fractie de woordvoerder in het algemeen volgen.⁵²

Dat de woordvoerders van de Eerste Kamerfractie van het CDA en de VVD persoonlijke bedenkingen hadden lijkt doorslaggevend te zijn geweest bij het innemen van een fractiestandpunt. Wanneer een deel van de fractie de woordvoerder steunt en een deel niet, zal in de regel besloten worden het standpunt van de woordvoerder te volgen. Dit kan verklaren waarom de Tweede en de Eerste Kamerfractie van het CDA en de VVD een verschillende zienswijze hebben gehad ten aanzien van het wetsvoorstel.

17.4.2 *Voorstel verworpen ondanks WODC-onderzoek en steun uit praktijk en rechtswetenschap*

De fractiewoordvoerders van het CDA en de VVD gaven in de schriftelijke voorbereiding aan de behoefte aan vergoeding van affectieschade vanuit de maatschappij in twijfel te trekken en vroegen naar gegevens uit sociaal-wetenschappelijk onderzoek. Toen de minister vervolgens onderzoek liet verrichten, bleek dat de behoefte aan een wettelijke regeling van de vergoeding van affectieschade vanuit de maatschappij bestaat.⁵³ De CDA-fractie verklaarde vervolgens niet overtuigd te zijn van de betrouwbaarheid van de resultaten uit het onderzoek. De VVD-fractie greep de resultaten aan om kritiek op de vormgeving van het wetsvoorstel te geven. ‘De tegenstanders bleven tegen en de voorstanders voor’, aldus Akkermans.⁵⁴ Ook vanuit de praktijk en rechtswetenschap werd het wetsvoorstel gesteund. Wat verklaart nu dat een meerderheid van de Eerste Kamer – ondanks deze steun – het wetsvoorstel niet steunde?⁵⁵

Een verklaring kan gevonden worden aan de hand van verschillende inzichten over politieke besluitvorming. Cochran stelt dat in het politieke proces de besluitvorming bijna nooit volledig neutraal is; deelnemers aan het politieke debat wegen niet neutraal de voor- en nadelen af van

52 Interview Tilburg, 20 juni 2013.

53 Akkermans e.a. 2009, p. 113-122; Pans 2009.

54 Interview, Amsterdam, 28 mei 2013.

55 Zie over dit onderwerp ook Hartlief 2012 a, p. 48-50.

een bepaald voorstel.⁵⁶ De interpretatie van onderzoek is volgens Cochran vaak gekleurd door een vooraf ingenomen stelling die veelal voortkomt uit een persoonlijke achtergrond of overtuiging. Majone schrijft dat onderzoeksresultaten in het politieke debat vaak gebruikt worden om objectieve, rationele, argumenten te vinden die de bij voorbaat gewenste uitkomst kunnen ondersteunen.⁵⁷ Die gewenste uitkomst is volgens Majone vaak door ideologische gronden of waardeoordelen ingegeven. Wanneer onderzoek niet de gewenste of tegenstrijdige resultaten oplevert, zullen deze resultaten volgens hem veelal worden genegeerd of ter discussie gesteld en wordt er naar andere argumenten gezocht.

Zoals in het *rationaliteiten-model* van Snellen staat beschreven, strijden in het wetgevingsproces verschillende rationaliteiten (juridische, sociaal-economische, technische- en sociaal-wetenschappelijke) met elkaar om de voorrang.⁵⁸ Naast wetenschappelijke kennis is er dus plaats voor andersoortige argumenten en belangen.

Uit het besprokene in de vorige paragraaf komt naar voren dat de bezwaren van de fractiewoordvoerders met name voortkwamen uit eigen (ideologische) overtuigingen over de wenselijkheid van een wettelijke regeling voor de vergoeding van affectieschade en uit twijfel of dit wel de juiste stap was ter verbetering van de positie van naasten en nabestaanden. Voor het wegnemen van die bezwaren is de waarde van wetenschappelijk onderzoek beperkt. Van Boom schrijft dat wetenschappelijke inzichten in politieke besluitvorming beslist niet altijd de boventoon voeren:

‘Academische invloed op een wetgevingsproces is geen eenvoudig te voorspellen proces: inhoudelijk sterke argumenten zijn nog geen politiek wenselijke argumenten. De uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek kunnen als politiek irrelevant ter zijde worden geschoven.’⁵⁹

Volgens Akkermans hebben bij de behandeling van het wetsvoorstel inhoudelijk sterke en rationele argumenten niet de boventoon gevoerd:

‘Je moet denk ik loskomen van het rationalistische paradigma dat juristen vaak hebben over de besluitvorming door de wetgever; dat de mensen daar gedreven worden door inhoudelijke argumenten in wat ze doen. In

56 Zie Cochran e.a. 1999.

57 Zie Majone 1989.

58 Snellen 1987. Vgl. ook Eijlander, 1991, p. 53-54.

59 Van Boom 2012, p. 287-288.

die geschiedenis heb je bijna woordelijke verslagen van wat daar gezegd is. Als je daar serieus naar kijkt zie je dat het niveau van dat debat niet zo heel erg hoog is (...). Daar speelden hele andere processen een rol (...). Voor juristen geeft dat een probleem. Dat komt door de manier waarop wij zijn opgevoed over de herkomst van rechtsnormen; eigenlijk is de betrokkenheid van de gekozen volksvertegenwoordiging de belangrijkste legitimatie van rechtsnormen. Daarom is de wetgever in formele zin het hoogste orgaan. Als je dan geconfronteerd wordt met een wetgever in formele zin die irrationeel functioneert, legt dat een beetje de bijl aan de wortel van je geloof in de legitimiteit van het systeem. Toch is dat iets wat je denk ik onder ogen moet zien.⁶⁰

Ook de positieve geluiden uit de praktijk en rechtswetenschap overtuigden de woordvoerders niet. De Nederlandse Vereniging voor de Rechtspraak heeft laten weten steeds meer te worden geconfronteerd met verwanten die toch enige vorm van genoegdoening proberen te krijgen. Bij gebreke van een wettelijke regeling voor de vergoeding van affectieschade wordt geprobeerd de criteria voor vergoeding van shockschade te verruimen. Ook verzekeraars hebben laten weten moeite te hebben met het afwijzen van de vergoeding van affectieschade. Vanuit dit oogpunt werd het door verscheidene instanties belangrijk gevonden dat er een wettelijke regeling tot stand gebracht werd.⁶¹ Van de Beeten geeft aan het argument dat als de formele wetgever niet ingrijpt, de rechter ermee aan de haal gaat, tamelijk ontluisterend te vinden; rechters behoren volgens hem niet op de stoel van de formele wetgever te gaan zitten. Ook gaf hij aan niet overtuigd te zijn van het rechtsgevoel in de samenleving en betwijfelt hij of er voldoende draagvlak bestaat voor de regeling.⁶² Volgens Kremer werd het wetsvoorstel in de praktijk nu juist breed gedragen; nagenoeg iedereen uit de praktijk was volgens hem voorstander van het wetsvoorstel:

‘Verzekeraars, belangenbehartigers, Slachtofferhulp Nederland, ANWB, het overgrote deel van de wetenschap. Ik heb nog nooit een punt gezien waarover zoveel eenstemmigheid was als over dit punt. Het is wel heel wonderlijk dat dan toch een paar mensen in de Eerste Kamer het nog tegenhouden’.⁶³

60 Interview Amsterdam, 28 mei 2013.

61 *Handelingen I* 2005/06, 28 781, 38 p. 1852.

62 Persoonlijke correspondentie.

63 Interview Den Haag, 17 juni 2013.

Wanneer dit juist is, rijst de vraag hoe het kan dat deze positieve geluiden in de Eerste Kamer geen gehoor hebben gekregen. Van Gestel wijst er in zijn Tilburgse oratie op dat politici die een bepaalde regeling door willen drukken, veelal kritische geluiden vanuit de praktijk negeren: ‘Wie draagvlak zoekt, wil geen tegenspraak vinden.’⁶⁴ Dat verklaart volgens hem deels waarom politici lang niet altijd bereid zijn om zich te laten verrassen door de werkelijkheid. Bij het Wetsvoorstel affectieschade meen ik dat eigenlijk het omgekeerde heeft gespeeld; positieve geluiden uit de praktijk hebben geen gehoor gekregen van tegenstanders. Veerman schrijft dat als eenmaal een koers is uitgezet en beleid bepaald in de politieke arena, feiten en kennis in dat licht worden geplaatst: ‘Onwelgevallige kennis wordt gepolijst zou men kunnen zeggen.’⁶⁵ Zo kan het gebeuren dat de positieve geluiden door de tegenstanders zijn genegeerd.

Bovendien wijst Van Boom erop dat men zich kan afvragen wat de academische invloed vanuit de literatuur op het wetgevingsproces is.⁶⁶ De politieke geladenheid van het onderwerp speelt hierbij volgens hem ongetwijfeld een rol. Zo zal volgens Van Boom academisch ideologische kritiek op een politiek ideologisch gedreven wetsvoorstel niet snel slagen. Omgekeerd wil ik stellen dat ideologisch gedreven academische steun, ideologisch gedreven bezwaren ook niet snel zal wegnemen. De invloed van de rechtswetenschap lijkt hier uiteindelijk niet groot te zijn geweest. Een enkele keer is er in het parlementair debat verwezen naar rechtswetenschappelijke literatuur, maar dit was vooral ter onderbouwing van het eigen – vooraf ingenomen – standpunt.

17.5 Conclusie

Het Wetsvoorstel affectieschade is na een bijna tien jaar durende parlementaire behandeling door de Eerste Kamer verworpen. Vanuit de praktijk en rechtswetenschap is hier voornamelijk met verbazing en teleurstelling op gereageerd.⁶⁷ Voor velen was het onverwacht dat een meerderheid van de Eerste Kamer het wetsvoorstel niet steunde nadat de Tweede Kamer het voorstel met algemene stemmen had aangenomen en er een wetenschappelijk onderzoek was dat (de kern van) het wetsvoorstel steunde.

64 Van Gestel 2008, p. 17-24.

65 Veerman 2004, p. 30.

66 Van Boom 2012, p. 285.

67 Zie o.a. Van Wees 2010; Lindenberg 2010; Rijnhout 2010; Schipper & Van der Zalm 2010, p. 112-114; Kuipers 2010; PIV-Bulletin 2010, p. 5.

Bij een analyse van de parlementaire geschiedenis valt op dat het CDA en de VVD eerst in de Tweede Kamer het voortouw lijken te nemen als voorstanders respectievelijk mede-initiatiefnemers van het wetsvoorstel, terwijl deze partijen in de Eerste Kamer juist kritisch over het wetsvoorstel zijn en uiteindelijk tegen stemmen. Een aannemelijke verklaring voor de schijnbare omslag van het standpunt van het CDA en de VVD zijn de kennelijk afwijkende opvattingen binnen deze politieke partijen. Een door een fractiewoordvoerder in de Kamer naar voren gebracht ideologisch standpunt is dus niet per definitie een partijpolitiek standpunt dat door alle leden van de partij of fractie wordt gedeeld. Waar in de Tweede Kamer de voorstanders van het wetsvoorstel aan het langste eind trokken, moesten zij in de Eerste Kamer het onderspit delven. Dat de woordvoerders van de Eerste Kamerfracties tegenstander waren, heeft hier een belangrijke rol gespeeld. Door de eigen dynamiek van de Eerste Kamer heeft de woordvoerder een zware stem in het fractieberaad. Over het algemeen stemmen fracties niet verdeeld en wordt de mening van de woordvoerder uiteindelijk gevolgd.

De uitkomst van het WODC-onderzoek en steun vanuit de rechtswetenschap en praktijk hebben de tegenstanders uiteindelijk niet van gedachten kunnen doen veranderen. Vanuit verschillende inzichten over politieke besluitvorming heb ik getracht hier een verklaring voor te geven. Uit deze inzichten komt naar voren dat wetenschappelijk onderzoek in het politieke debat veelal wordt gebruikt om de bij voorbaat gewenste uitkomst te ondersteunen. Wanneer de uitkomsten van het onderzoek het tegendeel uitwijzen kunnen die resultaten als politiek irrelevant terzijde worden geschoven of ter discussie worden gesteld en wordt naar andere argumenten gezocht. Wetenschappelijke inzichten voeren niet altijd de boventoon in het politieke debat. Politici lijken vooral geneigd te zijn draagvlak voor het eigen standpunt te zoeken. Hierdoor kunnen de tegenstrijdige geluiden uit de praktijk worden genegeerd. Uiteindelijk blijkt ook de academische invloed op het parlementair debat hier niet groot te zijn geweest.

Van oudsher leeft de gedachte dat de Eerste Kamer als *chambre de réflexion* opereert; wetsvoorstellen zouden vooral worden gecontroleerd op grondwettelijkheid en uitvoerbaarheid, aan een politieke afweging zou niet worden toegekomen.⁶⁸ Het is des te meer opmerkelijk dat de Eerste Kamer het Wetsvoorstel affectieschade naar het zich laat aanzien heeft verworpen op grond van persoonlijke – ideologische – bezwaren van een aantal Kamerleden. Het zou in dat kader interessant zijn om te onderzoeken in hoeverre de Eerste Kamer daadwerkelijk als *chambre de réflexion* opereert.

68 Belinfante e.a. 2009, p. 68.

Dit zou kunnen worden onderzocht aan de hand van door de Eerste Kamer afgewezen wetsvoorstellen. Dit hoofdstuk zou een bijdrage kunnen leveren aan dat onderzoek.

Gebleken is dat het maatschappelijk draagvlak voor een wettelijke regeling voor de vergoeding van affectieschade groot is. In de meeste andere Europese landen bestaat ook een dergelijke regeling en enkele auteurs wijzen erop dat het ontbreken van een mogelijkheid tot affectieschadevergoeding zelfs in strijd zou kunnen zijn met het EVRM.⁶⁹ Ik acht het daarom raadzaam om een politieke heroverweging te maken en nogmaals een poging te doen de mogelijkheden voor een wettelijke regeling te onderzoeken. Sinds 23 maart 2010 hebben de ontwikkelingen op dit gebied niet stil gestaan; inmiddels worden mogelijkheden voor een nieuwe wettelijke regeling onderzocht, de eerste geluiden schijnen positief te zijn.⁷⁰ Ditmaal zou het wetsvoorstel kunnen worden ingediend in een bredere samenhang met een regeling voor de vergoeding van materiële schade van naasten en nabestaanden. Dit zou een deel van de bezwaren kunnen wegnemen. Ook zijn de samenstellingen van de Kamers inmiddels gewijzigd. De wettelijke regeling van vergoeding van affectieschade krijgt daarmee een tweede kans. Deze keer zou een poging, ondanks de in dit hoofdstuk beschreven valkuilen, weleens succesvol kunnen zijn.

Literatuurlijst

Akkermans e.a. 2008

A.J. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel II Affectieschade*, Den Haag: WODC 2008.

Akkermans e.a. 2009

A.J. Akkermans e.a., 'Onderzoek biedt steun voor wetsvoorstel: vergoeding van affectieschade helpt, mits zorgvuldig aangeboden', *Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2009/3, p. 113-122.

Bellinfante e.a. 2009

A.D. Bellinfante e.a., *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

69 Zie o.a. Wijnakker 2010; Collignon-Smit Sibinga 2010.

70 Zie Hartlief 2012b.

Birkland 2001

T.A. Birkland, *An introduction to the policy process: theories, concepts and models of public policy making*, New York: M.E. Sharpe 2001.

Van Boom 2001

W.H. van Boom, 'Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1301-1302.

Van Boom 2012

W.H. van Boom, 'De Nederlandse privaatrechtswetenschap en de wetgever (1992-2012)', *Regelmaat* 2012/5, p. 279-290.

Cochran 1999

C.E. Cochran e.a, *American Public Policy: An introduction*, New York: St Martins Press 1999.

Collignon-Smit Sibinga 2011

A.F. Collignon-Smit Sibinga, 'Fundamentele rechten in de personenschadepraktijk', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2010/4, p. 103-106.

Van Dam 1991

C.C. van Dam, 'Smartegeld in Europees perspectief: het verdriet van Europa', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1991/2, p. 92-107.

Eijlander 1991

Ph. Eijlander, *De politieke dimensie van wetgeving*, Justitiële Verkenningen 1991/5.

Van Gestel 2008

R.A.J. van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Groenhuijsen 2003

M.S. Groenhuijsen, 'Juristen en sociologen over opstandige slachtoffers: genoegdoening in theorie en praktijk. Verslag van de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging op 13 juni 2003 te Alkmaar', *Nederlands Juristenblad* 2003/27, p. 1366-1372.

Hartlief 2012a

T. Hartlief, 'De civilist en de civiloloog. Hoe vergaat het de civilist bij het beoefenen van deze nieuwe (?) tak van sport?', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 48-50.

Hartlief 2012b

T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', in: *Het Smartengeldboek 2012*, Den Haag: ANWB, p. 6-11.

Kuipers 2010

L. Kuipers, 'Verbijstering over afwijzing wetsvoorstel affectieschade', *Advocatenblad* 2010/5, p. 132-133.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten: de rechter heeft zijn werk gedaan en de wetgever moet de klus afmaken', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2008/5, p. 225-263.

Lindenbergh 2010

S.D. Lindenbergh, 'Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood (?)', *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 1530-1532.

Majone 1989

G. Majone, *Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process*, New Haven: Yale University Press 1989.

Nieskens-Isphording 1999

B.M.W. Nieskens-Isphording, 'Het vermogensrecht, de Hoge Raad, en de emotie van Van Maanen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1999, p. 137-138.

Pans 2009

E. Pans, 'Empirisch onderzoek geeft steun aan wetsvoorstel affectieschade', *Verkeersrecht* 2009/11, p. 337-339.

PIV-Bulletin 2010

PIV-Bulletin, 2010/3.

Rijnhout 2010

R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door Eerste Kamer', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2010/2, p. 37-41.

Schipper & Van der Zalm 2010

M.G.P. Schipper & I. Van der Zalm, 'Verwerping van het wetsvoorstel affectieschade', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2010/3, p. 112-114.

Snellen 1987

Th.M. Snellen, *Boeiden en geboeid* (Oratie Tilburg), Alphen aan den Rijn, 1987.

Veerman 2004

G. Veerman, *De wet als zinsbegoochelingstoestel; over de kwaliteit van wetgeving* (oratie Maastricht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Verheij 1998

A.J. Verheij, 'Vergoeding van affectieschade', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1998/9, p. 324-332.

Verheij 2001

A.J. Verheij, 'Contouren wetsvoorstel affectieschade', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1562-1569.

Van Wees 2010

K.A.P.C. van Wees, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen ondanks empirisch gebleken behoefte en brede maatschappelijke steun', *PIV Bulletin* 2010/3, p. 1-3.

Wijnakker 2010

C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *Verkeersrecht* 2010, p. 313 e.v.