

**W.H. van Boom, Gebrekkig toezicht, gevaarstelling, voorzienbaarheid (HR 12 mei 1995, RvdW 1995, 110), in: Aansprakelijkheid & Verzekering 1995, nr. 5, p. 127-130**

### **Gebrekkig toezicht, gevaarstelling en voorzienbaarheid**

HR 12 mei 1995, RvdW 1995, 110 C

Stichting Protestants Christelijk Medisch Kinderthuis 't Ruige Veld / Onderlinge Verzekeringsmaatschappij

Univé Schade BA

#### *Feiten*

Het dertienjarige meisje G. werd eind 1987 wegens chaotisch gedrag opgenomen in een door de Stichting geëxploiteerde open kinder- en jeugdpsychiatrische inrichting. Ten tijde van de opname was G. depressief.<sup>1</sup> Zij liep een aantal malen weg uit de inrichting; in een van die gevallen liet zij bij een manege een hek openstaan waardoor paarden konden ontsnappen.<sup>2</sup> De Stichting heeft geen bijzondere maatregelen getroffen om te voorkomen dat G. de inrichting zou verlaten, ook niet nadat het genoemde incident zich had voorgedaan. In de nacht van 22 op 23 februari 1988 ontsnapt G. (blijkbaar ongemerkt) uit de instelling en weet brand te stichten in een woning.

#### *Het geding*

In dit geding vordert de gesubrogeerde brandschadeverzekeraar van de benadeelde woning-eigenaar vergoeding door de Stichting. Grondslag voor de vordering is kort gezegd het onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig nalaten van de Stichting; de Stichting zou zijn tekortgeschoten in de jegens derden betamende zorg te voorkomen dat G. schade zou veroorzaken. Wanneer het Hof de vordering toewijst, gaat de Stichting in cassatie. De cassatiemiddelen komen hierop neer. In de eerste plaats zou het Hof de aard van de open inrichting hebben miskend door op de Stichting een te absolute zorgplicht jegens derden te leggen. De open inrichting is immers gericht op behandeling en verzorging van kinderen, wier vrijheid niet verder mag worden beperkt dan voor de behandeling noodzakelijk is. In de tweede plaats zouden alleen dan maatregelen van de Stichting mogen worden geveerd die verder gaan dan het gebruikelijke toezicht, als zij ernstig rekening moest houden met het gevaar van brandstichting. Nu dit gevaar niet kenbaar was voor de Stichting, kon geen sprake zijn van schending van haar zorgplicht.

De Hoge Raad begint met de vaststelling dat oud recht van toepassing is op deze zaak en dat onder werking van de artikelen 1401 e.v. BW (oud) in gevallen als deze waarin het betreft een kind dat wegens geestelijke stoornis is opgenomen in een inrichting, het kind noch de ouders aansprakelijk zullen zijn: de ouders niet omdat niet aan de vereisten van art. 1403 lid 2 BW (oud) is voldaan<sup>3</sup> en het kind niet omdat niet aan de vereisten van art. 1401 BW (oud) is voldaan.<sup>4</sup> De Raad vervolgt dan:

*Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer is vereist, in verband met de aard van psychisch gestoorde minderjarigen, meebrengt dat degene die in het kader van hun behandeling het toezicht over hen heeft aanvaard, gehouden is zoveel als redelijkerwijs mogelijk erop toe te zien dat zij derden (of zichzelf) geen schade toebrengen. Hoever dit toezicht behoort te gaan en welke maatregelen ter voorkoming van het toebrengen van schade aan derden (of aan het kind) de toezichthouder behoort te nemen, hangt af van de bijzonderheden van het gegeven geval, waarbij van belang zijn enerzijds de grondrechten van het kind en de aan zijn behandeling uit medisch oogpunt te stellen eisen en anderzijds de grootte van de kans dat het derden (of zichzelf) schade zal toebrengen.*

<sup>1</sup>. De HR moduleert de door het Hof en A-G op dit punt gereleveerde feiten enigszins en neemt als uitgangspunt dat de depressie mede grond was voor opname.

<sup>2</sup>. De HR neemt in tegenstelling tot Hof en A-G aan dat het manege-incident mogelijk niet het enige was (r.ov. 3.1 onder ii; "tenminste").

<sup>3</sup>. De ouders zullen aansprakelijkheid ex art. 1403 lid 2 BW (oud) kunnen ontlopen omdat zij het daarin besloten liggende schuldvermoeden kunnen ontzenuwen. Zie over e.e.a. HR 26-11-1948, NJ 1949, 149, HR 29-2-1952, NJ 1953, 365 en HR 18-10-1985, NJ 1986, 226. Overigens zou aansprakelijkheid ex art. 1403 lid 3 BW (oud) i.c. ook uitblijven wegens ontbreken van de vereiste inwoning van het kind. Zie Asser-Hartkamp III nr. 130.

<sup>4</sup>. Het kind kan zich beroepen op het ontbreken van (subjectieve) schuld. Zie HR 09-12-1960, NJ 1963, 1 nt. DJV (Jaguar), Asser-Hartkamp III nr. 87, Vetter, Mon. NBW A-9, nr. 38 en losbl. Onrechtmatige daad (oud), nr. 245 e.v..

Het Hof had aangegeven dat in ieder geval van de Stichting een zodanig toezicht verwacht mocht worden dat het weglopen van G. niet onopgemerkt zou blijven. De Hoge Raad geeft aan dat het Hof juist heeft beslist door te oordelen dat de Stichting in haar toezicht was tekortgeschoten door geen enkele maatregel in die richting te treffen.

Het tweede argument van de Stichting, dat hierop neerkomt dat zij niet kon voorzien dat G. zich met brandstichting zou inlaten, wordt ook door de Hoge Raad verworpen. Het enkele feit dat aan het weglopen van G. verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden was verbonden, had voor de Stichting aanleiding moeten zijn voor verscherpte maatregelen. Daarbij was niet van belang of de brandschade als zodanig voorzienbaar was voor de Stichting. Het verhoogd gevaar voor schade in het algemeen was namelijk wel kenbaar, gegeven de leeftijd, de aard van de psychische problemen, het eerdere weglopen van G. en het manege-incident. Daarmee hangt volgens de Hoge Raad samen dat voor degene die het toezicht over een kind als G. heeft aanvaard,

*“het nemen van voorzorgsmaatregelen reeds geboden kan zijn met het oog op de verhoogde kans dat dit kind aan derden schade zal toebrengen, ook al weet of vermoedt hij nog geenszins wat voor schade het kind, als het weer wegloopt, ditmaal zal toebrengen.”*

## Commentaar

### 1. de zorgplicht van de toezichthouder

De Stichting was van mening dat haar verantwoordelijkheid als open inrichting niet verder reikte dan behandeling en verzorging van kinderen met psychische ziekten. Zij achtte zich kennelijk niet gehouden toezicht te houden op de patiënt ter bescherming van belangen van derden. Gegeven het open karakter van de inrichting is dit een geenszins onbegrijpelijk standpunt. De Hoge Raad knoopt echter aan bij de aard van psychisch gestoorde kinderen en legt de opnemingsovereenkomst blijkbaar aldus uit dat de Stichting het toezicht over het kind heeft overgenomen (van de ouders?).<sup>5</sup> Hoe de Stichting haar taak ook opvat, opname van een psychisch gestoorde minderjarige in een open inrichting leidt tot een zorgplicht van de inrichting jegens derden, en zo voegt de Hoge Raad steeds tussen haakjes toe, ook jegens het kind zélf. Een open inrichting heeft, zo begrijp ik, ook te waken tegen letsel van het kind (bijv. door auto-mutilatie).<sup>6</sup> De vraag hoe ver de plicht van de inrichting gaat om te waken tegen schade, hangt af van de concrete omstandigheden, waarbij volgens de Hoge Raad van belang zijn de grondrechten van het kind, de eisen die de behandeling stelt en de kans dat schade toegebracht zal worden. Op het eerste gezicht lijkt de Hoge Raad hier de gezichtspunten toe te passen die bij gevaarzetting in het algemeen worden gehanteerd (de zgn. Kelderluikcriteria).<sup>7</sup> In de opsomming schittert echter door afwezigheid het gezichtspunt van de onbezwaarlijkheid van de kosten verbonden aan de te treffen voorzorgsmaatregelen.<sup>8</sup> Heeft de Hoge Raad hiermee willen zeggen dat voorzorgsmaatregelen koste wat het kost moeten worden getroffen? Dat lijkt – mede gegeven de geringe financiële speelruimte in de gezondheidszorg – niet erg waarschijnlijk. Waarschijnlijker is dat de Hoge Raad dit punt niet van belang achtte, nu het Hof 'slechts' als voorzorgsmaatregel eiste dat de patiënt niet *onopgemerkt* kon ontsnappen, de Stichting geen enkele bijzondere maatregel had getroffen en zij evenmin had gesteld dat de financiële middelen daartoe ontbraken.<sup>9</sup>

<sup>5</sup>. Aldus ook A-G Hartkamp, concl. nr. 7. Het kan geen toeval zijn dat dit "aanvaarden" van toezicht overeenkomt met "*avait accepté la charge d'organiser et de contrôler (...) le mode de vie de ce handicapé*" waarmee het Franse Cour de Cassation op 29 maart 1991 een vergelijkbare aansprakelijkheid van een inrichting in het leven riep (Cass. ass. plén. 29-03-1991, D. 1991, p. 324 nt. Larroumet). Zie Ferrand, ZEuP 1993, p. 139 en Starck-Roland-Boyer, Obligations - Responsabilité délictuelle, Parijs 1991, nr. 984. Hartkamp, concl. nr. 6 staat uitgebreid stil bij deze Franse ontwikkeling alsmede bij Duits recht op dit punt (zie § 832 lid 2 BGB: die Führung der Aufsicht übernehmen). Voorts kan nog genoemd worden Engelse rechtspraak waarin kort gezegd werd beslist: "control imports responsibility". Zie Markesinis en Deakin, Tort law, Oxford 1994, p. 135 en Brazier, Street on Torts, Londen 1993, p. 187-188.

<sup>6</sup>. De HR geeft overigens niet aan dat de verplichtingen tegenover het kind mogelijk contractueel in plaats van delictueel van aard zullen zijn.

<sup>7</sup>. HR 05-11-1965, NJ 1966, 136 nt. GJS, waarover Van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid, diss. 1989, nr. 77.

<sup>8</sup>. Daarover Van Dam, diss. nr. 90 e.v.

<sup>9</sup>. Zie 's Hof's r.ov. 9 i.f. en 's Hogen Raads r.ov. 3.7. De HR voegt daaraan toe dat de Stichting heeft gesteld na de brandstichting wel 'verscherpt toezicht' te hebben ingesteld. Deze stelling geeft aan dat een dergelijk toezicht blijkbaar wel

Opvallend is dat in de afweging van gezichtspunten ook de grondrechten van de patiënt worden genoemd. Aangenomen mag worden dat hiermee wordt bedoeld op (grond)rechten als het recht op lichamelijke integriteit en bewegingsvrijheid. Deze rechten dienen in gevallen als het onderhavige te worden afgewogen tegen het belang van derden om gevrijwaard te blijven van (zaak)schade.<sup>10</sup> De Hoge Raad lijkt ook te doelen op het belang van de patiënt om zélf van letsel gevrijwaard te blijven; de vraag of de inrichting gerechtigd is over te gaan tot vrijheidsbeperkende maatregelen zal – naar mag worden aangenomen – eerder bevestigend mogen worden beantwoord wanneer het gevaar bestaat dat de patiënt zichzelf letsel zal toebrengen. Uiteraard is bij genoemde afweging een belangrijk richtsnoer de mate van waarschijnlijkheid en daarmee de voorzienbaarheid van het gevaar voor schade dat bewegingsvrijheid van de patiënt met zich brengt. Daarover meer hierna onder 2.

Opvallender nog is dat de Hoge Raad, blijkbaar in navolging van A-G Hartkamp,<sup>11</sup> de zorgvuldigheidsnorm formuleert "tegen deze achtergrond", t.w. de omstandigheid dat G. noch haar ouders aansprakelijk zijn voor de schade van de benadeelde. Men kan zich daarom afvragen of de onderhavige zaak anders zou zijn beslist onder werking van het thans geldend BW. Naar huidig recht zouden de ouders van de dertienjarige G. immers aansprakelijk zijn geweest voor de gedragingen waarvoor G. zelf aansprakelijk zou zijn geweest als haar leeftijd daar niet aan in de weg zou staan (art. 6: 169 lid 1 jo. 6: 162 jo. 6: 165).<sup>12</sup> Zou nu tegen die achtergrond een andere (lichtere) zorgvuldigheidsnorm moeten worden toegepast voor wat betreft het toezicht van de Stichting? Laten we hopen dat de Hoge Raad het niet zo bedoeld heeft. Toetsing van het gedrag van de Stichting aan de maatschappelijke zorgvuldigheid geschiedt terecht aan de hand van de afweging van het belang van derden om van schade verschoond te blijven, het belang van de patiënt om bewegingsvrijheid te behouden en het belang van de Stichting om niet als bewakingsdienst te fungeren. Bij de vraag of de Stichting jegens de benadeelde in kwestie heeft gehandeld in overeenstemming met de maatschappelijke betamelijkheid mag m.i. echter geen betekenis worden toegekend aan de omstandigheid dat de benadeelde zijn schadeclaim ook elders kan deponeren of juist niet. Dat betekent overigens niet dat het 'overnemen' van het toezicht op een geestelijk gestoord kind niet ook het 'overnemen' van aansprakelijkheid kan inhouden: wordt een veertien- of vijftienjarig geestelijk gestoord kind in een inrichting opgenomen, dan dragen de ouders de verantwoordelijkheid uit art. 6: 169 lid 2 BW als het ware over aan de instelling, die dan op grond van art. 6: 162 BW verantwoordelijk wordt voor het toezicht.

## 2. voorzienbaarheid: *expect the unexpected?*

De Stichting beriep zich op de omstandigheid dat niet voorzienbaar was dat G. brand zou stichten. Weliswaar wist de Stichting dat G. een kind was met psychische stoornissen, dat G. meermalen was weggelopen en dat het manege-incident zich had voorgedaan, maar daarmee was volgens de Stichting nog niet voorzienbaar dat zich schade *door brandstichting* zou voordoen. De voorzienbaarheid, die m.n. van belang is voor de mate van in acht te nemen zorgvuldigheid,<sup>13</sup> laat zich echter gemakkelijk boetseren al naar gelang de gewenste uitkomst. De Hoge Raad lijkt hier een tamelijk ruime voorzienbaarheid te hanteren: degene die het toezicht over een kind als G. (t.w. een kind van haar leeftijd, met haar ziektebeeld en voorgeschiedenis) heeft aanvaard, zal mogelijk reeds voorzorgsmaatregelen moeten nemen met het oog op de *verhoogde kans* dat dit kind aan derden schade zal toebrengen, ook al weet of vermoedt de toezichthouder nog geenszins wat voor schade het kind ditmaal zal toebrengen.<sup>14</sup> Is het gedrag van kinderen in zekere mate onvoorspelbaar, dat geldt a fortiori wanneer het kinderen met een psychische stoornis betreft. De toezichthouder moet daarom in zekere zin het

---

mogelijk was. Aan de andere kant is het feit dát verscherpt toezicht mogelijk is, m.i. onvoldoende grond om aan te nemen dat een dergelijk toezicht ook *gevergd* kan worden. Het is heel wel mogelijk dat het na de brandstichting verscherpte toezicht onevenredig veel geld kost danwel onevenredige beperkingen aan de bewegingsvrijheid van de patiënt oplegt.

<sup>10</sup> Vgl. Vetter, a.w., nr. 50.

<sup>11</sup> Zie zijn concl. nr. 7.

<sup>12</sup> In gelijke zin Vetter, a.w., nr. 45, losbl. Onrechtmatige daad, art. 169, aant. 17. Zou de minderjarige 14 of 15 jaar oud zijn, dan zou het kind zelf aansprakelijk zijn (art. 6: 165) en de ouders waarschijnlijk niet (art. 6: 169 lid 2; zie de rechtspraak genoemd in nt. 3).

<sup>13</sup> Zie bijv. HR 23-05-1975, NJ 1976, 24 en HR 23-06-1989, VR 1991, 154 nt. HAB. Vgl. Onrechtmatige Daad (Jansen), art. 162.3, aant. 16, aant. 18 en Van Dam, diss. nr. 82-84. In het kader van art. 6: 98 BW speelt voorzienbaarheid nauwelijks nog een rol van betekenis; zie HR 08-01-1982, NJ 1982, 614 nt. CJHB, HR 25-06-1993, NJ 1993, 686 nt. PAS (waarover Spier, A&V 1993, p. 33 e.v.), Van Dam, diss. nr. 100 en Snijders, WPNR 6180, p. 305.

<sup>14</sup> De in losbl. Onrechtmatige daad, art. 165, aant. 9 genoemde lagere rechtspraak lijkt uit te gaan van een meer strikte opvatting omtrent hetgeen voorzienbaar is.

onvoorzienbare voorzien. Daarbij zal de *grootte* van de kans<sup>15</sup> dat de patiënt schade zal toebrengen een – zij het marginale – rol spelen. Marginaal omdat onvoorspelbaarheid van gedrag ook onberekenbaarheid van de kans impliceert. Niettemin speelt de grootte van de kans een rol omdat psychische aandoeningen van zeer uiteenlopende aard kunnen zijn en een bepaalde voorspelbaarheid daaraan (soms) wel eigen zal zijn. Zou de beslissing van de Hoge Raad dezelfde zijn geweest wanneer G. plotseling en onverwacht een ziektebeeld zou hebben vertoond waarbij zij op gewelddadige wijze *letsel* aan derden zou toebrengen? Het hangt m.i. af van hetgeen de psychiatrie over de betreffende ziekte kan voorspellen. Men kan weliswaar de voorzienbaarheid in verregaande mate objectiveren, maar ook dan zijn er grenzen aan datgene wat voorzienbaar is.

---

<sup>15</sup> HR 09-12-1994, RvdW 1994, 271 ; zie echter ook HR 02-12-1966, NJ 1967, 42 nt. GJS.