

ANNOTATIE

Overheidsaansprakelijkheid voor dodelijk schietincident in Irak: aansluiting bij het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid?

mr. Y. Bosschaart

Annotatie bij Rechtbank Den Haag, 20-11-2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12231 (PS-2019-1310)

In een uitspraak van 20 november 2019 oordeelt de Rechtbank Den Haag over de aansprakelijkheid van de Staat voor de schade die eiser lijdt als gevolg van het overlijden van zijn zoon bij een schietincident in Irak. Het overlijden van de zoon van eiser kan (mede) veroorzaakt zijn door het niet-onrechtmatige geweld van de Nederlandse luitenant waaruit geen aansprakelijkheid van de Staat voortvloeit, of door het onrechtmatige geweld van militairen van het Iraqi Civil Defense Corps waarvoor de Staat wel aansprakelijk is. De rechtbank overweegt aansluiting te zoeken bij het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. In deze annotatie staat de vraag centraal of de onderhavige zaak zich leent voor toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid.

1. Inleiding

In een uitspraak van 20 november 2019 oordeelt de Rechtbank Den Haag over de aansprakelijkheid van de Staat voor de schade die eiser lijdt als gevolg van het overlijden van zijn zoon bij een schietincident in Irak. Het overlijden van de zoon van eiser kan (mede) veroorzaakt zijn door het niet-onrechtmatige geweld van de Nederlandse luitenant waaruit geen aansprakelijkheid van de Staat voortvloeit, of door het onrechtmatige geweld van militairen van het *Iraqi Civil Defense Corps* (hierna: ICDC) waarvoor de Staat wel aansprakelijk is. De rechtbank overweegt aansluiting te zoeken bij het leerstuk van proportionele

aansprakelijkheid. In deze annotatie wordt achtereenvolgens ingegaan op de feiten, het geschil, het toetsingskader, het oordeel van de Rechtbank Den Haag en de vraag of de onderhavige zaak zich leent voor toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid.

2. De feiten

De zoon van eiser is op 21 april 2004 overleden aan zijn verwondingen als gevolg van een schietincident in Irak. Hij bevond zich als passagier in een Mercedes Benz die onder vuur werd genomen bij een controlepost nabij de stad Ar Rumaythah in de provincie Al Muthanna. Kort daarvoor had bij dezelfde controlepost reeds een ander schietincident plaatsgevonden. Bij dat schietincident is niemand gewond geraakt. Nadat dit eerste schietincident aan de SFIR-basis was gerapporteerd, is een patrouille van zes Nederlandse militairen onder leiding van luitenant A uitgezonden naar de controlepost. Ongeveer een kwartier nadat de Nederlandse militairen bij de controlepost waren gearriveerd, is de Mercedes Benz waarin de zoon van eiser zich bevond, beschoten, terwijl deze met hoge snelheid de controlepost naderde. De controlepost was niet aangegeven met waarschuwborden. Van de Nederlandse militairen heeft alleen luitenant A in de richting van de Mercedes Benz gevuurd. In het kader van het naar aanleiding van dit schietincident uitgevoerde onderzoek is door Nederlandse militairen verklaard dat één of meer ICDC'ers hebben geschoten. Een aantal ICDC'ers heeft verklaard niet te hebben geschoten en de rest van de ICDC'ers heeft zich hierover niet uitgelaten. Eiser heeft op 6 oktober 2008 een klacht ingediend bij het EHRM. Het EHRM heeft geoordeeld dat sprake is van een schending van artikel 2 EVRM, omdat onvoldoende adequaat onderzoek is verricht naar de omstandigheden rondom het overlijden van de zoon van eiser. Zo zijn enkele relevante vragen, zoals de vraag of het gebruik van geweld voldeed aan het proportionaliteitsvereiste, niet beantwoord. Ook zijn enkele relevante stukken, waaronder verklaringen van ICDC'ers die ten tijde van het schietincident de controlepost bewaakten en een lijst van namen van ICDC'ers die hun wapens gebruikt hebben, (aanvankelijk) niet aan het dossier toegevoegd, voldeed het autopsierapport niet aan de daaraan te stellen eisen en zijn de kogelresten die zich in het lichaam van de zoon van eiser bevonden, verloren gegaan, terwijl deze mogelijk belangrijk bewijsmateriaal vormden.

3. Het geschil

Eiser heeft de Staat bij brief van 25 augustus 2015 aansprakelijk gesteld voor de schade die hij heeft geleden en nog zal lijden als gevolg van het overlijden van zijn zoon. De Staat heeft de aansprakelijkheid afgewezen. In de onderhavige procedure vordert eiser (i) voor recht te verklaren dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens zijn zoon en/of jegens hemzelf en dientengevolge jegens eiser aansprakelijk is voor de door hem geleden en nog te lijden schade

als gevolg van de onrechtmatige gedragingen van de Staat, (ii) de Staat te veroordelen tot vergoeding van de door hem geleden materiële schade, bestaande uit de kosten van lijkbezorging en het gederfd levensonderhoud, nader op te maken bij staat, (iii) de Staat te veroordelen tot vergoeding van de immateriële schade van eiser ter hoogte van € 20.000 en (iv) de Staat te veroordelen in de kosten van het geding. Eiser stelt dat luitenant A heeft gehandeld in strijd met de toepasselijke geweldsinstructies, nu deze ten onrechte geen waarschuwingsprocedure heeft gevolgd voordat hij het vuur heeft geopend en disproportioneel heeft gehandeld. Voor het onrechtmatige geweldsgebruik van luitenant A is de Staat aansprakelijk. Indien zou worden vastgesteld dat een van de ICDC'ers het dodelijke schot heeft gelost of niet kan worden vastgesteld wie het dodelijke schot heeft gelost, is de ook Staat aansprakelijk, omdat de ICDC'ers onder het commando van de Nederlandse militairen stonden. De ICDC'ers kunnen niet een op goede gronden gebaseerde, oprechte overtuiging hebben gehad dat er sprake was van een gewapende aanval en derhalve van een noodzaak tot zelfverdediging, aangezien er niet is geschoten voordat zij het vuur openden. Ten aanzien van de schade stelt eiser dat zijn zoon binnen het gezin de enige was die een vast inkomen genoot en dat als gevolg van het overlijden van zijn zoon sprake is van gederfd levensonderhoud. Verder vordert eiser een vergoeding voor de door hem geleden immateriële schade als gevolg van de schending van artikel 2 EVRM. De Staat stelt dat luitenant A ten tijde van het incident op goede gronden in de oprechte veronderstelling verkeerde dat er vanuit de Mercedes Benz werd geschoten. Dat die veronderstelling achteraf onjuist is gebleken, maakt het handelen van luitenant A niet onrechtmatig. Verder heeft luitenant A niet disproportioneel gehandeld. Hij is immers gestopt met schieten zodra de Mercedes Benz was gestopt. De Staat betwist dat hij aansprakelijk is voor het gewapend optreden van de ICDC'ers, aangezien er tussen de Nederlandse militairen en de ICDC'ers geen formele hiërarchie bestond. Bovendien was het handelen van de ICDC'ers niet onrechtmatig, nu (ook) zij mochten aannemen dat sprake was van een vijandige daad. Ten slotte stelt de Staat dat de mogelijkheid van schade niet aannemelijk is gemaakt en dat de immateriële schade van eiser op grond van het Nederlandse burgerlijk recht niet voor vergoeding in aanmerking komt.

4. Het toetsingskader

Door de rechtbank dient te worden beoordeeld of sprake is van een schending van artikel 2 EVRM. De rechter dient derhalve vast te stellen of het gebruik van geweld absoluut noodzakelijk was in de zin van artikel 2 lid 2 EVRM. Daarbij geldt dat het geweld in een strikt proportionele verhouding moet staan tot het behalen van de toegestane doelen van dat geweld, waaronder de verdediging tegen onrechtmatig geweld. De rechter dient bij de toetsing van het geweldsgebruik rekening te houden met het juridisch kader waarbinnen degenen die het geweld hebben uitgevoerd opereerden, waaronder de geweldsinstructies. De rechter dient

geen onrealistisch hoge eisen te stellen aan het optreden van degenen die geweld hebben gebruikt en dient er rekening mee te houden dat zij in het heetst van de strijd hebben moeten opereren. Onder omstandigheden kan zelfs dodelijk geweld gerechtvaardigd zijn. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat daar sprake van kan zijn wanneer degene die het geweld heeft gebruikt op goede gronden in de oprechte veronderstelling verkeerde dat sprake was van een noodzaak tot zelfverdediging (EHRM 27 september 1995, 128984/91 (*Mc Cann e.a./Het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 9 oktober 1997, 25052/94 (*Andronicou en Constantinou/Cyprus*)). Het gaat daarbij om de subjectieve beleving van degene die het geweld heeft gebruikt. Objectieve feiten en omstandigheden vormen wel een relevante factor bij het beantwoorden van de vraag of de subjectieve overtuiging oprecht was en op goede gronden gebaseerd was. Indien de rechtbank tot de conclusie komt dat sprake is van een schending van artikel 2 EVRM, is sprake van onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:162 BW. Wanneer ook aan de andere in artikel 6:162 en 6:163 BW neergelegde vereisten is voldaan, is de Staat aansprakelijk en schadeplichtig jegens eiser.

5. Het oordeel van de rechtbank

De rechtbank komt tot de conclusie dat wel kan worden vastgesteld dat naast luitenant A ook één of meer ICDC'ers op de Mercedes-Benz hebben geschoten, maar dat niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld of het overlijden van de zoon van eiser (mede) het gevolg is van het geweldsgebruik van luitenant A of dat van de ICDC'ers (r.o. 4.5.1). Naar het oordeel van de rechtbank heeft luitenant A niet onrechtmatig gehandeld, nu deze heeft gehandeld vanuit de oprechte overtuiging dat vanuit de Mercedes Benz gevuld werd en er geen sprake is van disproportioneel geweldsgebruik (r.o. 4.5.2). De rechtbank oordeelt dat, indien het overlijden van de zoon van eiser het gevolg is van geweldsgebruik door de ICDC'ers, wel sprake is van onrechtmatig handelen en dat dit handelen aan de Staat kan worden toegerekend. De ICDC'ers kunnen immers niet een op goede gronden gebaseerde, oprechte overtuiging hebben gehad dat er vanuit de Mercedes Benz werd geschoten, aangezien het vuur door een ICDC'er is geopend (r.o. 4.5.3). De rechtbank concludeert dat niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld of er sprake is van een causaal verband tussen het gebruik van geweld van de ICDC'ers en het overlijden van de zoon van eiser. De rechtbank acht de kans dat dit causaal verband aanwezig is niet zeer klein, maar ook niet zeer groot (r.o. 4.37). De rechtbank overweegt aansluiting te zoeken bij het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid en acht hierbij van belang dat de Staat door het schenden van zijn onderzoeksplicht zelf heeft bijgedragen aan het (voort)bestaan van de onduidelijkheid over de precieze toedracht van het schietincident en de doodsoorzaak van de zoon van eiser (r.o. 4.37). Partijen worden door de rechtbank in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over de vraag of het passend is aansluiting te zoeken bij het leerstuk van proportionele

aansprakelijkheid en over de hoogte van het door de Staat te vergoeden percentage van de schade als de weg van proportionele aansprakelijkheid zou worden gevolgd.

6. Het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid

Het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid is bedoeld om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio sine qua non*-verband tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*)). Deze benadering is niet beperkt tot werkgeversaansprakelijkheid. Ook in andere gevallen kan het redelijker zijn de onzekerheid over het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade over partijen te verdelen dan deze onzekerheid volledig voor risico van de benadeelde te laten komen. Omdat toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid het risico meebrengt dat een partij aansprakelijk wordt gehouden voor schade die hij niet (op onrechtmatige wijze) heeft veroorzaakt, is terughoudendheid bij de toepassing geboden. Voor toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid bestaat voornamelijk aanleiding wanneer een niet zeer kleine kans bestaat dat het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de geleden schade aanwezig is en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending (waaronder ook de aard van de door de benadeelde geleden schade) de toepassing van het leerstuk rechtvaardigen (HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*)).

7. Aansluiting bij het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid in de onderhavige zaak

De verwijzing door de Hoge Raad naar de aan artikel 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten brengt niet mee dat dit artikel rechtstreeks of overeenkomstig van toepassing is wanneer het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid wordt toegepast (HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, *NJ* 2013/236, m.nt. S.D. Lindenbergh). Ook in gevallen waarin geen sprake is van eigen schuld – zoals in de onderhavige zaak – kan aansluiting worden gezocht bij dit leerstuk. In de onderhavige zaak kan de schade zijn veroorzaakt door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, namelijk het handelen van de ICDC'ers, of door het handelen van luitenant A. Aangezien het handelen van luitenant A niet onrechtmatig is geweest en de Staat voor dit handelen dan ook niet aansprakelijk kan zijn, kan dit handelen de facto worden aangemerkt als een omstandigheid die voor risico van de

benadeelde dient te blijven. Ik acht het dan ook mogelijk dat in de onderhavige zaak aansluiting wordt gezocht bij het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. Aangezien in de onderhavige zaak een niet zeer kleine kans bestaat dat de schade is veroorzaakt door het handelen van de ICDC'ers – voor welk onrechtmatig handelen de Staat aansprakelijk is – en de schending van de onderzoeksplicht door de Staat heeft bijgedragen aan het voortbestaan van de onduidelijkheid over de precieze toedracht van het schietincident en de doodsoorzaak van de zoon van eiser, is het mijns inziens redelijker de onzekerheid over het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade over partijen te verdelen dan deze onzekerheid volledig voor risico van eiser te laten komen. Ook de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade rechtvaardigen mijns inziens toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. Ten aanzien van de normschending heeft de rechtbank vastgesteld dat sprake is van geweldsgebruik in strijd met artikel 2 EVRM. De ICDC'ers kunnen immers niet een op goede gronden gebaseerde, oprechte overtuiging hebben gehad dat er sprake was van een gewapende aanval en derhalve van een noodzaak tot zelfverdediging. De geschonden norm (art. 2 EVRM) strekt tot bescherming van een fundamenteel recht, namelijk het recht op leven. Ook de aard van de door eiser als gevolg van het overlijden van zijn zoon geleden en nog te lijden schade, te weten overlijdensschade, rechtvaardigt toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. Indien de rechtbank daadwerkelijk overgaat tot toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, dient de rechtbank dit oordeel wel uitgebreid te motiveren (zie bijv. HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, *NJ 2013/236*, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Nationale Nederlanden/S en L*)). De rechtbank dient dan een gemotiveerde schatting te maken van de kans dat de schade is veroorzaakt door het onrechtmatig geweld van de ICDC'ers waarvoor de Staat aansprakelijk is.