

## **Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen**

mr. W.H. van Boom en mr. I. Giesen\*

Het maatschappelijk debat dat volgde op de rampzalige gebeurtenissen in Enschede en Volendam werd voor een belangrijk deel beheerst door de vraag wie verantwoordelijkheid zou moeten dragen.<sup>1</sup> Onderdeel van dat debat is de vraag of de overheid tot schadeloosstelling kan worden aangesproken.<sup>2</sup> Daarbij spelen juridische, maar vooral ook politieke overwegingen een rol. Bewindslieden willen bij grootschalige catastrofes nog wel eens verkondigen dat niemand in de kou mag blijven staan, met als gevolg dat allerlei financiële tegemoetkomingen in het leven worden geroepen.<sup>3</sup>

De maatschappelijke behoefte aan een vorm van tegemoetkoming door de overheid doet zich juist bij dit soort grootschalige rampen gevoelen, waar enerzijds het algemene probleem dat schade slechts ten dele door verzekeringen wordt gedekt, door de grote getallen getroffen en sterk uitvergroott aandacht krijgt en anderzijds het bijzondere probleem speelt dat de primair verantwoordelijke ondernemer al snel onvoldoende verhaal blijkt te bieden.<sup>4</sup> In veel gevallen komt de overheid tegenwoordig met enige vorm van tegemoetkoming over de brug, maar een tegemoetkoming betekent niet dat elke getroffene een integrale schadeloosstelling ontvangt. Dat laatste is in de regel alleen via het aansprakelijkheidsrecht te bereiken. De vraag die in dit verband dan ook steeds vaker wordt gesteld, is of de overheid niet ook civielrechtelijk aansprakelijk is en dus tot volledige schadeloosstelling kan worden verplicht.<sup>5</sup>

Wij willen naar aanleiding van deze ontwikkelingen in dit artikel bekijken of de overheid aansprakelijk zou kunnen zijn voor het onvoldoende wegnemen van, het waarschuwen voor, of het toezicht houden op en controleren van gevaarzettende handelingen (waarbij wij ons hier beperken tot het gevaar van gezondheidsschade), in die gevallen waarin dat gevaar in het leven is geroepen door een ander dan de overheid, een derde. Het gaat in het navolgende dus niet om die gevaren die hun directe oorsprong vinden in overheidshandelen, zoals het in het leven roepen van verkeersgevaarlijke wegsituaties.<sup>6</sup>

---

\* Willem van Boom en Ivo Giesen zijn als universitair hoofddocent, respectievelijk postdoc verbonden aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de KU Brabant.

<sup>1</sup> Zie voor een beknopt overzicht van wat er zoal misging, R. van Gestel, Milieurecht en recht van de ruimtelijke ordening, *AA Katern* 79 (2001), p. 4163 e.v., en voor een overzicht van de diverse rapportages de bijdrage van Polak aan dit nummer.

<sup>2</sup> Zie ook E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, Inleiding, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag 2001, p. 2, en G. Jurgens, Overheidsaansprakelijkheid bij gedogen, *NJB* 2000, p. 1281.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld de motie van Wagenaar c.s., *Kamerstukken II*, 2000/01, 27.157, nr. 29, waarin op vergoeding van de schade van de slachtoffers van de vuurwerkramp wordt aangedrongen. Deze solidariteitsgedachte lag ook ten grondslag aan de Wet rampenschade, zie F.J. de Vries, Vergoeding van rampschade, *NJB* 1998, p. 1913. Voor ondernemers uit Enschede is er inmiddels een regeling voor de tegemoetkoming bij schade van kracht, zie *Kamerstukken II*, 2000/01, 27.157, nr. 43. Na de watersnoodramp van 1953 meende de regering dat de overtuiging dat het gehele volk de schade solidair zou moeten dragen, niet bestond, zie J.A.J. Peters, Rampschade, *NJB* 1980, p. 497 (sic! 1835 mensen verloren het leven, ongeveer 72000 mensen werden van huis en haard verdreven). Van andere recente uitingen van solidariteit noemen wij hier de *Asbestregeling* voor mesothelioomslachtoffers (zie *Stcrt.* 24 januari 2000, nr. 16, p. 9 e.v.; uitkering Hfl. 35.000,-), de *Bijlmerrampregeling* (zie *Stcrt.* 26 januari 2000, nr. 18, p. 15; een vaste uitkering van Hfl. 4.000,- en een aanvullende, concrete uitkering in verband met psycho-sociale problemen van maximaal Hfl. 21.000,- met een 'eigen risico' van Hfl. 4.000,-), en de *Legionellaregeling* (zie *Stcrt.* 29 juni 2000, nr. 123, p. 11; vaste uitkering Hfl. 4.000,- voor de gekwetste zelf en Hfl. 10.000,- voor de eventuele weduwe of weduwnaar).

<sup>4</sup> Zie hierover bijvoorbeeld ook L. Dommering-van Rongen, Veel rampen, weinig dekking, *AV&S* 2001/3, p. 61, die nog wijst op de solvabele positie van bijvoorbeeld El Al en Boeing, zodat daarin wellicht de reden schuilt waarom er na de Bijlmerramp veel minder richting overheid gekeken werd.

<sup>5</sup> Ook na de watersnoodramp van 1953 werd er al met een schuin oog richting overheid gekeken, zie Peters, *t.a.p.* (1980), p. 497.

<sup>6</sup> Zie nader J.A.E. van der Does, G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, Mon. Nieuw BW A-26, Deventer 2001, p. 77-78 en 90-

Gegeven dat uitgangspunt, gaat het hierna enkel om wat de ‘afgeleide verantwoordelijkheid’ van de overheid genoemd zou kunnen worden: een derde creëert een gezondheidsgevaar en dat gevaar verwezenlijkt zich, terwijl dat niet zou zijn gebeurd indien de overheid anders had gehandeld dan zij heeft gedaan. De cruciale vraag daarbij is natuurlijk onder welke voorwaarden afgeleide verantwoordelijkheid mag worden aangenomen.

Allereerst analyseren wij welke verwijten aan het adres van de overheid denkbaar zijn (§ 1), en na een bespreking van het concept van afgeleide verantwoordelijkheid (§ 2), zullen wij in § 3 ingaan op de rol die de notie van beleidsvrijheid in deze speelt. Daarna bespreken wij in § 4, 5 en 6 een aantal typen van overheidsfalen en de consequenties daarvan bezien vanuit het geldende aansprakelijkheidsrecht. Mogelijke alternatieve gronden voor schadeloosstelling bespreken wij in § 7. Daar zullen wij suggereren dat afgeleide overheidsaansprakelijkheid voor gezondheidsschade wellicht beter niet afgewikkeld kan worden op basis van het gewone aansprakelijkheidsrecht.

### *1 Verschillende verwijten, altijd prijs?*

De overheid behartigt het algemene belang en de bescherming tegen gezondheidsschade maakt daar een belangrijk onderdeel van uit.<sup>7</sup> Om in dit verband van een verwijtbare onrechtmatige daad van de overheid te kunnen spreken, moet worden onderzocht of zij in concreto anders heeft gehandeld dan zij met het oog op de (gezondheids)belangen van de benadeelden had behoren te handelen.<sup>8</sup> Het formuleren van een verwijt richting overheid zal worden toegespitst op de vraag of zij op enig moment had moeten ingrijpen om het gevaar af te wenden. Het formuleren van dergelijke verwijten lijkt over het algemeen niet zo heel lastig te zijn.<sup>9</sup> De belangrijkste typen verwijten in dit verband zijn:

- a. de overheid verrichtte onvoldoende onderzoek naar de mogelijke risico's van bepaalde stoffen (bijvoorbeeld: asbest), installaties (straling van zendmasten), dieren (BSE) of micro-organismen of hield die risico's onvoldoende in de gaten (observatieplicht);
- b. de overheid verstrekke onvoldoende informatie (waarschuwingen) over het bestaan of de aanwezigheid van een bepaalde bron van gevaar, ofwel in het algemeen (roken) ofwel in een concreet geval (vuurwerkopslag in een bepaalde wijk);<sup>10</sup>

---

91; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2000, nr. 1212-1213. Ook kan gewezen worden op het bekende *Veenbroei*-arrest (HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 nt. G) waarin de Hoge Raad besliste dat de overheid als eigenaar van een terrein moet waarschuwen voor niet-zichtbare natuurlijke gevaren.

<sup>7</sup> Zie U. Rosenthal & M. Bezuyen, *Belofte maakt schuld. Overheid, rampschade en genoegdoening*, *Openbaar Bestuur* 1997, nr. 6/7, p. 3; J.M. Polak en C.J.N. Verstedden, *De cafébrand in Volendam – een ramp om van te leren*, rapport van de commissie ingesteld door de Commissaris van de Koningin in de provincie Noord-Holland, 26 maart 2001, p. 49; *Kamerstukken II*, 1998/99, 26.604, nr. 1 (Integraal Veiligheidsprogramma), p. 7. Vgl. ook Asser-Hartkamp 4-III, nr. 280. De plicht van de overheid tot bescherming van haar burgers tegen gezondheidsschade vloeit ook voort uit de artt. 2 (recht op leven), 5 (recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon) en 8 (recht op gezinsleven) EVRM, zie bijvoorbeeld EHRM 3 april 2001, *NJB* 2001, p. 1086-1087, nr. 24 (Keenan/VK), en EHRM 9 december 1994, *NJ* 1996, 506 (López Ostra/Spanje) en R.A. Lawson, Een onaanzienlijk teken boven de rampzaligheid: over de potentiële betekenis van het EVRM voor, tijdens en na een ramp, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag 2001, m.n. p. 279-286. Ook zou nog op art. 22 Grondwet (bevordering van de volksgezondheid) gewezen kunnen worden.

<sup>8</sup> Vgl. HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell).

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld ook 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. 119 en 120; J. Sap, *Gedogen en handhaven door de overheid: op zoek naar het evenwicht*, *L&S* 2001/1, p. 4, en de bijdrage van Van Twist en Ten Heuvelhof aan dit nummer.

<sup>10</sup> Inmiddels lijkt de overheid daaraan in algemeen zin iets te willen doen. Men heeft het plan opgevat om een centraal register aan te leggen waarin alle risico-informatie over risicovolle situaties (in Nederland) waarbij gevaarlijke stoffen zijn

- c. de overheid trof onvoldoende (al dan niet wettelijke) maatregelen tegen bepaalde bekende gevaren, bijvoorbeeld door dat gevaar weg te nemen, het gebruik ervan tijdig te verbieden (asbest en eventueel roken), zeer krachtig te ontmoedigen (roken), of op zijn minst afdoende te reguleren via vergunningen en een vergunningenbeleid (vuurwerkopslag);<sup>11</sup> (hierna ook wel: *regelgevingsfalen*)
- d. de overheid hield onvoldoende (preventief) toezicht op de naleving van de wel genomen maatregelen en afgegeven vergunningen (met betrekking tot de opslag van vuurwerk of het gebruik van brandbare materialen in openbare gelegenheden),<sup>12</sup> waarbij nog mede van belang zou kunnen zijn dat soms verwacht kan worden dat niet iedereen zich aan de regels zal houden;<sup>13</sup> (hierna ook wel: *algemeen toezichtsfalen*)
- e. de overheid trad bij wel gebleken overtredingen onvoldoende hard op, zodat er van onzorgvuldige handhaving gesproken zou kunnen worden (hierna ook wel: *concreet toezichtsfalen*).

Het is natuurlijk de vraag of deze verwijten, indien feitelijk juist en bewijsbaar, zonder meer tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Wel kan worden gezegd dat de druk om in dergelijke gevallen aansprakelijkheid aan te nemen, groot is. En dan bedoelen wij niet alleen de maatschappelijke druk, maar ook de druk vanuit het rechtsgebied van de overheidsaansprakelijkheid zélf. Binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht bestaat namelijk een sterke tendens tot het formuleren van zeer zware, en steeds zwaardere,<sup>14</sup> normen voor de overheid. Opmerkelijk genoeg betreffen die normen voornamelijk bescherming tegen zaakschade en puur economische schade, denk met name aan de rechtspraak inzake de aansprakelijkheid wegens vernietigde besluiten.<sup>15</sup> Als die vormen van schade al in zo ruime mate vergoedbaar zijn, dan zou de gezondheidsschade na voorvallen zoals hier beschreven, zeker voor vergoeding in aanmerking moeten komen, zo lijkt het.<sup>16</sup> Maar zo simpel is het niet.

---

betrokken, zoals (de opslag van) vuurwerk, vastgelegd worden, en daarvoor wil men een registratieplicht in het leven roepen, zie *Kamerstukken II*, 2000/01, 27.628, nr. 1 en 2. Die registratie zal in elk geval meebrengen dat als er onverhoopt toch een keer iets mis zou gaan met een geregistreerd gevaar, de overheid in elk geval niet meer zal kunnen aankomen met het verweer dat zij niet op de hoogte was van het gevaar.

<sup>11</sup> Hierbij lijkt (in bestuurlijke kringen) het voorzorgsbeginsel een steeds grotere rol te gaan spelen. Zie recentelijk kritisch daarover R. Pieterman, Weg met het voorzorgsbeginsel?, *NJB* 2001/22, p. 1023 e.v.; dezelfde, Afscheid van risico? Niet zonder gevaar!, *RdW* 2001, p. 35 e.v., alsmede L. Bergkamp, The precautionary principle's relevance to liability law, *TMA* 2001-4, p. 91 e.v.

<sup>12</sup> Zie over de zorgplichten van toezichthouders in algemene zin nog Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 1206.

<sup>13</sup> De parallel met de mogelijke aansprakelijkheid van een toezichthouder voor crimineel gedrag van een ander dringt zich op. Zie Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 1207.

<sup>14</sup> J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Handelingen NJV*, 1996-I, Zwolle 1996, p. 300 en 301.

<sup>15</sup> Zie in algemene zin G.E. van Maanen, R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer 2000, p. 87 en 90-91; Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 813, en voor een overzicht ten aanzien van vernietigde besluiten Spier, *a.w.* (1996), p. 282 e.v.; J. Spier, T. Hartlief, G.E. Van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 2<sup>e</sup> druk, Deventer 2000, nr. 183; Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), p. 78 e.v.; C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, diss. RUG, 2000, p. 127-128, en p. 231-234; H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal*, Afscheidsrede KUN, Deventer 2001, p. 33 e.v. Van belang is hierbij natuurlijk dat de onrechtmatigheid na de vernietiging in beginsel gegeven is en dat daarmee ook de 'schuld' van het overheidsorgaan gegeven is, althans de schade aan de overheid is toe te rekenen.

<sup>16</sup> Dat 'men' over het algemeen eerder geneigd en genegen zal zijn om een vergoeding voor geleden letsel toe te kennen dan voor bijvoorbeeld gederfde winst, wordt vrij algemeen erkend, maar niet steeds even consequent doorgevoerd, zoals J.M. Barendrecht, De toekomst van het aansprakelijkheidsrecht in drievoud, in: J.M. Barendrecht en E. Bauw (red.), *Privaatrecht in de 21e eeuw. Aansprakelijkheidsrecht*, Deventer 1999, p. 66-67, laat zien.

## 2 De zijdelingse laedens minder snel aansprakelijk?

Allereerst is van belang om vast te stellen dat de (juridische) verantwoordelijkheid voor de schadeveroorzakende gebeurtenis primair is gelegen bij de burger die het gevaar in het leven roept. Voor de Volendamse cafébrand lijkt dat de uitbater te zijn, omdat deze in aansprakelijkheidsrechtelijke zin onzorgvuldige gevaarstelling valt te verwijten (hierin gelegen dat hij kerstversiering had laten ophangen waarvan bekend was dat deze brandgevaar met zich bracht<sup>17</sup> en dat slechte brandpreventiemaatregelen waren getroffen).<sup>18</sup> Bij de Enschedese vuurwerkkramp lijkt dat de bedrijfsmatig gebruiker van vuurwerk te zijn, die risicoaansprakelijk is voor de verwezenlijking van het explosieve karakter van het vuurwerk (art. 6:175 BW).<sup>19</sup> Daarnaast wordt er echter meer en meer op vertrouwd wordt dat de overheid als ‘toezichthouder’ de betreffende activiteit in de gaten houdt en, indien nodig, voorkomt dat er schade kan ontstaan.<sup>20</sup>

Het bijzondere is hier uiteraard dat naast de eventuele ‘fout’ van de overheid de (causaal gezien veel) omvangrijkere verantwoordelijkheid staat van de gevaarzettende burger. De bijdrage van het betreffende overheidslichaam aan de uiteindelijke schade is gering in vergelijking tot de bijdrage van degene die de toestand oorspronkelijk in het leven riep. De mogelijke overheidsaansprakelijkheid is dan ook hoogstens een ‘afgeleide’ of een ‘tweede graads’ aansprakelijkheid.<sup>21</sup> Anders gezegd: wij hebben hier te maken met aansprakelijkheid van een zogenaamde ‘*peripheral tortfeasor*’, in juridisch-Nederlands, de ‘zijdelingse laedens’.<sup>22</sup>

De reden dat de zijdelingse laedens wordt aangesproken, is in dit soort gevallen vooral een financiële: de overheid is een solvante gedaagde, de eigenlijke of ‘eerstegraads’ dader is dat niet of in elk geval minder.<sup>23</sup> De vraag is in hoeverre dit van invloed is op de potentiële aansprakelijkheid van de overheid, want deze uitgangspunten brengen in elk geval mee dat het niet direct billijk schijnt om de overheid met de (gehele) schadelast op te zadelen. Het verhoudt zich ook slecht met de individuele verantwoordelijkheid van de burger en de ondernemer. Is die eigen verantwoordelijkheid van de burger om schade voor anderen te voorkomen en om schade voor zichzelf te vermijden, opeens helemaal van de baan zodra een overheidslichaam in actie had kunnen komen?<sup>24</sup>

De preventie van zware ongevallen en rampen op het niveau van de betrokken ondernemingen zal waarschijnlijk niet erg gestimuleerd worden indien het na elke ramp mogelijk is om (meteen) terug te vallen op de overheid zonder dat eerst getracht moet worden de schade te verhalen op de primair verantwoordelijke. Zeker wanneer de overheid snel bereid zal zijn

<sup>17</sup> Bovendien leverde zulks strijd met een wettelijke plicht op, zie Polak/Versteden, *a.w.* (2001), p. 31.

<sup>18</sup> Polak/Versteden, *a.w.* (2001), p. 28 (brandveiligheid van het gebouw) en p. 30 (aanschrijving inzake kerstversiering).

<sup>19</sup> Behoudens overigens de eventuele toepasselijkheid van de uitzonderingen van art. 6:178 BW. Wij sluiten niet uit dat met betrekking tot de Enschede-ramp komt vast te staan dat aan de bedrijfsmatig gebruiker van het vuurwerk tevens concrete onzorgvuldigheid ten aanzien van de ramp valt te verwijten. Indien juist is hetgeen in het rapport van de Commissie Oosting (Commissie Onderzoek Vuurwerkkramp, *De vuurwerkkramp – eindrapport*, uitgebracht op 28 februari 2001, p. 63-64, p. 81 e.v.) wordt gesteld ten aanzien van vergunningovertreding en onjuiste labelling en verpakking, dan zal bovendien concreet causaal verband mogen worden aangenomen tussen (omvang van) de ramp en de gemaakte fouten.

<sup>20</sup> Zie Barendrecht, *t.a.p.* (1999), p. 83.

<sup>21</sup> Barendrecht, *t.a.p.* (1999), p. 83, en Jurgens, *t.a.p.* (2000), p. 1281.

<sup>22</sup> Zie over deze zijdelingse laedens naar Amerikaans en Engels recht, W.H. van Boom, Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, J.G.A. Linssen (red.), *Tussen “Alles” en “Niets”. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer 1997, p. 135 e.v.

<sup>23</sup> Zie Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 1302 en 1404.

<sup>24</sup> Zie daarover bijvoorbeeld K.F. Haak, Functioneel privaatrecht voor leed en verdriet, *NTBR* 2001/5, p. 211, en de bijdrage van Eijlander en Van Gestel aan dit nummer. Vgl. ook Stolker, Levine & De Bel, *t.a.p.* (2001), p. 120, en Jurgens, *t.a.p.* (2000), p. 1281.

‘iets’ te doen, is dat vaak de eenvoudigste weg voor het slachtoffer, met als gevolg dat de daadwerkelijk verantwoordelijke uiteindelijk de dans lijkt te ontspringen en niet tot de benodigde zorgvuldigheid wordt geprikkeld.

Vanuit een oogpunt van preventie lijken derhalve meer dan nu het geval is de eerstverantwoordelijken te moeten worden geprikkeld om te trachten te voorkomen dat zich rampen kunnen voltrekken, en potentiële aansprakelijkheid kan daar uiteraard aan bijdragen. Overigens lijken de primair verantwoordelijken ook het beste in staat om maatregelen te nemen. Om die ondernemingen beter te prikkelen, moet de overheid er echter voor zorgen dat het ondernemersrisico (waarbij risico hier staat voor de hoogte van de straf maal de pakkans) bij overtreding van voorschriften zo hoog mogelijk is. De overheid moet derhalve op haar beurt ook weer geprikkeld worden, en daar kan overheidsaansprakelijkheid bij helpen.<sup>25</sup> Deze uitgangspunten, te weten de primaire verantwoordelijkheid behouden en de overheid prikkelen, kunnen worden verenigd in *subsidaire aansprakelijkheid* van de overheid, dat wil zeggen dat de overheidsaansprakelijkheid alleen ingeroepen kan worden als de eerstverantwoordelijke om een of meer bepaalde redenen, zoals bijvoorbeeld onvindbaarheid of insolventie, niet (volledig) aansprakelijk gesteld kan worden. Die subsidiariteit kent men bijvoorbeeld in Duitsland,<sup>26</sup> maar in ons recht lijkt de zijdelingse laedens geen bijzondere behandeling te krijgen: als hij toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld, is hij onvoorwaardelijk voor de gehele schade aansprakelijk.<sup>27</sup>

Subsidaire aansprakelijkheid kan een zinvolle optie zijn, maar daarbij moet worden opgemerkt dat het opwerpen van een drempel voor overheidsaansprakelijkheid vooral praktische betekenis zal toekomen bij kleinschalige schadegebeurtenissen, omdat de financiële draagkracht van de primair aansprakelijke juist bij grootschalige rampen begrensd zal blijken.<sup>28</sup> Anderzijds wordt daarmee juist ook benadrukt dat de primair aansprakelijke op zijn civielrechtelijke verantwoordelijkheden dient te worden gewezen en dat de afgeleide aansprakelijke als ‘financieel vangnet’ moet worden gezien voor die gevallen waarin de primair aansprakelijke door de exorbitante schadeomvang ‘judgment proof’ blijkt te zijn.<sup>29</sup>

### 3 *Beleidsvrijheid: veel mogen en weinig moeten?*

Bij aansprakelijkheid van de overheid als zijdelingse laedens kan ook op andere wijze een zekere terughoudendheid aan de dag wordt gelegd. Die terughoudendheid zien wij bijvoorbeeld op bepaalde plaatsen in het Engelse overheidsaansprakelijkheidsrecht,<sup>30</sup> waar aansprakelijkheid voor falend politiespeurwerk naar de *Yorkshire Ripper* (met als

---

<sup>25</sup> Zie over preventie en prikkels (de overheid moet geprikkeld worden om toezicht uit te oefenen) ook de bijdrage van De Mot aan dit nummer, alsook Stolker, Levine & De Bel, *t.a.p.* (2001), p. 106-107.

<sup>26</sup> Een dergelijk systeem wordt in het Duitse overheidsaansprakelijkheidsrecht gehanteerd (§ 839 BGB jo. Art. 34 GG), zie F. Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 5<sup>e</sup> druk, München 1998, p. 78 e.v., en bijvoorbeeld Hennekens, *a.w.* (2001), p. 86-87, die pleit voor aansluiting bij dit Duitse stelsel.

<sup>27</sup> Het recente arrest inzake *Staat/Lavrijsen* (HR 30 maart 2001, *RvdW* 2001, 71) toont dat het feit dat de benadeelde wellicht een aanspraak op een ander, die het risico van schade in het leven riep, geldend kan maken, er niet aan in de weg staat dat de overheid ook gehouden is de schade te vergoeden, zodat het de benadeelde vrij staat om toch de overheid aan te spreken. Art. 6:102 BW geeft voor dergelijke gevallen de regel dat hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat. Zie nader Van Boom, *t.a.p.* (1997).

<sup>28</sup> Zo ook M. Faure & T. Hartlief, Vergoeding van rampschade, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag 2001, p. 172.

<sup>29</sup> Zie over dat probleem vooral ook de bijdrage van De Mot aan dit nummer.

<sup>30</sup> Zie onder andere (de rechtspraak genoemd in) J. Bell, *The law of England and Wales*, in: J. Bell & A.W. Bradley (ed.), *Governmental liability: a comparative study*, London 1991, p. 27-28 en noot 50 aldaar, en B.S. Markesinis, S.F. Deakin, *Tort Law*, 4th ed., Oxford 1999, p. 145 e.v.

beweerdelijk gevolg de moord op de dochter van de benadeelde) onder meer werd afgewezen op grond van ‘policy reasons’: de politie moet ongehinderd door aansprakelijkheidsdreiging haar werk kunnen doen, en vooral niet worden gedwongen om kostbare politietijd te steken in haar verdediging in aansprakelijkheidsprocedures.<sup>31</sup>

‘Policy reasons’ komen ook in ons recht aan de orde, zij het in enigszins bedekte termen. Zo leert bestudering van het overheidsaansprakelijkheidsrecht in algemene zin enerzijds dat de overheid minder snel aansprakelijk is dan een gewone burger, en wel omdat de overheid een zekere vrijheid van handelen, beleidsvrijheid, geniet, maar anderzijds dat zij in bepaalde gevallen juist sneller aansprakelijk is dan een gewone burger.<sup>32</sup> Dat laatste zou hier mogelijk aan de orde kunnen zijn, nu in dit soort gevallen het overheidshandelen zich onderscheidt van het handelen van een gewone burger aangezien de overheid het algemene belang van gezondheidsbescherming dient. Die constatering is daarom van belang omdat anders de normale regels van aansprakelijkheidsrecht zoals die tussen twee private partijen gelden, van toepassing zouden zijn.<sup>33</sup>

Maar aan de andere kant kan het ‘algemeen belang’-aspect juist tot een meer terughoudende toetsing aanleiding geven, omdat de overheid *beleidsvrijheid* toekomt. Wat is dat precies? Volgens Spier<sup>34</sup> betreft het hier de gedachte dat de overheid binnen een zekere bandbreedte haar gang kan gaan: ‘Het is aan haar om keuzes te maken en een oordeel over de vraag of deze juist zijn, past niet, zo lang zij maar binnen deze speelruimte blijft.’ Als men meent dat een overheidslichaam beleidsvrijheid heeft dan is natuurlijk de vervolgvraag welke rechtspolitieke afwegingen schuilgaan achter die invulling van de notie van beleidsvrijheid, en of die steekhoudend zijn voor de afwijzing van aansprakelijkheid.<sup>35</sup> Beleidsvrijheid lijkt vooral daar te bestaan, maar wordt wel minder,<sup>36</sup> waar er sprake is van handelingen die vallen onder wat dan wel heet de ‘klassieke overheidstaken’.<sup>37</sup> Gevolg van het bestaan van een dergelijke beleidsvrijheid is dat een eventuele onrechtmatigheid van handelen gestoeld zal moeten worden op willekeur of misbruik van bevoegdheid en dan onder de zogenaamde marginale toetsing valt,<sup>38</sup> hetgeen betekent dat er minder snel tot onrechtmatigheid geconcludeerd zal worden. Wat heden ten dage een klassieke overheidstaak is, is echter niet eenvoudig te bepalen. Opsporing van misdrijven, buitenlandse betrekkingen en defensietaken lijken daar bijvoorbeeld onder te vallen.<sup>39</sup> Dat zou dan betekenen dat er in het kader van die vormen van taakuitoefening niet snel sprake zal kunnen zijn van overheidsaansprakelijkheid. Maar in

<sup>31</sup> Zie voornamelijk *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1989] 1 AC 53, en *Osman v. Ferguson* [1993] 4 All ER 344. Vgl. over een en ander ook R. Bernstein, *Economic Loss*, Londen 1998, p. 415 e.v. Overigens dient te worden vermeld dat in elke uitspraak opnieuw het ‘policy’-element centraal staat, zodat in schijnbaar vergelijkbare gevallen ook weer wél aansprakelijkheid kan worden aangenomen, omdat de rechter in dat geval aansprakelijkheid wel wenselijk acht. Zie bijv. *Swinney v. Chief Constable of Northumbria Police Force* [1997] QB 464 (aansprakelijkheid wegens onvoldoende zorg bij getuigenbescherming).

<sup>32</sup> Vgl. Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), p. 77; Van Maanen/De Lange, *a.w.* (2000), p. 86; J.B.J.M. ten Berge & P.C.E. van Wijmen, *Overheidsaansprakelijkheid in Nederland: een geleidelijke, doch principiële omslag*, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Openbaar bestuur en aansprakelijkheid*, Den Haag 1995, p. 34-35, en Spier, *a.w.* (1996), p. 268.

<sup>33</sup> Zie hierover Spier *c.s.*, *a.w.* (2000), nr. 174.

<sup>34</sup> Spier, *a.w.* (1996), p. 268. Zie hierover ook Van Maanen/De Lange, *a.w.* (2000), p. 53 e.v.; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 290b.

<sup>35</sup> Vgl. Van Maanen/De Lange, *a.w.* (2000), p. 55. Naast ‘beleidsvrijheid’ zijn natuurlijk andere instrumenten denkbaar om de aansprakelijkheid van de overheid af te kunnen wijzen, zoals bijvoorbeeld via de relativiteitseis (art. 6:163 BW), zie daarover Van Maanen/De Lange, *a.w.* (2000), p. 80 e.v.; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 290b. Zie voor een weging van deze argumenten en instrumenten bijvoorbeeld ook de Engelse zaken *Anns v. Merton LBC* [1978] AC 728, en *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398.

<sup>36</sup> Spier, *a.w.* (1996), p. 300.

<sup>37</sup> Spier, *a.w.* (1996), p. 279.

<sup>38</sup> Zie recentelijk bijvoorbeeld Hof Den Bosch 20 juni 2000, *NJ* 2001, 299 (Streng/Breda), r.o. 4.4, en verder bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-III, nr. 290c en 290d; Spier *c.s.*, *a.w.* (2000), nr. 176; Van Maanen/De Lange, *a.w.* (2000), p. 54.

<sup>39</sup> Zie voor voorbeelden Van Maanen/De Lange, *a.w.* (2000), p. 65-68.

werkelijkheid is de hier bedoelde terughoudendheid soms ver te zoeken; het lijkt ons bijvoorbeeld weinig terughoudend om aansprakelijkheid aan te nemen voor justitieel optreden dat door een redelijke verdenking werd gerechtvaardigd, maar waarvan achteraf komt vast te staan dat het een onterechte verdenking was.<sup>40</sup>

Ook overigens is de categorisering in klassieke en niet-klassieke taken een moeizame bezigheid. In hoeverre het toezicht op de naleving van regelgeving (sub d uit de lijst van mogelijke verwijten aan de overheid in § 1), het verstrekken van informatie over gevaren (sub b) en de daadwerkelijke handhaving van die regelgeving (sub e) een klassieke overheidstaak is, is lastig te zeggen. Het onderzoeken van risico's (sub a) lijkt ons in elk geval geen specifieke overheidstaak te zijn, maar het treffen van wettelijke maatregelen (sub c) is dat typischerwijs wel, zo lijkt het. Het wordt, kortom, tijd voor een andere onderverdeling, waarbij wij niet kijken naar het al dan niet 'klassieke' karakter van de betreffende taak, maar waarbij het *type* nalaten centraal staat.<sup>41</sup>

#### 4 Twee typen van falen

In § 1 gaven wij een opsomming van mogelijke verwijten die aan de overheid geadresseerd zouden kunnen worden. Uit die opsomming isoleren wij hierna twee hoofdcategorieën (betrekking hebbend op de verwijten *c*, *d* en *e*), die naar onze mening nadere bestudering verdienen: wij hebben ze *toezichtsfalen* en *regelgevingsfalen* genoemd.<sup>42</sup> Toezichtsfalen betreft de gevallen waarin de overheid uit hoofde van bestaande regelgeving een toezichthoudende taak heeft die in algemene zin gericht is op voorkoming, wegneming of minimalisering van door derden gecreëerde gezondheidsgevaren, en zij deze taak niet (goed) heeft vervuld, terwijl regelgevingsfalen de gevallen betreft waarin de overheid wordt verweten dat zij zich geen toezichthoudende taak heeft toegemeten.

Als wij het hebben over de eerste categorie, dan gebruiken wij de term 'toezicht' in de meest ruime zin van het woord: de overheid is toezichthouder wanneer zij bevoegdheden heeft ten aanzien van, en daarmee zeggenschap over, potentieel schadelijke gedragingen van anderen.<sup>43</sup>

Onder deze wijde categorie vallen dus bijvoorbeeld zowel de preventie van geweldsmisdrijven door de politie, het bewaken van gedetineerden,<sup>44</sup> het al dan niet toelaten van geneesmiddelen op de markt, als het afdwingen van naleving van Wm-vergunningsvoorschriften. Binnen deze ruime categorie 'toezicht' moet, zo denken wij, voor aansprakelijkheidsrechtelijke doeleinden worden onderverdeeld in *algemene controle* en *concreet optreden*.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> Zie over die gevallen onder andere Van Maanen/De Lange, *a.w.* (2000), p. 150 e.v., en Hennekens, *a.w.* (2001), p. 48 e.v. Een zekere mate van terughoudendheid wordt echter wel bereikt door de eis dat de onschuld van de verdachte achteraf moet blijken.

<sup>41</sup> Stolker, Levine & De Bel, *t.a.p.* (2001), p. 116 e.v., hanteren een indeling gebaseerd op de situatie voor en na de ramp en passen in beide fases de zorgvuldigheidsnorm, toegespitst op die fase, toe.

<sup>42</sup> De categorieën *a* en *b* blijven hier verder buiten beschouwing omdat die mogelijke verwijten ofwel niet specifiek betrekking hebben op de overheid, ofwel zich oplossen in een regelgevingsfalen danwel toezichtsfalen.

<sup>43</sup> Toezichthouder is volgens Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 1205 en 1302, degene die zeggenschap heeft en de veiligheid kan bevorderen. Dat kunnen meerdere personen tegelijkertijd zijn.

<sup>44</sup> Wij denken dat daarop de toch wel vergaande aansprakelijkheid van psychiatrische ziekenhuizen analoog van toepassing is. Zie over dat onderwerp Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 1409 (en 1511-1512).

<sup>45</sup> In bestuursrechtelijke termen *toezicht*, resp. (*aanzegging en*) *bestuursdwang*.

## 5 Regelgevingsfalen: aansprakelijkheid uitzondering

Wij komen op die nadere onderverdeling van het type toezichtsfalen hierna in § 6 nog terug, maar wij stellen nu reeds voorop dat er naar onze mening een groot verschil is met die gevallen waarin de overheid zich geen toezichthoudende taak heeft toegemeten, de gevallen van ‘regelgevingsfalen’. Immers, wanneer de overheid regels uitvaardigt, wekt zij daarmee het vertrouwen dat zij deze regels ook zal handhaven, zeker wanneer het gaat om regels die tegen gezondheidsschade beogen te beschermen.<sup>46</sup> Maar dat vertrouwen kan niet bestaan (laat staan worden geschonden) waar géén regelgeving bestaat. Bezoekers van de Flora-beurs in Bovenkarspel konden niet vertrouwen op overheidstoezicht op naleving van regels ter zake van chlorering of reiniging van bubbelbadwater, omdat die er met betrekking tot expositieruimten eenvoudigweg niet was.<sup>47</sup>

Die bezoekers zullen hooguit een algemeen vertrouwen ‘dat de overheid over de volksgezondheid waakt’ hebben gekoesterd, maar het is voor ons zeer de vraag of dat vertrouwen zonder meer aansprakelijkheidsrechtelijke gevolgen moet hebben. Wij menen dat grote terughoudendheid moet worden betracht waar het gaat om overheidsaansprakelijkheid wegens regelgevingsfalen. Weliswaar leidt die terughoudendheid ertoe dat wij primaire verantwoordelijken (producenten, werkgevers, ondernemers in het algemeen) veel harder aanpakken dan de wetgever (voornamelijk de Staat), omdat de primair verantwoordelijke wel kan worden verweten ongeschreven zorgvuldigheidsnormen te hebben geschonden, terwijl wij de overheid niet mogen verwijten dat zij heeft nagelaten die normen te schrijven.<sup>48</sup> Maar als de rechter die terughoudendheid zou laten varen, en bijvoorbeeld de Staat aansprakelijk zou achten voor haar nalaten om tijdig bedrijfsmatige verwerking van asbest te verbieden of voor haar nalaten om tijdig chloreringsvoorschriften voor exposities van bubbelbaden uit te vaardigen, dan zou de rechter zich de rol van wetgever aanmatigen. Dat lijkt ons zeer gevaarlijk, omdat het botst met het rechtstatelijke beginsel dat de wetgever zijn eigen agenda bepaalt.

Hoe denkt de rechter zelf over zijn taak ten aanzien van regelgevingsfalen? De civiele rechter heeft zich over deze vraag nog niet hoeven uit te laten, maar als wij de bestaande rechtspraak inventariseren, komen wij tot het volgende beeld. De rechter is bevoegd om wetgeving in materiële zin (terughoudend) te toetsen, mits het geen wet in formele zin betreft en mits de rechter niet de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vaststelt (met andere woorden: de wetgevende beleidsruimte zelf invult).<sup>49</sup> Het toetsingsverbod ten aanzien van wetgeving in formele zin is zo sterk,<sup>50</sup> dat het naar onze mening ook moet gelden ten aanzien van het nalaten om dergelijke wetgeving in het leven te roepen.<sup>51</sup> Zo lijkt het ons op die grond reeds niet goed

---

<sup>46</sup> Zie ook J. de Vries, Verzekeren van overheidsaansprakelijkheid, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Openbaar bestuur en aansprakelijkheid*, Den Haag 1995, p. 71, en J.B.J.M. ten Berge e.a., *Aansprakelijkheid als object van beleid*, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Openbaar bestuur en aansprakelijkheid*, Den Haag 1995, p. 203.

<sup>47</sup> Vgl. verder Hof Amsterdam 4 januari 2001, ELRO AA 9299 (Jan Jong Holding/A.).

<sup>48</sup> Zo rusten er op de werkgever ongeschreven onderzoeksplichten in het geval dat geschreven regels ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, zie HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 nt. Pas (Janssen/Nefabas). Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer 2000, p. 64.

<sup>49</sup> Zie HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 nt. MS (Landbouwwliegers) en HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 nt. MS (Harmonisatiewet).

<sup>50</sup> Zie recentelijk HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 nt. ARB (Kooren-Maritiem/Staat).

<sup>51</sup> Wel kan het ontbreken van wetgeving onrechtmatig zijn, indien in een concreet geval een toezegging daartoe is gedaan, aldus HR 19 februari 1993, NJ 1995, 704 (Aruba/Lopez); de reikwijdte van dit arrest is overigens weinig helder, zie bijvoorbeeld Spier, *a.w.* (1996), p. 276, en Bloembergen, noot sub 2 onder NJ 2000, 713. Wellicht kan het toetsingsverbod nog via het EVRM omzeild worden, maar ook in die gevallen geldt in elk geval een ‘margin of appreciation’, zie bijvoorbeeld EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506 (López Ostra/Spaňe), § 51.



voorstelbaar om de Staat aansprakelijk te stellen voor het nalaten om productie en verkoop van tabakswaar (onmiskkenbaar een groot gezondheidsgevaar) te verbieden. Wordt een verwijt gericht tot een lagere wetgever, dan is geen formele belemmering aanwezig voor toetsing, maar ook dan is naar onze overtuiging terughoudendheid geboden. Ook indien een specifieke wet aan de Kroon wetgevende bevoegdheid zou hebben gegeven die het strikt genomen mogelijk had gemaakt om regels te stellen ten aanzien van chlorering van bubbelbaden in expositieruimtes, dan nog menen wij dat het veel te ver zou gaan om de Staat op die grond voor het enkele nalaten aansprakelijk te achten. Het gaat bij de beslissing tot invoering van wetgeving immers om afweging van verschillende - veelal sterk conflicterende - belangen, afgezet tegen de verwachte maatschappelijke kosten en baten, waarbij ook aandacht zal worden gegeven aan de aard en ernst van het gevaar en de te verwachten schade, de grootte van het risico op verwezenlijking van het gevaar, het belang bij de betreffende activiteit, de voorzienbaarheid van de schade en de kosten van adequate en beschikbare voorzorgsmaatregelen.<sup>52</sup> Die afweging behoort in principe tot het wetgeversdomein,<sup>53</sup> maar wij sluiten niet uit dat een lagere wetgever aan aansprakelijkheid blootstaat indien het nalaten om regelgeving af te kondigen in geen enkel opzicht gerechtvaardigd kan worden. Wij zouden hier echter wel een uiterst terughoudende rechterlijke toetsing willen bepleiten.

## 6 Toezichtsfalen: een nadere precisering

Daar waar het gaat om falend toezicht op door derden geschapen gevaren, is naar onze mening een meer prominente plaats weggelegd voor het aansprakelijkheidsrecht. Als wij de materie puur vanuit het civiele aansprakelijkheidsrecht bekijken, dan is allereerst van belang dat de primair verantwoordelijke zonder meer onrechtmatig handelt door de wet te overtreden of vergunningsvoorschriften niet in acht te nemen.<sup>54</sup> De vaststelling dat een wetsvoorschrift is overtreden, is weliswaar voor de aansprakelijkheid van de primair verantwoordelijke niet heel erg belangrijk – omdat overtreding van ongeschreven veiligheidsnormen evenzeer tot aansprakelijkheid leidt<sup>55</sup> – maar voor de overheidsaansprakelijkheid wél. Ontbreekt dat wettelijk voorschrift, dan richt het verwijt aan de overheid zich daar op, zie daarover § 5. Of nalaten om toezicht uit te oefenen op naleving van regelgeving onrechtmatig is jegens het slachtoffer, hangt – zo denken wij – af van de mate van concretisering van de betreffende voorschriften en van de concrete omstandigheden.<sup>56</sup> Daarbij zullen gezichtspunten moeten worden betrokken zoals de aard en ernst van het gevaar en de te verwachten schade, de grootte van het risico op verwezenlijking, het belang bij de betreffende activiteit, de voorzienbaarheid van de schade, de kosten van voorzorgsmaatregelen, mede in het licht van de vrijheid van het

<sup>52</sup> Het betreft hier gedeeltelijk toepassing van de criteria genoemd in HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 nt. GJS (Kelderluik). Vgl. ook de gezichtspunten in HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 nt. JHN en JCS (Kalimijnen).

<sup>53</sup> Anders lijkt ons het geval waarin de lagere wetgever *verplicht* is om wetgeving in te voeren, zoals de Woningwet gemeenten verplicht een bouwverordening in het leven te roepen waarin onder meer een regeling wordt getroffen ten aanzien van brandveiligheid, vgl. daarover K.D. Meersma, *De juridische aspecten van brandveiligheid*, *Gst.* 2001, 7146, p. 393 e.v. In het (onwaarschijnlijke) geval dat een dergelijke verordening ontbreekt, zou dan wel van onrechtmatig gemeentelijk handelen sprake kunnen zijn.

<sup>54</sup> Overtreding van vergunningsvoorschriften staat gelijk aan wetsovertreding voor de toepassing van art. 6:162 BW; zie HR 9 januari 1981, *NJ* 1981, 227 nt. CJHB (Van Dam/Beukeboom).

<sup>55</sup> Vgl. van de rechtspraak over veiligheidsnormen in dit verband bijvoorbeeld HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 nt. CJHB (Van Uitert/Kraamzorg).

<sup>56</sup> Ook lijkt ons relevant dat het betreffende wetsvoorschrift (mede) beoogt te beschermen tegen de gezondheidsschade zoals door de benadeelde geleden; is dat niet het geval, dan lijkt het minder spoedig mogelijk de overheid een verwijt te maken van nalaten toezicht te houden op de naleving ervan.

overheidslichaam om prioriteiten te stellen.<sup>57</sup>

Wij denken dat ook de concrete ‘nabijheid’ van het slachtoffer een rol zou moeten spelen.<sup>58</sup> Daar bedoelen wij het volgende mee. De politie heeft tot taak de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven (art. 2 Politiewet). Worden wij ‘s avonds in een donkere steeg gemolesteerd, dan lijkt het onwaarschijnlijk dat wij de enkele afwezigheid van de politie op dat tijdstip als een jegens ons gepleegd toerekenbaar onrechtmatig nalaten mogen kwalificeren.<sup>59</sup> Het nalaten van algemene controle – wij noemen dit *algemeen toezichtsfalen* – vormt geen onrechtmatige daad. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van de recente zaak van *restaurant Boeddha*.<sup>60</sup> Het ging in die zaak om een ernstige restaurantbrand, waarvoor onder meer de gemeente Hilversum als zijdelingse laedens aansprakelijk werd gesteld. De gemeente had in de vijf jaren voorafgaande aan de brand geen brandpreventiecontrole bij het betreffende restaurant uitgevoerd (omdat andere zaken prioriteit hadden), maar de gemeente had anderzijds de laatste controle zorgvuldig uitgevoerd en had geen aanleiding te veronderstellen dat sindsdien relevante risicoverzwarende wijzigingen in het gebouw waren aangebracht. Gegeven het feit dat er volgens de toen geldende regels geen controleplicht bestond, had de gemeente volgens het Hof geen onrechtmatige daad gepleegd (gelegen in het nalaten spontaan te controleren) jegens de gelaedeerde restaurantbezoekers.<sup>61</sup>

Geen spontane controleplicht in civielrechtelijke zin, zo menen wij te mogen concluderen. Maar, om terug te keren naar het donkere steegje, als de politie een concrete melding van het voorval krijgt, en zij besluit bijvoorbeeld om redenen van prioritering geen gehoor aan de oproep te geven, dan liggen de kaarten ons inziens anders. Indien al een waterschap dat een concrete klacht krijgt over een te hoog waterpeil, daar (adequaat) op dient te reageren,<sup>62</sup> dan geldt dat onzes inziens a fortiori voor de politie die een melding van een geweldsmisdrijf krijgt. Het nalaten te handelen op basis van concrete aanwijzingen van wetsschending – wij noemen dit *concreet toezichtsfalen* – vormt dan in beginsel wel een onrechtmatige daad.<sup>63</sup> Er bestaat naar onze mening dus een verschil tussen spontaan en in algemene zin controleren op naleving enerzijds, en het afgaan op concrete aanwijzingen voor niet-naleving anderzijds. Wetenschap van een concrete schending verplicht naar onze mening tot het gebruik van de wettelijke bevoegdheden. Dat lijkt ook te volgen uit de bestuursrechtelijke ontwikkelingen op het vlak van de ‘beginselplicht’ tot handhaving. Van oudsher wordt geleerd dat er noch een straf-, civiel- of bestuursrechtelijke verplichting tot handhaving van regelgeving bestaat.<sup>64</sup> Maar er wordt meer en meer gesproken van een ‘beginselplicht tot handhaving’, zoals ten aanzien van bouwwerken geplaatst in strijd met het bestemmingsplan of zonder

<sup>57</sup> Zie opnieuw HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 nt. GJS (Kelderluik).

<sup>58</sup> Vgl. Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 1606. Uiteraard leunen wij hier sterk op het Engelse vereiste van ‘proximity’.

<sup>59</sup> Zie voor wat betreft bescherming tegen zaakschade bijvoorbeeld HR 19 november 1999, NJ 2000, 234 nt. ARB (Waterschap De Dommel): een waterschap heeft de wettelijke zorgtaak met betrekking tot de waterhuishouding (art. 1 Waterschapswet). Maar dat betekent niet zij droge voeten kunnen garanderen; er is beleidsvrijheid ten aanzien van de uitvoering van de taak, waarbij de beperkte financiële middelen mede een rol spelen.

<sup>60</sup> Hof Amsterdam 22 april 1999, te kennen uit HR 22 juni 2001, C99/265, GSt. 2001, 7146, 2 nt. HH.

<sup>61</sup> Dit leiden wij af uit de samenvatting in de conclusie van A-G Spier.

<sup>62</sup> HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319 nt. ARB, AB 1999, 206 nt. ThGD (Waterschap West-Friesland/Kaagman). Eventuele communicatiegebreken binnen de overheidsorganisatie komen overigens voor eigen risico (zo leiden wij af uit HR 9 januari 1998, NJ 1998, 586 nt. MMM (Van Dam/Rabobank Gorredijk Jubbega)), zodat bijvoorbeeld wetenschap van wetsovertreding bij de ambtenaar belast met brandpreventie, heeft te gelden als de wetenschap van de gemeente.

<sup>63</sup> Vgl. EHRM 3 april 2001, NJB 2001, p. 1086-1087, nr. 24 (Keenan/VK), inzake de soms bestaande plicht om preventief op te treden ter bescherming van iemands leven (art. 2 EVRM), waarbij van belang is of de autoriteiten wisten van het onmiddellijke gevaar en de redelijkerwijs te verwachten maatregelen (toch) achterweg bleven, en de noot van Hennekens onder HR 22 juni 2001, C99/265, in GSt. 2001, 7146, 2, op p. 402. Terughoudend in deze: Jurgens, *t.a.p.* (2000), p. 1281.

<sup>64</sup> Zie P. De Haan e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 2, 4e druk Deventer 1998, p. 458.

bouwvergunning.<sup>65</sup> Hoewel de ‘hardheid’ van deze beginselplicht niet onbetwist is, omdat gemotiveerde afwijking vaak lijkt te zijn toegestaan en het bestuursorgaan bovendien altijd verplicht is om de bij de uitoefening van de handhavingsbevoegdheid betrokken belangen af te wegen,<sup>66</sup> kan op deelterreinen wel zeker van een ‘harde’ handhavingsplicht worden gesproken, zoals ten aanzien van communautaire regelgeving<sup>67</sup> en in die gevallen waarin de wet expliciet een dergelijke plicht oplegt.<sup>68</sup>

Naar onze mening zou een dergelijke harde handhavingsplicht ook moeten gelden ten aanzien van regelgeving ter voorkoming van gevaarzettende situaties.<sup>69</sup> Weliswaar menen wij dat als de wet niet tot controleren verplicht, het niet-controleren als zodanig niet reeds onrechtmatig kan zijn, maar als het betreffende overheidslichaam bekend is met een concrete (dreiging van) niet-naleving, of als er sterke aanwijzingen zijn die bij de overheid het vermoeden van niet-naleving (moeten) doen rijzen, dan is actief toezicht en eventueel ingrijpen met gebruikmaking van de bestaande bevoegdheden vereist.<sup>70</sup> Stilzitten is dan onzes inziens spoedig onrechtmatig nalaten; alle handhavingsregisters moeten worden opengezet.<sup>71</sup> Dat heeft in het bijzonder betekenis voor bestuurlijk gedogen van (bekende) gevaarzettende situaties. Wij durven de stelling wel aan dat bestuurlijk gedogen van niet-naleving van een wettelijk voorschrift dat beoogt te beschermen tegen gezondheidsschade – zijnde het willens en wetens in stand laten van een gevaarzettende situatie – een toerekenbare onrechtmatige daad jegens eventuele slachtoffers oplevert.

## 7 Schadevergoeding voor toezichtsfalen op een andere leest

### 7.1 Toezichtsfalen als beleidsbeslissing: rechtmatige overheidsdaad?

Het voorgaande lijkt redelijk overzichtelijk en beheersbaar: aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen lijkt niet mogelijk, maar voor concreet toezichtsfalen wel. Omdat voor aansprakelijkheid een concreet verwijt nodig is, zal de schadelast mogelijk omvangrijk maar waarschijnlijk niet onbeheersbaar zijn. Maar daarmee is niet gezegd dat verdere ontwikkeling van het leerstuk van aansprakelijkheid voor concreet toezichtsfalen met een gerust hart kan worden afgewacht. Ook hier zal de toenemende druk worden gevoeld om slachtoffers aan compensatie te helpen door middel van het formuleren van onredelijk (althans onwerkbaar) zware gedragsnormen. En het is de vraag of dat bij concreet toezichtsfalen in alle gevallen de meest vruchtbare benadering is, met name wanneer het niet-handelen van de overheid terug te

---

<sup>65</sup> Zie uit de rechtspraak bijvoorbeeld Afd. bestuursrechtspraak RvS 2 februari 1998, AB 1998, 181 nt. FM; Afd. bestuursrechtspraak RvS 18 juni 1998, AB 1999, 28 nt. J. Struiksma; Afd. bestuursrechtspraak RvS 12 februari 1999, AB 1999, 321 nt. JSt. Nader over een en ander P.J.J. van Buuren c.s., *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer 1999, p. 111 e.v. Vgl. ook *Kamerstukken II*, 1996/97, 25.085, nr. 1-2 (verder: Nota ‘Gedogen in Nederland’), p. 13.

<sup>66</sup> Afd. bestuursrechtspraak RvS 15 juli 1999, AB 2000, 141 nt. GJ.

<sup>67</sup> Nota ‘Gedogen in Nederland’, p. 25-26.

<sup>68</sup> Ten aanzien van overtreding van milieuvoorschriften kan bijvoorbeeld worden gewezen op de handhavingsplicht van art. 18.2 Wm.

<sup>69</sup> In deze richting beweegt zich ook het maatschappelijke debat naar aanleiding van met name de Volendam-ramp. Zie Polak/Versteden, *a.w.* (2001), p. 48. Vgl. ook het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het onderzoek van de Commissie-Oosting, *Kamerstukken II*, 2000/01, 27.157, nr. 20, p. 20, en voordien al de Nota ‘Gedogen in Nederland’, p. 15.

<sup>70</sup> Polak/Versteden, *a.w.* (2001), p. 30. Vgl. ook Lawson, *t.a.p.* (2001), p. 279 en p. 281-282. Of die bekendheid aanwezig is of geacht moet worden aanwezig te zijn, is afhankelijk van de gegeven omstandigheden, waarbij ook de eerder uitgevoerde algemene controles een rol zullen spelen.

<sup>71</sup> Vgl. Polak/Versteden, *a.w.* (2001), p. 27-28. Dit pleit er voor om bij de bestuursrechtelijke toetsing van handhavingsbeslissingen, waar het gaat om gevaren voor gezondheidsschade, met meer terughoudendheid te kijken naar in het verleden gewekt vertrouwen bij de betreffende ondernemer. Het rechterlijk honoreren van dat vertrouwen lijkt namelijk een van de factoren te zijn die continuering van de methode van gedogen (en legaliseren) in de hand werkt; zie Polak/Versteden, *a.w.* (2001), p. 29 en p. 48.

voeren is – zoals vaak het geval zal zijn – op prioriteitstelling in de diverse toezichtstaken. De politie assisteerde niet, omdat zij prioriteit aan een andere oproep moest geven; de gemeente gedoogde, omdat het haar aan mankracht ontbrak om bestuurlijk op te treden. Hoewel in voorkomende gevallen mogelijk in redelijkheid geen verwijt kan worden gemaakt, maar schadeloosstelling voor het letsel toch de gewenste civielrechtelijke uitkomst is, zal – zo schatten wij in – de uitkomst in toenemende mate zijn dat ‘in onredelijkheid’ wél een verwijt wordt gemaakt.

Maar het zou ook anders kunnen lopen. Wij denken namelijk dat hier een rol is weggelegd voor de *rechtmatige* overheidsdaad.<sup>72</sup> Met de rechtmatige overheidsdaad is schadevergoeding buiten verwijtbaarheid namelijk mogelijk, omdat er – hoewel er in technisch-civiljuridische zin geen verplichting bestaat tot schadevergoeding na een rechtmatige overheidsdaad – een *onrechtmatige* daad gelegen is in het niet-vergoeden van schade onder de gegeven omstandigheden.<sup>73</sup> Wij achten op basis van de huidige stand van de rechtspraak verdedigbaar dat het in de rechtmatige overheidsdaad besloten liggende beginsel van de ‘*égalité*’<sup>74</sup> met zich brengt dat de overheid tot schadeloosstelling verplicht is als het uitblijven van concreet toezicht aanleiding geeft tot een rampzalige gebeurtenis.

De voorwaarden die normaal gesproken gelden voor een vergoeding op basis van de ‘*égalité*’-gedachte, zijn dat het moet gaan om schade door overheidshandelen in het algemeen belang, dat het gaat om schade die buiten het normale maatschappelijke risico valt en dat de getroffen groep relatief beperkt is.<sup>75</sup> Dat laatste is vooral een kwestie van perspectief: bij de ‘gemiddelde’ ramp, zelfs als er duizenden getroffen zouden zijn, is dat zeker het geval als de vergelijking gemaakt wordt met de gehele Nederlandse bevolking.<sup>76</sup> De voorwaarde dat het om een buitengewoon risico gaat, zal naar ons gevoel spoedig vervuld zijn bij rampen die door overheidstoezicht voorkomen hadden kunnen worden.

Ook de voorwaarde dat de schade, kort gezegd, het ongewenst bijproduct moet zijn van op zichzelf gerechtvaardigd overheidsoptreden, kan in dergelijke gevallen vervuld zijn. De figuur van bestuurscompensatie voor beleidsbeslissingen betreft weliswaar in de eerste plaats *handelen* van het bestuur, maar er is dogmatisch gezien niets op tegen om die figuur ook toe te passen op *nalaten* van de overheid. Nu zal men bij nalaten om toezicht te houden niet snel menen dat dit in het algemeen belang geschiedt, maar dat kan bij nadere beschouwing zeker wel het geval zijn. Immers, de beslissing om al dan niet prioriteit te geven aan toezicht is een resultante van een afweging van verwachte maatschappelijke baten en lasten. Die afweging geschiedt in het algemeen belang, omdat de overheidsmiddelen eindig zijn en dus efficiënt moeten worden ingezet. In die optiek kan ook een *nalaten* om toezicht te houden als

---

<sup>72</sup> Voor details hierover onder andere Spier, *a.w.* (1996), p. 294 e.v.; Van Maanen/De Lange, *a.w.* (2000), p. 172 e.v.; Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), p. 93 e.v.

<sup>73</sup> Zie bijvoorbeeld ook het recente arrest inzake *Staat/Lavrijsen* (HR 30 maart 2001, *RvdW* 2001, 71) dat toont dat er op het vlak van de (on)rechtmatige overheidsdaad niet (meer) te zuinig geredeneerd mag worden. In die zaak besliste de Hoge Raad dat het toebrengen van onevenredige schade van een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling, zoals in casu de huiszoeking bij een niet-verdachte, jegens de getroffen onrechtmatig is en die schade derhalve vergoed moet worden. Vgl. ook Rb. Assen 13 februari 2001, *NJKort* 2001, 22 (Snippe/Regiopolitie Drenthe), waarin de Rechtbank voorbij ging aan de eigenlijke onrechtmatigheidsvraag omdat zij de weigering om schadevergoeding te betalen onrechtmatig vond.

<sup>74</sup> Voor ons betoog scheren wij de grondslagen van art. 6:162 BW, art. 3:4 lid 2 Awb (het evenredigheidsbeginsel) en het daarin besloten liggende beginsel van de ‘*égalité devant les charges publiques*’ (de gelijkheid voor openbare lasten), over één kam.

<sup>75</sup> Spier, *a.w.* (1996), p. 298. Zie ook Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), p. 95, die ook aandacht besteden aan twee andere, maar naar onze mening te zeer op die zaak toegespitste vereisten uit het richtinggevende arrest *Staat/Leffers* (HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638), namelijk dat het een plotselinge ingreep door de overheid betrof en dat de getroffen boer alle eerdere maatregelen had nageleefd. In latere rechtspraak, zoals HR 30 maart 2001, *RvdW* 2001, 71 (*Staat/Lavrijsen*), komen die twee voorwaarden niet meer terug.

<sup>76</sup> Vgl. op een meer abstract niveau over deze materie H. ten Doeschate, *Overheid en rampschade*, diss. Tilburg 1954, p. 109 e.v.

beleidsbeslissing worden gezien die tot schadeplichtigheid kan leiden. Wij vinden het blijkbaar redelijk dat het nemen van een verkeerd besluit door een bestuursorgaan tot schadeplichtigheid leidt, evenzeer als wij het redelijk vinden dat de weigering van een bestuursorgaan om een besluit te nemen, daartoe kan leiden. Als wij in dat verband menen dat een overheidslichaam zich niet tegen aansprakelijkheid voor een gebrekkig besluit kan verweren met de stelling dat er te weinig mankracht beschikbaar was om aan grondige besluitvorming te doen, dan moet die stelling ook niet opgaan wanneer het besluit om die reden geheel uitblijft. En zo kunnen wij verder gaan: als wij menen dat brandweerkosten uiteindelijk bij ‘de algemeenheid’ in plaats van een enkel individu terecht moeten komen,<sup>77</sup> dan moeten wij het ook niet vreemd vinden dat als de brandweer door ‘logistieke problemen’ slechts één brand tegelijk kan blussen, degene wiens huis niet wordt geblust, een schadevergoedingsaanspraak op de ‘collectiviteit’ heeft.<sup>78</sup> Als wij menen dat de kosten van handhaving van regelgeving voor rekening van het collectief komen, moeten wij dan ook niet concluderen dat de schade van een kleine groep slachtoffers van gezondheidsschade die onevenredig wordt getroffen door de keuze van niet-handhaving, voor rekening van het collectief komt?

## 7.2 *Overheidsaansprakelijkheid is solidariteit van belastingbetalers*

Beleid is het maken van keuzes, en als die keuzes in het nadeel van een bepaalde groep burgers uitvallen, dan kan de rechtmatige overheidsdaad tot schadeplichtigheid leiden. Die constatering kan, indien wij haar doorvoeren voor ons onderwerp, tot vergaande aansprakelijkheden leiden. Het praktische bezwaar daartegen is uiteraard het ‘floodgate’-argument. Sommige beslissingen om toezicht na te laten worden namelijk onbewust genomen of zijn slechts het feitelijke (en dus niet het beoogde) resultaat van prioriteitstelling van overheidsbeleid. Indien op die enkele grond een schadevergoedingsplicht mogelijk wordt, dan is het mogelijke gevolg een onoverzienbare en onredelijk grote cascade aan claims welke dan wellicht weer leidt tot ‘defensief’ handelen van de betrokkenen, zo zou men kunnen betogen (de overheid zou minder belang kunnen gaan hechten aan concrete wetenschap van wetsovertreding).<sup>79</sup>

Deze zorg is legitiem; terecht wordt de vraag gesteld wat de financiële gevolgen van een eventuele aansprakelijkheid van de overheid zijn voor die overheid.<sup>80</sup> Dit zal overigens met name een rol spelen als er lagere overheden bij de gebeurtenis betrokken zijn, want de rijksoverheid is optimaal draagkrachtig.<sup>81</sup> Bij lagere overheden zal de verzekering niet eindeloos dekkend zijn.<sup>82 83</sup> Anderzijds dient bij het voorgaande te worden bedacht dat de

<sup>77</sup> Zie hierover met name HR 11 december 1992, *NJ* 1994, 639 nt. MS (Brandweerkosten), en verder onder andere de conclusie van A-G Spier voor HR 15 juni 2001, *RvdW* 2001, 114 (Almelo/Wessels), nr. 3.49, een zaak waarin het ging om de kosten van het opruimen van asbesthoudende materialen.

<sup>78</sup> Zoals ook het geval zou moeten zijn met schade door aanrijdingen veroorzaakt door voorrangvoertuigen (politievoertuigen et cetera, met optische en geluidssignalen). Overigens is verhaal van politiekosten ook niet mogelijk, zie *Kamerstukken II*, 1999/00, 26.345, nr. 40.

<sup>79</sup> Zie over ‘defensive bureaucracy’ bijvoorbeeld Stolker, Levine & De Bel, *t.a.p.* (2001), met name p. 108 e.v., en de bijdrage van Van Twist en Ten Heuvelhof aan dit nummer.

<sup>80</sup> Zie ook Van Maanen/De Lange, *a.w.*, p. 69, die dit direct aan de kwestie van de beleidsvrijheid koppelen.

<sup>81</sup> Van Maanen/De Lange, *a.w.*, p. 91; Stolker, Levine & De Bel, *t.a.p.* (2001), p. 119.

<sup>82</sup> Zie daarover, doch iets positiever, Stolker, Levine & De Bel, *t.a.p.* (2001), p. 119, en verder De Vries, *t.a.p.* (1995), p. 65 e.v. Overigens kan een lagere overheid op basis van art. 3 van het Besluit rijksbijdragen gemeenten bij rampen en zware ongevallen (*Stb.* 1993, 683) een tegemoetkoming tegemoet zien van de Rijksoverheid voor zover de kosten meer dan Hfl. 100.000,- bedragen en de uitgaven niet geacht kunnen worden in de begroting te zijn opgenomen en er niet op andere wijze een bijdrage kan worden verleend. De tegemoetkoming vindt plaats onder aftrek van een eigen bijdrage van Hfl 5,- per inwoner per jaar.

<sup>83</sup> Dat een dergelijke vraag speelt, is overigens niet zonder precedent: in het kader van het parlementaire debat over de aansprakelijkheid van de lagere overheden als wegbeheerder werd immers ter beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag

overheid als geen ander in staat is om de schade te spreiden, namelijk over alle betrokken belastingbetalers.<sup>84</sup> Dat zou een krachtig argument voor aansprakelijkheid zijn, en in bepaalde gevallen wordt het door de Hoge Raad dan ook in die zin gebruikt. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de ratio die de Hoge Raad geeft voor zijn strenge beleid waar het gaat om de aansprakelijkheid wegens vernietigde beschikkingen en (later) besluiten. Die ratio is dat het redelijker is de schade die voortvloeit uit een in het kader van een wettelijke taak genomen beslissing die later onjuist blijkt, ten laste van de collectiviteit te brengen dan ten aanzien van de individuele burger jegens wie de onjuiste beslissing werd genomen.<sup>85</sup> Als wij ons in plaats van te denken aan een beschikking over het al dan niet verlenen van een vergunning, voorstellen dat het hier zou gaan om de (al dan niet bewust genomen) beslissing van B&W om bijvoorbeeld de brandveiligheidsregels niet te handhaven, dan verandert dat aan de redelijkheid om de solidaire belastingbetalers in plaats van het individu met de schade te belasten, onzes inziens niets.<sup>86</sup> Sterker nog, het lijkt in die gevallen des te redelijker te zijn dat niet het individu met de schade blijft zitten.

Maar aan de andere kant leidt het gegeven dat de gevolgen van aansprakelijkheid per definitie worden gespreid over de belastingbetalers tot terughoudendheid van de civiele rechter. Het effect van de rechterlijke beslissing om aansprakelijkheid aan te nemen, is namelijk dat *de rechter beslist* hoe belastinggelden worden besteed. En dat zou bij voorkeur nu juist niet tot het takenpakket van de civiele rechter moeten horen.<sup>87</sup>

### 7.3 Een alternatief voor afgeleide overheidsaansprakelijkheid voor gezondheidsschade?

De civiele rechter is minder goed uitgerust om belastinggelden te verdelen, maar de actie uit (on)rechtmatige overheidsdaad noopt hem daar wel toe. Ook om andere redenen lijkt de civiele rechtsgang minder geschikt. Naast de bekende bezwaren vanuit de optiek van het slachtoffer, zoals hoge kosten en lange duur,<sup>88</sup> bestaat er ook een systematisch bezwaar tegen tussenkomst van de civiele rechter. Wanneer het gaat om toezichtsfalen, vindt er namelijk een paradoxale ‘rechtsbeschermingswissel’ plaats: wanneer men de rechter *ex ante* vraagt om beoordeling van de gebrekkigheid van het bestuurlijk toezicht, dan dient men zich in veel gevallen tot de bestuursrechter te wenden. De omwonende die de gemeente aanspreekt op de gevaarzettende situatie en die om handhaving verzoekt, lokt een beschikking uit die het bestuursrechtelijke bezwaar- en beroep-traject kan inluiden. Het is de bestuursrechter die beoordeelt (en volgens de gangbare opvattingen: met afweging van alle relevante belangen) of de gemeente tot aanzegging en bestuursdwang moet overgaan. Maar is de ramp eenmaal geschied en het letsel geleden, dan moet men voor schadevergoeding vanwege datzelfde gebrekkige toezicht bij de civiele rechter zijn. Dat verschil in rechtsbeschermingssporen heeft praktisch gezien nadelen, bijvoorbeeld omdat de perspectieven van die rechters op de functie van de overheid kunnen verschillen. Ligt het niet veeleer voor de hand om beoordeling van

---

uitdrukkelijk aangesloten bij de financiële positie van de overheden, zie daarover bijvoorbeeld Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), p. 91. Zie ook nog De Vries, *t.a.p.* (1998), p. 1914, en voor oudere voorbeelden (om een minder hoge onverplichte vergoeding toe te kennen) Peters, *t.a.p.* (1980), p. 497 en 501. Inmiddels lijkt de wegbeheerdersaansprakelijkheid de lagere overheden als een uiterst zware steen op de maag te liggen.

<sup>84</sup> Van Maanen/De Lange, *a.w.* (2000), p. 91; Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 813.

<sup>85</sup> Zie bijvoorbeeld HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113 nt. CJHB (Bedrijfsvereniging/Boulogne).

<sup>86</sup> Ook Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), p. 85, gaan ervan uit dat de genoemde ratio een ruimer bereik heeft. Ze verwijzen onder andere naar de gevallen van de achteraf onschuldig gebleken verdachte. Zie over het belang van het ‘collectiviteitsargument’ ook nog Spier, *a.w.* (1996), p. 301-302.

<sup>87</sup> Vgl. ook E.J. Daalder, Redelijkheid als grondslag voor aansprakelijkheid van de overheid?, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Openbaar bestuur en aansprakelijkheid*, Den Haag 1995, p. 119, die in dit verband ook terughoudendheid van de civiele rechter signaleert. Vaak zal dan ‘beleidsvrijheid’ als motivering dienen om aansprakelijkheid af te wijzen. Vgl. noot 80.

<sup>88</sup> Vgl. De Vries, *t.a.p.* (1998), p. 1913 en 1914.

het gedrag *ex ante* (moet de overheid handhaven of niet?) in dezelfde hand te brengen als de beoordeling van het gedrag *ex post* (is de overheid schadeplichtig wegens gebrekkig toezicht/handhaving)?<sup>89</sup>

Het idee dat niet alleen de beoordeling van het gedrag *ex ante*, maar ook de schadevergoedingsactie achteraf bij de bestuursrechter thuishoort, lijkt in elk geval dit voordeel te hebben dat de procesdrempels minder hoog liggen. Dat zou hand in hand kunnen gaan met een bestuursrechtelijke normering voor schadeloosstelling bij toezichtsfalen. En dan bedoelen wij niet het afdekken van het risico van aansprakelijkstelling met ad hoc tegemoetkomingen, maar het uitdenken van een sluitende systematiek, waarbij de overheid wettelijke *immunititeit* van civielrechtelijke aansprakelijkheid verwerft in ruil voor een uitgebalanceerd vergoedingsstelsel, gebaseerd op de eerder besproken ‘*égalité*’-gedachte.<sup>90</sup> Zo’n immunitets- en vergoedingsstelsel zou naar onze mening de volgende contouren moeten hebben:

1. De primair verantwoordelijke dient blootgesteld te blijven aan de prikkels die het aansprakelijkheidsrecht geeft terzake van voorkoming van gezondheidsschade;
2. Bij grootschalige gezondheidsschade door toezichtsfalen dient een adequate vergoeding centraal te staan;
3. Om beide voorgaande punten te verenigen, lijkt het wenselijk om het stelsel subsidiair te maken in die zin dat als eerste voorwaarde wordt opgenomen dat de primaire dader en zijn verzekeraar<sup>91</sup> geen (of onvoldoende) verhaal bieden;<sup>92</sup>
4. Een belangrijke tweede voorwaarde voor dit alternatieve stelsel zou moeten zijn dat overheidsaansprakelijkheid op basis van art. 6:162 e.v. BW voor letsel door toezichtsfalen uitgesloten is (immunititeit);
5. De vergoedingsplicht van de overheid is niet zozeer gebaseerd op hetgeen haar eventueel te verwijten valt; het uitgangspunt is de solidariteit tussen de belastingbetalers;
6. De te verkrijgen schadeloosstelling zou een adequate tegemoetkoming moeten vormen; er is dus geen plaats voor een volledige schadevergoeding, zoals op basis van het normale aansprakelijkheidsrecht het geval zou zijn, want daarvoor zijn de hier opgestelde drempels om tot vergoeding te kunnen overgaan, te laag;<sup>93</sup>
7. Teneinde overbodige procedures te voorkomen en de te maken afspraken te vereenvoudigen, zou de omvang van de schadeloosstelling genormeerd moeten worden;<sup>94</sup>
8. De uitkering zou kunnen geschieden door een bestuursorgaan, gekoppeld aan een bestuursrechtelijke rechtsgang tegen de eventuele afwijzende uitkeringsbeslissing.

---

<sup>89</sup> Vgl. in algemene zin over de tendens om de beoordeling van het overheidshandelen in bestuursrechterlijke handen te brengen, Asser-Hartkamp 4-III, nr. 271b.

<sup>90</sup> Aangezien er in deze gevallen wel een tegemoetkoming wordt verstrekt, betreft het hier niet een immunitet in de (Amerikaanse) vorm waartegen Stolker, Levine & De Bel, *t.a.p.* (2001), p. 115, zich afzetten.

<sup>91</sup> Op wie na inwerkingtreding van titel 7.17 NBW rechtstreeks verhaal mogelijk zal zijn.

<sup>92</sup> Omdat dit systeem in de plaats komt van de ‘gewone’ overheidsaansprakelijkheid, zouden wij de afwezigheid (of de in onvoldoende mate aanwezigheid) van een verzekering aan de zijde van het slachtoffer, anders dan in de Wet Rampenschade (zie art. 4 lid 3, en hierna § 4.4) nu geregeld is, niet willen laten meewegen. Vgl. hierover ook Stolker, Levine & De Bel, *t.a.p.* (2001), p. 123-124. Uiteraard dienen wel dubbele uitkeringen voorkomen te worden. Faure/Hartlief, *t.a.p.* (2001), p. 168 e.v., vragen sowieso meer aandacht voor de verzekeringsmogelijkheden.

<sup>93</sup> Zie over de gevaren van systemen die lage drempels en hoge vergoedingen kennen, T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Oratie Leiden, Deventer 1997, en Faure/Hartlief, *t.a.p.* (2001), p. 167 en 171.

<sup>94</sup> Zie over de voordelen van normering in meer algemene zin onder andere I. Giesen, Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?, *NJB* 2001, p. 120 e.v., met verdere verwijzingen.

Opname van een regeling langs de hier geschetste, zeer grove lijnen, zou bijvoorbeeld kunnen geschieden door uitbreiding van het werkingsbereik én aanvulling en wijziging van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen (verder te noemen: Wet Rampenschade).<sup>95</sup> Die wet lijkt namelijk al een redelijk kader te bieden om de voornoemde uitgangspunten te realiseren.

#### 7.4 Aanknopen bij de Wet Rampenschade?<sup>96</sup>

Op basis van de Wet Rampenschade is een tegemoetkoming in de schade die door een burger is geleden, mogelijk indien deze getroffen is door een zoetwateroverstroming of een aardbeving van minimaal 4.5 op de schaal van Richter, of indien bij koninklijk besluit de bedoelde wet op een andere ramp of zwaar ongeval van toepassing wordt verklaard. De betreffende ramp dient daarvoor (art. 3), als het geen zoetwateroverstroming of aardbeving betreft, van vergelijkbare orde te zijn als zo'n overstroming of aardbeving.<sup>97</sup> Voor een schadevergoeding is in deze gevallen dus niet nodig dat de overheid op enige manier een verwijt te maken valt.<sup>98</sup>

Na toepasselijkverklaring van de wet ontstaat er een recht op een tegemoetkoming ter zake van bepaalde schadeposten, voor zover die in causaal verband staan met de ramp in kwestie ('rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van', aldus art. 4 lid 1), en voor zover aan de overige voorwaarden voldaan is. Die nadere voorwaarden zijn nog dat de schade niet redelijkerwijs verzekeraar was, de benadeelde niet uit andere hoofde al schadeloos gesteld is of kan worden<sup>99</sup> en dat er geen eigen schuld of schending van de schadebeperkingsplicht is (art. 4 lid 3). Een niet onbelangrijke mate van subsidiariteit is derhalve al opgenomen in de regeling.<sup>100</sup> De schade die voor tegemoetkoming in aanmerking komt, betreft vooralsnog met name een aantal vormen van zaaksschade (zoals schade aan woning en inboedel, zie art. 4<sup>101</sup>), zodat bij invoering van het door ons voorgestane stelsel een uitbreiding van de regeling naar gezondheidsschade noodzakelijk is. De tegemoetkoming kan bij ministeriële regeling voorzien worden van een 'eigen risico' en een drempelbedrag en kan gelimiteerd worden (art. 6). Een zekere normering van de tegemoetkoming (en dus niet: een integrale schadevergoeding<sup>102</sup>) is daarmee gewaarborgd.

Op basis van deze contouren van de Wet Rampenschade, zou het onzes inziens mogelijk moeten zijn om die regeling (ook voor het overige) aan te passen aan de eerder geformuleerde gezichtspunten. Een aantal belangrijke aspecten zijn immers al in die wet verwerkt, zoals de

---

<sup>95</sup> Wet van 25 mei 1998, *Stb.* 1998, 325. Het kabinet lijkt overigens niet van plan om van deze wet af te wijken of om extra voorzieningen te scheppen, zie *Kamerstukken II*, 2000/01, 27.157, nr. 21, p. 61-62.

<sup>96</sup> Zie hierover met name De Vries, *t.a.p.* (1998), p. 1908 e.v., en Faure/Hartlief, *t.a.p.* (2001), p. 149 e.v., die anders dan wij, uitgaan van de situatie (een natuurramp) waarin de overheid juist niet aansprakelijkheid is. Zo ook J.E. van de Bunt, Voorgeschiedenis van de WTS. Beschouwing van verschillende regelingen ter vergoeding van rampschade, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag 2001, p. 173 e.v. Zie over de voorgeschiedenis van vergoedingen na rampen nog Peters, *t.a.p.* (1980), p. 493 e.v., en Van de Bunt, *t.a.p.* (2001), p. 176 e.v.

<sup>97</sup> De wet is inmiddels toegepast bij de extreem zware regenval in september 1998 en in oktober 1998, onzes inziens niet echt prototypen van rampen, hoewel ernstig genoeg voor de getroffen. Zie het Besluit van 12 januari 1999, *Stb.* 1999, 33, en het Besluit van 5 maart 1999, *Stb.* 1999, 128.

<sup>98</sup> De Vries, *t.a.p.* (1998), p. 1912.

<sup>99</sup> In zijn huidige vorm is de Wet Rampenschade niet van toepassing als een ander, zoals bijvoorbeeld de overheid, civielrechtelijk aansprakelijk is (en deze ook tot vergoeding gehouden kan worden), vgl. Faure/Hartlief, *t.a.p.* (2001), p. 171, en Van de Bunt, *t.a.p.* (2001), p. 201. In ons systeem zou de aangepaste wet juist ook voor die gevallen gaan gelden.

<sup>100</sup> De verzekeraarheid van de schade stond in de weg aan de toepassing van de wet in het geval van de vuurwerkcramp, zie Faure/Hartlief, *t.a.p.* (2001), p. 160.

<sup>101</sup> Bij ministeriële regeling kan bepaald worden dat andere schadeposten, zoals (nemen wij aan) smartengeld, ook voor tegemoetkoming in aanmerking komen, zie art. 4 lid 2.

<sup>102</sup> Faure/Hartlief, *t.a.p.* (2001), p. 160-162 en 167.



gedachte dat verwijtbaarheid geen noodzaak is, dat de regeling een subsidiaire zou moeten zijn en dat de tegemoetkoming genormeerd zou moeten worden.

Is hier dan zomaar het ei van Columbus gevonden? Nee, want er zijn ook problemen te signaleren. De grote vraag is, en daarin schuilt dan meteen ook een minpunt dat nu nog aan de Wet Rampenschade kleeft, *wanneer* de wet van toepassing verklaard wordt. Wij zijn dan beland, in elk geval onder de werking van de huidige regeling, in de raderen van de politieke besluitvorming.<sup>103</sup> Of er een vergoeding volgt, is afhankelijk van wat er in Den Haag besloten wordt door de politici. Zij bepalen immers of een gebeurtenis een ramp is of niet. Dat daarmee ook enkele nadelen binnengehaald worden, zal duidelijk zijn. Wat met name een probleem lijkt te zijn, is dat op die wijze een vorm van wat wij *incidentenpolitiek* zouden willen noemen, in de hand gewerkt wordt: er wordt alleen nog gereageerd op wat er op dat moment speelt. De kans op politieke winst die te behalen is of op politieke verlies dat vermeden kan worden,<sup>104</sup> regeert, en dat lijkt niet direct de veiligste weg te zijn voor juridisch gedegen beslissingen.

De overheid erkent dit zelf overigens ook, want een van de achterliggende redenen om de Wet Rampenschade in te voeren, was nu juist om dit soort ad hoc-beleid na een ramp, en daarmee dergelijke vormen van incidentenpolitiek, te voorkomen.<sup>105</sup> De gekozen constructie van het bij koninklijk besluit eventueel van toepassing verklaren van de wet, helpt in dat kader echter niet.<sup>106</sup> Daarop zou dus nog iets verzonnen moeten worden, en dat 'iets' zou dan op zijn minst een objectieve(re) toets voor het al dan niet toepassen van de wet moeten zijn. Dat betekent dat het begrip 'ramp' nader bepaald en geobjectiveerd zal moeten worden. Daarbij kan wellicht aangesloten worden bij de definitie van 'ramp' in art. 1 van de Wet rampen en zware ongevallen.<sup>107</sup> Als een bepaalde gebeurtenis dan binnen de contouren van dat begrip valt, geldt de regeling.

Een ander, hieraan gerelateerd nadeel van de regeling dat nu nog een rol speelt, maar dat in ons systeem opgeheven lijkt te worden, en aldus een voordeel van dat systeem vormt, is dat met elke van-toepassing-verklaring verwachtingen voor de toekomst gewekt worden. Als de slachtoffers van de vuurwerkramp in Enschede bijvoorbeeld wel een vergoeding zouden krijgen, waarom de slachtoffers van de Volendamse cafébrand dan niet?<sup>108</sup> Hierbij spelen derhalve zowel de honorering van gewekte verwachtingen als het gelijkheidsbeginsel een belangrijke rol, en om daaraan recht te doen lijkt op zijn minst een structurele regeling nodig. Zulks werd dan ook erkend, doch onvoldoende doorgevoerd, bij de totstandkoming van de Wet Rampenschade, die beoogde de rechtszekerheid en de gelijke behandeling, via een algemene regeling, te dienen.<sup>109</sup> Als er werk gemaakt wordt van de eerder genoemde

---

<sup>103</sup> Zie ook Faure/Hartlief, *t.a.p.* (2001), p. 167, en Van de Bunt, *t.a.p.* (2001), p. 183.

<sup>104</sup> Zie Rosenthal/Bezuyen, *t.a.p.* (1997), p. 4., en Peters, *t.a.p.* (1980), p. 500.

<sup>105</sup> Zie De Vries, *t.a.p.* (1998), p. 1909. Rosenthal/Bezuyen, *t.a.p.* (1997), p. 5, noemen ad hoc-politiek en genereuze vergoedingen karakteristiek voor Nederland.

<sup>106</sup> Zo ook reeds Peters, *t.a.p.* (1980), p. 500, naar aanleiding van een gelijksoortige regeling in de Belgische 'Rampschadewet' die als inspiratie voor het Nederlandse recht diende, alsmede Faure/Hartlief, *t.a.p.* (2001), p. 156.

<sup>107</sup> Art. 1 onder b Wet rampen en zware ongevallen luidt: 'ramp of zwaar ongeval: een gebeurtenis 1) waardoor een ernstige verstoring van de openbare veiligheid is ontstaan, waarbij het leven en de gezondheid van vele personen, het milieu of grote materiële belangen in ernstige mate worden bedreigd of zijn geschaad, en 2) waarbij een gecoördineerde inzet van diensten en organisaties van verschillende disciplines is vereist om de dreiging weg te nemen of de schadelijke gevolgen te beperken.' Hoeveel personen er minimaal bij betrokken zouden moeten zijn, zou dan nog bepaald moeten worden.

<sup>108</sup> Zie Barendrecht, *t.a.p.* (1999), p. 64, en Rosenthal/Bezuyen, *t.a.p.* (1997), p. 3 e.v., over verwachtingen ten opzichte van de overheid in algemenere zin. Overigens, de wet werd niet toegepast op de vuurwerkramp, zie Faure/Hartlief, *t.a.p.* (2001), p. 160.

<sup>109</sup> De Vries, *t.a.p.* (1998), p. 1908; Van de Bunt, *t.a.p.* (2001), p. 183. J.M. Polak, Schade en schadevergoeding bij incidentele calamiteiten, *NJB* 1976, p. 741-742, is daarentegen lovend over de terughoudendheid die tentoon gespreid wordt door per incident te reageren.

ontwikkeling van een objectieve(re) toets voor het al dan niet toepassen van de wet, zou dit bezwaar onzes inziens weggenomen kunnen worden.<sup>110</sup>

Hoewel er nog voldoende moeilijkheden resteren, denk bijvoorbeeld aan de afstemming met andere publieke vormen van schadeloosstelling (de WAO, et cetera), aan de vraag of het alleen onverzekerbare schade moet betreffen, en aan de vraag hoe dit fonds gevoed zou moeten worden,<sup>111</sup> lijkt zich hier toch een levensvatbare mogelijkheid aan te dienen om tegemoetkomingen voor toekomstige slachtoffers van toezichtsfalen door de overheid buiten het aansprakelijkheidsrecht om af te wikkelen. Daarmee lijkt een ieder gebaat te zijn. Het slachtoffer omdat de aansprakelijkheidsprocedure vermeden wordt en duidelijkheid geschapen wordt, en de overheid omdat haar verplichtingen binnen de perken en overzichtelijk blijven.<sup>112</sup>

## 8 Afronding

In het ‘technische’ deel van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht liggen weinig onoverkomelijke drempels als het om aansprakelijkheidsstelling van de overheid gaat. Er is strikt juridisch gezien, als de rechter er aan wil, veel mogelijk. De vraag is echter of wij als maatschappij dit met zijn allen wel willen of zouden moeten willen. Spier schreef in het NJV-advies uit 1996 over de aansprakelijkheid van de overheid:

‘Ik ben geneigd te menen dat de grenzen in zicht zijn gekomen. *Weliswaar geldt ook thans, misschien nog sterker dan een aantal jaren her, dat benadeelden het als vanzelfsprekend beschouwen dat geleden schade wordt vergoed.* Het is ten minste aan twijfel onderhevig of ook anderen het (nog steeds?) als evident ervaren dat schadevergoeding uit de schatkist wordt vergoed.’<sup>113</sup>

Onzes inziens is vooralsnog alleen het door ons gecursiveerde deel van Spier’s uitspraak bewaarheid geworden. Als het gaat om vergoeding van rampschade door toezichtsfalen, kent het aansprakelijkheidsrecht op zichzelf geen bijzondere obstakels om te bereiken wat wenselijk wordt geacht. Overheidsaansprakelijkheid is daarmee voornamelijk een zoektocht naar bestuurlijke fouten en foutjes, met als uitkomst de solidariteit van belastingbetalers. Die zoektocht leidt er vervolgens toe dat de overheid nu verwijten moet aanhoren die tot voor kort niet eens bedacht werden. Zelfs als de conclusie dan inderdaad luidt dat een vergoeding of tegemoetkoming nodig is, ondanks de bezwaren die daar op zichzelf aan kleven, dan rijst natuurlijk nog steeds de vraag of dat per se via het civiele recht moet geschieden. Wij denken dat het uit het oogpunt van beheersbaarheid van schadelast en vanuit het idee dat overheidsgelden bij voorkeur op democratisch gelegitimeerde wijze verdeeld moeten worden, de voorkeur verdient om de zijdelingse overheidsverantwoordelijkheid voor grootschalige gezondheidsschade via een bijzondere regeling tot uitdrukking te brengen. Wij hopen met het voorgaande de mogelijke contouren van een algemene (wettelijke) regeling duidelijk gemaakt te hebben.

---

<sup>110</sup> Het potentiële bezwaar dat het voorgaande niet past bij de tendens van de deregulerende overheid, loopt onzes inziens daarop spaak dat de overheid zich bij een ramp niet achter deregulering zal kunnen verschuilen, zie ook U. Rosenthal, Veiligheidsniveaus: over menselijke fouten, het systeem en nieuwe zondebokken, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag 2001, p. 83.

<sup>111</sup> Zie over schadefondsen onder andere M.G. Faure & T. Hartlief, Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering?, *RM Themis* 1998/7, p. 211 e.v.

<sup>112</sup> Zie over de wenselijkheid van een duidelijk kader inzake de aansprakelijkheid van de overheid, *Kamerstukken II*, 2000/01, 27.400 VI, nr. 54, p. 6.

<sup>113</sup> Spier, *a.w.* (1996), p. 270.

