

KABINETSTANDPUNT INZAKE HET ADVIES VAN DE COMMISSIE VOOR DE TOETSING
VAN WETGEVINGSPROJECTEN OVER ZORGPLICHTBEPALINGEN

INHOUD:	P.
SAMENVATTING EN ACTIEPUNTEN	2
1. Inleiding	7
2. Het advies van de Toetsingscommissie	7
3. Algemene benadering van het kabinet inzake zorgplichtbepalingen	9
4. Civielrechtelijke handhaving van de zorgvuldigheidnorm zoals neergelegd in zorgplichtbepalingen	11
4.1. Inleiding	11
4.2. Onrechtmatige daadsacties en privaatrechtelijke (rechts)personen	12
4.3. Onrechtmatige daadsacties en publiekrechtelijke rechtspersonen	13
4.4. Is er naast art. 6:162 BW behoefte aan afzonderlijke zorgplichtbepalingen?	14
5. Bestuursrechtelijke handhaving van door zorgplichtbepalingen te beschermen belangen	15
5.1. Inleiding	
5.2. Specifieke bestuursrechtelijke regeling als alternatief voor een zorgplichtbepaling	15
5.3. Bestuursrechtelijke handhaving van zorgplichtbepalingen	16
6. Strafrechtelijke aspecten van zorgplichtbepalingen	17
6.1. Inleiding	17
6.2. Beperking tot niet voorzienbare excessen	18
6.3. Duidelijkheid en inzichtelijkheid	19
6.4. Strafrechtelijke handhaafbaarheid	21
6.5. De artikelen 173a en 173b Wetboek van Strafrecht	22
7. Criteria voor het gebruik van zorgplichtbepalingen	23

SAMENVATTING EN ACTIEPUNTEN

In 1990 heeft de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten een advies uitgebracht over zorgplichtbepalingen (CTW 90/6). Het kabinet onderschrijft dit advies in hoofdlijn. Naar aanleiding van dit advies heeft het kabinet gekozen voor de volgende algemene benadering van zorgplichtbepalingen.

Een zorgplichtbepaling omschrijft in ruime, algemene termen een eigen verantwoordelijkheid van de burger ten opzichte van een bepaald te beschermen belang, waarvan het de bedoeling is dat deze niet alleen als morele plicht door sociale controle, doch mede door het recht wordt gehandhaafd.

In het verleden is de zg. vangnetfunctie het belangrijkste motief geweest om zorgplichtbepalingen in de wetgeving op te nemen. Gedragingen die ten tijde van het opstellen van specifieke wettelijke regels onvoorzienbaar waren of in de praktijk nog niet eerder tot problemen hebben geleid, zouden door zorgplichtbepalingen wettelijk kunnen worden gesanctioneerd.

Dergelijke bepalingen kunnen evenwel bezwaren ondervinden - met name wanneer zij strafrechtelijk zijn gesanctioneerd - zowel vanuit het legaliteitsbeginsel als vanuit een oogpunt van handhaafbaarheid.

Alvorens enig artikel in wetgeving op te nemen, zal steeds worden gezien of een dergelijke bepaling werkelijk nodig is. Niet in het minst geldt dat voor een algemene zorgplichtbepaling. Zeker als een dergelijk artikel bedoeld is om als vangnet te fungeren, zullen allereerst de andere mogelijke instrumenten om het betreffende belang te beschermen worden overwogen.

Dat geschiedt niet alleen vanwege de vereiste effectiviteit en terughoudendheid met regelgeving, maar ook ter beperking van de lasten voor bedrijf en overheid. Gaat het om een strafrechtelijk te sanctioneren zorgplichtbepaling, dan zal niet alleen bijzondere aandacht moeten worden geschonken aan de belasting van het opsporings- en vervolgingsapparaat en van de rechterlijke macht, maar ook aan de helderheid van de redactie van het te formuleren wetsartikel. Uit een oogpunt van effectiviteit, rechtsstatelijkheid en handhaafbaarheid moeten dan aan de helderheid van de redactie hoge eisen worden gesteld.

Om die redenen zal, indien het betreffende belang inderdaad bescherming via wettelijke bepalingen behoeft, telkenmale moeten worden aangetoond dat een zorgplichtbepaling werkelijk nodig is naast - vaak meer voor de hand liggende - andere typen van wettelijke regulering. Daarbij kan in drie richtingen worden gedacht: bescherming via het civiele recht, bescherming via het bestuursrecht en bescherming via specifieke strafbepalingen.

Handhaving via het civiele recht

Bij zorgplichtbepalingen gaat het om een verbijzondering van de algemene zorgvuldigheidsnorm in het maatschappelijk verkeer, met een eigen verantwoordelijkheid voor burgers zowel ten aanzien van de naleving als ten aanzien van de handhaving van deze norm. Daarom valt als alternatief voor zorgplichtbepalingen in eerste instantie te denken aan de mogelijkheden die het privaatrecht biedt, via onrechtmatige daadsacties wegens schending van het getroffen belang, tussen burgers onderling dan wel tussen overheid en burger.

Naar de huidige stand van de jurisprudentie bestaan er niet alleen voor individuele burgers, maar ook voor belangenorganisaties mogelijkheden om een onrechtmatige daadsactie in te stellen wegens de schending van een bepaald belang. Indien het wetsvoorstel houdende de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen[1] tot wet zal zijn verheven, zullen terzake ook wettelijke mogelijkheden bestaan.

Publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen eveneens een onrechtmatige daadsactie instellen ter bescherming van een bepaald belang, tenzij er op dit punt publiekrechtelijke regels bestaan en het gebruik van de privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze zou doorkruisen.

Mits een zorgplichtbepaling voldoende specifiek is geredigeerd, zal overtreding daarvan in een civiele procedure een bewijsvermoeden van een onrechtmatige daad kunnen opleveren, hetgeen de rechter tevens tot een omkering van de bewijslast kan brengen.

Handhaving via het bestuursrecht

In sommige gevallen kan als alternatief voor een algemene zorgplichtbepaling een meer specifieke bestuursrechtelijke regeling getroffen worden, bijvoorbeeld een vergunningstelsel of algemene voorschriften met betrekking tot duidelijk omschreven activiteiten.

Zo wordt bijvoorbeeld tegen het zg. "kabelbranden" thans opgetreden via de algemene zorgplichtbepaling van artikel 14 Wet bodembescherming, maar zijn specifieke regels daaromtrent heel goed mogelijk en vanwege de vereiste helderheid in het recht bepaald beter.

Indien alternatieven voor een zorgplichtbepaling niet voorhanden zijn en derhalve een dergelijke bepaling in de wet is opgenomen, kan bestuursrechtelijke handhaving van deze bepaling - bijvoorbeeld via bestuursdwang of een dwangsom - aangewezen zijn om de met de zorgplichtbepaling nagestreefde doelstellingen te bereiken. Wel moet daarbij in acht worden genomen dat de burger niet te zwaar wordt getroffen (bestuursdwang bijvoorbeeld kan voor de burger meer ingrijpend zijn dan het opleggen van een lichte strafrechtelijke

1. TK 1991-92, 22 486, nrs. 1-3.

boete). Via het nieuwe instrument van de bestuurlijke dwangsom biedt het bestuursrecht intussen goede mogelijkheden om de hoogte van de sanctie in overeenstemming te laten zijn met de ernst van de overtreding.

Echter, naarmate de zorgplichtbepaling algemener is geformuleerd, zal de bestuursrechtelijke handhaving meer problemen kunnen ondervinden: de burger weet niet goed welk gedrag van hem verlangd wordt, terwijl het bestuur in onzekerheid is over de vraag of er sprake is van een overtreding en dus over de vraag of bestuursrechtelijke sanctiemiddelen ingezet kunnen worden.

Deze problemen doen zich overigens ook voor bij strafrechtelijke handhaving van algemeen geredigeerde zorgplichtbepalingen: onzekerheid bij de burger, tot wie de strafbepaling zich richt en bewijsmoeilijkheden voor het OM.

Handhaving via het strafrecht

Indien bescherming van het betrokken belang (ook) via het strafrecht geboden is en specifieke strafbepalingen onvoldoende mogelijkheden bieden, komt aan de orde de vraag in hoeverre een (mede) strafrechtelijk te handhaven zorgplichtbepaling in aanmerking komt, al dan niet in aanvulling op reeds bestaande alternatieven. Daartoe dient uit een oogpunt van het legaliteitsbeginsel en gelet op de eis van handhaafbaarheid aan de volgende voorwaarden te zijn voldaan:

- a. Het moet gaan om gedragingen die moeilijk concreet voorzienbaar zijn, op terreinen waar de omstandigheden of inzichten zo snel veranderen dat de regelgeving daarmee geen gelijke tred kan houden. Vast moet staan dat het niet mogelijk is om deze gedragingen in meer concrete strafbepalingen te "vangen".
- b. Daarnaast moeten de betreffende gedragingen aangemerkt kunnen worden als excessen, dat wil zeggen gedragingen die door de mate van gevaarstelling voor het te beschermen belang maatschappelijk onaanvaardbaar zijn, mede gelet op de maatschappelijke opvattingen terzake, de mate van kwetsbaarheid van het betrokken belang en het kennisniveau van de dader. Bij het laatste kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een onderscheid tussen gedragingen in de uitoefening van beroep of bedrijf en anderzijds gedragingen van particulieren. Het bovenstaande betekent derhalve dat een zorgplichtbepaling alleen in aanmerking komt bij gedragingen die maatschappelijk zo ongewenst worden geacht, dat strafrechtelijk optreden daartegen geboden is. Voor minder ernstige gedragingen is een strafrechtelijke "achtervang" als een zorgplichtbepaling niet aanvaardbaar.
- c. Tenslotte moet de strafrechtelijk te handhaven zorgplichtbepaling zodanig nauwkeurig zijn geredigeerd dat zij voldoende inzicht biedt in het verboden/voorgescreven gedrag (legaliteitsbeginsel). Ook uit een oogpunt van handhaafbaarheid is het van belang de zorgplichtbepaling zo specifiek mogelijk te redigeren. Bij de

duidelijkheid en inzichtelijkheid van een met straf bedreigde zorgplichtbepaling spelen de volgende factoren een rol:

- reikwijdte en mate van detaillering van de bepaling zelf
- kennis en wetenschap van degene, tot wie de bepaling zich richt. Daarbij gaat het niet alleen om datgene dat de dader daadwerkelijk weet, maar ook om datgene dat hij redelijkerwijze had moeten weten. Waar nodig dient de burger zich door deskundigen te laten voorlichten omtrent mogelijke gevolgen van zijn gedrag.

De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten heeft in haar advies gesuggereerd te onderzoeken of er aanleiding is de strafbepalingen van artikel 173a en 173b Wetboek van Strafrecht - die thans het teweegbrengen van gevaar voor de openbare gezondheid en levensgevaar voor anderen strafbaar stellen - te verbreden tot het veroorzaken van "ernstige milieubedreigingen". Het kabinet ziet thans geen aanleiding om aan te nemen dat uitbreiding van de artikelen 173a en 173b noodzakelijk is voor een effectieve aanpak van ernstige milieudelicten. Immers in de meeste gevallen zullen ernstige milieubedreigingen tevens - al dan niet op termijn - gevaar voor de openbare gezondheid, c.q. levensgevaar voor anderen meebrengen. Zo'n aanleiding zou mogelijk wel ontstaan indien de rechter zou bepalen dat deze interpretatie onjuist is. Bij de totstandbrenging van het door de Minister van VROM aangekondigde wetsvoorstel inzake de verbetering van het milieuhandavingsinstrumentarium [2] zal in een breder perspectief onder meer het advies van de Toetsingscommissie ten aanzien van de artikelen 173a en 173b worden betrokken.

Criteria voor het gebruik van zorgplichtbepalingen

Aan de hand van de bovenstaande benadering heeft het kabinet toetsingscriteria ontwikkeld, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een zorgplichtbepaling nodig is, dan wel daarvoor alternatieven gevonden kunnen worden (hierna, par. 7).

Daarbij wordt - op de voet van de Aanwijzingen voor de regelgeving - getoetst of in het door de zorgplichtbepaling te beschermen belang in voldoende mate kan worden voorzien:

- op andere wijze dan door normstelling (bijv. voorlichting) of:
- via het civielrecht, het bestuursrecht of specifieke strafbepalingen.

Indien deze mogelijkheden het betreffende belang onvoldoende kunnen beschermen, kan een algemene, strafrechtelijk te handhaven zorgplichtbepaling ter aanvulling van die mogelijkheden worden overwogen, waarbij echter acht geslagen moet worden op:

- het gewicht van het te beschermen belang (zorgplichtbepalingen dienen alleen in het leven te worden geroepen indien de mate van gevaarzetting voor het te beschermen belang maatschappelijk onaanvaardbaar is);

- de redactie van de zorgplichtbepaling (zo veel mogelijk duidelijkheid en inzichtelijkheid);
- reële mogelijkheden tot opsporing en handhaving.

Actiepunten

1. Indien wordt overwogen om in toekomstige regelgeving een zorgplichtbepaling op te nemen, dient aan de hand van de bovengenoemde toetsingscriteria beoordeeld te worden of een zorgplichtbepaling werkelijk nodig en verantwoord is, mede gelet op het eventueel beschikbaar zijn van alternatieven. Het resultaat van deze toetsing dient in de toelichting te worden gemotiveerd.
2. Ten aanzien van ontwerp-regelgeving, die een zorgplichtbepaling bevat en waaromtrent het kabinet nog niet definitief heeft beslist, dient eveneens aan de hand van de toetsingscriteria bezien te worden of deze zorgplichtbepaling nodig en verantwoord is, mede gelet op het eventueel beschikbaar zijn van alternatieven.
3. Vóór 1 januari 1994 beslist het kabinet welke zorgplichtbepalingen, die zijn vervat in reeds bestaande regelgeving, dan wel in ontwerp-regelgeving die bij de Staten-Generaal aanhangig is, aan de hand van de in par. 7 opgenomen toetsingscriteria heroverwogen zullen worden.
4. De Aanwijzingen voor de regelgeving zullen, na voorbereiding in de ICHW, worden aangevuld met (de zakelijke inhoud van) de toetsingscriteria inzake zorgplichtbepalingen.

1. INLEIDING

De inhoud van dit kabinetsstandpunt is als volgt:

Na een korte samenvatting van het advies van de Toetsingscommissie (par.2) en een uiteenzetting van de algemene gedachtengang van het kabinet inzake zorgplichtbepalingen (par.3) komt de verhouding tussen zorgplichtbepalingen en de algemene civielrechtelijke zorgvuldighedsnorm aan de orde (par. 4). Daarna wordt stilgestaan bij de mogelijkheden tot bestuursrechtelijke bescherming van door zorgplichtbepalingen te waarborgen belangen (par. 5). Vervolgens worden de strafrechtelijke aspecten van zorgplichtbepalingen besproken (par. 6).

Op basis van de beschouwingen in par. 4 t/m 6 worden aansluitend enkele criteria gegeven omtrent het gebruik van zorgplichtbepalingen (par. 7).

2. HET ADVIES VAN DE TOETSINGSCOMMISSIE

Op 20 augustus 1990 heeft de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten advies uitgebracht over zorgplichtbepalingen in bestaande en toekomstige wetgeving (CTW 90/6).

De Commissie verstaat onder een zorgplicht: een vrij algemeen geformuleerde, tot de burger gerichte (zorg)verplichting die een bepaalde verantwoordelijkheid van de burger markeert en waarvan het de bedoeling is deze juridisch te handhaven. Een zorgplicht bevat een algemene verplichting tot het in acht nemen van een bepaalde graad van zorgvuldigheid met het oog op het door de desbetreffende wet te beschermen belang, en kan zowel betrekking hebben op een handelen als een nalaten van de normadressaat [3].

In de huidige wetgevingspraktijk zijn de belangrijkste motieven om zorgplichtbepalingen in wetgeving op te nemen volgens de Commissie gelegen in de paraplufunctie en in de vangnetfunctie van deze bepalingen [4].

3. De Commissie noemt als zorgplichtbepalingen o.m.:

- art. 25 Wegenverkeerswet
- art. 13 Luchtvaartwet
- art. 12 Arbeidsomstandighedenwet
- art. 19 Quarantainewet
- art. 18 Warenwet
- art. 13 Bestrijdingsmiddelenwet
- art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen
- art. 14 Wet bodembescherming

4. Daarnaast onderscheidt de Commissie nog de signalerende, derogerende en preventieve functie; rapport, p. 6.

Een paraplu-zorgplichtbepaling heeft vooral een kaderstellende betekenis: niet alleen vormt zij het kader van de nadere (publiek-rechtelijke) normstelling in de desbetreffende wet, maar ook is zij veelal van privaatrechtelijke betekenis: de zorgplichtbepaling kan een rol spelen in het rechtsverkeer tussen burger en overheid en tussen burgers onderling.

Een vangnet-functie vervult een zorgplichtbepaling met name in twee situaties:

- Er is sprake van handelingen of gedragingen die voor de wetgever ten tijde van het opstellen van de wettelijke regels onvoorzienbaar waren.
- Er is geen gebruik gemaakt van een (facultatieve) bevoegdheid om algemene voorschriften te stellen, omdat zich tot dusver in de praktijk geen problemen hebben voorgedaan.

Naar het oordeel van de Commissie bestaan er twee majeure bezwaren tegen zorgplichtbepalingen: zij staan op gespannen voet met het strafrechtelijke legaliteitsvereiste en zij zijn moeilijk handhaafbaar.

Het strafrechtelijke legaliteitsvereiste veronderstelt niet alleen dat een strafbedreiging berust op een uitdrukkelijke, voorafgaande strafbepaling, maar ook dat de betreffende norm voor de burger voldoende inzichtelijk en begrijpelijk is: strafbepalingen dienen de burger zo concreet mogelijk voor te houden wat wel en niet mag. Zorgplichtbepalingen - met hun onbepaalde, weinig afgebakende inhoud - voldoen veelal niet aan deze eis.

Het feit dat de burger bij zorgplichtbepalingen in onvoldoende mate weet welk gedrag van hem verlangd wordt, heeft ook zijn repercussies in de sfeer van de handhaving. Bij een strafvervolgning zal het Openbaar Ministerie moeten bewijzen dat de burger begreep of had moeten begrijpen, dat hij in het voorliggende geval een tot hem gerichte zorgplichtbepaling overtrad. Gegeven de onzekerheid die bij de burger terzake bestaat, zal dit bewijs vaak moeilijk te leveren zijn.

Het bovenstaande leidt de Commissie tot de volgende aanbevelingen [5]:

- Zorgplichtbepalingen kunnen in de wetgeving op specifieke beleids-terreinen een functie vervullen als vangnet voor excessen, wanneer de algemene aangrijpingspunten voor excessen in ons rechtssysteem (Wetboek van Strafrecht, art. 1401 BW oud; thans art. 6:162 BW) onvoldoende soelaas bieden.
- In verband hiermee dient het wetgevingsbeleid tegelijkertijd erop gericht te zijn dat de algemene strafrechtelijke codificatie (Wetboek van Strafrecht) voldoende algemene excessbepalingen bevat.
- Wanneer gezocht wordt naar vormen van regelgeving waarmee de eigen onderlinge verantwoordelijkheid van rechtsgenoten kan worden

benadrukt, komen in de eerste plaats privaatrechtelijk normerende zorgplichtbepalingen in aanmerking.

- Zorgplichtbepalingen dienen in ieder geval te voldoen aan de eis dat zij inzichtelijk zijn voor degenen tot wie zij zijn gericht. Dit betekent dat de (achterliggende) norm zo specifiek mogelijk in de wet tot uitdrukking moet worden gebracht. Bij de beoordeling van de inzichtelijkheid speelt een aantal factoren een rol: de reikwijdte en strekking van de bepaling, het maatschappelijk stelsel waarin de norm functioneert, de gehanteerde begrippen en de deskundigheid van degenen tot wie de norm is gericht.

- De Commissie geeft nog een verbijzondering van deze algemene aanbevelingen op het terrein van het milieurecht. Zij meent dat nader onderzoek dient te worden of de artikelen 173a en 173b van het Wetboek van Strafrecht reeds als een algemene excesbepaling voor schadelijke milieuhandelingen functioneren. Verder zijn naar het oordeel van de Commissie zorgplichtbepalingen met een specificatie naar beroeps- of bedrijfsmatig handelen over het algemeen wat eerder inzichtelijk dan zorgplichtbepalingen die tot een ieder gericht zijn.

3. ALGEMENE BENADERING VAN HET KABINET INZAKE ZORGPLICHTBEPALINGEN

Het kabinet onderschrijft in grote lijnen de beschouwingen van de Toetsingscommissie. Bij de beoordeling van het gebruik van zorgplichtbepalingen gaat het uit van de volgende, algemene gedachtengang.

Een zorgplichtbepaling omschrijft in ruime, algemene termen een eigen verantwoordelijkheid van de geadresseerde ten opzichte van een bepaald te beschermen belang, waarvan het de bedoeling is dat deze niet alleen als morele plicht door sociale controle, doch mede door het recht wordt gehandhaafd [6].

6. Zorgplichtbepalingen richten zich, in de gegeven omschrijving, tot de burger. Daarnaast kan men ook denken aan zorgplichtbepalingen die zich als instructienorm tot bestuur, wetgever en rechter wenden. Vgl. P.J.J. van Buuren, Codificatie en vernieuwing van milieurecht in Duitsland en Nederland, NJB 1992, p. 377 e.v., die beschrijft dat in het voorontwerp van een Umweltgesetzbuch enkele algemene zorgplichten zijn opgenomen. Deze zorgplichtbepalingen zijn echter niet strafrechtelijk gesanctioneerd, maar zijn bedoeld om steun te bieden bij de uitleg van andere voorschriften of richting te geven aan de inhoud van vergunningvoorschriften en nadere eisen van bestuursorganen; ook kunnen zij educatief en civielrechtelijk van betekenis zijn. Afgezien van het civielrechtelijke aspect - dat in par. 4 aan de orde komt - richt dit kabinetsstandpunt zich niet op zorgplichtbepalingen in de zin van instructienormen gericht tot de overheid, maar worden zij begrepen als tot de burger gerichte algemene ge- of verboden, die (mede) door het recht gesanctio-

Uit het rapport van de Toetsingscommissie blijkt dat de vangnetfunctie van zorgplichtbepalingen in het verleden één van de belangrijkste motieven is geweest om dergelijke bepalingen in de wetgeving op te nemen. Gedragingen die ten tijde van het opstellen van specifieke wettelijke regels onvoorzienbaar waren of in de praktijk nog niet eerder tot problemen hebben geleid, zouden door zorgplichtbepalingen wettelijk kunnen worden gesanctioneerd.

Alvorens een zorgplichtbepaling in de wetgeving op te nemen zal echter moeten worden bezien of een dergelijke bepaling daadwerkelijk nodig en verantwoord is.

Daarbij ware, op voet van de Aanwijzingen voor de regelgeving en afhankelijk van factoren als de aard van het te beschermen belang, het gewenste niveau van rechtshandhaving, de kosten van handhaving en de aard van het overheidsbeleid (regulerend, flankerend of op afstand) te bezien of in voldoende mate in het door de zorgplichtbepaling te beschermen belang kan worden voorzien door andere wijzen van normstelling of zelfs anders dan door normstelling van de zijde van de overheid.

Bij zorgplichtbepalingen gaat het om een verbijzondering van de algemene zorgvuldigheidsnorm in het maatschappelijk verkeer, met een eigen verantwoordelijkheid voor burgers zowel ten aanzien van de naleving als ten aanzien van de handhaving van deze norm. Daarom valt als alternatief voor zorgplichtbepalingen in eerste instantie te denken aan de mogelijkheden die het privaatrecht biedt, via onrechtmatige daadsacties wegens schending van het betrokken belang, tussen burgers onderling dan wel tussen overheid en burger.

Soms kan bescherming van het belang in kwestie ook goed worden bereikt via het bestuursrecht: door een administratiefrechtelijk vergunningstelsel of algemene bestuursrechtelijke regels met betrekking tot bepaalde activiteiten.

Tenslotte dient steeds onderzocht te worden of het te beschermen belang gewaarborgd kan worden door een speciale strafbepaling in het Wetboek van Strafrecht, in een bijzondere wet of in verordeningen van lagere overheden [7].

Indien bovengenoemde alternatieven geen of onvoldoende soelaas bieden, komt een zorgplichtbepaling onder condities in aanmerking.

Deze condities zijn de volgende. Allereerst moet de zorgplichtbepaling handhaafbaar moet zijn. Bij het bepalen van het handhavingsinstrumentarium dient de wetgever zich zeker niet alleen te richten op een strafrechtelijke sanctiëring. Hij zal steeds moeten nagaan welk handhavingsinstrument (civiel-, bestuurs- of strafrechtelijk of

neerd zijn.

7. Indien het te beschermen belang beperkt blijft tot bepaalde groepen kan tuchtrechtelijke handhaving door de bedrijfs- of beroepsgegoten zelf aangewezen zijn.

een combinatie daarvan) aangewezen is om de met de zorgplichtbepaling nagestreefde doelstellingen te bereiken. Daarbij zijn onder meer de aard van het te beschermen belang en het gewenste en haalbare niveau van rechtshandhaving van betekenis.

Ten aanzien van strafrechtelijk (maar ook bestuursrechtelijk) gesanctioneerde zorgplichtbepalingen moet verder worden bedacht dat vanuit het gezichtspunt van het legaliteitsbeginsel en de eis van handhaafbaarheid geldt dat:

- de zorgplichtbepaling betrekking dient te hebben op excessen op een terrein waarop wel gedetailleerde normstelling voorhanden of in beginsel mogelijk is, maar waar de omstandigheden zo snel veranderen dat de regelgeving daarmee geen gelijke tred kan houden, terwijl daarnaast:
- de zorgplichtbepaling zodanig nauwkeurig moet zijn geredigeerd dat zij voldoende inzicht biedt in het verboden/voorgescreven gedrag.

Hieronder wordt de zojuist ontwikkelde gedachtengang nader uitgewerkt.

4. CIVIELRECHTELIJKE HANDHAVING VAN DE ZORGVULDIGHEIDSNORM ZOALS NEERGELEGD IN ZORGPLICHTBEPALINGEN

4.1. Inleiding

Zorgplichtbepalingen omschrijven in algemene termen een eigen verantwoordelijkheid van de burger ten opzichte van een bepaald te beschermen belang.

Schending van een dergelijke zorgplicht zal in de eerste plaats meestal een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW opleveren; een zorgplicht is immers een verbijzondering van de in dit artikel neergelegde algemene maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Op grond van art. 6:162 BW kan een ieder, die daardoor schade heeft geleden of dreigt te lijden in rechte schadevergoeding, herstel in de oude toestand of een verbod tot het plegen van bepaalde handelingen - al dan niet gepaard gaande met een dwangsom - vorderen.

Daarnaast wordt, op het milieuterrein, de mogelijkheid tot civielrechtelijke handhaving van zorgplichten aanzienlijk uitgebreid door het wetsvoorstel tot aanvulling van de Boeken 3, 6 en 8 BW, waarin de risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem wordt uitgebreid.[8]

Hieronder wordt ingegaan op de vraag wie een civiele onrechtmatige daadsactie kunnen instellen (par. 4.2. en 4.3.) en op de vraag of er, wat betreft de civielrechtelijke handhaving van zorgplichten,

behoefte bestaat aan afzonderlijke civielrechtelijke zorgplichtbepalingen naast de algemene norm van art. 6:162 BW (par. 4.4.).

Daarbij moet de vraag worden betrokken, of het door zorgplichtbepalingen te beschermen belang door het civiele recht in afdoende mate wordt beschermd. Dit zal mede afhangen van de aard van de te beschermen belangen, de aard van de vordering en het gewenste niveau van rechtshandhaving [9].

Voor burgers, die een civiele actie overwegen zal het kostenaspect een belemmering kunnen zijn. Daar staat tegenover dat het veelal belangenorganisaties zijn, die zich opwerpen voor de (civielrechtelijke) handhaving van door zorgplichtbepalingen beschermde belangen. Voor deze organisaties zal het kostenaspect veelal minder bezwarend zijn.

4.2. Onrechtmatige daadsacties en privaatrechtelijke (rechts)personen

Niet alleen degene wiens concrete belang direct door de onrechtmatige daad is of dreigt te worden geschonden kan ageren op grond van art. 6:162 BW, maar ook is in de rechtspraak van de Hoge Raad (o.a. in het arrest De Nieuwe Meer; HR 27 juni 1986, NJ 1987, 743) aan belangenorganisaties het recht toegekend een collectieve actie in te stellen. Zij het onder een aantal voorwaarden: zo moet de organisatie rechtspersoonlijkheid bezitten, moet de vordering dienstbaar zijn aan de doelstelling van de organisatie en mag de ongelijksoortigheid van de belangen tot bescherming waarvan de vordering dient zich niet tegen een collectieve afdoening verzetten.

Voor verenigingen en stichtingen zijn deze criteria ook neergelegd in het voorstel van wet houdende regeling van de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen [10].

Naleving van de in zorgplichtbepalingen opgenomen zorgvuldigheidsnormen kan derhalve ook door belangenorganisaties door middel van een (collectieve) civielrechtelijke actie uit onrechtmatige daad worden afgedwongen. Te meer daar de Hoge Raad in voornoemd arrest een toch vrij algemeen belang als bescherming van het milieu aanmerkte als behorend tot de soort die valt onder de bescherming die artikel 1401 BW (thans 6:162 BW) biedt.

Naast de mogelijkheid om ter bescherming van een bepaald belang een rechterlijk verbod of gebod te vragen, kent voormeld wetsvoorstel de belangenorganisatie - indien deze uitsluitend ten behoeve van haar

-
9. In het geval dat schadevergoeding wordt gevorderd zal eiser niet alleen de veroorzaker van de schade moeten kunnen identificeren, maar draagt hij ook de bewijslast voor de feitelijke toedracht van het ontstaan van de schade alsmede van het causaal verband tussen de gedraging en de schade.
 10. TK 1991-92, 22 486, nrs. 1-3.

leden in rechte optreedt - bovendien het recht toe om schadevergoeding te vorderen [11].

Deze ontwikkelingen maken civielrechtelijke handhaving van zorgplichtbepalingen in ruimere mate mogelijk. Immers belangenorganisaties kunnen in rechte optreden in aangelegenheden waar per individu geringe, maar in hun totaliteit aanzienlijke belangen in het spel zijn die, indien het initiatief aan iedere burger zelf wordt overgelaten, niet of onvoldoende worden beschermd. Ook zullen belangenorganisaties juist in dit soort gevallen veelal eerder dan de individuele burger preventief ageren tegen dreigend onrechtmatig optreden.

4.3. Onrechtmatige daadsacties en publiekrechtelijke rechtspersonen

Niet alleen aan privaatrechtelijke belangenorganisaties, maar ook aan publiekrechtelijke rechtspersonen wordt in wetsvoorstel 22 486 de bevoegdheid toegekend tot het instellen van een rechtsvordering die strekt tot bescherming van de belangen van andere personen, voorzover deze belangenbehartiging valt binnen de haar toebedeelde overheids-taak.

Over de vraag in hoeverre de overheid gebruik mag maken van privaatrechtelijke bevoegdheden, indien haar ook publiekrechtelijke handhavingsbevoegdheden ter beschikking staan, heeft de Hoge Raad zich in diverse arresten in algemene termen uitgelaten. In het Windmill-arrest (HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393) overwoog de Hoge Raad: "Daarbij moet o.m. worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiek-

-
11. Daarnaast is er ook de mogelijkheid van kostenverhaal. Bij vonnis van 15 maart 1991, Milieu en Recht 1991/12, no. 130, NJ 1992, 91, besliste de Rechtbank Rotterdam dat een organisatie die opkomt voor een algemeen belang in beginsel de kosten die zij heeft gemaakt naar aanleiding van een concrete aantasting van dit belang, kan verhalen. In de MvA bij het voorstel van wet tot aanvulling van de Boeken 3, 6 en 8 NBW met regels betreffende de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem (TK 1990-1991, 21 202, nr.6 blz. 33 en 34) wordt gesteld dat noch dat wetsvoorstel noch de regels betreffende schadevergoeding en aansprakelijkheid in Boek 6 NBW voor de zienswijze van de Rechtbank een beletsel vormen. Ook het genoemde voorstel van wet houdende regeling van de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen brengt hierin geen verandering.

rechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat er geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg." [12]

Uit deze criteria, die de Hoge Raad herhaalde in het arrest De Pina/Helmond (HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394) mag worden afgeleid dat voor de overheid de bevoegdheid bestaat om een onrechtmatige daadsactie in te stellen wegens schending van een zorgplichtbepaling, tenzij er een publiekrechtelijke regeling bestaat, die door het gebruik van het privaatrecht op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist.

4.4. Is er naast art. 6:162 BW behoefte aan afzonderlijke zorgplichtbepalingen?

Omdat schending van een zorgplicht in de meeste gevallen schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW oplevert, zal de civielrechtelijke handhaving van zorgplichten in het algemeen via een onrechtmatige daadsactie kunnen worden gerealiseerd.

De vraag dient zich aan of daarnaast voor de civielrechtelijke handhaving van maatschappelijke zorgplichten behoefte bestaat aan afzonderlijke zorgplichtbepalingen. Of, anders geformuleerd, wat is de toegevoegde civielrechtelijke waarde van een afzonderlijke zorgplichtbepaling?[13]

Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid zal de rechter rekening houden met de aard van de gedraging, de aard en omvang van de (gevreesde) schade, de waarschijnlijkheid dat die schade zich als gevolg van de gedraging zal voordoen en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen [14]. Daarnaast zal de rechter om een open norm te concretiseren zoveel mogelijk objectieve aanknopingspunten zoeken en zal hij toetsen aan (verwante) wetsbepalingen, aan algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen, aan gebruiken, aan op codes of ereregels berustende regelingen en aan vergelijkbare gevallen [15].

-
12. In het arrest Kunst- en antiekstudio Lelystad, HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691, wordt het criterium van het vergelijkbare resultaat niet meer genoemd.
 13. Bedacht moet worden dat de afzonderlijke zorgplichtbepalingen zodanig worden geredigeerd dat deze de uit het burgerlijk recht voortvloeiende aansprakelijkheid en de mogelijkheid van rechtspersonen, als bedoeld in artikel 1, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, om uit dien hoofde in rechte op treden, onverlet laten.
 14. Vgl. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.
 15. Aldus Asser-Hartkamp III, De verbintenissen uit de wet, 8e druk, Zwolle 1990, blz. 54-56, nrs. 51h-51l.

De kans dat afzonderlijke zorgplichtbepalingen bij die beoordeling van invloed zijn - bijvoorbeeld in die zin dat de rechter aan schending van die bepalingen een vermoeden van onzorgvuldigheid in de zin van art. 6:162 BW ontleent en daarin in het algemeen aanleiding ziet om de bewijslast om te keren - is groter naarmate een zorgplichtbepaling specifiek is geredigeerd.

5. BESTUURSRECHTELIJKE BESCHERMING VAN DOOR ZORGPLICHTBEPALINGEN TE WAARBORGEN BELANGEN

5.1. Inleiding

De inschakeling van het bestuursrecht kan bij zorgplichtbepalingen op tweeërlei wijze aan de orde komen. In de eerste plaats is de vraag of, als alternatief voor een door het strafrecht of bestuursrecht te sanctioneren zorgplichtbepaling, niet een meer specifieke bestuursrechtelijke regeling getroffen kan worden, bijvoorbeeld een vergunningstelsel of algemene bestuursrechtelijke regels m.b.t. bepaalde activiteiten (par. 5.2.).

In de tweede plaats komt het bestuursrecht in zicht indien een dergelijk alternatief niet mogelijk is en in de wet een zorgplichtbepaling is opgenomen. In dat geval moet worden bezien of bestuursrechtelijke handhaving van de betreffende zorgplichtbepaling - bijvoorbeeld via bestuursdwang of een dwangsom - is aangewezen (par. 5.3.).

5.2. Specifieke bestuursrechtelijke regeling als alternatief voor een zorgplichtbepaling

Indien een meer specifieke bestuursrechtelijke regeling m.b.t. de betrokken activiteiten mogelijk is, verdient deze de voorkeur boven een door het strafrecht of bestuursrecht te sanctioneren zorgplichtbepaling. Te denken valt aan een vergunning- of ontheffingstelsel, dan wel algemene regels die m.b.t. de gedragingen in kwestie worden gesteld. De toelaatbaarheid van de betreffende activiteiten kan dan immers preciezer worden genormeerd (hetzij reeds in de algemene regeling zelf, dan wel via voorschriften die aan vergunningen of ontheffingen worden verbonden), wat gunstig is vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en handhaafbaarheid.

Door het strafrecht of bestuursrecht te sanctioneren zorgplichtbepalingen worden intussen vaak in de wetgeving opgenomen om ten tijde van de vaststelling onvoorziene gedragingen te reguleren (de door de Toetsingscommissie genoemde "vangnetfunctie").

Uiteraard kan, indien aanvankelijk onvoorziene omstandigheden zich nadien herhaald blijken voor te doen, alsnog een specifieke regeling getroffen worden.

Zo was aanvankelijk niet voorzien, dat zich bodemverontreiniging

zou kunnen voordoen door het zg. "kabelbranden" [16] en waren daaromtrent ook geen regels gesteld bij of krachtens de Wet bodembescherming. Weliswaar is tegen dit verschijnsel succesvol opgetreden via de zorgplichtbepaling van art. 14 Wet bodembescherming [17], maar aangezien het kabelbranden inmiddels een structureel verschijnsel is geworden, wordt de kenbaarheid van het recht - en daarmee de rechtszekerheid en effectiviteit - gediend als daaromtrent in het kader van de Wet bodembescherming een specifieke verbodsbepaling wordt vastgesteld. Men hoeft dan niet meer terug te vallen op de algemene bepaling van art. 14 Wet bodembescherming.

Moeilijker ligt een dergelijke oplossing, wanneer het om incidentele onvoorziene gedragingen gaat. Met een structureel vergunning- of ontheffingstelsel of algemene regels komt men dan niet uit.

In dit geval zal echter steeds de afweging moeten zijn, of deze gedragingen (die zich, gelet op het incidentele karakter, bij uitzondering zullen voordoen) maatschappelijk zo onaanvaardbaar zijn, dat daarvoor een algemeen geformuleerde zorgplichtbepaling (met de nadelen van dien) in het leven geroepen moet worden.

5.3. Bestuursrechtelijke handhaving van zorgplichtbepalingen

Indien in de wetgeving, bij gebrek aan alternatieven, een door het strafrecht of bestuursrecht te sanctioneren zorgplichtbepaling is opgenomen[18], kan het bestuursrechtelijke handhavingsinstrument aangewezen zijn om de met de zorgplichtbepaling nagestreefde doelstellingen te bereiken. Daarbij zijn onder meer de aard van het te beschermen belang en het gewenste en haalbare niveau van rechtshandhaving van belang.

Als een nadeel van bestuurlijke sancties wordt soms wel genoemd dat deze vaak een "alles of niets"-karakter hebben; bijvoorbeeld het geheel stilleggen van een onderneming via bestuursdwang of via het intrekken van een vergunning. Door (in hoogte variabele) strafsancties zou men beter kunnen differentiëren naar de ernst van de overtreding.

Een dergelijke differentiërmogelijkheid biedt echter ook het bestuursrecht. In de eerste plaats hoeft het toepassen van bestuursdwang niet altijd tot gevolg te hebben, dat een inrichting in haar geheel stilgelegd wordt; ook partiële bestuursdwang, toegespitst op bepaalde gedragingen, is mogelijk. Daarnaast biedt - indien de wet

-
16. D.w.z. het ongecontroleerd verbranden van PVC-kabels, teneinde de koperen binnenleidingen te winnen.
 17. Zie het veroordelend vonnis van de Rb. Amsterdam dd. 29 maart 1990, Milieu en Recht 1990/9, no. 58.
 18. Daarbij moet worden bedacht dat op grond van het legaliteitsbeginsel en de eis van handhaafbaarheid de door harde repressieve bestuurlijke maatregelen te sanctioneren zorgplichtbepalingen aan dezelfde voorwaarden moeten voldoen als de strafrechtelijk te handhaven zorgplichtbepalingen. Verwezen wordt naar par. 6.1.

daarin voorziet - het opleggen van een (variabele) administratieve boete mogelijkheden tot differentiatie. En tenslotte treft men in de wetgeving steeds vaker het instrument van de bestuurlijke dwangsom aan [19], dat eveneens goede mogelijkheden biedt voor een flexibele en op de omstandigheden van het geval toegespitste handhaving.

Handhaving van zorgplichtbepalingen via het bestuursrecht kan aldus in veel gevallen wel degelijk een goed alternatief bieden voor strafrechtelijke handhaving van dergelijke bepalingen.

Wel kunnen de problemen bij zorgplichtbepalingen, die zich bij de strafrechtelijke handhaving van zorgplichtbepalingen voordoen (door het onbepaalde karakter van de zorgplichtbepaling rust op het OM een moeilijke bewijslast) ook bij bestuursrechtelijke handhaving van zorgplichtbepalingen optreden. Naarmate de zorgplichtbepaling algemener en onbegrensd is, wordt het voor het bestuur moeilijker om te beoordelen of de gewraakte gedraging van de burger werkelijk als strijdig met de zorgvuldigheidsnorm kan worden aangemerkt en of derhalve wel een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd.

Deze problemen in de sfeer van de bestuursrechtelijke handhaving zijn overigens een aanleiding te meer voor de wetgever om steeds kritisch af te wegen, of een zorgplichtbepaling moet worden opgenomen.

6. STRAFRECHTELIJKE ASPECTEN VAN ZORGPLICHTBEPALINGEN

6.1. Inleiding

Indien bescherming van het betrokken belang (ook) via het strafrecht geboden is en specifieke strafbepalingen onvoldoende mogelijkheden bieden, komt aan de orde de vraag in hoeverre een (mede) strafrechtelijk te handhaven zorgplichtbepaling in aanmerking komt, al dan niet in aanvulling op reeds bestaande alternatieven. Daartoe dient zowel vanwege het legaliteitsbeginsel als de eis van handhaafbaarheid aan de volgende voorwaarden te zijn voldaan:

- a. Het moet gaan om gedragingen die moeilijk concreet voorzienbaar zijn, op terreinen waar de omstandigheden of inzichten zo snel veranderen dat de regelgeving daarmee geen gelijke tred kan houden. Het moet vaststaan dat het niet mogelijk is om deze gedragingen in meer concrete strafbepalingen te "vangen".
- b. De betreffende gedragingen moeten bovendien kunnen worden aangemerkt als excessen, dat wil zeggen gedragingen die door de mate van gevaarstelling voor het te beschermen belang maatschappelijke

19. Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 18 van de Wet milieubeheer en de algemene regeling van de dwangsom in de komende Gemeentewet, resp. in het voorontwerp van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (afdeling 5.3).

lijk onaanvaardbaar zijn (dit mede gelet op de maatschappelijke opvattingen terzake, de mate van kwetsbaarheid van het betrokken belang en het kennisniveau van de dader).

- c. Tenslotte moet de zorgplichtbepaling zodanig nauwkeurig zijn geredigeerd dat zij voldoende inzicht biedt in het verboden/voorgeschreven gedrag, dit zowel gelet op het legaliteitsbeginsel als op handhaafbaarheid.

6.2. Beperking tot niet concreet voorzienbare excessen

Indien in de wetgeving op ruimere schaal strafrechtelijk te handhaven zorgplichtbepalingen zouden worden opgenomen, dreigt het gevaar van "overkill", nl. het zonder goede noodzaak overdekken van de samenleving met strafrechtelijke verboden met een zeer brede reikwijdte.

Alleen als er sprake is van gedragingen, die enerzijds aan te merken zijn als maatschappelijke excessen in relatie tot kwetsbare belangen, maar die anderzijds niet door specifieke strafbepalingen kunnen worden "gevangen", omdat zij niet concreet voorzienbaar zijn, kan er een rechtvaardiging zijn voor het invoeren van een (mede) strafrechtelijk te sanctioneren zorgplichtbepaling.

Daarbij moet het gaan om gedragingen die moeilijk concreet voorzienbaar zijn, op terreinen waar de omstandigheden of inzichten zo snel veranderen dat de regelgeving daarmee geen gelijke tred kan houden, terwijl deze gedragingen bovendien door de mate van gevaarstelling voor het te beschermen belang maatschappelijk onaanvaardbaar zijn.

Aantekening verdient wel dat het criterium "maatschappelijk onaanvaardbaar" dynamisch van aard is, dat wil zeggen veranderingen kan ondergaan op grond van gewijzigde maatschappelijke opvattingen.

Daarnaast zal op terreinen waar kwetsbare belangen in het geding zijn - bijvoorbeeld het milieu - wellicht eerder sprake zijn van maatschappelijk onaanvaardbare gedragingen - en dus excessen - dan op andere terreinen.

Tenslotte is ook het kennisniveau van de overtreder van belang bij het bepalen van de maatschappelijke onaanvaardbaarheid; aldus kunnen bijvoorbeeld gedragingen in de uitoefening van beroep en bedrijf eerder als excessen worden beschouwd dan gedragingen van particulieren.

Mede gezien het bovenstaande is het van belang zorgplichtbepalingen zo specifiek mogelijk te redigeren. Naarmate zorgplichtbepalingen algemener zijn geformuleerd, is immers de kans groter dat daaronder niet alleen excessen, maar ook minder ernstige overtredingen vallen.

De invoering van een zorgplichtbepaling komt pas dan in aanmerking, indien het niet mogelijk is om de betreffende gedragingen te voorkomen door specifieke strafbepalingen. Daarbij valt te denken aan bepalingen in formele wetgeving of AMvB's, maar ook aan strafbepalingen in verordeningen van lagere overheden.

In par. 5.2. werd reeds aangegeven, dat indien aanvankelijk onvoorziene omstandigheden zich nadien vaker blijken voor te doen, veelal alsnog een specifieke regeling getroffen kan worden; zie het aldaar gegeven voorbeeld van het "kabelbranden".

Zorgplichtbepalingen zijn met andere woorden vooral geïndiceerd met het oog op incidenteel voorkomende excessen. Daarbij moet steeds de vraag worden gesteld of deze incidentele voorvallen maatschappelijk zo ongewenst zijn, dat daarvoor een strafrechtelijk te sanctioneren zorgplichtbepaling noodzakelijk en aanvaardbaar is.

6.3. Duidelijkheid en inzichtelijkheid

Met de Toetsingscommissie is het kabinet van mening dat het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel o.a. met zich meebrengt dat juist strafbepalingen voor de burger voldoende duidelijk en inzichtelijk moeten zijn. Slechts indien de strafbepaling de burger voldoende duidelijk voorhoudt, van welke gedragingen hij zich heeft te onthouden, resp. welk gedrag van hem wordt verlangd, kan bij overtreding van deze bepaling ook sprake zijn van een rechtens relevant verwijt als voorwaarde voor strafoplegging: de burger kan dan worden aangerekend dat hij wist, of althans kon en behoorde te weten dat hij in overtreding was.

Bij de beoordeling of een met straf bedreigde zorgplichtbepaling voldoende inzichtelijk is speelt een aantal factoren een rol:

* Allereerst is de reikwijdte en mate van detaillering van de bepaling zelf van belang.

Bepalingen die min of meer gedetailleerd de verboden gedraging(en) omschrijven [20], zijn inzichtelijker dan bepalingen die - zoals sommige zorgplichten - ieder gevaarzettend gedrag met betrekking tot het wettelijk beschermde belang verbieden. Nog ruimer wordt de bepaling als daarnaast ook nog in algemene termen het nemen van voorzorgs- of herstelmaatregelen verplicht wordt gesteld [21].

* Vervolgens hangt de inzichtelijkheid van zorgplichtbepalingen af van het niveau van de kennis en wetenschap bij degenen, tot wie zij zijn gericht. Daarbij is mede de maatschappelijke context, waarin de betreffende norm functioneert, van belang.

In de ordeningswetgeving, die veelal specialistisch en technisch van aard is, zullen zorgplichtbepalingen in veel gevallen het meest inzichtelijk zijn voor degenen, die werkzaam zijn in de uitoefening van beroep of bedrijf. Voor de beroeps- en bedrijfsvoering gelden veelal eisen van vakbekwaamheid, terwijl ook vaak in vergunningvoorschriften of andere regels voorschriften zijn gesteld omtrent de

20. Zie bijvoorbeeld de gedetailleerde verplichtingen, die art.12 Arbeidsomstandighedenwet aan werknemers oplegt.

21. Zoals bijvoorbeeld in art. 14 Wet Bodembescherming en in art. 2 Wet Milieugevaarlijke stoffen.

wijze van werken (inclusief scholing en instructie van het personeel). Onder die omstandigheden kan van de uitoefenaars van beroep en bedrijf een meer dan gemiddelde oplettendheid gevergd worden dat men zich van bepaalde gedragingen onthoudt, ook indien deze gedragingen niet in detail zijn omschreven, maar in een algemene zorgplichtbepaling zijn vervat. Gelet op het professionele kennisniveau mag worden verwacht dat men weet welke gedragingen toelaatbaar en niet toelaatbaar zijn.

Zorgplichtbepalingen die zich tot een ieder richten, zijn daarentegen pas inzichtelijk, wanneer omtrent de schadelijke effecten van de betreffende gedragingen een voldoende algemeen kennisniveau bestaat, dat ook bij de burgers is geïnternaliseerd. Een voorbeeld daarvan is art. 25 Wegenverkeerswet. Aangezien vrijwel iedereen dagelijks als weggebruiker aan het verkeer deelneemt en ook in het onderwijs aandacht wordt besteed aan de verkeersregels, mag van de burger verwacht worden dat hij weet, in welke situaties hij "de veiligheid van het verkeer in gevaar brengt". In de rechtspraak op basis van art. 25 WWV ziet men dan ook, dat de burger zich wat dit betreft vrijwel nooit kan disculperen, hoewel art. 25 geen concrete gedragsvoorschriften stelt.

Andere zorgplichtbepalingen die zich tot een ieder wenden, treft men aan op het terrein van milieu- en natuurbescherming. Probleem daarbij is, dat in veel gevallen de beoordeling van de vraag of bepaalde handelingen het milieu of de natuur in gevaar (kunnen) brengen, technische kennis veronderstelt: vaak is voor de gemiddelde burger niet op het eerste gezicht duidelijk of en in welke mate een schadelijk effect van zijn handelingen kan uitgaan. Daar moet wel tegenover gesteld worden, dat in de afgelopen jaren het algemene besef is toegenomen dat men ten aanzien van milieu en natuur voorzichtigheid in acht te nemen heeft en dat van veel gedragingen een (indirect) nadelig effect op het milieu of de natuur kan uitgaan. Vanuit dit besef mag van de burger eerder dan vroeger verwacht worden dat hij, ook al kan hij zelf niet in technisch opzicht de gevolgen voor milieu en natuur beoordelen, zich terzake laat informeren door deskundigen. Dan moet de burger wel reden hebben te vermoeden dat zijn handeling schadelijk kan zijn.

* Uit een oogpunt van inzichtelijkheid, maar overigens ook van strafrechtelijke verwijtbaarheid dienen tenslotte in zorgplichtbepalingen alleen die gedragingen strafbaar te worden gesteld waarvan de dader weet of redelijkerwijze had moeten weten dat zij verboden zijn. Door zorgplichtbepalingen te beperken tot die gedragingen waarvan de dader ook daadwerkelijk een verwijt gemaakt kan worden, wordt voorkomen dat het strafrechtelijk bereik van deze bepalingen te ruim uitvalt. Bovendien wordt aldus de legitimatie van een zorgplichtbepaling vergroot, aangezien deze formulering is toegespitst op daadwerkelijk strafwaardig gedrag.

De formule 'redelijkerwijze had moeten weten' verwijst naar een objectief kennisniveau; of verdachte redelijkerwijze ook deze kennis

had moeten hebben - dan wel zich had moeten laten voorlichten door deskundigen - hangt af van de maatschappelijke context.

Ook hier geldt, dat bij zorgplichtbepalingen, die zijn beperkt tot de uitoefening van beroep en bedrijf, eerder kennis omtrent de verboden gedragingen mag worden verondersteld dan bij zorgplichtbepalingen, die zich tot een ieder richten.

* Verder kan de vraag gesteld worden of in sommige gevallen de duidelijkheid en inzichtelijkheid van de norm bevorderd kan worden, doordat een zorgplicht is gerelateerd aan een nadere aanwijzing.

Zo kent de Arbeidsomstandighedenwet de mogelijkheid dat het Districtshoofd van de Arbeidsinspectie aan een werkgever een aanwijzing geeft terzake van naleving van bepalingen van de wet. De aanwijzing geeft gemotiveerd aan op welke punten het bij of krachtens de wet bepaalde onvoldoende wordt nageleefd alsmede welke maatregelen getroffen moeten worden. Ook bevat de aanwijzing een termijn binnen welke daaraan moet zijn voldaan. Overtreding van het in de aanwijzing vervatte is strafbaar.

Voordeel van dergelijke aanwijzingen, boven een algemene zorgplichtbepaling - zoals in de Arbo-wet - is dat voor de overtreder veel concreter komt vast te staan, welk gedrag van hem wordt verlangd.

De rechtszekerheid en handhaafbaarheid worden hierdoor bepaald vergroot. Dit ondanks het feit dat indien de achterliggende wettelijke bepalingen een vaag en onbepaald karakter hebben, de inhoud van de aanwijzingen, die op basis daarvan gegeven kunnen worden, niet altijd voorspelbaar is. Teneinde de duidelijkheid en inzichtelijkheid te dienen zouden derhalve de achterliggende wettelijke bepalingen reeds zo specifiek mogelijk moeten zijn geredigeerd. Is dit het geval, dan bestaat overigens navenant minder behoefte aan het geven van nadere aanwijzingen.

* Tenslotte kan nog een specifiek probleem met betrekking tot duidelijkheid en inzichtelijkheid ontstaan bij de implementatie van EG-regelgeving. Soms treft men in EG-richtlijnen zeer algemeen omschreven gedragsvoorschriften voor de burger aan [22], die in nationale regelgeving moeten worden geïmplementeerd.

Er kan dan een spanningsveld ontstaan tussen enerzijds de wens om de nationale voorschriften zo inzichtelijk mogelijk te redigeren, en anderzijds de verplichting om de EG-richtlijn volledig te implementeren. Naarmate men de nationale voorschriften meer toespitst op specifieke gedragingen, kunnen bij de implementatie lacunes ontstaan.

Dan zullen algemene (zorgplicht)bepalingen niet altijd te vermijden zijn.

22. Bijvoorbeeld artikel 3 van de richtlijn nr. 82/501/EEG dd. 24 juni 1982 inzake risico's van zware ongevallen bij bepaalde industriële activiteiten, (PbEG L 230).

6.4. Strafrechtelijke handhaafbaarheid

Evenals de Toetsingscommissie ziet het kabinet de veelal beperkte strafrechtelijke handhaafbaarheid als een bezwaar van zorgplichtbepalingen. Door het vage en onbestemde karakter van zorgplichtbepalingen bestaat niet alleen bij de burger onduidelijkheid over de precieze inhoud van het wel en niet toegelaten gedrag, maar kan dit, in het verlengde daarvan, ook voor opsporingsambtenaren en het Openbaar Ministerie problemen opleveren om in een strafzaak genoegzaam bewijs te verzamelen, resp. te leveren van de overtreding van een zorgplichtbepaling.

Weliswaar heeft enkele malen een veroordeling wegens overtreding van een zorgplichtbepaling plaatsgevonden [23]. In de praktijk wordt evenwel slechts af en toe op basis van zorgplichtbepalingen vervolgd; wel vindt regelmatig transactie plaats op basis van zorgplichtbepalingen [24].

6.5. De artikelen 173a en 173b Wetboek van Strafrecht

De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten heeft geadviseerd te onderzoeken of de artt. 173a en 173b in de praktijk reeds als algemene excesbepalingen voor schadelijke milieuhandelingen functioneren; zo niet, dan zou uitbreiding van deze artikelen tot "ernstige milieubedreigingen" te overwegen zijn.

Aan dit voorstel ligt een voorvraag ten grondslag: is uitbreiding van de artikelen 173a en 173b tot ernstige milieubedreigingen noodzakelijk voor een effectieve aanpak van ernstige milieudelicten? Het kabinet is van oordeel dat er thans nog onvoldoende aanleiding is om die voorvraag ontkennend te beantwoorden. De bepalingen zijn nog te kort van kracht om conclusies te kunnen verbinden aan het feit dat ze in de praktijk nog weinig zijn toegepast. Bovendien is van betekenis dat blijkens de MvT [25] ook gevallen van ernstige bodemverontreiniging, waarbij het gevaar voor de openbare gezondheid zich mogelijk eerst op lange termijn verwezenlijkt, reeds door de artikelen 173a en 173b worden bestreken. Nog niet is gebleken dat de rechtspraak deze gevallen niet onder de artikelen 173a en 173b begrijpt.

-
23. Zie HR 13 april 1976, NJ 1976, 425 en Rb. Den Bosch 25 juli 1983, Milieu en Recht 1987/7, waarbij het ging om overtreding van art. 13 lid 3 Bestrijdingsmiddelenwet; een veroordeling op basis van art. 14 Wet Bodembescherming vond plaats bij vonnis van de Rb. Amsterdam dd. 29 maart 1990, Milieu en Recht 1990/9, no. 58.
 24. Zo worden in het arrondissement Amsterdam jaarlijks ongeveer 250 overtredingen van artikel 14 Wet Bodembescherming getransigeerd.
 25. Bijl. Hand.II, 1984-1985, 19 020, nr. 3, blz.8.

Op grond van het bovenstaande ziet het kabinet vooralsnog onvoldoende aanleiding voor een onderzoek naar uitbreiding van de artikelen 173a en 173b. In het kader van de behandeling van het wetsvoorstel vergunningen en algemene regels ter uitbreiding van de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne is door de Minister van VROM een wetsvoorstel inzake de verbetering van het milieuhandhavingsinstrumentarium aangekondigd.[26] Bij de totstandbrenging van dit wetsvoorstel zal in een breder perspectief onder meer het advies van de Toetsingscommissie ten aanzien van de artikelen 173a en 173b worden betrokken.

7. CRITERIA VOOR HET GEBRUIK VAN ZORGPLICHTBEPALINGEN

Op basis van de bovenstaande beschouwingen over civielrechtelijke, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke aspecten van zorgplichtbepalingen (par. 4 t/m 6) kunnen, in het algemeen gesproken, de volgende criteria voor het gebruik van dergelijke bepalingen worden geformuleerd.

Deze criteria hebben in eerste instantie betekenis bij het ontwerpen van nieuwe regelgeving. Aan de hand daarvan kan worden bezien of een zorgplichtbepaling noodzakelijk is, dan wel daarvoor wellicht een alternatief gevonden kan worden.

Daarnaast kunnen de toetsingscriteria, waar gewenst, ook dienen voor het (her)lijken van bestaande regelgeving, waarin zorgplichtbepalingen zijn opgenomen.

De bedoeling van deze toetsingscriteria is om na te gaan of bestaande of te concipiëren zorgplichtbepalingen nodig zijn. Daarbij wordt - op voet van de Aanwijzingen voor de regelgeving - getoetst of in het door de zorgplichtbepaling te beschermen belang in voldoende mate kan worden voorzien:

- op andere wijze dan door normstelling (A) of
- door andere normstelling (B) en de handhaving daarvan (C) of
- door een zorgplichtbepaling (B) en de handhaving daarvan (C).

A. Belang

- I. Wat is het door de zorgplichtbepaling te beschermen belang? Daarbij zijn in het bijzonder te betrekken de onder I.1. en I.2. geformuleerde vragen.
- I.1. Wat is de doelstelling die wordt nagestreefd?
- I.2. Is effectuering van de doelstelling ook op andere wijze dan door normstelling en repressie te verwezenlijken? Bijvoor-

26. TK 1990-1991, 21 087, nr. 13.

beeld door voorlichting, educatie, technische middelen of zelfregulering?

B. Normstelling

II. Kan in de bescherming van het betrokken belang door andere normstellingen worden voorzien of is dat zelfs reeds het geval (bijv. art. 6:162 BW, artt. 173a en 173b Sr., bepalingen in bijzondere wetten of lagere regelingen)? Daarbij zijn in het bijzonder te betrekken de onder II.1. en II.2. geformuleerde vragen.

II.1. Wie zijn de (beoogde) normadressaten?

II.2. Wie zijn de gelaedeerden (incl. belangenorganisaties en overheid)?

C. Handhaving

III. Kan handhaving van andere regelgeving dan zorgplichten met betrekking tot het te beschermen belang in voldoende mate worden gerealiseerd?

Daarbij zijn in het bijzonder te betrekken de onder III.1 t/m III.5. geformuleerde vragen. Deze vragen komen ook aan de orde bij negatieve beantwoording van vraag II.

III.1. Biedt art. 6:162 BW voldoende mogelijkheden voor de gewenste civielrechtelijke handhaving? Heeft een zorgplichtbepaling in het kader van de gebruikmaking van de civielrechtelijke mogelijkheden een relevante toegevoegde functie?

III.2. Zijn er omstandigheden, bijvoorbeeld het gewenste niveau van rechtshandhaving of de aard van het te beschermen belang, die reden geven tot (aanvullende) bestuursrechtelijke handhaving?

III.3. Zo ja (en ook bij negatieve beantwoording van vraag III.1), is bestuursrechtelijke handhaving aangewezen en kan het bestuur ook daadwerkelijk het gewenste handhavingsniveau bereiken?

Heeft de zorgplichtbepaling daarbij een relevante toegevoegde functie, gelet op alternatieven als:

- regulering door middel van een vergunningstelsel (inclusief de aan de vergunningen verbonden voorschriften)

- regulering door middel van meer specifieke ge- of verboden, al dan niet gevolgd door waarschuwingen of aanwijzingen.

Daarbij dienen te worden betrokken:

- de redactie van de zorgplichtbepaling [27]
- reële mogelijkheden tot opsporing en sanctionering

III.4 Zijn er omstandigheden, bijvoorbeeld het gewenste niveau van rechtshandhaving of de aard van het te beschermen belang, de ernst van de norm of de preventieve werking van een strafbaarstelling, die reden geven tot (aanvullende) strafrechtelijke handhaving?

III.5. Zo ja (en ook bij negatieve beantwoording van de vragen III.1. en III.3.) is strafrechtelijke handhaving verantwoord, nodig en nuttig en is de zorgplichtbepaling daarbij als vangnetbepaling met het oog op excessen [28] aangewezen? Daarbij dienen te worden betrokken:

- de redactie van de zorgplichtbepaling
- reële mogelijkheden tot opsporing en sanctionering

D. Conclusie, aan de hand van de bovenstaande vragen

27. De zorgplicht moet zodanig nauwkeurig zijn geredigeerd dat zij voldoende inzicht biedt in het verboden/voorgeschreven gedrag (legaliteitsbeginsel). Verwezen wordt naar par. 6.3.

28. Zie par. 6.2.