

# Aansprakelijkheid na een nalaten

Een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid  
wegens nalaten, in het bijzonder van toezichthouders

door

Mr. I. Giesen

*Universitair hoofddocent bij het Departement Privaatrecht  
en het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg*

Studiekring 'Prof.mr. J. Offerhaus', nieuwe reeks nr. 8

---

KLUWER – DEVENTER – 2004

ISBN 90 13 01200 0  
NUR 822-201

© 2004, I. Giesen, Amsterdam/Tilburg

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden veeveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3060, 2130 KB).

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

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer B.V., gedeponceerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Een exemplaar van deze voorwaarden zal op eerste verzoek gratis worden toegezonden.

# Inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>Vooraf: nalaten, aansprakelijkheid en toezicht</b>	<b>1</b>
1.1	Inleiding: moeilijkheden met nalaten	1
1.2	Probleemstelling en plan van behandeling	2
<b>2</b>	<b>Wat is toezicht?</b>	<b>3</b>
2.1	Een aantal voorbeelden	3
2.2	Een ‘modelmatige’ (voorlopige) schets van wat toezicht zou kunnen zijn	3
2.3	Twee andere aspecten: taken van toezichthouders en vormen van toezicht	5
<b>3</b>	<b>Een globale omschrijving van aansprakelijkheid wegens nalaten</b>	<b>6</b>
<b>4</b>	<b>Aansprakelijkheid wegens nalaten veronderstelt een plicht tot handelen</b>	<b>8</b>
4.1	Inleiding	8
4.2	De ‘duty of care’ in Engeland bij ‘omissions’	8
4.3	De ‘affirmative duty’ in de Verenigde Staten van Amerika	12
4.4	De aansprakelijkheid wegens nalaten in Nederland	16
4.5	De argumenten voor en tegen aansprakelijkheid	19
4.6	Toegift (1): het Europese privaatrecht	22
4.7	Toegift (2): het EVRM	24
<b>5</b>	<b>Concluderende beschouwingen</b>	<b>25</b>
5.1	Nalaten dient niet anders behandeld te worden	25
5.2	Afronding en een korte vooruitblik	26
	<b>Lijst van verkort aangehaalde literatuur</b>	<b>28</b>

# 1 Vooraf: nalaten, aansprakelijkheid en toezicht

## 1.1 Inleiding: moeilijkheden met nalaten<sup>1</sup>

Toezicht en de eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders, mag zich de laatste tijd in een groeiende belangstelling verheugen.<sup>2</sup> Gezien het toenemend beroep op en belang van toezicht, én het groeiend besef dat bij het uitoefenen van toezicht van alles mis kan gaan (in trefwoorden: *VOLENDAM*, *ENSCHEDÉ*, *VIE D'OR*, en in een iets verder verwijderd verband: *ENRON* en *AHOLD*), is dat ook niet verwonderlijk.

Eén van de aspecten die van belang zijn bij de bestudering van de regels van het aansprakelijkheidsrecht als het om toezicht gaat, is dat het in de gevallen waarin een toezichthouder aangesproken wordt, vaak om een *nalaten* van die toezichthouder gaat.<sup>3</sup> De toezichthouder had moeten ingrijpen en heeft dat niet gedaan. Hij heeft een bepaalde bevoegdheid niet gebruikt waar dat wel kon, heeft bepaalde voorzorgsmaatregelen niet genomen waar dat nodig was, heeft niet gewaarschuwd voor gevaren waar dat gewenst zou zijn, et cetera. Aansprakelijkheid van toezichthouders is dus direct gekoppeld aan het meer algemene vraagstuk van (delictuele) aansprakelijkheid wegens nalaten.<sup>4</sup>

Dat de eventuele aansprakelijkheid van een toezichthouder regelmatig een aansprakelijkheid voor nalaten zal zijn, brengt specifieke problemen met zich die samenhangen met dat leerstuk als zodanig. Dat ligt dan ten eerste hieraan dat deze vorm van aansprakelijkheid naar Nederlands recht, in verhouding tot aansprakelijkheid voor 'gewone' handelingen, minder aandacht krijgt en gekregen heeft.<sup>5</sup> Dat de aansprakelijkheid er een voor nalaten is, kan in de tweede plaats van belang zijn omdat het hier gaat om een nalaten een schadeveroorzakende toestand te corrigeren. De (causale) bijdrage aan de uiteindelijke schade van de toezichthouder lijkt daarmee gering, in elk geval in vergelijking tot de bijdrage van degene die de schadeveroorzakende toestand in het leven riep<sup>6</sup>, zodat de rechtvaardiging voor aansprakelijkheid niet steeds direct in

1. De navolgende tekst werd in verkorte vorm uitgesproken tijdens de voorjaarsvergadering van de 'STUDIEKRING PROF.MR. J. OFFERHAUS' op 20 mei 2003 te Amsterdam. Dit onderzoek (dat werd afgerond in juni 2003) werd uitgevoerd in het kader van een door NWO aan de auteur verstrekte Persoonsgerichte Postdoc Subsidie (PPS) voor het onderzoeksproject 'AANSPRAKELIJKHEID EN TOEZICHT' en vormt een van de voorlopige resultaten van dat project. De auteur dankt WILLEM VAN BOOM, MARCO LOOS, JEROEN KORTMANN en het bestuur en de leden van de OFFERHAUS-KRING voor hun kritische commentaar op een eerdere versie en hun bijdrage aan de discussie.
2. Ik wijs bijvoorbeeld op Van Rossum 2001; Van Dijk, NTBR 2003, en Van Boom & Giesen, NJB 2001.
3. Zie Giesen, AV&S 2002, p. 103-105, en over aansprakelijkheid wegens nalaten in algemene zin natuurlijk Van Dam 1995.
4. Ik zal in deze bijdrage alleen ingaan op de buitencantractuele aansprakelijkheid van toezichthouders, eventuele cantractuele aanspraken laat ik in beginsel rusten.
5. Uiteraard bestaan er belangrijke uitzonderingen, waarvan ik hier met name Van Dam 1995 noem, die aldaar op p. 40 hetzelfde constateert. De kwestie van het causale verband bij nalaten blijft hier buiten beschouwing, zie nader Cane 1999, p. 63; Van Schellen 1972, p. 167 e.v.; Wolfsbergen 1946, p. 19-20.
6. Het kan daarbij natuurlijk ook weer om een 'nalaten' gaan.

het oog springt. Het gaat hier zodoende veelal om de aansprakelijkheid van een zogenaamde ‘peripheral tortfeasor’ (een ‘zijdelingse laedens’), een vorm van afgeleide aansprakelijkheid<sup>7</sup> die pas recent aan een opmars in Nederland is begonnen.<sup>8</sup>

Tegelijkertijd lijkt, in elk geval in een aantal rechtsstelsels, het idee te bestaan dat aansprakelijkheid wegens nalaten in zijn algemeenheid met de nodige terughoudendheid beoordeeld zou moeten worden<sup>9</sup>, bijvoorbeeld omdat aanvaarding van aansprakelijkheid ook betekent dat er een plicht tot handelen aanvaard moet worden. Die aansprakelijkheid zou daarom minder snel geaccepteerd (mogen) worden, dan wel minder ver (mogen) strekken.

## 1.2 Probleemstelling en plan van behandeling

De vraag die ik in het navolgende zal trachten te beantwoorden, is hoe naar huidig Nederlands recht de aansprakelijkheid wegens nalaten benaderd wordt en zou moeten worden. Wordt bij deze vorm van aansprakelijkheid terughoudendheid betracht of niet en zou dat al dan niet zo moeten zijn? Daarbij zal ik met name ingaan op de argumenten die voor of tegen een dergelijke terughoudendheid aangevoerd (kunnen) worden. Die argumenten put ik met name uit het Engelse en Amerikaanse recht omdat men daar vrij expliciet op die argumenten in gaat.<sup>10</sup> Een en ander wordt waar en voorzover mogelijk toegespitst op de situatie van toezichthouders. Zo zal dus ook de vraag aan bod komen wat het gevolg is van dit alles voor de aansprakelijkheid van toezichthouders.

Het zal niet verbazen dat veel van wat hierna aan bod komt, steunt én voortbouwt op het belangrijke en nog steeds actuele preadvies van VAN DAM uit 1995. Ik heb daarvan dan ook dankbaar gebruik gemaakt. Anders dan VAN DAM, die zich met name richtte op ‘de verplichtingen om te doen die kunnen worden gebaseerd op het ongeschreven recht’<sup>11</sup>, ligt hier de nadruk op de argumenten die voor of tegen aansprakelijkheid wegens nalaten pleiten, op de weging van die argumenten en op de specifieke positie van toezichthouders voorzover het over nalaten gaat.

De opbouw van deze bijdrage ziet er verder als volgt uit. Omdat dit onderzoek uiteindelijk gaat over de aansprakelijkheid van toezichthouders, dient ten eerste kort stil gestaan te worden bij wat onder toezicht moet of kan worden verstaan. Ik doe dat in § 2. Vervolgens komt de aansprakelijkheid wegens nalaten aan bod, beginnend met een meer algemene omschrijving van het probleem in § 3. Daarna ga ik in § 4 specifiek in op het Engelse, Amerikaanse en Nederlandse recht, waarbij de aandacht

7. Ik kan daarop in deze bijdrage niet nader ingaan, zie Giesen, AV&S 2002, p. 105 e.v.

8. Zie bijvoorbeeld Giesen 2003, p. 329-330, en Van Boom 1997, waaruit blijkt dat bestudering van het Engelse en Amerikaanse recht op dit stuk zinvol kan zijn.

9. Zie § 3 hierna; Honoré 1999, p. 42; Deutsch 1995, Rdn. 40, en Lord Hoffmann in *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 819, geciteerd in § 4.2.

10. Daarmee is meteen de eerste reden gegeven waarom ik die twee stelsels bespreek naast het Nederlandse recht. De andere reden is gelegen in de andere (terughoudende) benadering van het leerstuk die aldaar de heersende leer is.

11. Van Dam 1995, p. 2.

met name gericht zal worden op de achterliggende argumenten voor of tegen aansprakelijkheid (en minder op 'het systeem' of 'de grondslagen voor aansprakelijkheid' op zich).<sup>12</sup> Ook het Europese privaatrecht en (de eisen voortvloeiend uit) het EVRM worden in die paragraaf kort besproken. Door middel van een aantal concluderende beschouwingen en een korte vooruitblik, sluit ik deze bijdrage af in § 5.

## 2 Wat is toezicht?<sup>13</sup>

### 2.1 Een aantal voorbeelden

'Toezichthouders' die in potentie (letsel)schade zouden kunnen 'veroorzaken' (lees: niet voorkomen dat een ander zulke schade teweegbrengt) bij een derde, zijn er in diverse soorten en maten. Het is niet doenlijk om al die (soorten van) toezichthouders apart te benoemen, maar ik denk daarbij bijvoorbeeld aan (de aan de overheid verbonden diensten als) de Inspectie voor de Gezondheidszorg, de Arbeidsinspectie, de Voedsel en Waren Autoriteit en de gevangenis, en verder aan ziekenhuizen, sportverenigingen en coaches en trainers, zwembaden en badmeesters, bejaardenhuizen, verpleeghuizen, onderwijsinstellingen, woningcorporaties, exploitanten van attracties en recreatieve voorzieningen, et cetera.<sup>14</sup>

Als min of meer 'archetypisch' voorbeeld van een vorm van toezicht die, indien gebrekkig, tot schade kan leiden, zouden die gevallen genoemd kunnen worden waarin een psychiatrische inrichting of de psychiatrische afdeling van een ziekenhuis aansprakelijk wordt gesteld omdat door beweerdelijk falend toezicht een psychiatrisch patiënt heeft kunnen 'ontsnappen' waarna die patiënt een derde (via brandstichting, vernieling, et cetera) schade berokkent.<sup>15</sup>

### 2.2 Een 'modelmatige' (voorlopige) schets van wat toezicht zou kunnen zijn

Uit de genoemde voorbeelden blijkt dat toezicht een ruim begrip is, een begrip ook

---

12. Ik kan hier, niettegenstaande de methodische wenselijkheid daarvan, geen (uitvoerige) verhandeling over de algemene uitgangspunten van, alsmede het aansprakelijkheidsrecht in, de besproken stelsels opnemen. Daarvoor verwijs ik naar de hierna aangehaalde literatuur en de algemene werken over rechtsvergelijking.

13. Deze paragraaf is ontleend aan een eerdere bijdrage van mijn hand, zie Giesen 2003, p. 312-316.

14. Wie in deze gevallen precies de eventueel verantwoordelijke (achterliggende) rechtspersoon is, en of dat in bepaalde gevallen wellicht de Staat is met alle eventuele gevolgen van dien, laat ik hier verder buiten beschouwing. Het gaat hier om de voorbeelden als zodanig.

15. Een aantal voorbeelden: HR 6-1-1989, NJ 1989, 283 (X./Sint Elisabeth's of Grootte Gasthuis); HR 12-5-1995, NJ 1996, 118 nt. JdB (t Ruige Veld/Univè); HR 16-6-2000, NJ 2000, 584 nt. CJHB (St. Willibrord/V.); Hof Arnhem 3-6-1959, NJ 1960, 188 (The White Cross Insurance Company/Het Oude en Nieuwe Gasthuis te Zutphen); Rb. Roermond 1-3-1973, NJ 1973, 309 (Materia Nova/Psychiatrisch Centrum St. Servatius); Rb. Den Haag 13-4-1983, VR 1984, 42 (Zwolsche Algemeene/W. van den Bergh Stichting); Rb. Alkmaar 14-9-1995, NJ 1996, 265 (X./Het ziekenhuis); Ktg. Wageningen 13-9-1989, VR 1990, 88 (Sluiter/Vereniging voor Christelijke Verzorging van Geestes- en Zenuwzieken). Daarnaast is het natuurlijk mogelijk dat de patiënt zichzelf schade toebrengt (zelfmoord), hetgeen dan eventueel tevens tot schade voor een derde kan leiden.

dat gemakkelijk té ruim opgevat zou kunnen worden. Daarom lijkt het verstandig te proberen om enigszins nader te bepalen wat er onder 'toezicht' en daarmee ook onder 'toezichthouder' verstaan zou moeten worden. Dat is ook juridisch gezien van belang omdat aan de bepaling van wat toezicht is, de nodige aansprakelijkheidsrechtelijke gevolgen (kunnen) kleven, zoals wij nog zullen zien.

Bij toezicht in een min of meer modelmatige variant lijken dan een aantal personen en/of instanties betrokken te zijn. Beperken wij ons tot de gevallen die in het hiernavolgende met name aan de orde zullen komen (gevallen van (letsel)schade bij een derde), dan zal er in elk geval een slachtoffer zijn. Het gaat dan om een derde ten opzichte van de relatie tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde, welke ik verder 'S' zal noemen. Deze S is het slachtoffer geworden van een handeling van de primaire, eigenlijke dader, die ik verder 'D' noem, zoals de ontsnapte psychiatrische patiënt die brand sticht. Er is echter in de gevallen van toezicht nog een partij bij de 'relatie' (in de ruime zin van het woord) 'S-D' betrokken, en dat is dan de toezichthouder, ook wel 'T'. Toezicht is dus aanwezig in die gevallen waarin er een 'relatie' S-D bestaat terwijl er nog een partij T is die de relatie S-D dient te controleren, die op die relatie of op het gedrag van D dient toe te zien. In het vervolg daarop dient T ook nog in bepaalde gevallen daadwerkelijk in te grijpen, bijvoorbeeld om juist te voorkomen dat er schade ontstaat bij S (zie hierna § 2.3), maar dan staat wel al vast dat hij toezichthouder is.

Een en ander betekent dat het *object* van het toezicht ofwel D zelf is (de toezichthouder houdt rechtstreeks toezicht op een bepaalde (rechts)persoon of instantie) ofwel de 'omgeving' waarbinnen deze D handelt, leeft, functioneert (de toezichthouder houdt toezicht op de leefomgeving van D, de randvoorwaarden waarbinnen D kan handelen). Het gedragstoezicht op bijvoorbeeld bestuurders van beleggingsinstellingen<sup>16</sup> is een voorbeeld van een geval waarin een eventuele primaire dader zelf het object van (voorafgaand) toezicht is. Het toezicht op (het tegengaan van een te zeer uitdijende) begroeiing rond een NS-station zodat criminaliteit aldaar minder kans krijgt, betreft toezicht op de omgeving van D, in dit geval de potentiële overvaller.<sup>17</sup> In dat laatste geval hoeft D dus nog geen bekend persoon te zijn. Het zal overigens geregeld voorkomen dat de beide objecten van toezicht samenlopen in die zin dat de taak van de toezichthouder niet alleen het toezicht op de persoon betreft, maar ook het toezicht op de omgeving van die persoon, de randvoorwaarden. Het toezicht op psychiatrische patiënten kan opnieuw als voorbeeld genoemd worden: de instelling dient op de patiënt te letten, doch ook op (de openheid van) het gebouw of de betreffende afdeling (dit overigens steeds met het oog op de mogelijke handelingen van de patiënt).

Er bestaan twee feitelijke situaties of gevallen die op dit moment niet in dit schema onder te brengen zijn, en dus vooralsnog niet als gevallen van toezicht bestempeld kunnen worden. Dat zijn in de eerste plaats de gevallen waarin S en D samenvallen: het slachtoffer is zelf ook de primaire 'dader'. Dader is dan degene die het gevolg

16. Zie nader over die materie Tillema, NJB 2000, p. 1198.

17. Zie Rb. Amsterdam 18-7-2001, Njkort 2001, 46 (Zuininga/Diemen).

teweegbracht, ongeacht de eventuele juridische kwalificatie van dat handelen als ‘onrechtmatig’ of als ‘eigen schuld’. Denk aan het geval waarin een leerling in ondiep water duikt en verlamd raakt.<sup>18</sup> Omdat er in dit soort gevallen echter duidelijk ook nog een ander betrokken is (T) en die persoon een controlerende, toezichthoudende rol bekleedt (in het voorbeeld is dat de badmeester of zwembadexploitant), zou ik menen dat deze categorie van gevallen (voorlopig) nog onder het hier gehanteerde begrip toezicht kan vallen.

De tweede categorie van gevallen die (nu) niet onder toezicht valt, is die waarin D en T samenvallen. Degene die (potentieel) toezichthouder is (zou kunnen zijn), is meteen ook de primaire dader. Een voorbeeld is het geval waarin een energiebedrijf de leidingen onvoldoende controleert, en een gaslek tot een explosie en schade leidt.<sup>19</sup> De gevallen in deze tweede categorie vertonen de nodige verwantschap met de wel als toezicht te beschouwen gevallen. Dat schuilt met name hierin dat het bij beide vaak gaat om gevallen van nalaten, hetgeen voor het onderwerp dat hier aan de orde is, natuurlijk zeer relevant is. Maar juist omdat D en T samenvallen, en er dus geen aparte toezichthouder is, is er hier geen sprake van toezicht in de door mij bedoelde zin.

### 2.3 Twee andere aspecten: taken van toezichthouders en vormen van toezicht

Wanneer wij spreken over toezicht, toezichthouders en hun mogelijke aansprakelijkheid, gaat het meestal om een instantie of organisatie die drie specifieke *taken* (uiteraard in onderlinge samenhang gezien) zou moeten verrichten. Het gaat dan om informatie verzamelen over een bepaalde situatie, een oordeel vormen over die situatie en zo nodig ingrijpen om een ‘misstand’ te voorkomen of op te lossen.<sup>20</sup> Een psychiatrische inrichting dient te inventariseren hoe het gesteld is met de mogelijkheden voor patiënten om zich te onttrekken aan een afdeling of de verpleging, zich een oordeel te vormen over de vraag of die situatie wenselijk en houdbaar is, en zo nodig extra maatregelen te nemen.

Een tweede aspect van toezicht dat ik hier nog wil noemen, betreft de *vormen* van (het uitoefenen van) toezicht die te onderscheiden zijn. Ingedeeld naar de aanleiding voor de uitoefening van toezicht of de maatregelen naar aanleiding van dat toezicht<sup>21</sup>, zou een onderscheid gemaakt kunnen worden in concreet toezicht en algemeen toezicht. *Concreet* toezicht is dan toezicht naar aanleiding van een melding, een waarschuwing, een aanwijzing (waarschijnlijk van S of van een omstander) dat er wellicht ergens iets mis is of iets mis dreigt te gaan. *Algemeen* toezicht betreft dan de controle van het object onder toezicht zonder dat er van een dergelijke concrete aanleiding

18. Zie Rb. Alkmaar 19-8-1982 en 9-6-1983, NJ 1984, 215 (Geervliet/Staat).

19. Zie HR 14-6-2002, NJ 2003, 428 (Interpolis/Obragas).

20. Vgl. Kamerstukken II 2000/01, 27 831, nr. 1, p. 7; Giesen, AV&S 2002, p. 98.

21. Andere indelingen zijn uiteraard ook mogelijk, zie bijvoorbeeld Van Rossum 2001, p. 12, over preventief en repressief toezicht.



sprake is. Dat dit onderscheid voor wat betreft de aansprakelijkheidsvraag van belang kan zijn, heb ik al eerder betoogd.<sup>22</sup>

### 3 Een globale omschrijving van aansprakelijkheid wegens nalaten

Een probleem bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van toezichthouders is, zo bleek al in § 1.1, dat het daarbij veelal om een nalaten gaat en niet om een doen. De toezichthouder greep niet in waar ingrijpen wel nodig was geweest. Dat bleek bijvoorbeeld in de *Vie d'Or*-zaak<sup>23</sup> waarin de toenmalige VERZEKERINGSKAMER (nu: PVK) onder andere verweten werd het beschikbare toezichtinstrumentarium niet of onvoldoende benut te hebben. Gevallen van nalaten kan men vervolgens indelen, in elk geval naar Nederlands recht, in 'zuiver' nalaten en wat ik bij gebrek aan een betere term maar als 'gewoon' nalaten bestempel. Zuiver nalaten ziet op die gevallen waarin de aangesprokene geen bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het gevaar of de risico's die uiteindelijk de schade hebben doen intreden, maar enkel de realisering van dat gevaar of risico niet heeft tegengehouden of er niet voor heeft gewaarschuwd.<sup>24</sup> Het zijn meestal de gevallen van zuiver nalaten die stof tot nadenken leveren, zodat ik mij daarmee in het vervolg met name bezig zal houden.

Dat het bij aansprakelijkheid van toezichthouders vaak om een vorm van zuiver nalaten gaat, kan met name daarom problematisch zijn omdat de aansprakelijkheid voor zuiver nalaten over het algemeen als minder verstrekkend en minder snel acceptabel dan een 'gewone' aansprakelijkheid wordt gezien, en het (daarom) in specifieke gevallen lastiger dan gewoonlijk is om vast te (kunnen) stellen dat iemand inderdaad aansprakelijk is.

Om met dat tweede aspect te beginnen. Meestal drukt men het zo uit dat aansprakelijkheid wegens nalaten alleen mogelijk is als er een plicht tot handelen bestond en die plicht geschonden werd.<sup>25</sup> Of er voor de 'dader' een plicht tot handelen bestond, is echter veelal moeilijk te bepalen. Indien een specifieke (wettelijke) regeling tot handelen dwingt, zal er geen probleem rijzen<sup>26</sup>, maar buiten die gevallen zal dat wel het geval zijn. Immers, hoe kan men binnen de diepgewortelde kaders van de individuele handelings-, bewegings- en contractsvrijheid zoals die in onze maatschappij hun belangrijke rol vervullen, zeggen dat een ander iets moet of had moeten doen?<sup>27</sup>

22. Zie Giesen 2003, p. 321 en 328.

23. Zie Rb. Den Haag 13-6-2001, JOR 2001, 215 (*Vie d'Or*/PVK), m.n. r.o. 3.19, en daarover Giesen, AV&S 2002, en Van Dijk, NTBR 2003.

24. Vgl. Spier (Van Maanen) 2000, nr. 53; Schut 1997, p. 93, en Jansen, NTBR 2001, p. 300.

25. Vgl. Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 27; Du Perron 2002, p. 224; Spier (Van Maanen) 2000, nr. 53; Drion 1958, p. 4; Wolfsbergen 1946, p. 19; Honoré 1999, p. 42 en 47; Charlesworth & Percy 1997, 2-76; *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 806 (per Lord Nicholls); Bright, OJLS 2001, p. 315, en hierna § 4.

26. Van Dam 1995, p. 50.

27. Vgl. Mcivor, CIJ 2001, p. 117 en 118; Lunney/Oliphant 2000, p. 389; Smits 2000, p. 29; Kortmann, OUCLEF 2001, § III.2; Van Dam 1995, p. 2 en 106; Von Bar 1999, Rdn. 194; Weinrib, 90 Yale LJ 247 (1980-1981), p. 279; Nichoff, 17 U. Mich.J.L. Ref. 99 (1983), op p. 106.

Wat bij de bepaling van een dergelijke plicht tot handelen, waarover zo meteen in § 4 meer, meespeelt, in elk geval op de achtergrond, is dat aansprakelijkheid in dit soort gevallen over het algemeen de uitzondering vormt of zou moeten vormen (het eerstgenoemde aspect). In gevallen van (zuiver) nalaten zal een verplichting tot handelen over het algemeen minder snel gegeven zijn.<sup>28</sup> Op dit terrein is er in elk geval sprake van terughoudendheid als het over het *Engelse* recht gaat.<sup>29</sup> Er wordt zelfs gerept van ‘hostility’ en ‘unwillingness’ ten opzichte van de aanvaarding van aansprakelijkheid.<sup>30</sup> Fenzelfde terughoudendheid, en bijgevolg minder strenge aansprakelijkheid bij nalaten, zien wij ook terug in de *Vereenigde Staten*.<sup>31</sup> Voor het *Franse* en *Duitse* recht is een dergelijke terughoudendheid buiten gevallen van zuiver nalaten minder evident<sup>32</sup>, net zoals dat het geval is naar *Nederlands* recht (waarover § 4.4).<sup>33</sup>

De reden voor de genoemde terughoudendheid is met name, zo bleek ten dele al, dat een plicht tot handelen een (té grote) inbreuk op ieders individuele vrijheid maakt. Het zou onbillijk zijn om het ‘onschuldige’ individu met de kosten en lasten van zulk handelen op te zadelen.<sup>34</sup> Ook de vrees dat aanvaarding van een plicht tot handelen de sluizen van aansprakelijkheid wagenwijd open zal zetten (‘floodgates’), zal een rol spelen. Het zal immers regelmatig zo zijn dat de plicht om te handelen op een grote, onbepaalbare en moeilijk af te bakenen groep van personen die allemaal iets hadden kunnen doen, zou kunnen rusten.<sup>35</sup> Daaraan gekoppeld wordt dan vaak de vrees dat

28. Zie ook Jansen, NTBR 2001, p. 300.

29. Zie bijvoorbeeld *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 806 (per Lord Nicholls); Van Gerven c.s. 1999, p. 56; Lunney/Oliphant 2000, p. 387; Von Bar 1996, Rdn. 334. Die terughoudendheid uit zich dan in het niet aanvaarden van een ‘duty of care’ van de gedaagde jegens de benadeelde. Zie over het Engelse recht verder bijvoorbeeld Van Dam 2000, nr. 1605 (er is een speciale relatie nodig voor aansprakelijkheid); Smits 2000, p. 9; Kortmann, OUCLF 2001; Mcivor, CLJ 2001, p. 109 e.v., en Bright, OJLS 2001, p. 311 e.v.

30. Zie Markesinis/Deakin 1999, p. 137 en 138, en ook al Markesinis, LQR 1989, p. 104 en 112.

31. Zie bijvoorbeeld § 315 Restatement (2nd) of Torts, en daarover Epstein 2000, p. 606 e.v. Vgl. verder Niehoff, 17 U. Mich.J.L. Ref. 99 (1983), op p. 106; Van Dam 2000, nr. 1606, en Smits 2000, p. 10-12.

32. Ik ga in deze bijdrage niet nader in op deze twee stelsels. Ik noem enkel nog dat men daar wel terughoudend is ten aanzien van zuiver nalaten (de gevallen dat er geen speciale relatie bestaat met de dader, het slachtoffer of een zaak), aldus Van Dam 2000, nr. 1603 (Frans recht; aansprakelijkheid voor zuiver nalaten alleen bij opzet of bewust nalaten) en 1604 (Duits recht; aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten bij opzettelijk schade veroorzaken in strijd met goede zeden). Zie verder Markesinis, LQR 1989, p. 104; Kortmann, OUCLF 2001, § IV.2 en IV.3, en Smits 2000, p. 7-8. Specifiek voor Duitsland: Deutsch 1995, Rdn. 40. Volgens Van Gerven c.s. 1999, p. 78, is er weinig verschil tussen aansprakelijkheid voor handelen en nalaten in Frankrijk en Duitsland, maar zij richten zich niet op ‘zuiver nalaten’.

33. Zie nader Van Dam 1995, p. 105, en Van Dam 2000, nr. 1601-1602 (wel terughoudendheid bij zuiver nalaten). Spier (Van Maanen) 2000, nr. 53, gaat ervan uit dat bij zuiver nalaten de eisen voor aansprakelijkheid strenger zijn.

34. Daarover Mcivor, CLJ 2001, p. 123; Lunney/Oliphant 2000, p. 387 en 389; Smits 2000, p. 29; Kortmann, OUCLF 2001, § III.2; Van Dam 1995, p. 2 en 106.

35. Zie Lord Hoffmann in *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 819 (ook met betrekking tot het hiervoor genoemde argument); *Davis v. Ratcliffe* [1990] 2 All ER 536, op p. 541 (per Lord Goff); Lunney/Oliphant 2000, p. 387, en Bright, OJLS 2001, p. 325. Vgl. tevens nog Drion 1958, p. 12 en 19. Ronduit afwijzend ten opzichte van het ‘floodgates’-argument is *Capital and Counties plc v. Hampshire CC* [1997] 2 All ER 865, op p. 891 (per Stuart-Smith).

de dreiging van aansprakelijkheid ervoor zou kunnen zorgen dat mensen (onnodig) hun gedrag gaan aanpassen, te terughoudend worden bij hun handelen ('defensive conduct').<sup>36</sup> Verder wordt er bijvoorbeeld op gewezen dat het niet de bedoeling kan zijn dat degene die het ongeval niet voorkomt, op dezelfde wijze aansprakelijk zou zijn als degene die het veroorzaakt.<sup>37</sup> Dit laatste punt betreft dan het punt van de zogenaamde 'afgeleide' aansprakelijkheid.

De algemene terughoudendheid inzake de aansprakelijkheid voor nalaten komt natuurlijk direct tot uiting in het tweede aspect, te weten de zojuist al besproken geringe neiging om specifieke plichten tot handelen te ontwaren (zelfs indien het nalaten tot letselschade geleid heeft), zodat ook ten aanzien van de aansprakelijkheid wegens schending van dergelijke plichten de boot afgehouden wordt. Aansprakelijkheid voor nalaten is echter niet helemaal (beter: helemaal niet) uitgesloten, zoals hierna nog zal blijken.

## **4 Aansprakelijkheid wegens nalaten veronderstelt een plicht tot handelen**

### *4.1 Inleiding*

Aansprakelijkheid wegens nalaten veronderstelt een plicht tot handelen, zo kwam hiervoor al kort naar voren, terwijl die plicht bovendien geschonden dient te zijn. Hoe komen wij het bestaan van dergelijke plichten om te handelen op het spoor?

### *4.2 De 'duty of care' in Engeland bij 'omissions'*

Naar *Engels* recht dient men er wel voor te zorgen een ander geen schade toe te brengen, maar er bestaat geen algemene plicht om te handelen ten behoeve van een ander, bijvoorbeeld om te voorkomen dat een derde die ander schade toebrengt of die ander juist een derde schaadt.<sup>38</sup> Dat aansprakelijkheid wegens nalaten, via de 'tort

36. Zie bijvoorbeeld ten aanzien van toezichthouders ('defensive supervision') Daalder 1998, p. 401; Giesen 2003, p. 330-331, en Markesinis/Deakin 1999, p. 150. Zie over dit 'chilling effect' van aansprakelijkheid in verband met overheids-handelen nader Markesinis, CLJ 2000, p. 301 en 303, die aangeeft dat cijfers hieromtrent ontbreken; Craig & Fairgrieve, P.L. 1999, p. 635-636, en Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 12, 13 en p. 123-125. Zie ook nog EHRM 28-10-1998, NJ 2000, 134 nt. EAA (Osman/Verenigd Koninkrijk), § 141-151, en Hol 1995, p. 62, over 'defensive policing', alsmede Cane 1999, p. 67; Vranken, WPNR 6428 (2001), p. 16, en § 4.5.

37. Zie daarover Van Dam 2000, nr. 1604, op p. 444, alsmede Von Bar 1996, Rdn. 100, die erop wijst dat de mogelijke aansprakelijkheid betrekking heeft op een causaal gezien verder verwijderde handelwijze. Vgl. verder *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 326 (per Lord Diplock).

38. Zie Rogers 1998, p. 117; Markesinis/Deakin 1999, p. 138; Van Gerven c.s. 1999, p. 67 en 71; Cane 1999, p. 61; Van Dam 1995, p. 7; *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 326 (per Lord Diplock). Zie ook (de cirkelredenering in) *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] 1 All ER 710, op p. 729 (per Lord Goff): 'the fundamental reason is that the common law does not impose liability for what is called pure omissions'. Aansprakelijkheid voor nalaten wordt in elk geval, zo is wel duidelijk, anders behandeld dan aansprakelijkheid voor handelingen, zie ook Markesinis, CLJ 2000, p. 300 en 302.

of negligence'<sup>39</sup>, 'terughoudend' benaderd wordt, is dus nog steeds geldend recht'<sup>40</sup>, zoals ook blijkt uit de rechtspraak. Ik wijs op hetgeen LORD HOFFMANN te dien aanzien stelde<sup>41</sup>:

'It is one thing for the law to say that a person who undertakes some activity shall take reasonable care not to cause damage to others. It is another thing for the law to require that a person who is doing nothing in particular shall take steps to prevent another from suffering harm from the act of third parties (...).'

Twee relativeringen zijn hierbij echter direct nodig. De eerste is dat een geval van 'nonfeasance' of 'omission' (nalaten) vaak even goed behandeld had kunnen of zelfs had moeten worden als een geval van 'misfeasance' (niet correct handelen).<sup>42</sup> Het onderscheid is derhalve lastig te maken en kan eenvoudig omzeild worden. Er wordt soms wel (enigszins prikkelend) gesteld dat elk nalaten ook als een onjuist handelen omschreven zou kunnen worden.<sup>43</sup> De tweede relativering is dat de relatie tussen de partijen of een andere factor alsnog kan meebrengen dat er (toch) een 'duty' bestaat.<sup>44</sup>

Dat is ten eerste het geval bij afhankelijkheidsrelaties, zoals de gevallen waarin de gedupeerde (S) onder de zorg of de controle van de gedaagde (T) staat en zichzelf niet kan beschermen. Zo dient bijvoorbeeld een school zorg te dragen voor de gezondheid en veiligheid van haar leerlingen en deze te beschermen tegen verwondingen (door een andere leerling).<sup>45</sup> Iets ruimer bezien, dient een school redelijk toezicht op de leerlingen te houden, waarbij erop gelet dient te worden dat er een balans gevonden wordt tussen voorzichtigheid en terughoudendheid aan de ene kant en de ontwikkeling en onafhankelijkheid van de kinderen aan de andere kant. De voorzienbaarheid van het gevaarlijke gedrag van de schadeveroorzakende leerling en de mogelijkheid om zulks te voorkomen, zijn daarbij expliciet van belang, zodat niet elk ongeluk ten gevolge van 'ordinary playful behaviour by children in a school' tot

39. Eventuele andere grondslagen die voor toepassing in aanmerking zouden kunnen komen, laat ik hier verder buiten beschouwing.

40. Technisch-juridisch gesproken geschiedt dat in beginsel onder de derde fase van de zogenaamde *Caparo*-test (de test waarmee bepaald wordt of aanvaarding van een 'duty of care' acceptabel is, zie *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605; [1990] 1 All ER 568, en bijvoorbeeld *Rogers* 1998, p. 96 e.v., en *Markesinis/Deakin* 1999, p. 80 e.v., voor een overzicht van deze materie), en dus bij de vraag of het in het licht van 'public policy' 'fair, just and reasonable' is om zo'n plicht te accepteren.

41. Zie *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 819. Vgl. ook Lord Nicholls op p. 806.

42. *Rogers* 1998, p. 118-120; *Cane* 1999, p. 60; *Van Dam* 1995, p. 7; *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 806 (per Lord Nicholls).

43. Vgl. in deze *Lunney/Oliphant* 2000, p. 389, voortbouwend op *Hart/Honoré* 1985, p. 138. Ik kom hierop nog terug in § 5.1.

44. Zie (de overzichten bij) *Rogers* 1998, p. 118 en 120 e.v.; *Markesinis/Deakin* 1999, p. 138; *Van Gerven* e.s. 1999, p. 71; *Honoré* 1999, p. 55 e.v.; *Cane* 1999, p. 61 e.v.; *Smits* 2000, p. 9; *Van Dam* 1995, p. 7-8. Zie verder Lord Goff in *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] 1 All ER 710, op p. 730-731.

45. Zie *Brauford-Smart v. West Sussex CC* [2002] EWCA Civ 7, nr. 28. Vgl. verder *Elvin*, CLJ 2002, p. 255; *Lunney/Oliphant* 2000, p. 405; *Rogers* 1998, p. 120; *Charlesworth & Percy* 1997, 8-130 en 8-135; (obiter) *X (minors) v. Bedfordshire CC* [1995] 3 All ER 353, op p. 368 (per Lord Browne-Wilkinson), en *Barnes v. Hampshire County Council* [1969] 1 W.L.R. 1563.

aansprakelijkheid zal leiden.<sup>46</sup> Meer algemeen zou in dit soort situaties de regel kunnen gelden dat zo'n 'duty' (alleen) bestaat in gevallen waarin de aangesprokene enig 'voordeel' geniet van de relatie met de eiser, het slachtoffer.<sup>47</sup> Anderen stellen dat de verbinding tussen de diverse gevallen gelegen is in de aanwezigheid van 'proximity', de 'nabijheid' tussen partijen.<sup>48</sup>

Ook de relatie tussen de aangesprokene (T) en de primaire dader (D) kan een reden zijn om een plicht te aanvaarden.<sup>49</sup> In dat kader is de zaak *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.* van belang. Zeven jeugddelinquenten ontsnapten uit het speciale heropvoedingsinstituut op een eiland terwijl hun begeleiders, tegen de instructies in, alledrie lagen te slapen. In de haven namen de jongens een bootje en ramden zij het jacht van de eiser, waarna zij er aan boord gingen en nog meer schade toebrachten. Volgens het *House of Lords* bestond er voor de gedaagde een 'duty' ten opzichte van de jachteigenaar. LORD MORRIS baseert die 'duty' op het gegeven dat de opzichters bevoegd waren de controle over de jongens uit te oefenen zodat er een speciale relatie bestond tussen de opzichters en de jonge daders.<sup>50</sup> LORD PEARSON was dat met hem eens: 'control imports responsibility'.<sup>51</sup> Dat kan derhalve betekenen dat er, bij wege van uitzondering, wel een 'duty' bestaat indien iemand ontsnapt uit de 'custody' van de politie en deze een ander schade toebrengt.<sup>52</sup>

Aanvaarding van een 'duty' in dit soort situaties is echter zeker niet grenzeloos. Het is in lijn met de zojuist verwoorde gedachte (dat de mogelijkheid van controle belangrijk is) dat als een financieel toezichthouder niet de bevoegdheid had 'to control the day-to-day activities' van de financiële instelling die door failliet te gaan schade veroorzaakt bij beleggers, deze toezichthouder ook niet al te snel aansprakelijk zal zijn.<sup>53</sup> En een nachtclubeigenaar heeft geen 'duty' ten opzichte van zijn gasten om te

---

46. Zie *Susan Moore v. Kirklees Metropolitan Council* [1999] EWCA Civ 1326, waarin overigens specifiek ervoor gewaarschuwd werd de uitkomst niet te zeer te veralgemeniseren omdat de specifieke feiten die uitkomst dicteerden. Vgl. over het voorgaande ook Charlesworth & Percy 1997, 8-133.

47. Rogers 1998, p. 121.

48. Markesinis/Deakin 1999, p. 138.

49. Zie bijvoorbeeld Rogers 1998, p. 123-124, en *Bradford-Smart v. West Sussex CC* [2002] EWCA Civ 7, nr. 34.

50. *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 307 en 309 (per Lord Morris).

51. *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 322 (per Lord Pearson).

52. Hetzelfde geldt indien de politie iets ondernomen heeft ten behoeve van een 'particular member of the public', maar dat betreft dan de al besproken relatie tussen T en S. Zie over beide vormen Lunney/Oliphant 2000, p. 410, redenerend op basis van *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1989] 1 AC 53 (geen aansprakelijkheid van de politie t.o.v. 'an individual member of the public' wegens het niet tijdig oppakken van een seriemoordenaar; 'proximity' ontbrak).

53. Zie *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, m.n. op p. 713-714 (per Lord Keith; de 'special relationship' ontbreekt dan), alsmede *Davis v. Ratcliffe* [1990] 2 All ER 536, m.n. op p. 541 (per Lord Goff) waar (op zijn minst) gesuggereerd wordt dat het feit dat het hier om 'pure financial loss' gaat, tegen de aanname van een 'duty' pleit (vgl. ook Van Dam 1995, p. 8), en p. 544.

voorkomen dat een portier (de primaire dader in dienst van de eigenaar, zodat er een relatie tussen D en T bestaat) wraak neemt na een eerdere ruzie in die nachtclub.<sup>54</sup>

Een 'duty' kan overigens ook bestaan indien een persoon een gevaar voor zichzelf vormt en dat bekend is, denk aan gevallen van zelfmoord in een politie- of gevangenis. <sup>55</sup> Die plicht berust dan op de complete controle die de politie of de gevangenisautoriteit heeft over de gevangene, in combinatie met het (bekende) speciale gevaar dat mensen in een gevangenis zichzelf (eerder) van het leven beroven.<sup>56</sup> Ook hier spelen dus weer elementen van voorzienbaarheid mee. Als er echter geen specifiek risico voor een zelfmoordpoging bestaat, is dat voor het *Court of Appeal* reden om het bestaan van een 'duty' (alsnog) te ontkennen. Het in het algemeen verhoogde gevaar van zelfmoord onder gevangenen, betekent niet dat zelfmoord meteen ook een voorzienbaar risico is ten opzichte van elke gevangene.<sup>57</sup> Uiteindelijk is dus voorzienbaarheid in concrete zin nodig.<sup>58</sup> En er zijn meer grenzen. Zo bestaat er geen plicht voor de alcoholverkoper om de alcoholconsumptie van zijn klanten in de gaten te houden en te controleren, teneinde letsel voor of de dood van de dronkaard zelf te voorkomen.<sup>59</sup>

Een verdere mogelijkheid om wel tot aansprakelijkheid te komen, bestaat in die situaties waarin er een relatie tot een onroerende zaak bestaat, denk met name aan de eigendom van land. Zo is als min of meer algemene regel aansprakelijkheid mogelijk indien de aangesprokene door onzorgvuldig handelen veroorzaakt of toegestaan heeft dat er een bron van gevaar op zijn land ontstaan is en het voorzienbaar is dat derden

---

54. Zie daarover *Mattis v. Pollock (t/a Flamingo's Nightclub)* [2002] EWHC 2177. Daarbij zal overigens meegespeeld hebben dat er enige tijd tussen het incident in de club en de daarop volgende steekpartij voorbij gegaan was en dat de portier in die periode een mes had bemachtigd.

55. Het betreft hier dus een geval waarbij S en D samenvallen, zie § 2.2 hiervoor, hoewel het de achtergebleven familie (ook S) zal zijn die een vordering tot schadevergoeding initieert. In *Commissioners of Police for the Metropolis v. Reeves* [2000] 1 AC 360; [1999] 3 All ER 897, werd er van het bestaan van zo'n plicht (en de schending ervan) uitgegaan en was alleen nog de causaliteitsvraag aan de orde. Deze 'duty' werd ook erkend in *Orange v. Chief Constable of West Yorkshire Police* [2001] EWCA Civ 611, in nr. 20. Zie verder nog Lunney/Oliphant 2000, p. 401.

56. Zie *Commissioners of Police for the Metropolis v. Reeves* [2000] 1 AC 360, op p. 368 (per Lord Hoffmann); [1999] 3 All ER 897.

57. Zie *Orange v. Chief Constable of West Yorkshire Police* [2001] EWCA Civ 611, m.n. in nrs. 42 en 43.

58. Ook voor Lord Brandon in *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] 1 All ER 710, op p. 713, was die voorzienbaarheid beslissend. Daarbij dient aangetekend te worden dat in het algemeen voorzienbaarheid alleen niet voldoende is, zie bijvoorbeeld *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, op p. 710 (per Lord Keith), en *Storin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 808 (per Lord Nicholls). Voor de Verenigde Staten bijvoorbeeld *David Wright v. Arcade School District et al* 230 Cal. App. 2d 272, op p. 279; 40 Cal. Rptr. 812.

59. Zie Rogers 1998, p. 122, die hier verwijst naar *Barrett v. Ministry of Defence* [1995] 3 All ER 87. Indien een persoon zich echter nadien (toch) over de dronkaard ontfermt, dient dat zorgvuldig te gebeuren, hoewel een eigen schuld-verweer te dien aanzien ook wel zal slagen. In de Verenigde Staten is er veel debat over de vraag of ook een 'social host' eventueel aansprakelijk kan zijn ten opzichte van een derde die door een dronkaard aangereden wordt, zie bijvoorbeeld Ashmead, 55 Brooklyn L. Rev. 995 (1989).

het terrein zullen betreden en het gevaar zullen 'ontsteken', met schade voor een ander als gevolg.<sup>60</sup> De enkele 'foreseeability' lijkt in zo'n geval dus niet genoeg voor het erkennen van een 'duty'.<sup>61</sup>

De grondslagen om een plicht tot handelen aan te kunnen nemen, zijn volgens HONORÉ uiteindelijk niet netjes in een patroon te stoppen. Het gaat zijns inziens hierom<sup>62</sup>:

'The needs of the community (office-holding, risk-creation, dependency), justice between its members (benefit, dependency), and respect for choice of those who freely agree to take burdens on themselves (undertaking, risk-creation, office-holding) all help to explain one or more grounds. They seem not to derive from or be reducible to a single principle.'

Welke argumenten aan (het ontbreken van) aansprakelijkheid ten grondslag gelegd (kunnen) worden, bespreek ik later (§ 4.5).

### 4.3 De 'affirmative duty' in de Verenigde Staten van Amerika

Naar *Amerikaans* recht wordt de vraag naar het bestaan van een 'affirmative duty', zoals dat leerstuk dan genoemd wordt, opgelost via een systeem dat in grote lijnen hieruit bestaat. In beginsel geldt, net zoals in Engeland, dat er bij 'negligence' als grondslag voor aansprakelijkheid geen algemene plicht bestaat om een ander te hulp te komen of te beschermen, en dat er geen plicht bestaat het gedrag van een derde te controleren teneinde te voorkomen dat deze een ander schade berokkent.<sup>63</sup> Uitzonderingen daarop zijn echter mogelijk.<sup>64</sup> Daarbij geldt ten eerste dat de bron van gevaar niet voortkomt uit enige activiteit die onder controle staat van de gedaagde, want dat wordt niet meer als nalaten gezien. De meer restrictieve benadering van aansprakelijkheid betreft dus gevallen van wat in Nederland zuiver nalaten zou heten. Verder geldt de plicht om op te treden wel indien er een speciale relatie bestaat tussen de partijen.<sup>65</sup> Die speciale relatie kan bestaan tussen de gedaagde en de uiteindelijke

60. Zie *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* [1987] 1 All ER 710, op p. 730 (per Lord Goff), en daarover Markesinis, LQR 1989, p. 104 e.v., en Van Gerven e.s. 1999, p. 70.

61. Het gaat dan om de aansprakelijkheid van 'occupiers' voor wat er op hun land gebeurt, hetgeen geregeld is in de Occupiers' Liability Acts van 1957 en 1984, zie bijvoorbeeld *Lunney/Oliphant* 2000, p. 397 en p. 466 e.v., en Van Dam 1995, p. 13-14. Omdat die regeling een nogal specifieke en wettelijke uitzondering op de hoofdregel (van terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheid) vormt, en over de invulling van de 'duty'-eis dus minder zegt, ga ik daar verder aan voorbij.

62. Honoré 1999, p. 60.

63. Zie § 314, 315 Restatement (2nd) of Torts, en bij wege van voorbeeld *David Wright v. Arcade School District et al* 230 Cal. App. 2d 272, op p. 277; 40 Cal. Rptr. 812.

64. Zie bijvoorbeeld § 314 Restatement (2nd) of Torts, comment c. In algemene zin hierover ook Smits 2000, p. 10-11.

65. § 314a Restatement (2nd) of Torts, en comment b, alsmede § 315.

dader (tussen bijvoorbeeld ouder en kind) of tussen de gedaagde en het uiteindelijke slachtoffer (tussen bijvoorbeeld hoteleigenaar en zijn gast).<sup>66</sup> De hierna nog te bespreken zaak van Ms. Kline tegen haar verhuurder valt in deze tweede categorie.

Of er zo'n speciale relatie aanwezig was, stond ook centraal in de beroemde zaak *Tarasoff v. The regents of the University of California*.<sup>67</sup> Tatiana Tarasoff werd vermoord door ene Poddar. Deze had zijn bedoeling daartoe eerder al opgebiecht aan Dr. Moore, als psycholoog in dienst bij de gedaagde. De ouders van Tatiana stellen een vordering tot schadevergoeding in, hierop gebaseerd dat de psycholoog ten onrechte niet in actie is gekomen en hen ten onrechte niet heeft gewaarschuwd.

Daarmee werd de vraag opgeworpen of er in dit geval een 'duty' voor de gedaagde aanwezig was om te waarschuwen. Nu er een relatie bestond tussen de moordenaar en de psycholoog, was volgens de hoogste rechter in *California* voldaan aan het vereiste van een 'special relationship' zoals hiervoor beschreven, zodat een 'duty' aanvaard kon worden. Dat een psycholoog moeilijk kan voorspellen of een patiënt geweld zal gebruiken<sup>68</sup>, doet daaraan niet af, want te dien aanzien geldt de maatstaf van de redelijk handelende beroepsbeoefenaar. TOBRINER J. concludeert dat zodra een therapeut vaststelt, of naar de regelen der kunst had moeten vaststellen, dat een patiënt een serieus gevaar voor anderen vormt, op hem de plicht rust om redelijke zorg uit te oefenen teneinde het voorzienbare slachtoffer van dat gevaar te beschermen.<sup>69</sup> En dat dat wellicht te veel of onnodige waarschuwingen oplevert, dient voor lief genomen te worden want dat is een redelijke prijs voor de levens die potentieel gespaard worden.

Het publieke belang van veiligheid jegens dit soort vormen van geweld, wint het ook van het vaak ingeroepen therapeutische (algemene) belang van vrije, open en vertrouwelijke communicatie met de patiënt (zonder geheimhouding geen effectieve

---

66. Nader uitgewerkt in § 316-319, resp. § 314a en 320 Restatement (2nd) of Torts. Zie hierover ook al het standaardartikel van Harper & Kime, 43 Yale L.J. 886 (1934), op p. 887 e.v., met vele voorbeelden, gevolgd door onder andere Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1027-1028. Vgl. verder nog Nichoff, 17 U. Mich.J.L. Ref. 99 (1983), op p. 106-107; Van Dam 1995, p. 18-21.

67. 17 Cal. 3d 425; 551 P.2d 334; 131 Cal. Rptr. 14; 83 A.L.R.3d 1166.

68. Volgens Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1044, wordt de gevaarlijkheid van hun patiënten door therapeuten overschat.

69. 17 Cal. 3d 425, op p. 439 (op p. 435 wordt nog eens specifiek aangegeven dat 'foreseeability' de belangrijkste factor bij bepaling van een 'duty' is). Zoals in de tekst ook al Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1030. Ik wijs er op dat wij hier van doen hebben met een geval van wat ik in § 2.3 concreet toezichtsfalen noemde.



therapie) en diens privacy.<sup>70</sup> Dat mogelijke patiënten wellicht helemaal niet meer in therapie gaan als de geheimhoudingsplicht zo wordt bekort, is een veel gehoord tegenargument (abstracter geformuleerd als: negatief uitwerkende gedragsbeïnvloeding), maar is ook een argument waarvoor geen empirische data aangedragen worden.<sup>71</sup> Inmiddels is de *Tarasoff*-zaak, en dat geldt tevens voor de voorlopers van die zaak<sup>72</sup>, van significante invloed gebleken in andere jurisdicties binnen de Verenigde Staten.<sup>73</sup>

Uit de Amerikaanse rechtspraak stammen ook de gevallen van verhuurders (T) die jegens een huurder (S) aansprakelijk worden gehouden voor de criminele activiteiten van een derde persoon, de primaire dader (D), binnen het verhuurde complex. Het verwijt is dan dat de verhuurder zou hebben nagelaten om adequate veiligheidsmaatregelen te nemen of om deze in stand te houden.<sup>74</sup>

Een belangrijk precedent in deze vormt de zaak *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation*.<sup>75</sup> Het ging daarin om een vrouw die aangevallen en beroofd werd in de gezamenlijke hal van haar in een stedelijk gebied (Washington D.C.) gelegen appartementencomplex. Zij spreekt daarop de eigenaar van het complex aan tot vergoeding van haar schade. Deze zou de veiligheid in het complex verwaarloosd hebben door er niet op toe te zien dat de oorspronkelijk (wel) genomen maatregelen tegen indringers gehandhaafd bleven. De portier was bijvoorbeeld in de loop der jaren verdwenen en de zij-ingangen werden niet meer altijd afgesloten. Daarbij was relevant dat er in en rond de gemeenschappelijke ruimtes van het complex al eerder sprake was geweest van criminele daden en dat de eigenaar daarvan op de hoogte was.<sup>76</sup> Het *Court of Appeal* (D.C. Circuit) beslist uiteindelijk dat er een 'duty' bestaat voor de eigenaar jegens de huurder om deze te beschermen tegen criminele daden van een derde die redelijkerwijs voorzien hadden kunnen worden.

70. 17 Cal. 3d 425, op p. 440-442. Vgl. tevens Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1040 e.v. (effectiviteit van therapie) en p. 1044 e.v. (privacy).

71. Aldus Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1039, die aldaar overigens terecht aangeven dat ook de andere kant van het verhaal niet op cijfers gebaseerd is.

72. Zie bijvoorbeeld *Underwood v. United States* 356 F.2d 92, over een Amerikaanse luchtmachtsoldaat die ten onrechte werd ontslagen van de psychiatrische afdeling van zijn vliegbasis en die vervolgens tegen de regels in een pistool kon bemachtigen en zijn ex-vrouw dood schoot. De staat werd daarvoor aansprakelijk geacht. Datzelfde geschiedde in *The Merchants National Bank and Trust Company of Fargo v. United States* 272 F. Supp. 409, waarin een voor schizofrenie opgenomen Vietnam-veteraan op werkverlof zonder toezicht werd gestuurd, waarna hij zijn vrouw doodde. Vgl. verder nog, van na *Tarasoff*, de zaak *Payton v. United States* 636 F.2d 132, waarin de mogelijkheid van aansprakelijkheid van de 'Parole Board' in verband met het ten onrechte vroegtijdig vrijlaten van een (gevaarlijke) gevangene, erkend werd, en daarover nog Niehoff, 17 U. Mich.J.L. Ref. 99 (1983).

73. Aldus Epstein 2000, p. 625 e.v. Zo ook Gammon & Hulston, 60 Mo. L. Rev. 749 (1995), op p. 749-750, met een overzicht van andere Staten. Volgens Markesinis/Deakin 1999, p. 141, wordt deze zaak echter niet al te zeer gevolgd elders (en zou er naar Engels recht anders beslist zijn). Vgl. in navolging daarvan Van Dam 1995, p. 77 (in noot 281).

74. Zie over de geschiedenis en de ontwikkeling van dat leerstuk, alsmede over de hierna te bespreken zaak, Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985).

75. 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477; 43 A.L.R.3d 311.

76. *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 479 en 480; 43 A.L.R.3d 311.

De dogmatische inpassing van deze plicht hier terzijde latend<sup>77</sup>, worden de volgende (ook buiten de Verenigde Staten relevante) argumenten tegen elkaar afgewogen. Ten eerste wordt in het kader van de realiteit van groeiende criminaliteitscijfers steeds gewezen op het gegeven dat het de verhuurder/eigenaar is die de exclusieve controle heeft over veiligheidsmaatregelen in het gebouw en de (juridische) onmogelijkheid voor de huurder om zelf veiligheidsmaatregelen ingang te doen vinden in de gemeenschappelijke ruimtes. Daaraan doet niet af dat deze plicht tot hogere kosten voor de verhuurder zal leiden. Deze is immers in een economisch betere positie dan de huurder, want hij kan die kosten spreiden over alle huurders.<sup>78</sup> De verhuurder heeft in elk geval de betere onderhandelingspositie.<sup>79</sup> Van wezenlijk belang hierbij is wel nog dat de verhuurder wetenschap moet hebben van de criminele activiteiten ('reasonably foreseeable crime') in het gebouw.<sup>80</sup> Aansprakelijkheid zal niet aangenomen worden indien het geweld 'sudden and unexpected' is.<sup>81</sup>

MERRILL voegt hieraan nog toe dat de verhuurder in beginsel een permanente relatie tot het gebouw heeft en dat diens situatie sterk lijkt op die van de 'innkeeper' die in rechte verantwoordelijk is voor de veiligheid van zijn gasten.<sup>82</sup> Een belangrijk tegenargument lijkt gelegen te zijn in 'public policy': het gaat niet aan dat de bescherming van burgers tegen criminele daden zou rusten op andere burgers in plaats van op de overheid. Dat argument gaat hier echter niet op omdat de politie niet bevoegd is in de gemeenschappelijke ruimten van het complex te patrouilleren terwijl daarnaast nog geldt dat de verhuurder in het kader van de preventie ook een taak heeft die erkend dient te worden.<sup>83</sup>

Inmiddels lijkt deze plicht van de 'landlord' zijn weg op ruimere schaal gevonden

77. Het betrof een 'implied condition' in het huurcontract of een 'tort', zie nader daarover Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985).

78. *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 480-481 en 488; 43 A.L.R.3d 311. Zie verder Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985), op p. 434, 443, 446, 447, en met name ook p. 442 ('The landlord is no insurer of his tenants' safety, but he certainly is no bystander.', aldus Wilkey J citerend (439 F.2d 477, op p. 481)).

79. Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985), op p. 443, 446 en 447.

80. *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 480 en 481; 43 A.L.R.3d 311. Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985), op p. 347, 441 en 454. Die grens wordt soms echter wel eens overschreden (p. 443), maar ten onrechte omdat dan de verhuurder (risico-)aansprakelijk wordt voor gebeurtenissen buiten zijn controle, hetgeen tot te vergaande en te dure maatregelen zal leiden (zie p. 446). Dat er sprake dient te zijn van een voorzienbaar risico, wil niet zeggen dat precies dezelfde criminele activiteit al eerder plaatsgevonden dient te hebben, vgl. *Jane Doe v. Dominion Bank of Washington* 295 U.S. App. D.C. 385; 963 F.2d 1552, op p. 1560, al zal dat wel een factor zijn, zie opnieuw Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985), op p. 454-456. Volgens de rechter in *Kline* gaat het bij voorzienbaarheid om aanvallen die 'probable and predictable' zijn, zie 439 F.2d 477, op p. 483.

81. *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 483; 43 A.L.R.3d 311.

82. Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985), p. 447. Zie ook *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 485; 43 A.L.R.3d 311.

83. Het argument wordt genoemd in *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 481; 43 A.L.R.3d 311 (waar ook nog een aantal andere argumenten genoemd wordt), maar later ter zijde geschoven (439 F.2d 477, op p. 484).

te hebben in de Verenigde Staten<sup>84</sup> en ook in vergelijkbare, maar ten dele 'verder verwijderde' situaties toegepast te worden. Niet verrassend is het voorbeeld waarin een plicht werd aangenomen voor een commerciële verhuurder van bedrijfsruimte om de gemeenschappelijke delen van de verhuurde kantoorruimte te beschermen tegen (opnieuw) voorzienbare criminele activiteiten van derden ten opzichte van (werknemers van) een huurder. Een individuele huurder van een deel van een gebouw is immers evenzeer buiten staat om zelf voor de beveiliging van de gemeenschappelijke delen zorg te dragen als het gebouw voor bedrijfsdoeleinden verhuurd wordt aan meerdere bedrijven.<sup>85</sup> Een stuk verder gaat echter de plicht van de verhuurder ten opzichte van de huurder die in zijn eigen appartement aangevallen wordt of ten opzichte van de bezoekers van de huurder.<sup>86</sup> Dat de plichten van de 'landlord' niet eindeloos zijn, bewijst de zaak *Debra S. Rosenbaum v. Security Pacific Corporation* waarin aansprakelijkheid van de verhuurder werd afgewezen nadat een vrouw beroofd en verwond werd op de openbare weg voor haar appartementencomplex en dus buiten het terrein van de verhuurder.<sup>87</sup>

#### 4.4 De aansprakelijkheid wegens nalaten in Nederland

In Nederland heeft SCHUT in zijn proefschrift enige aandacht geschonken aan het onderscheid tussen handelen en nalaten. Hij kwam er ten eerste toe om 'laten'<sup>88</sup> te omschrijven als 'iets-niet-doen' en niet als 'niet-doen', want 'laten' veronderstelt een doen.<sup>89</sup> Vervolgens gaat het in het aansprakelijkheidsrecht om 'het niet verhinderen van een dreigend schadegebeuren, hoewel de mogelijkheid tot die verhindering bestond.' SCHUT verwerpt de opvatting dat 'laten' alleen rechtens relevant is als er een rechtsplicht tot handelen bestaat. Dat hangt echter hiermee samen dat zijns inziens niet elk 'laten' ook onrechtmatig 'laten' is.<sup>90</sup> Ik leid daaruit dan echter af dat voor *onrechtmatig laten*, ook volgens SCHUT, wel zo'n rechtsplicht zou moeten bestaan.<sup>91</sup>

Het waarschijnlijk bekendste werk over aansprakelijkheid wegens nalaten in *Neder-*

84. Zie Epstein 2000, p. 614 ('widespread approval'), en bijvoorbeeld *Debra S. Rosenbaum v. Security Pacific Corporation* 43 Cal. App. 4th 1084, op p. 1090; 50 Cal. Rptr. 2d 917, alsmede *Patricia Tenney v. Atlantic Associates d/b/a/ Park Towne Apartments* 594 N.W.2d 11 waarin Kline een 'landmark case' genoemd wordt (op p. 15).

85. *Jane Doe v. Dominion Bank of Washington* 295 U.S. App. D.C. 385; 963 F.2d 1552, op p. 1559-1560 (een werknemster werd verkracht en beroofd op een van de leegstaande verdiepingen van het kantoorcomplex; deze verdiepingen waren niet voldoende beveiligd tegen ongenode gasten).

86. Zie *Patricia Tenney v. Atlantic Associates d/b/a/ Park Towne Apartments* 594 N.W.2d 11 (waarbij wel relevant was dat de toegang tot het appartement verkregen werd via een nagemaakte sleutel), respectievelijk Epstein 2000, p. 614.

87. *Debra S. Rosenbaum v. Security Pacific Corporation* 43 Cal. App. 4th 1084; 50 Cal. Rptr. 2d 917.

88. Schut 1963, p. 61-62, gebruikt 'laten' omdat hij de term 'nalaten' dubbelzinnig vindt. Vgl. ook Schut 1997, p. 93.

89. Schut 1963, p. 60 en 61.

90. Schut 1963, p. 61.

91. Zie ook Schut 1997, p. 93: 'Als handelend optreden niet is geboden, is laten geen *nalaten* en kan van onrechtmatigheid geen sprake zijn.'

*land* is het preadvies van VAN DAM.<sup>92</sup> Hij geeft aan dat ten eerste relevant is dat nalaten in beginsel hetzelfde behandeld dient te worden als handelen.<sup>93</sup> Dat is niet steeds zo geweest. Denk bijvoorbeeld aan de puur passieve houding van de overbekende Zutphense juffrouw, een houding die op dat moment nog niet zo kwalijk werd bevonden dat deze tot aansprakelijkheid zou moeten leiden.<sup>94</sup> Art. 6:162 BW maakt heden ten dage echter geen verschil tussen beide vormen van 'handelen'.

Ten tweede is het *Struikelende broodbezorger*-arrest van belang.<sup>95</sup> Op basis van de regel uit dat arrest bestaat er bij gevallen van zuiver nalaten<sup>96</sup> (enkel) een rechtsplicht tot handelen - denk aan de plicht om het gevaar op te heffen of om te waarschuwen - en daarmee potentieel aansprakelijkheid, indien 'de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen' of indien de aangesprokene een speciale relatie heeft met het slachtoffer of de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet.

Als voorbeeld van een geval waarin er een speciale relatie tot een plaats (of breder: een onroerende zaak) bestond, zodat een plicht tot handelen acceptabel was, noem ik het *Staat/Daalder*-arrest<sup>97</sup> waarin het verwijt was dat de overheid nagelaten had om te waarschuwen voor het gevaar van veenbroei in een door haar beheerd natuurgebied. Evenzo heeft de organisator van een sportwedstrijd rekening te houden met de omstandigheden van het terrein waarop de wedstrijd gehouden wordt. Onveilige plekken dienen afgeschermd te worden.<sup>98</sup> Men zou hier ook nog de mogelijke aansprakelijkheid van waterschappen in verband met het waterbeheer kunnen noemen<sup>99</sup>, net als de plicht van een toezichthouder om de bezoeker van een onroerende zaak te beschermen tegen crimineel gedrag van een derde.<sup>100</sup>

Daarnaast kan ook de relatie tussen een persoon en een roerende zaak tot een

92. Van Dam 1995, ten dele overgenomen in Van Dam 2000, nr. 1600 e.v.

93. Van Dam 1995, p. 40. Expliciet ook zo Smits 2000, p. 8.

94. Zie HR 10-6-1910, W. 9038 (Zutphense waterleiding), en Van Dam 1995, p. 39. Er bestond (toen nog) geen rechtsplicht om te handelen.

95. HR 22-11-1974, NJ 1975, 149 nt. GJS (Struikelende broodbezorger), en daarover onder andere Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 46; Spier (Van Maanen) 2000, nr. 53; Van Dam 2000, nr. 1601; Van Dam 1995, p. 41 e.v. Daarnaast kan ook de strafrechtelijke aansprakelijkheid van art. 450 Sr (die indien vastgesteld, ook tot civielrechtelijke aansprakelijkheid zal leiden) nog van belang zijn, maar dat artikel ziet op vrij specifieke situaties (ogenblikkelijk levensgevaar), zodat het vanuit civielrechtelijk perspectief weinig toevoegt aan hetgeen nog volgt. Ik ga hier dan ook verder niet op deze bepaling in.

96. Nogmaals, het gaat dan om die gevallen waarin de aangesprokene geen bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het gevaar of de risico's die uiteindelijk de schade hebben doen intreden, maar enkel de realisering van dat gevaar of risico niet heeft tegengehouden of er niet voor heeft gewaarschuwd.

97. HR 27-5-1988, NJ 1989, 29 nt. G. (Staat/Daalder). Voor een gelijksoortige regel naar Amerikaans recht zie Harper & Kime, 43 Yale L. J. 886 (1943), op p. 903.

98. Zie Hof Arnhem 10-11-1998, NJ 2002, 264 (Stichting Skeeler Marathons/Faber) waarin de organisatie van een skeelerwedstrijd die verantwoordelijk was voor de veiligheid van het parcours, verweten wordt een boom net naast het parcours niet afgedekt te hebben (met kussens, stroballen, netten of iets dergelijks).

99. Zie bijvoorbeeld HR 8-1-1999, NJ 1999, 319 nt. ARB (Waterschap West-Friesland/Kaagman). Ik teken hierbij aan dat het hier niet gaat om een geval van toezicht in de in deze studie bedoelde zin, zie § 2.

100. Zie Van Dam 2000, nr. 1207. Denk hierbij aan exploitanten van bijvoorbeeld cafés, stadions en hotels.

plicht om te handelen en daarmee aansprakelijkheid aanleiding geven. Zo kan iemand aansprakelijk zijn indien er een ongeval is gebeurd met een auto die ergens onbeheerd, met de sleutel in het contact, tijdelijk is geparkeerd en vervolgens meegenomen wordt, zoals uit het *Haringkar*-arrest blijkt.<sup>101</sup>

Een voorbeeld van een geval waarin de relatie met het slachtoffer naar voren komt, al gaat het daarin niet om een klassiek geval van 'toezicht', is het *De Heel/Korver*-arrest waarin aansprakelijkheid van het ziekenhuis ten opzichte van de uit zijn bed gevallen Korver werd aanvaard, omdat nagelaten werd om of voldoende op te letten of onrusthekken aan het bed te plaatsen.<sup>102</sup> De rechtvaardiging hiervoor is dat het slachtoffer erop mag vertrouwen dat de ander voor zijn veiligheid waakt, aldus VAN DAM.<sup>103</sup>

Een 'relatie' met in elk geval het (latere) slachtoffer, doch ook enigszins met de primaire dader(s), was aanwezig in de zaak waarin de politie aansprakelijk werd gesteld in verband met het doorgang laten vinden van een roofoverval waarbij het slachtoffer van de overval gedood werd. In dit geval wist de politie vooraf wie de overval zou plegen, waar en wanneer die gepleegd zou worden en op wie die gepleegd zou worden. Bovendien wist men dat er geweld gebruikt zou worden en had men geruchten vernomen dat er vuurwapens in het spel zouden kunnen zijn. Men wilde de daders op heterdaad pakken. Het nalaten het slachtoffer van de overval te beschermen of ten minste te waarschuwen, leidde tot aansprakelijkheid (van de Staat).<sup>104</sup> Voorzover er hier sprake is van een toezichtstaak (toezicht op de veiligheid van de burgers), was er ook sprake van concreet toezichtsfalen omdat de politie tevoren wist wat er gebeuren ging.<sup>105</sup>

VAN DAM gaat in de sfeer van de 'speciale relaties' nog iets verder en dat is voor het Nederlandse recht niet onbelangrijk. Hij onderscheidt namelijk ook nog de gevallen, net zoals men dat in de Verenigde Staten pleegt te doen, waarin er een speciale relatie tot 'de dader' bestaat als een mogelijkheid om (toch) aansprakelijkheid voor nalaten te vestigen.<sup>106</sup> Dat is hier natuurlijk van groot belang, want in gevallen van toezicht is er altijd een speciale relatie tot een persoon, en wel tot diegene op wie het toezicht wordt uitgeoefend, tot degene die uiteindelijk de schade heeft veroorzaakt

---

101. Zie HR 2-12-1966, NJ 1967, 42 nt. GJS (*Haringkar*), en verder hierover Van Dam 1995, p. 65 e.v.

102. HR 13-1-1995, NJ 1997, 175 nt. CJHB (*De Heel/Korver*), en Van Dam 2000, nr. 1511-1512. Falend toezicht door scholen, leidend tot schade bij leerlingen, valt hier ook onder. Zie nader Van Dam 2000, nr. 1506, en Rietveld, *School en Wet* 2002, p. 121 e.v.

103. Zie Van Dam 1995, p. 80 en 92.

104. Zie Hof Den Haag 9-12-1976, NJ 1977, 381 (*Maat/Staat*). Vgl. over deze problematiek ook Hol 1995, p. 57 e.v., die dit in de sleutel van preventie zet.

105. Dat was bijvoorbeeld anders in de Engelse zaak waarin de politie aangesproken werd door de moeder van een slachtoffer van een seriemoordenaar omdat deze niet (tijdig) opgespoord werd. Deze persoon was namelijk lange tijd een onbekende voor de politie. Zie *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1989] 1 AC 53, en daarover Lunny/Oliphant 2000, p. 410.

106. Zie Van Dam 1995, p. 48 en p. 71 e.v., en Van Dam 2000, nr. 1601 en 1408-1410 (een school dient derden te beschermen tegen schadelijke gedragingen van leerlingen; hetzelfde geldt voor degene die toezicht houdt op psychiatrische patiënten en gevangenen). Zo'n relatie valt naar Amerikaans recht onder § 315 sub a *Restatement (2nd) of Torts*.

(de primaire dader). Dat zou dus kunnen betekenen dat de terughoudendheid die bij aansprakelijkheid voor nalaten over het algemeen speelt, tegenover toezichthouders wellicht minder noodzakelijk is dan gedacht. De aanwezigheid van die speciale (toezichts)relatie maakt dat een gewone, althans niet terughoudend benaderde aansprakelijkheid zeer wel gerechtvaardigd zou kunnen zijn<sup>107</sup>, omdat het dan niet om een zuiver nalaten gaat waarbij die terughoudendheid wel (of althans eerder) nodig lijkt.<sup>108</sup>

#### 4.5 De argumenten voor en tegen aansprakelijkheid

Het wordt tijd om nader in te gaan op de aangevoerde argumenten voor of tegen aansprakelijkheid wegens nalaten. Omdat met name in Engeland zeer open en ruimhartig ingegaan wordt op die argumenten, zal ik bij mijn bespreking ervan ook voornamelijk terugvallen op het Engelse recht.

LORD HOFFMANN noemt in het vervolg van het in § 4.2 al aangehaalde citaat uit de zaak *Stovin v. Wise* drie argumenten voor zijn opvatting dat aansprakelijkheid bij nalaten zeldzaam moet zijn. Ten eerste is de inbreuk op iemands persoonlijke vrijheid groter bij aanvaarding van een plicht te handelen, ten tweede zou een dergelijke plicht op een grote en niet te bepalen of beperken groep personen kunnen rusten zodat de vraag gerechtvaardigd is waarom een bepaald persoon eruit gepikt wordt (het ‘*why pick on me?*’-argument) en ten derde is het economisch efficiënter dat een activiteit zijn eigen kosten draagt en deze kosten internaliseerd.<sup>109</sup>

Een volgend argument dat aangevoerd wordt tegen de aanvaarding van een ‘duty of care’ voor personen die als toezichthouder functioneren, is volgens LORD BROWNE-WILKINSON dat<sup>110</sup>:

‘the proper performance of the defendant’s primary functions for the benefit of society as a whole will be inhibited if they are required to look over their shoulder to avoid liability in negligence.’

107. Van Dam 1995, p. 72, spreekt ook over toezichthouder-verantwoordelijkheid. Vgl. ook Von Bar 1996, Rdn. 166, die aangeeft dat de aansprakelijkheid van een psychiatrische inrichting in verband met gebrekkig toezicht strenger is dan de gewone aansprakelijkheid voor nalaten. Voor een voorbeeld, zie HR 12-5-1995, NJ 1996, 118 nt. JdB (‘t Ruige Veld/Univé). Om verwarring te vermijden, wijs ik er op dat Van Dam 2000, nr. 1601, op p. 439, de gevallen waarin er een speciale relatie tot een zaak of persoon bestaat, niet ziet als gevallen van ‘zuiver nalaten’, zoals de Hoge Raad dat doet in het *Struikelende broodbezorger*-arrest. Het gevolg is dat Van Dam voor die gevallen niet vereist dat aan bijzondere voorwaarden voldaan is om tot een plicht tot doen (en dus mogelijk aansprakelijkheid) te mogen concluderen, zoals hij wel in gevallen van zuiver nalaten eist. Volgens Van Dam is nalaten van een toezichthouder, gezien de speciale relatie tot de dader, geen zuiver nalaten, zodat voor terughoudendheid geen plaats is.

108. Over dat laatste aspect Van Dam 1995, p. 97.

109. *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 819, en § 3 hiervoor. Vgl. verder nog over deze argumenten Cane 1999, p. 61 e.v., en uitvoerig Kortmann, OUCLEF 2001, § III.2 e.v.

110. Zie *Barrat v. London Borough of Enfield* [1999] 3 All ER 193, op p. 199; [1999] 3 WLR 79 (per Lord Browne-Wilkinson).

Een belangrijke reden voor terughoudendheid is dus voornamelijk dat de gedaagde niet gehinderd mag worden in de uitoefening van zijn taken door de dreiging van aansprakelijkheid.<sup>111</sup> Het gaat dan om (de vrees voor) 'defensieve conduct' aan de zijde van de gedaagden, waarbij op abstract niveau afgevoegen moet worden wat zwaarder weegt, namelijk 'the total detriment to the public interest' als men voor aansprakelijkheid zou opteren of 'the total loss to all would-be plaintiffs' als men dat niet zou doen.<sup>112</sup>

Of die argumenten, in elk geval ten opzichte van toezichthouders, helemaal houdbaar zijn, valt nog te bezien,<sup>113</sup> want 'to prevent another from suffering harm' (het voorkomen dat een ander schade lijdt) is nu precies waarvoor (de taak van) een toezichthouder in het leven wordt geroepen.<sup>114</sup> Dat zal dus niet als argument tegen aansprakelijkheid gebruikt kunnen worden. En omdat er in beginsel slechts één toezichthouder zal zijn om op bepaalde gedragingen van bepaalde personen te letten, kan het argument dat er potentieel vele gedaagden zijn (die bovendien allemaal eventueel een regresmogelijkheid zouden hebben), ook niet overtuigen. Daarbij komt in zijn algemeenheid nog dat er ook in gevallen van 'handelen' vele potentiële veroorzakers kunnen zijn. Daarvoor zijn regels (over hoofdelijkheid en regres) ontwikkeld, en niet valt in te zien waarom dat ten aanzien van gevallen van nalaten niet zou kunnen.<sup>115</sup> Dat de eerder al genoemde 'floodgates' bij aanvaarding van een (iets) ruimere aansprakelijkheid niet direct wagenwijd open zullen gaan, blijkt uit de ervaringen in andere landen, waar men niet zo terughoudend is en er (toch) geen problemen bestaan op dit vlak.<sup>116</sup>

Daarnaast betekent het gehoor geven aan het 'floodgates'-argument en de daaraan gekoppelde vrees voor 'defensieve conduct' ook dat (een deel van) de prikkels om schade te voorkomen, worden weggenomen, en dat leidt tot minder preventieve

111. Markesinis/Dakin 1999, p. 145; Rogers 1998, p. 143; Van Geven c.s. 1999, p. 356. Vgl. ook nog *Yuen Kiu-yun v. Hong Kong Central of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, op p. 715-716, waarin gezegd wordt dat er 'much force' in dit argument zit, maar dat men liever op andere gronden de vordering afwijst. Zie *Barrett v. London Borough of Enfield* [1999] 3 All ER 193, op p. 199; [1999] 3 WLR 79 (per Lord Browne-Wilkinson). Gezien EHRM 28-10-1998, NJ 2000, 134 nr. EAA ((O)smann/Vereinigd Koninkrijk), § 148-152, zal men echter enige terughoudendheid moeten betachten bij het verhalen van een immuut (aan bijvoorbeeld de politie) op basis van 'the public interest', omdat zulks in strijd met art. 6 EVRM kan komen. Zie daarover, en de 'aftermath' van die uitspraak, bijvoorbeeld Markesinis, FS Stoll 2001, p. 289 c.v.; Kortmann c.s.; Kortmann-bundel 2001, p. 220 c.v.

113. Vgl. Cane 1999, p. 62; 'these arguments really amount to very little.' Zo ook Kortmann, OLCLEF 2001, § III.4, ten aanzien van het derde argument.

114. Zo ook McLennan, OJLS 1988, p. 454. Vgl. ook Giesen 2003, p. 332.

115. In die zin expliciet Weinreb, 90 Yale LJ 247 (1980-1981), p. 262. Vgl. tevens Cane 1999, p. 63.

116. Daarop is gewezen door Markesinis, LQR 1989, p. 121 en 123.

<sup>117</sup> Bovendien, als het gedrag in kwestie gemeten kan worden aan de maatstaf van hoe een 'redelijk handelend persoon' had moeten handelen, zoals dat hier het geval zal zijn, dan valt niet in te zien waarom het een publiek belang zou dienen dat die maatstaf van 'een redelijk handelend persoon' niet aangegeld zou worden.<sup>118</sup> De 'hinder' die een eventuele aansprakelijkheid met zich zou brengen, het *chilling effect* ervan, is overigens feitelijk niet altijd aanwezig, zoals blijkt uit het onderzoek dat dienaangaande verricht werd bij de Engelse brandweer. Daaruit bleek namelijk dat de mogelijkheid van aansprakelijkheid niet leidde tot een defensieve opstelling van de brandweer en ook niet tot te hoge lasten wegens het afkopen van aansprakelijkheid.<sup>119</sup>

Het argument van de economische efficiëntie lijkt daarmee vooralsnog als enige overtuigend te blijven. HONORE noemt dit ook 'the most plausible argument for sanctioning acts more severely than omissions'.<sup>120</sup> Het vragen om een positief handelen zadt een persoon op met meer kosten qua tijd, moeite, geld en deskundigheid dan een verbod met hetzelfde resultaat. Het kost de maatschappij dus minder om mensen te verplichten elkaar niet te schaden dan om mensen te verplichten elkaar te helpen.<sup>121</sup> Ik wijs er dan echter wel meteen op dat het volgens SMITS moeilijk is om uit het 'Law & Economics'-debat over deze kwestie echt harde conclusies voor of tegen aansprakelijkheid te trekken, een conclusie die gedeeld wordt door LANDES en POSNER.<sup>122</sup> KORTMANN betoogt daarentegen dat de rechtseconomische analyse geen valide argument vormt als het erom gaat aansprakelijkheid wegens een nalaten te ontkennen.<sup>123</sup> Wat van deze discussie verder ook zij, duidelijk lijkt wel te zijn dat via een regtesvordering van de aansprakelijk gehouden toezichthouder op de primaire dader (al zal dat geregeld feitelijk lastig of onmogelijk zijn), in elk geval in theorie bereikbaar is dat de betreffende activiteit alsnog zijn eigen kosten draagt.<sup>124</sup>

117. Zie bijvoorbeeld (Craig & Farngeve, P.L. 1999, p. 636; Giesen 2003, p. 331-332, en *Bayton v. United States* 636 F.2d 132, op p. 148.  
 118. *Barre v. London Borough of Enfield* [1999] 3 All ER 193, op p. 208 en p. 228; [1999] 3 WLR 79, bij monde van Lord Slynn en Lord Hutton die hier de eerdere uitspraak van Evans, L.J. in deze zaak ([1998] 2 B. 367, op p. 380) citeren. Vgl. ook *Capital and Counties plc v. Hampshire CC* [1997] 2 All ER 865, op p. 890 (per Stuart-Smith); *Hol* 1995, p. 62. Vgl. ook McLean, OJLS 1988, p. 452 en 454-455, en Craig & Farngeve, P.L. 1999, p. 635.  
 119. Zie Hartshorne e.a., MLR 2000, p. 502 e.v.; en daarover ook Vranken, WPNR 6428 (2001), p. 16, naar aanleiding van *Capital and Counties plc v. Hampshire CC* [1997] 2 All ER 865. Vgl. verder Craig & Farngeve, P.L. 1999, p. 635. Zie over de geringe kracht van het argument van kostenslijpingen door aansprakelijkheid ook *Hol* 1995, p. 62-63.  
 120. *Honore* 1999, p. 41-42.  
 121. *Honore* 1999, p. 42.  
 122. *Smits* 2000, p. 27, resp. *Landes & Posner*, JLS 1978, p. 123 ('the net effect of liability is unclear') en p. 124-125.  
 123. Zie uitvoering met treffende voorbeelden Kortmann, OJCLF 2001, § III.4.  
 124. Het afwijzen van een vordering van S op T omdat daardoor de kosten niet bij D komen te liggen en deze dus niet geïnternaliseerd worden, maakt weinig indruk als die kosten zonder die vordering (van S op T) zeker ook niet bij D terecht zullen komen, omdat een vordering van S op D feitelijk onmogelijk is. Wellicht kan die vordering (van S op T) wel prikkelen tot het instellen van een regtesvordering door T op D en zo alsnog tot het internaliseren van (een deel van) de kosten (door en bij D) leiden.



Wat daarnaast nog over het hoofd wordt gezien bij de nog steeds vrij frequent voorkomende algemene ontkenningen van het bestaan van een 'duty', is volgens MARKESINIS en DEAKIN dat het goed mogelijk is dat de schade of het gevaar dat door ingrijpen afgewend kan worden, zeer groot is terwijl de kosten van ingrijpen zeer klein zijn. Door een 'duty' dan bij voorbaat te ontkennen, kan de (in Nederlandse termen) *Kelderhuik*-afweging niet uitgevoerd worden, terwijl de uitkomst daarvan best zou kunnen zijn dat aansprakelijkheid wenselijk is.<sup>125</sup> Een tweede kritiekpunt in de Engelse literatuur betreft de nadruk die er gelegd wordt op de voorzienbaarheid in die gevallen dat er wel een 'duty' aangenomen wordt, omdat dat begrip of die eis te vaag zou zijn. Het wordt zinvoller geacht om categorieën van gevallen te identificeren.<sup>126</sup> Dit gegeven raakt echter niet aan de kern van de zaak, namelijk dat de argumenten voor terughoudendheid bij aansprakelijkheid wegens nalaten uiteindelijk niet steekhoudend lijken te zijn. De Nederlandse benadering verdient derhalve de voorkeur boven de Anglo-Amerikaanse.

Tot slot, het enkele feit dat de gedaagde een wettelijke taak uitoefent als overheidsorgaan, hetgeen hier zeer relevant is aangezien zulks bij toezichthouders met regelmaat het geval zal zijn, staat op zich niet aan acceptatie van een 'duty' in de weg. Dat gegeven zal de beoordeling echter wel (extra) compliceren, denk bijvoorbeeld aan de beleidsvrijheid die zo'n toezichthouder zal hebben, en zodoende in elk geval de aanvaarding van een plicht tot handelen niet vereenvoudigen. Diezelfde wettelijke bevoegdheid of taak kan echter ook juist de 'trigger' zijn die de voor aansprakelijkheid benodigde (speciale) relatie tussen eiser en gedaagde schept.<sup>127</sup>

#### 4.6 Toegift (1): het Europese privaatrecht

Naast de voorgaande beschouwing over een aantal rechtsstelsels, kan tegenwoordig nog een (nieuw) perspectief in de overwegingen betrokken worden, namelijk dat van het Europese privaatrecht. Hoe is het gesteld met de aansprakelijkheid wegens nalaten op dat nog in ontwikkeling zijnde rechtsgebied? Loopt men op dat vlak in de pas met hetgeen hiervoor geconstateerd werd? In hoofdlijnen zien de ontwikkelingen er tot op heden als volgt uit.

VON BAR heeft in zijn monumentale werk over het 'Europese' onrechtmatige daadsrecht gesteld dat binnen dat Europese aansprakelijkheidsrecht, voorzover dat al zou bestaan, in zijn algemeenheid geldt dat de plicht om bepaalde schade te voorkomen of tegen te gaan, afhankelijk is van het bestaan van een bijzondere relatie

125. Zie hierover Markesinis/Deakin 1999, p. 139, en Markesinis, LQR 1989, p. 118. Vgl. ook Cane 1999, p. 63; Lunney/Oliphant 2000, p. 389, en Hol 1995, p. 63. Het erkennen van een 'duty' betekent uiteraard niet dat er steeds aansprakelijkheid aangenomen zal worden, aldus ook Markesinis, LQR 1989, p. 116.

126. Lunney/Oliphant 2000, p. 390-391. Vgl. ook Markesinis, LQR 1989, p. 117-118.

127. *Barrat v. London Borough of Enfield* [1999] 3 All ER 193, op p. 216 en 217; [1999] 3 WLR 79 (per Lord Hutton); *X (minors) v. Bedfordshire CC* [1995] 3 All ER 353, op p. 367 (per Lord Browne-Wilkinson). Vgl. verder over de aansprakelijkheid van overheidsorganen naar Engels recht naast de voornoemde zaken bijvoorbeeld Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 105-107, met verdere verwijzingen.

tot het slachtoffer of tot de bron van het gevaar, zoals de primaire dader. Het gaat dus om de verantwoordelijkheid voor die bron van gevaar.<sup>128</sup> Met name de 'Weisungsbefugnis', de bevoegdheid om een bepaalde toestand te (laten) veranderen, van de aangesprokene is als bron van plichten van belang. Als zodanig kan echter ook de bijzondere professionele kennis die iemand heeft, dienst doen, als ten minste de ander erop mocht vertrouwen dat die kennis te zijner bescherming gebruikt werd. Een plicht gevaren af te wenden wordt verder gegrond op het economische voordeel dat de bron van gevaar oplevert en op de 'allgemeine Sachherrschaft', dat wil zeggen de mogelijkheid om controle uit te oefenen.<sup>129</sup>

Op zoek naar de 'common core' op dit terrein constateert VAN GERVEN dat de Engelse terughoudendheid niet gedeeld wordt in Frankrijk en Duitsland.<sup>130</sup> Verder is relevant dat de aanwezigheid van een speciale relatie met de eiser tot een plicht en daarmee mogelijk aansprakelijkheid zal leiden, net zoals het scheppen van een bron van gevaar, bedoeld om te leiden tot eigen gewin. Wanneer het gaat om het niet voorkomen van schade door de handeling van een ander, en dat is de situatie die voor een toezichthouder het meest van belang lijkt te zijn, kan aansprakelijkheid met name in beeld komen indien er een relatie bestaat tussen partijen, en die relatie de zorg en controle bij de aangesprokene legt.<sup>131</sup> Of aansprakelijkheid wenselijk is, dient steeds bezien te worden aan de hand van het soort van inspanning dat de vereiste handeling met zich brengt; als de last daarvan te groot is, zou er geen aansprakelijkheid mogen bestaan.<sup>132</sup>

De EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, ook wel de SPIER/KOZIOL-GROUP, heeft in de 'draft Principles of European Tort Law' vooralsnog een specifieke bepaling voor gevallen van nalaten opgenomen in Art. 4:103:

- '(1) There is no general duty to act positively to protect others from damage.  
(2) Such duty may, however, exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side points towards such a duty.'

Geen algemene plicht dus, maar wel diverse uitzonderingen op die niet bestaande algemene plicht. De gekozen formulering stelt derhalve een negatief uitgangspunt voorop en dat straalt eenzelfde soort terughoudendheid uit die in Engeland de boventoon voert. Of dat echter de 'common core' van het Europese aansprakelijkheidsrecht is of zou moeten zijn, valt te bezien, zoals ook moge blijken uit hetgeen eerder beschreven werd. De gekozen formule voor de uitzonderingen op de algemene regel is mijns inziens ook redelijk nauw opgezet en niet steeds direct duidelijk. Zo ontbreekt een nadere bepaling van wie de 'parties' in deze zijn. Gaat het hier enkel

128. Von Bar 1999, Rdn. 194 en m.n. 200 e.v.

129. Von Bar 1999, Rdn. 203-204.

130. Van Gerven c.s. 1999, p. 78-79.

131. Van Gerven c.s. 1999, p. 79-81.

132. Van Gerven c.s. 1999, p. 82.

om de speciale relatie tussen het slachtoffer en de toezichthouder of kan de relatie tussen de toezichthouder en de primaire dader ook een bron van plichten zijn voor de toezichthouder ten opzichte van het slachtoffer? Ook lijkt de relatie met een (on)roerende zaak als mogelijkheid om tot een 'duty' te komen, te ontbreken, al schuilt dat element wellicht in de term 'a dangerous situation'.

#### 4.7 Toegift (2): het EVRM

In aansluiting op dit meer internationaal georiënteerde perspectief, komt naar Nederlands (internationaal) recht ook nog, en steeds pregnanter, het EVRM om de hoek kijken. In dit kader gaat het dan met name om (de ontwikkeling ten aanzien van) art. 2 EVRM. Dat artikel behelst namelijk, in elk geval voor de nationale autoriteiten (grof gezegd: de overheid), de verplichting om gepaste stappen te nemen om het leven te beschermen van een ieder die onder haar rechtsmacht ressorteert.<sup>133</sup> Daartoe volstaat het niet om alleen strafbepalingen op te nemen om misdrijven tegen het leven af te schrikken. In sommige omstandigheden verplicht dit artikel de overheid om preventief op te treden ter bescherming van een burger wiens leven gevaar loopt als gevolg van criminele handelingen van een ander.<sup>134</sup> Vereist is dan wel dat aangetoond wordt dat de autoriteiten op de hoogte waren of hadden moeten zijn van een reëel en onmiddellijk gevaar voor het leven van specifieke personen en dat zij hebben nagelaten maatregelen te treffen die men redelijkerwijze had mogen verwachten om het gevaar af te wenden. Het is namelijk niet zo dat elke mogelijkheid van geweld voorkomen moet worden en de last voor de overheid mag niet disproportioneel zijn.<sup>135</sup>

De voorzienbaarheid van het gevaar is, zo blijkt uit de hier gestelde voorwaarden, (opnieuw) van groot belang. Indien redelijkerwijs voorzienbaar was dat een gevangene, gezien zijn psychische toestand, een gevaar voor een andere gevangene zou kunnen zijn, mogen zij niet bij elkaar in één cel gezet worden. Daarop dient toegezien te worden en indien dat niet gebeurt, kan dat tot aansprakelijkheid van de gevangenis-

133. Uit art. 3 EVRM volgt bovendien nog de plicht van de Staat om maatregelen te nemen zodat personen die onder zijn rechtsmacht ressorteren, niet worden onderworpen aan mishandeling. De autoriteiten moeten redelijke stappen nemen om mishandeling waarvan zij kennis hadden of konden hebben, te voorkomen. Zie EHRM 10-5-2001, NJB 2001, 29 (*Z. c.a./Verenigd Koninkrijk*).

134. Zie EHRM 14-3-2002, NJB 2002, 19 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 3-4-2001, NJB 2001, 24 (*Keenan/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 24-10-2002, NJB 2002, 52 (*Mastromatteo/Italië*), en EHRM 28-10-1998, NJ 2000, 134 nt. EAA (*Osman/Verenigd Koninkrijk*), § 115, steeds voortbouwend op EHRM 9-6-1998, NJ 1999, 283 (*L.C.B./Verenigd Koninkrijk*).

135. Zie EHRM 14-3-2002, NJB 2002, 19 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*), waaruit volgt dat gedetineerden zich in een kwetsbare positie bevinden en bescherming behoeven; EHRM 3-4-2001, NJB 2001, 24 (*Keenan/Verenigd Koninkrijk*), waaruit blijkt dat dit in beginsel ook geldt in die gevallen waarin iemand zichzelf in gevaar brengt (zelfmoord in gevangenis), en EHRM 24-10-2002, NJB 2002, 52 (*Mastromatteo/Italië*). Het Hof verwijst daarbij naar de *Osman*-zaak, zie EHRM 28-10-1998, NJ 2000, 134 nt. EAA (*Osman/Verenigd Koninkrijk*), § 116. De hier genoemde, uit de *Osman*-zaak voortvloeiende algemene beginselen gelden ook bij risico's voortvloeiend uit milieuvraagstukken (zoals bij een ontploffing op een vuilnisbelt die de illegale behuizing op die plek verwoest), zie EHRM 18-5-2002, NJB 2002, 38 (*Önerildiz/Turkije*).

autoriteit leiden.<sup>136</sup> In het EVRM is naar mijn mening dus weinig steun te vinden voor terughoudendheid ten aanzien van (de aansprakelijkheid wegens nalaten door) toezichthouders. Als er ergens steun voor gevonden kan worden, is dat veeleer voor het tegendeel.

## 5 Concluderende beschouwingen

### 5.1 *Nalaten dient niet anders behandeld te worden*

Ik wijs er nogmaals op (zie al § 4.2) dat het onderscheid tussen aansprakelijkheid wegens handelen en aansprakelijkheid wegens nalaten lastig te maken is, omdat het onderscheid tussen handelen en nalaten op zichzelf al lastig (te maken) is en (vaak eenvoudig) omzeild kan worden. Ik gaf eerder al aan dat een verwijt vaak in termen van een handeling of van een nalaten gegoten kan worden en dat eigenlijk bijna elk nalaten ook als een onjuist handelen omschreven zou kunnen worden.<sup>137</sup> Voor CANE bestaat er dan ook geen manier of reden om beide van elkaar te scheiden.<sup>138</sup>

LUNNEY en OLIPHANT concluderen echter dat er wel een rationeel onderscheid mogelijk is, en wel in die zin dat een 'common sense distinction' mogelijk is tussen 'dingen erger maken' en 'dingen niet beter maken', waarbij in het laatste geval de restrictie op de individuele vrijheid veel groter is. Het onderscheid is echter relatief ('one of degree'), zo moeten ook zij erkennen.<sup>139</sup> HONORÉ zat ook al op deze koers maar concludeerde toch dat 'interventions' over het algemeen 'more objectionable' zijn dan nalaten - zodat de aansprakelijkheid voor nalaten minder ver hoeft te reiken - omdat die een stabiele, zekere situatie (de status quo) verstoren.<sup>140</sup>

Een formulering van een vordering in termen van ofwel een handelen ofwel een nalaten, is dus op zich wellicht nog wel mogelijk, maar lijkt eigenlijk niet heel veel verschil te maken. De (mate van) aansprakelijkheid dan echter wel (substantieel) laten verschillen, zou dan op zijn minst vreemd zijn; het zou veeleer 'legal policy' moeten zijn die de doorslag geeft.<sup>141</sup> Daarin schuilt dus een argument tegen een aparte aansprakelijkheidsregeling voor nalaten. Met andere woorden, de her en der beleden terughoudendheid ten aanzien van de aansprakelijkheid wegens nalaten, van een toezichthouder of in algemene zin, lijkt niet wenselijk en juist.

Dit alles spreekt des te sterker in de context van de aansprakelijkheid van toezichthouders, aangezien het aan een toezichthouder opleggen van een 'duty', een plicht te handelen, betekent dat deze een plicht krijgt om een gevaar of schade te

136. Vgl. het feitencomeplex zoals aan de orde in EHRM 14-3-2002, NJB 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk).

137. Daarover Lunney/Oliphant 2000, p. 389; Hart/Honoré 1985, p. 138. Vgl. ook nog Van Dam 1995, p. 7 en 47, en Honoré 1999, p. 50-53, die het onderscheid uiteindelijk baseert op 'intervening in the world so as to bring about change'.

138. Cane 1999, p. 64.

139. Lunney/Oliphant 2000, p. 389. Zo ook Weinrib, 90 Yale LJ 247 (1980-1981), p. 251. Vgl. verder nog Kortmann, OUCLEF 2001, § II.

140. Honoré 1999, p. 64. Kritisch daarover Kortmann, OUCLEF 2001, § III.7.

141. Zo Cane 1999, p. 64.

voorkomen. En dat is precies wat een toezichthouder in zijn algemeenheid geacht wordt te doen, zodat een eventuele aansprakelijkheid, ook voor een nalaten waarvoor dan een plicht gevonden moet worden, passend lijkt te zijn, indien zulks niet (voldoende) geschied is.

## 5.2 Afronding en een korte vooruitblik

Aansprakelijkheid voor nalaten is mogelijk indien er een plicht tot handelen bestaat. Daarbij lijkt voor toezichthouders speciaal van belang te zijn dat hun handelen er nu juist op gericht zou moeten zijn, dat is waar het mijns inziens uiteindelijk bij toezicht om draait, om het gevaar of de risico's van schade en de ernst ervan op tijd te onderkennen. Zij moeten trachten, als controlerende instantie, om het gevaar tijdig te doorgronden, omdat de 'gewone' burger daartoe niet in staat wordt geacht. De toezichthouder zou de kennis (van de risico's) en de kunde (om de risico's te vermijden) moeten hebben die de burger ontbeert.<sup>142</sup> Men zou dan ook kunnen stellen, in de terminologie van het *Struikelende broodbezorger*-arrest, dat het bij de aansprakelijkheid van toezichthouders hierom gaat of de toezichthouder voldoende gedaan heeft om 'de ernst van het gevaar tot het bewustzijn *te laten doordringen*'. Ook zo bekeken, is er voor terughoudendheid bij aanvaarding van aansprakelijkheid minder plaats dan soms wel wordt gedacht.

Op basis van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat, voorzover het al wenselijk zou zijn om een onderscheid tussen aansprakelijkheid wegens handelen en aansprakelijkheid wegens nalaten te aanvaarden (hetgeen mijns inziens niet het geval is), de voor die laatste vorm van aansprakelijkheid benodigde plicht tot handelen best te vinden is. Dat geldt ook in onze door individuele vrijheid geregeerde, liberale samenleving; de maatschappelijke solidariteit heeft blijkbaar ook hier een plek veroverd. De (bijzondere) relatie tussen de 'toezichthouder' (T) en het slachtoffer (S), dan wel de relatie tussen de 'toezichthouder' en de primaire dader (D), biedt voor het lokaliseren en benoemen van dergelijke plichten voldoende ruimte.

Hoe ver de zo gevonden plicht om zorgvuldig te handelen dan vervolgens reikt, is afhankelijk van de voorzienbaarheid, de andere afwegingsfactoren uit het *Kelderluik*-arrest en de in die afweging besloten gelegen 'beleidsvrijheid'.<sup>143</sup> Bij die afweging zal de rechter ook aandacht moeten besteden aan het argument dat er een preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht kan uitgaan. De verplichting om iemands schade te vergoeden na een (ten onrechte) nalaten, kan personen en organisaties immers stimuleren om bij voorbaat maatregelen te nemen om dergelijke fouten in de toekomst te vermijden, en dat kan een belangrijke reden zijn om tot aansprakelijk-

142. Giesen 2003, p. 332. Vgl. over die kennis en kunde Van Dam 1995, bijvoorbeeld op p. 64 en 78, en Van Dam 2000, nr. 1606, die deze kennis en kunde als rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid van toezichthouders opvoert, ook (doch iets meer opgetuigd) als er geen speciale relatie tot een persoon of zaak bestaat.

143. Zie nader Giesen 2003, p. 319 e.v., p. 328 en p. 333; Van Dam 1995, p. 79, en de specifieke toets in Hof Arnhem 14-3-2000, NJ 2002, 289 (Kirstv. P./K en KNGB). Vgl. ook al Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1031.

heid te besluiten.<sup>144</sup> Tevens zal expliciet bekeken moeten worden of de hiervoor al diverse malen genoemde notie van ‘controle’ een rol speelt, en zo ja, in hoeverre er dan een mogelijkheid tot controle bestond voor de gedaagde.<sup>145</sup>

☞

---

144. Zie in algemene zin bijvoorbeeld Barendrecht, NJB 2002, p. 606 e.v. (en p. 609 t.a.v. toezichhouders); Hol 1995, p. 58, en ten aanzien van toezichhouders Giesen, AV&S 2002, p. 102 en 108, en Giesen 2003, p. 331-332.

145. Zie voor nu slechts Barendrecht, NJB 2002, p. 611; § 4.2 en § 4.3 hiervoor, en Van Dam 1995, p. 65 (de controle kan intensiever zijn als er meer personen profiteren van de gunstige effecten daarvan).

## Lijst van verkort aangehaalde literatuur:

Ashmead, 55 *Brooklyn L. Rev.* 995 (1989)

J.R. Ashmead, Putting a Cork on Social Host Liability: New York Rejects a Trend, 55 *Brooklyn L. Rev.* 995 (1989)

Asser-Hartkamp 4-III (2002)

A.S. Hartkamp (m.m.v. C.H. Sieburgh), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel III. Verbintenis uit de wet*, 11e druk, Kluwer: Deventer 2002

Von Bar 1996

Chr. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band I*, Beck: München 1996

Von Bar 1999

Chr. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II*, Beck: München 1999

Barendrecht, *NJB* 2002

J.M. Barendrecht, Aansprakelijkheid en welzijn, *NJB* 2002, p. 605 e.v.

Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002

J.M. Barendrecht, I. Giesen, M.H.M. Schellekens, M.W. Scheltema, *Overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstreking*, Bju: Den Haag 2002

Van Boom 1997

W.H. van Boom, Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel, in: W.H. van Boom (e.a.) (red.), *Tussen Alles en Niets*, Tjeenk Willink: Deventer 1997, p. 135 e.v.

Van Boom & Giesen, *NJB* 2001

W.H. van Boom & I. Giesen, Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen, *NJB* 2001, p. 1675 e.v.

Bright, *OJLS* 2001

S. Bright, Liability for the Bad Behaviour of Others, *OJLS* 2001, p. 311 e.v.

Cane 1999

P. Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 6th ed., Butterworths: London 1999

Charlesworth & Percy 1997

R.A. Percy & C.T. Walton, *Charlesworth & Percy on Negligence*, 9th ed., Sweet & Maxwell: London 1997

Craig & Fairgrieve, P.L. 1999

P. Craig & D. Fairgrieve, Barret, Negligence and Discretionary Powers, *P.L.* 1999, p. 626 e.v.

Daalder 1998

E.J. Daalder, Onderneming, toezicht en de Algemene wet bestuursrecht, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.) (red.), *Overheid en onderneming*, Kluwer: Deventer 1998, p. 385 e.v.

Van Dam 1995

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Preadvies voor de Nederlandse vereniging voor Rechtsvergelijking*, no. 52, Kluwer: Deventer 1995

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, BJu: Den Haag 2000

Deutsch 1995

E. Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz und Schmerzensgeld*, 3. Aufl., C. Heymann's Verlag: Köln 1995

Van Dijk, NTBR 2003

Chr. H. van Dijk, Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars, *NTBR* 2003, p. 188 e.v.

Drion 1958

H. Drion, *Aansprakelijkheid voor andermans fouten in verband met de inhoud der verplichtingen*, Oratie Leiden, Martinus Nijhoff: Den Haag 1958

Elvin, CLJ 2002

J. Elvin, Case and Comment: The Liability of Schools for Bullying, *CLJ* 2002, p. 255 e.v.

Epstein 2000

R.A. Epstein, *Cases and Materials on Torts*, 7th ed., Aspen Law & Business: Gaithersburg 2000

Fleming & Maximov, 62 *Cal. L. Rev.* 1025 (1974)

J.G. Fleming, B. Maximov, The Patient or His Victim: the Therapist's Dilemma, 62 *Cal. L. Rev.* 1025 (1974)

Gammon & Hulston, 60 *Mo. L. Rv.* 749 (1995)

T.E. Gammon & J.K. Hulston, The Duty of Mental Health Care Providers to Restrain Their Patients or Warn Third Parties, 60 *Mo. L. Rev.* 749 (1995)



Van Gerven e.s. 1999

W. van Gerven (e.a.), *Common Law of Europe Casebooks. Torts. Scope of Protection*, Hart: Oxford 1999

Giesen, AV&S 2002

I. Giesen, Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht, *AV&S* 2001, p. 97 e.v.

Giesen 2003

I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid jegens derden voor letselschade: de zorgvuldigheidsnorm en de rechtvaardiging voor aansprakelijkheid, in: C.J.M. Klaassen (e.a.) (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Kluwer: Deventer 2003, p. 311 e.v.

Harper & Kime, 43 Yale L.J. 886 (1934)

F.V. Harper & P.M. Kime, The Duty to Control the Conduct of Another, 43 *Yale L.J.* 886 (1934)

Hart/Honoré 1985

H.L.A. Hart, T. Honoré, *Causation in the Law*, 2nd. ed., Clarendon: Oxford 1985

Hartshorne e.a, MLR 2000

J. Hartshorne, N. Smith, R. Everton, 'Caparo under Fire': a Study into the Effects upon the Fire Service of Liability in Negligence, *MLR* 2000, p. 502 e.v.

Hol 1995

A.M. Hol, Preventie van criminaliteit en aansprakelijkheid van politie, in: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Kluwer: Deventer 1995, p. 57 e.v.

Honoré 1999

T. Honoré, *Responsibility and Fault*, Hart: Oxford 1999

Jansen, NTBR 2001

C.H.M. Jansen, Recensies: C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, *NTBR* 2001, p. 295 e.v.

Kortmann, OUCLF 2001

J. Kortmann, Liability for Nonfeasance; a comparative study, (2001) *Oxford U Comparative L. Forum* at <http://ouclf.iuscomp.org>

Kortmann e.s., Kortmann-bundel 2001

S.C.J.J. Kortmann, J.S. Kortmann, L.P. Kortmann, Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken, in: P.P.T. Boven-d'Eert (e.a.) (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Kluwer: Deventer 2001, p. 207 e.v.

Landes & Posner, JLS 1978

W.M. Landes, R.A. Posner, Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: an Economic Study of Law and Altruism, 7 *JLS* 1978, p. 83 e.v.

McLean, OJLS 1988

H. McLean, Negligent Regulatory Authorities and the Duty of Care, *OJLS* 1988, p. 442 e.v.

Lunney/Oliphant 2000

M. Lunney, K. Oliphant, *Tort Law. Text and Materials*, Oxford University Press: Oxford 2000

Markesinis, LQR 1989

B.S. Markesinis, Negligence, Nuisance, and Affirmative Duties of Action, *LQR* 1989, p. 104 e.v.

Markesinis, CLJ 2000

B.S. Markesinis, Judicial Style and Judicial Reasoning in Engeland and Germany, *CLJ* 2000, p. 294 e.v.

Markesinis, FS Stoll 2001

B.S. Markesinis, Der wachsende Einfluß der Menschenrechte auf das englische Deliktsrecht, in: G. Hochloch (e.a.) (red.), *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Mohr Siebeck: Tübingen 2001, p. 279 e.v.

Markesinis/Deakin 1999

B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort Law*, 4th ed., Clarendon: Oxford 1999

Mcivor, CLJ 2001C. Mcivor, Liability in Respect of the Intoxicated, *CLJ* 2001, p. 109 e.v.

Merrill, 38 *Vand. L. Rev.* 431 (1985)

I.W. Merrill, Landlord Liability for Crimes Committed by Third Parties Against Tenants on the Premises, 38 *Vand. L. Rev.* 431 (1985)

Niehoff, 17 *U. Mich.J.L. Ref.* 99 (1983)

L.M. Niehoff, Note: Developing a Victim's Suit for Injuries Caused by a Compulsorily Released Prisoner, 17 *U. Mich. J.L. Ref.* 99 (1983)

Du Perron 2002

C.E. du Perron, De aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen in Europees perspectief, in: D.C. Buijs (e.a.) (red.), *Mok-aria*, Kluwer: Deventer 2002, p. 223 e.v.

- Restatement (2nd) of Torts  
American Law Institute, *Restatement (second) of the Law of Torts*, ALI 1965
- Rietveld, School en wet 2002  
J.J.W.M. Rietveld, Civielrechtelijke aansprakelijkheid in het onderwijs, *School en wet* 2002, p. 121 e.v.
- Rogers 1998  
W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 15th ed., Sweet & Maxwell: London 1998
- Van Rossum 2001  
A.A. van Rossum, *Falend toezicht*, Oratie UU, Bju: Den Haag 2001
- Van Schellen 1972  
J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, Kluwer: Deventer 1972
- Schut 1963  
G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. VU, Tjeenk Willink: Zwolle 1963
- Schut 1997  
G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, 5e druk, Tjeenk Willink: Deventer 1997
- Smits 2000  
J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, Oratie UM, Kluwer: Deventer 2000
- Spier (auteur) 2000  
J. Spier (e.a.), *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, 2e druk, Kluwer: Deventer 2000
- Tillema, NJB 2000  
A.J.P. Tillema, Het toezicht op de financiële sector, *NJB* 2000, p. 1196 e.v.
- Vranken, WPNR 6428 (2001)  
J.B.M. Vranken, Argumenteren in het recht, *WPNR* 6428 (2001), p. 14 e.v.
- Weinrib, 90 Yale LJ 247 (1980-1981)  
E.J. Weinrib, The Case for a Duty to Rescue, 90 *Yale L.J.* 247 (1980-1981), p. 247 e.v.
- Wolfsbergen 1946  
A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Universitaire Pers Leiden: Leiden 1946.