

AANSPRAKELIJKHEID IN BEROEP, BEDRIJF OF AMBT

onder redactie van

Prof.mr. C.J.M. Klaassen
Prof.mr. R.J.N. Schlössels
Prof.mr. G. van Solinge
Mr. L. Timmerman

Serie Onderneming en Recht
deel 25

KLUWER - DEVENTER - 2003

ISBN 90 130 0517 9

Willy Cremers, grafisch ontwerp

© 2003, C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge, L. Timmerman (red.)

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopiëren, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van uitgeverij Kluwer BV te Deventer.

Voor zover het maken van copieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave 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 alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

TOEZICHT EN AANSPRAKELIJKHEID JEGENS DERDEN VOOR LETSELSCHADE: DE ZORGVULDIGHEIDSNORM EN DE RECHTVAARDIGING VOOR AANSPRAKELIJKHEID*

1. Probleemstelling en plan van behandeling

Deze bijdrage is gewijd aan de aansprakelijkheid van toezichthouders voor schade toegebracht aan een derde bij het handelen in functie als toezichthouder¹. Ik ga het niet hebben over de financiële toezichthouders in Nederland, want daarover mocht ik elders al het nodige opmerken². De mogelijke aansprakelijkheid wegens gebrekkig toezicht door de (centrale of decentrale) overheid, blijft om dezelfde reden in principe ook buiten beschouwing³.

In dit artikel gaat het daarentegen wel over de mogelijke aansprakelijkheid van een toezichthouder voor schade toegebracht aan een derde indien die derde (ook) letselschade heeft geleden. Onder welke omstandigheden en op welke gronden kan een toezichthouder verantwoordelijk gehouden worden voor de letselschade van een derde, het slachtoffer, wan-

-
- * Mr. I. Giesen is als universitair hoofddocent verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg. De auteur werkt aan een onderzoek over 'Aansprakelijkheid van toezichthouders' in het kader van een door NWO verstrekte Persoonsgerichte Postdoc Subsidie (PPS).
 - ** De auteur dankt Maurits Barendrecht en Willem van Boom voor hun kritische commentaar bij eerdere versies van deze bijdrage, en François Kristen voor de daaraan voorafgaande discussie. Deze bijdrage werd afgerond in december 2002.
 - 1 Hierbij zullen met name de typische aspecten die gerelateerd zijn aan controle en toezicht aan bod komen. Ik bespreek dus niet de mogelijke aansprakelijkheid van het personeel van de toezichthouder of de aansprakelijkheid van de toezichthouder als werkgever.
 - 2 Zie I. Giesen, Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht, *AV&S* 2002/4, p. 97-109 (de §§ 3 en 4 hierna, zijn ontleend aan en bouwen voort op die bijdrage), en daarover ook A.A. van Rossum, *Falend toezicht*, Oratie UU, Den Haag 2001.
 - 3 W.H. van Boom & I. Giesen, Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen, *NJB* 2001, p. 1675-1685.

neer die schade uiteindelijk is toegebracht door een ander, de primaire of eigenlijke dader, omdat die toezichthouder zijn toezichtstaken onvoldoende uitgevoerd heeft? Ofwel: wanneer bestaat er een plicht voor een toezichthouder om te voorkomen dat de ene burger de andere burger schade berokkent? Het gaat hier dus niet om die gevallen waarin de handelende persoon zelf, de primaire dader, aangesproken wordt tot vergoeding van de schade die hij teweeg gebracht heeft bij de eiser, het slachtoffer.

De opbouw van deze bijdrage is verder als volgt. In § 2 hierna schets ik een aantal aspecten van toezicht die voor het vervolg van belang (zouden kunnen) zijn. Ik ga daarbij speciaal nader in op de vraag wanneer er eigenlijk sprake is van 'toezicht'. In het vervolg van deze bijdrage zal ik dan trachten de zorgvuldigheidsnorm voor toezichthouders (iets nader) in te kleuren (§ 3). In § 4 behandel ik de mogelijke rechtvaardigingen voor de aansprakelijkheid van toezichthouders. Een korte conclusie (§ 5) besluit deze bijdrage.

2. Wanneer spreken wij over 'toezicht'?

2.1. Voorbeelden

'Toezichthouders' die in potentie letselschade zouden kunnen 'veroorzaken' (of: niet hebben kunnen voorkomen dat een ander letselschade teweeg bracht) 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 in het kader van het onderwerp van deze bijdrage bijvoorbeeld aan (de aan de overheid verbonden diensten als) de Inspectie voor de Gezondheidszorg, de Arbeidsinspectie, de Voedsel en Waren Autoriteit en de gevangnissen, en verder aan (particulier gedreven) ziekenhuizen, Verenigingen van Appartementseigenaren, sportverenigingen en hun trainers, coaches en begeleiders, zwembaden en de badmeesters, bejaardenhuizen en verpleeginstellingen, onderwijsinstellingen, woningcorporaties, exploitanten van attracties en recreatieve voorzieningen, etcetera⁴. Als min of meer 'archetypisch' voorbeeld van een vorm van toezicht die, indien

4 Wie in deze gevallen precies de eventueel verantwoordelijke (achterliggende) rechtspersoon is, en of dat in bepaalde gevallen wellicht (toch) de Staat is, laat ik hier verder buiten beschouwing. Het gaat hier om de voorbeelden als zodanig.

gebrekig, tot letselschade kan leiden, zouden die gevallen genoemd kunnen worden waarin een psychiatrische inrichting of de psychiatrische afdeling van een ziekenhuis aansprakelijk wordt gesteld, omdat door beoerdelijk falend toezicht een psychiatrisch patiënt heeft kunnen 'ontsnappen' waarna die patiënt een derde (via brandstichting, vernieling, toebrengen van letsel, etcetera) schade berokkent⁵.

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 dat makkelijk té ruim opgevat zou kunnen worden. Daarom lijkt het verstandig te proberen om enigszins nader te bepalen wat er onder 'toezicht' en daarmee 'toezichthouder' verstaan zou moeten worden. Dat is ook juridisch gezien van groot belang, omdat aan de bepaling van wat toezicht is, de hierna nog nader in te kleuren aansprakelijkheidsrechtelijke gevolgen kleven (zie § 3).

Bij toezicht in een min of meer modelmatige variant lijken dan een aantal personen/instanties betrokken te zijn. In de gevallen die hier aan de orde zijn (letselschade bij een derde), is er in elk geval een slachtoffer, de derde ten opzichte van de relatie tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde, die 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, daarop dient te letten, op die relatie dient toe te zien. In het vervolg daar-

5 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/Univé); 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). Tevens is het natuurlijk mogelijk dat de patiënt zichzelf schade toebrengt (zelfmoord), hetgeen dan ook weer tot schade voor een derde kan leiden.

op dient T ook nog in bepaalde gevallen daadwerkelijk in te grijpen, bijvoorbeeld om juist te voorkomen dat er schade ontstaat bij S (zie § 2.3), maar dan staat wel al vast dat hij toezichthouder is.

Een en ander betekent dat het *object* van het toezicht of 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 beleggingsinstellingen⁶ 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 overvaller⁷. 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 zouden 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 teweeg bracht, 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 raakt⁸. 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 badmees-

6 Zie nader over die materie A.J.P. Tillema, *Het toezicht op de financiële sector*, *NJB* 2000, p. 1198.

7 Zie het hierna in § 3.5 te bespreken geval van Rb. Amsterdam 18-7-2001, *NJkort* 2001, 46 (Zuringa/Diemen).

8 Zie Rb. Alkmaar 19-8-1982 en 9-6-1983, *NJ* 1984, 215 (Geervliet/Staat), waarover meer in § 3.5.

ter 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 leidt⁹. Deze gevallen vertonen wel de nodige verwantschap met de wel als toezicht te beschouwen gevallen, bij beide gaat het bijvoorbeeld met name om gevallen van nalaten (zie § 4.1), hetgeen wellicht zou kunnen betekenen dat de zorgvuldigheidsnorm die voor deze gevallen geldt, te transponeren is naar 'echte' gevallen van toezicht. Ik kom daarop terug in § 3.5.

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 bezien) 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 lossen¹⁰. 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. Inge-deeld naar de aanleiding voor de uitoefening van toezicht of de maatregelen naar aanleiding van dat toezicht¹¹ 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

9 Zie HR 14-6-2002, *RvdW* 2002, 101 (Interpolis/Obragas), waarover meer in § 3.5.

10 Vgl. *Kamerstukken II* 2000/2001, 27 831, nr. 1, p. 7; Giesen (2002), p. 98.

11 Andere indelingen zijn mogelijk, zie bijvoorbeeld Van Rossum (2001), p. 12, over preventief en repressief toezicht.

concrete aanleiding sprake is. Dat dit onderscheid voor wat betreft de aansprakelijkheidsvraag van belang kan zijn, komt hierna (in § 3.4 e.v.) nog aan bod als de invulling van de zorgvuldigheidsnorm aan de orde is.

3. De (invulling van de) zorgvuldigheidsnorm

3.1. Grondslag

Dat een toezichthouder naar Nederlands recht civielrechtelijk aansprakelijk zou kunnen zijn jegens een derde indien deze toezichthouder dat toezicht onvoldoende uitoefent, wordt op zichzelf, en terecht, niet betwist. De eerste vraag die vervolgens echter rijst, is wat daarvoor de *grondslag* kan of zou moeten zijn. Of een vordering in verband met het ten onrechte nalaten toezicht uit te oefenen, het onvoldoende toezicht uitoefenen of het gebrekkig toezicht uitoefenen, gebaseerd wordt op een toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW) of op een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), de twee in beginsel in aanmerking komende grondslagen, lijkt weinig verschil met zich te brengen. In beide gevallen is het uiteindelijk dezelfde norm waaraan getoetst moet worden, namelijk deze of er *onzorgvuldig* gehandeld werd (zie over de verdere invulling van die norm met name § 3.4 e.v. hierna). Dat geldt eigenlijk op dit moment in het algemeen zo¹².

Ook voor zover het over de verdere rechtsgevolgen gaat, zal er weinig verschil bestaan tussen beide mogelijke vorderingen. In beide gevallen is afdeling 6.1.10 BW van toepassing op de eventuele verplichting tot schadevergoeding¹³. Overigens zal het over het algemeen ook zo zijn dat er in de gevallen die hier aan de orde zijn géén contractuele relatie bestaat tussen de toezichthouder en de gedupeerde derde. In beginsel zal derhalve de onrechtmatige daad ingeroepen worden door de gedupeerde derde¹⁴.

12 Vgl. bijvoorbeeld voor het verwante terrein van dienstverleners en beroepsbeoefenaren J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer 1999, nr. 109-112, en I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer 1999, p. 13, met verdere verwijzingen.

13 Zie verder *Asser-Hartkamp 4-III*, nrs. 8-9.

14 Zie ook Giesen (2002), p. 100.

3.2. De zorgvuldigheidsnorm

Indien het gaat om de vraag welke zorgvuldigheidsnorm zou moeten gelden voor een toezichthouder, zal een eerste antwoord waarschijnlijk vrij snel luiden dat deze zich zal moeten gedragen naar de norm van 'een redelijk handelend toezichthouder'. Deze norm sluit aan bij de norm zoals die met name ten aanzien van vrije beroepsbeoefenaren wordt benut: de arts dient te handelen zoals een redelijk handelend arts zou handelen, de advocaat als een redelijk handelend advocaat, etcetera¹⁵. De aansluiting bij de vrije beroepen is niet zo vreemd als wij ons bedenken dat die beroepsbeoefenaren in iets breder verband bezien 'dienstverleners' zijn, net zoals de meeste toezichthouders ook (ten dele) een dienstverlenende taak hebben. De gelijkschakeling zou zo verklaard kunnen worden, zo lijkt het¹⁶.

Het is duidelijk dat deze norm een vergelijkingstype introduceert, 'de redelijk handelende toezichthouder', dat niet werkelijk bestaat. Bedacht dient dan echter te worden dat het al tijden in zwang zijnde vergelijkingstype van de 'redelijk handelende arts' of de 'redelijk handelende advocaat' net zomin bestaat. Dit zijn geen mensen van vlees en bloed. Al dit soort vergelijkingstypes zijn niet meer dan een abstractie¹⁷; de rechter beoordeelt of iemand voldaan heeft aan wat een 'ideaaltipe', iemand die handelt zoals het hoort, in abstracto gedaan zou hebben in de situatie waarin de gedaagde verkeerde¹⁸. Toegegeven kan worden dat het hier om een vage formule gaat, maar daaraan is op zich weinig anders te doen dan te trachten om beetje bij beetje een nadere invulling te vinden teneinde zo tot

15 Zie ook Van Rossum (2001), p. 13, en de noot van Frielink onder Rb. Amsterdam 7-6-2000, *JOR* 2000, 153 (Van den Broek/VvdE), op p. 847. Zie over die norm in algemene zin onder andere Giesen (1999), p. 13 e.v.

16 Giesen (2002), p. 101.

17 Zie ook W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 15th ed., London, 1998, p. 171, en vgl. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2000, nr. 909.

18 Zie Giesen (2002), p. 101. Zo ook Rogers (1998), p. 171. Dit laat onverlet dat wanneer duidelijk is wat andere personen in een bepaalde situatie in meerderheid plegen te doen, omdat dat de beste koers zou zijn, dat uiteraard zeer behulpzaam (en vaak beslissend) zal zijn bij de beoordeling van het geval. Dat verklaart ook het belang dat rechters in (beroeps)aansprakelijkheidsprocedures toekennen aan normen die binnen een bepaalde (beroeps)groep leven.

de kern door te dringen¹⁹. Het volledig achterlaten van elke vorm van vaagheid is daarbij waarschijnlijk een onhaalbare optie.

3.3. Ratio van toezicht en de zorgvuldigheidsnorm

De verdere analyse voortzettend vanuit de norm van de 'redelijk handelende toezichthouder', lijkt het in de eerste plaats nuttig om te trachten iets meer te zeggen over de mogelijke *ratio* van toezicht in de hier te bespreken gevallen en van deze zorgvuldigheidsnorm. Op basis van die *ratio* kunnen de partijen in een geschil, en natuurlijk ook de rechter wanneer die tot een beslissing geroepen wordt, vervolgens voor elke specifieke zaak beoordelen hoe de zorgvuldigheidsnorm in dat geval zou kunnen luiden.

Het doel en de strekking, ofwel de *ratio*, van toezicht en daarmee tevens van de zorgvuldigheidsnormen zoals die ten opzichte van de betrokken toezichthouders gelden, zijn als het gaat om toezichthouders die uiteindelijk letselschade zouden of hadden moeten tegengaan, precies daarin gelegen: het toezicht beoogt het *beschermen tegen en voorkomen van mogelijke gevaren en daarmee samenhangend mogelijk letsel voor derden*. De in aansprakelijkheidstechnische zin gebruikelijke termen die dan daaraan verbonden kunnen worden, zijn 'preventie' en 'slachtofferbescherming'.

Iets meer op de achtergrond speelt naar mijn idee ook de notie van *bescherming van vertrouwen* nog een rol²⁰. De derde, de buitenstaander, vertrouwt er tot op zekere hoogte op dat de toezichthouder zijn controlerende taak naar behoren zal verrichten en zo potentiële gevaren zal voorkomen, daarvoor is deze ten slotte aangesteld, ook al heeft die toezichthouder niet direct het (latere) slachtoffer als individueel persoon voor ogen als iemand die specifiek bescherming nodig heeft.

Om deze belangen, deze *ratio's*, te kunnen dienen, is zorgvuldig toezicht een noodzakelijk gegeven. De potentiële aansprakelijkheid van de toezichthouders zal deze er (mede) toe dwingen om dat toezicht goed en nauwkeurig uit te oefenen, zodat de mogelijkheid van aansprakelijkheid langs die weg uiteindelijk ook deze belangen zelf (de bescherming tegen

19 Van Rossum (2001), p. 13. Op p. 14 wordt overigens gesproken over een 'loze' formule, waartegen Giesen (2002), p. 102.

20 Zie ten aanzien van financiële toezichthouders, waarbij die vertrouwensbescherming voorop staat, Giesen (2002), p. 102. en verder J.M. Barendrecht, De toekomst van het aansprakelijkheidsrecht in drievoud, in: J.M. Barendrecht en E. Bauw, *Privaatrecht in de 21e eeuw. Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 1999, p. 83.

gevaaren, voorkoming van letsel, en de bescherming van vertrouwen) dient.

3.4. Concretere invulling

Hoe die bescherming dan verder tot uitdrukking komt, kan van geval tot geval verschillen, maar het lijkt niet onverstandig om daarbij in de eerste plaats aan te sluiten bij de eerder (§ 2.3) beschreven indeling in drie hoofdtaken van een toezichthouder: informatie verzamelen, beoordelen, en ingrijpen. Per taak kan dan wellicht aangegeven worden of er op dat vlak een tekortkoming kan worden geconstateerd, hetgeen ook in verband met de verdere beoordeling van het geval relevant kan zijn²¹.

Verder zal de invulling van de norm binnen die drie hoofdtaken sterk gebonden zijn aan de specifieke wettelijke bevoegdheid die de betreffende toezichthouder uitoefende of had moeten uitoefenen, indien ten minste zo'n specifieke bevoegdheid gegeven is. De bevoegdheden waarmee het toezicht wordt uitgeoefend, bepalen ook hoe het toezicht de mist in kan gaan²².

Voor zover er geen heldere wettelijke regels voorhanden zijn waaruit, bij schending van die regels, de eventuele aansprakelijkheid als het ware 'vanzelf' voortvloeit²³, zal bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm gevraagd worden of die toezichthouder anders handelde dan hij met het oog op de belangen van de ander, in dit geval de derde,

21 Het antwoord op de causaliteitsvraag zal immers verschillen al naar gelang het gemaakte verwijt (de onzorgvuldige handeling) verschilt. Over causaal verband en toezicht verder C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving*, in: J.M. Barendrecht (e.a.), *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, Lelystad 2002, p. 58 e.v.

22 Over het belang van bevoegdheden ook Van Rossum (2001), p. 18-19. Vgl. in dit kader ook Rb. Utrecht 12-5-1950, *NJ* 1951, 278 (De Auto Onderlinge/Vereniging tot Christelijk hulpbetoon aan Blinden) (vereniging die huisvesting en arbeid aan blinden verschaft, is niet verplicht ervoor te zorgen dat de blinden niet zonder begeleiding de straat op gaan).

23 Vgl. T. Hartlief, *Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2000-2002*, *NTBR* 2002, p. 461. Voor zover er heldere regels bestaan over wat een toezichthouder zou of had moeten doen, zal de aansprakelijkheidsvraag uiteraard op basis daarvan redelijk eenvoudig beantwoord kunnen worden. Omdat veel regels echter betrekking zullen hebben op bevoegdheden van toezichthouders, zal de discussie vaak (opnieuw) gaan over de vraag of die bevoegdheid terecht of niet terecht of onvoldoende is benut, zodat eenvoudige antwoorden mijns inziens schaars zullen zijn.

had behoren te doen²⁴. Daarbij wordt natuurlijk tevens acht geslagen op de Kelderluik-criteria²⁵, zeker in de gevallen zoals hier aan de orde waarin het gaat om gevaarstelling en (het voorkomen van) letselschade. Sterker nog, het geval van het openstaande kelderluik zou op zichzelf ook opgevat kunnen worden als een geval van onvoldoende toezicht (op het openstaande luik in het café en de gevaren daarvan), maar dan wel als een geval van onvoldoende toezicht door de caféhouder, want de medewerker van Coca-Cola die het luik open gezet heeft, zal als primaire dader hebben te gelden.

Op basis van die Kelderluik-criteria is een afweging nodig van de aard en ernst van het gevaar, de te verwachten schade, de grootte van de kans dat die schade zich verwezenlijkt, de voorzienbaarheid van de schade en de kosten van voorzorgsmaatregelen. Daarnaast zal ook de eventueel aanwezige 'beleidsvrijheid' of 'discretionaire' bevoegdheid van de toezichthouder een rol kunnen spelen²⁶. Bij de bepaling van de vereiste mate van zorgvuldigheid, zal derhalve ook steeds de mogelijkheid en slagingskans van alternatieve handelwijzen gewogen moeten worden²⁷. Overigens, dat er eigenlijk altijd een zekere mate van 'beleidsvrijheid' bestaat voor een toezichthouder, is evident omdat de gemiddelde toezichthouders niet alles en iedereen constant in de gaten zal kunnen houden en dus noodgedwongen keuzes zal moeten maken. Dit alles wil echter niet zeggen dat er slechts 'marginaal', en dus niet volledig, getoetst zou moeten of mogen worden of er onzorgvuldig gehandeld is, zoals wel geschiedt bij de aansprakelijkheid van overheidsorganen²⁸.

24 Vgl. HR 30-9-1994, NJ 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell).

25 Zie HR 5-11-1965, NJ 1966, 136 nt. GJS (Kelderluik).

26 Zie ook Van Boom & Giesen (2001), p. 1679, en Van Dam (2002), m.n. p. 51 e.v. De mate van beleidsvrijheid wordt overigens weer bepaald door de wettelijke taakomschrijving, zie A. van Hall, Annotatie: aansprakelijkheid waterschap, NTBR 2002, p. 414.

27 Omdat de toezichthouder soms enkel een keuze uit twee kwaden heeft, kan hier het zogenaamde 'toezichthouderdilemma' nog een rol spelen. Zie Van Rossum (2001), p. 22-23, Giesen (2002), p. 108.

28 Nader over die beleidsvrijheid Van Dam (2002), p. 51-52; F.R. Vermeer, De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen, *JBplus* 2001/2, p. 80, en Van Rossum (2001), p. 20-21, die er terecht op wijst dat hier, net zoals bij beroepsbeoefenaren (zie HR 9-11-1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), en Giesen (1999), p. 14), 'vol' getoetst moet worden. Ten aanzien van waterschappen wordt er overigens ook 'vol' getoetst, zie HR 9-11-2001, NJ 2002, 446 nt. CJHB (Van den Berg/De Oude Rijnstromen), en Van Hall (2002), p. 414 en p. 415.

Toezichtsfalen kan vervolgens nog nader ingedeeld worden, zo kondigde zich al aan in § 2.3, in *concreet* en *algemeen* toezichtsfalen, afhankelijk van de vraag of er concrete aanwijzingen van (neutraal geformuleerd) 'onregelmatigheden' bestonden waarmee niets of te weinig gedaan is, of dat enkel de algemene controle tekort is geschoten. Daarbij ligt in het eerste geval aansprakelijkheid van de toezichthouder eerder voor de hand dan in het tweede²⁹. Dat ligt dan uiteraard weer hieraan dat een toezichthouder, zoals gezegd, niet op alles en iedereen tegelijkertijd kan letten en dus keuzes moet maken. Met name bij algemeen toezicht zal het (moeten) maken van dergelijke keuzes een rol spelen en kan een verkeerde keuze niet meteen toegerekend worden aan de toezichthouder.

3.5. *De invulling van de norm in een aantal gevallen uit de rechtspraak*

3.5.1. Inleiding

Als wij vervolgens nagaan hoe er tot nu toe in de (lagere) rechtspraak wordt omgegaan met gevallen waarin toezichthouders, ook als ze wellicht niet als zodanig aangeduid worden, aansprakelijk worden gesteld in verband met letselschade bij het slachtoffer, dan komen wij bijvoorbeeld de volgende gevallen tegen. Ik merk daarbij overigens meteen op dat het navolgende overzicht niet pretendeert volledig te zijn.

3.5.2. Scholen

Een vordering in verband met het beweerdelijk onzorgvuldig uitoefenen van toezicht, bedoeld om letsel te voorkomen, was aan de orde in het geval waarin een school werd aangesproken in verband met het letsel (geamputeerde vinger) van een leerling, de kleuter Naomi. Zij verloor haar vinger doordat die bekneld raakte tussen de stalen deur die de uitgang naar het speelplein vormde. Dit gebeurde tijdens het speekwartier doordat de deur van buiten door een groep andere kinderen werd tegengehouden terwijl Naomi trachtte de deur te openen. Er was op dat moment 1 leerkracht op het plein aanwezig. Deze persoon hield toezicht op ongeveer

²⁹ Zie uitvoerig Van Boom & Giesen (2001), p. 1676 en p. 1679. Inmiddels in gelijke zin Van Rossum (2001), p. 26 (en 23), en, maar dat zal niet verrassen, Giesen (2002), p. 103. Zie ook nog § 3.5.7.

100 kinderen. Op het moment van het ongeval bevond de leerkracht zich aan de overkant van het plein en kon deze niet het hele plein overzien. Door slechts één leerkracht in te zetten heeft de school nagelaten die extra maatregelen te treffen die in het kader van het toezicht nodig waren en heeft dus onzorgvuldig gehandeld, aldus de rechtbank³⁰.

Mede in verband met deze redelijk zware norm (op onderwijzers rust een bijzondere zorgplicht ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de leerlingen³¹) zijn onderwijsinstellingen behoorlijk aantrekkelijke gedaagden, zo blijkt ook uit de vrij ruime beschikbaarheid van uitspraken³². Het aanspreken van een school is overigens niet steeds succesvol³³.

3.5.3. Sportverenigingen

En dan zijn er natuurlijk de nauw hieraan verwante gevallen (zeker ten opzichte van ongevallen tijdens gymnastiek- of zwemles) waarin sportverenigingen schadevergoedingsvorderingen op zich af zien komen. De

30 Zie Rb. Zwolle 27-1-1999, VR 2000, 26 (Bijlefeld/Vereniging van Scholen met de Bijbel voor Basisonderwijs in de Noordoostpolder).

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

32 Naast de hiervoor genoemde uitspraak kan op de volgende voorbeelden van veroordelende uitspraken jegens scholen of hun leerkrachten gewezen worden: HR 14-6-1985, NJ 1985, 736 (Smit/Brevoord) (gymnastiekleraar volgens hof aansprakelijk voor ongeval met trampoline, HR laat dat oordeel in stand); Hof Den Bosch 15-4-1992, NJ 1994, 760 (Derwig/Katholiek Voortgezet Onderwijs Maastricht) (leerling neemt na open dag chemicaliën mee naar huis, deze ontploffen, school voor 80% aansprakelijk); Hof Amsterdam 17-7-1997, VR 1998, 187 (Spelhofen/Timmer en VCO) (onvoldoende aandacht besteedt aan hulpmiddelen bij landing en opvang bij hoogspringoefening); Hof Arnhem 30-11-1999, VR 2000, 157 (NOP/Rietel) (onvoldoende (kosteloze) beveiliging aangebracht bij hindernisbaan tijdens gymnastiekles); Rb. Arnhem 28-7-1994, VR 1995, 100 (Van den Berg/Nebo Mariënborg) (letsel door ongeval tijdens zaal hockey terwijl sportleraar ook twee andere ruimten onder toezicht had).

33 Een voorbeeld van afwijzing van aansprakelijkheid van een school is: Hof Den Bosch 7-9-2000, NJ 2001, 577 (VVAA/Nutsschool-Oost) (surveilleren op speelplaats met twee rondlopende docenten is verantwoord, ook als delen van en naast de speelplaats niet steeds zichtbaar zijn). Zie ook Rb. Alkmaar 19-8-1982 en 9-6-1983, NJ 1984, 215 (Geervliet/Staat) (school niet aansprakelijk voor ongeval (duiken in ondiep water) tijdens zwemles, de zwembadexploitant wel aansprakelijk gehouden). In HR 23-5-1975, NJ 1976, 24 (Post/Rotterdam) werd de uitspraak van het hof vernietigd, omdat onvoldoende gemotiveerd was dat de leerkracht er geen rekening mee had moeten houden dat leerlingen zonder waarschuwing in het ondiepe water zouden duiken.

rechtspraak lijkt ook hier streng te zijn³⁴. Bekend in dit verband is natuurlijk het *Turnster*-arrest waarin geoordeeld werd dat een turnvereniging bijzondere voorzorgsmaatregelen moet nemen om de veiligheid van de deelnemers te waarborgen als een bepaald risico, zoals een val, niet altijd te voorkomen is³⁵. Dit is overigens geen geval van toezicht in de eerder (in § 2.2) beschreven eerste zin waarin er een duidelijk verschillende T, S én D te ontwaren is. Immers, het slachtoffer (S) en de primaire dader (D) vallen hier samen, zijn één persoon. Er is echter naast deze persoon nog een betrokkene (T) die duidelijk een controlerende functie heeft, zodat de situatie toch voldoende op die van toezicht lijkt. In § 2.2 bleek al dat dergelijke gevallen (in elk geval voorlopig) toch als gevallen van toezicht beschouwd worden.

Minder bekend, maar wel een geval van toezicht in de hier bedoelde zin, is dat van de rugbyvereniging en de trainer die aansprakelijk werden gesteld voor de dwarslaesie die een van de spelers (S) van de eigen vereniging opliep nadat deze onervaren speler op de gevaarlijke eerste rij van de scrum werd opgesteld en vol onder de kin geraakt werd door een tegenstander (D)³⁶. De aansprakelijkheid van sportverenigingen is echter niet absoluut. Een trainer hoeft bijvoorbeeld geen toezicht uit te oefenen op die jongens die niet bij de door hem gegeven training betrokken zijn, bijvoorbeeld omdat hun training pas later begint³⁷.

3.5.4. Psychiatrische instellingen

Hiermee vergelijkbare, hiervoor als archetypische voorbeelden gepresenteerde gevallen zijn die waarin een psychiatrische inrichting aansprakelijk wordt gesteld vanwege de schade die een van de patiënten van de inrichting toebrengt aan (of zichzelf, met alle mogelijke gevolgen voor een derde, of direct aan) een derde. Daarbij gaat het niet altijd om letselschade,

34 Zie ook *Spier c.s. (Van Maanen), Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 2^e druk, Deventer 2000, nr. 49.

35 HR 6-10-1995, *NJ* 1998, 190 nt. CJHB (*Turnster*).

36 Rb. Den Haag 28-10-1998, *VR* 2000, 156 (Van der Meijden/Haagse Rugby Club).

37 Zie Rb. Alkmaar 21-9-1967, *NJ* 1968, 128 (*Houtenbos/Egmondia*). Zie ook Rb. Amsterdam 17-5-1995, *VR* 1997, 105 (*De V./Z.*), waarin een ervaren klimmer aansprakelijk werd gehouden ten opzichte van een onervaren klimmer nadat de ervaren klimmer de onervaren persoon 20-25 meter laat afdalen via een verkeerd soort touw en touwlus. In dat geval zijn D en T een en dezelfde persoon en dus is er geen sprake van toezicht in de zin zoals beschreven in § 2.2.

maar dat zou zeer wel het geval kunnen zijn³⁸. Uit deze gevallen valt mijns inziens af te leiden dat er een vrij strenge zorgplicht voor de inrichtingen bestaat, zeker als de patiënt al eerder weggelopen was zodat men gewaarschuwd was of had moeten zijn³⁹.

In dit soort zaken speelt overigens nog een rol dat het soms in het belang van de patiënt en diens genezing kan zijn om de patiënt een zekere vrijheid te geven. Indien vervolgens die vrijheid door de patiënt 'benut' wordt om, al dan niet direct, een ander te schaden, kan dat echter tot aansprakelijkheid van de inrichting ten opzichte van die derde leiden. Daarmee belanden wij bij een toezichthouderdilemma, een keuze die in alle mogelijke varianten nadelen heeft: dient de inrichting de therapie en het genezingsproces te laten prevaleren of moet zij de risico's van schade voor derden hierbij de doorslag laten geven⁴⁰?

3.5.5. De omgeving van gebouwen, paden en wegen

Een vergelijkbaar geval waarin de gemaakte keuze een belangrijke rol speelt, deed zich voor in de zaak waarin de Gemeente Diemen⁴¹ aange-

- 38 Zie HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 nt. JdB ('t Ruige Veld/Univé), de casus die ten grondslag lag aan HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 nt. CJHB (St. Willibrord/V.), en de rechtspraak genoemd in noot 5.
- 39 Zie bijvoorbeeld HR 12-5-1995, NJ 1996, 118 nt. JdB ('t Ruige Veld/Univé) en HR 16-6-2000, NJ 2000, 584 nt. CJHB (St. Willibrord/V.), en verder Van Dam (2000), nr. 1409. Vgl. tevens nog HR 6-1-1989, NJ 1989, 283 (X./Sint Elisabeth's of Grootte Gasthuis) en Hof Leeuwarden 5-6-1991, NJ 1992, 78 (Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden) (onzorgvuldig handelen door na eerdere brandstichting niet te waarschuwen voor brandgevaarlijkheid van tbs-patiënt op proefverlof).
- 40 Zie over dat dilemma in algemene zin Van Rossum (2001), p. 22-23; Giesen (2002), p. 108, en verder bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 16-3-1965, NJ 1966, 131 (Reesink/Hulp voor Onbehuisden) (geen aansprakelijkheid instelling voor inbraak van jeugdigen onder haar zorg, omdat therapie zich niet verdraagt met streng toezicht), en Hof Arnhem 3-6-1959, NJ 1960, 188 (The White Cross Insurance Company/Het Oude en Nieuwe Gasthuis te Zutphen) (therapie van bewegingsvrijheid en dus gebrek aan toezicht was in dit geval verantwoord, inrichting dus niet aansprakelijk voor schade door joyriden van patiënt). In twee latere joyride-zaken werd de inrichting wel aansprakelijk geacht, zie Rb. Den Haag 13-4-1983, VR 1984, 42 (Zwolsche Algemeene/W. van den Bergh Stichting) en Ktg. Wageningen 13-9-1989, VR 1990, 88 (Sluiter/Vereniging voor Christelijke Verzorging van Geestes- en Zenuwziaken).
- 41 Hoewel de overheid hier in beginsel buiten beschouwing zou blijven, behandel ik deze uitspraak toch, omdat hetzelfde verwijt ook particulieren (bijvoorbeeld woningbouwcorporaties of verenigingen van appartementseigenaren) zou kunnen treffen, zie bijvoorbeeld de Amerikaanse zaak *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 439 F.2d 477 (D.C. Cir. 1970).

sproken werd tot schadevergoeding door Zuringa. De Gemeente zou de begroeiing rond een voetpad bij het station in een zodanige toestand hebben laten verkeren dat de omgeving van het pad een geschikte plek werd voor een overvaller om zich verdekt op te stellen en iemand te overvallen. Dat was de eiser overkomen. Bovendien zou de Gemeente hiervan op de hoogte zijn geweest. Ook in dit geval werd dus niet de eigenlijke dader, de overvaller, aangesproken, maar de toezichthouder. Aansprakelijkheid werd afgewezen, omdat de Gemeente eerder al in die buurt maatregelen genomen had en zich in de periode voorafgaand aan de overval geen onveilige situaties hadden voorgedaan in verband met de begroeiing⁴². Er was dus geen sprake van concreet toezichtsfalen.

3.5.6. Recreatie

Een volgend type gevallen heeft betrekking op exploitanten in de recreatieve sfeer, bijvoorbeeld de exploitanten van een vakantie- en recreatiepark. Een voorbeeld: een 23-jarige man springt in het ven achter zijn vakantiehuisje en loopt vervolgens een dwarslaesie op, omdat het ven nogal ondiep is (65 cm). Dit is derhalve een toezichtgeval waarin S en D samen vallen in één persoon. Kan de exploitant daarvoor aansprakelijk gehouden worden? Nee, aldus Rb. Rotterdam na toepassing van de Kelderluikcriteria, omdat de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval niet zo groot was dat de exploitant meer maatregelen had moeten nemen⁴³.

In een soortgelijk geval was de exploitant van een zwembad overigens wel aansprakelijk toen een 13-jarig meisje in het ondiepe deel van het bad dook, met haar hoofd tegen de vloer sloeg en verlamd raakte⁴⁴. De exploitant heeft de plicht in het bijzonder te waken voor de gezondheid en veiligheid van het zwemmend publiek, ook als het om schoolzwemmen gaat. Omdat in dit geval een deur tot het bassin open stond waar die volgens de instructies op slot had moeten zijn, de diepteaanduiding in het bad

42 Zie Rb. Amsterdam 18-7-2001, *Njkort* 2001, 46 (Zuringa/Diemen).

43 Zie Rb. Rotterdam 6-4-2000, *VR* 2002, 95 (Schmitz/De Kempervennen).

44 Zie Rb. Alkmaar 19-8-1982 en 9-6-1983, *NJ* 1984, 215 (Geervliet/Staat) (de school was niet aansprakelijk voor het ongeval (duiken in ondiep water) tijdens de zwemles, de zwembadexploitant wel). Zie ook nog Hof Amsterdam 5-12-1991, *NJ* 1992, 824 (Van der Vlist/Stoop's) (exploitant zwembad niet aansprakelijk toen zwemmer bekneld raakte in de afsluiter van een ondeugdelijke afvoerput, omdat gebrek niet zichtbaar was).

ontbrak, en maatregelen daartegen eenvoudig genomen hadden kunnen worden, werd de exploitant aansprakelijk gehouden.

3.5.7. Nutsbedrijven en waterschappen?

Een geval dat evenzeer tot zeer zware letselschade bij meerdere personen kan leiden, betreft dat welke aan de orde was in het arrest *Interpolis/Obragas*⁴⁵. Er wordt geklaagd over een gaslucht in huis. Twee monteurs van Obragas, het bedrijf dat de gasvoorziening in Oost-Brabant onder zijn hoede heeft, komen kijken en herstellen een lekkende leiding. Na hernieuwde klachten wordt een (andere) gasinstallateur ingeschakeld die echter niets ontdekt. Wanneer vervolgens de woning door een explosie verwoest wordt, wordt een onderzoek gestart en blijkt een andere gasbuis onder de woning ook gelekt te hebben. Metingen in de kelder zouden dat hebben kunnen ophelderen. De verzekeraar van de eigenaren van de woning spreekt dan ook het nutsbedrijf aan.

Dit is echter een geval waarin er geen sprake is van toezicht in de door mij bedoelde zin, want hier blijkt T samen te vallen met D, de primaire dader. En dan ontbreekt het specifieke dat de aansprakelijkheid van toezichthouders een aparte plaats zou kunnen geven. Omdat de in dit arrest vastgestelde norm echter rechtstreeks bruikbaar lijkt voor de bepaling van de zorgvuldigheidnorm voor 'echte' toezichthouders, hetgeen naar mijn mening hierin gelegen is dat het in beide gevallen om 'nalaten' gaat, besteed ik er toch enige aandacht aan⁴⁶. In dat kader is het goed te beseffen dat indien dit een geval van toezicht zou zijn geweest, het een concreet toezichtsfalen zou hebben betroffen.

De Hoge Raad beslist in het arrest dat na een klacht verwacht mag worden dat er een onderzoek ingesteld wordt en dat eventueel maatregelen die nodig zijn, genomen worden. Een adequate reactie betekent volgens de Hoge Raad in gevallen zoals hier, waarbij mensenlevens op het spel kunnen staan, snel reageren, kundig personeel sturen en dat personeel voldoende informatie geven. Indien een oorzaak is opgespoord, dient het nutsbedrijf zelfstandig te onderzoeken of hiermee het euvel werkelijk

45 HR 14-6-2002, *RvdW* 2002, 101 (*Interpolis/Obragas*).

46 Ook als er geen sprake is van toezicht in deze situatie, kan nog steeds ten minste gezegd worden dat de hier geaccepteerde plicht dat in bepaalde gevallen zelfstandig opgetreden moet worden, in elk geval (ook) voor toezichthouders zal gelden, zodat het arrest in elk geval (ook) in die zin relevant is voor dit betoog.

verholpen is. De afwijzing van aansprakelijkheid door het hof werd vervolgens door de Hoge Raad onderuit gehaald. Deze zelfde, mijns inziens weer redelijk streng ingevulde zorgvuldigheidsnorm, zou wat mij betreft ook op toezichthouders die een klacht, melding of waarschuwing ontvangen, toegepast kunnen (en wellicht moeten) worden, net zoals deze norm al geldt ten aanzien van waterschappen die te hoge en te lage waterstanden tegen moeten gaan⁴⁷. Ten aanzien van die waterschappen geldt overigens evenzeer dat D en T een en dezelfde persoon en dus samenvallen zodat er geen toezicht in het spel is.

Het verschil ten opzichte van algemeen 'toezichtsfalen' wordt treffend geïllustreerd door de net besproken gevallen van concreet 'toezichtsfalen' af te zetten tegen het geval zoals dat speelde in het arrest *Van den Berg/De Oude Rijnstromen*⁴⁸. Daarin wordt immers expliciet bepaald dat een waterschap niet steeds uit eigener beweging hoeft te onderzoeken hoe het met de waterstanden staat om op basis daarvan reeds maatregelen te nemen vooruitlopend op een aangekondigde weersomstandigheid. De norm ten aanzien van algemeen toezichtsfalen (hoewel het hier niet om een echt geval van toezicht gaat), is dus minder streng.

3.6. Bestaat 'de' toezichthouder wel als het om letselschade gaat?

Voordat wij toekomen aan de vraag wat geconcludeerd kan worden op basis van de hiervoor besproken rechtspraak, dringt zich eerst nog de daaraan voorafgaande vraag op of wij op dit terrein wel kunnen en zouden moeten spreken van 'de' toezichthouder. Immers, de gevallen zoals hiervoor besproken zijn behoorlijk divers en de gedachte dat al die gevallen wellicht *niet* onder één noemer te scharen zijn, is geen vreemde. Zouden wij derhalve niet op zoek moeten naar 'de redelijk handelende onderwijzer / trainer / vereniging / psychiatrische instelling', etcetera?

Uiteraard is dat mogelijk en uiteraard is het zinvol om op zoek te gaan naar de zorgvuldigheidsnorm per categorie van gevallen. Naar mijn stellige overtuiging is het echter zeker ook zinvol om juist wél op zoek te gaan naar een bredere, overkoepelende invulling van de norm. Het grote voordeel daarvan is immers dat er dan meerdere concrete zaken beschik-

47 Zie HR 8-1-1999, NJ 1999, 319 nt. ARB (Waterschap West-Friesland/Kaagman). Bloembergen maakt hiervan in zijn noot een nog algemener toepasbare regel.

48 HR 9-11-2001, NJ 2002, 446 nt. CJHB (Van den Berg/De Oude Rijnstromen).

baar zijn (komen) die in de analyse meegenomen kunnen worden, zodat de basis voor de gevonden resultaten breder is. Bovendien is de gemeenschappelijke noemer 'toezichthouder' (in de zin zoals omschreven in § 2.2) zeer geschikt en passend voor al deze gevallen zodat daarin op zich geen bezwaar tegen een bredere kijk kan schuilen.

3.7. Conclusie uit de rechtspraak ten aanzien van de zorgvuldigheidsnorm

Overzien wij dan deze, overigens zeker niet complete, maar redelijk brede waaier aan rechtspraak, dan lijkt daaruit te volgen ten aanzien van de zorgvuldigheidsnorm voor toezichthouders, dat deze niet licht is, en op dit moment eerder zelfs zwaar of streng genoemd zou kunnen worden. Dat geldt dan wel met die restrictie dat het om een concreet toezichtsfalen moet gaan: na een waarschuwing of andere concrete aanwijzing dat er iets niet in de haak was, is er onvoldoende doortastend opgetreden. Dat is alleen anders in het geval van de niet-oplettende onderwijzers. In dergelijke situaties lijkt de norm nog strenger te zijn. Op het vlak van het algemeen toezichtsfalen gaat de rechtspraak, afgezien van de gevallen van onderwijzers, echter duidelijk minder ver.

Gezien dat onderscheid, lijkt het erop dat het bij de aansprakelijkheid van toezichthouders toch weer aankomt op de aanwezige kennis. Daarmee is het toch weer de aloude *voorzienbaarheid* (had men kunnen en moeten zien aankomen of weten dat ...) die hier de eerste viool lijkt te spelen⁴⁹. Dat is misschien niet verbazingwekkend, omdat de voorzienbaarheid immers ook een van de Kelderluik-criteria is, maar de zeer prominente plek binnen die afwegingscriteria als het om de aansprakelijkheid van toezichthouders gaat, is op zijn minst opmerkelijk.

In aansluiting op de vaststelling dat de zorgvuldigheidsnorm streng lijkt te zijn, kunnen wij vervolgens de vraag stellen hoe zo'n zware zorgvuldigheidsnorm voor toezichthouders dan gerechtvaardigd zou kunnen worden. Een (voorlopig) antwoord op die vraag tracht ik in § 4 te formuleren.

49 Zie in het kader van overheidsaansprakelijkheid ook in die zin M. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer 2002, p. 71.

4. Mogelijke rechtvaardigingen voor de aansprakelijkheid van toezichthouders

4.1. Noodzaak van een stevig fundament voor aansprakelijkheid van toezichthouders: over openstaande sluizen en andere angsten

Aansprakelijkheid van toezichthouders in verband met letselschade bij een derde is een fenomeen dat zich meer en meer lijkt voor te doen en aan verdere populariteit alleen nog maar kan winnen. De huidige tendens waarbij er eerder en vaker naar civielrechtelijke juridische middelen gegrepen wordt (de onrechtmatige daadsactie) om (vermeend) onrecht te herstellen, of wij dat nu 'claimcultuur' noemen of niet⁵⁰, staat daarvoor garant, zo lijkt het. De reden voor deze ontwikkeling lijkt ten eerste te zijn dat de slachtoffers (tegenwoordig) op zoek gaan naar een zo diep mogelijke 'pocket'⁵¹. Waarom ermee volstaan een psychiatrisch patiënt (waarschijnlijk niet al te welvarend, misschien niet eens verzekerd) in rechte te betrekken als je tevens het (in elk geval verzekerde) ziekenhuis met een vordering tot schadevergoeding kunt opzadelen? Dan weet je als eiser in elk geval dat als je wint, ook uitbetaling zal volgen⁵².

Er lijkt heden ten dage dus een trend te bestaan om de zogenaamde 'peripheral tortfeasors' in plaats van de primaire dader aansprakelijk te stellen voor geleden schade. Die 'peripheral tortfeasor', de gedaagde partij die wij ook de 'zijdelingse laedens' of 'secundaire dader' zouden kunnen noemen, zoals bijvoorbeeld de toezichthouder, is meestal een solvante en/of verzekerde rechtspersoon. Deze wordt aangesproken voor een kleine 'misser' die in combinatie met een grotere misser van een ander, de 'primaire dader', veelal een niet-solvante particulier, tot schade geleid heeft⁵³.

50 Over dat fenomeen M. Faure & T. Hartlief, *Het kabinet en de claimcultuur*, *NJB* 1999, p. 2007 e.v.; Faure & Hartlief (2002), p. 113 e.v., en zeer kritisch C.C. van Dam, *Het Taxibus-arrest*, *VR* 2002, p. 209.

51 Met verdere verwijzingen Giesen (2002), p. 106.

52 Met de aansprakelijkheid van de toezichthouder naast de aansprakelijkheid van de primaire dader (vgl. noot 61), wordt dan in elk geval bereikt dat de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht tot zijn recht komt. Zie over die compensatiefunctie, ook in relatie tot onder andere preventie, J.M. Barendrecht, *Aansprakelijkheid en welzijn*, *NJB* 2002, p. 605 e.v., met name p. 611-614.

53 Zie Giesen (2002), p. 105-106; Hartlief (2002), p. 461; Van Boom & Giesen (2001), p. 1676-1677, alsmede, mede naar Amerikaans en Engels recht, W.H. van Boom, *Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel*, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linsen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, Deventer 1997, p. 135 e.v.

Als voorbeeld kan naast de al meer genoemde psychiatrische inrichting die een patiënt ten onrechte onvoldoende bewaakt of ten onrechte weg stuurt⁵⁴, de notaris dienen indien die niet gewaarschuwd heeft tegen de malversaties van de wederpartij van het slachtoffer⁵⁵. Denk echter ook aan de overheid die bijvoorbeeld niet (eerder) is opgetreden tegen overtreding van voorschriften door een vergunninghouder waardoor die een derde schade berokkent. Steeds heeft de 'zijdelingse laedens' de hem ter beschikking staande mogelijkheden om de situatie te controleren, te beheersen, niet of onvoldoende benut, terwijl anderen wel daarop zullen vertrouwen⁵⁶.

Aansprakelijkheid van een toezichthouder is desondanks echter op het eerste gezicht lastig(er) te rechtvaardigen, omdat de toezichthouder niet zelf de belangrijkste oorzaak van de schade was. Het gaat hier, zoals wij net zagen, om een *afgeleide aansprakelijkheid*. Een ander (D) handelde in eerste instantie én (meestal) in overwegende mate onrechtmatig. Daarbij komt dan nog dat het in de meeste gevallen ook nog eens gaat om een mogelijke aansprakelijkheid van die toezichthouder voor *nalaten*, een vorm van aansprakelijkheid die vaak iets terughoudender benaderd wordt⁵⁷.

Bovendien, de vraag die onvermijdelijk ook gesteld zal moeten worden in het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders, zal luiden: gaat het allemaal niet te ver? Worden via de aansprakelijkheid van toezichthouders niet de spreekwoordelijke 'sluizen' van aansprakelijkheid te ver opengezet? Zal het gevolg daarvan dan niet zijn dat er een vorm van 'defensive supervision'⁵⁸ gaat ontstaan, zodat bijvoorbeeld scholen de leerlingen niet meer op het schoolplein laten spelen, omdat dat een onoverzichtelijke situatie oplevert? Dat deze vrees bestaat, is op zichzelf niet

54 HR 12-5-1995, NJ 1996, 118 nt. JdB ('t Ruige Veld/Univé) en HR 16-6-2000, NJ 2000, 584 nt. CJHB (St. Willibrord/V.); Van Dam (2000), nr. 1409.

55 Vgl. Van Boom (1997), p. 151, noot 66, verwijzend naar HR 18-12-1992, NJ 1994, 91 nt. EAAL (Dicky Trading I).

56 Zie m.n. Barendrecht (1999), p. 83.

57 Daarover Van Dam (2000), nr. 1606, en zeer uitvoerig, dezelfde, *Aansprakelijkheid voor nalaten, poadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer 1995. Over de (onterechte) terughoudendheid bij aansprakelijk voor nalaten ook Spier/Van Maanen (2000), nr. 53; Giesen (2002), p. 103-105.

58 Analoog aan 'defensive medicine' bij artsen en 'defensive bureaucracy' bij de overheid. Zie over die laatste variant C.J.J.M. Stolker, D.I. Levine & C.L. de Bel, *Defensive bureaucracy? Rampen, de overheid en de preventieve rol van het aansprakelijkheidsrecht*, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag 2001, p. 108-109.

vreemd, want de aansprakelijkheid van toezichthouders kan inderdaad geassocieerd worden met (de nadelen van) 'de claimcultuur'⁵⁹.

Hier dient dan echter direct bij opgemerkt te worden dat het 'flood-gates'-argument, of althans de vrees daarvoor, altijd van stal wordt gehaald als er een ontwikkeling in de richting van een nieuwe of misschien wel verdergaande vorm van aansprakelijkheid in gang gezet wordt of lijkt te worden. Als wij de angst voor de eventuele 'vloedgolven' van aansprakelijkheid echter laten voor wat ze zijn⁶⁰ en ons richten op de argumenten of rechtvaardigingen die voor of tegen aansprakelijkheid van toezichthouders (en dus voor of tegen de wenselijkheid daarvan) zouden kunnen pleiten, rijst het volgende beeld.

4.2. Preventie

Op zoek naar een rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid van toezichthouders, wijs ik er ten eerste op dat die aansprakelijkheid in elk geval niet zodanig bijzonder is dat deze toezichthouders een andere behandeling dan anderen in onze maatschappij zou moeten toekomen. Ook toezichthouders kunnen aansprakelijk zijn, en die aansprakelijkheid kan nuttig en wenselijk zijn⁶¹. Die aansprakelijkheid kan dan (in elk geval ten dele) hierop gestoeld worden, ik wees daar al eerder op⁶², dat het vanuit een oogpunt van preventie aantrekkelijk kan zijn die toezichthouder eraan te 'herinneren' dat hij in de sfeer van controle en voorkoming van ongelukken een taak te vervullen heeft en dus om hem te prikkelen die taak ook (naar behoren) te behartigen. Voldoet hij niet aan de eisen die de betreffende taak aan hem stelt, dan kan hij daarop aangesproken worden, net zoals elke andere organisatie of dienstverlener aangesproken kan worden wegens het onvoldoende behartigen van de opgedragen taak. De mo-

59 Zie echter bij Faure & Hartlief (1999), p. 2007 e.v.; Faure & Hartlief (2002), p. 113 e.v., en de afkeer van de hele claimcultuur-mythe bij Van Dam (VR 2002), p. 209.

60 Dat wij de angst voor de vloedgolven in elk geval voorlopig kunnen laten rusten, bewijst mijns inziens het gegeven dat de aansprakelijkheid van toezichthouders in allerlei soorten en maten al enige tijd aan de orde is in de rechtspraak (zie bijv. § 3.5), zonder dat zulks tot wantoestanden geleid heeft.

61 Expliciet Hartlief (2002), p. 461. Vgl. tevens Giesen (2002), p. 108. Dat een ander (Dus) ook (hoofdelijk) aansprakelijk is, doet hier niet aan af, zie nader Giesen (2002), p. 106. Het onderstreept wel nogmaals dat hier ook de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht gediend wordt (vgl. noot 52).

62 Giesen (2002), p. 108-109.

gelijkheid van aansprakelijkheid prikkelt derhalve tot een betere en zorgvuldige taakvervulling door toezichthouders⁶³.

Die prikkel tot zorgvuldig gedrag zal naar mijn mening overigens het meeste effect sorteren ten opzichte van de gevallen van concreet toezichtsfalen, omdat in die gevallen na de melding of aanwijzing duidelijk zal zijn welke taak er wacht. Dat zal bij algemeen toezichtsfalen waarschijnlijk minder evident zijn. Echter, indien algemeen toezicht door een toezichthouder in zijn geheel ontbreekt, kan dat natuurlijk ook aanleiding voor aansprakelijkheid zijn, zodat het aansprakelijkheidsrecht op dat vlak in elk geval stimuleert om (in enige mate) algemeen toezicht te houden.

4.3. Redenen voor terughoudendheid niet sterk

De al genoemde terughoudendheid die de aansprakelijkheid van toezichthouders zou kenmerken, omdat die terughoudendheid in het algemeen zou moeten gelden voor aansprakelijkheid wegens een nalaten en voor vormen van afgeleide aansprakelijkheid (van secundaire daders), dient mijns inziens met een flinke korrel zout genomen te worden. De redenen voor die terughoudendheid lijken namelijk niet erg sterk, zoals ik eerder al heb betoogd, en zoals ook lijkt voort te vloeien uit de besproken rechtspraak (zie § 3.5).

Dat aansprakelijkheid voor nalaten terughoudend bekeken zou moeten worden, wordt ten eerste tegengesproken door het gegeven dat er in toezichtrelaties een speciale relatie bestaat tussen toezichthouder en degene op wie toezicht gehouden wordt (D). Daarbij komt nog dat het bij toezicht juist draait om het tijdig onderkennen, omdat de gewone burger de situatie niet zelf kan overzien, van gevaren of risico's en het eventueel ingrijpen⁶⁴. Ten tweede, het argument dat de aanwezigheid van een afgeleide aansprakelijkheid tot voorzichtigheid zou nopen, kan eenvoudig ontkracht worden, omdat toezichthouders eigenlijk alleen maar afgeleid aansprakelijk kunnen zijn. In het begrip toezicht ligt immers besloten dat

63 Er bestaan ook nog andere (meer of minder sterke) prikkels voor de toezichthouder om goed werk af te leveren, zoals bijvoorbeeld de vrees voor aantasting van de opgebouwde reputatie. Dat soort andere prikkels speelt echter bij elke vorm van aansprakelijkheid een rol, zodat dat de aansprakelijkheid van toezichthouders niet speciaal of (uit het oogpunt van preventie) wellicht zelfs overbodig maakt. Ik ga hier dan ook niet nader in op dit thema.

64 Uitvoeriger, met verwijzingen, Giesen (2002), met name p. 105.

er altijd een primaire dader is, zelfs als D samenvalt met S, het slachtoffer. De consequentie daarvan zou dan zijn dat de toezichthouder nooit aansprakelijk zou kunnen zijn, en dat is niet reëel, laat staan rechtvaardig⁶⁵.

Ten derde: de terughoudendheid bij aanvaarding van aansprakelijkheid die eventueel zou kunnen voortvloeien uit het feit dat de toezichthouder tot op zekere hoogte 'beleidsvrijheid' geniet⁶⁶, zal zeker van invloed kunnen zijn, omdat die vrijheid inderdaad tot op zekere hoogte bestaat voor de toezichthouder⁶⁷. Dit wil echter niet zeggen dat er dan ook standaard alleen marginaal getoetst mag worden⁶⁸ en concrete aanwijzingen van 'misstanden' genegeerd zouden kunnen worden, want bij concrete aanwijzingen verdwijnt, althans vermindert, die beleidsvrijheid. Een concrete misstand waarop de toezichthouder attent gemaakt wordt, dient aangepakt te worden⁶⁹.

In de vierde plaats lijkt de ratio voor toezicht en daarmee voor aansprakelijkheid wegens gebrekkig toezicht (te weten: het voorkomen van letsel en gevaar; het scheppen en in stand houden van vertrouwen⁷⁰) eerder voor dan tegen een streng regiem van aansprakelijkheid te pleiten, omdat gezien die achtergrond extra gestimuleerd zou moeten worden (via de prikkels van het aansprakelijkheidsrecht) dat de toezichthouders er 'bovenop' zitten en zij de potentiële primaire daders er voortdurend aan herinneren dat deze zich correct moeten gedragen⁷¹.

65 Giesen (2002), p. 106. Minder terughoudendheid zou ook passen in de trend om derden eerder aansprakelijk te houden, zie nader C. Mcivor, *Liability in respect of the intoxicated*, 60 *Cambridge Law Journal* [2001], p. 126.

66 Zulks is waarneembaar op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid. Qua aansprakelijkheid kan op dat terrein bijna alles, tenzij er sprake is van beleidsvrijheid. Dan kan opeens bijna niets meer.

67 Dat geldt eens te meer als de toezichthouder in een toezichthouderdilemma geraakt, vgl. Giesen (2002), p. 108; Van Rossum (2001), p. 22-23.

68 Van Rossum (2001), p. 20-21; Giesen (2002), p. 103.

69 Zie hiervoor § 3.4 e.v.

70 Zie § 3.3.

71 Zoals dat bijvoorbeeld heden ten dage ook ten opzichte van de (rijks)overheid in haar rol als toezichthouder lijkt te gelden. Van die overheid wordt (tegenwoordig) immers handhaving (en dus toezicht) verwacht en als dat niet gebeurd is, moet zij op de blaren zitten.

5. Conclusie

De aansprakelijkheid van toezichthouders kan bouwen op een degelijk fundament. De *noodzaak van preventie* en de *onterechte terughoudendheid* ten aanzien van de aanvaarding van aansprakelijkheid, bieden een voldoende solide basis om toezichthouders een verscherpte verantwoordelijkheid op te leggen. Ik ben dan ook van mening dat naar Nederlands recht de aansprakelijkheid van toezichthouders vooralsnog niet te ver gaat. Die verscherpte verantwoordelijkheid vertaalt zich vervolgens in een zorgvuldigheidsnorm die mijns inziens gekwalificeerd kan worden als streng en welke uiteindelijk aansluiting zoekt bij de voorzienbaarheid. Beslissend lijkt derhalve wat de toezichthouder op welk moment wist of had moeten weten. Ook hier is kennis macht.