

# Secundaire aansprakelijkheid

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten

DEEL 17

UCALL

Kirsten Maes

In dit proefschrift staat de reikwijdte van de civielrechtelijke zorgplicht van secundaire partijen in de sectoren educatie, recreatie en zorg centraal. Onderzocht is hoe ver de verantwoordelijkheid strekt van beheerders van onder meer scholen, sportverenigingen, zorginstellingen, horecagelegenheden, winkels en recreatieruimten in de gevallen waarin een derde partij de directe (primaire) veroorzaker van de schade is. Het gaat dan in essentie om de vraag of de secundaire partij voldoende toezicht op de primaire partij heeft gehouden.

Het proefschrift behandelt de feitelijke en wenselijke grenzen van de zorgplicht van secundaire partijen. Naast de analyse van het Nederlandse recht, is ook rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de wijze waarop secundaire aansprakelijkheden in het Amerikaanse recht worden beoordeeld. Op basis van de onderzoeksresultaten worden concrete aanbevelingen gedaan tot 'alternatieve omgangswijzen' met (toenemende) secundaire aansprakelijkheden in het Nederlandse recht.

Met de weergave van de onderzoeksresultaten wordt beoogd een bijdrage te leveren aan het juridisch wetenschappelijk debat over de reikwijdte van de secundaire aansprakelijkheid. Daarnaast wordt de dagelijkse (proces)praktijk een integraal overzicht geboden van de relevante rechtspraak en wet- en regelgeving, waarmee in concrete gevallen beoordeeld kan worden of een secundaire partij aan haar zorgplicht heeft voldaan.

**De Ucall-reeks staat onder  
redactie van prof. mr. I. Giesen,  
prof. mr. A.L.M. Keirse en  
prof. mr. F.G.H. Kristen**



**Boomjuridisch**

Secundaire aansprakelijkheid

Omslagontwerp en opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2020 Kirsten Maes | Boom juridisch

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-94-6290-837-6

ISBN 978-90-5931-484-9 (e-book)

NUR 822

[www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

# Secundaire aansprakelijkheid

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht  
van beheerders van private ruimten

## Peripheral Tortfeasor Liability

A comparative law study into the scope of private area owners' duty of care  
(with a summary in English)

### Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Universiteit Utrecht  
op gezag van de  
rector magnificus, prof.dr. H.R.B.M. Kummeling,  
ingevolge het besluit van het college voor promoties  
in het openbaar te verdedigen op

vrijdag 30 oktober 2020 des middags te 2.30 uur

door

**Kirsten Lisanne Maes**

geboren op 9 februari 1992  
te Zeist

**Promotor:**

Prof. dr. I. Giesen

**Copromotor:**

Dr. R. Rijnhout

# INHOUDSOPGAVE

<b>Afkortingenlijst</b>	<b>17</b>
<b>1 Inleiding en verantwoording</b>	<b>21</b>
1 Het onderwerp van het onderzoek	21
1.1 Introductie van het onderwerp	21
1.2 De opbouw van dit hoofdstuk	24
2 De aanleiding voor het onderzoek	24
2.1 Een tweetal constatering	24
2.1.1 Toenemende belangstelling secundaire aansprakelijkheden	24
2.1.2 Terughoudende beoordeling secundaire aansprakelijkheden	27
2.2 Een debat over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht	29
3 Het doel en de uitvoering van het onderzoek	29
3.1 Onderzoeksvragen	29
3.2 Toetsingskader	30
3.2.1 De sectoren educatie, recreatie en zorg	30
3.2.2 De huidige reikwijdte van de secundaire zorgplicht	31
3.2.3 De wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht	33
4 Methodologie	34
4.1 Nederlands juridisch onderzoek	34
4.1.1 Uitgangspunten en methoden	34
4.1.2 Toelichting rechtspraakonderzoek	34
4.2 Rechtsvergelijking	35
4.2.1 Uitgangspunten	35
4.2.2 Methoden van rechtsvergelijking	36
4.2.3 Toelichting landenkeuze	38
5 De toegevoegde waarde van het onderzoek	41
5.1 Relevantie	41
5.2 Vernieuwing	42
6 Verdere afbakening en terminologie	42
6.1 De secundaire partij en haar secundaire zorgplicht	42
6.2 De private ruimte	45
6.3 De bezoeker van de private ruimte	47
6.4 De beheerder van de private ruimte	48

6.5	Risicoaansprakelijkheden	48
6.6	Overige uitgesloten leerstukken	50
7	De opbouw van het onderzoek	50
<b>2</b>	<b>Theoretisch kader</b>	<b>53</b>
1	Inleiding en opbouw	53
2	De grondslag en de ratio van secundaire aansprakelijkheid	54
2.1	Inleiding	54
2.2	Ieder draagt zijn eigen schade	54
2.3	Berokken een ander geen schade	55
2.4	In loco parentis	57
2.5	Conclusie	59
3	De vestiging van de secundaire aansprakelijkheid (art. 6:162 BW)	60
3.1	Inleiding	60
3.2	De onrechtmatige gedraging	61
3.2.1	De schending van de secundaire zorgplicht	61
3.2.2	Toezietsfalen	63
3.2.3	Aansprakelijkheid wegens nalaten	64
3.2.3.1	Het algemeen kader	64
3.2.3.2	Gewoon en zuiver nalaten	67
3.2.4	De secundaire zorg(elementen)	69
3.2.5	Tussenconclusie	71
3.3	Andere (vestigings)voorwaarden	72
3.3.1	Causaliteit	72
3.3.2	Schade en toerekenbaarheid	73
3.3.3	Relativiteit	74
3.3.3.1	De afgrenzende functie	74
3.3.3.2	De correctie Langemeijer	76
3.4	De rol van overheidswetgeving en zelfregulering	78
3.4.1	Overheidswetgeving	78
3.4.2	Zelfregulering	78
3.5	Het aansprakelijkheidsantwoord van de vestigingsfase	83
4	De omvang van de secundaire aansprakelijkheid (art. 6:98 BW)	84
4.1	Inleiding	84
4.2	De toerekening naar redelijkheid	85
4.2.1	De corrigerende functie	85
4.2.2	Het aansprakelijkheidsantwoord van art. 6:98 BW	86
5	De toedeling van de secundaire schadelast (art. 6:102 BW)	87
5.1	Inleiding	87
5.2	De toedeling van de effectieve schadelast	87
5.2.1	Hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:102 BW)	87
5.2.2	Regres (art. 6:10 e.v. BW)	91
6	Conclusie	93



---

<b>3</b>	<b>De secundaire zorgplicht van scholen</b>	<b>95</b>
1	Inleiding en opbouw	95
2	De veiligheid op en rondom scholen	96
2.1	Inleiding	96
2.2	De rol van scholen	96
2.3	De veiligheid(sbeleving) op scholen	98
2.4	Conclusie	105
3	De kenmerken van de (secundaire) zorgplicht van scholen	106
3.1	Inleiding	106
3.2	De afgeleide zorg van scholen	106
3.3	Conclusie	108
4	Het onderwijsrecht	109
4.1	Inleiding	109
4.2	De ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht binnen het onderwijsrecht	109
4.3	Het huidige onderwijsrecht	113
4.3.1	Enkele opmerkingen vooraf	113
4.3.2	Onderwijsrechtelijke normen	114
4.4	Conclusie	121
5	Jurisprudentieanalyse	121
5.1	Inleiding	121
5.2	Primaire zorgplichten	122
5.2.1	Gevaarlijke materialen	122
5.2.2	Gevaarlijke activiteiten	124
5.3	Secundaire zorgplichten	129
5.3.1	Gevaarlijke materialen	129
5.3.2	Gevaarlijke activiteiten	131
5.3.3	Wangedrag van primaire partijen (pesten, misbruik en geweld)	134
6	Conclusie: de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van scholen	138
6.1	De (secundaire) aansprakelijkheid van scholen: algemene conclusies	138
6.2	De reikwijdte van de secundaire zorgplicht van scholen ten opzichte van de primaire zorgplicht	139
<b>4</b>	<b>De secundaire zorgplicht van sportverenigingen</b>	<b>145</b>
1	Inleiding en opbouw	145
2	De veiligheid op en rondom sportverenigingen	147
2.1	Inleiding	147
2.2	De veiligheid(sbeleving) bij sportbeoefening	147
2.3	Conclusie	158
3	De kenmerken van de (secundaire) zorgplicht van sportverenigingen	159
3.1	Inleiding	159
3.2	Verantwoordelijkheidsverdeling tussen sportvereniging en sporter	159

3.3	De toetsingskaders in sport- en spelsituaties	161
3.3.1	De verhoogde aansprakelijkheidsdrempel	161
3.3.2	De afbakening van sport- en spelsituaties	163
3.4	De kenmerken van de door sportverenigingen te betrachten zorg	169
3.4.1	Inleiding	169
3.4.2	Afgeleide zorg	169
3.4.3	De effectiviteit van waarschuwingen	172
3.4.3.1	'Effectieve zorg': de definiëring van een maatstaf	172
3.4.3.2	Consequenties voor de secundaire zorgplicht(toets)	176
3.5	Conclusie	177
4	Het sportrecht	179
4.1	Inleiding	179
4.2	Wet, regelgeving en andere normen	180
4.2.1	Overheidswetgeving	180
4.2.2	Zelfregulering	183
4.3	Conclusie	184
5	Jurisprudentieanalyse	184
5.1	Inleiding	184
5.2	Primaire zorgplichten	185
5.2.1	Onvoldoende veiligheidsmaatregelen of instructies	185
5.2.2	Gevaarlijke terreinen, materialen of activiteiten	189
5.3	Secundaire zorgplichten	197
5.3.1	Onvoldoende veiligheidsmaatregelen of instructies	197
5.3.2	Onzorgvuldig handelen van (mede)sporters	199
6	Conclusie: de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen	202
6.1	De (secundaire) aansprakelijkheid van sportverenigingen: algemene conclusies	202
6.2	De reikwijdte van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen ten opzichte van de primaire zorgplicht	204
<b>5</b>	<b>De secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen</b>	<b>211</b>
1	Inleiding en opbouw	211
2	De veiligheid in en rondom opvang- en zorginstellingen	213
2.1	Inleiding	213
2.2	De veiligheid(sbeleving) van derden	214
2.3	De veiligheid(sbeleving) van werknemers	217
2.4	De veiligheid(sbeleving) van patiënten	227
2.5	Conclusie	231
3	De kenmerken van de (secundaire) zorgplicht van opvang- en zorginstellingen	233
3.1	Inleiding	233
3.2	De afgeleide zorg van opvang- en zorginstellingen	233
3.3	Het toezichthouderdilemma	236
3.3.1	De vrijheid van patiënten versus de veiligheid van derden	236

---

3.3.2	Het toezichthouderdilemma in de rechtspraak	240
3.3.3	Consequenties van het toezichthouderdilemma voor de secundaire zorgplicht(toets)	245
3.4	Conclusie	247
4	De voor opvang- en zorginstellingen relevante wet- en regelgeving	248
4.1	Inleiding	248
4.2	Wet, regelgeving en andere normen	249
4.3	Conclusie	258
5	Jurisprudentieanalyse	258
5.1	Inleiding	258
5.2	Primaire zorgplichten	259
5.2.1	Suicide(pogingen): onvoldoende handhaving van beleid of onjuiste risico-inschattingen	259
5.2.2	Gevaarlijke terreinen, materialen of activiteiten	266
5.3	Secundaire zorgplichten	269
5.3.1	Onvoldoende handhaving van beleid of een onjuiste risico- inschatting	269
5.3.2	Gevaarlijke terreinen, materialen of activiteiten	276
5.3.3	Wangedrag van (mede)patiënten	278
6	Conclusie: de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen	283
6.1	De (secundaire) aansprakelijkheid van opvang- en zorg- instellingen: algemene conclusies	283
6.2	De reikwijdte van de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen ten opzichte van de primaire zorgplicht	286
<b>6</b>	<b>De secundaire zorgplicht van overige private ruimten</b>	<b>291</b>
1	Inleiding en opbouw	291
2	De veiligheid in en rondom de overige ruimten	292
2.1	Inleiding	292
2.2	Veiligheid(sbeleving) in winkels en winkelcentra	293
2.3	Veiligheid(sbeleving) in horeca- en verblijfsgelegenheden	295
2.4	Veiligheid(sbeleving) in overige spel- en recreatieruimten	300
2.5	Conclusie	303
3	De kenmerken van de (secundaire) zorgplicht van overige ruimten	305
3.1	Inleiding	305
3.2	De afgeleide zorg(plicht) van horecagelegenheden	305
3.3	Conclusie	308
4	De voor overige ruimten relevante wet- en regelgeving	309
4.1	Inleiding	309
4.2	Winkels en winkelcentra	311
4.2.1	Overheidswetgeving	311
4.2.2	Zelfregulering	315
4.3	Horeca- en verblijfsgelegenheden	317
4.3.1	Overheidswetgeving	317
4.3.2	Zelfregulering	320

4.4	Overige spel- en recreatieruimten	322
4.4.1	Overheidswetgeving	322
4.4.2	Zelfregulering	324
4.5	Conclusie	325
5	Jurisprudentieanalyse	326
5.1	Inleiding	326
5.2	Primaire zorgplichten	327
5.2.1	Winkels en winkelcentra	327
5.2.2	Horeca- en verblijfsgelegenheden	333
5.2.3	Overige spel- en recreatieruimten	338
5.3	Secundaire zorgplichten	341
5.3.1	Winkels en winkelcentra	341
5.3.2	Horeca- en verblijfsgelegenheden	346
5.3.3	Overige spel- en recreatieruimten	350
6	Conclusie: de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van de overige ruimten	352
6.1	De (secundaire) aansprakelijkheid van de overige ruimten: algemene conclusies	352
6.2	De reikwijdte van de secundaire zorgplicht van de overige ruimten ten opzichte van de primaire zorgplicht	354
<b>7</b>	<b>De secundaire zorgplicht van private ruimten in Amerika</b>	<b>361</b>
1	Inleiding en opbouw	361
2	Een inleiding in het Amerikaanse rechtssysteem	362
2.1	Inleiding	362
2.2	De rechtsbronnen	363
2.3	De rechterlijke organisatiestructuur	365
2.4	De (jury)rechtspraak	366
3	De grondslagen van het Amerikaanse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht	367
3.1	Inleiding	367
3.2	De Restatement Second and Third of Torts	367
3.3	De vestiging van de (secundaire) aansprakelijkheid	368
3.3.1	Het torts systeem	368
3.3.2	Grondslagen voor aansprakelijkheid	370
3.3.2.1	Intentional torts	370
3.3.2.2	Negligence	371
3.3.2.3	Strict liability	373
3.4	De toedeling van de feitelijke schadelast	374
3.4.1	Een opmerking vooraf	374
3.4.2	De toedelingswijzen 'joint and several liability' en 'several liability'	375
3.4.3	De ontwikkeling van de toedelingswijzen binnen de 'tort reform'	377
3.4.4	De status quo van de Amerikaanse toedelingswijzen	381

4	De Amerikaanse secundaire zorgplicht	383
4.1	Inleiding	383
4.2	Het juridisch kader	384
4.2.1	Hoofregel: no (affirmative) duty	384
4.2.2	Uitzonderingen: wél een (affirmative) duty	385
4.3	De ontstaansvoorwaarden nader beschouwd	385
4.3.1	Een viertal hoofdregels	385
4.3.2	Het belang van de (speciale) relatie	389
4.3.2.1	Van toen naar nu	389
4.3.2.2	De 'ability to protect'	391
4.4	Conclusie	392
5	Amerikaanse jurisprudentieanalyse	393
5.1	Inleiding	393
5.2	De secundaire zorgplicht van scholen	393
5.3	De secundaire zorgplicht van sportverenigingen	399
5.4	De secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen	407
5.5	De secundaire zorgplicht van winkels en winkelcentra	413
5.6	De secundaire zorgplicht van horeca- en verblijfgelegenheden	418
5.7	Samenvattende analyse van de Amerikaanse jurisprudentie	423
6	De reikwijdte van de Nederlandse secundaire zorgplicht ten opzichte van de Amerikaanse secundaire zorgplicht	434
6.1	Inleiding	434
6.2	De grondslag en de ratio van de (secundaire) zorgplicht	434
6.3	De onrechtmatige daad versus de negligent act	437
6.4	De Nederlandse en Amerikaanse criteria voor gevaarzetting	438
6.5	De rol van de speciale relatie	439
6.6	De toedeling van de feitelijke schadelast	441
7	Conclusie	442
7.1	Inleiding	442
7.2	De vestiging van de secundaire zorgplicht	443
7.3	De toedeling van de (feitelijke) schadelast aan de secundaire partij	445
<b>8</b>	<b>De (rechtsvergelijkende) analyse: de huidige en de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht van private ruimten</b>	<b>447</b>
1	De kern en opbouw van dit hoofdstuk	447
2	De huidige reikwijdte van de secundaire zorgplicht: de belangrijkste (sector- en rechtsvergelijkende) conclusies	449
2.1	Een korte terugblik	449
2.2	De reikwijdte van de secundaire zorgplicht op sectorniveau	450
2.3	De secundaire zorgplicht in rechtsvergelijkend perspectief	452
3	De kenmerken van (en de bezwaren tegen) de secundaire zorgplicht	454
3.1	Inleiding	454
3.2	De (gebrekkige) voorzienbaarheid	454
3.2.1	Overkoepelende beschouwingen en vertrekpunten	454

3.2.2	Enkele aantekeningen op de geschetste vertrekpunten	458
3.3	Andere bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden	464
3.3.1	Inleiding	464
3.3.2	Morele bezwaren	464
3.3.3	Het huidige hoofdelijkheidssysteem	466
3.3.4	De ontwikkeling van een claimcultuur	470
3.3.5	Preventieve bezwaren	471
3.4	Tussenconclusie: bezwaren vragen om een debat over de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht	472
4	Terughoudendheid bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht	473
4.1	Is een principiële terughoudendheid of categorische afwijzing van de secundaire zorgplicht gewenst?	473
4.2	Consequenties voor de te stellen voorzienbaarheidseisen	479
5	Alternatieve omgangswijzen met secundaire zorgplichten	482
5.1	Terugblik en probleemstelling	482
5.2	De omvang van de aansprakelijkheid: de redelijke toerekening van art. 6:98 BW	484
5.2.1	Het (niet) toerekenen van bepaalde schadeposten	484
5.2.2	Tussenconclusie: biedt art. 6:98 BW een voldoende tegemoetkoming aan de geschetste bezwaren?	488
5.3	De toedeling van de schadelast: partiële aansprakelijkheid naast hoofdelijke aansprakelijkheid	491
5.3.1	Inleiding en opbouw	491
5.3.2	De keerzijde van het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem voor secundaire partijen nader belicht	492
5.3.3	Het Amerikaanse alternatief van 'several liability'	494
5.3.4	De toegevoegde waarde van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse recht	495
5.3.4.1	Inleiding	495
5.3.4.2	De voordelen van een partieel systeem in het Nederlandse recht	496
5.3.4.3	De wenselijkheid van de handhaving van (óók) een hoofdelijkheidssysteem	498
5.3.5	De uitwerking van de voorwaarden voor partiële aansprakelijkheid	501
5.3.5.1	Inleiding	501
5.3.5.2	De secundaire partij	502
5.3.5.3	Een beperkt verwijt	503
5.3.5.4	De bezwaarlijkheid van een open norm	510
5.3.6	De incorporatie van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse rechtssysteem	517
5.3.6.1	Inleiding	517
5.3.6.2	De incorporatiemogelijkheden	517
5.3.6.3	De specifieke incorporatiewijzen	520
5.3.7	De literatuur: voor- en tegenstanders van partiële aansprakelijkheid	521

5.3.8	De positie van het slachtoffer nader belicht	529
5.4	De verhouding tussen art. 6:98 BW en partiële aansprakelijkheid	532
6	Conclusie	535
	<b>Samenvatting</b>	<b>537</b>
	<b>Summary</b>	<b>553</b>
	<b>Literatuurlijst</b>	<b>569</b>
	<b>Jurisprudentieregister</b>	<b>601</b>
	<b>Trefwoordenregister</b>	<b>615</b>
	<b>Curriculum vitae</b>	<b>619</b>





## AFKORTINGENLIJST

AA	Ars Aequi
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AD	Algemeen Dagblad
Afdeling afl.	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State aflevering
AFM	Autoriteit Financiële Markten
A-G	advocaat-generaal
AGF	aardappelen, groente en fruit
amvb	algemene maatregel van bestuur
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
APZ	Algemene Psychiatrische Ziekenhuizen
Arbowet	Arbeidsomstandighedenwet
art.	artikel
A&V	Aansprakelijkheid & Verzekering
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade
AVT	Adviescollege Verloftoetsing Tbs
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
Bbo	Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel
Bhvbz	Besluit hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden
BV	besloten vennootschap
Bvt	Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden
BW	Burgerlijk Wetboek
BWKJ	BW-krant Jaarboek
CAD	Consultatiebureau voor Alcohol en Drugs
CaS	Concert at Sea
CBL	Centraal Bureau Levensmiddelenhandel
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
C.C.	Code Civil
CCV	Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid
CEER	Centre for European Economic Research
Corp.	Corporation
c.q.	casu quo

csqn	condicio sine qua non
d.d.	de dato
DHW	Drank- en Horecawet
diss.	dissertatie
DJI	Dienst Justitiële Inrichtingen
ECLI	European Case Law Identifier
e.a.	en andere
etc.	et cetera
e.v.	en verder
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FOBA	Forensische Observatie en Beveiligingsafdeling
Gem. Hof	Gemeenschappelijk Hof van Justitie
GGZ	geestelijke gezondheidszorg
GiEA	Gerecht in Eerste Aanleg
GS	Groene Serie
Gst.	de Gemeentestem
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
ibs	inbewaringstelling
IGJ	Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd
IGZ	Inspectie voor de Gezondheidszorg
Inc.	Incorporated
Inv. Corp.	Investment Corporation
Ist	Inspectie voor de Sanctietoepassing
ITS	Stichting Instituut voor Toegepaste Sociologie
IVJ	Inspectie Veiligheid en Justitie
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
KHN	Koninklijke Horeca Nederland
KNDB	Koninklijke Nederlandse Drogisten Bond
KNVB	Koninklijke Nederlandse Voetbalbond
ktr.	kantonrechter
KVO	Keurmerk Veilig Ondernemen
KVO-b	Keurmerk Veilig Ondernemen voor Bedrijventerreinen
KVO-w	Keurmerk Veilig Ondernemen voor Winkelcentra
KVU	Kwaliteitsmeter Veilig Uitgaan
LAKS	Landelijk Actie Komitee Scholieren
L&S	Letsel & Schade
Ltd.	Limited
m.i.	mijns inziens
m.n.	met name
m.nt.	met noot
MvT	memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht

---

NA	Nederlandse Antillen
NCTV	Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJKort	Nederlandse Jurisprudentie Kort
NOC*NSF	Nederlands Olympisch Comité – Nederlandse Sportfederatie
nr.	nummer
NRC	NRC Handelsblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTOR	Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht
NWO	Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek
O&A	Overheid & Aansprakelijkheid
OCW	Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
OM	Openbaar Ministerie
Oud BW	Oud Burgerlijk Wetboek
ov.	overweging
OVV	Onderzoeksraad voor Veiligheid
p.	pagina
PAAZ	Psychiatrische Afdelingen van Algemene Ziekenhuizen
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PIW'er	Penitentiaire Inrichtingswerker
Prg.	De Praktijkgids
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
RAV	Rechtspraak Aansprakelijkheids- en Verzekeringsrecht
Rb.	Rechtbank
RdW	Recht der Werkelijkheid
red.	redactie
Regeling dbbc's	Regeling dbbc's, zzp's en extramurale parameters forensische zorg
RIB	Rigid Inflatable Boat
RI&E	risico-inventarisatie en -evaluatie
RIBW	Regionale Instelling voor Beschermd Wonen
RIVM	Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieuhygiëne
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
ROC	regionaal opleidingscentrum
RPC	Regionale Platform Criminaliteitsbeheersing
RosR	Reglement onderzoek schepen op de Rijn
RvdW	Rechtspraak van de Week
SCP	Sociaal en Cultureel Planbureau
SEH	Spoedeisende Hulp
SLO	Stichting Leerplan Ontwikkeling

Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TBS	terbeschikkingstelling
T&C	Tekst & Commentaar
TGMA	Tijdschrift voor Gezondheidsschade, Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht
t/m	tot en met
TNO	Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
TvS&R	Tijdschrift voor Sport & Recht
UCC	Uniform Commercial Code
UMC	Universitair Medisch Centrum
UvA	Universiteit van Amsterdam
v.	versus
VASR	Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht
vgl.	vergelijk
VR	Verkeersrecht
VSG	Vereniging Sport en Gemeenten
VSK	Veilig Sportklimaat
VU	Vrije Universiteit
vzr.	voorzieningenrechter
Web	Wet educatie en beroepsonderwijs
Wec	Wet op de expertisecentra
Wet Bopz	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
Wft	Wet op het financieel toezicht
Whvbz	Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden
Whw	Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Wpo	Wet op het primair onderwijs
Wvggz	Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg
Wvo	Wet op het voortgezet onderwijs
WWM	Wet wapens en munitie

## 1 HET ONDERWERP VAN HET ONDERZOEK

### 1.1 INTRODUCTIE VAN HET ONDERWERP

De afgelopen jaren zijn diverse aansprakelijkheidsprocedures de revue gepasseerd, waarin het slachtoffer niet de primaire schadeveroorzaker, maar in plaats daarvan de zogenoemde secundair verantwoordelijke partij aansprakelijk hield voor het intreden van de schade. Zo'n 'secundaire partij' wordt in essentie steeds verweten het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij niet voorkomen te hebben.

Bekende voorbeelden waarin overheidsinstellingen secundaire aansprakelijkheidsclaims aan den lijve hebben ondervonden, zijn de procedure tegen de Staat en de Gemeente Enschede vanwege de vuurwerkramp,<sup>1</sup> de procedure tegen de Gemeente Haaksbergen vanwege het ongeluk met de monstertruck<sup>2</sup> en de proce-

---

1 Waarbij het betreffende vuurwerkopslagbedrijf, waarin de brand uitbrak, als de primaire partij kan worden aangemerkt. Zie over de aansprakelijkheidsprocedure tegen de Staat als secundaire partij onder meer HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, m.nt. T. Hartlief (*Vuurwerkramp Enschede*). Zie over deze vuurwerkramp ook Dek 2002.

2 Met Mario D., de bestuurder van de monstertruck, als primaire partij. In een bestuursrechtelijke procedure heeft de Rechtbank Overijssel op 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4794 geoordeeld dat de Gemeente Haaksbergen (als secundaire partij) onterecht een vergunning heeft afgegeven voor het evenement met de monstertruck. De rechtbank oordeelde dat de risico's voorafgaand aan het evenement onvoldoende in kaart zijn gebracht en de beoordeling van het evenement door de gemeente onzorgvuldig is gebleken. In de strafrechtelijke procedure heeft de Rechtbank Overijssel op 15 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1297 en in hoger beroep het Hof Arnhem-Leeuwarden op 23 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4675 – naast de bestuurder van de monstertruck – ook de organisator van het evenement (ook als secundaire partij) veroordeeld. Alhoewel de slachtoffers aankondigden de Gemeente Haaksbergen ook civielrechtelijk aansprakelijk te stellen (vgl. 'Slachtoffers stellen gemeente Haaksbergen aansprakelijk', *AD* 4 februari 2016), is het tot een civielrechtelijke procedure nooit gekomen. Dit zal verband houden met het feit dat het Waarborgfonds Motorverkeer de schade aan deze slachtoffers heeft uitgekeerd. Zie hierover: 'Waarborgfonds voorziet uitkering miljoenen na drama monstertruck Haaksbergen', *Tubantia* 21 januari 2015 (laatste update: 22 februari 2017). Zie over 'het monstertruckdrama' voorts Resohardjo, Meijer & Caroll 2018.

dure tegen de politie vanwege het schietincident in Alphen aan den Rijn.<sup>3</sup> De afgelopen jaren zijn in toenemende mate ook diverse *private* actoren onderwerp van de secundaire aansprakelijkheidsdiscussie geweest. Te denken valt aan de vragen die rezen over de verlofverlening aan Michael P., de verantwoordelijke voor de moord op Anne Faber,<sup>4</sup> de legionellaramp in de Westfrieze Flora<sup>5</sup> en de steekpartij op een school in Voorburg, waarbij een gepeste leerling zijn medeleerling doodstak.<sup>6</sup> Naast deze meer bekende tragedies, worden vandaag de dag ook (andere) scholen, sportverenigingen, zorginstellingen, winkels, horecagelegenheden en spel- en recreatieruimten veelvuldig en vanwege de meest uiteenlopende schades aan secundaire aansprakelijkheidsvragen én -procedures onderworpen.<sup>7</sup>

Secundaire aansprakelijkheid lonkt met name daar waar de partij die de schade direct in het leven heeft geroepen, die schade vanwege liquiditeits- of vindbaarheidsproblemen niet vergoedt.<sup>8</sup> De aansprakelijkstelling van de niet-primaire veroorzakers, maar wel bij het schadeveroorzakende feit betrokken (secundaire)

3 Met Tristan van der V., de schutter, als primaire partij. In eerste aanleg, hoger beroep en cassatie zijn geweest de uitspraken: Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061; Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541 en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Zie over dit schietincident ook Maes 2018.

4 Michael P. is in dezen dus de primaire partij. Alhoewel er (nog) geen aansprakelijkheidsprocedure bekend is, rijzen er wel secundaire aansprakelijkheidsvragen met betrekking tot de instelling waarin Michael P. verbleef. Zie in dit verband in het bijzonder de conclusies uit het rapport *Forensische zorg en veiligheid. Lessen uit de casus Michael P. van de Onderzoeksraad voor Veiligheid ('OVV')*. De OVV concludeert onder meer: 'De eerste stappen van Michael P. in vrijheid waren niet het resultaat van een weloverwogen, gezamenlijke beslissing van alle betrokken partijen, maar van een routinematig uitgevoerde administratieve procedure' (OVV 2019, p. 84). Zie over dit rapport ook (samenvattend) Efting, Feenstra & Huisman 2019: 'De kliniek werd bij de overplaatsing van P. vanuit de gevangenis onvoldoende geïnformeerd over zijn zedenachtergrond, maar deed bij zijn komst ook zelf nauwelijks onderzoek naar zijn risicoprofiel.' En: 'Aan P. werden te snel en onvoldoende zorgvuldig vrijheden toegekend. De OVV concludeert dat met de toekenning van vrijheden is gestart zonder dat de reclassering was ingeschakeld.'

5 Ook wel de 'stille ramp' genoemd, waarbij de bezoekers van de Westfrieze Flora besmet raakten met de legionellabacterie die zich in een whirlpool had ontwikkeld. Het leidde tot 206 ernstige zieken en 32 doden. Naast de whirlpoolhandelaars (als primaire partijen), werd ook de organisator van de Westfrieze Flora (als secundaire partij) in een civielrechtelijke procedure aangesproken. Zie hierover de uitspraak van het Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (*Westfrieze Flora*). Deze uitspraak wordt besproken in hoofdstuk 6, paragraaf 5.3.3. Zie ook Van 2002; Van Velzen 2006.

6 Hiermee doel ik op de steekpartij in 2014 op het Corbulo College, met de gepeste leerling Anthony D. als de primaire partij. Over deze steekpartij – en de verantwoordelijkheid van de school als mogelijke secundaire partij – werd in de media onder meer gezegd: 'De jongen van 16, die vorige week in Voorburg op het schoolplein zijn klasgenoot doodstak, werd gepest. Acht jaar lang werd Anthony ernstig bedreigd, getreiterd en geïntimideerd. In tegenstelling tot wat het Corbulo College eerder beweerde, werd deze week duidelijk dat de school wel degelijk wist van het pesten', zie 'Ernst van pesten wordt nog steeds onderschat.', Radio 1, 18 oktober 2014, online raadpleegbaar via de website radio1.nl.

7 Zo zal meer in het bijzonder blijken uit de veelvoud aan rechtspraak die in de hoofdstukken 3 t/m 6, paragraaf 5 wordt besproken.

8 In het vervolg van dit hoofdstuk, en meer in het bijzonder in hoofdstuk 8, paragraaf 3.3.3, licht ik dit nader toe.

partijen, kan in dergelijke gevallen voor het slachtoffer uitkomst bieden.<sup>9</sup> Het is dan ook niet waarschijnlijk dat dit type aansprakelijkheid in de toekomst aan populariteit zal inboeten: er zullen nieuwe Mario D.'s, Tristan van der V.'s en Michael P.'s ontstaan en – in de zoektocht van slachtoffers naar daadwerkelijke compensatie voor de geleden schade – zullen nieuwe secundaire partijen als schulddigen worden aangewezen.

De vraag naar de reikwijdte van de zorgplicht van secundaire partijen (in het vervolg van dit onderzoek ook wel verkort aangeduid als: 'de secundaire zorgplicht'<sup>10</sup>) treedt door de toenemende belangstelling steeds meer op de voorgrond.<sup>11</sup> Dit roept vragen op over de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht: is het mogelijk om niet de daadwerkelijke pestkop, maar wel de school aansprakelijk te houden voor het pestgedrag van haar leerlingen? En wat geldt ten aanzien van de aansprakelijkheid van een zorginstelling voor een psychiatrische patiënt die gedurende het verlof (nieuwe) slachtoffers maakt? Deze en andere kwesties dwingen ons na te denken over de rekbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht, nu de vervolging van primaire partijen vaak niet haalbaar blijkt en voor de vergoeding van de schade dus naar de toezichthoudende (secundaire) partijen gekeken wordt.

De noodzaak tot een debat bestaat temeer daar waar de secundaire zorgplicht zich in de rechtspraktijk niet altijd even 'rekbaar' heeft getoond: in de literatuur wordt zelfs een terughoudendheid bij de beoordeling van secundaire aansprakelijkheden geconstateerd.<sup>12</sup> De verklaring voor deze terughoudendheid kan zijn gelegen in de bezwaren die tegen secundaire aansprakelijkheid bestaan. Te denken valt aan de gebrekkige voorzienbaarheid van de (door de primaire partij veroorzaakte) schade waarvoor de secundaire partij aansprakelijk wordt gehouden, evenals het twijfelachtige preventieve effect dat de secundaire zorgplicht genereert. Ook bestaan er 'morele bezwaren' tegen secundaire aansprakelijkheid. Zo is het maar de vraag of het wel (steeds) terecht is om de rekening bij de secundaire partij – als hooguit zijdelingse laedens – neer te leggen in plaats van of naast de primaire (eigenlijke) schadeveroorzaker. Als de rechter (te snel of te vaak) tot de aanname van secundaire zorgplichten overgaat, bestaat bovendien het gevaar van een 'uitdijend' aansprakelijkheidsrecht. Het gaat hier meer in het bijzonder om de vrees voor wat

9 Zie over deze 'reden' voor secundaire aansprakelijkheidsprocedures onder meer Van Boom & Giesen 2001, p. 1676; Van Dijk 2003, p. 188; Hartlief 2003, p. 43; Giesen 2005a, p. 40; Van Rossum 2005, p. 92; Hartlief 2010, p. 603; Giesen 2014, p. 82; Di Bella 2016, p. 131 en 132; Verheij 2019, p. 91; Van Dam 2020, p. 412 e.v.

10 Waarbij het 'secundaire' aspect dus niet zozeer ziet op de zorgplicht of op de aansprakelijkheid zelf, maar op de partij die wordt aangesproken. Dit wordt in paragraaf 6.1 van dit hoofdstuk nader toegelicht.

11 Zie over deze tendens nader paragraaf 2.1.1 en Hartlief 1997, p. 13; Giesen 2005a, p. 215; Hartlief 2005b, p. 1126-1127; Van Rossum 2005, p. 92; Van der Wiel 2005, p. 158; Hartlief 2010, p. 603; Giesen 2014, p. 109; Kortmann 2014, p. 115; Tjong Tjin Tai 2019, p. 31 en 32. Zie eerder Maes 2016.

12 Welke constatering nader wordt toegelicht in paragraaf 2.1.2.

ook wel een 'claimcultuur' wordt genoemd.<sup>13</sup> Deze en andere bezwaren kunnen zich vertalen in een restrictieve toets van de zorgplicht in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid.<sup>14</sup> De vraag is echter of een (principiële) terughoudende beoordeling van secundaire aansprakelijkheden wel (steeds) terecht is, en recht doet aan het zelfstandige verwijt dat de secundaire partij kan treffen.

In dit rechtsvergelijkende onderzoek staat de reikwijdte van de civielrechtelijke, secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg centraal, waarbij ook acht wordt geslagen op de omgangswijzen met secundaire aansprakelijkheden in het Amerikaanse recht. Bekeken wordt hoe ver de verantwoordelijkheid van de beheerders van die verschillende private ruimten strekt, in de gevallen waarin niet zij, maar een derde partij de directe (primaire) veroorzaker van de schade is. In het licht van de onderzoeksbevindingen over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van de voornoemde ruimten, wordt ook de *wenselijke* reikwijdte van deze secundaire zorgplicht onderzocht. Een en ander resulteert in concrete suggesties en aanbevelingen tot 'alternatieve omgangswijzen' met secundaire aansprakelijkheden.

## 1.2 DE OPBOUW VAN DIT HOOFDSTUK

In dit hoofdstuk wordt allereerst de aanleiding van het onderzoek besproken (paragraaf 2). Daarna komt het doel en de uitvoering van het onderzoek ter sprake, waarbij meer in het bijzonder de onderzoeksvragen en het aan te leggen toetsingskader worden geformuleerd (paragraaf 3). Vervolgd wordt met de bespreking van de methodes van het (rechtsvergelijkende) onderzoek (paragraaf 4) en de toegevoegde waarde van het onderzoek (paragraaf 5). Daarna komt de (verdere) afbakening van het onderzoek en de daarbij gehanteerde terminologie aan de orde (paragraaf 6). In de slotparagraaf wordt de precieze opbouw van het onderzoek besproken (paragraaf 7).

## 2 DE AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

### 2.1 EEN TWEETAL CONSTATERINGEN

#### 2.1.1 TOENEMENDE BELANGSTELLING SECUNDAIRE AANSPRAKELIJKHEDEN

In de literatuur wordt een tendens geconstateerd waarin steeds verder verwijderde (secundaire) partijen worden aangesproken tot vergoeding van schade die primair

---

13 Deze bezwaren worden in paragraaf 2.1.2 kort aangestipt, en worden meer uitvoerig besproken in hoofdstuk 8, paragraaf 3.

14 Met de 'bezwaren tegen secundaire zorgplichten' en de 'bezwaren tegen (de toewijzing of de vestiging van) secundaire aansprakelijkheden' bedoel ik hier en in het vervolg van dit onderzoek steeds dezelfde, in paragraaf 2.1.2 (kort) aangeduide bezwaren. Zie nader hoofdstuk 8, paragraaf 3.



door een ander is veroorzaakt.<sup>15</sup> Secundaire aansprakelijkheidsclaims vertonen een 'stijgende populariteit', zo blijkt ook uit de grote hoeveelheid rechtspraak die in het vervolg van dit onderzoek wordt besproken. Wat ooit als noodlot werd gedragen, wordt vandaag de dag eerder tot de verantwoordelijkheid van een ander (de school, de sportvereniging, de zorginstelling, etc.) gerekend.<sup>16</sup>

De belangstelling voor secundaire aansprakelijkheden is goed te verklaren. Het zal voor slachtoffers in veel gevallen aantrekkelijker zijn de (meer) liquide secundaire partij naast of in plaats van de primaire partij aan te spreken.<sup>17</sup> De eerstgenoemde partij zal bij de toewijzing van de aansprakelijkheidsvordering in de regel ook daadwerkelijk tot vergoeding van de schade in staat blijken.<sup>18</sup> Daarbij dient bedacht te worden dat het slachtoffer de secundaire partij op grond van art. 6:102 BW voor de gehele schade kan aanspreken, en dus ook voor het door de primaire partij veroorzaakte gedeelte. In het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem geldt immers een systeem van 'pick and choose'.<sup>19</sup> Zodoende kan de secundaire partij als een 'verzekeraar' van het slachtoffer fungeren, om het te beschermen tegen de insolventie van de primaire schadeveroorzaker.<sup>20</sup>

15 Giesen 2014, p. 109 ('stijgende populariteit') en (bevestigend) Kortmann 2014, p. 115. Zie ook recent Tjong Tjin Tai 2019, p. 31 en 32 ('Een andere ontwikkeling is dat procedures zich inmiddels vaak richten tegen de zijdelingse dader (secundaire aansprakelijkheid).' en 'Daarnaast zijn er verschuivingen naar meer positieve zorgplichten voor zijdelingse daders.') en eerder Hartlief 2010, p. 603 ('Toezichhouders komen (...) meer en meer in beeld in plaats van de primaire daders.'). Verder zij gewezen op: Hartlief 1997, p. 13; Giesen 2005a, p. 215; Hartlief 2005b, p. 1126-1127; Van Rossum 2005, p. 92; Van der Wiel 2005, p. 158.

16 Hartlief 2005a, p. 830, op welke ontwikkeling in het vervolg van deze paragraaf nader wordt ingegaan.

17 Secundaire partijen betreffen immers de partijen die met toezichhoudende taken en verantwoordelijkheden zijn belast (veelal de overheid of private ondernemingen), daar waar de schade veelal direct veroorzaakt zal zijn door een natuurlijk persoon (de primaire partij). Het zal vanuit het perspectief van de verhaalbaarheid van de vordering voor slachtoffers in de meeste gevallen dan ook aantrekkelijk zijn de secundaire partij en/of diens verzekeraar aan te spreken. Zie hierover nader hoofdstuk 8, paragraaf 3.3.3.

18 Vgl. Giesen 2005a, p. 8 en 40; Van Rossum 2005, p. 92 en 95; Hartlief 2010, p. 603; Giesen 2014, p. 82; Kortmann 2014, p. 115; Di Bella 2016, p. 132; Verheij 2019, p. 91; Van Dam 2020, p. 412. Uiteraard zal ook een belangrijke rol kunnen spelen dat de eisende partij meent dat de secundaire partij (mede)verantwoordelijk is en daarom moet boeten. Vgl. Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 4 (*Vuurwerkcramp Enschede*). Zie hierover ook Hartlief 2005b, p. 1127. Hetzelfde geldt in de gevallen waarin de primaire partij onvindbaar is. Ook dan kan de secundaire partij haar regresvordering niet verhalen, en dient zij per saldo de gehele schade (alleen) te dragen. Bedacht dient dus steeds te worden dat, daar waar ik in dit onderzoek spreek over een insolvente primaire partij, hetzelfde geldt in de situatie waarin de primaire partij onvindbaar is.

19 Onder meer Van Boom 1997, p. 136; Van Boom 2000a, p. 27; Giesen 2005a, p. 39; Klaassen 2008, p. 177-178; Hartlief 2010, p. 603 en meer in het algemeen Van Boom 2016, p. 53. In hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.1 plaats ik enkele nuances op de strikte toepassing van het hoofdelijkheidssysteem in het Nederlandse recht.

20 Aldus Van Boom 1997, p. 141 in de context van het Amerikaanse hoofdelijkheidssysteem.

Dat secundaire aansprakelijkheidsclaims ook in de toekomst niet aan populariteit zullen inboeten, ligt meer in het bijzonder vanwege een drietal maatschappelijke ontwikkelingen in de lijn der verwachting. Nu het onderhavige onderzoek nadrukkelijk niet beoogt een (rechtsfilosofisch of empirisch) onderzoek aan te leggen naar de precieze oorzaken van de toenemende belangstelling voor secundaire aansprakelijkheden, volsta ik met de benoeming van de volgende in de literatuur geconstateerde ontwikkelingen.<sup>21</sup>

Zo wordt in de eerste plaats gewezen op de zogenoemde privatiseringstendens, waarbij verantwoordelijkheden voor publieke taken (zoals het beveiligen van openbare ruimten) steeds meer verschuiven van publieke naar private actoren, en hetzelfde geldt voor de daarmee samenhangende aansprakelijkheden.<sup>22</sup> De gedachte is dan dat, hoe meer (toezichthoudende) verantwoordelijkheden naar private actoren verplaatst worden, hoe meer potentiële zorgplichten door deze partijen geschonden kunnen worden.<sup>23</sup> Een tweede mogelijke ‘verklaring’ kan zijn gelegen in de ontwikkeling waarbij het beschermingsaspect (het waarborgen van de veiligheid) als algemeen uitgangspunt van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, ten opzichte van de handelingsvrijheid van de aangesprokene, aan belang heeft gewonnen.<sup>24</sup> In een maatschappij en in een rechtssysteem waarin dit veiligheidsdoel een steeds belangrijker rol krijgt toebedeeld, zal – indien de middelen ter realisering van dat doel uitblijven, denk aan gebrekkig toezicht c.q. beveiliging – relatief meer aandacht zijn voor de verantwoordelijkheden en zorgplichten van toezichthoudende actoren, zoals (vaak) de secundaire partij.<sup>25</sup> Tot slot is de toenemende belangstelling voor secundaire aansprakelijkheden in lijn met een meer algemene ontwikkeling waarbij benadeelden geleden schade steeds vaker pogen te verhalen op (verder verwijderde) derden. Hartlief constateerde in zijn oratie reeds dat men zich steeds minder bereidwillig toont de eigen schade te dragen: in toe-

---

21 Met dat expliciete voorbehoud dat – voor de vaststelling van de daadwerkelijke relatie tussen deze en de andere geschetste ontwikkelingen met de toenemende secundaire aansprakelijkheidsclaims – nader empirisch onderzoek vereist is. Ik beoog in het vervolg van deze paragraaf slechts enkele *mogelijke* verklaringen voor die populariteit te schetsen.

22 Ook Van Rooij concludeert dat ‘de afgelopen decennia zich verschillende ontwikkelingen hebben voorgedaan die tot gevolg hebben gehad dat de particuliere sector zich nadrukkelijker en formeler bezig is gaan houden met de handhaving van de openbare orde’, welke ontwikkelingen zij vervolgens bespreekt in Van Rooij 2018, p. 175. Vgl. Van Rooij 2017, p. 331 e.v. Zie over deze ontwikkelingen verder uitgebreid Giesen 2014, in welke bijdrage de verschuivende grenzen van de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van bedrijven en professionals in een maatschappij die gekenmerkt wordt door steeds verder vervagende grenzen tussen het publieke en private domein, het centrale thema vormt. Vgl. Emaus, Enneking & Giesen 2014, p. 18. Zie hierover ook Rijnhout e.a. 2013, p. 171 e.v.

23 ‘De private beheerder is niet te beschouwen als verlengstuk van de overheid, maar hij is een zelfstandige handhaver, met eigen belangen, plichten en instrumenten’, aldus Van Rooij 2018, p. 178.

24 Van Dam 2000, p. 2; Giesen 2013, p. 491; Verheij 2019, p. 14.

25 Vgl. Van Nispen 2018, p. 4; Verheij 2019, p. 14 en 15. Zie voor de sociologische invalshoek Boutelier 2005, p. 29-30, 36 en 39; Pieterman, Dekker & Elffers 2005.

nemende mate wordt gezocht naar mogelijkheden voor de verplaatsing daarvan, en daar wordt, zo lijkt het, ook steeds meer succes mee geboekt.<sup>26</sup>

### 2.1.2 TERUGHOUDENDE BEOORDELING SECUNDAIRE AANSPRAKELIJKHEDEN

In de literatuur wordt bovendien een terughoudendheid in de rechtspraak met betrekking tot de *beoordeling* van secundaire aansprakelijkheden geconstateerd.<sup>27</sup> Deze terughoudendheid kan zich meer in het bijzonder vertalen in een restrictieve toetsing van de zorgplicht in de vestigingsfase van het aansprakelijkheidsrecht.<sup>28</sup> Zo merkt Tjong Tjin Tai op:

‘Een hieraan verwant, maar toch onderscheiden leerstuk is dat van poortwachters: partijen van wie wordt verwacht dat zij tot op zekere hoogte beletten dat derden onrechtmatige daden begaan binnen een bepaald domein. Dit is een vorm van secundaire aansprakelijkheid (...). Toch wordt terughoudend omgesprongen met zulke zorgplichten. Zij lijken vooral bij geregementeerde beroepen te worden aangenomen.’<sup>29</sup>

Ook Hartlief merkt meer in het algemeen over toezichthoudersaansprakelijkheid op:

‘De algemene uitleg van de rechtspraak van de Hoge Raad is dat toezichthouders niet veel te vrezen hebben van het civiele aansprakelijkheidsrecht.’<sup>30</sup>

In dezelfde lijn merkte Giesen al eerder en specifiek over de aansprakelijkheid van de secundaire partij op:

26 Hartlief 1997, p. 13. Zie over deze tendens ook Bolt & Spier 1996, p. 393.

27 Zie over die terughoudende lijn met betrekking tot secundaire partijen, ter aanvulling op de hierna genoemde bijdragen, Hartlief 2003, p. 43; Giesen 2005a, p. 40-41 en 216; Van Rossum 2005, p. 93; Giesen 2014, p. 106. Zie ook in de context van secundaire overheidsaansprakelijkheid: Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 6 (*Vuurwerkcramp Enschede*) en Van Boom & Giesen 2001, p. 1676; Van Dijk 2008, par. 3b; Albers & Heinen 2010, par. 3.3; Van Orsouw 2010, p. 256; Bolt 2016, p. 88; Maes 2018, p. 82; Barkhuysen & Van Emmerik 2019, p. 45; Verheij 2019, p. 91. In dit verband wijs ik tot slot op de kritiek waarmee de afwijzing van de aansprakelijkheid van de politie inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn in de literatuur is ontvangen, zie hierover hoofdstuk 8, paragraaf 5.2.1.

28 Het onderhavige onderzoek spitst zich toe op de (al dan niet terughoudende beoordeling van de) secundaire *zorgplicht*. In hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3 en hoofdstuk 8, paragraaf 4.1 wordt besproken dat deze terughoudendheid zich ook kan vertalen in een restrictieve toets van het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW. In hoofdstuk 8, paragraaf 4.1 en paragraaf 5.1 wordt bovendien toegelicht dat bepaalde onderzoeksresultaten met betrekking tot de (omgang met de) secundaire zorgplicht, in gelijke zin op het relativiteitsvereiste van toepassing kunnen zijn.

29 Tjong Tjin Tai 2019, p. 30.

30 Hartlief 2014a, p. 192. Zie in de context van de overheidsaansprakelijkheid ook Hartlief 2004a, par. 19 en Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 11 (*Vuurwerkcramp Enschede*).

‘Tot dusverre lijkt de rechtspraak ter zake – dat is althans het algemene (hoewel soms wel wat wisselende) beeld dat uit het hiervoor besprokene rijst – vooral een terughoudende houding aan te nemen.’<sup>31</sup>

Als verklaring voor deze terughoudendheid wordt in de literatuur gewezen op de angst voor een uitdijend aansprakelijkheidsrecht, oftewel het verliezen van de grip op secundaire aansprakelijkheden.<sup>32</sup> Het gaat hier ook wel om de vrees voor een in Nederland te ontwikkelen ‘claimcultuur’.<sup>33</sup> In het verlengde daarvan liggen de zogenoemde ‘morele bezwaren’ die tegen secundaire aansprakelijkheid pleiten.<sup>34</sup> De secundaire partij is immers niet de (meest) directe veroorzaker van de schade (zij heeft de trekker niet overgehaald), maar wordt wel aansprakelijk gehouden vanwege het niet voorkomen van het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij (die de trekker dus wel overhaalde).

Gewezen zij bovendien op de gebrekkige voorzienbaarheid van de (door de primaire partij veroorzaakte) schade waarvoor de secundaire partij aansprakelijk wordt gehouden. Secundaire zorgplichten bestaan immers bij de gratie van een zorgplichtschending van een ander en dus van onzekerheid: de belangen van de derde (A) zullen door de secundaire partij (C) in de regel niet vooraf concreet gekend (voorzien) kunnen worden, aangezien de schending van die belangen per definitie afhankelijk is van het niet (altijd of precies) voorspelbare en gekende handelen van de primaire partij (B).<sup>35</sup> Tot slot wordt er ook kritiek geuit op het (daardoor) twijfelachtige preventieve effect dat de secundaire zorgplicht genereert.<sup>36</sup>

31 Giesen 2014, p. 107-108. Eerder: Giesen 2005a, p. 216; Van Rossum 2005, p. 93.

32 Zie onder meer Giesen 2005a, p. 224-225; Hartlief 2005a, p. 830; Keirse 2007, p. 2418 e.v.; Giesen 2014, p. 90; Vermolen & Van Boom 2017, p. 245. Zie over de verklaringen voor de terughoudendheid in de rechtspraak ook Kortmann 2014, p. 117-119.

33 A-G Spier in zijn conclusie (sub 5.39 en 5.52) voor HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*). Hartlief 2005a, p. 830; Keirse 2007, p. 2418 e.v. Zie ook Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 7, laatste liggend streepje (*Koudwatervrees*) (*Vuurwerkkramp Enschede*). Vgl. Giesen 2005a, p. 224-225; Giesen 2014, p. 90: ‘(...) omdat de eerste sporen van een overwaaiende claimbeweging zichtbaar beginnen te worden’, waarbij hij de aansprakelijkheden naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn als voorbeeld neemt. Tot slot zij gewezen op Vermolen & Van Boom 2017. Dat deze angst serieus genomen wordt, volgt uit de brief van de Minister van Justitie over de toenemende ‘claimcultuur’ in Nederland, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26630, nr. 1, p. 1-21.

34 Giesen 2005a, p. 45; Giesen 2014, p. 108. Zie hierover in het kader van de (secundaire) overheidsaansprakelijkheid Van Boom & Giesen 2001, p. 1676; Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 6 (*Vuurwerkkramp Enschede*). Zie ook: Bolt & Ceulen 2016, p. 18.

35 Zie hierover uitvoerig hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.

36 Van Boom 2003a, p. 20; Giesen 2005a, p. 150; Engelhard & Van Maanen 2008, p. 14. Ook kritisch is Hartlief 2010, p. 603. Zie over dit ‘preventieve argument’ ook Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 7, derde liggend streepje (*Vuurwerkkramp Enschede*).

Deze verklaringen voor de terughoudendheid en de implicaties voor de reikwijdte van de secundaire zorgplicht worden in de analyse van hoofdstuk 8, paragraaf 3 meer uitvoerig besproken.

## 2.2 EEN DEBAT OVER DE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

De voorgaande constatering nopen in de eerste plaats tot de vraag in hoeverre de in de literatuur geconstateerde terughoudendheid in de *huidige* rechtspraak bij de beoordeling van secundaire zorgplichten van private ruimten herkend of bevestigd wordt. De al kort aangestipte bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid, bezien in het licht van de geconstateerde toenemende belangstelling voor secundaire aansprakelijkheden, werpen bovendien de vraag op of een terughoudende secundaire zorgplichttoets in de huidige rechtspraak terecht is of zou zijn. Is het, ook abstraherend van de feitelijke (huidige) situatie, *wenselijk* dat de rechter een principiële terughoudendheid betracht bij de beoordeling van secundaire zorgplichten of deze zelfs categorisch afwijst, om zodoende aan de geschetste bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid tegemoet te komen? En in het verlengde daarvan: zijn er andere mogelijkheden om de (valide) bezwaren op een representatieve wijze in de feitelijke schadelast van de secundaire partij te verdisconteren, zonder dat de secundaire zorgplicht principieel terughoudend beoordeeld hoeft te worden?<sup>37</sup>

## 3 HET DOEL EN DE UITVOERING VAN HET ONDERZOEK

### 3.1 ONDERZOEKSVRAGEN

Het voorgaande leidt tot de volgende ‘overkoepelende’ onderzoeksvraag:

‘Wat is de feitelijke en wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht van de beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg in het Nederlandse recht en hoe kan die wenselijke reikwijdte zo goed mogelijk worden vormgegeven?’

Bij de beantwoording van die vraag wordt in het bijzonder bekeken hoe ver de verantwoordelijkheid van de beheerders van verschillende private ruimten strekt, in de gevallen waarin niet zij, maar een derde de directe veroorzaker van de schade is. Het onderzoek is ‘uitgesplitst’ in de volgende deelvragen:

---

<sup>37</sup> Barendrecht 2004a gaf destijds (ook) al aan dat nader onderzoek nodig is naar verdeling van nadeel in complexe situaties als onder andere toezichhoudersaansprakelijkheid. Ik kom daar in de analyse van hoofdstuk 8, paragraaf 5.3 meer specifiek op terug.

- (I) Wat is de feitelijke (*huidige*) reikwijdte van de secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg?<sup>38</sup>
- (II) Wat is de *wenselijke* reikwijdte van de secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg?<sup>39</sup>

In het verlengde van de tweede deelvraag, wordt bovendien een antwoord gegeven op de vraag:

- (III) Zijn er alternatieve omgangswijzen of instrumenten waarmee de bezwaren tegen (de volledige) toewijzing van secundaire aansprakelijkheden op een genuanceerde wijze in het Nederlandse recht verdisconteerd kunnen worden?

## 3.2 TOETSINGSKADER

### 3.2.1 DE SECTOREN EDUCATIE, RECREATIE EN ZORG

Het onderzoek beperkt zich tot de sectoren educatie, recreatie en zorg. Ter toelichting op die keuze, merk ik het volgende op.

Aan de inventarisatie van de beschikbare rechtspraak ging de keuze voor een onderzoek naar de secundaire zorgplicht van *private* in plaats van *publieke* actoren vooraf. Deze keuze is met name ingegeven door het feit dat er in de literatuur en rechtspraak al veel aandacht is geweest voor en is geschreven over de (secundaire) aansprakelijkheid van de overheid.<sup>40</sup> Een onderzoek naar de secundaire zorgplicht van private ruimten beslaat dus een minder ontgonnen terrein (zie nader paragraaf 6.2).

38 De vraag wat de feitelijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is, wordt beantwoord door de *huidige* of de *daadwerkelijke* reikwijdte te onderzoeken zoals deze de afgelopen jaren in de rechtspraak is aangelegd. Een en ander wordt in het vervolg van het onderzoek (verkort) aangeduid als 'de huidige reikwijdte'.

39 In het onderzoek wordt, omwille van de leesbaarheid, 'de secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg' ook wel korter aangeduid als 'de secundaire zorgplicht van private ruimten'. Zie hierover nader paragraaf 6.4.

40 Ik wijs op de in paragraaf 1 genoemde voorbeelden en, voor (meer) voorbeelden van procedures waarin een overheidsinstelling als secundaire partij werd aangesproken, in het bijzonder op de annotatie van Hartlief onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343 (*Vuurwerkcramp Enschede*), met name sub 9 en op Van Boom & Giesen 2001, p. 1675 e.v. In die laatste bijdrage hebben Van Boom en Giesen de belangrijkste typen verwijten aan het adres van de overheid in dit verband opgesomd. Zie ook de annotatie van Vranken onder HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430 (*Proefvoerlot tbs-gestelde*), sub 15-19. Ter aanvulling op de literatuur die meer in het bijzonder in hoofdstuk 8 wordt aangehaald, wijs ik bovendien nog op: Van Dam 2002; Albers & Heinen 2010; Van Orsouw 2010; Hartlief 2014b. Ook De Jong 2016, p. 11 constateert (alhoewel in een andere context): 'In de nationale en internationale literatuur gaat met name aandacht uit naar (...) de verantwoordelijkheden van publieke actoren.'

De inventarisatie van de beschikbare rechtspraak over de secundaire aansprakelijkheid van de beheerders van private ruimten,<sup>41</sup> leidde vervolgens tot een onderscheid of categorisering van de volgende typen private ruimten: (1) scholen, (2) sportverenigingen, (3) opvang- en zorginstellingen en (4) overige private ruimten. Onder deze laatste ‘restcategorie’ worden geschaard: (4a) winkels en winkelcentra, (4b) horeca- en verblijfsgelegenheden en (4c) overige spel- en recreatieruimten. De reden om de eerste drie ruimten ‘afzonderlijk’ te categoriseren en de laatste ruimten gebundeld, is gelegen in het feit dat er over de secundaire aansprakelijkheid van scholen, sportverenigingen en opvang- en zorginstellingen meer rechtspraak beschikbaar is dan over de genoemde overige ruimten.<sup>42</sup> Daaruit kan worden afgeleid dat (de verantwoordelijkheden van) scholen, sportverenigingen en opvang- en zorginstellingen gemiddeld vaker onderwerp van de maatschappelijke discussie zijn.

Deze door de beschikbare rechtspraak gestuurde categorisering voerde vervolgens tot de conclusie dat de genoemde ‘gevaltypen’ in essentie onder de noemers van de sectoren ‘educatie’ (scholen), ‘recreatie’ (sportverenigingen) en ‘zorg’ (opvang- en zorginstellingen), dan wel een combinatie van die sectoren (overige ruimten) gebracht konden worden. Nog anders gezegd: scholen, sportverenigingen en opvang- en zorginstellingen vormen sprekende voorbeelden of archetypen binnen de genoemde sectoren (educatie, recreatie en zorg), waardoor het onderzoek nader kon worden afgebakend en kon worden beperkt tot deze drie sectoren.

### 3.2.2 DE HUIDIGE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

Een relevant oordeel over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht – hoe streng of juist mild wordt deze zorgplicht in de rechtspraak getoetst? – vergt een vertrekpunt of ijkpunt om de secundaire zorgplicht tegen ‘af te zetten’. Een uitspraak over de toepassing van een zorgplicht krijgt immers pas waarde en context als aangegeven kan worden hoe deze zorgplicht zich *ten opzichte* van een andere zorgplicht verhoudt.

---

41 In paragraaf 6 van dit hoofdstuk worden de in dit onderzoek gehanteerde termen als ‘de beheerder’, ‘de private ruimte’ en ‘de bezoeker’ nader gedefinieerd en afgebakend.

42 Zoals in hoofdstuk 6, paragraaf 5.1 nader wordt besproken, is er dus minder rechtspraak beschikbaar over de secundaire zorgplicht van de genoemde ‘overige ruimten’ dan over scholen, sportverenigingen en opvang- en zorginstellingen, ondanks dat deze categorie een grotere en meer uiteenlopende ‘groep’ ruimten beslaat. Een verklaring kan daarin zijn gelegen dat bij de overige ruimten vaker wordt overgegaan tot strafrechtelijke of civielrechtelijke vervolging van de primaire partij dan tot civielrechtelijke aansprakelijkstelling van de secundaire partij. Illustratief zijn Hof Amsterdam 19 mei 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AX9373, VR 2006/81 en Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1149. Als zich in de overige ruimten – zoals cafés en discotheken – (herhaaldelijk) schadeveroorzakend gedrag van een primaire partij voordoet, dan zijn de gevolgen voor de overige ruimte als secundaire partij bovendien veelal bestuursrechtelijk, zoals de sluiting van een gelegenheid of de intrekking van een vergunning. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland (vzr.) 23 oktober 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4550 over de intrekking van een vergunning van een café.



Voor de vaststelling van de huidige, dat wil zeggen: de daadwerkelijk aangelegde, reikwijdte van de secundaire zorgplicht in de Nederlandse rechtspraak, wordt in dit onderzoek een tweetal referentie- of toetsingskaders aangelegd. Het betreft (i) de *primaire* zorgplicht van de Nederlandse private ruimten en (ii) de secundaire zorgplicht van de *Amerikaanse* private ruimten. Ter toelichting geldt het volgende.

Het door mij aangelegde toetsingskader wordt, zoals gezegd, in de eerste plaats gevormd door de (Nederlandse) primaire zorgplicht van de beheerders van dezelfde private ruimten. Concreet betekent dit dat de reikwijdte van de *secundaire* zorgplicht van private ruimten in de hoofdstukken 3 t/m 6 wordt bepaald door de hierover gewezen rechtspraak af te zetten tegen de rechtspraak over de *primaire* zorgplicht van dezelfde ruimten.<sup>43</sup>

Het gevolg van deze aanpak is – nu deze toetsing bij alle onderzochte private ruimten wordt aangelegd – dat er ‘setjes’ ontstaan (de secundaire zorgplicht van scholen versus de primaire zorgplicht van scholen; de secundaire zorgplicht van sportverenigingen versus de primaire zorgplicht van sportverenigingen, etc.). Ook die ‘setjes’ (van de verschillende ruimten) worden in dit onderzoek met elkaar vergeleken. Nadrukkelijk is dus niet gestreefd de secundaire zorgplicht van ruimte A een-op-een met de secundaire zorgplicht van ruimte B te vergelijken. Daarentegen kan met de vergelijking van de hiervoor genoemde ‘setjes’ wel inzichtelijk worden gemaakt dat de secundaire zorgplicht van ruimte A ten opzichte van haar primaire zorgplicht bijvoorbeeld niet terughoudend wordt getoetst, terwijl er in de toetsingswijze van de secundaire zorgplicht van ruimte B wel een discrepantie geconstateerd wordt ten opzichte van de toetsing van haar primaire zorgplicht. Een en ander wordt in de slotparagrafen van de verschillende hoofdstukken, evenals in hoofdstuk 8, paragraaf 2.2 nader toegelicht.

Het tweede toetsingskader wordt gevormd door de secundaire zorgplicht van dezelfde private ruimten in het Amerikaanse recht. In hoofdstuk 7 worden allereerst de grondslagen en de theoretische kaders besproken waarbinnen de Amerikaanse secundaire zorgplicht te plaatsen is. Vervolgens worden ook de criteria die in de Amerikaanse rechtspraak worden aangelegd ter invulling of afbakening van die theoretische kaders onderzocht, alsmede de interpretatie daarvan in de Amerikaanse literatuur. De onderzoeksbevindingen worden vervolgens vergeleken met

43 Conclusies over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van een private ruimte zijn immers niet of minder gerechtvaardigd als resultaat van een vergelijking met de rechtspraak over de zorgplicht van andere partijen dan dezelfde ruimte (zoals met de primaire schadeveroorzaker, vaak een natuurlijk persoon). De taken en verantwoordelijkheden van die actoren zullen immers verschillen en de zorgplichten zijn daarom niet goed vergelijkbaar. In de hoofdstukken 3 t/m 6 van dit onderzoek wordt daarom de rechtspraak met betrekking tot de zorgplicht van dezelfde private partijen (scholen, sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen en overige ruimten) weergegeven in het geval er geen andere primaire partij in het spel is. Deze rechtspraak wordt vergeleken met de rechtspraak over de zorgplicht van deze ruimten als er wél een andere primaire partij in het spel is, bijvoorbeeld: de ‘primaire zorgplicht van de school’ versus ‘de secundaire zorgplicht van de school’. Zie nader paragraaf 6.1.



de theoretische kaders en de criteria ter invulling van de secundaire zorgplicht in het Nederlandse recht, zodat conclusies over de (huidige) reikwijdte van 'de Nederlandse secundaire zorgplicht' ten opzichte van 'de Amerikaanse secundaire zorgplicht' gerechtvaardigd zijn.

Aantekening verdient ten slotte, zowel voor wat betreft de Nederlandse als de Amerikaanse rechtspraakanalyse, dat de uitkomsten van de geanalyseerde uitspraken steeds afhankelijk zullen zijn van de specifieke omstandigheden van het geval, en dus casuïstisch van aard zijn. In dit onderzoek worden daarom enkel conclusies getrokken op basis van uitspraken waarin (1) de feiten en omstandigheden vergelijkbaar zijn of waarin (2) meer principiële overwegingen gebezigd worden ('als dit, dan dat') die onafhankelijk van de specifiek voorliggende feiten en omstandigheden gelden.

### 3.2.3 DE WENSELIJKE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

Bij het onderzoek naar de *wenselijke* reikwijdte van de secundaire zorgplicht zal acht worden geslagen op de (al kort aangestipte) bezwaren die tegen de toewijzing van secundaire aansprakelijkheden pleiten. Deze bezwaren worden in hoofdstuk 8, paragraaf 3 nader besproken en gecategoriseerd. Bij de beantwoording van de vraag of, gezien deze bezwaren, een principieel terughoudende beoordeling of een categorische afwijzing van secundaire zorgplichten gewenst is, worden de dogmatische grenzen van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht onderzocht. Los daarvan zullen ook de meer morele argumenten tegen een dergelijke terughoudende of afwijzende beoordeling aan de orde komen. Het gaat hier meer in het bijzonder om het zelfstandige karakter van het verwijt dat de secundaire partij treft. Zodoende vormen in feite de (nader) in hoofdstuk 8 te schetsen bezwaren *voor* en *tegen* een terughoudende beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid, het toetsingskader voor de beantwoording van de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht.

In het verlengde van het antwoord op de vraag naar de meest wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht, zal ik in het sluitstuk van dit onderzoek enkele suggesties voor 'alternatieve omgangswijzen' met secundaire aansprakelijkheden doen. Daarmee doel ik op de mogelijkheden om, binnen en buiten de grenzen van het thans geldende Nederlandse recht, op een andere manier tegemoet te komen aan de geconstateerde bezwaren dan middels een (principieel) terughoudende toetsing, waarbij de uitkomst bovendien recht doet aan het specifieke verwijt dat de secundaire partij treft. Daarbij spelen de onderzoeksresultaten uit zowel de Nederlandse sectorvergelijking als de Amerikaanse rechtsvergelijking een belangrijke rol. De Amerikaanse rechtspraak fungeert dus ook – naast het hiervoor omschreven referentiekader ter bepaling van de *huidige* reikwijdte van de Nederlandse secundaire zorgplicht – ter illustratie en inspiratie voor de *wenselijke* omgang met secundaire aansprakelijkheden in het Nederlandse recht.

## 4 METHODOLOGIE

### 4.1 NEDERLANDS JURIDISCH ONDERZOEK

#### 4.1.1 UITGANGSPUNTEN EN METHODEN

Naast het bestuderen en analyseren van bestaande (empirische) onderzoeken over de veiligheidsbeleving binnen de onderzochte ruimten, is de methode van onderzoek binnen het positieve Nederlandse recht juridisch-dogmatisch georiënteerd. Zo zal Nederlandse (overheids)wetgeving, regelgeving (waaronder zelfregulering), literatuur, rechtspraak en de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de centraal staande zorgplicht van private partijen geïnventariseerd, geanalyseerd en vergeleken worden.<sup>44</sup>

#### 4.1.2 TOELICHTING RECHTSPRAAKONDERZOEK

In paragraaf 3.2.1 werd reeds toegelicht dat de rechtspraak in dit onderzoek in de hoofdstukken 3 t/m 6 achtereenvolgend gecategoriseerd wordt naar de ruimten van scholen (educatie), sportverenigingen (recreatie), opvang- en zorginstellingen (zorg) en overige ruimten (educatie, recreatie en zorg). In paragraaf 3.2.2 werd bovendien toegelicht dat de rechtspraak over de secundaire zorgplicht van deze private partijen in de genoemde hoofdstukken wordt vergeleken met de rechtspraak over de primaire zorgplicht van dezelfde partijen.

Ter aanvulling daarop zij nog opgemerkt dat de rechtspraak over de *primaire* zorgplicht van deze private partijen, vanwege de grote hoeveelheid beschikbare rechtspraak, daarbij niet steeds volledig wordt weergegeven. Binnen de beschikbare rechtspraak is geselecteerd op relevantie, waarbij vooral de uitspraken van de hogere instanties en/of met meer principiële overwegingen uitgelicht worden. Bij de weergave van de rechtspraak over de *secundaire* zorgplicht van de genoemde private partijen is daarentegen wel gestreefd naar volledigheid. Aangezien de beoordeling van de secundaire zorgplicht sterk casuïstisch is, is context nodig en een tamelijk omvangrijke weergave van deze rechtspraak onvermijdelijk. Beoogd wordt met deze volledige weergave zo goed mogelijk inzichtelijk te maken hoe de theoretische kaders van de secundaire aansprakelijkheid in de rechtspraak worden ingekleurd. In de gevallen waarin enige gelijkenis of overlap bestaat in de schadeorzaken of de overwegingen van de uitspraken, worden deze uitspraken gebundeld besproken.

---

44 De Nederlandse empirische onderzoeken, wet- en regelgeving, literatuur en rechtspraak is in het gehele onderzoek bijgewerkt tot 1 februari 2020 (vgl. de datum waarop het onderzoek is afgesloten). Met daarna verschenen rechtspraak en literatuur is slechts sporadisch rekening gehouden.

## 4.2 RECHTSVERGELIJKING

### 4.2.1 UITGANGSPUNTEN

Naast de voornoemde (Nederlandse) sectorvergelijking, betreft het onderhavige onderzoek bovendien een rechtsvergelijkend onderzoek naar de theoretische kaders van de secundaire zorgplicht in het Amerikaanse recht, alsmede de inkleuring daarvan in de rechtspraak.<sup>45</sup> Daartoe zal met name de Amerikaanse literatuur, rechtspraak en de codificatie daarvan in de Restatement of Torts bestudeerd worden.<sup>46</sup>

Benadrukt dient te worden dat ik niet het recht van één Amerikaanse staat, maar van alle Verenigde Staten tezamen zal onderzoeken. Alhoewel niet gezegd kan worden dat alle Amerikaanse staten een ‘uniform common law’ kennen, vertoont het recht van de verschillende staten onderling vaak veel overeenstemming en geldt het federale recht voor elke staat. Pintens concludeert dan ook dat er in Amerika, ondanks de statelijke verschillen, sprake is van een zekere rechtseenheid en van een rechtsdenken dat zich in de geest van een *ius commue* plaatst. Hij wijst daarbij op de Amerikaanse juridische faculteiten die zich niet concentreren op het recht van de staat waar ze gevestigd zijn, maar die juist de algemene beginselen en de methodiek van het Amerikaanse recht aanleren. Ook wijst hij op de codificatiepogingen langs modelwetten, de Restatements – zoals de voor het onderhavige onderzoek relevante Restatement of Torts – en op de grote rol en het belang van de uitspraken van het Supreme Court.<sup>47</sup> Ook Zweigert en Kötz wijzen op het feit dat op de Amerikaanse law schools geen les wordt gegeven in het recht van een van de staten, maar in ‘common American law’.<sup>48</sup> In lijn met de visie van Pintens dat het in de rechtsvergelijking met het Nederlandse recht niet onverantwoord is om in algemene zin over ‘Amerikaans recht’ te spreken, zal ik in dit onderzoek in gelijke zin spreken over een rechtsvergelijking met ‘Amerika’.<sup>49</sup>

---

45 Benadrukt dient te worden dat het in hoofdstuk 7 weergegeven onderzoek niet pretendeert een volledig beeld te bieden van de Amerikaanse literatuur en/of rechtspraak. Bovendien geldt dat de Amerikaanse literatuur en rechtspraak zoals in dat hoofdstuk is weergegeven, is bijgewerkt tot 1 september 2018. De Nederlandse literatuur en rechtspraak is, zoals gezegd, in het gehele onderzoek, en dus ook in hoofdstuk 7, bijgewerkt tot 1 februari 2020.

46 Onder de in dit onderzoek aangelegde rechtsvergelijking versta ik de bestudering van het (toegepaste) recht van (hier) twee verschillende rechtsstelsels, om de verschillen en overeenkomsten daartussen te bepalen. Ik benader het begrip ‘rechtsstelsel’ als een systeem van regels dat binnen een bepaalde rechtsgemeenschap geldt en van overheidswege wordt gehandhaafd. Zie ook De Boer 1992, p. 40; Zweigert & Kötz 1998, p. 2.

47 Zie hierover uitgebreid Pintens 1998, p. 185.

48 Zie ook Zweigert & Kötz 1998, p. 251.

49 Pintens 1998, p. 185. Vgl. Klik 1994, p. 7. De aanduiding ‘Amerikaans’ heeft in dit onderzoek – ondanks dat ik mij bewust ben van de statelijke verschillen – dus betrekking op alle Verenigde Staten van Amerika. Bovendien geldt dat, zoals in het navolgende wordt toegelicht, de in paragraaf 4.2.2 besproken *argumentatieve* methode van rechtsvergelijking tevens de keuze rechtvaardigt om mij bij het rechtsvergelijkende onderzoek niet vast te pinnen op het recht van één staat,

Voor de vaststelling van dat recht zal ik als leidraad de American Restatement of Torts gebruiken. Hierin worden de 'general principles' van het aansprakelijkheidsrecht door het American Law Institute beschreven en is het aansprakelijkheidsrecht van de verschillende staten in grote lijnen geharmoniseerd.<sup>50</sup> Voor de verdere 'invulling' van dat recht gebruik ik de Amerikaanse rechtspraak en de interpretatie daarvan in de Amerikaanse en Nederlandse literatuur.

#### 4.2.2 METHODEN VAN RECHTSVERGELIJKING

In dit onderzoek zal in de eerste plaats een functionele rechtsvergelijking met het Amerikaanse recht worden aangelegd.<sup>51</sup> Deze functionele methode vertrekt vanuit de concrete vraagstelling (probleemgericht) en niet vanuit de rechtsnormen (normgericht). De vraag wordt bij deze vorm van rechtsvergelijking geformuleerd als een instrument ter verbetering van het eigen rechtssysteem.<sup>52</sup> Nu deze methode uitgaat van de vraag hoe bepaalde problemen of kwesties in de verschillende rechtssystemen worden opgelost, leent de ratio van deze methode zich goed voor de beantwoording van de vraag naar de (wenselijke) reikwijdte van de secundaire zorgplicht.<sup>53</sup>

In hoofdstuk 7 zal ik deze functionele methode toepassen door de Nederlandse en de Amerikaanse theoretische kaders van de secundaire aansprakelijkheid, evenals de daarbij aan te leggen voorwaarden of gezichtspunten, naast elkaar te leggen. Bekeken wordt hoe het secundaire aansprakelijkheidsrecht in beide landen wordt toegepast – wat zijn de voorwaarden voor secundaire aansprakelijkheid in

---

maar op de gedachtevorming van de Amerikaanse rechters in alle staten (de argumentatie staat immers centraal, ongeacht uit welke staat deze afkomstig is).

50 Zie over het belang van deze Restatements: Klik 1994, p. 57-58; Schirmeister 1996, p. 17; Zweigert & Kötz 1998, p. 251. Zie Schwartz & Appel 2011 voor de relevantie en vernieuwingen van de 'affirmative duties' in de sinds 2012 geldende Restatement *Third* of Torts ten opzichte van de Restatement *Second* of Torts. De relevantie van en de bepalingen uit de Restatement of Torts van met name deel 1 (Apportionment of Liability) en deel 4 (Liability for Physical and Emotional Harm) worden in hoofdstuk 7, paragraaf 3 en paragraaf 4 uitvoerig besproken.

51 Te onderscheiden van de dogmatische of de beschrijvende methode, waarbij een rechtssysteem aan de hand van de formele bronnen bestudeerd wordt, zonder de functionaliteit van de rechtsregel daarin te betrekken. Zie hierover Pintens 1998, p. 84; Oderkerk 1999, p. 67. Pintens beschrijft als keerzijde van de dogmatische methode – hetgeen deze methode wat mij betreft elimineert als bruikbare methode voor het onderhavige onderzoek – het formele karakter dat met de rechtsvergelijking wordt beoefend. De concrete functie van de rechtsnorm kan immers uit het oog worden verloren, omdat er slechts van de bronnen van positief recht (en minder van de toepassing daarvan) wordt uitgegaan. Bovendien gaat het bij deze methode dus niet zozeer om een vergelijking van de 'law in action' tussen (hier) Amerika en Nederland, maar om de 'law in the books'. Vanwege het karakter van de uiteindelijke onderzoeksvraag – die naar de huidige en wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht; bij uitstek een naar de law in action – 'past' een dogmatische of beschrijvende rechtsvergelijking hier dus niet, althans minder dan de functionele methode. Zie nader Cauffman 2005, p. 31.

52 Pintens 1998, p. 85; Zweigert & Kötz 1998, p. 34-36; Oderkerk 1999, p. 67-75, 148-149 en 236; Cauffman 2005, p. 31-32.

53 Zie in het bijzonder de deelvragen geformuleerd in paragraaf 3.1, onder (ii) en (iii). Zie Oderkerk 1999, p. 79-83 voor een overzicht van de beweegredenen van auteurs om voor de functionele methode te kiezen.

de vestigingsfase? Welke criteria worden ter invulling van die voorwaarden aangelegd? Hoe wordt de aansprakelijkheid tussen de primaire en secundaire partij verdeeld? – en wat de overeenkomsten en de verschillen daartussen zijn. Meer in het bijzonder wordt daarbij nagegaan op welke manier in de beide rechtssystemen aan de bezwaren tegen (een te ruime) aanneming van secundaire aansprakelijkheden tegemoet wordt gekomen.

Mijn onderzoek zal naast deze zuivere functionele rechtsvergelijking, óók en in de tweede plaats gebaseerd zijn op wat ik een ‘toepassing’ van de functionele rechtsvergelijking noem, namelijk een rechtsvergelijking op argumentatief niveau (een ‘argumentatieve rechtsvergelijking’).<sup>54</sup> In dit onderzoek zullen immers niet alleen de Amerikaanse theoretische kaders (voorwaarden) voor secundaire aansprakelijkheid en de verdeling ervan geanalyseerd worden, maar zal de focus ook liggen op het selecteren, analyseren en bundelen van de door de Amerikaanse rechters gehanteerde argumenten voor en tegen de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid. Voor de vraag naar de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht is immers met name de ratio achter de in de rechtspraak aangelegde reikwijdte van belang. De gedachte achter de toe- of afwijzing van secundaire zorgplichten in het Amerikaanse recht dient dus ter inspiratie om de wenselijke reikwijdte van secundaire zorgplichten kleur te geven.<sup>55</sup> Daarvoor is het bij uitstek van belang om te weten wat de rechter dan precies tot die toe- of afwijzing heeft bewogen. Met de argumentatieve rechtsvergelijking wordt dan ook beoogd de *werkelijke* reden voor een bepaalde uitspraak bloot te leggen. Nu de Amerikaanse uitspraken zich kenmerken als gemiddeld uitvoerig gemotiveerd, en er goed tot de argumenten voor of tegen secundaire aansprakelijkheid doorgedrongen kan worden (zie ook paragraaf 4.2.3), lenen deze uitspraken zich goed om op argumentatief niveau besproken te worden.

Daarnaast geldt, en meer principieel, dat ik vanwege de culturele, politieke en maatschappelijke verschillen tussen beide landen, toegevoegde waarde zie in het hanteren van een methode van rechtsvergelijking die zich toespitst op het achterhalen van de argumenten voor bepaalde oplossingen en niet (enkel) op de bestudering van de concrete rechtsregels. Zweigert en Kötz merken hierover op:

‘It is true that there are many areas of social life which are impressed by especially strong moral and ethical feelings, rooted in the particularities of the prevailing religion, in historical tradition, in cultural development, or the character of the people. These factors differ so much from one people to another that one cannot expect the rules which govern such areas of life to be congruent.’<sup>56</sup>

54 Vgl. Giesen 2005a, p. 14; Giesen 2005b, p. 18.

55 Pintens 1998, p. 85.

56 Zweigert & Kötz 1998, p. 39. De auteurs merken nog wel op dat dit anders kan liggen bij de minder moreel en politiek beladen onderdelen van het privaatrecht (p. 40). Zij bespreken ook de problematiek ‘to adopt’ een buitenlandse rechtsregel of oplossing, juist vanwege de sociale, politieke en historische verschillen (p. 17).

De specifieke Amerikaanse regels zijn vanwege de voornoemde verschillen tussen Amerika en Nederland niet altijd een-op-een te transponeren naar de Nederlandse situatie, waardoor de uiteindelijke inrichting en formulering van die specifieke regels toch afhankelijk zal blijven van de achterliggende argumenten daarvoor.<sup>57</sup> Een (aanvullende) argumentatieve rechtsvergelijking heeft in dat licht dus toegevoegde waarde.

#### 4.2.3 TOELICHTING LANDENKEUZE

Aan de keuze voor Amerika als object van de rechtsvergelijking ligt een viertal redenen ten grondslag.

Deze keuze is ten eerste ingegeven door het feit dat secundaire zorgplichten in de Amerikaanse rechtspraak en literatuur expliciet worden aanvaard.<sup>58</sup> Deze secundaire partijen worden in de Amerikaanse rechtspraak ook wel als ‘peripheral tortfeasors’ aangeduid. De rol en verantwoordelijkheid van de secundaire partij wordt in het Amerikaanse recht benoemd en erkend, naast de positie van de primaire aansprakelijke partij, de ‘immediate tortfeasor’.<sup>59</sup> Een dergelijke specifieke en algemeen aanvaarde expliciete aanduiding van – vrij vertaald – ‘secundaire aansprakelijkheid’, is in de Nederlandse rechtspraak nog niet (zo) gebruikelijk.<sup>60</sup> Mede om die reden is het interessant te bekijken hoe er in Amerika met de rol van de ‘peripheral tortfeasors’ wordt omgesprongen en of er in Amerika (dus ook) meer draagvlak bestaat c.q. meer (principiële) erkenning is voor secundaire zorgplichten.

In de tweede plaats is het van belang dat het Amerikaanse rechtssysteem, in tegenstelling tot (onder meer) het Nederlandse, een alternatief kent voor het hoofdelijkheidssysteem, te weten de rechtsfiguur van de ‘several liability’.<sup>61</sup> De wijze waarop

57 Zie in gelijke zin Barendrecht e.a. 2002, p. 95.

58 Giesen 2014, p. 81; Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 634-635, maar bovenal § 37-§ 41 van de Restatement Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm. Zie ook de rechtspraak over de Amerikaanse secundaire zorgplicht in hoofdstuk 7, paragraaf 5.

59 Van Boom 1997, p. 139 e.v. geeft aan dat ‘peripheral tortfeasors’ ook wel worden aangemerkt als ‘deep pocket defendants’. Zie ook Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393. Zie verder over het begrip ‘peripheral tortfeasors’ Van Boom 2004, p. 141; Giesen 2005a, p. 37; Giesen e.a. 2009, p. 48; Rijnhout e.a. 2013, p. 172; Giesen 2014, p. 84; Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 633; Klaassen 2017, p. 92. Bruggeman 2010, p. 41 spreekt, tot slot, over de ‘secondary injurer’.

60 In de Nederlandse rechtspraak zijn enkele voorbeelden bekend. Zie bijvoorbeeld over de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, r.o. 3.4, NJ 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en in de ondernemingsrechtelijke context Rb. ‘s-Gravenhage (ktr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBGR:2012:BY1626, r.o. 4.1 en Rb. Rotterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5042, r.o. 4.4 en 4.12. In de Nederlandse literatuur lijkt in toenemende mate over de ‘secundaire partij’ of over de ‘secundaire dader’ te worden gesproken. Ter illustratie wijs ik op Hartlief 2004a, par. 19; Giesen 2005a, p. 37; Hartlief 2010, p. 603; Giesen 2014, p. 82; Di Bella 2018, p. 145; Giesen 2018b, p. 2320; De Jong 2019, p. 140; Tjong Tjin Tai 2019, p. 30. Zie nader paragraaf 6.1.

61 Zie hierover nader hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.2.

de gevolgen van de aansprakelijkheid tussen de primaire en secundaire partijen in Amerika verdeeld of toegeedeeld worden (en dus: de vraag naar de feitelijke schadelast van de secundaire partij), verschilt daarmee op een cruciaal punt van het Nederlandse recht, hetgeen consequenties heeft voor de vraag naar de (wenselijke) reikwijdte van de secundaire zorgplicht in beide landen. De daadwerkelijke consequenties van de secundaire aansprakelijkheid – de feitelijke schadelast – kunnen immers in beide rechtsstelsels sterk uiteenlopen, en dat kan invloed hebben op de (on)wenselijkheid van een bevestigend antwoord in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid. In het verlengde daarvan is het relevant om te bekijken of het Amerikaanse ‘toedelingsstelsel’, gezien de bezwaren tegen en de terughoudendheid bij de beoordeling van secundaire zorgplichten, in het Nederlandse recht ook bruikbaar kan zijn.<sup>62</sup> Het Amerikaanse recht kan zodoende gehanteerd worden als een instrument ter verbetering van het eigen rechtssysteem.

De keuze voor de rechtsvergelijking met het Amerikaanse recht is in de derde plaats ingegeven door de indirecte invloed van het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht op het Nederlandse systeem. Al eerder bleek dat rechtsontwikkelingen in Amerika zich vervolgens ook in Nederland kunnen voordoen. Te denken valt aan de ontwikkeling van de productaansprakelijkheid, maar ook aan de uit Amerika ‘overgewaaide’ aansprakelijkheidsclaims die rokers tegen de Nederlandse tabaksindustrie hebben ingesteld.<sup>63</sup> Ook zijn er sporen van de Amerikaanse rechtspraak zichtbaar in de Nederlandse voorwaarden voor aansprakelijkheid wegens nalaten.<sup>64</sup> Giesen noemt het aansprakelijkheidsrecht in Amerika in zekere zin zelfs ‘verder ontwikkeld’, in elk geval voor zover het gaat om het bedenken van mogelijke vorderingen en soorten claims.<sup>65</sup> Hij betitelt bovendien als (juridische) volkswijsheid: ‘wat in Amerika gebeurt, blijft daar niet.’<sup>66</sup> Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de secundaire zorgplicht in het Amerikaanse

---

62 In met name de hoofdstukken 7 en 8 zal blijken dat ik – om zodoende het verschil tussen en de volgordelijkheid van de verschillende omgangswijzen duidelijk te kunnen weergeven – een onderscheid maak tussen de in de literatuur onderscheiden onderdelen van de vestigingsfase (art. 6:162 BW) en de omvangsfase (art. 6:98 BW), maar ook de (door mij zogenoemde) toedelingsfase (art. 6:102 BW) van het aansprakelijkheidsrecht, waarin de toedeling of verdeling van de feitelijke schadelast wordt bepaald aan één persoon of tussen meerdere personen. Ik ben mij daarbij terdege bewust dat ook wel wordt bepleit dat art. 6:98 BW onderdeel is van de vestigingsfase. Ik kom daar in hoofdstuk 2, paragraaf 4.1 op terug. Hetzelfde geldt met betrekking tot het onderscheidend vermogen c.q. de verhouding tussen art. 6:98 BW en het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.

63 Keirse & Van den Berg 2002, p. 1652 e.v.; Giesen 2005b, p. 42; Rijnhout e.a. 2013, p. 172; Giesen 2014, p. 84 en 109; Kortmann 2014, p. 116-119; Keirse 2017, p. 55.

64 Zie bijvoorbeeld de rol die de Hoge Raad aan de ‘speciale relatie’ met het slachtoffer in het *Struikelende broodbezorger*-arrest heeft toebedeeld. Zie HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149, m.nt. G.J. Scholten (*Struikelende broodbezorger*). Dat het Nederlandse recht zich op dit punt mogelijk heeft laten inspireren door het Amerikaanse recht, concludeert ook Scholten in zijn annotatie onder dit arrest. Gewezen zij op de parallellen die de annotator in sub 7 en 10 legt tussen de uitspraak van de Hoge Raad en het (toenmalige) Amerikaanse recht. In hoofdstuk 7, paragraaf 6.5 wordt hier nader op ingegaan.

65 Giesen 2005b, p. 42. Hij verwijst in voetnoot 113 bovendien naar de claims tegen fastfoodketens.

66 Giesen 2014, p. 109, welke ‘wijsheid’ hij ontleent aan Meurkens 2014.



recht is dus meer in het bijzonder interessant vanwege de (potentiële) invloed van het Amerikaanse recht op het Nederlandse recht.

In het verlengde daarvan speelt ook de in de maatschappij en meer specifiek in de rechtsliteratuur benoemde vrees dat de zogenoemde Amerikaanse 'claimcultuur' naar Nederland komt overwaaien, een rol bij de keuze voor dit land als object van de rechtsvergelijking.<sup>67</sup> Meer in het bijzonder is het in dat verband interessant om de Amerikaanse 'tort insurance crisis' en de daaropvolgende 'tort reform' in de jaren tachtig van de vorige eeuw onder de loep te nemen, waarbij de toenemende secundaire aansprakelijkheidsclaims een belangrijke rol speelden. Zoals in dit hoofdstuk al kort werd aangestipt, en in hoofdstuk 8, paragraaf 3.3.4 nader wordt besproken, betreft de angst voor een 'claimcultuur' (de vrees dat aanvaarding van een plicht tot handelen van secundaire partijen de sluizen van aansprakelijkheid wagenwijd open zal zetten<sup>68</sup>) een belangrijk bezwaar tegen secundaire aansprakelijkheden. De redenen die tot de voornoemde crisis aanleiding gaven, zijn daarom interessant, en de 'oplossingen' die in de Amerikaanse tort reform werden gevonden, misschien nog wel meer.

Tot slot geldt dat de Amerikaanse uitspraken zich meer in het algemeen goed lenen voor een rechtsvergelijking met de Nederlandse uitspraken, aangezien de Amerikaanse uitspraken doorgaans goed gemotiveerd zijn. De overwegingen om een bepaalde zorgplicht wel of niet aan te nemen worden door de Amerikaanse rechter gemiddeld goed inzichtelijk gemaakt. Het is dan ook mede om die reden dat het raadplegen van jurisprudentie een van de belangrijkste elementen wordt genoemd van het onderzoek naar Amerikaans recht.<sup>69</sup> Deze uitgebreide motivering hangt samen met het feit dat de meeste Amerikaanse staten een ander rechtsstelsel hebben dan het Nederlandse, te weten 'common law' in plaats van 'civil law'.<sup>70</sup> Nu met name de vraagstukken inzake de Amerikaanse 'onrechtmatige daad' onderdeel zijn gebleven van het common law systeem – en deze kwestie dus beperkt op staatsniveau in de 'State Legislation' of op federaal niveau in de 'Statutes of Codes' is gecodificeerd – spelen de uitspraken van de Amerikaanse rechters een belangrijke rol bij de inkadering van de secundaire zorgplichten.<sup>71</sup>

---

67 Waar onder andere de Minister van Justitie de Tweede Kamer al eerder op wees. Zie de brief inzake de claimcultuur van de Minister van Justitie, *Kamerstukken II 1998/99*, 26630, nr. 1. Zie over de angst voor een claimcultuur ook Baltesen 1997, p. 28-36; Giesen 2005a, p. 145 e.v.; Hartlief 2005a, p. 830-834; Rijnhout e.a. 2013, p. 172.

68 Ook wel aangeduid als het 'floodgates-argument'. Zie hierover onder meer Giesen 2005a, p. 50; Van Rossum 2005, p. 93.

69 Klik 1994, p. 63.

70 Zie Zweigert & Kötz 1998, p. 239 e.v. voor de ontwikkeling van het common law systeem in de verschillende Amerikaanse staten.

71 Pintens 1998, p. 190, met een verwijzing naar Blumenwitz 1998, p. 48-49.



## 5 DE TOEGEVOEGDE WAARDE VAN HET ONDERZOEK

### 5.1 RELEVANTIE

De relevantie van het onderzoek naar de huidige en de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht van private ruimten, is – gegeven de besproken constatering in paragraaf 2.1 – in essentie driedelig.

Met de onderzoeksresultaten wordt in de eerste plaats beoogd een bijdrage aan het juridisch wetenschappelijk debat over de secundaire zorgplicht te leveren. Concreet tracht ik deze bijdrage te leveren door de secundaire zorgplicht van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg – met de te bespreken empirische onderzoeken over de veiligheid(sbeleving) binnen deze ruimten, de van toepassing zijnde wet- en regelgeving én de Nederlandse en Amerikaanse rechtspraak-analyse – in haar (juridische en maatschappelijke) context te plaatsen. Gepoogd wordt op de genoemde wijzen een volledig en misschien wel verbeterd beeld te schetsen van wat wel en wat niet onder de verantwoordelijkheid van de beheerders van deze private ruimten valt.

In het verlengde daarvan, en met hetzelfde doel, zal ik op theoretisch niveau de grondslagen en kenmerken van de secundaire zorgplicht zoveel als mogelijk ‘ontleden’, om zo de problemen ten aanzien van (met name) de voorzienbaarheid van de schade voor secundaire partijen bloot te leggen. Daarmee wordt inzichtelijk gemaakt dat de bezwaren tegen secundaire zorgplichten goed navolgbaar zijn, maar ook wat de gevolgen zijn van het leidend maken van bepaalde (onlosmakelijk aan de secundaire zorgplicht verbonden) bezwaren in het huidige systeem. De besproken bezwaren zullen vervolgens gewogen, getoetst en binnen het thans geldende hoofdelijkheidssysteem geplaatst worden. Uiteindelijk beoog ik hiermee een standpunt in het wetenschappelijk debat in te nemen.<sup>72</sup>

Ten tweede beoog ik een bijdrage aan de dagelijkse procespraktijk van het aansprakelijkheidsrecht te leveren. Met de weergave van de relevante wet- en regelgeving en de rechtspraak in de (meer) beschrijvende hoofdstukken 3 t/m 6, worden per private ruimte handvatten geboden waarmee beoordeeld kan worden of de secundaire partij aan haar zorgplicht heeft voldaan. Zodoende wordt de procespraktijk een overzicht geboden van de uiteenlopende normen en uitspraken die een rol kunnen spelen bij de inkleuring (onderbouwing) van de secundaire zorgplicht.

Met de onderzoeksresultaten en de hiervoor geschetste inzichten wordt, tot slot, beoogd een maatschappelijk relevante bijdrage te leveren. Dat er maatschappelijke behoefte aan inkadering van secundaire aansprakelijkheden bestaat, volgt uit de aandacht voor toezichthoudende verantwoordelijkheden in de rechtspraktijk (en daaraan verwante aansprakelijkheden), maar (ook) uit de vragen die daarover in

---

72 Zoals meer in het bijzonder uiteengezet zal worden in hoofdstuk 8, paragraaf 5.

de politiek en media worden gesteld.<sup>73</sup> Ter illustratie wijs ik op de vragen naar de verantwoordelijkheden van de betrokken toezichthoudende partijen naar aanleiding van onder meer het schietincident in Alphen aan den Rijn en de verlofverlening aan Michael P. (zie paragraaf 1). Met dit onderzoek tracht ik de figuur van de secundaire aansprakelijkheid meer 'handen en voeten' te geven, inzicht te geven in de complexiteit ervan en de bezwaren ertegen. Niet in de laatste plaats beoog ik een genuanceerde omgangswijze met secundaire zorgplichten te bieden, die mogelijk ook aan het maatschappelijke onbegrip ten aanzien van dergelijke 'verder verwijderde' aansprakelijkheden tegemoet kan komen.

## 5.2 Vernieuwing

De vernieuwende (toegevoegde) waarde van dit onderzoek voor het wetenschappelijk debat, de dagelijkse rechtspraktijk en de maatschappij, is daarin gelegen dat dit onderzoek in een tweetal opzichten wetenschappelijk 'onontgonnen' terrein betreedt. Zo is in de eerste plaats het onderscheid tussen de zorgplichten van primaire, private partijen en secundaire, private partijen niet eerder op deze schaal gemaakt. Er is (nog) geen integrale studie naar de omvang van secundaire zorgplichten van de genoemde private ruimten bekend, althans niet in deze mate. Bovendien werden de theoretische kaders van en de rechtspraak over de Nederlandse en de Amerikaanse zorgplicht van (secundaire) private partijen niet eerder in deze context en op deze schaal met elkaar vergeleken. Ik beoog met dit onderzoek dus een relevant, maar meer in het bijzonder ook een *vernieuwend* licht op het dynamische secundaire aansprakelijkheidsleerstuk te laten schijnen.

## 6 Verdere afbakening en terminologie

### 6.1 De secundaire partij en haar secundaire zorgplicht

Met de 'secundaire partij' doel ik in dit onderzoek op de partij die (vermeend) tekort is geschoten in het treffen van voorzorgsmaatregelen of het houden van toezicht teneinde het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij te voorkomen, en daarom in de regel nalatig handelen zal worden verweten.<sup>74</sup> De secundaire partij wordt in essentie dus steeds verweten dat zij niet heeft voorkomen dat de primaire partij een derde schade heeft toegebracht, waarbij de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (de zorgplicht) van art. 6:162 BW in de meeste gevallen het relevante beoordelingskader zal vormen. Als er een contractuele relatie tussen de

73 Evenals de daarmee samenhangende bezwaren. Ik wijs (nogmaals) op de brief van de Minister van Justitie over de toenemende 'claimcultuur' in Nederland (*Kamerstukken II 1998/99*, 26630, nr. 1), de schriftelijke vragen en antwoorden die naar aanleiding van deze brief zijn opgesteld (*Kamerstukken II 1999/2000*, 26630, nr. 2) en naar de secundaire aansprakelijkheidsvragen die in de media werden gesteld naar aanleiding van de in paragraaf 1 besproken incidenten. Ik verwijz korthedshalve naar de bij die voorbeelden genoemde bronnen.

74 Giesen 2005a, p. 216; Van Rossum 2005, p. 97-98; Busch 2011, p. 78.

bezoeker en de private ruimte bestaat (zoals een onderwijsovereenkomst of een geneeskundige behandelingsovereenkomst), ligt de toerekenbare tekortkoming van art. 6:74 BW als grondslag voor de secundaire aansprakelijkheid in de rede (zie nader hoofdstuk 2, paragraaf 3.1). Het gaat in secundaire aansprakelijkheidsprocedures in elk geval steeds om zelfstandig te maken verwijten aan het adres van de secundaire partij.<sup>75</sup>

Met de 'primaire partij' wordt dus bedoeld op de directe of *eigenlijke* veroorzaker van de schade. Dat is de partij die het risico feitelijk gezien direct in het leven heeft geroepen. Of, in de woorden van Giesen, het betreft de 'hoofdveroorzaker' ('de eerstegraads dader'), te weten de partij die de schade 'eigenlijk heeft toegebracht'.<sup>76</sup> Met de primaire partij wordt niet het slachtoffer<sup>77</sup> en ook niet de werknemer van de private ruimte bedoeld.<sup>78</sup> Alhoewel het in veel van de te bespreken secundaire aansprakelijkheidsprocedures om de vergoeding van letselschade zal gaan, wordt het onderzoek niet tot letselschadeclaims beperkt.<sup>79</sup>

In paragraaf 1 van dit hoofdstuk passeerden al enkele primaire partijen de revue. Het betrof de schutter van het schietincident in Alphen aan den Rijn (Tristan van der V.), de bestuurder van de monstertruck in Haaksbergen (Mario D.), de gepeste leerling die zijn medeleerling doodstak op een school in Voorburg (Anthony D.) en de tbs-gestelde die verantwoordelijk is voor de dood op Anne Faber (Michael P.). De secundaire partijen (achtereenvolgend de politie, de gemeente, de school en de forensisch psychiatrische kliniek) werden in al deze gevallen in de kern verweten het schadeveroorzakende handelen van de voornoemde primaire partijen niet voorkomen te hebben. Door het (vermeend) gebrekkige toezicht zou de secundaire partij de primaire partij de ruimte en mogelijkheid hebben geboden zich (opzettelijk of onopzettelijk) 'schadeveroorzakend' te gaan gedragen.

75 Het gaat, zoals in paragraaf 6.1 en paragraaf 6.5 nader wordt toegelicht, dus om een *schuldaansprakelijkheid*, te onderscheiden van *risicoaansprakelijkheden*.

76 Giesen 2005a, p. 37-38. Zie ook Van Rossum 2005, p. 91 ('degene die het meest te verwijten valt'). Al eerder over de primaire dader: Barendrecht 2002, p. 609 ('de veroorzaker van een ramp' en de 'primair verantwoordelijke'); Van der Wiel 2005, p. 158 ('de grote boosdoener').

77 Uiteraard zal de mogelijke eigen schuld van het slachtoffer ex art. 6:101 BW wel in de schadelast van de secundaire partij verdisconteerd kunnen worden. Zoals in hoofdstuk 2, paragraaf 4.1 wordt besproken, wordt de figuur van de eigen schuld zijdelings in de rechtspraakanalyse, maar voor het overige niet in het onderhavige onderzoek naar de secundaire zorgplicht betrokken. Bedacht dient bovendien te worden dat het slachtoffer (bijvoorbeeld de psychiatrische patiënt) de private ruimte ook zelf aansprakelijk kan stellen vanwege een gebrek aan toezicht, waardoor het slachtoffer zichzelf schade heeft kunnen berokkenen. In dat geval kwalificeert de private ruimte als de primaire partij. Het slachtoffer kan en zal zichzelf immers niet in rechte betrekken, waardoor een feitelijke (andere) primaire partij in de procedure tegen de private partij ontbreekt. Zie hierover nader hoofdstuk 5, paragraaf 5.1.

78 Zie nader paragraaf 6.4.

79 Vgl. de in paragraaf 1 genoemde procedures naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn, waarin naast letselschade ook overlijdensschade, zaakschade en vermogensschade werd gevorderd. De vraag naar de huidige en wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht geldt dus los van de aard van de door de benadeelde geleden schade.

De hiervoor genoemde kwalificering of categorisering betreft in de eerste plaats een *functioneel* onderscheid, omdat daarmee het onderscheid tussen de secundaire partij en de primaire partij kan worden aangegeven. Op die manier kan in dit onderzoek de specifiek aan de secundaire zorgplicht gerelateerde problematiek inzichtelijk worden gemaakt. Bovendien dient bedacht te worden dat het bij het onderscheid tussen primaire en secundaire partijen gaat om een *feitelijk* onderscheid (waarin geen direct causaliteits- of normatief oordeel besloten ligt): welke partij haalde de trekker over, en welke partij heeft de schutter daartoe in de gelegenheid gesteld?<sup>80</sup>

Ik benadruk bovendien dat ik met termen als de primaire of de secundaire *zorgplicht* en de primaire of de secundaire *aansprakelijkheid* in het onderhavige onderzoek steeds doel op de hiervoor gedefinieerde zorgplicht of aansprakelijkheid van de primaire en secundaire partijen. Het 'primaire' of 'secundaire' aspect ziet dan dus niet zozeer op de zorgplicht of op de aansprakelijkheid zelf, maar op de partij die wordt aangesproken.<sup>81</sup>

Het onderscheid tussen de secundaire partij en de primaire of directe schadeveroorzaker is niet nieuw, en wordt ook door andere auteurs in de literatuur gemaakt. Zo wees ik er al op dat in de literatuur in gelijke zin wordt gesproken over de 'secundaire dader' of 'secundaire partij',<sup>82</sup> maar dezelfde partij wordt ook gedefinieerd als 'de afgeleide aansprakelijke persoon',<sup>83</sup> de 'zijdelingse dader of laedens',<sup>84</sup>

80 Daarmee bedoel ik dus ook: welke partij had dit schadeveroorzakende gedrag moeten voorkomen, bijvoorbeeld door het houden van (meer) adequaat toezicht. Voor de (eerdere) toelichting waarom ik in de hoofdstukken 3 t/m 6 ook de 'primaire' zorgplicht van *dezelfde* onderzochte private ruimten zal bespreken, verwijs ik naar paragraaf 3.2.2.

81 Voor de kwalificatie als 'secundaire partij' is dus ook niet vereist dat de primaire partij door de benadeelde daadwerkelijk in de procedure is betrokken. Zie hierover nader hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.2 en hoofdstuk 8, paragraaf 5.3.5.2. Of er een primaire partij in het spel is, zal de rechter in die gevallen waarin alleen de secundaire partij is aangesproken, vaststellen aan de hand van het feitenrelaas zoals dat door partijen in de secundaire aansprakelijkheidsprocedure ter onderbouwing (en weerlegging) aan de vordering ten grondslag wordt gelegd. Hieruit zal de oorzaak van de schade moeten blijken en zal dus ook duidelijk worden of deze schade (direct) door een derde (primaire partij) is veroorzaakt.

82 Hartlief 2004a, par. 19; Giesen 2005a, p. 37; Giesen e.a. 2009, p. 47 e.v.; Hartlief 2010, p. 603; Van Ravels 2010, par. 5; Giesen 2014, p. 82; Maes 2016, p. 4; Maes 2017a, p. 122; Di Bella 2018, p. 145; Giesen 2018b, p. 2320; Maes 2018, p. 77; De Jong 2019, p. 104; Van Gestel & Loth 2019, p. 650; Tjong Tjin Tai 2019, p. 30. Zie ook een van de twee conclusies van A-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2019:451, sub 2.25-2.26) voor HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).

83 Of: het 'slechts' dader in de tweede graad zijn. Zie ook Van Boom & Giesen 2001, p. 1676; Giesen 2005a, p. 45.

84 Van Boom & Giesen 2001, p. 1676; Hartlief & Tjittes 2004, p. 1583; Hartlief 2005b, p. 1128; Van Rossum 2005, p. 92; Hartlief 2006a, p. 99; Hartlief 2006c, p. 799; Van Ravels 2007, par. 6; Polak e.a. 2008, par. 6; Busch 2010, p. 1001-1002; Franssen e.a. 2014, par. 2.1; Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 7 (*Vuurwerkkramp Enschede*); Van Ravels 2015, p. 677; Bolt & Ceulen 2016, p. 18; Tjong Tjin Tai 2019, p. 31.

de ‘relatieve buitenstaander’<sup>85</sup> en als de ‘niet-echte veroorzaker’.<sup>86</sup> Ook wordt veelal en meer in het algemeen over de ‘toezichthouder’ gesproken.<sup>87</sup> Bovendien wijs ik erop dat het begrip ‘secundaire aansprakelijkheid’ ook in de Nederlandse rechtspraak – alhoewel in een andere context – is gehanteerd, teneinde de aanwezigheid van een derde schadeveroorzaker (de primaire partij) aan te geven.<sup>88</sup> Daar waar met de voornoemde definities steeds een functioneel en feitelijk onderscheid met de directe schadeveroorzaker (de primaire partij) getracht wordt aan te geven – en dus hetzelfde wordt bedoeld als met de door mij gehanteerde definitie van de ‘secundaire partij’ – wordt deze literatuur ook in het onderzoek betrokken.

Tot slot benadruk ik dat in dit onderzoek de civielrechtelijke *zorgplicht* van de genoemde private ruimten centraal staat. Andere vereisten voor het aannemen van secundaire aansprakelijkheid – zoals causaliteit, relativiteit en schade – vallen in beginsel buiten het bestek van het onderzoek. De vereisten voor de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid zullen uiteraard wel een rol spelen indien zij invulling geven aan of in nauw verband staan met de civielrechtelijke zorgplicht. Sterker nog: in hoofdstuk 8, paragraaf 4.1 en paragraaf 5.1 wordt toegelicht dat deze vereisten voor de ter tafel liggende vragen in zekere zin inwisselbare perspectieven vormen.<sup>89</sup>

## 6.2 DE PRIVATE RUIMTE

Dit onderzoek spitst zich toe op de civielrechtelijke, secundaire zorgplicht van *private* partijen in de sectoren educatie, recreatie en zorg.<sup>90</sup> Deze private partijen

---

85 Giesen 2014, p. 108. Vgl. Van Boom 1997, p. 139 e.v.

86 Althans Van Boom 1997, p. 139 merkt de primaire partij aan als ‘de echte veroorzaker’, in tegenstelling tot de secundaire partij. Hetzelfde geldt voor Verheij 2019, p. 91.

87 Zie onder meer Giesen 2005a, p. 45; Van Rossum 2005, p. 97; Van der Wiel 2005, p. 158; Hartlief 2010, p. 603; Busch 2011, p. 78.

88 Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, r.o. 3.4, NJ 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, waarin de Hoge Raad sprak over ‘secundaire aansprakelijkheid (...) voor malversaties van een derde’. Ook in de ondernemingsrechtelijke context werd door de feitenrechter diverse malen gesproken over ‘secundaire aansprakelijkheid’. Zie bijvoorbeeld Rb. ‘s-Gravenhage (ktr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1626, r.o. 4.1 en Rb. Rotterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5042, r.o. 4.4 en 4.12.

89 Zie ook Giesen 2005a, p. 218 (onder 16 en 17).

90 Ik lichtte in paragraaf 3.2.1 al toe dat deze keuze en de daaraan voorafgaande categorisering (scholen, sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen, overige ruimten) is ingegeven door een inventarisatie van de beschikbare jurisprudentie. In deze afbakening ligt overigens ook de keuze besloten om andere sectoren (zoals de financiële) in beginsel buiten het bereik van het onderzoek te houden.

worden in dit onderzoek ook wel verkort aangeduid als 'private ruimte(n)'.<sup>91</sup> Het onderzoek ziet dus niet op de aansprakelijkheid van natuurlijke personen.<sup>92</sup>

Het onderzoek ziet evenmin op het handelen van publiekrechtelijke rechtspersonen zoals bedoeld is in art. 2:1 BW. Daarmee vallen de Staat, provincies, gemeenten, waterschappen, etc. buiten het bestek van dit onderzoek.<sup>93</sup> Dat neemt niet weg dat de literatuur en rechtspraak over de secundaire aansprakelijkheid van dergelijke publiekrechtelijke rechtspersonen (ook wel verkort aangeduid als: 'de overheid') van belang kunnen zijn of ter illustratie kunnen dienen voor omgangswijzen met secundaire zorgplichten van private partijen. Daarbij dient bedacht te worden, zoals al in paragraaf 3.2.1 werd opgemerkt, dat er in de rechtspraak en literatuur veel (meer) aandacht is besteed aan de overheid als mogelijk secundair aansprakelijke partij. In de rechtspraakanalyses van de hoofdstukken 3 t/m 6 worden dan ook incidenteel uitspraken besproken waarin een overheidsinstelling als beheerder van de private ruimte wordt aangesproken, zeker als het in die zaak evengoed om een private partij had kunnen gaan. Dat zijn de uitspraken waarin de overwegingen van de rechter ook illustratief of dienstig kunnen zijn voor de reikwijdte van de zorgplichtschending van private ruimten.<sup>94</sup> Bij de bespreking van de betreffende uitspraak zal dit steeds worden aangegeven.

---

91 Aangetekend zij dat de beheerders van deze private ruimten vaak een aansprakelijkheidsverzekering hebben afgesloten, en dat het in die gevallen dan ook deze verzekeraar zal kunnen zijn die de verplichting tot de vergoeding van (een deel van) de schade feitelijk op zich neemt, een en ander uiteraard afhankelijk van de specifieke verzekeringsvoorwaarden. Als de aansprakelijkheid van de private partij (de verzekerde) wordt betwist, dan zal de verzekeraar ook een rol kunnen spelen in de secundaire aansprakelijkheidsprocedure. Meer in het bijzonder valt daarbij te denken aan de bevoegdheid van de benadeelde om, ex art. 7:954 lid 1 BW, rechtstreeks bij de verzekeraar betaling van de schade wegens dood of letsel te vorderen waarvoor de secundaire partij aansprakelijk is. In het vervolg van dit onderzoek, meer in het bijzonder in de rechtspraakanalyse, zal ik vanwege het gebrek aan relevantie voor de beoordeling van de materiële vraag naar de secundaire zorgplichtschending – nog los van het feit dat niet steeds uit de uitspraak blijkt of er een verzekeraar (al dan niet zijdelings) betrokken is – niet (steeds) aangeven als de primaire of de secundaire partij voor de aangesproken schade verzekerd is. Vgl. Pajmans 2019, p. 18 specifiek met betrekking tot de zorgplicht van scholen. Zie over de rol en de betekenis van aansprakelijkheidsverzekering onder meer Van Dam 2006, p. 155-157.

92 De aansprakelijkheidsprocedure tegen de ouders van Tristan van der V. naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn, blijft dus in de rechtspraakanalyse buiten beschouwing. Zie hierover uitgebreid Maes 2017a. Het onderzoek gaat dus evenmin over bestuurdersaansprakelijkheid.

93 Eerder schreef ik daarover wel in Maes 2017b, p. 46-51.

94 Ik ben mij daarbij bewust van het feit dat er in overheidsaansprakelijkheidskwesties argumenten voor of tegen aansprakelijkheid pleiten, die bij de aansprakelijkheid van private partijen niet of minder gelden. Denk aan de specifieke positie van de overheid en het bezwaar om ten laste van de niet onuitputtelijke financiële middelen een grote secundaire aansprakelijkheidslast van de overheid aan te nemen. Zie hierover nader Van Boom & Giesen 2001, p. 1675 e.v.; Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 7 (*Vuurwerkkramp Enschede*); Keirse & Ortlep 2017, p. 8 en 14. Bovendien wordt als verweer tegen (vergaande) aansprakelijkheid regelmatig (en geregeld succesvol) ingebracht dat die overheid beleidsvrijheid geniet, en dus tot op zekere hoogte eigen keuzes kan maken. Zie Giesen 2014, p. 99.

Het onderzoek ziet, tot slot, ook niet op het handelen van *organen* van privaatrechtelijke rechtspersonen, voor zover die organen met enig openbaar gezag zijn bekleed en een publieke taak uitoefenen (en dus bestuursorgaan zijn). De secundaire (civielrechtelijke) aansprakelijkheid in dit onderzoek ziet immers op de aansprakelijkheid van een rechtspersoon. Indien het bestuursorgaan – bijvoorbeeld organen van onderwijsinstellingen<sup>95</sup> – een fout maakt, zal die fout kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon waartoe het orgaan behoort.

### 6.3 DE BEZOEKER VAN DE PRIVATE RUIMTE

In dit onderzoek wordt gesproken over ‘de bezoeker’ van de private ruimte. Hiermee wordt bedoeld op een bezoeker in de breedste zin van het woord. Het gaat hier in zijn algemeenheid om de personen die zich in de betreffende private ruimte bevinden (leerlingen, sporters, tbs-gestelden, psychiatrische patiënten, recreanten, etc.), met uitzondering van de werknemers. In de hoofdstukken 3 t/m 6 wordt steeds per specifieke ruimte aangegeven wat er precies onder ‘de bezoeker’ wordt verstaan en wat de reikwijdte van dit begrip is voor de specifiek onderzochte private ruimte. Meer in het algemeen merk ik hierover reeds het volgende op.

Het onderzoek spitst zich toe op de verantwoordelijkheden van (de beheerder van) de private ruimte ten opzichte van haar bezoekers. Werknemers kwalificeren, zoals gezegd, niet als ‘bezoekers’. Het kader van de werkgeversaansprakelijkheid valt daarom buiten het bestek van dit onderzoek. Net als bij overheidsaansprakelijkheid geldt echter wel dat incidenteel rechtspraak over werkgeversaansprakelijkheden aan de orde zal komen. Het gaat dan om de gevallen waarin de betreffende ruimte als secundaire partij wordt aangesproken door een medewerker (haar werknemer) en de inkleuring van de zorgplicht van art. 7:658 BW in die zaak illustratief kan zijn voor de inkleuring van de zorgplicht van art. 6:162 BW. Dit zal het geval zijn in de zaken waarin een meer principieel oordeel wordt gegeven over de toezichthoudende taak van de private ruimte, of waarin een bezoeker (niet zijnde een werknemer) van die ruimte zich in een soortgelijk geval op een zorgplichtschending zou kunnen beroepen. Indien een uitspraak over de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW wordt behandeld, wordt dit steeds expliciet in de rechtspraakanalyse aangegeven.

Van belang is nog, tot slot, dat het begrip ‘bezoeker’ zo begrepen zou kunnen worden dat de schade zich per definitie *binnen* de private ruimte effectueert. Dat hoeft echter niet zo te zijn. In sommige gevallen zal immers blijken dat de ruimte kan ‘meebewegen’, en zullen ook incidenten waarin de schade buiten de ruimte ontstaat in het onderzoek worden betrokken. Hierbij valt meer in het bijzonder te

---

<sup>95</sup> Organen van scholen, meestal stichtingen, kunnen onder omstandigheden een publieke taak uitoefenen en als bestuursorgaan kwalificeren in de zin van art. 1:1 lid 1 sub a Awb. Een bespreking van de vraag wanneer een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon, zoals de onderzochte private ruimten, als een bestuursorgaan is aan te merken, gaat het bestek van dit onderzoek te buiten.



denken aan het geval waarin de 'fout' van de secundaire partij binnen de school of opvang- en zorginstelling is gemaakt (de leerling of de patiënt kon zich aan het toezicht onttrekken en de ruimte verlaten), maar de schade zich daardoor *buiten* de ruimte manifesteert (de leerling of patiënt berokkent een derde, buiten die ruimte, schade). Ondanks dat de schade waarvoor de private ruimte is aangesproken dan niet op het terrein van die ruimte is ingetreden, gaat het in die gevallen wel om een onder toezicht van de secundaire partij staande primaire partij en zijn de hier rijzende aansprakelijkheidsvragen óók in die gevallen steeds terug te voeren op het vermeende gebrekkige of falende toezicht van de beheerder van de private ruimte. Om die reden vallen de aansprakelijkheidsvraagstukken die uit dergelijke incidenten voortvloeien – had van de beheerder méér verwacht mogen worden in termen van toezicht en preventie? – eveneens binnen de reikwijdte van het onderzoek.<sup>96</sup>

#### 6.4 DE BEHEERDER VAN DE PRIVATE RUIMTE

Bij de secundaire aansprakelijkheid van de private ruimten gaat het om zelfstandig te maken verwijten van de bezoekers van de private ruimte aan het adres van 'de beheerder' (de eigenaar of de eindverantwoordelijke). De zorgplicht van de private ruimte wordt immers belichaamd of krijgt vorm door het feitelijke handelen van de beheerder of de medewerkers waarvoor de beheerder verantwoordelijk is (de private ruimte heeft zelf geen 'handen en voeten'). De docent, de sportleraar en de behandelaar zijn dus 'de gezichten' van de private partijen scholen, sportverenigingen en opvang- en zorginstellingen en geven feitelijk invulling aan de secundaire zorgplicht van deze private ruimten.<sup>97</sup> Of anders gezegd: hun handelen wordt aan de rechtspersoon toegerekend. Daar waar dit ten behoeve van de leesbaarheid opportuun is, wordt in het onderhavige onderzoek ook wel verkort gesproken over 'de zorglicht van de private ruimte'.

#### 6.5 RISICOAANSPRAKELIJKHEDEN

In het voorgaande werd al besproken dat dit onderzoek in essentie ziet op de secundaire zorgplicht van art. 6:162 BW, waarbij het steeds gaat om zelfstandig te maken verwijten aan het adres van de secundaire partij.<sup>98</sup> Het onderzoek ziet in beginsel niet op de aansprakelijkheid van de secundaire partij op grond van risico, zoals deze kwalitatieve aansprakelijkheden met name in art. 6:169 e.v. BW zijn vervat. Bij de beoordeling van risicoaansprakelijkheden zullen immers andere argumenten en afwegingen van belang zijn, aangezien de voorwaarden voor dergelijke aansprakelijkheden verschillen van aansprakelijkheden gebaseerd op schuld of op verwijtbaarheid.

---

<sup>96</sup> Een en ander wordt in hoofdstuk 5, paragraaf 1 (opvang- en zorginstellingen) nader besproken.

<sup>97</sup> In het geval waarin de schade (direct) is veroorzaakt door de voornoemde medewerkers, zonder dat er een andere primaire partij in het spel is, kwalificeert de zorgplicht van de daarvoor verantwoordelijke private ruimte dus niet als een secundaire, maar als een primaire. Het gaat immers steeds om dezelfde 'private partij', in dat geval belichaamd door een specifieke medewerker.

<sup>98</sup> Vgl. Giesen 2005a, p. 216; Van Rossum 2005, p. 92.



Een en ander sluit niet uit dat er in de rechtspraakanalyse desondanks uitspraken relevant kunnen worden geacht waarin het slachtoffer de secundaire partij – vaak in combinatie met art. 6:162 BW<sup>99</sup> – aanspreekt op grond van risico in plaats van op grond van schuld. Zo kunnen met name de risicoaansprakelijkheden van art. 6:170 en 6:171 BW (de aansprakelijkheid voor (niet-)ondergeschikten) relevante overwegingen bevatten voor het onderhavige onderzoek naar de secundaire zorgplicht van private ruimten. Bij de toewijzing van de aansprakelijkheid op grond van deze artikelen dient immers ook een toerekenbare onrechtmatige daad van de (niet-)ondergeschikte vast komen te staan en vormt art. 6:162 BW het vertrekpunt, waarbij ook toepassing wordt gegeven aan de *Kelderluik*-factoren. Dat betekent dat óók in die kwesties de vraag beantwoord zal moeten worden of van de private ruimte (in feite: de betreffende beheerder of medewerker) meer verwacht had mogen worden in termen van toezicht en preventie. Deze uitspraken worden daarom, wanneer nuttig, in de rechtspraakanalyse betrokken.

Alhoewel de risicoaansprakelijkheden van art. 6:170 en 6:171 BW vanwege de beoordeling van het gedrag van een medewerker voor het onderhavige onderzoek illustratief kunnen zijn, geldt dat dit minder snel voor de andere risicoaansprakelijkheden het geval zal zijn. Slechts in die gevallen waarin de betreffende overwegingen over risicoaansprakelijkheden op enigerlei wijze dienstig kunnen zijn aan de invulling van de zorgplicht op grond van schuld, passeren ook andere kwalitatieve aansprakelijkheden in de rechtspraakanalyse de revue.<sup>100</sup>

---

99 Uit de geanalyseerde rechtspraak zal blijken dat deze schuldaansprakelijkheid van de private ruimte in sommige kwesties wordt gecombineerd met de risicoaansprakelijkheden van bijvoorbeeld art. 6:170 en 6:171 BW. Dit zal met name het geval zijn in de zaken waarin een specifieke fout van de medewerker is aan te wijzen die tot de (direct door de primaire partij veroorzaakte) schade heeft geleid. Gedacht kan worden aan de aansprakelijkheid van een school vanwege het nalatig handelen (het ‘niet ingrijpen’) van een docent in een situatie waarin de ene leerling de andere leerling schade berokkent tijdens een vechtpartij. Als er meer in het algemeen onvoldoende toezicht is gehouden of onvoldoende voorzorgsmaatregelen zijn getroffen, zonder dat deze ‘fout’ tot een specifieke medewerker is te herleiden, dan zal de grondslag voor de secundaire aansprakelijkheid van de private ruimte veelal art. 6:162 BW zijn. Gedacht kan worden aan de aansprakelijkheid van de school voor hetzelfde conflict tussen de medeleerlingen, maar dan als gevolg van het gebrekkig toezicht op een schoolplein in het algemeen en niet door één docent in het bijzonder.

100 Zo kunnen uitspraken over de opstalaansprakelijkheid onder omstandigheden ook relevante overwegingen bevatten voor het onderhavige onderzoek naar de secundaire zorgplicht (schuld-aansprakelijkheid). Bij de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die daaraan in de gegeven omstandigheden mogen worden gesteld (art. 6:174 BW) wordt immers ook (vgl. de zorgplicht van art. 6:162 BW) gekeken naar en een invulling gegeven aan de *Kelderluik*-factoren. Zie over de verhouding tussen art. 6:162 BW en art. 6:174 BW in het bijzonder HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, r.o. 3.5.3, NJ 2017/73, m.nt. J. Spier (*Elektrischeitskabels marktkramen*). Zie ook Hof Amsterdam 7 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:368, in een zaak waarin twee vrouwen waren uitgegleden over een natte houten vloer. Zij stelden het winkelcentrum voor de geleden schade aansprakelijk. Het hof overwoog dat het niet uitmaakt of iemand in zo’n geval de vordering op art. 6:174 BW baseert, omdat in beide gevallen de *Kelderluik*-factoren worden toegepast (r.o. 3.11). Vgl. Hof Den Haag 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2331, r.o. 8. De toegevoegde waarde van risicoaansprakelijkheden als de aansprakelijkheid van eigenaren voor hun dieren (art. 6:179 BW) zal beperkter zijn.

## 6.6 OVERIGE UITGESLOTEN LEERSTUKKEN

Tot slot geldt dat de regels en uitspraken inzake bewaarneming, alhoewel deze strikt genomen binnen de geschetste definitie van de secundaire aansprakelijkheid geplaatst zouden kunnen worden, buiten het bestek van dit onderzoek vallen.<sup>101</sup> Ik volsta op deze plaats met de vermelding dat bepaalde private ruimten (zoals winkels en horecagelegenheden) zich jegens hun bezoekers kunnen exonereren van aansprakelijkheid voor bijvoorbeeld gestolen goederen.<sup>102</sup> Ook de houdbaarheid van (dergelijke) exoneratiebedingen blijft in dit onderzoek onbesproken.<sup>103</sup>

Voor het overige geldt dat de aanpalende leerstukken die op enigerlei wijze verband houden met of dienstig zijn aan de beoordeling van de huidige of de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht van private ruimten, in de hoofdstukken 3 t/m 7 steeds expliciet benoemd worden. Hetzelfde geldt in de gevallen waarin een bepaald leerstuk of kader (geheel of gedeeltelijk) niet in de beoordeling wordt betrokken.

## 7 DE OPBOUW VAN HET ONDERZOEK

De opbouw van dit onderzoek is als volgt. Het onderzoek vangt in hoofdstuk 2 aan met de bespreking van het algemeen juridisch-theoretisch kader waarin de secundaire zorgplicht geplaatst dient te worden. Dit hoofdstuk dient als opmaat voor de beantwoording van de onderzoeksvragen naar (i) de huidige reikwijdte van de secundaire zorgplicht in het Nederlandse recht, alsmede (ii) de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht van de private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg, waarin besloten ligt het onderzoek naar (iii) alternatieve omgangswijzen met secundaire aansprakelijkheden.

In de daaropvolgende hoofdstukken wordt allereerst de vraag naar (i) de huidige reikwijdte van de secundaire zorgplicht beantwoord. Ten behoeve van de sectorvergelijking wordt onderscheid gemaakt tussen scholen (hoofdstuk 3), sportverenigingen (hoofdstuk 4) en opvang- en zorginstellingen (hoofdstuk 5) als zijnde de archetypen van de thema's educatie, recreatie en zorg. De overige private ruimten – winkels en winkelcentra, horeca- en verblijfsgelegenheden en overige spelen en recreatieruimten – worden vervolgens geclusterd besproken (hoofdstuk 6). De opbouw van deze hoofdstukken is steeds dezelfde. Na de inleiding (paragraaf 1), worden de (empirische) onderzoeken over de veiligheid(sbeleving) in en rondom

---

101 Denk aan de gevallen waarin persoonlijke eigendommen tijdens de bewaarneming worden gestolen. Zie bijvoorbeeld over de aansprakelijkheid van een garage vanwege gesloten sleutels, HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1237, NJ 2004/272 (*Sleutelbus*).

102 Ik wijs ter illustratie op art. 4 van het Efteling Parkreglement, online raadpleegbaar via de website [efteling.com](http://efteling.com).

103 Ik volsta met de opmerking dat een beroep op de exoneraties in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn, als de schade het gevolg is van nalatigheid aan de zijde van de organisatie waardoor bezoekers in gevaar zijn gebracht. Zie hierover nader Van Rooij 2018, p. 176.

de betreffende private ruimte besproken (paragraaf 2), vervolgd door de specifieke kenmerken van de secundaire zorgplicht van die ruimte (paragraaf 3). Daarna komt de relevante Nederlandse wet- en regelgeving aan de orde (paragraaf 4). Gegeven deze context, wordt vervolgens de rechtspraak over de primaire en de secundaire zorgplicht van de specifieke ruimte beknopt weergegeven en geanalyseerd (paragraaf 5). In de slotparagraaf van de genoemde hoofdstukken worden de conclusies over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht ten opzichte van de primaire zorgplicht van de betreffende ruimte besproken (paragraaf 6).

Na deze Nederlandse sectorvergelijking, wordt in hoofdstuk 7 het toetsingskader van de Amerikaanse secundaire zorgplicht aangelegd, teneinde de huidige reikwijdte van de Nederlandse secundaire zorgplicht ook vanuit een rechtsvergelijkende invalshoek te bepalen. In dit hoofdstuk wordt het Amerikaanse rechtssysteem allereerst ingeleid, door de Amerikaanse rechtsbronnen en de rechterlijke organisatiestructuur op hoofdlijnen weer te geven (paragraaf 2). Vervolgd wordt met een bespreking van het juridisch kader van het Amerikaanse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in het algemeen (paragraaf 3) en van de Amerikaanse secundaire zorgplicht in het bijzonder (paragraaf 4). Daarna wordt de Amerikaanse rechtspraak over de secundaire zorgplicht van dezelfde private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg weergegeven, en worden de belangrijkste conclusies uit deze Amerikaanse rechtspraakanalyse samengevat (paragraaf 5). De conclusies uit paragraaf 2 t/m 5 vormen het fundament waarop in de daaropvolgende paragraaf de vergelijking tussen de reikwijdte van de Nederlandse secundaire zorgplicht ten opzichte van de Amerikaanse secundaire zorgplicht wordt gemaakt (paragraaf 6). Ook dit hoofdstuk wordt afgesloten met een (samenvattende) conclusie (paragraaf 7).

Hoofdstuk 8 bevat een tweeledige analyse. In het eerste deel worden de belangrijkste onderzoeksresultaten van de voorafgaande hoofdstukken met betrekking tot de *huidige* reikwijdte van de secundaire zorgplicht herhaald en geformuleerd tot bondige conclusies (paragraaf 2). Daarbij wordt wederom onderscheid gemaakt tussen de beide invalshoeken van de sectorvergelijking enerzijds (hoofdstuk 3 t/m 6) en de rechtsvergelijking anderzijds (hoofdstuk 7).

Gegeven deze conclusies over de huidige reikwijdte van de secundaire zorgplicht van private ruimten, wordt in het tweede deel (paragraaf 3 t/m 6) een antwoord geformuleerd op de vraag naar (ii) de meest *wenselijke* reikwijdte van de secundaire zorgplicht in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Nadat een inventarisatie is gemaakt van de bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden (paragraaf 3), wordt bekeken of een terughoudende beoordeling of categorische afwijzing van de secundaire zorgplicht (daardoor) te rechtvaardigen is (paragraaf 4). In het verlengde daarvan en gebaseerd op de sector- en rechtsvergelijkende onderzoeksresultaten, wordt in het sluitstuk van dit onderzoek (iii) een tweetal alternatieve omgangswijzen aangereikt en uitgewerkt. Het gaat hier om de mogelijkheden om, binnen en buiten de grenzen van het thans geldende Nederlandse recht, op een andere (meer genuanceerde) manier dan met een terughoudende beoordeling van de secundaire

zorgplicht tegemoet te komen aan de geconstateerde bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden (paragraaf 5). Besloten wordt met een conclusie (paragraaf 6).

## 1 INLEIDING EN OPBOUW

Voor een goed begrip van het onderwerp van dit onderzoek, wordt in het onderhavige hoofdstuk het relevante juridische kader geschetst voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de secundaire partij. Daarbij maak ik onderscheid tussen de vestigingsfase, de omvangsfase en de (door mij zogenoemde) toedelingsfase van het aansprakelijkheidsrecht.<sup>1</sup>

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst worden de mogelijke (theoretische) grondslagen en de ratio van de secundaire aansprakelijkheid besproken (paragraaf 2). Vervolgens komen de (wettelijke) grondslagen en de voorwaarden voor de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid aan de orde (paragraaf 3). Gezien het onderwerp van het onderzoek, zullen daarbij met name de facetten van de secundaire *zorgplicht* worden uitgediept. In de daaropvolgende paragraaf wordt ingezoomd op het leerstuk van de redelijke toerekening (art. 6:98 BW), zoals dit artikel in de omvangsfase aan de orde komt (paragraaf 4). Vervolgd wordt met de bespreking van de zogenoemde toedelingsfase van het recht, waarin het leerstuk van de hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:102 BW) wordt weergegeven (paragraaf 5). Het hoofdstuk wordt besloten met een conclusie (paragraaf 6).

Aangetekend dient te worden dat in dit hoofdstuk niet gestreefd wordt een volledig beeld te schetsen van alle mogelijke leerstukken die verband kunnen houden met secundaire aansprakelijkheidsvragen in de voornoemde fases. Slechts die leerstukken die voor het onderhavige onderzoek relevant zijn, worden in dit hoofdstuk aangestipt en in het vervolg van dit onderzoek – meer in het bijzonder in de analyse van hoofdstuk 8 – toegepast en uitgewerkt.<sup>2</sup>

---

1 Zoals (het onderscheid tussen) deze verschillende fases in hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.3 aan de orde kwamen, en ook in het vervolg van dit hoofdstuk besproken zullen worden.

2 Daarnaast geldt dat, afhankelijk van de betekenis van het specifieke leerstuk of het onderwerp voor het vervolg van het onderzoek, sommige leerstukken of onderwerpen meer uitvoerig aan bod komen en sommige leerstukken of onderwerpen kort worden aangestipt. Onoverkomelijk is bovendien dat, ten behoeve van de omvang van dit hoofdstuk en met het oog op het doel van het onderzoek, bij de bespreking van de relevante leerstukken in paragraaf 3 t/m 5 ‘in vogelvlucht’ enkele (algemene) nuances verloren zijn gegaan. In dit hoofdstuk wordt gefocust op die nuances

## 2 DE GRONDSLAG EN DE RATIO VAN SECUNDAIRE AANSPRAKELIJKHEID

### 2.1 INLEIDING

Alvorens de wettelijke voorwaarden voor de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid worden besproken, wordt in deze paragraaf allereerst bekeken op welke ratio of basisgedachte de secundaire zorgplicht is gestoeld. Achtereenvolgend bespreek ik de grondslagen ‘ieder draagt zijn eigen schade’ (paragraaf 2.2), ‘berokken een ander geen schade’ (paragraaf 2.3) en – met name met het oog op de secundaire zorgplicht van scholen – de grondslag van ‘in loco parentis’ (paragraaf 2.4). Ik besluit met een conclusie (paragraaf 2.5).

### 2.2 IEDER DRAAGT ZIJN EIGEN SCHADE

De gedachte achter de grondslag ‘ieder draagt zijn eigen schade’, is relatief eenvoudig: degene die schade lijdt, moet deze schade in beginsel zelf dragen.<sup>3</sup> Dit is slechts anders als er sprake is van omstandigheden (redenen) op grond waarvan de financiële consequenties van de schade afgewenteld kunnen worden op een andere verantwoordelijke partij.<sup>4</sup> Daarvan is volgens Sieburgh sprake als de schadelijke gedraging ‘niet geoorloofd is’, dan wel ‘zonder recht’ of op ‘onbetamelijke wijze’ plaatsvond.<sup>5</sup> Volgens Keirse is dat het geval indien ‘de ander meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was’.<sup>6</sup> Toegepast op het onderwerp van dit onderzoek, betekent het voorgaande dat de bezoekers van de private ruimten in beginsel hun eigen – door de primaire partij in het leven geroepen – schade dienen te dragen, tenzij er rechtens relevante redenen (deugdelijke rechtsgronden) worden aangetoond om deze schade voor rekening van de primaire en/of de secundaire partij te brengen.<sup>7</sup>

Deze ‘klassieke’ grondslag heeft vanwege de eenzijdige formulering kritiek ontvangen.<sup>8</sup> Zo merken Engelhard en Van Maanen op:

“‘Ieder draagt zijn eigen schade’ is het – impliciete – uitgangspunt van de contractuele, wettelijke en ongeschreven grondslagen voor aansprakelijkheid. Maar waarom eigenlijk? De verantwoordelijkheid voor eigen handelen? Verantwoordelijkheid ver-

---

die voor de secundaire aansprakelijkheid (en het vervolg van het onderzoek) van belang kunnen zijn.

3 Zie hierover Van Dam 1993; Hartlief 1997; Schut 1997, p. 2 e.v.; Engelhard & Van Maanen 2008, p. 4; Lindenbergh 2014, p. 6.

4 Nieuwenhuis 1997, p. 8-9, ook als zodanig geciteerd in Hartlief 1997, p. 11. Keeton e.a. geven het uitgangspunt van ‘ieder draagt zijn eigen schade’ als volgt weer: ‘Courts leave a loss where it is, unless they find a good reason to shift it.’ Zie Keeton e.a. 1984, p. 20.

5 Sieburgh 2000, p. 15-21.

6 Keirse 2003, p. 14.

7 Vgl. Keeton e.a. 1984, p. 20.

8 De discussie over de bruikbaarheid van de grondslag ‘ieder draagt zijn eigen schade’ is niet van de laatste jaren. Zie hierover ook Asser/Sieburgh 6-IV 2019/18 e.v. Zie ook Sieburgh 2000, p. 1-21.

onderstelt vrijheid van handelen. Die vrijheid is echter meer een normatief postulaat dan een adequate beschrijving van de werkelijke situatie; we zijn allen in zekere mate gedetermineerd door afkomst, opvoeding en omgevingsfactoren.<sup>9</sup>

Ook andere auteurs zijn kritisch en trekken in twijfel of de grondslag ‘ieder draagt zijn eigen schade’ wel (goed) kan fungeren als algemeen vertrekpunt bij de beoordeling van aansprakelijkheid.<sup>10</sup> Zo vraagt Langelaar zich af of dit klassieke standpunt nog wel in onze tijd past. De mogelijkheden om geleden schade op een ander af te wettelen, zijn immers een stuk eenvoudiger geworden, waarbij de opkomst van verzekeringen een grote rol heeft gespeeld.<sup>11</sup> Volgens hem zou dus als uitgangspunt moeten gelden dat de schadeveroorzaker de schade vergoedt, tenzij er redenen zijn dat niet te doen.<sup>12</sup> Ook Drion pleit ervoor de grondslag dat ‘een ieder die schade toebrengt aan een ander, deze dient te vergoeden’ als (alternatief) vertrekpunt te beschouwen.<sup>13</sup>

### 2.3 BEROKKEN EEN ANDER GEEN SCHADE

De grondslag ‘berokken een ander geen schade’ is gebaseerd op Aristoteles’ principe van de vereffende rechtvaardigheid,<sup>14</sup> maar ook en meer concreet op Ulpianus’ grondbeginselen, die zich laten lezen als (1) leef betamelijk, (2) berokken een ander geen schade en (3) geef ieder het zijne.<sup>15</sup> Als deze drie beginselen in samenhang worden gezien, volgt hieruit dat een veroorzaking van schade slechts dan aansprakelijkheid schept, als de schade door een eerbaar persoon niet zou zijn toegebracht en de schade is toegebracht aan belangen ter zake waarvan de belanghebbende het recht had te eisen dat ze zouden worden gerespecteerd, aldus Keirse.<sup>16</sup> Dat de Romeinen deze grondslag reeds als grondbeginsel voor hun aansprakelijkheidsrecht hanteerden, volgt uit het feit dat dit principe gecodificeerd is in de Digesten en af te leiden is uit Gaius’ Instituten.<sup>17</sup> De drie hiervoor geformuleerde grondbeginselen zijn rechtstreeks via het Franse recht de Nederlandse rechtsorde

9 Engelhard & Van Maanen 2008, p. 4-5.

10 Zie, naast Engelhard & Van Maanen 2008, p. 4-5, ook Langelaar 1997; Dommering-van Rongen 1998; Sieburgh 2000, p. 9; Van Dam 2020, p. 40-41.

11 Asser/Sieburgh 6-IV/2019/19 en 21.

12 Langelaar 1997, p. 1587.

13 Ontleend aan Engelhard & Van Maanen 2008, p. 4, die verwijzen naar Drion 2005. Vgl. Drion 1988.

14 Van den Berg 2000, p. 53. Aristoteles onderscheidde twee vormen van rechtvaardigheid: distributieve en vereffende rechtvaardigheid. Distributieve rechtvaardigheid is de rechtvaardigheid van verdelingen over bijvoorbeeld een maatschappij (denk aan de belastingplicht, bescherming van lijf en goed, medische en sociale zorg, etc.). Vereffende rechtvaardigheid betreft alles wat niet te verdelen valt, met name alles wat individuen ruilen of verhandelen. Ook daarin valt weer een onderscheid te maken tussen twee soorten rechtvaardigheid: vrijwillige en onvrijwillige ruil. Zie meer hierover in Wissenburg 1991, p. 8; Emaus 2013, p. 52.

15 D.1.1.10 (Ulpianus), vertaling Spruit, Feenstra & Bongenaar 1994. Zie Nieuwenhuis 2008, p. 11. Vgl. Keirse 2003, p. 15; Emaus 2013, p. 52.

16 Keirse 2003, p. 15.

17 Gai Inst. III, 211. Zie hierover Nieuwenhuis 2008, p. 11; Emaus 2013, p. 59.

'binnengekomen' en voorzien ook tegenwoordig nog in een grondslag voor het aansprakelijkheidsrecht.<sup>18</sup>

Zoals al kort werd aangestipt, is de hiervoor besproken grondslag 'ieder draagt zijn eigen schade' als uitgangspunt voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht aan kritiek onderhevig. Sieburgh heeft in haar proefschrift ervoor gepleit het uitgangspunt 'ieder draagt zijn eigen schade' los te laten en te vervangen door een afweging tussen deze grondslag en de grondslag 'berokken een ander geen schade'.<sup>19</sup> Het doel van het aansprakelijkheidsrecht is volgens Sieburgh immers niet het vergoeden van schade, maar het vinden van gevallen waarin zij vergoed moet worden.

'Waar het in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht om gaat, is niet welke van de twee gezichtspunten als het uitgangspunt dient. Veeleer staat centraal hoe een evenwicht te vinden op grond van het gewicht dat gezien de op een bepaald moment in de samenleving aanwezige maatschappelijke verhoudingen aan de twee gezichtspunten moet worden toegekend.'<sup>20</sup>

Deze gedachte heeft ook in de Asser-serie haar weerslag gevonden. Daarin staat de vraag centraal hoe het evenwicht tussen deze twee gezichtspunten gevonden kan worden: gesproken wordt over de 'onvruchtbaarheid van het bij de rechtsvinding vooropstellen van één van verschillende elkaar veronderstellende, versterkende en begrenzende beginselen'.<sup>21</sup>

Een belangrijke nuance bij het 'model' van Sieburgh wordt gemaakt door Engelhard en Van Maanen. Zij merken op dat het adagium 'ieder draagt zijn eigen schade' een *uitgangspunt* betreft en 'berokken een ander geen schade' een *norm*, zodat beide grondslagen daarom niet van gelijk gewicht of gelijke orde zijn. Het uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt, is volgens hen terug te voeren op (normatieve) maatschappijopvattingen die ten grondslag liggen aan het gehele huidige rechtssysteem. Tornen aan dit uitgangspunt betekent dus tornen aan het systeem als zodanig, terwijl de norm 'berokken een ander geen schade' op zijn eigen merites al dan niet als goede grond voor uitbreiding van het systeem kan worden aanvaard.<sup>22</sup> In die redenering kunnen beide grondslagen niet tegenover elkaar worden geplaatst. Hoe het voorgaande zijn weerklink kan vinden in de meer specifieke context van de secundaire aansprakelijkheid, wordt in paragraaf 2.5 nader besproken.

---

18 Emaus 2013, p. 60.

19 Sieburgh 2000, p. 9. Zie ook Asser/Sieburgh 6-IV 2019/19.

20 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/19. Zie eerder Sieburgh 2000, p. 5 e.v.

21 Zie reeds in Asser/Hartkamp & Sieburgh 4-III 2006/13.

22 Engelhard & Van Maanen 2008, p. 4.



## 2.4 IN LOCO PARENTIS

In het voorgaande werden de algemene grondslagen van het civiele aansprakelijkheidsrecht besproken. Voor de (secundaire) zorgplicht van scholen bestaat er bovendien een meer specifieke grondslag, alhoewel deze grondslag in de Nederlandse rechtspraak als zodanig (nog) niet is erkend.<sup>23</sup> In deze paragraaf wordt daarom, tot slot, de door Paijmans (opnieuw) geïntroduceerde grondslag van 'in loco parentis' ('in plaats van de ouders') besproken.<sup>24</sup>

De basisgedachte van deze speciaal op de zorgplicht van scholen geënte grondslag is dat de aansprakelijkheid van scholen in wezen een afgeleide is, namelijk afgeleid van – en bijgevolg: niet verder strekt dan – de zorg van de ouders jegens hun kinderen.<sup>25</sup> Het vertrekpunt van deze grondslag is dan ook dat op de ouders de verplichting rust om voor hun kinderen te zorgen. Het gaat zowel om de lichamelijke (fysieke) als de geestelijke (sociale) zorg. Deze ethische – ik wil bijna zeggen: natuurrechtelijke – regel is in art. 1:247 BW ook als zodanig in de wet verankerd en geldt volgens De Boer zowel binnen als buiten het gezin. De ouders moeten immers ook zorgen dat hun kinderen niet in een onveilige situatie belanden.<sup>26</sup>

De grondslag van 'in loco parentis' brengt zowel de *bevoegdheid* als de *rechtvaardiging* mee om als school (in plaats van de ouders) regels op te leggen en de leerlingen 'op te voeden'. Nu in bevoegdheden ook verantwoordelijkheden besloten liggen, kan de grondslag van 'in loco parentis' ook functioneren als grondslag voor de *plicht* van de school om voor de fysieke en sociale veiligheid van leerlingen zorg te dragen.<sup>27</sup>

Voor de invulling van de (secundaire) zorgplicht van de school kan dus, vanwege het hiervoor geschetste afgeleide karakter, aangesloten worden bij de inhoud van de zorgplicht van de ouders.<sup>28</sup> Zo kan de afnemende waarde van 'in loco parentis' naarmate de leerlingen ouder en dus zelfstandiger worden, verklaard worden vanuit de parallel die tussen de zorgplicht en de mate van (juridische) zeggenschap van de ouders over de kinderen bestaat. De zwaarte van de zorgplicht neemt immers af bij de toenemende zelfstandigheid en onafhankelijkheid van oudere kinderen en leerlingen. De school kan, in navolging van de ouders, meer asserti-

23 De Tavernier 2014, p. 13.

24 Paijmans 2013, p. 111-118 en 460-461; Paijmans 2019, p. 19.

25 Paijmans 2013, p. 112; De Tavernier 2014, p. 23; Paijmans 2019, p. 19 ('Als een kind op school is, heeft de school een afgeleide verplichting tot zorg, namelijk afgeleid van de voormelde zorg van de ouders.').

26 Asser/De Boer 1\* 2010/818a; Voskamp 2018, p. 49; Paijmans 2019, p. 19.

27 Vgl. Paijmans 2013, p. 111-112. Zie over deze 'fysieke' en 'sociale' veiligheid nader hoofdstuk 3, paragraaf 1 en paragraaf 2.

28 Daarvan dient te worden te onderscheiden de definitie van 'afgeleide zorg' van Tjong Tjin Tai, zoals deze definitie in paragraaf 3.2.4 van dit hoofdstuk aan de orde komt. Meer in het bijzonder worden beide definities van 'afgeleide zorg' in hoofdstuk 3, paragraaf 3 (scholen) naast elkaar gelegd en besproken.

viteit en zelfredzaamheid van leerlingen verwachten naarmate zij ouder worden. De plicht tot zorg wordt wat dat betreft steeds beperkter en is (andersom) groter bij jonge leerlingen, die minder zelfstandig zijn en daarmee afhankelijker van de zorg van de ouders en dus van de school.<sup>29</sup> Kortom, hoe intensief de door scholen te betrachten zorg precies is, hangt gezien het afgeleide karakter af van de door de ouders te betrachten zorg; een kind met beperkingen heeft meer zorg dan een kind zonder beperkingen, een jonger kind heeft meer zorg dan een ouder kind, een kind in een gymzaal heeft meer zorg dan een kind in een klas, etc.

De grondslag van 'in loco parentis' is dus met name van toepassing op de (secundaire) zorgplicht van scholen. Onder omstandigheden kan dit adagium echter ook een verklarende grondslag bieden voor de secundaire zorgplicht van sportverenigingen en daarmee te vergelijken recreatieruimten, voor zover de bezoekers minderjarige 'sporters' betreffen.<sup>30</sup> Betoogd zou immers kunnen worden dat ouders de zorg over hun kinderen in die gevallen ook 'delen' met of 'overdragen' aan bijvoorbeeld de tennisclub die na schooltijd de tennistraining verzorgt. Ook voor sportverenigingen geldt dan dat zij een afgeleide vorm van zorg hebben te betrachten, die buiten de lestijd om op de ouders rust. Zij nemen het stokje in de tussentijd even 'over'.<sup>31</sup>

In het verlengde daarvan kan 'in loco parentis' óók als verklarende grondslag gelden voor de zorg te betrachten door opvang- en zorginstellingen, voor zover de patiënten minderjarig zijn.<sup>32</sup> Ook dan wordt de zorg van de ouders gedeeld met of overgedragen aan de opvang- en zorginstelling die voor hun zoon of dochter zorgt. De opvang- en zorginstelling heeft dan een afgeleide vorm van zorg te betrachten, die buiten de opname om (hoofdzakelijk) op de ouders rust, met dien verstande dat ook buiten de opname om nog op de problematiek geëquipeerde dienstverleners betrokken zullen zijn. Zij nemen de verantwoordelijkheid tijdens de opname

---

29 Vgl. Pajjmans 2013, p. 114.

30 Vgl. bijvoorbeeld de in hoofdstuk 6, paragraaf 5.3.2 te bespreken uitspraak Rb. Limburg 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8016, waarbij een kind in een ballenbak werd geduwd door een ander kind en daarbij letsel opliep. De rechtbank overwoog in r.o. 4.3, conform de geschetste ratio van de grondslag van 'in loco parentis': 'De rechtbank overweegt allereerst dat op Ikea, die de opvang van kinderen tijdens het winkelen van hun ouders/begeleiders in haar vestiging faciliteert, een zorgplicht rust ten aanzien van de veiligheid van die kinderen. Die kinderen worden immers bij Småland, door de ouders/begeleiders van die kinderen, aan de zorg van Ikea toevertrouwd en komen daar onder toezicht van Ikea staan.'

31 Zonder daarbij overigens de opleiding c.q. de (pedagogische) vaardigheden die van een leerkracht en een tennisleraar worden verwacht met elkaar op een lijn te plaatsen. Zie nader paragraaf 2.5.

32 In het kader van jeugd-tbs wordt er gesproken over een zogenoemde PIJ-maatregel. Het gaat daarbij om voorlopige hechtenis, jeugddetentie en plaatsing in een inrichting voor jeugdigen. Zie hierover nader de informatie op de website van de Dienst Justitiële Inrichtingen ('DJI'), raadpleegbaar via de website [dji.nl](http://dji.nl).

en gezien de bijzondere problematiek (deels) ‘over’, en geven deze na de opname geleidelijk ‘terug’.<sup>33</sup>

## 2.5 CONCLUSIE

Volgens Sieburgh dient steeds bekeken te worden hoe een evenwicht kan worden gevonden tussen de grondslagen ‘ieder draagt zijn eigen schade’ en ‘berokken een ander geen schade’, gegeven het gewicht dat daaraan op een bepaald moment in de samenleving moet worden toegekend.<sup>34</sup> In lijn daarmee concludeer ik dat geen van de hiervoor genoemde grondslagen leidend of bepalend is voor de secundaire zorgplicht van de beheerders van de te onderzoeken ruimten, maar dat deze elkaar aanvullen in die zin dat ze de rechtvaardiging van verschillende aspecten van deze secundaire zorgplicht belichten.

Zo kan bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht als vertrekpunt worden gebezigd dat de bezoekers hun eigen schade dienen te dragen, tenzij er rechtens relevante redenen bestaan om deze voor rekening van de secundaire partij te brengen. Als niet aan de voorwaarden voor secundaire aansprakelijkheid is voldaan – de rechtens relevante reden tot afwenteling kan niet worden bewezen – dan dient de bezoeker (het slachtoffer) de financiële consequenties van de schade immers zelf te dragen. Dit adagium fungeert zodoende veeleer als een normatief uitgangspunt of een zedelijkheidsoordeel: eenieder behoort de nadelige en ongunstige gevolgen van gebeurtenissen die hem treffen, in beginsel zelf te dragen.<sup>35</sup>

‘Berokken een ander geen schade’ legt de nadruk op de verantwoordelijkheid die op de primaire, en in het verlengde daarvan, op de secundaire partij rust. De primaire partij is niet gerechtigd een ander schade toe te brengen, en op de secundaire partij rust de plicht dit potentiële schadeveroorzakende handelen te voorkomen, door voldoende toezicht te houden of voorzorgsmaatregelen te treffen. In zoverre kan dus betoogd worden dat in dit adagium de rechtens relevante reden (de rechtvaardiging) besloten ligt om de schade in bepaalde gevallen wel op een ander af te kunnen wentelen – namelijk; als die schade wél berokkend c.q. niet voorkomen is – en om van het vertrekpunt ‘ieder draagt zijn eigen schade’ af te wijken.

De grondslag van ‘in loco parentis’ zou, tot slot, beschouwd kunnen worden als een uitvloeisel van de grondslag ‘berokken een ander geen schade’ voor de specifieke zorgdragers in de vorm van scholen. Dit beginsel markeert immers de secundaire zorgplicht van private partijen die de zorg voor (minderjarige) kinderen van

33 Een en ander overigens met dien verstande dat – ook als het kind gedurende langere tijd onder toezicht van anderen staat (zoals bij een verblijf in een psychiatrische inrichting) – de ouders (risico)aansprakelijk (kunnen) blijven. De ouders kunnen, in het geval de opvang- of zorginstelling onvoldoende toezicht heeft gehouden, wel regres nemen op de opvang- of zorginstelling. Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 677. Zie hierover ook A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 5) voor HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*t Ruyge Veld/Univé*).

34 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/19.

35 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/19.

de ouders 'overnemen'. Het geeft inzicht in de mate van zorg die in een specifieke kwestie van de beheerder van de private ruimte verwacht mag worden (teneinde de zorgontvangers geen schade te berokkenen). De specifiek te betrachten zorg wordt immers afgeleid van de bron van de zorg: de ouders. Hoe deze zorg precies ingevuld dient te worden, is afhankelijk van het type zorg dat de specifieke private ruimte biedt (onderwijs, sportbeoefening, geestelijke behandeling, etc.). 'In loco parentis' zou in potentie en tot op zekere hoogte ook als grondslag voor secundaire zorgplichten van andere private ruimten dan alleen de school kunnen dienen, afhankelijk van de context en voor een beperkte groep zorgontvangers (minderjarigen).

### 3 DE VESTIGING VAN DE SECUNDAIRE AANSPRAKELIJKHEID (ART. 6:162 BW)

#### 3.1 INLEIDING

In hoofdstuk 1, paragraaf 6.1 werd al besproken dat de secundaire partij in essentie steeds verweten wordt het schadeverorzakende gedrag van de primaire partij niet voorkomen te hebben.<sup>36</sup> Bij de beoordeling van de vraag of dat verwijt tot aansprakelijkheid kan leiden, zal de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW het relevante toetsingskader vormen. Als er een contractuele relatie tussen het slachtoffer en de secundaire partij bestaat (zoals een onderwijsovereenkomst of een geneeskundige behandelingsovereenkomst<sup>37</sup>), ligt de toerekenbare tekortkoming van art. 6:74 BW als grondslag voor de secundaire aansprakelijkheid in de rede.<sup>38</sup> Bedacht dient echter te worden dat de precieze wettelijke grondslag waarop een slachtoffer zich baseert, in wezen niet erg relevant is<sup>39</sup> en die vermelding soms door

<sup>36</sup> Vgl. Busch 2011, p. 78.

<sup>37</sup> Ook is een door Van Rooij 2017, p. 344 genoemde 'verblijfsovereenkomst' tussen de secundaire partij en de bezoeker denkbaar. Van Rooij merkt in haar proefschrift op dat tussen de particuliere beheerder in het semipublieke domein en zijn bezoekers een dergelijke verblijfsovereenkomst tot stand kan komen, hetzij omdat partijen via de aanschaf van een entreebewijs een overeenkomst aangaan, hetzij omdat de bezoeker bij het binnentreden in een semipublieke ruimte impliciet het aanbod aanvaardt dat is gedaan door de particuliere beheerder, inhoudende de toegang tot en het gebruik van zijn ruimte. Ter illustratie wijs ik op Rb. Gelderland 23 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:224, r.o. 4.5, waaruit volgt dat de overeenkomst tussen een bezoeker en een recreatieruimte (zoals hier een trampolinepark) zich als een overeenkomst van opdracht kan laten kwalificeren ('Door een kaartje te kopen en het trampolinepark te betreden is tussen [verzoeker] en Spacejump een overeenkomst tot stand gekomen, die moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW.'). Voor de beoordeling van de (secundaire) aansprakelijkheid van de beheerder van deze ruimte, dient in die gevallen de *contractuele* zorgplicht als uitgangspunt te worden genomen. Daarbij spelen overigens ook, net als bij de buitencontractuele zorgplicht, de *Kelderluik*-factoren een rol (zie r.o. 4.10).

<sup>38</sup> Vgl. Paijmans 2019, p. 19.

<sup>39</sup> Of, in de woorden van Paijmans 2019, p. 19: 'De juridische grondslag voor aansprakelijkheid zegt vaak weinig over de daaraan voorafgaande verplichting tot zorg (de zorgplicht)'. Het gaat in secundaire aansprakelijkheidsprocedures immers steeds om zelfstandig te maken verwijten aan het adres van de secundaire partij, en dus om schuld- en niet om risicoaansprakelijkheden. Desondanks kan de invulling van de hierna te bespreken zorgplicht van art. 6:162 BW in zekere

de rechter ook (expliciet) achterwege wordt gelaten.<sup>40</sup> Het gaat immers telkens om de achterliggende vraag, te weten welke mate van zorg (in termen van toezicht en preventie) van de secundaire partij verlangd kan worden. Deze vraag komt bij elke mogelijke grondslag voor (schuld)aansprakelijkheid in de kern op hetzelfde neer: had de secundaire partij het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij moeten voorkomen, althans in omvang moeten beperken?<sup>41</sup>

De aansprakelijkheid van de secundaire partij is dus in het reguliere en met primaire aansprakelijkheden te vergelijken toetsingskader van met name art. 6:162 BW te passen.<sup>42</sup> In dit onderzoek wordt onder meer bekeken in hoeverre er – ondanks die vergelijkbare toetsingskaders – bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht in de rechtspraak een relatieve terughoudendheid wordt aangelegd.<sup>43</sup> In de aanloop daarnaartoe zal in dit hoofdstuk eerst stil worden gestaan bij het theoretische kader waarin de secundaire zorgplicht in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is ingebed.

In deze paragraaf wordt allereerst de schending van de secundaire *zorgplicht* als vereiste voor secundaire aansprakelijkheid besproken (paragraaf 3.2). Daarna worden ook de andere vereisten voor de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid aangestipt, waarbij meer in het bijzonder wordt bekeken hoe deze vereisten in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure toepassing vinden (paragraaf 3.3). In de daaropvolgende paragraaf wordt stilgestaan bij de rol van overheidswetgeving en zelfregulering bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid (paragraaf 3.4). Tot slot wordt de ‘uitkomst’ van de aansprakelijkheidstoets in de vestigingsfase beschreven, hetgeen in het vervolg van dit onderzoek ook wel, kort gezegd, ‘het aansprakelijkheidsantwoord’ wordt genoemd (paragraaf 3.5).

## 3.2 DE ONRECHTMATIGE GEDRAGING

### 3.2.1 DE SCHENDING VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

Voor de vaststelling van buitencontractuele, secundaire aansprakelijkheid is krachtens art. 6:162 lid 1 BW onder meer een ‘onrechtmatige gedraging’ van de aangesproken partij vereist. De handelingen die zich als onrechtmatig laten kwa-

---

zin ook relevant zijn voor (met name) de risicoaansprakelijkheden van art. 6:170 en 6:171 BW, te weten voor de ‘fout’ van de (niet-)ondergeschikte. Zie eerder hoofdstuk 1, paragraaf 6.5.

40 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 26 mei 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AN6249, AB 2000/104 (*Gemeente Amsterdam/Schaapman*); Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773. Vgl. ook de uitspraken zoals deze zijn aangehaald door Paijmans 2013, p. 48 en Voskamp 2018, p. 6.

41 Vgl. Giesen 2014, p. 91. De conclusies over de invulling van de secundaire zorgplicht van art. 6:162 BW kunnen dus in gelijke zin gelden voor de invulling van de tekortkoming van de secundaire partij als bedoeld is in art. 6:74 BW, met dien verstande dat in dat laatste geval uiteraard ook de specifieke bepalingen in de overeenkomst een rol zullen spelen.

42 Vgl. Giesen 2005a, p. 139; Giesen 2014, p. 108; Van Dam 2020, p. 412.

43 Zie daarover hoofdstuk 1, paragraaf 3.

lificeren, zijn vervat in een drietal categorieën. Deze categorieën zijn uitgewerkt in lid 2 van hetzelfde artikel en zien op (1) een inbreuk op een recht, (2) een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of (3) een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is.

De laatste categorie, die zijn oorsprong vindt in het *Lindenbaum/Cohen*-arrest, wordt ook wel kort aangeduid als 'de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm' of (korter) als 'de zorgplicht' en zal in de meeste gevallen de grondslag zijn waarop de secundaire aansprakelijkheid wordt gegrond.<sup>44</sup> In de gevallen waarin er door de secundaire partij een concrete wettelijke norm is geschonden, ligt een beroep op de tweede onrechtmatigheidscategorie – 'strijd met een wettelijke plicht' – in de rede.<sup>45</sup> De derde categorie, 'inbreuk op een recht', zal daarentegen een meer beperkte betekenis hebben in secundaire aansprakelijkheidsprocedures.<sup>46</sup> Uiteraard is een combinatie van de voornoemde onrechtmatigheidsgrondslagen in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure denkbaar, bijvoorbeeld bij wijze van een primaire en subsidiaire grondslag.

In de norm- of zorgplichtschending<sup>47</sup> ligt de rechtvaardiging voor secundaire aansprakelijkheid besloten: als de secundaire partij (meer) adequaat had gehandeld, dan was de schade (naar de kennelijke verwachting) niet of niet in de uiteindelijke mate ingetreden. Schending van een norm of zorgplicht kan dus leiden tot aansprakelijkheid van de secundaire partij (de private ruimte) ten opzichte van derden (haar bezoekers) die als gevolg daarvan schade lijden. Op de secundaire partij rust

44 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919/161 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*). Zie hierover onder meer Giesen 2005a, p. 100.

45 Zoals bijvoorbeeld het geval was in de secundaire (overheids)aansprakelijkheidszaken: HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwabak Linda*) en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Een beroep op deze tweede onrechtmatigheidscategorie zal met name aan de orde zijn in de kwesties waarin de overheid als secundaire partij wordt aangesproken. De verklaring kan daarin zijn gelegen dat er voor de overheid meer wettelijke bepalingen over toezicht gelden dan voor andere partijen (denk bijvoorbeeld aan art. 1:25d Wft ten aanzien van financiële toezichthouders). Gewezen zij ook op Hartlief 2002, p. 461, die opmerkt dat het (nog) moeilijker is om 'tegen' secundaire aansprakelijkheid te zijn als er een wettelijke taakopdracht is waarin de secundaire partij is tekortgeschoten.

46 Vgl. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/48: 'Toch is het nalaten niet een inbreuk op de aanspraak op een handelen, maar kan het nalaten gezien de gevolgen onzorgvuldig zijn jegens de gerechtigde.'

47 Met de norm- en zorgplichtschending beoog ik hier en in de rest van het onderzoek gemaximaliseerde alle hiervoor genoemde categorieën of wijzen van 'onrechtmatig handelen' in de zin van art. 6:162 lid 2 BW aan te duiden. Gewezen zij in dit verband op Tjong Tjin Tai 2019, p. 26 en 27, die opmerkt dat sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw een meer terminologische verschuiving heeft plaatsgevonden van het 'handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid' naar de 'schending van de zorgplicht'. Terecht wijst hij op het gevoelsmatige verschil tussen de twee termen, maar, aldus (ook) Tjong Tjin Tai, de inhoudelijke en vooral praktische relevantie van dit gevoelsmatige verschil is betrekkelijk klein, omdat de rechtspraktijk tegenwoordig nu eenmaal ook spreekt van zorgplichtschending. In de gevallen waarin een specifiek norm is overtreden (zoals de Wet wapens en munitie) zal ik in het vervolg van dit onderzoek (wel) veeleer spreken over 'de normschending'.

dan de verplichting tot vergoeding van (een deel van) de geleden schade, ook al heeft een andere (primaire) partij de schade direct in het leven geroepen.<sup>48</sup>

Uiteraard leidt niet elk door de secundaire partij gecreëerde of in stand gehouden risico tot aansprakelijkheid. Gewezen zij in dit verband op het *Zwiepende tak*-arrest, waarin de Hoge Raad meer in het algemeen met betrekking tot de aansprakelijkheid voor 'gevaarscheppend gedrag' overwoog:

[Het hof heeft miskend] dat niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag inherent gevaar, dat gedrag onrechtmatig doet zijn, maar dat zodanig gevaarscheppend gedrag slechts onrechtmatig is indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (het oplopen van letsel door een ander) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.<sup>49</sup> [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Secundaire aansprakelijkheid is dus aan de orde als een partij een zodanig gevaarlijke situatie heeft gecreëerd of in stand heeft gelaten, dat dit handelen of nalaten zich naar maatstaven van het ongeschreven recht als onzorgvuldig laat kwalificeren. Specifiek in de context van het onderhavige onderzoek betekent dit dat de secundaire partij slechts dan aansprakelijk zal zijn, indien de zorgvuldigheidsnorm meebrengt dat zij anders had moeten handelen dan zij deed om het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij te voorkomen of in omvang te beperken. Een en ander impliceert dat een mogelijkheid van ingrijpen moet hebben bestaan.<sup>50</sup> Het schadeveroorzakende gedrag van de ander moet in bepaalde mate voor de secundaire partij 'voorzienbaar' zijn geweest. Of, in de woorden van Giesen:

'De secundaire dader moet op enig moment enige mate van voorzorg hebben kunnen nemen, anders komt de (aansprakelijkheidsrechtelijke) lat te hoog te liggen. Dat is van belang, omdat niet alle onheil afwendbaar is; soms heeft iemand gewoon pech.'<sup>51</sup>

### 3.2.2 TOEZICHTSFALEN

Aan secundaire aansprakelijkheid gaat de mogelijkheid en noodzaak tot 'anders handelen' vooraf. Secundaire aansprakelijkheid veronderstelt dus een *rechtsplicht tot handelen*.<sup>52</sup> Deze plicht tot handelen zal in essentie neerkomen op het houden van méér of ander toezicht dan door de secundaire partij daadwerkelijk is betracht:

48 Zie specifiek in de context van scholen: Pajmans 2019, p. 19.

49 HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, r.o. 3.4 en 3.6, NJ 1996/403, C.J.H. Brunner (*Zwiepende tak*).

50 Van Tilburg 2012, p. 24.

51 Giesen 2014, p. 98.

52 In de context van de aansprakelijkheid wegens nalaten: Giesen 2005a, p. 51; Giesen 2014, p. 98. Zie ook Van Dam 1995, p. 51 e.v.; Tjong Tjin Tai 2006a, p. 161; Pajmans 2013, p. 356.



denk aan het treffen van preventieve maatregelen, het waarschuwen van relevante instanties of het op enigerlei andere wijze ingrijpen en daarmee voorkomen van de schade zoals de primaire partij die heeft veroorzaakt.<sup>53</sup>

In de literatuur wordt in dit verband ook wel over ‘toezichtsfalen’ gesproken. Meer in het bijzonder wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen algemeen en concreet toezichtsfalen.<sup>54</sup> Met algemeen toezichtsfalen wordt gebrekkig of onvoldoende toezicht bedoeld, zonder dat er concrete aanwijzingen waren die de toezichthouder tot verscherpt toezicht hadden moeten bewegen. Concreet toezichtsfalen houdt in dat er geen of onvoldoende toezicht wordt gehouden, ondanks de aanwezigheid van concrete aanwijzingen dat er iets mis zal gaan of is gegaan. Het zal vanwege de hogere voorzienbaarheidsgraad van het gevaar of de schade zijn dat in de literatuur wordt aangenomen dat aansprakelijkheid in geval van concreet toezichtsfalen sneller volgt dan in geval van algemeen toezichtsfalen.<sup>55</sup>

### 3.2.3 AANSPRAKELIJKHEID WEGENS NALATEN

#### 3.2.3.1 HET ALGEMEEN KADER

Uit het voorgaande volgt dat secundaire aansprakelijkheid kan zijn gelegen in een *doen*, maar (juist) ook veelvoudig zal bestaan uit *nalatig* handelen.<sup>56</sup> Een secundaire partij wordt immers met name vaak verweten ten onrechte te hebben nagelaten

53 Eerder Maes 2017a, p. 122. Jansen 2012, p. 391 e.v. betoogt meer in het bijzonder met betrekking tot *waarschuwingsplichten* dat voor het aannemen van zulks een plicht in gevaarzettingsituaties de vraag beantwoord dient te worden of de laedens, gegeven zijn kennis omtrent (i) het betrokken risico, (ii) de dreigende schade en (iii) de potentiële onoplettendheid van het slachtoffer, (iv) naar maatstaven van zorgvuldigheid was gehouden tot een waarschuwing. Zie nader over (de effectiviteit van) waarschuwingsplichten hoofdstuk 4, paragraaf 3.4.3.

54 Dit onderscheid is geïntroduceerd door Van Boom & Giesen 2001, p. 1676 en is nadien verworpen tot een veel breder gehanteerd onderscheid op dit gebied. Zie bijvoorbeeld Giesen 2002, p. 97; Giesen 2005a, p. 23 en p. 116-177; Van Rossum 2005, p. 14; Van Dam 2006, p. 24 en 111; A-G Timmerman in zijn conclusie (sub 3.16) voor HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam (*Vie d’Or*); Langemeijer 2010, p. 183; Pajmans 2013, p. 227-228; Scheltema & Scheltema 2013, p. 424; Bolt 2016, p. 84-87; Bolt & Ceulen 2016, p. 20; Gijsselaar & De Jong 2016, p. 38; Barkhuysen & Swagemakers 2017, p. 996; A-G Hartlief in zijn conclusie (sub 3.7 e.v.) voor HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier (*J./Staat*); Van Ettekoven e.a. 2018, p. 67; Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, p. 515; A-G Langemeijer in een van zijn twee conclusies (ECLI:NL:PHR:2019:450, noot 62) voor HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*); Van Dam 2020, p. 414.

55 Waarbij HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverloftbs-gestelde*) ter illustratie kan dienen. Zie hierover Barkhuysen & Diepenhorst 2005, p. 309; Giesen 2005a, p. 136; Barkhuysen & Van Emmerik 2019, p. 45 en 46. De vraag of dit beeld in de door mij geschetste rechtspraakanalyse herkend wordt, valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Naast de signalering van het onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen, wordt aan dit onderscheid in het vervolg van het onderzoek niet meer gerefereerd.

56 Giesen 2005a, p. 51. Zie over het onderscheid tussen een ‘doen’ en een ‘nalaten’ Kortmann 2005, p. 5-8 en 75-78; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/36 e.v. Dit onderscheid is overigens niet heel scherp, maar dat is niet problematisch, omdat er geen directe consequenties aan zijn verbonden. Vgl. Van Rossum 2005, p. 97-100; Van Dam 2020, p. 88-89.



een bepaalde handeling te verrichten teneinde de schade te voorkomen (iets ‘niet te doen’).<sup>57</sup>

Juridisch nalaten impliceert dat een bepaalde (gerechtvaardigde) verwachting die de benadeelde had, door de secundaire partij niet is uitgevoerd of anderszins is waargemaakt.<sup>58</sup> Voor de beantwoording van de vraag of de secundaire partij had moeten handelen en, door dat niet te doen, een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, zal de omvang van de zorg afgewogen moeten worden tegen de omvang van het risico.<sup>59</sup> Een en ander wordt ook wel als de mate van ‘gevaarzetting’ aangeduid. Welke factoren bij deze afweging precies van belang zijn, is in de jurisprudentie nader ingekleurd en afgebakend.<sup>60</sup> Meer in het bijzonder is daarbij het op gevaarzetting geënte *Kelderluik*-arrest van belang.<sup>61</sup>

De feiten die tot het *Kelderluik*-arrest aanleiding gaven, laten zich als volgt samenvatten. De heer Sjouwerman, werknemer van Coca-Cola Corp., heeft op 23 februari 1961 in café De Munt in Amsterdam een kelderluik opengezet en ook open laten staan. Nadien is de heer Duchateau dit café binnengelopen, omdat hij ‘hoog nodig zijn gevoeg moest doen’.<sup>62</sup> Op weg naar zijn eindbestemming viel hij in de kelder en brak daardoor zijn been. De heer Duchateau stelde Coca-Cola Corp. aansprakelijk, waarna de Hoge Raad met dit feitencomplex in de hand een van de belangrijkste arresten van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht wees. Meer in het bijzonder gaat het om de volgende overweging:

‘Alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen treft. Daarbij dient te worden gelet op:

57 Giesen 2005a, p. 216. Zie ook Van Rossum 2005, p. 97-98.

58 Tjong Tjin Tai 2007, p. 2540.

59 Van Dam 2020, p. 68-69.

60 Voor de volledigheid wijs ik erop dat specifiek in de context van de toezichhoudersaansprakelijkheid – wat niet noodzakelijkerwijze altijd een secundaire aansprakelijkheid behoeft te zijn, maar vaak wel zal zijn (zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.1) – in de rechtsliteratuur is getracht een algemenere norm, althans algemene gezichtspunten te ontwikkelen. Zie bijvoorbeeld Van Rossum 2001, p. 14 e.v., die een vijftal gezichtspunten formuleert waarmee de rechter rekening moet houden. Vgl. Van Dijk 2003, p. 192. Zie ook Giesen 2005a, p. 106-112, die bepleit aan te sluiten bij de norm van de ‘redelijk handelend toezichhouder’. Vgl. Beumers & Van Boom 2016, p. 1 over ‘de maatmens’ die wordt gebruikt ter invulling van de maatstaf van ‘redelijk handelend’ en Van Rooij 2017, p. 337-346, die spreekt over de norm van ‘goed beheerderschap’ voor de beheerder van een semipublieke ruimte. Ondanks het incidentele succes van deze pogingen, lijkt van een algemene norm niet gesproken te kunnen worden: daarvoor hangt de aansprakelijkheid te nauw samen met de omstandigheden van het geval. Vgl. Van Dam 2006, p. 93.

61 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

62 Zie de conclusie (eerste alinea) van A-G Van Oosten voor HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

- (i) de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht;
  - (ii) de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan;
  - (iii) de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben; en
  - (iv) de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.<sup>63</sup>
- [mijn bewerking, KLM]

In secundaire aansprakelijkheidskwesties zullen deze zogenoemde ‘Kelderluik-factoren’ bij de beoordeling van de zorgplicht een belangrijke rol spelen, zo zal ook uit de rechtspraakanalyses in de navolgende hoofdstukken blijken.<sup>64</sup> De Kelderluik-factoren treden meer op de achtergrond in die gevallen waarin door de secundaire partij concrete wettelijke regels zijn geschonden.<sup>65</sup>

De hiervoor gebezigde formulering van de Kelderluik-factoren is niet in beton gegoten, zo blijkt uit de nadien verschenen literatuur en jurisprudentie.<sup>66</sup> De Hoge Raad voegde in de arresten *Bidtpollen/Miedema* en *JMV/Zürich* elementen toe aan deze factoren, althans gebruikte andere bewoordingen ter invulling ervan. Zo sprak de Hoge Raad in deze arresten over ‘de kans op schade’, ‘de gebruikelijkheid van voorzorgsmaatregelen’ en ‘de aard van de gedraging’.<sup>67</sup>

Voor secundaire aansprakelijkheidsvraagstukken zal de importantie of de kern van de Kelderluik-factoren echter met name in de daarin besloten liggende voorzienbaarheidseis gelegen zijn, zo zal ook uit het vervolg van dit onderzoek blijken.<sup>68</sup> Een zorgplicht zal immers alleen dan kunnen bestaan als er sprake was van

63 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, een-na-laatste (ongenummerde) overweging, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

64 Voor de volledigheid zij opgemerkt dat deze Kelderluik-factoren niet alleen relevant zijn gebleken in (secundaire) gevaarzettingssituaties, maar vaker van stal worden gehaald als het gaat om een beoordeling van de maatschappelijke zorgvuldigheid. Vgl. Hartlief 2019, p. 20 en 21. Zie voor een overzicht van de toepassing van de Kelderluik-factoren, Asser/Sieburgh 6-IV 2019/58 e.v.

65 Van Dijk 2003, p. 192; Albers 2005, p. 491; Giesen 2005a, p. 115; Van Rossum 2005, p. 65; Van Rooij 2017, p. 341.

66 Zie Van Maanen 2008, par. 2, die de Kelderluik-factoren bestempelt als ‘common sense’ en Jansen 2018, die wijst op bepaalde inconsistenties in de rechtspraak van de Hoge Raad van de afgelopen jaren in de toepassing van de Kelderluik-factoren.

67 HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, *NJ* 2006/244 (*Bidtpollen/Miedema*); HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345, *NJ* 2017/467, m.nt. J. Spier (*JMV/Zürich*). Van Dam 2020, p. 81 e.v. spreekt ook over de ‘aard van de gedraging’ als onrechtmatigheidsfactor, evenals Brunner in zijn annotatie onder HR 6 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4257, *NJ* 1982/567, sub 2 (*Bloedprik*), die het achterwege laten van ‘gebruikelijke voorzorgsmaatregelen’ in beginsel onzorgvuldig acht. Hartlief 2019, p. 21, geeft aan dat met de ‘aard van de gedraging’ wordt bedoeld op de context waarin de gedraging plaatsvindt. Jansen 2018, p. 100, meent dat deze toevoegingen niet noodzakelijk een verbetering opleveren van de Kelderluik-factoren, maar dat daardoor juist nuanceverschillen verloren kunnen gaan.

68 Vgl. Bolt 1996, p. 163 en 164. Uit de daarover gewezen literatuur kan worden afgeleid dat een of meerdere van de Kelderluik-factoren in de voorzienbaarheid kunnen worden ondergebracht. Vgl. ook Giesen 2005a, p. 115, die het eerste criterium als voorzienbaarheid vertaalt. Van Rossum 2005, p. 67 e.v. heeft het over de voorzienbaarheid van het intreden van de schade als een van

enigerlei vorm van wetenschap (voorzienbaarheid) bij de secundaire partij: wist zij of behoorde zij in alle redelijkheid te weten van de schade die de primaire partij in potentie in het leven zou gaan roepen?<sup>69</sup> Dit zal zich veelal vertalen in de vraag of er concrete aanwijzingen bestonden dat er een gevaar op de loer lag, zodat er een plicht tot handelen kon ontstaan (paragraaf 3.2.2).<sup>70</sup> Zodoende zal in secundaire aansprakelijkheidsprocedures steeds bepaald moeten worden of de mate van het risico dat zich voordeed, ‘gecounterd’ is door de juiste mate van zorg, gegeven die specifiek voor de secundaire partij bekende risico’s.<sup>71</sup>

### 3.2.3.2 GEWOON EN ZUIVER NALATEN

In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen ‘gewoon’ en ‘zuiver’ nalaten.<sup>72</sup> In de casus van het hiervoor besproken *Kelderluik*-arrest wordt gesproken over ‘gewoon’ nalaten: de aangesproken partij is betrokken geweest bij het creëren van een op zichzelf toegestaan gevaar, zoals het openzetten van een kelderluik. Alhoewel de definitie van ‘zuiver’ nalaten geen vastomlijnde is, lijkt de gemeenschappelijke deler in de literatuur te zijn dat hiervan sprake is indien de aangesprokene geen bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het gevaar, maar de verdere realisering van dat gevaar niet heeft tegengehouden.<sup>73</sup> In het geval van zuiver nalaten is de nalatige zelf dus niet actief betrokken geweest bij het creëren of het ontstaan van een gevaarsituatie, zoals het openzetten van een kelderluik.<sup>74</sup>

---

de *Kelderluik*-factoren, waarin zij de eerste drie *Kelderluik*-factoren doet samenvallen. Tjong Tjin Tai 2005, p. 367 en 368, werpt voor aansprakelijkheid als eerste een risicodrempel op, met een doorslaggevende rol voor de voorzienbaarheid, waarna de tweede drempel de te nemen voorzorgsmaatregelen betreft. Gewezen zij ook op Van Rooij 2017, p. 343 en 344, die de eerste drie *Kelderluik*-factoren in één adem onder ‘de voorzienbaarheid van het gevaar’ schaaft.

69 De voorzienbaarheid van het risico, gevaar of de schade – dat wil zeggen: het gehele feitenrelaas dat aan het ontstaan van de door de primaire partij veroorzaakte schade voorafgaat, waaronder dus ook (en in het bijzonder) wordt verstaan de voorzienbaarheid van het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij – wordt in het vervolg van dit onderzoek ook wel verkort aangeduid als de ‘voorzienbaarheid van de schade’.

70 Vgl. Van Tilburg 2012, p. 21.

71 Zie hierover ook Giesen 2014, p. 98.

72 Zie onder andere A-G Timmerman in zijn conclusie (sub 3.2) voor HR 12 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7596, met een verwijzing naar Van Dam 1995, p. 48. Zie ook Franssen & Van Tilborg 2014, p. 133-136. Zie hierover eerder specifiek in de context van de aansprakelijkheid van de ouders van Tristan van der V., Maes 2017a, p. 123.

73 Giesen 2005a, p. 49; Tjong Tjin Tai 2007, p. 2543; Van Dam 2015, p. 233; Bolt & Ceulen 2016, p. 19. Verheij 2019, p. 87, lijkt een ietwat bredere definitie te hanteren. Zie over dit onderscheid eerder Maes 2017a, p. 123.

74 Verheij 2019, p. 87. Aangetekend dient te worden dat er in de literatuur ook wel kritiek is geweest op het onderscheid tussen ‘gewoon nalaten’ en ‘zuiver nalaten’ of tussen ‘nalaten’ en een ‘doen’, omdat dit onderscheid vaak moeilijk te maken is. Vgl. Giesen 2005a, p. 73; Van Rossum 2005, p. 100; Van der Wiel 2005, p. 161. Anders: Tjong Tjin Tai 2007, p. 2543. Naar mijn idee zal het veelal een semantische discussie zijn. Na de toets uit het (hierna te bespreken) *Struikelende broodbezorger*-arrest is de onrechtmatigheid immers nog geen gegeven. Binnen het daarmee vastgestelde kader (van bijvoorbeeld de bijzondere relatie) wordt immers vervolgens door de rechter bekeken in hoeverre de schade voorzienbaar was, de (uitgebleven) maatregelen bezwaarlijk, etc., en wordt dus in feite gekeken naar de *Kelderluik*-factoren. Zie hierover nader hoofdstuk 7, paragraaf 5.7.

Het *Struikelende broodbezorger*-arrest is voor deze categorie van zuiver nalaten illustratief.<sup>75</sup> Zoals de naam van het arrest al doet vermoeden, ging het in deze zaak om een broodbezorger die struikelde over een touwtje dat over een pad was gespannen. De twee kinderen die eerder over het touwtje waren gestapt en in de 'onmiddellijke nabijheid' waren gaan spelen, hadden nagelaten de man te waarschuwen. De vraag was of deze kinderen een rechtsplicht tot handelen hadden geschonden (en of de ouders daarvoor aansprakelijk waren), nu zij geen enkele poging hadden ondernomen de gevaarlijke situatie – die zij dus niet zelf in het leven hadden geroepen – op te heffen.

De Hoge Raad oordeelde dat in deze gevallen alleen dán een rechtsplicht tot handelen voor de (secundaire) partij bestaat – bestaande uit bijvoorbeeld het waarschuwen, het beveiligen of het houden van toezicht – indien (1) de ernst van het gevaar voor derden *tot het bewustzijn van deze waarnemer is doorgedrongen*,<sup>76</sup> of (2) er een bijzondere verplichting tot zorg en oplettendheid voortvloeit uit een *speciale relatie* met (2.1) het slachtoffer<sup>77</sup> of (2.2) de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet.<sup>78</sup> Nu in het onderhavige geval het specifieke gevaar dat het gespannen touwtje met

---

Voor de secundaire aansprakelijkheidstoets blijkt uit de rechtspraakanalyse in de navolgende hoofdstukken bovendien dat de rechter niet de vraag beantwoordt in hoeverre er van 'gewoon' of 'zuiver' nalaten sprake is, en er in de regel steeds getoetst wordt aan de *Kelderluik*-factoren, terwijl het *Struikelende broodbezorger*-arrest zelden als toetsingskader voor de beoordeling van secundaire zorgplichten wordt gebruikt. Ik zal daarom – los van de bespreking van het onderscheid tussen 'zuiver' en 'gewoon' nalaten in deze paragraaf – aan het onderscheid in de rechtspraakanalyses van dit onderzoek niet meer refereren.

75 HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149, m.nt. G.J. Scholten (*Struikelende broodbezorger*). Meer uitvoerig over dit arrest zijn Van Dam 1995, p. 439-441; Giesen 2005b, p. 29; Giesen 2014, p. 93; Oldenhuis 2014, p. 11-12; Van Dam 2020, p. 91.

76 Zie hierover Tjong Tjin Tai 2006a, p. 161; Van Dam 2020, p. 91-92. De A-G wees in zijn conclusie voor het *Struikelende broodbezorger*-arrest overigens terecht op de bewijsproblemen die rijzen bij het element van 'het bewustzijn van het gevaar'. Ook Scholten benadrukte in zijn annotatie onder dit arrest de restrictieve houding van de Hoge Raad door op te merken dat 'de Hoge Raad van dergelijke rechtsplichten kennelijk niet gemakkelijk wil weten'.

77 Een voorbeeld van een zaak waarin een zorgplicht werd aangenomen in verband met de speciale relatie die de aangesprokene met het slachtoffer had, betreft de in hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.3 te bespreken uitspraak Rb. Zwolle-Lelystad 6 januari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BK7412 (*Openbaar Onderwijs Zwolle*). In deze zaak had een 'loverboy' een leerling verleid om ontuchtige handelingen te plegen. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat op een school een (ongeschreven) speciale zorgplicht voor de gezondheid en veiligheid van de leerlingen rust: een school moet zich inspannen om gevaarlijke situaties te voorkomen of op te heffen.

78 Een voorbeeld van een zaak waarin er een speciale relatie tot een plaats bestond, betreft het *Jetblast*-arrest, HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*). In deze zaak stond een toerist aan het hek van het vliegveld op Sint Maarten naar opstijgende vliegtuigen te kijken, waarna zij – op het moment dat een van de vliegtuigen de straalmotoren openzette – door een 'jetblast' een paar meter naar achteren tegen de rotsen werd geworpen. De Hoge Raad overwoog in deze zaak dat indien de voor het gevaar verantwoordelijke persoon het gevaar tracht op te heffen door het geven van waarschuwingen (bijvoorbeeld door het plaatsen van een waarschuwingsbord), voor de toereikendheid daarvan bepalend is of valt te verwachten dat de waarschuwing zal leiden tot gedrag waardoor het gevaar wordt vermeden. Zie nader hoofdstuk 4, paragraaf 3.4.3.1 en Giesen 2005b, p. 33-40; Giesen 2014, p. 93; Van Dam 2020, p. 99-100.

zich meebracht niet tot het bewustzijn van de kinderen was doorgedrongen en er ook geen bijzondere zorg tot oplettendheid ten opzichte van het eigen erf kon worden aanvaard, kon niet worden aangenomen dat de kinderen onrechtmatig hadden gehandeld.

### 3.2.4 DE SECUNDAIRE ZORG(ELEMENTEN)

Voor een goed begrip van de secundaire zorgplicht is het tot slot van belang om op te merken dat deze zorgplicht is te ontleden in verschillende 'zorgelementen'. Deze elementen vullen de zorgplicht in en geven deze betekenis. Zo bleek uit de hiervoor geschetste kaders reeds dat een rechtsplicht tot handelen slechts dan kan bestaan als er een bepaalde 'zorgrelatie' tussen de 'zorgdrager' (de primaire of de secundaire partij) en de 'zorgontvanger' (de derde) bestaat die bepaalde 'zorgdaden' van de zorgdrager met zich meebrengt. In de aanloop naar de analyse van (de kenmerken van) de secundaire zorgplicht in de opvolgende hoofdstukken, bespreek ik in deze paragraaf – geïnspireerd door het werk van Tjong Tjin Tai<sup>79</sup> – zowel de *zorgrelatie* tussen de secundaire partij en de bezoeker, alsmede de specifiek te betrachten zorg dat in de zorgrelatie tussen de secundaire partij en het slachtoffer besloten ligt (de *zorgdaden*).<sup>80</sup>

In de eerste plaats de zorgrelatie.<sup>81</sup> Een zorgplicht kan slechts bestaan als daar een bepaalde zorgrelatie aan ten grondslag ligt. De vraag is echter wat precies maakt dat er uit een bepaalde relatie een plicht tot zorg ontstaat. In navolging van de psychologe Carol Gilligan,<sup>82</sup> wordt door Tjong Tjin Tai een verbinding gemaakt tussen zorg en verantwoordelijkheid. De verantwoordelijkheid van de secundaire zorgdragers zal in essentie de plicht inhouden om de veiligheid te waarborgen van de bezoekers van hun private ruimten (om niet te falen in hun 'toezichtsplicht', zoals hiervoor werd omschreven). Deze verantwoordelijkheid is een gevolg van de zorgrelatie, zij het een gevolg dat behoort tot de kern van wat de relatie inhoudt. De sterkte van de zorgrelatie vormt een indicatie van de plicht tot zorg: hoe nauwer de relatie tussen de secundaire partij en de bezoeker is, hoe groter de plicht tot zorg zal zijn.<sup>83</sup>

79 Tjong Tjin Tai 2006a, m.n. p. 68-72, 93-94, 97-98 en 147-149. Zie hierover al eerder Maes 2016, p. 6-8.

80 Dit type zorg wordt per individuele ruimte in de hoofdstukken 3 t/m 6 en, abstraherend van de aansprakelijkheid van de individuele ruimten, in hoofdstuk 8, paragraaf 3 besproken.

81 Tjong Tjin Tai 2006a, p. 70. Tjong Tjin Tai definieert de zorgrelatie als: 'een relatie tussen de zorgverlener en de zorgontvanger die de reden vormt waarom de zorgverlener betrokken is of dient te zijn bij bepaalde belangen van de zorgontvanger'. In die zorgrelatie worden, zoals opgemerkt, de secundaire partijen als de zorgverleners c.q. zorgdragers en de bezoekers van private ruimten als zorgontvangers aangemerkt.

82 Zie Gilligan 1982, p. 18-19, 21 en 72-73. Ontleend aan Tjong Tjin Tai 2006a, p. 18-23.

83 In de paragrafen hiervoor besprak ik al dat – naast de sterkte van de zorgrelatie – met name ook de voorzienbaarheid van de schade een belangrijke indicatie voor het bestaan en de omvang van de zorgplicht vormt.

Bij de formulering van de verantwoordelijkheden van secundaire partijen ten opzichte van hun bezoekers, zal het doorgaans gaan om vrij *algemene of abstracte* zorgrelaties en daaruit voortvloeiende 'zorgdaden' die ten grondslag liggen aan de secundaire zorgplicht. Denk hierbij aan de zorg om de veiligheid te waarborgen, het organiseren van toezicht om onbekende ongevallen c.q. aanslagen te voorkomen en aan de verantwoordelijkheid tot het lokaliseren van afdoende politie en beveiliging om tijdig te kunnen ingrijpen. De hierin gelegen mate van abstractie (en de zwakte van de zorgrelatie) komt met name naar voren als deze secundaire zorgdaden worden vergeleken met de primaire zorgdaden van bijvoorbeeld een ziekenhuis tegenover zijn patiënt (bijvoorbeeld: behandeling gericht op genezing van ziekte A) of een bank tegenover zijn klant (bijvoorbeeld: sparen of beleggen met als streven het behalen van maximaal rendement). Het verschil is dat bij de primaire zorgdaden (1) de groep zorgontvangers duidelijker afgebakend en te concretiseren valt en (2) de behoefte van de zorgontvangers, en dus hetgeen waar de zorgrelatie zich op richt (geneeskundige behandeling, winstmaximalisatie), concreet en vooraf duidelijk is. Ik ga hier in de analyse van hoofdstuk 8, paragraaf 3 nader op in.

Dan, en in de tweede plaats, de vraag hoe de hiervoor beschreven zorgdaden zich precies laten kwalificeren. Tjong Tjin Tai onderscheidt drie 'soorten' zorg: onmiddellijke, middellijke en afgeleide zorg.<sup>84</sup> Onmiddellijke zorgdaden vloeien voort uit de meest herkenbare zorgplichten: het gaat hierbij om de zorg die rechtstreeks en onmiddellijk gericht is op de concreet gekende belangen van de zorgontvanger. Denk hierbij aan de zorg van een school voor de cognitieve ontwikkeling van een leerling of de zorg van een arts gericht op de genezing van een zieke patiënt. Middellijke zorgdaden zijn daarentegen gericht op zorg voor een tussenliggend object of resultaat, waarvan verondersteld wordt dat dit in het belang is van de achterliggende persoon. Tjong Tjin Tai geeft hierbij als voorbeeld de zorg voor een plant tijdens de afwezigheid van de eigenaar: de zorg zelf is gericht op de plant, maar het uiteindelijke doel van de zorg is gelegen in het belang van de eigenaar bij het gedijen van de plant.<sup>85</sup>

Ik schaar de zorgplichten van secundaire partijen onder de noemer van de derde categorie: de door Tjong Tjin Tai gedefinieerde 'afgeleide zorg'. Van afgeleide zorg is sprake als de betreffende belangen van de zorgdrager niet concreet gekend worden, maar wel duidelijk is dat enige zorg voor die belangen nodig is. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om onbekenden (bezoekers) die gevaar lopen door een voorgenomen daad van een andere (primaire) partij. Omdat de belangen van zulke onbekenden niet concreet gekend kunnen worden, zullen voorzorgsmaatregelen noodgedwongen moeten uitgaan van de potentieel geraakte belangen en de naar ervaringsregels door deze zorgontvangers gewenste handelswijze tegenover die belangen.<sup>86</sup> Tjong Tjin Tai merkt over de beoordeling van die afgeleide zorgplichten op:

---

84 Tjong Tjin Tai 2006a, p. 68-69.

85 Tjong Tjin Tai 2006a, p. 69.

86 Aldus Tjong Tjin Tai 2006a, p. 69.



(...) er vindt (...) geen afweging plaats van concrete zich voordoende belangen, maar slechts van abstract gekende potentieel geraakte belangen. Het gaat om zorg die bemiddeld is door ervaringsregels en verwachtingspatronen.<sup>87</sup>

Als een en ander vertaald wordt naar de context van de secundaire aansprakelijkheid, zijn wat mij betreft de volgende constatering gerechtvaardigd. Waar de zorg van de secundaire partij precies op ziet, is vanwege het (haast per definitie) onvoorspelbare gedrag van de primaire partij op voorhand onduidelijk; die zorg zal moeten worden gebaseerd op wat naar ervaringsregels de gewenste handelswijze zou zijn. Bij gebrek aan kennis van het concrete belang van de bezoeker – tegen welk schadeveroorzakend handelen van welke precieze primaire partij(en) moet deze bezoeker in potentie worden beschermd? – moeten de secundaire zorgdaden noodzakelijkerwijs veralgemeniseerd en afgeleid worden van wat de secundaire partij wél bekend is of had moeten zijn. Dit betreft de potentieel geraakte belangen van de zorgontvangers (derden) en de naar ervaringsregels door die zorgontvangers gewenste handelswijze tegenover die belangen ('de algemene risico's'). De secundaire zorgplicht wordt dus, concluderend, afgeleid van wat – met het oog op het onvoorspelbare gedrag van de primaire partij – zorgvuldig gedrag is in relatie tot de belangen van het potentiële slachtoffer (de bezoeker). Ik kom hier in het vervolg van het onderzoek meermaals op terug.

### 3.2.5 TUSSENCONCLUSIE

Voor de vestiging van buitencontractuele, secundaire aansprakelijkheid is krachtens art. 6:162 lid 1 BW onder meer een 'onrechtmatige gedraging' van de aangesproken partij vereist. Met name de onrechtmatigheidscategorie van de 'ongeschreven zorgvuldigheidsnorm' of de 'zorgplicht' zal in de meeste gevallen de grondslag zijn waarop de secundaire aansprakelijkheid wordt gegrond. Deze zorgplicht zal in essentie neerkomen op het 'houden van toezicht', waaronder ook het treffen van preventieve maatregelen moet worden verstaan. Bij de invulling van de secundaire zorgplicht zullen in het algemeen de *Kelderluik*-criteria, en meer in het bijzonder de daarin verankerde voorzienbaarheidseis van belang zijn.

Naast een onrechtmatige gedraging, vergt art. 6:162 BW voor de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid ook schade, causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade en de toerekenbaarheid van die gedraging aan de secundaire partij. Bovendien kan de relativiteit van art. 6:163 BW een rol spelen bij de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid. Ondanks dat het onderhavige onderzoek ziet op de secundaire zorgplicht, en niet op de andere vereisten voor aansprakelijkheid, worden deze vereisten in het vervolg van deze paragraaf – gezien in het licht van de mogelijke relevantie voor secundaire aansprakelijkheden – (kort) besproken.

87 Tjong Tjin Tai 2006a, p. 155.

### 3.3 ANDERE (VESTIGINGS)VOORWAARDEN

#### 3.3.1 CAUSALITEIT

Het vereiste van causaal verband valt uiteen in twee onderdelen.<sup>88</sup> Allereerst wordt door de rechter op grond van art. 6:162 lid 1 BW ('dientengevolge') beoordeeld of er is voldaan aan het *condicio sine qua non*-verband.<sup>89</sup> Vervolgens wordt bekeken of de schade ook in redelijkheid aan de secundaire partij kan worden toegerekend als bedoeld is in art. 6:98 BW (zie paragraaf 4.2).

Met de term '*condicio sine qua non*' ('*csqn*-verband') wordt tot uitdrukking gebracht dat het onrechtmatige handelen of nalaten een noodzakelijke voorwaarde moet zijn geweest voor het ontstaan van de schade.<sup>90</sup> Of dit het geval is, wordt bepaald door een vergelijking te maken tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie waarin dit handelen of nalaten wordt weggedacht. Voor de vaststelling van het *csqn*-verband in secundaire aansprakelijkheidszaken zal dus in essentie de vraag beantwoord moeten worden of de schade ook (in die mate) zou zijn veroorzaakt door de primaire partij indien er wél voldoende of correct toezicht door de secundaire partij zou zijn uitgeoefend.<sup>91</sup> Als het antwoord daarop bevestigend luidt, dan zou correct toezicht de schade niet voorkomen hebben en ontbreekt het *csqn*-verband (en wordt de secundaire aansprakelijkheid afgewezen).<sup>92</sup>

Het is in secundaire aansprakelijkheidszaken in beginsel niet anders of lastiger om het *csqn*-verband vast te stellen dan in primaire aansprakelijkheidszaken.<sup>93</sup> Het feit dat het bij secundaire aansprakelijkheid veelal om een nalaten gaat, kan die beoordeling echter wel compliceren. Zo merkt Giesen op:

88 Asser/Sieburgh 6-II 2017/50; Van Dam 2020, p. 534-535.

89 Zie hierover Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 340; Hijma & Olthof 2017, p. 272; Hartlief 2018, p. 287.

90 Hartlief 2018, p. 287 spreekt voor wat betreft dit *csqn*-verband tussen de onrechtmatige daad en de schade ook wel over 'een minimumvoorwaarde'.

91 Voor (secundaire) aansprakelijkheid is niet vereist dat dit falende toezicht ook de enige rechtens relevante oorzaak is van de schade. Zie hierover Asser/Sieburgh 6-II 2017/85, waarin Sieburgh kernachtig opmerkt: 'Veel beschouwingen over de causaliteit wekken de indruk – en soms wordt dit ook wel uitdrukkelijk betoogd – dat het oordeel, dat de schade het gevolg is van een onrechtmatige daad of andere gebeurtenissen waarop aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, impliceert dat die gebeurtenis ook de enige relevante oorzaak is van de schade. Dit is onjuist. (...) Om vast te stellen of de schuldenaar aansprakelijk is, behoeft echter in het algemeen slechts te worden beoordeeld of de gedraging of omstandigheid waarvoor hij de verantwoording draagt, de oorzaak is van de schade. Daarbij kan dan buiten beschouwing blijven of de schade mede door andere feiten is veroorzaakt.' Evenmin is overigens volstreekte zekerheid over het *csqn*-verband vereist: er moet bewezen worden dat 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid' bestaat dat de schade het gevolg is van het onrechtmatige handelen.

92 Giesen 2005a, p. 171.

93 Giesen 2005a, p. 171 en 172 ('Grote causaliteitsthema's zoals onzeker daderschap, onzeker slachtofferschap, beide tegelijk, meervoudige causaliteit, doorbreking van causale ketens, etc., doen zich hier in principe niet voor, althans niet in grote mate').



‘De beoordeling van dat verband zal dan minder eenvoudig zijn, omdat in een dergelijk geval beoordeeld dient te worden wat *hypothetisch* gebeurd zou zijn als er *hypothetisch* gesproken wel gehandeld zou zijn, terwijl alleen duidelijk is dat die handeling achterwege is gebleven. Daaraan ten grondslag ligt de ruimere vraag hoe een “niet-doen” causaal zou kunnen zijn voor het ontstaan van een bepaalde schade.’<sup>94</sup>

Hoewel het onderhavige onderzoek ziet op de (problematiek rondom) de secundaire zorgplicht en niet zozeer op de causaliteit, merk ik op dat óók het csqn-verband dus wel degelijk een struikelblok kan zijn in secundaire aansprakelijkheidszaken.<sup>95</sup> Meer in het bijzonder zal het op problemen stuiten in gevallen van *zuiver* nalaten (paragraaf 3.2.3.2). Gewezen zij ter illustratie op de rechtspraak met betrekking tot de secundaire zorgplicht van scholen, waarbij er tijdens de pauze een ongeval op het schoolplein plaatsvindt (zie hoofdstuk 3, paragraaf 5.3). In de daarover verschenen rechtspraak wordt veelal overwogen dat het toezicht van een bepaalde hoeveelheid leerkrachten op een bepaalde hoeveelheid kinderen (on)voldoende is.<sup>96</sup> De zorgplichtschending wordt zodoende vastgesteld. Desondanks blijft de (ingewikkelde) vraag of het specifieke incident ook had plaatsgevonden (dezelfde schade ook zou zijn ingetreden) als er wél voldoende toezichthoudende leerkrachten op het schoolplein aanwezig zouden zijn geweest. De vraag op welke partij de bewijslast van het (niet) bestaan van dit csqn-verband rust, is in die gevallen vaak cruciaal.<sup>97</sup>

### 3.3.2 SCHADE EN TOEREKENBAARHEID

Het vereiste van schade (art. 6:162 lid 1 BW) neemt geen bijzondere of afwijkende verschijningsvorm aan bij secundaire aansprakelijkheid. Zo komt de schade die door de primaire partij is veroorzaakt, en door de secundaire partij niet is voorkomen, in gelijke zin voor vergoeding in aanmerking indien aan de overige vereisten

94 Giesen 2005a, p. 172. Deze en andere problematische factoren worden door Giesen vervolgens nader toelicht en uitwerkt. Gezien het onderwerp van dit onderzoek naar de secundaire *zorgplicht*, volsta ik met deze signalering en een verwijzing naar zijn bijdrage.

95 Vgl. de annotatie van Spier onder HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, sub 14-17 (*J./Staat*); Van Dam 2020, p. 414-415.

96 Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle 27 januari 1999, ECLI:NL:RBZWO:1999:AI9866, VR 2000/26 (*Ongeval schoolplein*) (één surveillant op 100 leerlingen is onvoldoende); Hof 's-Hertogenbosch 7 september 2000, ECLI:NL:GHSHE:2000:AA7344, NJ 2001/577 (*Bamboestok*) (twee surveillanten op 40 leerlingen is voldoende); Rb. Overijssel (ktr.) 10 juli 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2755, r.o. 4.15 (*Putdeksel*) (twee surveillanten op 50 leerlingen is voldoende).

97 De bewijslast (en het bewijsrisico) van het causale verband tussen de normschending en de schade zal ingevolge de hoofdregel van art. 150 Rv in beginsel bij de eiser (het slachtoffer) liggen. In de rechtspraak van grofweg de laatste twintig jaar zijn er echter diverse processuele en materiële instrumenten ('bewijsrechtelijke tegemoetkomingen') ontwikkeld die uitkomst kunnen bieden voor de eisende partij in geval van bewijsnood bij de vaststelling van dat causale verband. Denk hierbij aan de omkeringsregel, de proportionele aansprakelijkheid, de processuele leer van het 'tot uitgangspunt nemen van causaliteit' en de theorie van het verlies van een kans. De relevantie en de bruikbaarheid van deze instrumenten gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten. Voor een overzicht zij daarom korthedshalve gewezen op Giesen & Maes 2014.

van art. 6:162 BW is voldaan. De toerekenbaarheid uit art. 6:162 lid 3 BW manifesteert zich bij secundaire aansprakelijkheid evenmin op een andere wijze dan zij in andere (primaire) aansprakelijkheidsgevallen doet.<sup>98</sup> De secundaire partij kan immers een zelfstandig verwijt worden gemaakt, welk verwijt in gelijke zin aan haar toegerekend moet kunnen worden als bij de primaire schadeveroorzaker het geval is.<sup>99</sup>

Aangetekend dient hooguit te worden dat de in hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.2 aangestipte voorzienbaarheidsproblematiek<sup>100</sup> (ook) bij de toerekenbaarheidsvraag de kop op kan steken, indien de mate van voorzienbaarheid bij de beoordeling van de toerekenbaarheid wordt betrokken.<sup>101</sup> In dat geval kan betoogd worden dat – als het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij voor de secundaire partij relatief slecht voorzienbaar was – de toerekenbaarheid van die schade aan de secundaire partij ook minder snel een gegeven zal zijn (en andersom). De complexiteit die bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht opspeelt (zie nader hoofdstuk 8, paragraaf 3.2), wordt dan in feite naar de vraag naar de toerekenbaarheid van de schade ‘verplaatst’.<sup>102</sup>

### 3.3.3 RELATIVITEIT

#### 3.3.3.1 DE AFGRENZENDE FUNCTIE

Het relativiteitsvereiste is neergelegd in art. 6:163 BW. Dit vereiste kan ertoe leiden dat, ondanks dat de secundaire partij een wettelijke norm heeft overtreden, in het concrete geval toch geen aansprakelijkheid wordt aangenomen, omdat de overtreden norm niet geacht wordt de belangen te beschermen die in het concrete geval door haar zijn geschonden.<sup>103</sup> Bedacht dient te worden dat het relativiteitsoordeel

98 Zie over toerekening in het algemeen Sieburgh 2000, p. 97 e.v.

99 Hartlief & Tjittes 2004, p. 1583; Giesen 2005a, p. 152; Van Rossum 2005, p. 92; Hartlief 2010, p. 603; Kortmann 2014, p. 117.

100 Waarop meer in het bijzonder in hoofdstuk 8, paragraaf 3.2 wordt ingegaan.

101 Zie bijvoorbeeld Van Dam 2006, p. 125 (‘In het wettelijk kader wordt dit voorzienbaarheids criterium veelal ondergebracht bij het toerekeningsvereiste van art. 6:162 lid 3 BW.’).

102 Bedacht dient echter te worden dat het oordeel omtrent de toerekenbaarheid van de schade vaak ingebakken zit in de vraag of er van een zorgplichtschending sprake is. Zie ook Van der Wiel 2007, par. 3. Vgl. de annotatie van Van Boom onder HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, JA 2007/2 (*Vie d’Or*), die het falend toezicht vertaalt in toerekenbaar onrechtmatig handelen, en Asser/Sieburgh 6-IV 2019, waaruit volgt dat de toerekenbaarheid doorgaans besloten ligt in de gestelde onrechtmatige handeling.

103 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129 constateert dat geldend recht is dat de bewijslast van de relativiteit op de eiser rust. Zie ook de conclusie (sub 2.10) van A-G Keus voor HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.nt. M.R. Mok (*Pharmacia/Cosmétique*) en de conclusie (sub 4) van A-G Spier voor HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca c.s./Amicon c.s.*). Betoogd wordt echter ook wel dat uit de negatieve formulering van art. 6:163 BW (‘geen verplichting’) kan worden afgeleid dat het in beginsel aan de aangesproken secundaire partij is om een beroep te doen op het ontbreken van de relativiteit. Zie bijvoorbeeld A-G Langemeijer in een van zijn twee conclusies (ECLI:NL:PHR:2019:450, sub 2.8) voor HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*) en Haazen

geen feitelijke vaststelling is aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van een norm, maar een normatieve afweging.<sup>104</sup> Dit geeft de rechter dus enige 'vrijheid' bij de beoordeling ervan.<sup>105</sup>

Het relativiteitsvereiste is vooral van belang bij of gericht op de onrechtmatigheids-categorie van de 'strijd met een wettelijke norm' (zie paragraaf 3.2.1).<sup>106</sup> Een inbreuk op iemands subjectief recht is vanwege de aard van de geschonden norm slechts onrechtmatig jegens degenen op wiens subjectief recht inbreuk wordt gemaakt. Ook bij een zorgplichtschending zal het relativiteitsoordeel veelal 'ingebakken' zitten in het onrechtmatigheidsoordeel: de ongeschreven normen zijn specifiek voor een bepaalde situatie opgesteld en zijn daarbij al gerelativeerd.<sup>107</sup>

De relativiteitsleer bestrijdt in essentie een te vergaande (secundaire) aansprakelijkheid, door te bekijken of de overtreden norm de strekking had om deze persoon in zijn belangen te beschermen en óf de in concreto geschonden belangen vielen onder de bescherming van de norm. In de literatuur wordt het bewaken van de grenzen van aansprakelijkheid dan ook als een (belangrijke) functie van het relativiteitsvereiste aangeduid.<sup>108</sup> Vooral in zaken waarin de overheid als secundaire partij is betrokken, heeft de relativiteit nog weleens aan de aanname van secundaire aansprakelijkheid in de weg gestaan.<sup>109</sup> Illustratief voor deze functie in

---

2019, p. 144. Zie over deze discussie met verwijzingen naar de relevante literatuur Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.6.1.

104 Verheij 2014, par. 3.1; Den Hollander 2016, p. 5.

105 Haazen 2019, p. 146.

106 Lindenberg 2018, p. 69; Verheij 2019, p. 33; Van Dam 2020, p. 123.

107 Haazen 2019, p. 144. Vgl. ook Giesen 2005a, p. 169; Lindenberg 2007, p. 7; Lindenberg 2018, p. 73; Van Dam 2020, p. 125. Vgl. Sieburgh in Asser/Sieburgh 6-IV 2019/135, die dit evenwel constateert, maar liever een zelfstandige beoordeling van de relativiteit ziet. Ook Den Hollander 2016, p. 57-58, bepleit een meer gescheiden toetsing van de schending van de zorgvuldigheidsnorm en de relativiteit.

108 Zie Van Geleijn Vitringa 1919, p. 29, die, als grondlegger van de relativiteit, ook de inperking van de aansprakelijkheid als een van de ratio's achter de relativiteitsleer blootlegde. Ook Bloembergen 1965, p. 176 constateerde reeds deze functie van relativiteitsbeginselen. Vgl. Hartlief 1997, p. 47; Giesen 2005a, p. 168; Van Rossum 2005, p. 81-82; Vranken in zijn annotatie onder HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, sub 7 (*Iraanse vluchtelingen*); Van Maanen 2013, p. 158; Verheij 2014, par. 3.3; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129; Verheij 2019, p. 40. Zie over die afgrenzende werking ook Van der Kooij 2019, p. 79 e.v. Zie over de relativiteit ook Lankhorst 1992; Lindenberg 2007, p. 4-8; Di Bella 2014, p. 119-145; Franssen & Van Tilborg 2015, p. 57-66; Den Hollander 2016. In de analyse van hoofdstuk 8 zal bovendien nader worden besproken dat de 'rem' die in secundaire aansprakelijkheidsprocedures kan worden ingetrapt, veelal zal bestaan uit een restrictieve toepassing van de secundaire zorgplicht, maar ook kan bestaan uit een restrictieve toepassing van het relativiteitsvereiste.

109 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/133; Haazen 2019, p. 149; Van Dam 2020, p. 124. Giesen 2005a, p. 168-170 benadrukt dat de relativiteit ook in deze zaken haar nut bewijst, nu de aansprakelijkheid van toezichthouders een in beginsel 'normale' aansprakelijkheid is. Alhoewel de secundaire aansprakelijkheid van de overheid slechts aan de orde komt indien dit indicatief is voor de secundaire aansprakelijkheid van private partijen, is het voor het begrip van de functie die relativiteit óók in private secundaire aansprakelijkheidszaken kan spelen, van belang deze arresten te bespreken (zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.2).

secundaire aansprakelijkheidsgevallen zijn de arresten *Duwbak Linda*<sup>110</sup> en *Schietincident Alphen aan den Rijn*.<sup>111</sup>

In het *Duwbak Linda*-arrest ging het om de schade veroorzaakt door een gebrekkige duwbak, waarvoor niettemin bij de keuring een certificaat in de zin van het Reglement onderzoek schepen op de Rijn ('RosR') was afgegeven. De duwbak was vervolgens door de eigenaar met touwen vastgebonden aan verschillende schepen die in eigendom waren van Van Hasselt. Toen de gebrekkige duwbak zonk, zorgde dat voor schade aan de eigendommen van Van Hasselt, die de Staat vervolgens aansprakelijk stelde vanwege de (vermeend) ondeugdelijke keuring. De Hoge Raad wees de vordering van Van Hasselt af, omdat niet was voldaan aan het relativiteitsvereiste: noch de herziene Rijnvaartakte en de RosR, noch enige andere regeling op het gebied van de bevordering van de veiligheid van het scheepvaartverkeer strekten tot bescherming van de door Van Hasselt geleden vermogensschade. Dit oordeel werd in de literatuur ook wel als een 'rechtspolitieke' beslissing aangemerkt.<sup>112</sup>

De aansprakelijkheidsprocedure tegen de politie naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn zal uitvoerig in de analyse van hoofdstuk 8 aan de orde komen. Ik volsta op deze plaats met de opmerking dat ook het vonnis van de rechtbank in deze zaak de voornoemde 'afgrenzende werking' van het relativiteitsbeginsel in secundaire aansprakelijkheidsgevallen markeert.<sup>113</sup>

### 3.3.3.2 DE CORRECTIE LANGEMEIJER

Ik merkte al op dat, als in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure een schending van een wettelijke plicht aangetoond kan worden, het meer voor de hand ligt de secundaire aansprakelijkheid op die onrechtmatigheidscategorie te gronden dan op de onrechtmatigheidscategorie van de maatschappelijke zorgvuldigheid (de zorgplichtschending). Ook besprak ik dat het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW daaraan in de weg kan staan, in de zin dat de rechter – vgl. het arrest *Duwbak Linda* – oordeelt dat de norm waarop een beroep wordt gedaan, niet strekt ter

110 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

111 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).

112 Zie expliciet A-G Spier in zijn conclusie (sub 4.42) voor HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*). Veel auteurs zijn kritisch op deze uitspraak en verwijten de Hoge Raad zijn rechtspolitieke beleidsoverwegingen niet kenbaar te hebben gemaakt. Zie Giesen 2005a, p. 170; Hartlief 2005b, p. 1129; Van Maanen 2007, p. 130; Van Dam in zijn annotatie onder HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527, sub 15-18 (*Vie d'Or*); Di Bella 2013, par. 7.1; Hartlief 2015b, p. 924; Verheij 2020, p. 126. Andere auteurs zijn minder kritisch over het relativiteitsoordeel in het arrest *Duwbak Linda*. Zie Van Ommeren in zijn annotatie onder HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, AB 2005/127, sub 4 (*Duwbak Linda*); Van Rossum 2005, p. 82; Hijma in zijn annotatie onder HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, sub 7 (*Duwbak Linda*); Den Hollander 2016, p. 326.

113 Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061, welke uitspraak vanwege de afwijzing op relativiteitsgronden in de daarover verschenen literatuur kritisch is ontvangen. Ik kom hierop in hoofdstuk 8, paragraaf 5.2 uitgebreid terug.

bescherming van de schade zoals deze door het slachtoffer is geleden. De secundaire aansprakelijkheidsvordering wordt dan afgewezen.

In die gevallen waarin de relativiteit aan de toewijzing van de secundaire aansprakelijkheidsvordering in de weg kan staan, zou de specifieke geschonden wettelijke norm ook (subsidiar) als 'handvat' bij de onderbouwing van de onrechtmatigheidscategorie van de zorgplichtschending kunnen fungeren. De wettelijke regeling kan door het slachtoffer zodoende (indirect) ter inspiratie bij de onderbouwing van de zorgplichtschending worden toegepast, maar er kan ook (direct) een beroep op de 'correctie Langemeijer' worden gedaan.<sup>114</sup> De relevantie van deze correctie of redenering voor secundaire aansprakelijkheden komt er kort gezegd op neer dat – ondanks dat een wettelijke regeling zich niet zou richten op de schade zoals deze door het slachtoffer is geleden – de schending van bepaalde wettelijke verplichtingen wel voor het slachtoffer als argument kan fungeren waarmee de secundaire zorgplichtschending op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid onderbouwd kan worden.<sup>115</sup>

### Voorbeeld

In de navolgende hoofdstukken zal art. 5 Arbeidsomstandighedenwet ('Arbowet') aan de orde komen. Ingevolge dit artikel zijn werkgevers (waaronder beheerders van private ruimten) verplicht om, indien voor meer dan 40 uur per week betaalde krachten in dienst zijn, een risico-inventarisatie en -evaluatie (genaamd: 'RI&E') op te stellen, inclusief een daarop gebaseerd plan van aanpak. Zodoende wordt beoordeeld of het werk binnen die ruimte gevaren op kan leveren voor de werknemers, en worden de beheerders genoodzaakt kenbaar te maken binnen welke termijn er concrete maatregelen worden genomen om de geïnventariseerde risico's de kop in te drukken. Deze wettelijke regeling richt zich dus niet op de bezoekers van de private ruimten, maar op de werknemers. In de gevallen waarin in strijd is gehandeld met de voornoemde bepaling van de Arbowet (de beheerder heeft bijvoorbeeld niet aan bepaalde veiligheidsvereisten voldaan), en de bezoeker lijdt daardoor schade, kan deze bepaling desondanks van belang zijn bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de beheerder van de private ruimte. Het resultaat van deze verplichtingen (het opstellen van een RI&E en plan van aanpak) kan immers voor derden, zoals de bezoekers, als argument fungeren waarmee de secundaire zorgplichtschending wordt onderbouwd. Anders gezegd: de schending van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm door de secundaire partij wordt door de derde (het slachtoffer) dan gefundeerd op de overtreden wettelijke norm (in dit voorbeeld: art. 5 Arbowet).

Concluderend geldt dat met toepassing van de correctie Langemeijer een onwenselijke uitkomst (geen aansprakelijkheid) als gevolg van de toepassing van het rela-

114 Geïntroduceerd door Langemeijer 1934; Langemeijer 1940. Zie ook Den Hollander 2016, p. 153-154; Haazen 2019, p. 146.

115 Uiteraard moet dan nog steeds wel aan de andere vereisten voor aansprakelijkheid zijn voldaan. Zo moet bijvoorbeeld ook aangetoond worden dat dóór de schending van deze wettelijke norm, de schade heeft kunnen ontstaan (het csqn-verband, zie hierover paragraaf 3.3.1).

tiviteitsvereiste, kan worden omzeild of ‘gecorrigeerd’ door de overtreding van de wettelijke bepaling te laten meewegen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van onzorgvuldig handelen van de secundaire partij.<sup>116</sup>

### 3.4 DE ROL VAN OVERHEIDSWETGEVING EN ZELFREGULERING

#### 3.4.1 OVERHEIDSWETGEVING

Bij de beoordeling van secundaire aansprakelijkheidsvragen kunnen diverse soorten wet- en regelgeving ter inspiratie dienen. Daarbij dient in de eerste plaats gedacht te worden aan de ‘gewone’ overheidswetgeving, zoals deze meer in het bijzonder in de navolgende hoofdstukken per private ruimte aan de orde zal komen. Overheidswetgeving betreft alle regelgeving die afkomstig is van de formele of materiële wetgever, inclusief ministeriële regelingen en andere regels die via delegatie tot stand komen. Zo zullen voor de onderbouwing van de secundaire aansprakelijkheid van een school de normen zoals neergelegd in diverse onderwijswetten (‘sectorwetten’) dienstig kunnen zijn, voor de onderbouwing van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen en recreatieruimten de normen van de Drank- en Horecawet (‘DHW’) en voor opvang- en zorginstellingen de Beginse-lenwet verpleging ter beschikking gestelden (‘Bvt’).<sup>117</sup>

#### 3.4.2 ZELFREGULERING

Bij de inkleuring van de secundaire zorgplichtschending kunnen ook de normen zoals deze besloten liggen in verschillende soorten ‘alternatieve’ regelgeving of, ook wel (en hierna) genoemd, ‘zelfregulering’ direct of indirect dienstig zijn.<sup>118</sup> Met name in de hoofdstukken 4 (sportverenigingen) en 6 (overige ruimten) zal de relevantie van dergelijke normen bij de beoordeling van secundaire aansprakelijkheidsvragen worden geschetst. In aanloop daartoe bespreek ik in deze paragraaf op hoofdlijnen de mogelijke rol van zelfregulering in (secundaire) aansprakelijkheidsprocedures.

116 Haazen 2019, p. 146 merkt in vergelijkbare zin op: ‘Als de rechter bereid is een materiële zorgvuldigheidsnorm te formuleren en een schending daarvan aan te nemen om een ongewenste uitkomst te voorkomen, zal hij dat naar mijn mening met name doen omdat de redelijkheid en/of (voortschrijdende) maatschappelijke opvattingen dat vergen.’

117 Dit betreffen voorbeelden. In de hoofdstukken 3 t/m 6 wordt steeds de toepasselijke regelgeving besproken.

118 Ik merkte al op dat, als in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure een schending van een dergelijke wettelijke plicht geconstrueerd kan worden, het meer voor de hand ligt de secundaire aansprakelijkheid daarop te gronden dan op de onrechtmatigheidscategorie van de meer algemenere zorgvuldigheidsnorm of zorgplichtschending. Een (subsidiar) beroep op deze zorgplichtschending – waarbij de vermeende inbreuk op de normen zoals deze besloten liggen in zelfregulering als ‘handvat’ bij de onderbouwing van de zorgplichtschending kan fungeren – kan, met het oog op de voornoemde ‘afgrenzende werking’ van het relativiteitsbeginsel, desondanks dienstig zijn (zie paragraaf 3.3.3).



Van zelfregulering is sprake als ‘maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van de regels, indien nodig binnen een wettelijk of rechterlijk kader’.<sup>119</sup> Zelfregulering omvat alle regelgeving die niet afkomstig is van de formele of materiële wetgever (de hiervoor besproken ‘overheidswetgeving’).<sup>120</sup> Het gaat bij zelfregulering om normen (‘good practices’) die zijn vastgesteld door marktpartijen, brancheverenigingen, etc.

Zelfregulering is voor wat betreft de daaraan te ontleen waarde bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht, niet op één lijn te stellen met het geldende Nederlandse recht (de overheidswetgeving).<sup>121</sup> Dat wil echter niet zeggen dat zelfregulering geen rol kan spelen bij de inkleuring van de secundaire zorgplicht. Zo dient de rechter, ter invulling van de open normen in het BW, op grond van art. 3:12 BW rekening te houden met de in Nederland geldende rechtsovertuigingen. In dat verband zou de rechter ook aansluiting kunnen zoeken bij zelfregulering, nu de binnen een branche of ruimte geldende normen gezien kunnen worden als een uiting van de in die branche of ruimte heersende rechtsovertuiging.<sup>122</sup> Ook op een meer directe wijze, zonder tussenkomst van art. 3:12 BW, kan de rechter de open normen in het BW – denk aan de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW – inkleuring geven aan de hand van in zelfregulering neergelegde bepalingen.<sup>123</sup>

Ter nuancering zij opgemerkt dat deze zelfregulering geen dwingend kader vormt over hoe een open norm moet worden geïnterpreteerd.<sup>124</sup> Wanneer in een branche of ruimte een bepaalde handelswijze als (on)gebruikelijk wordt beschouwd, is dit een omstandigheid die gewicht in de schaal kan leggen, maar die omstandigheid hoeft op zichzelf bezien niet beslissend te zijn bij de inkleuring van de zorgvuldigheidsnorm.<sup>125</sup> Zo kán, aan de ene kant, de niet-naleving van een in zelfregulering

119 Giesen 2007, p. 13. Zie hierover ook Giesen 2018a, p. 135-138.

120 Giesen 2007, p. 7.

121 In het algemeen wordt aangenomen dat zelfregulering buiten het bereik van ‘recht’ in de zin van art. 79 RO valt. Ik volsta met een verwijzing naar de daarover verschenen literatuur in Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/108 en 117. Zie ook Teuben 2004, p. 101 en 102, die aansluit bij de heersende rechtspraak dat zelfregulering door privaatrechtelijke instellingen niet als recht in de zin van art. 79 RO kan worden aangemerkt.

122 Giesen 2007, p. 69-70; Schelhaas 2017, p. 8. Zie ook HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, *NJ* 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABN AMRO*) en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, *NJ* 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde (*ASMI*). Zie ook Teuben 2004, p. 347 en 348, die refereert aan het belang voor de rechtspraktijk dat de cassatierechter alternatieve regelgeving – ook al kwalificeert deze dus niet als recht in de zin van art. 79 RO – meeneemt in zijn beschouwingen.

123 Giesen 2007, p. 69-70.

124 Giesen 2007, p. 117.

125 HR 8 januari 1960, ECLI:NL:HR:1960:129, *NJ* 1960/415, m.nt. J.H. Beekhuis (*Spear/Hausemann en Hötte*); HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, *NJ* 2005/103, m.nt. C.E. du Perron (*Van Zuulen/Rabobank Schaijk-Reek*); HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, *NJ* 2011/449, m.nt. E.J. Dommering (*Pretium/Tros*). Zie ook de conclusie (sub 2.10-2.11) van A-G Valk voor HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (‘Mijns inziens geldt nog steeds het uitgangspunt dat als in een bepaalde branche of beroepsgroep een bepaalde handelwijze als ongebruikelijk of zelfs ontoelaatbaar wordt beschouwd, dat dit een omstandigheid is die weliswaar

neergelegde norm inderdaad leiden tot de schending van een (secundaire) zorgplicht en dus een onrechtmatige daad opleveren. Aan de andere kant betekent het (wel) in acht nemen van die norm niet automatisch dat er geen (secundaire) zorgplicht is geschonden en dus geen onrechtmatige daad is gepleegd.<sup>126</sup>

Dat de ‘inkleurende waarde’ van zelfregulering niet alleen in de doctrine onderkend wordt, maar ook in de rechtspraktijk haar weerslag vindt, volgt ten eerste uit de uitspraak van de Hoge Raad van 2 maart 2001.<sup>127</sup> In deze zaak had een patiënt na een knieoperatie trombose ontwikkeld. De patiënt vorderde vervolgens schadevergoeding, omdat bleek dat bij de operatie geen antistollingsmiddel was toegediend, terwijl dat op grond van een binnen het ziekenhuis vastgesteld protocol wel had moeten gebeuren. In hoger beroep had het hof reeds geoordeeld dat de aanwezigheid van het protocol van belang kon zijn voor de vraag naar aansprakelijkheid. Uit de overwegingen van het hof volgt dat de inhoud van het protocol de ‘meetlat’ vormt waarlangs de rechter het handelen van een arts dient te leggen:

‘(...) Het eenvoudig vergeten van de naleving van de door het protocol voorgeschreven anti-stollingsbehandeling is niet in overeenstemming met de op de medische hulpverlener rustende verantwoordelijkheid, die voortvloeit uit de voor zodanige hulpverleners geldende professionele standaard. Uit het voorgaande volgt dat het onderhavige protocol niet slechts een intern karakter heeft, doch dat het tevens aan geeft wat de patiënt in zijn verhouding tot het ziekenhuis en de arts mag verwachten op het punt van de zorg van een goed hulpverlener.’ (r.o. 3.3.1) [mijn onderstreping, KLM]

In cassatie concludeerde de Hoge Raad dat het hof geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>128</sup> Uit de overwegingen van de Hoge Raad volgde bovendien wat de juridische gevolgen waren van de schending van het protocol voor de aansprakelijkheid wegens onrechtmatig handelen:

‘(...) Van [eiser] c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien zulks in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de door het protocol voorgeschreven behandeling uitsluitend te wijten was aan “ver-

---

gewicht in de schaal legt, maar op zichzelf niet beslissend is.’). Smeehuijzen merkt in zijn annotatie onder HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8, sub 22 (stelliger) over de rol van zelfregulering op dat: ‘Samenvattend: de heersende opvatting dat private regulering slechts “een aanwijzing” voor de rechter biedt bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid, lijkt mij te zuinig. Rechtspraak van de Hoge Raad en de feitenrechtspraak laten een sterkere rol zien, en de veelal krachtige legitimatie van private regulering pleit daar ook voor.’

126 Giesen 2007, p. 116-117.

127 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649, m.nt. J.B.M. Vranken & F.C.B. van Wijmen (*Trombose*). Zie over dit arrest ook Giesen 2007, p. 77-80.

128 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, r.o. 3.3.3, NJ 2001/649, m.nt. J.B.M. Vranken & F.C.B. van Wijmen (*Trombose*).



geten” en dus van een beargumenteerde afwijking van voormeld voorschrift geen sprake was, behoeft de Hof niet in te gaan op de stelling van [eiser] c.s. dat binnen de beroepsgroep als geheel verschil van inzicht bestond omtrent de in het protocol voorgeschreven behandeling.’ (r.o. 3.3.3) [mijn onderstreping, KLM]

Een tweede illustratieve uitspraak betreft het arrest van de Hoge Raad van 1 april 2005.<sup>129</sup> Een patiënte, waarvan bekend was dat zij overgevoelig was voor penicilline, klaagde dat zij tijdens een operatie, conform een binnen het ziekenhuis geldend protocol, een antibioticum kreeg toegediend, terwijl dat bij overgevoeligheid voor penicilline niet had mogen gebeuren. Het betreft een vergelijkbaar arrest als het zojuist besprokene, waarin de Hoge Raad tot een vergelijkbare uitkomst komt met betrekking tot de relevantie van het opgestelde protocol voor de aansprakelijkheidsvraag. Wederom benadrukte de Hoge Raad dat een protocol juridisch relevant kan zijn, maar hij plaatste daarbij in dit arrest wel de kanttekening – zoals hiervoor reeds werd opgemerkt – dat het in acht nemen van een dergelijk protocol (en het niet overtreden van een daarin neergelegde norm) niet *automatisch* betekent dat er van onrechtmatig handelen geen sprake is.<sup>130</sup>

(...) Een protocol voor medische behandeling geeft een richtlijn die in beginsel in acht moet worden genomen, maar waarvan soms kan en in bepaalde gevallen ook moet worden afgeweken, waarbij als maatstaf heeft te gelden dat aan de patiënt de zorg behoort te worden verleend die in de omstandigheden van het geval van een redelijk bekwaam arts mag worden verlangd. Deze maatstaf brengt enerzijds mee dat een afwijking van het protocol door een arts moet kunnen worden beargumenteerd (vgl. HR 2 maart 2001, nr. C99/089, NJ 2001, 649), maar anderzijds dat het volgen van het protocol niet zonder meer betekent dat de arts juist heeft gehandeld. Voor de inhoud van het protocol betekent dit dat de opstellers ermee rekening mogen houden dat het wordt gehanteerd door redelijk bekwame artsen, en dat derhalve, mede uit een oogpunt van praktische hanteerbaarheid, niet alle gegevens behoeven te worden vermeld die aan de betrokken artsen op grond van hun medische kennis en ervaring bekend behoren te zijn.’ (r.o. 3.4) [mijn onderstreping, KLM]

De relevantie van voorschriften die zijn opgesteld bij wege van zelfregulering, wordt bovendien en ten derde onderstreept in de uitspraak van de Hoge Raad van 18 april 2014.<sup>131</sup> Het ging in deze zaak om een verzekeraar die een persoonlijk onderzoek had ingesteld naar een verzekerde. Bij dit onderzoek diende de verzekeraar in overeenstemming te handelen met de door het Verbond van Verzekeraars

129 HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006/377, m.nt. H.J. Snijders & F.C.B. van Wijmen (*Protocol-II*). Zie over dit arrest ook Giesen 2007, p. 80.

130 Vergelijk, in een andere context, het arrest HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, NJ 2011/449, m.nt. E.J. Dommering (*Pretium/Tros*). Het ging in deze zaak om de vraag of het journalistiek gebruik van verborgen camera's onrechtmatig is. Ook uit deze uitspraak volgt dat een in zelfregulering neergelegde norm (slechts) een van de omstandigheden is die 'weliswaar in de regel gewicht in de schaal zal leggen, maar niet doorslaggevend behoeft te zijn' (r.o. 3.3.2).

131 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20, m.nt. M.M. Mendel & H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*).

in de vorm van zelfregulering opgestelde ‘Gedragcode Persoonlijk Onderzoek’. De Hoge Raad overwoog dat een verzekeraar die in strijd met deze code handelt, inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde en daarmee onrechtmatig handelt.

‘Gelet op inhoud en opzet van de Gedragcode, kan tot uitgangspunt worden genomen dat indien een verzekeraar in strijd met de code handelt, sprake is van een ongerechtvaardigde en derhalve onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde.’ (r.o. 5.2.1) [mijn onderstreping, KLM]

Menting betoogt dat de Hoge Raad met deze uitspraak de mogelijkheden voor een beroep op private regelgeving – ter onderbouwing van het onrechtmatigheidsargument – stevig uitbreidt. De Hoge Raad zou art. 79 RO met deze uitspraak in feite buitenspel zetten, aldus Menting met een verwijzing naar het hiervoor (ook) besproken *Trombose*-arrest:

‘So, instead of turning straight to the grounds for cassation put up by the appellant in cassation, the Supreme Court first dedicated some general considerations to the rol of the GPO. It is not uncommon for Supreme Court rulings to start out with a general proposition or general reflections. What is exceptional is that the current propositions concern private regulation. The Court rarely rules on private regulation in such general terms. Moreover, in the light of the judgments preceding this case, it would have been reasonable for the Court to adopt a slightly cautious approach. In fact, it could have confined itself to referring to Article 79 RO and, in doing so, agree with the reasoning of the appellate court. Instead, the Supreme Court, as in the Trombose ruling, choose to cast aside the reservations that it might previously have had by lending the private rules decisive legal force, using express and general wordings. Herewith, the Court has conferred far greater legal importance on private regulation than in most other rulings.’<sup>132</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Menting concludeert vervolgens dat de Hoge Raad met dit arrest nieuwe mogelijkheden schept voor een eisende partij bij de onderbouwing van onrechtmatigheidsclaims op grond van private regelgeving.<sup>133</sup>

Een illustratieve uitspraak uit de feitenrechtspraak, maar wel specifiek in een geval van secundaire aansprakelijkheid, is tot slot een uitspraak van de Rechtbank Overijssel. De secundair aansprakelijk gestelde discotheek werd in deze kwestie enerzijds verweten geen adequaat beleid te hebben gevoerd ter voorkoming van het risico (hier: de mogelijke aanwezigheid van door andere bezoekers veroorzaakte glasscherven op de dansvloer) en werd anderzijds verweten het wel kenbare beleid onvoldoende te hebben gehandhaafd.<sup>134</sup> De rechtbank betrok in haar beoordeling in r.o. 2.24 vervolgens de feiten (a) dat überhaupt van enig adequaat beleid geen

132 Menting 2016, p. 246.

133 Menting 2016, p. 247. Zie ook Menting 2015, p. 108.

134 Rb. Overijssel 7 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3592, r.o. 2.24.

sprake was geweest en (b) dat van enige adequate handhaving van huisregels niet was gebleken.<sup>135</sup>

Concluderend geldt dat, op basis van de besproken jurisprudentie, de schending van een norm zoals marktpartijen deze zelf in enige vorm van zelfregulering hebben neergelegd, niet *automatisch* betekent dat er van onrechtmatig handelen sprake is.<sup>136</sup> Wel rechtvaardigt de besproken literatuur en jurisprudentie wat mij betreft de conclusie dat dergelijke normen – meer in het bijzonder: het overtreden van normen zoals opgesteld door de (branchevereniging van de) private ruimte zelf – in elk geval van invloed kunnen zijn op de inkleuring van (secundaire) zorgplichten. Duidelijk werd immers dat, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, schending van de hierin verankerde normen kan leiden tot de inkleuring van een (secundaire) zorgplicht, althans dat het bestaan van dergelijke normen bij die beoordeling in elk geval gewicht in de schaal legt.

### 3.5 HET AANSPRAKELIJKHEIDSANTWOORD VAN DE VESTIGINGSFASE

Uit het hiervoor besprokene volgt dat met name de *Kelderluik*-factoren in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid dienstig zijn om de secundaire zorgplicht te beoordelen. De toetsing van deze en de andere aansprakelijkheidsvoorwaarden leidt alleen tot een ‘ja’ of ‘nee’ en daarmee tot een ‘alles-of-niets’-antwoord.<sup>137</sup> De *Kelderluik*-factoren worden in deze vaststellingsfase dus niet gehanteerd om (vervolgens) de specifieke mate, hoegrootheid of intensiteit van de zorgplichtschending vast te stellen. Daarvoor is in de vestigingsfase immers geen ruimte: alle gradaties van verwijtbaarheid leiden in de relatie tot de benadeelde tot de vestiging van de (volledige) aansprakelijkheid. Zo concludeerde ook Kortmann in zijn annotatie onder de uitspraak van de Hoge Raad naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn:

*‘Zero shades of grey. De taak van de rechter is temeer lastig, omdat ons aansprakelijkheidsrecht relatief weinig ruimte biedt voor grijstinten. De politie heeft wel of niet*

135 Vgl. ook de in hoofdstuk 4, paragraaf 5.3.1 te bespreken uitspraak Rb. ‘s-Gravenhage (vzr.) 9 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4406 (*Stichting BAN/ADO Den Haag*), over de aansprakelijkheid van ADO Den Haag, vanwege het niet ingrijpen van ‘regelmatig en bij herhaling ontoelaatbare antisemitische spreekkoren’ tijdens thuiswedstrijden. De rechtbank overwoog in r.o. 3.5: ‘Onder voormelde omstandigheid rustte op ADO – op grond van de maatschappelijke betamelijkheid, almede de KNVB-regels en haar eigen Huisregels – de plicht om onmiddellijk op te treden tegen de zich voordoende antisemitische spreekkoren.’ Zie hierover nader Nij Bijvank 2012, p. 17.

136 Bij wijze van illustratie wijs ik op de in hoofdstuk 6, paragraaf 5.2.1 te bespreken uitspraak Rb. Haarlem 7 januari 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO1558, waarin een warenhuis aansprakelijk werd gesteld voor de schade die een kind had geleden doordat het onder de leuning van een roltrap beklemd was geraakt. Dat de roltrap voldeed aan de veiligheidsvoorschriften, waarin niet was voorzien dat een liggend kind op deze wijze beklemd kan raken, maakte dat niet anders (r.o. 5.8).

137 Vgl. Akkermans 1997, p. 85; Barendrecht 2004a, p. 2180; Giesen 2005a, p. 217 en 223; Giesen 2008, p. 73; Haazen 2019, p. 144; Pajmans 2019, p. 20.

onrechtmatig gehandeld (art. 6:162 lid 2 BW), de handeling is wel of niet toerekenbaar aan de politie (art. 6:162 lid 3 BW) er is wel of geen *condicio sine qua non*-verband (art. 6:162 lid 1 BW) en de geschonden norm strekt wel of niet ter bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden (art. 6:163 BW). Bij elk van deze criteria is het alles of niets; wel of geen aansprakelijkheid.<sup>138</sup>

Een en ander betekent dat de *precieze* intensiteit van het verwijt en de daarmee samenhangende voorzienbaarheid in de vestigingsfase geen rol speelt: ook een beperkte mate van verwijtbaarheid leidt in de relatie tot de benadeelde tot de vestiging van de volledige aansprakelijkheid. De botte bijl waarmee in de vestigingsfase wordt gehakt, kan pas in de daaropvolgende omvangsfase geslepen worden.

## 4 DE OMVANG VAN DE SECUNDAIRE AANSPRAKELIJKHEID (ART. 6:98 BW)

### 4.1 INLEIDING

In deze paragraaf wordt het leerstuk van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW geschetst, waarbij met name de corrigerende functie van deze bepaling wordt besproken (paragraaf 4.2).<sup>139</sup> Daarbij dient op voorhand aangetekend te worden dat ook wel wordt bepleit dat art. 6:98 BW onderdeel is van de vestigingsfase.<sup>140</sup> In navolging van de wetssystematiek en onder meer Akkermans, die het de 'heer-

138 Zie annotatie van Kortmann onder HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, AB 2020/1, sub 2 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).

139 In de analyse van hoofdstuk 8, paragraaf 5.2 wordt de bruikbaarheid van dit instrument in secundaire aansprakelijkheidsprocedures nader toegelicht en uitgewerkt. Paragraaf 4.2 van dit hoofdstuk biedt, in aanloop daartoe, het relevante juridische kader. Buiten bespreking blijven de andere 'onderdelen van de omvangsfase', zoals de leerstukken van matiging (art. 6:109 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) en eigen schuld (art. 6:101 BW). In het geval van matiging geldt immers een tot terughoudendheid nopende maatstaf ('kennelijk onaanvaardbare gevolgen'), waaraan stringente motiveringseisen zijn verbonden, waardoor dit leerstuk (met name) in de praktijk van de secundaire aansprakelijkheid niet snel of vaak van betekenis zal zijn. Zie nader hoofdstuk 8, paragraaf 3.3.3. De leerstukken van de voordeelstoerekening en eigen schuld zien op andere situaties dan die hier worden bedoeld, namelijk die waarin een gebeurtenis waarvoor iemand aansprakelijk is, naast schade tevens voordeel voor de benadeelde heeft opgeleverd, dan wel de situatie waarin de schadevergoedingsplicht van de (secundaire) partij wordt verminderd omdat de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Eigen schuld in de context van medeaansprakelijkheid blijft dus ook buiten bespreking. Verwezen zij daarvoor naar de bespreking van Keirse & Jongeneel 2013, p. 145-154. Art. 6:101 BW komt in de rechtspraakanalyse wel zijdelings ter sprake. Zie verder Keirse 2003, p. 83-86, 115-116.

140 Zie bijvoorbeeld de annotatie van Van der Grinten onder HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3285, NJ 1988/210, sub 4 (*AGO/NCB*); Klaassen 1991, p. 280-281; Frenk 1995, p. 13; Asser/Sieburgh 6-II 2017/50; Klaassen 2017, p. 36-37; Nuninga 2018, p. 297; Verheij 2019, p. 34 (alhoewel Verheij op p. 76 overigens wel opmerkt dat er praktisch gezien niet heel veel op tegen is om een onderscheid te hanteren met *csqn* in de vestigingsfase en art. 6:98 BW in de omvangsfase).

sende leer' noemt dat art. 6:98 BW als zodanig niet op de vestiging, maar op de omvang van aansprakelijkheid ziet,<sup>141</sup> volsta ik met de opmerking dat ik art. 6:98 BW (ook) als onderdeel van de omvangsfase beschouw.<sup>142</sup>

## 4.2 DE TOEREKENING NAAR REDELIJKHEID

### 4.2.1 DE CORRIGERENDE FUNCTIE

In paragraaf 3.3.1 werd het vereiste van het csqn-verband als 'eerste stap' ter vaststelling van het causaal verband tussen de normschending en de schade besproken. De tweede stap ter vaststelling van dat causaal verband wordt gevonden in de leer van de redelijke toerekening, zoals deze is neergelegd in art. 6:98 BW. Deze leer is destijds opgeworpen door Köster ter vervanging van de toen geldende adequatietheorie, waarin enkel de voorzienbaarheid van belang was.<sup>143</sup> Köster vond gehoor bij Bloembergen, de Hoge Raad en uiteindelijk bij de wetgever in de vorm van de codificatie van de redelijke toerekening in art. 6:98 BW.<sup>144</sup>

Daar waar het csqn-verband in de vestigingsfase bepaalt of een gebeurtenis een *feitelijke* oorzaak van een bepaalde schade is, bepaalt art. 6:98 BW in de omvangsfase de *juridische* oorzaak, of – omgekeerd – of de juridische gevolgen aan een bepaalde rechtens relevante oorzaak kunnen worden toegerekend.<sup>145</sup> Deze tweede causaliteitsvraag is een rechtsvraag, waarvan de beantwoording geen kwestie is van bewijs, maar van argumentatie.<sup>146</sup>

Art. 6:98 BW noemt als factoren die de rechter in zijn oordeel moet wegen de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. Daarnaast zijn ook de mate

141 Akkermans, 1997, p. 110. Zie over de handhaving van dit onderscheid ook Bloembergen 1965, p. 150; A-G Wissink in zijn conclusie (sub 3.57) voor HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*); Castermans & Den Hollander 2013, par. 4; Tjong Tjin Tai 2016, p. 386; Hartlief 2018, p. 287; Den Hollander 2019, p. 130; A-G Hartlief in zijn conclusie (sub 3.32) voor HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, NJ 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; Van Dam 2020, p. 534-535.

142 Een verdere bespreking van deze discussie gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten. Hetzelfde geldt voor de vraag naar het onderscheidend vermogen c.q. de verhouding tussen art. 6:98 BW en het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW. Zie nader over deze verhouding Bloembergen 1965, p. 168-177; Lindenbergh 2007, p. 13; Verheij 2014; Verheij 2019, p. 205; Verheij 2020, p. 126-128. Zie over dit thema ook Asser/Sieburgh 6-II 2017/57; Haazen 2019, p. 147; Van Dam 2020, p. 129-130. Zie tot slot Van der Kooij 2019, p. 104-111, die het 'niet zinvol' noemt om deze vereisten in de doctrine te onderscheiden.

143 Köster 1963. Zie over de adequatietheorie nader Asser/Sieburgh 6-II 2017/56.

144 Bloembergen 1965, p. 178 e.v.; HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten (*Schade waterwingebied*); Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 343.

145 Verheij 2019, p. 196; Van Dam 2020, p. 553.

146 Niettemin zal de secundaire partij, die betwist dat de schade in redelijkheid aan haar is toe te rekenen, gehouden zijn om de feiten en de omstandigheden waarop zij zich in dit kader beroept te stellen en bij betwisting te bewijzen. Vgl. HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2723, NJ 1998/831 (*Nacap/Shellfish*).

van verwijtbaarheid, de aard van de gedraging, de strekking van de geschonden norm, de mate waarin het gevolg (de schade) verwijderd is van de onrechtmatige gedraging en de voorzienbaarheid van de schade relevant.<sup>147</sup> Art. 6:98 BW geeft geen limitatieve opsomming van factoren die de rechter dient te wegen. De rechter dient dus alle omstandigheden van het geval in zijn oordeel te betrekken.<sup>148</sup> Het gaat, met andere woorden, om een multifactorbenadering, waarbij de rechterlijke motivering cruciaal is.<sup>149</sup>

Voor secundaire aansprakelijkheidsprocedures is met name van belang dat art. 6:98 BW een correctie mogelijk maakt op de schadevaststelling na de vestigingsfase.<sup>150</sup> Na de 'alles-of-niets'-uitkomst in de vestigingsfase, biedt art. 6:98 BW immers de mogelijkheid om de 'blinde' werking van het csqn-verband te corrigeren.<sup>151</sup> Niet alle schade die in een csqn-verband staat met de onrechtmatige gedraging hoeft in redelijkheid voor rekening van de (secundaire) aansprakelijke partij te komen.<sup>152</sup> De uitspraken van het hof en de Hoge Raad inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn bieden een goede illustratie van deze corrigerende functie in secundaire aansprakelijkheidsgevallen.<sup>153</sup>

#### 4.2.2 HET AANSPRAKELIJKHEIDSANTWOORD VAN ART. 6:98 BW

Het rechtsgevolg van art. 6:98 BW is het toerekenen of uitsluiten van de respectievelijke schadeposten *in het geheel* en niet de toerekening van een bepaald gedeelte ervan. Het verwijt dat de secundaire partij treft, leidt er met toepassing van art. 6:98 BW dus toe dat bepaalde schadeposten wel en bepaalde schadeposten niet toegerekend kunnen worden (bijvoorbeeld: letselschade wel, zaakschade niet).<sup>154</sup>

147 Gewezen zij in dat verband op Brunner 1981, die uit de rechtspraak causaliteitsregels gedestilleerd heeft (de zogenoemde 'deelregels van Brunner'). Zie hierover ook Klaassen 2017, p. 51-52; Hartlief 2018, p. 294-295; Haazen 2019, p. 147. Meer in het bijzonder zij ook gewezen op het (vervolgens) door Hartlief geïntroduceerde beslisschema in Hartlief 2014c, p. 2917; Hartlief 2015b, p. 924. Zie verder ook: Asser/Sieburgh 6-II 2017/63 en Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 345.

148 Verheij 2019, p. 197.

149 Dijkshoorn 2011, p. 257; Hartlief 2018, p. 217; Haazen 2019, p. 147; Van der Kooij 2019, p. 518.

150 Kortmann & Van der Grinten 2012, p. 276; Asser/Sieburgh 6-II 2017/50; Klaassen 2017, p. 64.

151 Verheij 2019, p. 196; Van Dam 2020, p. 553.

152 Art. 6:98 BW wordt aangeduid als 'de leer van de toerekening naar redelijkheid'. Het woord 'redelijkheid' is echter niet in art. 6:98 BW opgenomen om tot uitdrukking te brengen dat het hier geen discretionaire bevoegdheid van de rechter betreft. Vgl. Verheij 2019, p. 197.

153 Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541 en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 8, paragraaf 5.2.1.

154 Volledigheidshalve merk ik op dat, in een zaak waarin er bijvoorbeeld meerdere letselschadeposten gevorderd worden, het in theorie ook mogelijk zou moeten zijn om aan de hand van art. 6:98 BW de ene letselschadepost wel en de andere letselschadepost niet toe te rekenen. Een en ander zolang een schadepost maar in het geheel (al dan niet) toegerekend wordt en niet een percentage daarvan. Vgl. ook HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, NJ 2018/115, waar de Hoge Raad in r.o. 4.2.2 overwoog: 'Bij de toerekening op grond van art. 6:98 BW gaat het om de vraag of er voldoende verband bestaat tussen de schade en de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat. De omstandigheid dat een contractspartij bij de tekortkoming waarvoor aan-

De uitkomst na toepassing van dit artikel kan het ‘alles’-antwoord in de vestigingsfase dus in zekere zin corrigeren door te selecteren op schadetypen en daarbinnen op ‘schadepostniveau’. Het leidt er echter niet toe dat de secundaire partij precies dát deel van de schadepost dient te vergoeden dat zij veroorzaakt heeft. Binnen de toegerekende schadepost(en) kan immers niet gedifferentieerd worden.<sup>155</sup>

## 5 DE TOEDELING VAN DE SECUNDAIRE SCHADELAST (ART. 6:102 BW)

### 5.1 INLEIDING

Ik merkte in de inleiding van dit hoofdstuk al op dat ik een onderscheid maak tussen de in de literatuur onderscheiden onderdelen van de vestigingsfase en de omvangsfase, en de door mij zogenoemde toedelingsfase van het recht. Ik definieerde de toedelingsfase reeds in hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.3 als de fase waarin de toedeling of verdeling van de feitelijke schadelast aan één partij of tussen meerdere partijen bepaald wordt.<sup>156</sup> In het Nederlandse recht komt dat in geval van secundaire aansprakelijkheden in essentie neer op het hoofdelijkheidsregime van art. 6:102 BW (paragraaf 5.2.1). Als gevolg van het hoofdelijkheidssysteem kunnen bovendien verhaalsmogelijkheden (‘regres’) tussen de primaire en de secundaire partij onderling ontstaan (paragraaf 5.2.2).

### 5.2 DE TOEDELING VAN DE EFFECTIEVE SCHADELAST

#### 5.2.1 HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID (ART. 6:102 BW)

Als twee of meer partijen – zoals de primaire en de secundaire partij – aansprakelijk zijn voor ‘dezelfde schade’, dan zijn zij op grond van art. 6:102 lid 1 BW tot

---

sprakelijkheid bestaat, niet uit eigen belang heeft gehandeld, kan weliswaar mede van belang zijn bij de beantwoording van de vraag welk verband in de omstandigheden van het geval is te eisen, maar kan niet op zichzelf ertoe leiden dat slechts een deel van de veroorzaakte schade (het hof heeft hier kennelijk gedacht aan – ongeveer – de helft) is aan te merken als een toerekenbaar gevolg van de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat.’ Vgl. ook de conclusie (sub 3.16) van A-G Valk voor HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, NJ 2018/115 ((...) dat gaat mijns inziens verder dan wat in het kader van art. 6:98 BW past’).

155 Vgl. de annotatie van Kortmann onder HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, AB 2020/1, sub 2 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Zie hierover nader hoofdstuk 8, paragraaf 5.2.2.

156 Zie hierover nader hoofdstuk 8, paragraaf 5.3.



vergoeding van die schade hoofdelijk verbonden.<sup>157</sup> Niet is vereist dat de aansprakelijkheid van deze partijen dezelfde rechtsgrond heeft.<sup>158</sup>

Dit betekent dat het slachtoffer zowel de primaire als de secundaire partij voor zijn *volledige* schade kan aanspreken (art. 6:7 lid 1 BW). Als beide partijen ook daadwerkelijk aansprakelijk zijn voor de geleden schade, kan het slachtoffer dus ‘kiezen’ of het zich in zijn verhaal tot de primaire of tot de secundaire schadeveroorzaker wendt (‘pick and choose’). Het slachtoffer heeft zodoende geen last van de mogelijke insolventieproblemen van een van beide aansprakelijke partijen.<sup>159</sup> Indien een van de hoofdelijke schuldenaren de schade aan de schuldeiser vergoedt, bevrijdt hij daarmee zowel zichzelf als de andere hoofdelijke schuldenaren tegenover de schuldeiser (art. 6:7 lid 2 BW). Het feit dat kan worden vastgesteld wat ieders aandeel in de schade is, is voor deze hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele schade niet relevant, maar slechts voor het onderlinge regres (art. 6:10 BW, zie paragraaf 5.2.2).<sup>160</sup>

Het hoofdelijkheidssysteem van art. 6:102 BW is van toepassing indien de schade is ontstaan door onrechtmatige gedragingen van twee of meer partijen, terwijl voor elk van deze gedragingen geldt dat de schade zonder die gedraging niet zou zijn ingetreden (de zogenoemde ‘samenlopende oorzaken’).<sup>161</sup> De Hoge Raad overwoog in het richtinggevende arrest *Nugteren/Meskes*:

157 Alhoewel uit de jurisprudentie niet duidelijk wordt of aan de aansprakelijkheid van medeveroorzakers voor het geheel steeds de ondeelbaarheid van de ontstane schade ten grondslag ligt, wordt het ‘ondeelbaarheidsvereiste’ in de literatuur volgens Van Boom wel als scheidslijn gehanteerd tussen aansprakelijkheid van elk voor het geheel en aansprakelijkheid voor een deel. Door het vereiste van ‘dezelfde schade’ in art. 6:102 BW neer te leggen, lijkt de wetgever meer impliciet ook het vereiste van de (on)deelbaarheid in het Nederlandse recht te hebben gecodificeerd. Als de schade als ondeelbaar valt aan te merken – wat in secundaire aansprakelijkheidskwesties in de regel het geval zal zijn, nu de schadeoorzaak dezelfde, maar het verwijt een ander is (zie ook het vervolg van deze paragraaf) – dan is er sprake van ‘dezelfde schade’ in de zin van dit artikel. Als de schade wel deelbaar is, bijvoorbeeld als door een eerste botsing met een auto de voorkant van de auto is geraakt en door een tweede botsing het achterwiel, dan zijn de beide automobilisten op grond van art. 6:102 BW niet hoofdelijk, maar separaat voor de schade aansprakelijk. Nu een verdere bespreking van de (on)deelbaarheid van schade, evenals de gevolgen daarvan, de reikwijdte van mijn onderzoek naar de secundaire zorgplicht te buiten gaat, volsta ik op deze plaats te verwijzen naar Van Boom 1997, p. 149 en Van Boom 2004, p. 143-144.

158 T-M, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 354. Zie hierover Giesen e.a. 2009, p. 48; Klaassen 2012, p. 19; Van Boom 2016, p. 53.

159 Onder meer Van Boom 1997, p. 136; Van Boom 2000a, p. 27; Giesen 2005a, p. 39; Klaassen 2008, p. 177-178; Hartlief 2010, p. 603; en meer in het algemeen Van Boom 2016, p. 53.

160 Klaassen 2017, p. 42-43. Zij concludeert, ter nadere verduidelijking, ‘dat voor (hoofdelijke) aansprakelijkheid van beide schadeveroorzakers voor de gehele schade niet is vereist dat het gedrag van iedere aansprakelijke persoon zelfstandig csqn is voor het intreden van de gehele schade, maar bepalend is of deze (totale) schade zonder ieder van de litigieuze gedragingen niet zou zijn ingetreden, ofwel: of ieder van de gedragingen csqn is voor de totale schade.’

161 HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4004, NJ 2000/351, m.nt. C.J.H. Brunner (N./M.). Zie ook Van Boom 2000c; Van Boom 2016, p. 22-27; Klaassen 2017, p. 42-43, voor de ontwikkeling van de hoofdelijkheidsleer bij samenlopende verbintenissen.



‘Zowel naar het vóór 1 januari 1992 als naar het sedertdien geldende recht is in het zich hier voordoende geval dat een schade is ontstaan door onrechtmatige gedragingen van twee of meer personen terwijl voor elk van die gedragingen geldt dat de schade zonder die gedraging niet zou zijn ingetreden, en derhalve door een samenloop van oorzaken, ieder van die personen jegens de benadeelde voor de gehele schade aansprakelijk, met dien verstande dat het daarbij sedert 1 januari 1992 ingevolge art. 6:102 BW gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid.’<sup>162</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Volgens Van Boom bestond al eerder en ook onder het oude recht ‘geen twijfel meer dat ook bij toevallig samenlopende oorzaken aansprakelijkheid voor het geheel ontstaat voor elke aansprakelijke persoon’.<sup>163</sup> Hij wijst daarbij op een uitspraak van de Hoge Raad uit 1955, in de zaak *The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*.<sup>164</sup> Het ging hier om een samenloop van verkeersfouten van twee automobilisten (Huygen en Beek). De rechtbank achtte Huygen voor 20% en Beek voor 80% verantwoordelijk voor de schade. De rechtbank verwierp de hoofdelijke veroordeling, onder andere omdat het onwenselijk zou zijn dat iemand aansprakelijk zou worden gesteld voor de onrechtmatige daad van een ander. Bovendien achtte de rechtbank het onwenselijk dat het insolventierisico van de ene aansprakelijke partij dan zou worden gelegd bij de andere aansprakelijke partij. De Hoge Raad casseerde en overwoog dat, nu de geleden schade (mede) was veroorzaakt door Huygen, ook Huygen voor de gehele schade van het slachtoffer aansprakelijk was:

‘(...) dat dan ook ingeval een schade het gevolg is geweest van onrechtmatige daden van meer dan een persoon ieder hunner, als vallende onder den regel van art. 1401, jegens den benadeelde voor het geheel tot vergoeding van de schade is gehouden; dat derhalve de benadeelde een hunner tot vergoeding van de gehele schade kan aanspreken; dat daarin voor den aangesprokene persoon ook hierom niets onredelijks is gelegen, omdat tussen degenen die jegens den benadeelde tot vergoeding verplicht zijn, onderling verhaalsrecht bestaat; dat weliswaar bij dit verhaalsrecht het risico van onvermogen van een regresplichtige op den regresgerechtigde drukt, doch zulks minder onbevredigend is dan dat – gelijk de opvatting der Rb. medebrengt – dit risico door den benadeelde zou worden gedragen.’<sup>165</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Alhoewel over deze uitspraak wordt gezegd dat zij met art. 6:102 BW gecodificeerd zou zijn, merkt Van Boom op dat dit strikt genomen niet in het artikel staat.<sup>166</sup> Dui-

162 HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4004, NJ 2000/351, m.nt. C.J.H. Brunner (N./M.).

163 Van Boom 2003b, p. 90-91.

164 Zie hierover ook uitgebreid Van Boom 2003b, p. 89-103, die in dit kader ook de uitspraak HR 30 oktober 1925, ECLI:NL:HR:1925:302, NJ 1926/157, m.nt. P. Scholten (*Aldebaran*) bespreekt.

165 HR 4 november 1955, ECLI:NL:HR:1955:157, NJ 1956/1, m.nt. L.E.H. Rutten (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*).

166 Welke stelling Van Boom in de opvolgende paragrafen ietwat nuanceert door preciezer te kijken naar de gevallen van aansprakelijkheid vanwege meervoudige oorzaken. Daarbij maakt hij een onderverdeling in ten minste twee soorten: noodzakelijke (samenwerkende) oorzaken en voldoende (hypothetische) oorzaken. Zie hierover nader Van Boom 2003b, p. 91 e.v. Dat enige

delijk is echter wel dat de rechtspraak en de literatuur het erover eens zijn dat in geval van samenlopende oorzaken, hoofdelijkheid het gevolg is.

In de situatie waarin zich echter een sterk *ongelijksoortige* vorm van samenloop voordoet, heeft de wetgever de mogelijkheid geboden om deze gevallen niet onder het hoofdelijkheidsregime te laten vallen.<sup>167</sup> In de parlementaire geschiedenis wordt daarover opgemerkt:

‘In de overblijvende gevallen van samenloop, die zo ongelijksoortig zijn dat zij niet voor een uniforme regeling vatbaar zijn, moet aan wetenschap en rechtspraak worden overgelaten om te beslissen, in hoeverre de bepalingen van de hoofdelijkheid naar analogie toepassing vinden.’<sup>168</sup>

Klaassen wijst ter illustratie op de situatie waarin er sprake is van opvolgende fouten en de tweede fout in redelijkheid niet aan de veroorzaker van de eerste fout (als een gevolg daarvan) kan worden toegerekend. Dat kan het geval zijn indien de tweede fout zoveel ernstiger is dan de eerste fout, dat de (additionele) schade niet meer kan worden beschouwd als een verwezenlijking van het gevaar met het oog waarop de eerste fout had moeten worden vermeden.<sup>169</sup>

In de klassieke secundaire aansprakelijkheidsgevallen waarin de secundaire partij het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij niet heeft voorkomen, zal er echter juist geen sprake zijn van ‘sterk ongelijksoortige vormen van samenloop’. De schade(oorzaak) zal immers in de regel dezelfde zijn, alleen de verwijten aan het adres van de primaire en secundaire partij verschillen.<sup>170</sup> Zo zal de primaire partij verweten worden de schadeveroorzakende handeling *an sich* te hebben verricht, en zal de secundaire partij verweten worden die handeling van de primaire partij niet voorkomen te hebben. Nog anders gezegd: door het gebrek

---

nuance wel op zijn plaats is, volgt ook uit de kanttekening die Sieburgh maakt dat art. 6:102 BW desondanks niet volledig de gevallen van ‘toevallig samenlopende’ verbintenissen tot schadevergoeding bestrijkt, daar het slechts betrekking heeft op wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. Derhalve zijn bijvoorbeeld de pleger van een onrechtmatige daad en de schadeverzekeraar van de gelaedeerde niet krachtens art. 6:102 BW hoofdelijk verbonden. Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/102. Zie meer uitvoerig over de verschillende soorten samenlopende oorzaken ook Akkermans 1996, p. 48 e.v.

167 Van Boom 2016, p. 28 en 52.

168 T-M, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 91 (nr. 5). Een voorbeeld is HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2790 (*X/Encare Arbozorg B.V.*). Gewezen zij in het bijzonder op A-G Wissink in zijn conclusie voor dit arrest (sub 2.13).

169 Klaassen 2017, p. 42-43, met een verwijzing naar HR 25 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0691, NJ 1992/751 (*Alpuro/Dijkhuizen*). Ik volsta op deze plaats met een verwijzing naar Klaassen 2017, p. 42-48 voor een helder overzicht van de toepasselijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid in de gevallen van (a) samenlopende oorzaken, (b) afzonderlijke, gelijktijdig werkende oorzaken, (c) afzonderlijke, achtereenvolgend werkende oorzaken, (d) onderbreking van de causaliteit en (e) alternatieve causaliteit. Zie voor een soortgelijke bespreking van de (hoofdelijkheids)gevolgen bij meervoudige oorzaken, Van Boom 2003b, p. 89-103 en Asser/Sieburgh 6-I\* 2016/106.

170 Vgl. Giesen e.a. 2009, p. 48. Vgl. hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.3 voor de toepassing van de ‘indivisibility doctrine’ in de secundaire aansprakelijkheidscontext in het Amerikaanse recht.

aan toezicht van de secundaire partij heeft de primaire partij de specifieke schade kunnen veroorzaken. Het gebrek aan toezicht leidt dus juist niet tot andere schade dan de door de primaire partij veroorzaakte. In deze gevallen geldt dus het regime van art. 6:102 BW en zal de benadeelde zowel de primair als de secundair aansprakelijke partij hoofdelijk en tot vergoeding van de gehele schade kunnen aanspreken.<sup>171</sup>

### 5.2.2 REGRES (ART. 6:10 E.V. BW)

Als de secundaire partij hoofdelijk met de primaire partij aansprakelijk wordt gehouden, en vervolgens door het slachtoffer wordt aangesproken om de (volledige) schade te vergoeden, dan kan de secundaire partij regres nemen op de andere medeveroorzaker (de primaire partij) naar rato van ieders aandeel in de veroorzaking van de schade.<sup>172</sup> Dit ‘regresrecht’ is neergelegd in art. 6:10 e.v. BW en komt in de kern op het volgende neer.

Art. 6:10 BW bepaalt, kort gezegd, dat iedere hoofdelijke schuldenaar in de schuld moet bijdragen voor dat gedeelte dat hem in de onderlinge verhouding met de andere hoofdelijke schuldenaren aangaat.<sup>173</sup> Art. 6:102 lid 1 BW geeft een antwoord op de vraag welk gedeelte de schuldenaren in die onderlinge verhouding precies aangaat, door uit te werken hoe de grootte van hun onderlinge bijdrageplicht dient te worden vastgesteld. Conform dit artikel wordt de schade over de hoofdelijke schuldenaren verdeeld met overeenkomstige toepassing van art. 6:101 BW, tenzij uit de wet of een rechtshandeling een andere verdeling voortvloeit.<sup>174</sup> De maatstaf van art. 6:101 BW heeft als uitgangspunt dat de schade over de hoofdelijke schuldenaren wordt verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Indien deze causale verdeling geen bevredigend resultaat oplevert, kan er een billijkheidscorrectie plaatsvinden.<sup>175</sup>

Toegespitst op het onderhavige onderzoek betekent het voorgaande dat de primaire en de secundaire partij in hun regresrelatie onderling ‘moeten uitzoeken’ waar de pijn uiteindelijk komt te liggen.<sup>176</sup> Daarbij dient bedacht te worden dat het feit dat de secundair aangesprokene moeite zou kunnen hebben met regres op zijn moge-

171 Vgl. Busch 2011, p. 76.

172 Zie hierover ook Giesen e.a. 2009, p. 48 in de context van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de primaire en de secundaire partij en Keirse & Jongeneel 2013, p. 134-138 in de context van medeaansprakelijkheid.

173 Van Boom 1997, p. 136; Van Boom 2016, p. 99-112.

174 Keirse & Jongeneel 2013, p. 154-157; Hartlief 2018, p. 327-328.

175 De maatstaf van art. 6:101 BW geldt niet voor zover partijen in hun overeenkomst een afwijkende regeling zijn overeengekomen. Daarnaast heeft de wetgever ook enkele bijzondere draagplichtregels vastgesteld (denk aan art. 7:661 BW, art. 6:170 lid 3 BW (werkgever-onderschikte) en art. 6:166 lid 2 BW (groepsaansprakelijkheid)). Voor (de uitwerking van) dergelijke nuances verwijs ik naar Hartlief 2018, p. 328.

176 Van der Wiel 2005, p. 158; Van Boom 2016, p. 33.

lijke primaire mededebiteur, bijvoorbeeld omdat deze insolvent, onvindbaar of om een andere reden moeilijk uitwinbaar is, geen grond is om de hoofdelijk en aan het slachtoffer verschuldigde schadevergoeding op te knippen in 'deelaanspraken'.<sup>177</sup> Het wordt dus, kort gezegd, in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht redelijker geacht het verhaalsrisico bij de secundair aansprakelijke in plaats van bij het slachtoffer te leggen, nu deze laatstgenoemde partij part noch deel aan het toebrengen van de schade heeft gehad.<sup>178</sup>

Het resultaat van het hoofdelijkheidssysteem is dat de relatieve ernst van de fouten van de primaire en de secundaire partij pas een rol kunnen en gaan spelen in hun onderlinge regresverhouding, maar ook dat het regresrecht in feite een lege huls is als de andere partij 'onuitwinbaar' is. Het slachtoffer heeft in dit systeem daarentegen geen last van insolventieproblemen van een van beide aansprakelijke partijen.<sup>179</sup> Het voorgaande geldt overigens ongeacht de vraag of deze primaire partij door de benadeelde ook daadwerkelijk in de procedure is betrokken.<sup>180</sup>

Een en ander heeft tot gevolg dat een secundaire partij met een minimaal veroorzakingsaandeel in de schade naar Nederlands recht de gehele schade dient te vergoeden als de primaire schadeveroorzaker insolvent of onvindbaar is. Dat is een vaststelling die gevolgen heeft voor de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht (zie nader hoofdstuk 8).

177 HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, NJ 1997/219 (*Du Pont de Nemours/Hermans*) en HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, NJ 2000/159, m.nt. A.R. Bloembergen (*Breugem en Stolze Kwekerij/Rockwool*) zijn illustratief.

178 Klaassen 2008, p. 177-178; Van Boom 2016, p. 24. Vgl. ook de overwegingen van de hiervoor besproken uitspraak HR 4 november 1955, ECLI:NL:HR:1955:157, NJ 1956/1, m.nt. L.E.H. Rutten (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*). Buiten beschouwing gelaten de eigen schuld: wanneer de benadeelde immers wel part of deel heeft aan zijn eigen schade, dan deelt hij om die reden op grond van art. 6:102 lid 2 BW wél mee in het risico dat een van de medeaansprakelijke primaire partijen insolvent, onvindbaar of anderszins niet-uitwinbaar blijkt. Vgl. Van Boom 1999, p. 83; Roelofs 2010, p. 52-55; Hartlief 2018, p. 328. Ook buiten beschouwing gelaten het geval dat een van de hoofdelijke debiteuren aanbiedt de verschuldigde prestatie te verrichten: in dat geval kan het slachtoffer niet weigeren.

179 Het feit dat er ook andere partijen verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van de schade, levert immers geen verweer op in de relatie tot het slachtoffer. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 534; Van Boom 2016, p. 33.

180 Als de benadeelde alleen de secundaire partij aanspreekt, dan geldt in het huidige systeem immers ook – ongeacht het veroorzakingsaandeel – dat de secundaire partij de gehele schade (100%) dient te voldoen als aan de vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan. De secundaire partij kan de primaire partij die tot dezelfde schade heeft bijgedragen dan in vrijwaring of in een aparte procedure oproepen, waardoor voor een deel van de schadeplicht een regresvordering ontstaat (hetgeen de secundaire partij uiteraard alleen zal doen als de primaire partij vindbaar is en er een kans op verhaal bestaat). De feitelijke uitkomst in termen van daadwerkelijke schadelast en het op de secundaire partij rustende insolventierisico van de primaire partij is dan dus dezelfde als in de situatie waarin de benadeelde (zelf) allebei de partijen (primair en secundair) in de procedure betreft, zij hoofdelijk veroordeeld worden, en de benadeelde zich vervolgens op de secundaire partij verhaalt. Zie hierover nader hoofdstuk 8, paragraaf 5.3.5.2.

## 6 CONCLUSIE

De secundaire partij wordt in essentie steeds verweten het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij niet voorkomen te hebben. Deze aansprakelijkheid is in het reguliere en met primaire aansprakelijkheden te vergelijken toetsingskader van met name art. 6:162 BW te passen. Dat betekent dat voor secundaire aansprakelijkheid onder meer vast moet komen te staan dat de in art. 6:162 BW verankerde zorgplicht vergde dat de secundaire partij anders zou handelen dan zij heeft gedaan om het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij te voorkomen of in omvang te beperken. Secundaire aansprakelijkheid – veelal een aansprakelijkheid wegens nalaten – veronderstelt dus een rechtsplicht tot handelen. Deze plicht tot handelen zal in de basis neerkomen op het ‘houden van toezicht’, waaronder ook het treffen van preventieve maatregelen kan worden verstaan.

Bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht zullen in het algemeen de *Kelderluik*-criteria, en meer in het bijzonder de daarin verankerde voorzienbaarheidseis van belang zijn. Naast de ‘gewone’ overheidswetgeving, kunnen daarbij ook de normen zoals deze besloten liggen in zelfregulering van waarde zijn. In de hoofdstukken 3 t/m 6 wordt bekeken hoe de hiervoor geschetste kaders worden toegepast en ingekleurd bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van scholen, sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen en overige private ruimten.

Na de toetsing van de zorgplicht in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid, biedt onder meer de leer van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW in de omvangsfase de mogelijkheid om het ‘alles’-antwoord te corrigeren. In de analyse van hoofdstuk 8, paragraaf 5.2 wordt nader onderzocht in hoeverre art. 6:98 BW deze functie in secundaire aansprakelijkheidszaken kan vervullen en in hoeverre die correctie wenselijk is. Daarnaast wordt in de analyse van hoofdstuk 8, paragraaf 5.3 bekeken hoe het huidige hoofdelijkheidssysteem van art. 6:102 BW, zoals dit in de toedelingsfase aan bod komt, zijn doorwerking vindt in de secundaire aansprakelijkheidstoets.



## 1 INLEIDING EN OPBOUW

Ongevallen op scholen tijdens de (gym)lessen en pauzes, maar ook misbruik, geweld en pestgedrag onder schooltijd, vormen een bron van lichamelijk en geestelijk letsel bij leerlingen. Dat hier voor scholen – in de breedste zin van het woord<sup>1</sup> – een taak ligt, in de zin dat op hen een zorgplicht ter voorkoming van dergelijke ongevallen rust, is reeds lang en breed in de literatuur en rechtspraak onderkend.<sup>2</sup>

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is die naar de reikwijdte van de civielrechtelijke, secundaire zorgplicht van scholen ten opzichte van haar bezoekers (met name leerlingen).<sup>3</sup> Bij de beantwoording van deze vraag zal in de eerste plaats de *fysieke* veiligheid van leerlingen nader onder de loep worden genomen. Denk hierbij aan ongevallen door gevaarlijke lesmaterialen op of buiten het schoolterrein of aan letsel opgelopen tijdens gevaarlijke activiteiten, bijvoorbeeld tijdens de gymles. Voor de secundaire zorgplicht van scholen is echter ook, in de tweede plaats, de *sociale* veiligheid van leerlingen relevant, welke veiligheid in het bijzonder door

- 
- 1 Onder ‘scholen’ dient in dit onderzoek te worden verstaan: basis- en middelbare scholen, maar bijvoorbeeld ook hogescholen of universiteiten. De aanduiding ‘de school’ heeft in het vervolg van dit onderzoek bovendien betrekking op de stichting, de vereniging of een andere rechtspersoon die de school in stand houdt (vgl. Paijmans 2019, p. 18). Daar waar ik in het navolgende spreek over ‘de zorgplicht van de school’, doel ik in feite telkens op de zorgplicht van de exploitant of de beheerder van deze ruimte (zie eerder hoofdstuk 1, paragraaf 6.4).
  - 2 Zo stelt onder meer Paijmans in haar proefschrift over de zorgplicht van scholen: ‘Op hen rust een zorgplicht ter voorkoming van ongevallen. Dat op een school ter zake hiervan een zorgplicht rust jegens haar leerlingen, zal niet worden betwist’. Zie Paijmans 2013, p. 145 en later herhaald in Paijmans 2019, p. 18 en 19. Vgl. ook Van Dam 2020, p. 177-178. Zie hierover ook A-G Berger in zijn conclusie voor HR 23 mei 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB5724, NJ 1976/24 (*Schoolreisje*) en De Tavernier 2014, p. 24.
  - 3 Waarbij dus niet wordt bedoeld op de zorgplicht van scholen zoals genoemd in het kader van de in 2014 ingevoerde Wet passend onderwijs. Deze zorgplicht ziet op de verantwoordelijkheid van scholen om alle leerlingen die extra ondersteuning nodig hebben een passende plek op de eigen of op een andere school te bieden, en niet op de hier bedoelde civielrechtelijke zorgplicht. Zie Paijmans 2019, p. 19. Bovendien geldt dat dit onderzoek is verricht vanuit het privaatrecht, en niet vanuit het onderwijsrecht of publiekrecht. Dat laat onverlet dat in dit hoofdstuk op sommige plaatsen onderwijsrechtelijke en publiekrechtelijke normen – zij het op hoofdlijnen – enige aandacht krijgen, maar enkel in die gevallen waarin deze normen een invulling geven aan de civielrechtelijke zorgplicht van scholen. Vgl. Paijmans 2013, p. 8. Zie nader hoofdstuk 1, paragraaf 6.2.

pestgedrag van medeleerlingen in het gedrang kan komen.<sup>4</sup> In dit hoofdstuk wordt bekeken hoe deze (fysieke en sociale) veiligheden zich laten definiëren, welke wet- en regelgeving daarbij van belang is, en hoe de zorgplicht van scholen in de rechtspraak wordt getoetst.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Ik bespreek allereerst een aantal (empirische) onderzoeken naar de veiligheid op en rondom scholen (paragraaf 2). Daarna bespreek ik de kenmerken van de (secundaire) zorgplicht van scholen (paragraaf 3), evenals de relevante wet- en regelgeving met betrekking tot deze zorgplicht (paragraaf 4). Vervolgens wordt de beschikbare (Nederlandse) jurisprudentie over zowel de primaire als de secundaire zorgplicht van scholen weergegeven (paragraaf 5). Besloten wordt met een conclusie over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van scholen (paragraaf 6).

## 2 DE VEILIGHEID OP EN RONDOM SCHOLEN

### 2.1 INLEIDING

In deze paragraaf staat de betekenis van het begrip ‘veiligheid’ op en rondom scholen centraal. Zo wordt allereerst de rol van scholen in het creëren van een veilig schoolklimaat besproken (paragraaf 2.2), hetgeen nader wordt ingevuld door een bespreking van een aantal empirische onderzoeken naar de veiligheid(sbeleving) op Nederlandse scholen (paragraaf 2.3). Daarna volgt een conclusie (paragraaf 2.4).

### 2.2 DE ROL VAN SCHOLEN

De rol van ‘de school’ is in de loop der jaren aan een flinke verandering onderhevig geweest. Zo is er steeds meer oog voor de leerling gekomen; de hedendaagse zorgplicht van scholen is geënt op de gedachte dat een kind zich ‘veilig’ moet voelen op school. Gesproken wordt daarom ook wel over een ‘veilig schoolklimaat’.<sup>5</sup> Kinderen kunnen zich, zo is de gedachte, in een veilige omgeving immers optimaal – zowel op sociaal als op intellectueel niveau – ontwikkelen.

Dat dit belang in de huidige politiek (breed) erkend wordt, blijkt onder andere uit de namens de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (‘OCW’) aan de Tweede Kamer gerichte brief van 15 januari 2015, welke brief als volgt wordt ingeleid:

---

4 Onder de ‘sociale veiligheid’ schaar ik bovendien wat, onder meer door de wetgever, ook wel de ‘psychische veiligheid’ wordt genoemd. Zie hierover nader paragraaf 4.3.2.

5 Pajjmans 2013, p. 333.



‘Het is belangrijk dat scholen leerlingen en docenten een veilige omgeving bieden. Leerlingen kunnen alleen toekomen aan leren en aan de ontwikkeling van hun talenten als ze zich veilig voelen.’<sup>6</sup>

Deze veiligheid laat zich in essentie in een tweetal kernelementen onderscheiden, zo lichtte ik in de inleiding al kort toe. Zo rust op een school ten eerste de plicht het kind te behoeden c.q. te beschermen tegen lichamelijk letsel, hetgeen ik in het navolgende als de ‘fysieke veiligheid’ zal aanduiden. Dit doet de school bijvoorbeeld door het plaatsen van ‘kindvriendelijke’ klimrekken op het schoolplein, het vermijden van gevaarlijke activiteiten, maar ook door voldoende toezicht te houden op de spellen en activiteiten die in het kader van bijvoorbeeld de gymles worden uitgevoerd.<sup>7</sup> Naast deze fysieke veiligheid, zal de school er ook voor moeten zorgdragen dat de leerlingen zich op school in een sociale leefomgeving bevinden waarin zij zich veilig voelen. Daaronder valt onder meer de zorg voor het zo mogelijk voorkomen of beperken van pesten, misbruik en geweld. Deze vorm van veiligheid duid ik in het navolgende aan als de ‘sociale veiligheid’.<sup>8</sup> Deze zorgplicht is in het bijzonder interessant, nu het hier naar haar aard om een secundaire gaat; er is immers altijd een primaire partij (zoals een medeleerling) in het spel die de schade direct veroorzaakt (die pest of geweld gebruikt).

De school draagt dus ook de verantwoordelijkheid om een onderwijsomgeving te creëren waarin leerlingen zich vrij kunnen bewegen en ontwikkelen. Juist het creëren van deze sociale veiligheid is weinig tastbaar en kan daarom voor scholen een lastig te effectueren c.q. te beheersen taak zijn. Bedacht dient immers te worden dat een school niet in een vacuüm opereert, maar als onderdeel van de maatschappij en dat óók in de maatschappij niet alleen sprake is van veiligheid, maar ook van geweld.<sup>9</sup> Hazler merkt in dit kader treffend op:

‘Creating a safe climate in a community requires everyone’s involvement. One angry person does not make a community a community angry and one caring person does not make a community caring. (...) Schools are communities in themselves and they also are part of larger communities. No single staff member, student, or parent can change that community by working in isolation.’<sup>10</sup>

‘Veiligheid’ blijft bovendien een subjectief gegeven; wat de ene persoon veilig vindt, vindt de ander een bedreiging. Het is om die reden van belang om zorgplichten van scholen nader af te bakenen en de rechtvaardiging van het bestaan van deze zorgplichten in kaart te brengen. Dankzij verschillende onderzoeken naar de ‘veiligheid op scholen’ kan de subjectieve veiligheid(sbeleving) van de

6 *Kamerstukken II* 2014/15, 29240, nr. 69, p. 1.

7 Zie over de zorgplicht van scholen bij gymongevallen de rechtspraak zoals deze weergegeven is in paragraaf 5 en Paijmans 2019, p. 22-23.

8 Vgl. Voskamp 2018, p. 2 en 96; Paijmans 2019, p. 23-24.

9 Van der Meer 2000, p. 3.

10 Hazler 1996, p. 126.

leerlingen, alsmede de daarmee samenhangende relevantie van zorgplichten van scholen, (meer) handen en voeten worden gegeven. In het navolgende kom ik tot een globale bespreking van deze onderzoeken.

### 2.3 DE VEILIGHEID(SBELEVING) OP SCHOLEN

*'Monitor sociale veiligheid in en rond scholen' (ITS & Praktikon 2006-2018)*<sup>11</sup>

In opdracht van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap ('OCW') is in de periode van 2006 tot 2016 door ITS<sup>12</sup> en in de periode van 2016 tot 2018 door Praktikon<sup>13</sup> de zogenoemde 'Monitor sociale veiligheid in en rond scholen' uitgevoerd naar de veiligheid op Nederlandse scholen. Uit dit onderzoek blijkt dat het gevoel van veiligheid op scholen in elk onderzocht jaar bij zowel leerlingen als personeelsleden relatief groot is. Zo lag dit percentage in het primair onderwijs ten aanzien van leerlingen in de periode 2010 tot 2018 tussen de 94% en 97%. Voor personeelsleden lag dit percentage van 2010 tot 2018 tussen de 94% en 96%.<sup>14</sup> Het percentage leerlingen in het voortgezet onderwijs dat zich veilig voelt op school is vanaf 2006 tot 2018 stabiel gebleven tussen de 93% en 97%. Ten aanzien van de personeelsleden op het voortgezet onderwijs geldt dat 90% zich op school veilig voelt. Dit beeld is stabiel gebleven vanaf 2014, in de jaren daarvoor was het nog iets hoger.<sup>15</sup>

Voor de (secundaire) zorgplicht zijn met name de onderzoeksresultaten over de (sociale) veiligheid en de in dat kader getroffen veiligheidsmaatregelen in het voortgezet onderwijs interessant. De leerlingen die aan het onderzoek meededen hebben vragen beantwoord over de veiligheid op school. De meest recente resultaten van het onderzoek van Praktikon uit 2018 over binnenschoolse regels, sociaal ongewenst gedrag, maatregelen tegen sociaal ongewenst gedrag, gevoelens van veiligheid en vergroting van veiligheid zijn weergegeven in tabel 3.1.

---

11 Zie Praktikon 2018 voor de hierna te bespreken (meest recente) onderzoeksresultaten. Bij deze weergave zijn ook de eerdere onderzoeksresultaten van ITS betrokken. Daar waar in het vervolg van deze paragraaf (direct) is geput uit het eerdere onderzoeksrapport over de Veiligheidsmonitor van ITS uit 2014, wordt gerefereerd aan 'ITS 2014'.

12 Het ITS was een non-profitonderzoeksinstituut en verbonden aan de Radboud Universiteit, gespecialiseerd in toegepast sociaal wetenschappelijk onderzoek, beleidsonderzoek en advies en evaluaties.

13 Praktikon is een zelfstandige organisatie die zich inzet voor onderzoek en ontwikkeling in de zorg, gemeenten en het onderwijs.

14 Praktikon 2018, p. 6.

15 Praktikon 2018, p. 6.

Tabel 3.1 Veiligheid(sbeleid) op school volgens leerlingen<sup>16</sup>

	N	Min	Max	Gem	SD
<i>Gevoelens van veiligheid</i>					
Veilig voelen op school	10.489	0	300	96,6	17,74
Veilig voelen bij de fietsenstalling	9.896	0	100	95,7	20,21
Veilig voelen op de parkeerplaats	8.975	0	100	96,6	18,03
Veilig voelen in omgeving school	9.323	0	100	95,1	21,30
<i>Vergroting van veiligheid is nodig</i>					
Vergroting van veiligheid op school	10.493	0	100	5,9	14,78
Vergroting van veiligheid bij fietsenstalling	10.493	0	100	8,0	27,08
Vergroting van veiligheid bij parkeerplaats	10.493	0	100	3,9	19,29
Vergroting van veiligheid in omgeving school	10.493	0	100	6,2	23,77
Vergroting van veiligheid thuis	10.493	0	100	1,9	13,27
Vergroting van veiligheid hoeft niet	10.493	0	100	61,8	48,56

Een grote meerderheid (97%) van de leerlingen voelt zich veilig op school. Op andere locaties is het gevoel van veiligheid ook hoog, waarbij de leerlingen zich in de omgeving van de school relatief gezien minder veilig voelen (95%). Opvallend is dat in 2018 nog maar 6% van de leerlingen en 11% van de docenten verbetering van de veiligheid als urgent beschouwden, terwijl dit in 2014 10% van de leerlingen en 17% van het onderwijspersoneel betrof.<sup>17</sup> In 2006 en 2008 was dit nog ruim 20%. De positieve trend met betrekking tot de veiligheidsbeleving op het voortgezet onderwijs die ITS in 2014 reeds signaleerde,<sup>18</sup> zet zich dus ook in 2018 door.

Ondanks de in hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.1 besproken toenemende belangstelling voor secundaire zorgplichten, blijkt uit dit onderzoek dat er in 2018 volgens de leidinggevenden binnen het primair onderwijs minder aandacht is gekomen voor leerlingzorg op maat. In 2010 lag dat percentage immers nog op 81%, in 2018 is dat percentage gedaald naar 77%.<sup>19</sup>

Een opvallend meetresultaat in 2018 ten opzichte van de voorgaande jaren is dat er significant meer leidinggevenden, zowel in het primair als in het voortgezet onderwijs, aangeven dat hun school een actief veiligheidsbeleid voert.<sup>20</sup> Over alle jaren heen scoort de mate waarin surveillance wordt gehouden tijdens de pauzes en wisseling van lessen en tussenuren op scholen – welk gegeven, en met name het gebrek eraan, zo zal uit de rechtspraakanalyse blijken, een bron van aansprakelijkheidsprocedures vormt – behoorlijk hoog. Materialen ten behoeve van de veiligheid (zoals videobewaking, detectiepoortjes en een pasjessysteem) worden daarentegen weinig ingezet.<sup>21</sup>

16 Praktikon 2018, p. 135.

17 Praktikon 2018, p. 35 en p. 61.

18 ITS 2014, p. xiii.

19 Praktikon 2018, p. 31.

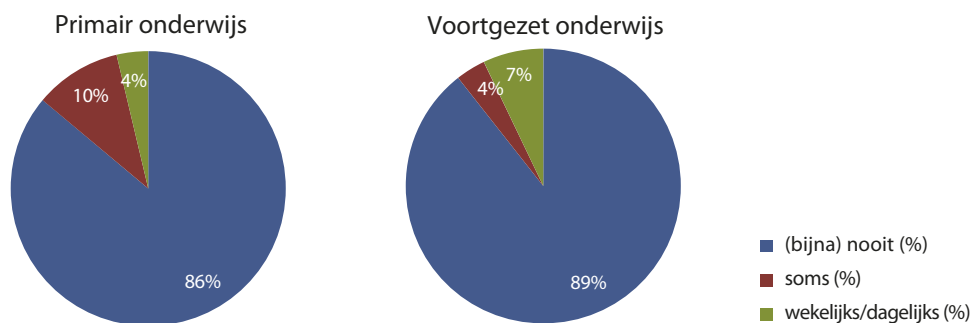
20 Praktikon 2018, p. 6.

21 Praktikon 2018, p. 32.

Voor wat betreft pestgedrag van leerlingen, geldt dat er in 2018 een positief beeld is te herkennen. Pestgedrag is, vooral op het voortgezet onderwijs, sterk afgenomen ten opzichte van de jaren daarvoor. Ter onderbouwing van deze conclusie maak ik in het navolgende een vergelijking tussen de resultaten van ITS uit 2014 en de resultaten van Praktikon uit 2018.

De uitgangspunten van de onderzoeken naar pestgedrag van leerlingen waren in beide jaren vergelijkbaar. Zowel in 2014 als in 2018 merkten de onderzoekers op dat een volledig beeld van alle pestincidenten op scholen nagenoeg onmogelijk is, vooral omdat pesten juist géén incident is. De onderzoekers hebben de leerlingen gevraagd of zij – naast de ‘standaardgeweldsvormen’ – slachtoffer of dader zijn (geweest) van pesten. Daarnaast is in het primair onderwijs ook aan de ouders gevraagd of hun kinderen door medeleerlingen zijn gepest op school of buiten de school. In figuur 3.1 zijn de resultaten van deze meting van ITS in 2014 weergegeven.

**Figuur 3.1 Pesten: slachtofferschap leerlingen per onderwijstype<sup>22</sup>**



Het effectief tegengaan van pesten in de klas en op het schoolplein bleek dus niet vanzelfsprekend voor een deel van de scholen: 14% van de kinderen in het primair onderwijs werd gepest op school. Een deel van deze leerlingen was zelfs dagelijks het slachtoffer van de pesterijen van klasgenoten. In het voortgezet onderwijs gaf 11% van de leerlingen aan ten minste één keer per maand of vaker slachtoffer te zijn van pesten. Opvallend is de conclusie die de Staatssecretaris van OCW in zijn brief naar de Tweede Kamer – in het kader van de hierna in paragraaf 4.3.2 te bespreken Wet sociale veiligheid – aan deze cijfers verbond: ‘Het lukt scholen blijkbaar nog niet overal om pestgedrag goed aan te pakken.’<sup>23</sup> Deze conclusie lijkt de relatie tussen pestgedrag en de zorgplicht van scholen te illustreren; de (secundaire) verantwoordelijkheid van de school met betrekking tot de sociale veiligheid van de leerlingen speelt met name daar waar pestgedrag hoogtij viert.

<sup>22</sup> ITS 2014, p. xiv.

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2014/15, 29240, nr. 69, p. 2.

Het voornoemde onderzoek (de 'Veiligheidsmonitor') werd door Praktikon in 2016 en 2018 opnieuw uitgevoerd en vergeleken met de resultaten van ITS uit 2014. Deze resultaten zijn samengevat in tabel 3.2 en tabel 3.3.

**Tabel 3.2** Vergelijking in pesten tussen 2014, 2016 en 2018 (primair onderwijs)<sup>24</sup>

Analysejaar	2014		2016		2018	
	(%)	sig	(%)	sig	(%)	sig
<i>Slachtoffer - 1 x per maand of vaker</i>						
Pesten	14,0	a	10,6	b	10,0	b
<i>Gepest worden op school</i>						
(Bijna) nooit	86,0	a	89,4	b	90,0	b
Soms	10,2	a	7,8	b	6,9	c
Wekelijks / dagelijks	3,8	a	2,7	b	3,1	b

**Tabel 3.3** Vergelijking in pesten tussen 2014, 2016 en 2018 (voortgezet onderwijs)<sup>25</sup>

Analysejaar	2014		2016		2018	
	(%)	sig	(%)	sig	(%)	sig
<i>Slachtoffer - 1 x per maand of vaker</i>						
Pesten	11,2	a	7,9	b	5,0	c
<i>Slachtoffer</i>						
(Bijna) nooit	88,8	a	92,1	b	95,0	c
Soms	3,6	a	2,7	b	1,8	c
Wekelijks / dagelijks	7,6	a	5,1	b	3,2	c

Met name op het voortgezet onderwijs wordt in de loop der jaren een daling in pestervaringen geconstateerd. Dat wil vanzelfsprekend niet zeggen dat pesten geen probleem meer is en dat op scholen ter zake geen zorgplicht meer rust. Hierop wijst ook de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media in zijn brief aan de Tweede Kamer, die hij naar aanleiding van het voornoemde rapport van Praktikon presenteerde. Daarin merkt hij op: 'Vijf procent betekent tegelijkertijd nog altijd dat ongeveer 50 duizend kinderen één keer per maand of vaker worden gepest. Dat blijft onacceptabel en levert veel pijn en verdriet op.'<sup>26</sup> De minister maakt zich in het bijzonder zorgen om cyberpesten en merkt op dat het belangrijk is dat scholen cyberpesten signaleren en passend beleid ter voorkoming van cyberpesten uitwerken.<sup>27</sup> De minister concludeert dan ook: 'Het tegengaan van pesten blijft om inzet vragen.'<sup>28</sup>

24 Praktikon 2018, p. 72.

25 Praktikon 2018, p. 75.

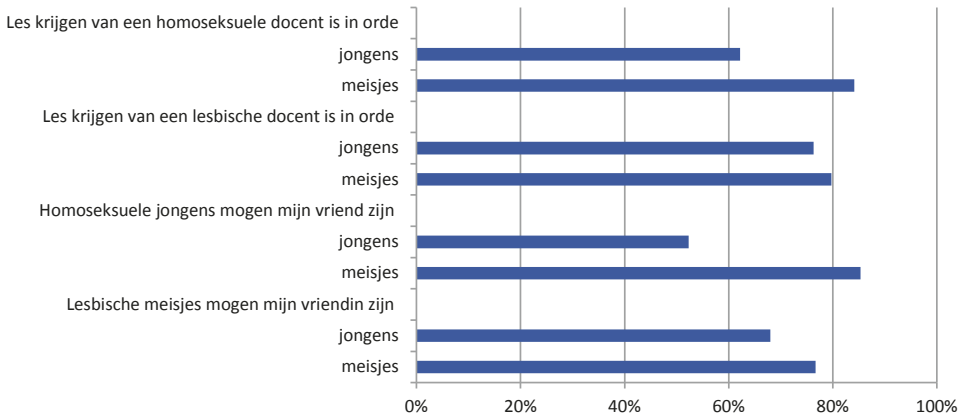
26 Kamerstukken II 2018/19, 29240, nr. 88, p. 2.

27 Kamerstukken II 2018/19, 29240, nr. 88, p. 2 en 3.

28 Kamerstukken II 2018/19, 29240, nr. 88, p. 3.

Opvallend in het onderzoek van Praktikon uit 2018 is het feit dat lesbische en homoseksuele leerlingen op het voortgezet onderwijs beduidend minder gepest worden dan in de voorgaande onderzochte jaren. Het verschil in slachtofferschap tussen homoseksuele leerlingen en de referentiegroep was niet eens meer significant.<sup>29</sup> In 2014 lag pestgedrag ten aanzien van lesbische en homoseksuele leerlingen en leerlingen met transgendergevoelens nog veel hoger in verhouding met de referentiegroep. Daar waar van alle leerlingen 11% aangaf één keer per maand of vaker gepest te worden op school, was dit percentage onder lesbische en homoseksuele leerlingen, evenals leerlingen met transgendergevoelens, in 2014 veel hoger (namelijk 23% respectievelijk 26%). Deze specifieke groep leerlingen voelde zich dan ook minder vaak veilig op en rondom de school.<sup>30</sup> Zie over deze resultaten van het onderzoek uit 2014 nader figuur 3.2.

**Figuur 3.2 Houding ten aanzien van homoseksualiteit op school bij leerlingen v(s)o - % (helemaal) mee eens (2014)<sup>31</sup>**



Het pestgedrag ten aanzien van lesbische en homoseksuele leerlingen en leerlingen met transgendergevoelens is in 2018 dus afgenomen. Nog steeds is het taboe met betrekking tot homoseksualiteit op het voortgezet onderwijs echter verre van verdwenen. Illustratief hiervoor zijn de meetresultaten uit 2018 over de houding van leerlingen ten aanzien van homoseksualiteit, zoals deze resultaten zijn weergegeven in tabel 3.4.

29 Praktikon 2018, p. 88.

30 ITS 2014, p. xv en xvi.

31 ITS 2014, p. xv.

**Tabel 3.4 Houding ten aanzien van homoseksualiteit naar geslacht volgens leerlingen v(s)o (2018)<sup>32</sup>**

	Jongen	Meisje	Totaal	
	(%)	(%)	(%)	N
<i>Les krijgen van een homoseksuele docent is in orde</i>				
(Helemaal) mee eens (%)	69,0	84,6*	76,8	9.228
Eens noch oneens (%)	14,3	8,4*	11,3	9.228
(Helemaal) mee oneens (%)	16,7	7,0*	11,9	9.228
<i>Les krijgen van een lesbische docent is in orde</i>				
(Helemaal) mee eens (%)	76,6	83,0*	79,8	9.171
Eens noch oneens (%)	11,8	9,7*	10,7	9.171
(Helemaal) mee oneens (%)	11,6	7,4*	9,5	9.171
<i>Homoseksuele jongens mogen mijn vriend zijn</i>				
(Helemaal) mee eens (%)	61,2	88,1*	74,6	9.172
Eens noch oneens (%)	18,0	6,7*	12,3	9.172
(Helemaal) mee oneens (%)	20,8	5,2*	13,1	9.172
<i>Lesbische meisjes mogen mijn vriendin zijn</i>				
(Helemaal) mee eens (%)	69,2	84,2*	76,6	9.149
Eens noch oneens (%)	15,7	9,5*	12,6	9.149
(Helemaal) mee oneens (%)	15,1	6,3*	10,7	9.149

Alhoewel er op dit vlak ook een positieve trend is te herkennen ten opzichte van de voorgaande jaren, laten deze onderzoeksgegevens ook zien dat op scholen nog altijd in het bijzonder ten aanzien van deze (vanwege de kans op pestervaringen: kwetsbaardere) leerlingen een zorgplicht rust om de sociale en fysieke veiligheid te waarborgen.

*'Samen scholen'* (Sociaal Cultureel Planbureau 2013)<sup>33</sup>

In opdracht van het Sociaal en Cultureel Planbureau ('SCP') is in 2013 een onderzoek uitgevoerd naar de vraag hoe ouders<sup>34</sup> en de school (leraren en schoolleiders) denken over de samenwerking tussen de ouders en de school, onder andere om de veiligheid van de leerlingen te waarborgen, dan wel te verbeteren. Eén van de belangrijkste conclusies in dit rapport is dat, naast de vakinhoudelijke bijdrage die de school aan de leerlingen levert, de ouders ook de veiligheid op school een van de belangrijkste aandachtspunten vinden.<sup>35</sup> Zo zetten ouders het opvoedingsdoel

32 Praktikon 2018, p. 81.

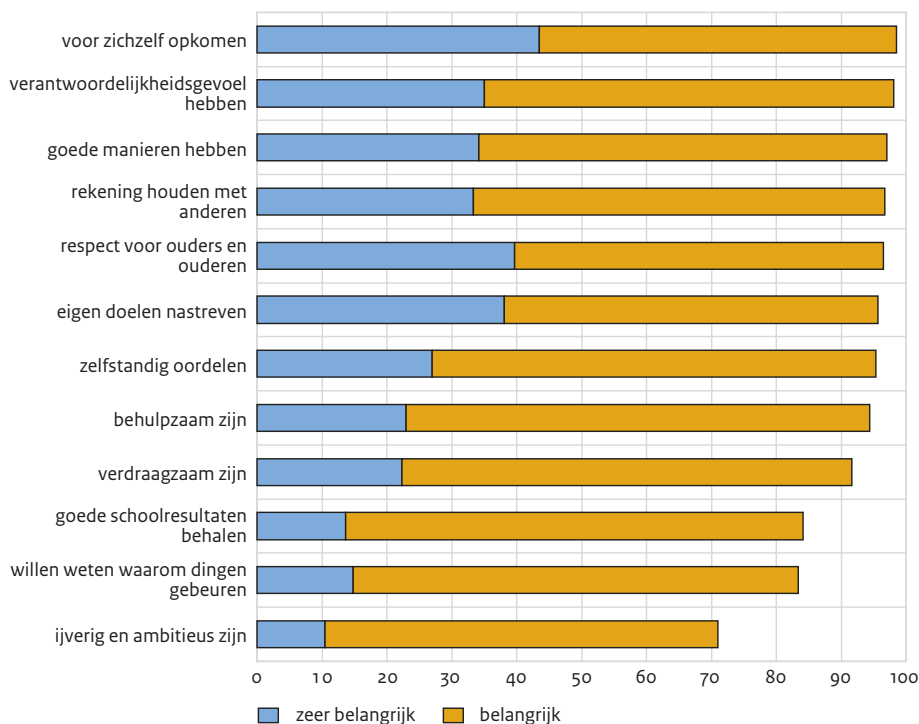
33 Zie SCP 2013 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

34 Onder 'ouders' versta ik hier en in het vervolg van dit onderzoek ook de verzorgers of voogden. Het gaat dus, met andere woorden, om alle personen die (juridisch) de zorg voor het minderjarige kind dragen.

35 SCP 2013, p. 58.

‘voor zichzelf opkomen’ op de eerste plaats en wel boven de andere in figuur 3.3 genoemde opvoedingsdoelen.

**Figuur 3.3** Het belang van opvoedingsdoelen voor ouders met een kind in het basisonderwijs, voortgezet onderwijs of middelbaar beroepsonderwijs, 2012 (in procenten, gerangschikt naar (zeer) belangrijk)<sup>36</sup>



Dat ouders het opvoedingsdoel ‘voor zichzelf opkomen’ op de eerste plaats zetten (43% van de ouders vindt dit doel ‘zeer belangrijk’, daar waar het doel ‘goede schoolresultaten’ door 13% als ‘zeer belangrijk’ wordt aangemerkt), kan volgens de onderzoekers goed samenhangen met de huidige individualistische samenleving. Ook kan het samenhangen met de wens van ouders om kinderen assertief te maken om te voorkomen dat zij slachtoffer worden van pesten (weerbaar te maken en te beschermen tegen inbreuken op hun sociale en fysieke veiligheid). Ouders zien hier dus een rol voor de school, maar blijkbaar ook voor zichzelf weggelegd.<sup>37</sup> Uit een onderzoek van De Bruin e.a. uit 2012 volgde al eerder dat scholen ook een rol voor de ouders weggelegd zien en – sterker nog – zelfs waardering hebben voor de inspraak en invloed van ouders, vooral als het gaat om het schoolbeleid en pedagogische thema’s als pesten (de sociale veiligheid).<sup>38</sup>

36 SCP 2013, p. 20.

37 SCP 2013, p. 19 en 20.

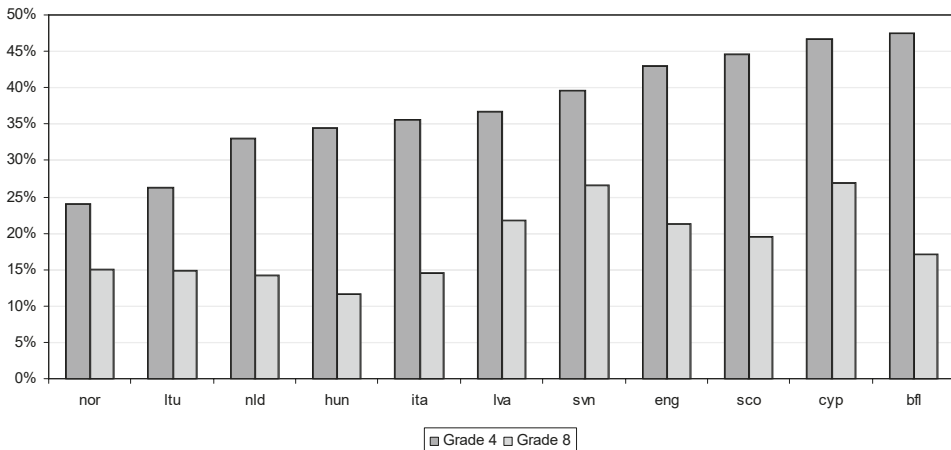
38 De Bruin e.a. 2012, p. 11.



*'Violence in European Schools' (Centre for European Economic Research 2007)<sup>39</sup>*

Uit onderzoek van het Centre for European Economic Research ('CEER') uit 2007 naar de (fysieke) veiligheid van de Europese scholen blijkt dat de Nederlandse scholen relatief veilig zijn. Zo is het niveau van licht geweld op school voor 10-jarige leerlingen het hoogst in België en Cyprus en voor 14-jarige leerlingen het hoogst in Slovenië en Cyprus. Nederlandse leerlingen bevinden zich daarbij tweemaal in de laagste categorie van geweld. Een en ander laat zich illustreren in figuur 3.4, waarin het percentage van de studenten (zowel in de vierde als in de achtste klas) dat in de laatste maand gewond raakte (in de breedste zin van het woord), weergegeven wordt. Daarbij is een vergelijking gemaakt tussen het veiligheidsniveau in Noorwegen, Litouwen, Nederland, Hongarije, Italië, Letland, Slovenië, Engeland, Schotland, Cyprus en (het Vlaamse deel van) België.

**Figuur 3.4** Percentage studenten dat in de afgelopen maand gewond is geraakt<sup>40</sup>



## 2.4 CONCLUSIE

Alhoewel de cijfers een wisselend beeld laten zien op verschillende veiligheidsvlakken, lijkt de algemene tendens te zijn dat de Nederlandse scholen relatief veilig zijn en de groep leerlingen die gebukt gaat onder een onveilig schoolklimaat – zowel fysiek als sociaal – beduidend kleiner is dan de groep leerlingen die zich veilig voelt op school. Desondanks dient bedacht te worden dat maandelijks ongeveer 150.000 leerlingen in het primair onderwijs en 50.000 leerlingen in het voortgezet onderwijs gepest worden.<sup>41</sup> Daarnaast krijgen in het basisonderwijs gemiddeld 41 kinderen per dag en in het middelbare onderwijs gemiddeld 37 kin-

<sup>39</sup> Zie CEER 2007 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

<sup>40</sup> CEER 2007, p. 20 ('Percentage of students who got hurt in the last month').

<sup>41</sup> Percentages ontleend aan Praktikon 2018, p. 72 en 75, en toegepast op het totaal aantal leerlingen in het primair onderwijs in 2018 (het gehanteerde aantal van 1.509.239 is ontleend aan de

deren per dag een ongeluk.<sup>42</sup> De conclusie op basis van de besproken onderzoeken lijkt dus te zijn dat er (en waarschijnlijk: altijd) ruimte is voor, en noodzaak is tot, verbetering. Scholen dienen zich bewust te zijn van de verantwoordelijkheid (de zorgplicht) die met betrekking tot de fysieke en sociale veiligheid van de leerlingen op hun rust, juist ook als deze veiligheid door toedoen van een ander (de primaire partij) in het gedrang kan komen.

### 3 DE KENMERKEN VAN DE (SECUNDAIRE) ZORGPLICHT VAN SCHOLEN

#### 3.1 INLEIDING

In paragraaf 1 werd al besproken dat op de school een juridisch te sanctioneren zorgplicht ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de leerlingen rust. Giesen concludeert zelfs dat onderwijsinstellingen in Nederland 'behoorlijk aantrekkelijke gedaagden' zijn.<sup>43</sup> De reden hiervoor is volgens Spier gelegen in de afhankelijkheidsrelatie tussen de school en het kind; daardoor kan, zelfs bij niet al te grote kansen op potentieel ernstig letsel, volgens hem al spoedig aansprakelijkheid van de school worden aangenomen.<sup>44</sup>

In lijn met deze afhankelijkheidsrelatie kwam in hoofdstuk 2, paragraaf 2.4 al aan de orde dat 'in loco parentis' als een (verklarende en rechtvaardigende) grondslag voor de primaire én de secundaire zorgplicht van de school kan fungeren.<sup>45</sup> In hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4 werd bovendien besproken dat de secundaire zorgplicht van private ruimten zich in het algemeen (dus niet alleen die van scholen) goed laten passen in de kwalificatie van 'afgeleide zorg'. Alvorens ik in hoofdstuk 8, paragraaf 3.2 tot een nadere analyse kom van de 'gevolgen' van deze kwalificaties voor de wenselijkheid van secundaire zorgplichten, bespreek ik in deze paragraaf eerst en nader de kenmerken van de specifieke secundaire zorgplicht van scholen. Ik laat mij daarbij met name inspireren door het werk van Paijmans (meer in het bijzonder over de zorgplicht van scholen) en het werk van Tjong Tjin Tai (meer in het algemeen over zorgplichten).

#### 3.2 DE AFGELEIDE ZORG VAN SCHOLEN

Afgeleide zorg, in de context van scholen, ziet in de definitie van Paijmans op het feit dat de zorg die op de scholen rust een afgeleide is van de zorg van een ander,

---

website onderwijsincijfers.nl) en in het voortgezet onderwijs in 2018 (het gehanteerde aantal van 1.012.478 is ook ontleend aan de website onderwijsincijfers.nl).

42 Gemeten in 2014. Het onderzoek is online raadpleegbaar via de website van veiligheid.nl.

43 Giesen 2005a, p. 120. Daarbij merkt hij overigens ook op dat het aanspreken van een school niet steeds succesvol is, want die bijzondere zorgplicht van onderwijzers betekent niet dat de leerkracht op elk kind direct toezicht moet houden.

44 Zie de conclusie (sub 7.12) van A-G Spier voor HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2324, NJ 2012/199, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eiseres/ROC*).

45 Zie ook Paijmans 2013, p. 118; Paijmans 2019, p. 19.

namelijk die van de ouders, zo kwam al in hoofdstuk 2, paragraaf 2.4 aan bod. Alhoewel deze grondslag van 'in loco parentis' in de Nederlandse jurisprudentie als zodanig nog niet is erkend,<sup>46</sup> kan deze wel functioneren als grondslag voor de secundaire zorgplicht van de school om voor de fysieke en de sociale veiligheid van leerlingen zorg te dragen.<sup>47</sup> In dat verband wijs ik er alvast op dat, zoals ook uit paragraaf 4.2 zal blijken, deze twee zorgdragers (de school en de ouders) ook onder het oude recht al in onderling verband werden gezien. De koppeling tussen de zorg van ouders en de zorg van de school is vanuit historisch perspectief dus geen onbekend fenomeen.

'In loco parentis' kan ook als grondslag dienen om de grenzen van de zorg van de school jegens (het schadeveroorzakende gedrag van) haar leerlingen te verklaren. De zorg van de school ten aanzien van de leerlingen is minder intensief dan de zorg die de ouders jegens hun kinderen dienen te betrachten, alleen al omdat de school voor de veiligheid van meer zorgontvangers (leerlingen) verantwoordelijk is. Nu de precieze belangen van de zorgontvangers (het kind of de leerling) voor de ouders in de regel bovendien meer kenbaar zijn dan voor de school, mag van de ouders een verdergaande mate van 'responsiveness' of 'attentiveness' worden verwacht dan van de school. In de literatuur en jurisprudentie wordt het 'plafond' van de zorg van scholen dan ook benadrukt: niet op elke leerling kan continu toezicht worden gehouden, zodanig dat elke onrechtmatigheid direct wordt opgemerkt en direct kan worden ingegrepen.<sup>48</sup>

In hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4 werd besproken dat Tjong Tjin Tai het begrip van de afgeleide zorg meer systematisch vanuit de zorgethiek verklaart. Afgeleide zorg ziet in zijn definitie niet op een relatie met een andere zorgdrager (zoals de ouders), maar op een relatie met een (wel) bekend belang.<sup>49</sup> De belangen van de zorgontvangers worden in die gevallen niet concreet gekend, maar dát enige zorg voor die belangen nodig is, is wel duidelijk. De *secundaire* zorgplicht van scholen zal in deze zin een afgeleide vormen en zodoende ook haar grenzen kennen, daar waar de school het schadeveroorzakende handelen van de medeleerling niet (altijd) direct kan voorzien. Waar de zorg van een secundaire partij immers precies op ziet, is vanwege het (haast per definitie) onvoorspelbare gedrag van de primaire partij op voorhand onduidelijk en zal dus moeten worden gebaseerd op wat naar ervaringsregels de gewenste handelwijze zou zijn. Met andere woorden: bij gebrek aan kennis van het concrete belang van de zorgontvanger (de leerling), moeten de

46 De Tavernier 2014, p. 23.

47 Zie ook Pajmans 2013, p. 111-112.

48 Zie hierover ook Ruddick 1989, p. 71-72. Ouders moeten, in tegenstelling tot scholen, volgens Ruddick voortdurend oog hebben voor mogelijke gevaren of onuitgesproken behoeften. Zie in gelijke zin ook Tjong Tjin Tai 2006a, p. 45 en Huisman 2017, p. 109. De laatste auteur verwijst ter onderbouwing van zijn stelling naar de in paragraaf 5.3.3 te bespreken uitspraak Rb. Zwolle-Lelystad 6 januari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BK7412 (*Openbaar Onderwijs Zwolle*).

49 Tjong Tjin Tai 2006a, m.n. p. 68-72, 93-94, 97-98 en 147-149. Zie eerder Maes 2016, p. 6-8.

zorgdaden van de school noodzakelijkerwijs veralgemeniseerd en afgeleid worden van wat de school wél bekend is of had moeten zijn.<sup>50</sup>

### Voorbeeld

Van de school wordt verwacht rekening te houden met de kans dat leerling X een medeleerling fysiek letsel toebrengt en vice versa. Of leerling X medeleerling Y van het klimrek duwt, tot heel ander schadeveroorzakend gedrag overgaat of juist helemaal geen schadeveroorzakend gedrag vertoont, blijft echter onbekend totdat leerling X de schadeveroorzakende handeling daadwerkelijk verricht. De betreffende belangen van medeleerling Y worden tot die tijd niet concreet gekend (voorzien), maar duidelijk is wel dat enige zorg voor die belangen nodig is. Om die reden zal de secundaire zorgplicht van de school noodzakelijkerwijze afgeleid moeten worden van een (wel) bekend belang (zoals de algemene veiligheid van leerlingen die op een klimrek spelen).<sup>51</sup>

Het voorgaande – de kwalificatie als ‘afgeleide zorg’ – heeft dus consequenties voor de formulering van de zorgdaden die ten grondslag liggen aan de secundaire zorgplicht. Deze consequenties worden in hoofdstuk 8, paragraaf 3.2 nader besproken.

### 3.3 CONCLUSIE

De secundaire zorgplicht van de school heeft een tweetal afgeleide dimensies. De zorg is niet alleen afgeleid van de ouders, maar ook van een meer algemeen, bekend belang. De beide invalshoeken verklaren zodoende de (secundaire) zorgplicht van de school, maar markeren ook de grenzen ervan. Zo kan, ten opzichte van de ouders, van de school een minder vergaande (intensieve) vorm van zorg worden verwacht. Meer specifiek met betrekking tot de *secundaire* zorgplicht van de school, geldt bovendien dat de school heeft te kampen met en moet anticiperen op schadeveroorzakend gedrag van een andere partij. Haar zorgplicht dient daarom noodzakelijkerwijs veralgemeniseerd en afgeleid te worden van wat de school wél bekend is of had moeten zijn (wat naar ervaringsregels de gewenste handelswijze is). Deze meer abstracte kenmerken van de zorgplicht van de school zullen – los van de specifieke omstandigheden van het geval – in de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van de school betrokken dienen te worden. In hoofdstuk 8, paragraaf 3 en paragraaf 4 wordt hier nader op ingegaan.

50 Een en ander met dien verstande dat er wel verschillen kunnen bestaan tussen de situaties waarin de zorgplicht van scholen geldt. De voorzienbaarheid van schadeveroorzakend gedrag in pauzes of tijdens de gymles zal bijvoorbeeld hoger zijn dan in een wiskundeles. Onder omstandigheden bestaat er voor de school dus wel (meer) aanleiding om te anticiperen op het (vooraf gemiddeld meer kenbaar of voorzienbaar) risicovol gedrag dat binnen of rondom de ruimte vertoond zou kunnen worden. Op deze vertrekpunten en nuances ga ik meer in het bijzonder in hoofdstuk 8, paragraaf 3.2 nader in.

51 Zoals in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4 is besproken, geldt dit met betrekking tot de secundaire zorgplicht in het algemeen. Zie daarover de analyse in hoofdstuk 8, paragraaf 3.2. In het onderhavige voorbeeld is deze analyse toegespitst op de secundaire zorgplicht van scholen.

## 4 HET ONDERWIJSRECHT

### 4.1 INLEIDING

De veiligheid op en rondom scholen staat steeds meer in de belangstelling, ook in de politiek.<sup>52</sup> Zo merkte de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media – naar aanleiding van de hiervoor in paragraaf 2.3 besproken Veiligheidsmonitor (SCP 2018) – eind 2018 op:

‘Kinderen hebben een veilige omgeving nodig om goed te kunnen leren en zich te ontwikkelen. Het klaslokaal, de gangen, het schoolplein en de groepsapp van de klas moeten die veilige omgeving bieden. We gunnen iedereen een schooltijd waar je met warme gevoelens aan terug kunt denken. Het is zaak dat scholen, ouders, leerlingen en mijn ministerie ook in de toekomst blijven samenwerken om onze kinderen een veilig schoolklimaat te bieden. Een schoolklimaat is tenslotte nooit af en vraagt blijvend de aandacht.’<sup>53</sup>

Alhoewel ‘harassing behaviour’ op scholen ooit werd gezien als een ongelukkig neveneffect van het naar school gaan, heeft de maatschappij daar nu een duidelijk andere kijk op.<sup>54</sup> Deze ‘andere kijk’ vertaalt zich in een grote hoeveelheid onderwijsrechtelijke (bestuurs- en grondrechtelijke) wet- en regelgeving.

In het vervolg van deze paragraaf wordt allereerst een kort beeld geschetst van de ontwikkelingen in het onderwijsrecht zoals deze relevant zijn voor de reikwijdte van de secundaire zorgplicht (paragraaf 4.2). Vervolgens wordt inzicht gegeven in de huidige regelgeving waar scholen zich aan te houden hebben (paragraaf 4.3). Het gaat met name om die regelgeving waarin zorgplichten zijn neergelegd voor scholen met betrekking tot (de bescherming van) de sociale of de fysieke veiligheid van leerlingen. Uitdrukkelijk wordt dus niet gestreefd een uitputtende weergave van het onderwijsrecht te bieden.<sup>55</sup>

### 4.2 DE ONTWIKKELING VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRICHT BINNEN HET ONDERWIJSRECHT

De maatschappelijke ideeën over de rol en de invulling van het onderwijs hebben in de afgelopen eeuwen een flinke ontwikkeling doorgemaakt. Zo stelde de school zich in de Middeleeuwen en Renaissance niet tot doel op te voeden en een bijdrage aan de maatschappelijke en zedelijke vorming van de leerlingen te leveren.

52 Zie hiervoor de Kamerstukken in het doorlopende dossier ‘Veiligheid op school’, waaronder de hier aangehaalde *Kamerstukken II 2014/15, 29240*, nr. 69 en *Kamerstukken II 2014/15, 29240*, nr. 72.

53 *Kamerstukken II 2018/19, 29240*, nr. 88, p. 5.

54 Varnham 2000, p. 35. Zie over deze ontwikkeling ook Paijmans 2013, p. 336.

55 Kortheidshalve verwijs ik naar de proefschriften van Paijmans 2013 (over de zorgplicht van scholen) en Voskamp 2018 (over de onderwijsovereenkomst) voor een vollediger beeld van onder meer de onderwijsrechtelijke aspecten.

Er bestond, in het verlengde hiervan, weinig oog voor de veiligheid van leerlingen.<sup>56</sup> In de loop van de zestiende en zeventiende eeuw kwam er stukje bij beetje een strengere controle van en toezicht op de leerlingen binnen de school, hetgeen hand in hand ging met de veranderende opvattingen in die tijd.<sup>57</sup> Deze trend heeft zich in de loop der eeuwen voortgezet: in toenemende mate is er aandacht gekomen voor veiligheid en zorg voor leerlingen binnen de scholen, waarbij het eigen karakter van het kind en het morele en maatschappelijke belang van opvoeding en onderwijs inmiddels ruimschoots worden erkend. Zo ontstond volgens Ariès langzaam maar zeker het ‘welopgevoede kind’ – en in het verlengde daarvan: ‘de welopgevoede leerling’ – en werden grof- en ruwheid kenmerken van de lagere standen.<sup>58</sup>

De voornoemde ontwikkelingen vinden hun weerslag in de codificatie van diverse wettelijke regelingen in de afgelopen eeuwen. Zo zijn er duidelijke sporen van gecodificeerde zorgplichten voor het gedrag van kinderen te vinden in het oude recht van voor de Franse Revolutie, waarbij ‘slechts’ een vorm van kwalitatieve verantwoordelijkheid voor de ouders bestond. Als het slachtoffer het concrete en precieze bewijs kon leveren van de fout van de *vader* én het oorzakelijk verband tussen die fout en de door zijn minderjarige kind aangerichte schade, kon het slachtoffer de *ouders* hiervoor aansprakelijk stellen.<sup>59</sup> De gedachte was dat de vader degene was die ervoor moest zorgen dat zijn kinderen zich aan hun plichten hielden en de nodige eerbied opbrachten voor de eigendom van anderen. Hij moest dus instaan voor ‘la discipline domestique’. Wangedrag van zijn kinderen dat de beschadiging van andermans goed tot gevolg kon hebben, schreef de wetgever toe aan een verslapping van die discipline.<sup>60</sup> De wetgever zag evenwel in dat niet elk wangedrag van een kind mocht worden toegeschreven aan een fout van de vader. Zo begreep ook de toenmalige wetgever dat het moeilijk is om ‘la discipline domestique’ te handhaven als het kind niet in hetzelfde huis woonde als de vader of als de vader de schade niet kon vermijden.<sup>61</sup> Het ging hier dus, in de huidige termen, om een weerlegbaar vermoeden van fout.

56 Dit heeft er volgens Ariès mee te maken dat de doelgroep die onderwijs genoot – kinderen, jongeren, volwassenen – varieerde en er dus niet per definitie van een kwetsbaar persoon sprake was die bescherming behoeft. Als mensen uit deze tijd opmerkten dat iemand de leeftijd had om naar school te gaan, doelden zij dus ook niet noodzakelijkerwijze op een kind. Zie Ariès 1987, p. 314.

57 Zo werd in het gezinsleven het fenomeen ‘toezicht’ vanaf het einde van de zeventiende eeuw steeds meer als een garantie voor een deugdelijke opvoeding beschouwd. Mede doordat de schoolopleiding vanaf het einde van de zeventiende eeuw slechts bestemd was voor kinderen en jongeren en niet meer voor volwassenen, kwam er vanzelf ook meer aandacht voor de opvoeding en de veiligheid op scholen. Zie Ariès 1987, p. 317 en 319.

58 Ariès 1987, p. 309 en 312.

59 Keustermans 1983, p. 31.

60 Keustermans 1983, p. 32-33.

61 Locré de Roissy 1828, p. 58-59.

De na de inlijving van Nederland bij het Franse keizerrijk geldende Code Civil ('C.C.') – tussen 1807 en 1814 Code Napoleon genoemd<sup>62</sup> – codificeerde in art. 1384 lid 2 een bepaling waarin ook de rol van de moeder in beeld kwam:

'(...) De vader, en de moeder na het overlijden van de man, zijn aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen die bij hen inwonen.'<sup>63</sup>

In art. 1384 lid 5 C.C. kwam er, naast de aansprakelijkheid van de vader én de moeder, bovendien ook een directe mogelijkheid om de schoolonderwijzer aansprakelijk te stellen voor schade die een onder zijn toezicht staande leerling onrechtmatig had toegebracht aan een derde. Dit artikel luidde:

'(...) De school-onderwijzers en werkbazen zijn verantwoordelijk voor de schaden, door hun leerlingen en kweekelingen, gedurende den tijd, dat dezelfde onder hun toezigt staan, veroorzaakt.'<sup>64</sup>

De groep zorgdragers en de op hun rustende zorgplichten is dus in de loop der eeuwen uitgebreid. Kon eerst slechts tegen het handelen of nalaten van de vader geageerd worden, onder de Code Civil kon ook de moeder en ook de school voor het handelen of nalaten van de kinderen aangesproken worden. Deze aansprakelijkheden kenden echter ook grenzen: de ouders en onderwijzers konden niet aansprakelijk gehouden worden als zij konden bewijzen dat zij de daad van het kind, waarvoor zij aansprakelijk zouden zijn, niet hadden kunnen beletten. Er werd dus een vermoeden van schuld uitgesproken; schuld werd verondersteld zolang het ontbreken daarvan niet werd aangetoond.<sup>65</sup>

Deze gedachte van kwalitatieve aansprakelijkheid kreeg ook haar (nagenoeg gelijke) weerslag in het vanaf 1838 geldende art. 1403 Oud Burgerlijk Wetboek ('Oud BW'):

'(...) De schoolonderwijzers en werkmeesters zijn verantwoordelijk voor de schade door hunne leerlingen en knechts veroorzaakt, gedurende den tijd dat dezelve onder hun toezigt staan. De hierboven vermelde verantwoordelijkheid houdt op, indien de vader en de moeder, de schoolonderwijzer en werkmeesters bewijzen dat zij de daad, voor welke zij aansprakelijkheid zouden zijn, niet hebben kunnen beletten.'<sup>66</sup>

Ook art. 1403 Oud BW bevatte dus een wettelijk vermoeden dat een schoolonderwijzer verantwoordelijk en aansprakelijk was voor de schade die door een leerling

62 Paijmans 2013, p. 70, met verwijzing naar Milo 2010, p. 6, voetnoot 33.

63 Keustermans 1983, p. 31.

64 Ontleend aan Paijmans 2013, p. 97.

65 Brandsma 2004, p. 26-27.

66 Ontleend aan Paijmans 2013, p. 97.

werd veroorzaakt gedurende de tijd dat deze onder zijn toezicht stond, *tenzij* hij de schadeveroorzakende daad van de leerling niet had kunnen beletten.<sup>67</sup>

De literatuur lijkt overigens niet eensgezind over de toetsing (of omvang) van de in dit artikel besloten liggende zorgvuldigheidsnorm. Moens betoogt dat het begrip 'toezicht' in de zin van art. 1403 Oud BW ruim uitgelegd dient te worden. Zo eindigde het toezicht volgens hem niet noodzakelijkerwijs aan het einde van de schooldag, maar konden de specifieke omstandigheden meebrengen dat de schoolonderwijzer ook aansprakelijk kon zijn voor nadien veroorzaakte schade.<sup>68</sup> Drion en Wiersma hanteren een meer restrictieve uitleg, te weten dat het vereiste toezicht zich beperkt tot 'werkelijk toezicht'.<sup>69</sup> In het laatste geval lijkt het begrip 'toezicht' strikter te worden opgevat dan onder het huidige recht.<sup>70</sup>

Opvallend is in dat licht wel dat de kwalitatieve aansprakelijkheid van scholen in de Code Civil en het Oud BW uitging van een bescherming van *derden* tegen schadeveroorzakend gedrag van *leerlingen*. Dat betekent dat reeds toen (en *juist* toen) een secundaire aansprakelijkheid van de school geaccepteerd en zelfs (in tegenstelling tot in het hedendaagse BW<sup>71</sup>) gecodificeerd was. De zorgplicht onder de Code Civil zag immers niet zozeer op de bescherming van de leerling, maar op de bescherming van *derden tegen* het schadeveroorzakende handelen van de leerling.<sup>72</sup> Bij de vaststelling van deze aansprakelijkheid werd gekeken naar twee subvragen, namelijk (1) of de schadeveroorzakende leerling onder toezicht van de onderwijzer stond en (2) of de onderwijzer de schadeveroorzakende daad had kunnen beletten.<sup>73</sup> Het betreft juist die vragen die bij de vaststelling van de huidige *secundaire* zorgplicht van scholen een cruciale rol spelen.

67 Vgl. Pajmans 2013, p. 97.

68 Moens 1886, p. 65-66. Ontleend aan Pajmans 2013, p. 89.

69 Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 264.

70 Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 264, die onder andere HR 20 november 1936, ECLI:NL:HR:1936:262, NJ 1937/451, m.nt. P. Scholten (*Kallus/Van Roode*) illustratief achten. Vgl. de in paragraaf 5 te bespreken uitspraken waarin de school aansprakelijk werd gesteld voor het letsel opgelopen door een leerling *buiten* het schoolterrein.

71 In het wetsvoorstel voor het nieuwe BW was de kwalitatieve aansprakelijkheid van de schoolonderwijzer verdwenen, overigens zonder nadere toelichting, aldus Pajmans 2013, p. 96. Volgens Van der Grinten is deze keuze te verklaren vanuit de gedachte dat tussen de onderwijzer en de leerling niet zulk een band bestaat, dan deze een rechtsgrond geeft voor het instaan voor onrechtmatig handelen van de leerling tijdens het leerproces. Een maatschappelijke behoefte aan een dergelijke aansprakelijkheid zou, bij het ontwerp van het nieuwe BW, niet hebben bestaan. Zie hierover Van der Grinten 1968, p. 24.

72 Welke *derden* natuurlijk ook medeleerlingen konden zijn.

73 Pajmans 2013, p. 88.



### 4.3 HET HUIDIGE ONDERWIJSRECHT

#### 4.3.1 ENKELE OPMERKINGEN VOORAF

Het onderwijsrecht omvat al het recht dat specifiek betrekking heeft op onderwijsinstellingen en regelt de rechtsrelatie tussen betrokkenen in het onderwijs. Het onderwijsrecht is tamelijk complex, nu verschillende takken van het recht (zoals het publiekrecht, arbeidsrecht, privaatrecht en internationaal recht) onderdeel zijn van het onderwijsrecht en er dus geen centrale wet is waarin al deze relaties integraal zijn geregeld.<sup>74</sup> Ook het 'gewone' publiek- en privaatrecht is dus van toepassing op onderwijsinstellingen. Hierbij valt in de eerste plaats te denken aan het in dit onderzoek centraal staande contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, maar scholen kunnen ook met bijvoorbeeld het huurrecht of het omgevingsrecht te maken krijgen.

Herhaald zij bovendien dat niet de onderwijsrechtelijke zorgplicht van scholen, maar de *civielrechtelijke* zorgplicht van scholen jegens hun leerlingen in dit onderzoek centraal staat. De hieruit voortvloeiende geschillen zien met name op de situatie waarbij een leerling tijdens of buiten schooltijd, dan wel op of naast het schoolterrein, letsel heeft opgelopen in de breedste zin van het woord. In die gevallen wordt er voor de civiele rechter geprocedeerd, onafhankelijk van de vraag of de school openbaar of bijzonder is.<sup>75</sup> Voor wat betreft de exacte grondslag van de aansprakelijkheid van de school (art. 6:162 BW of art. 6:74 BW) geldt dat deze afhankelijk zal zijn van de vraag of er een onderwijsovereenkomst tussen de school en de leerling c.q. de ouders bestaat (zie nader hoofdstuk 2, paragraaf 3.1).<sup>76</sup> In navolging van hetgeen ik daarover in de voornoemde paragraaf heb opgemerkt, benadruk ik dat de grondslag van de secundaire aansprakelijkheidsvordering jegens de school – art. 6:74 BW of art. 6:162 BW – in de rechtspraak diverse malen niet relevant is geacht. Er zijn meerdere voorbeelden waarin de rechter die kwalificatie expliciet in het midden liet,<sup>77</sup> dan wel door de rechter zonder expliciete overweging in het midden werd gelaten.<sup>78</sup> In de literatuur wordt daarover door Paijmans en Goedhart betoogd dat het mogelijk zuiverder is om de vordering in te stellen op grond van art. 6:74 BW.<sup>79</sup> Hierbij wijzen de auteurs op de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, waarin het hof de rechtsverhouding tussen een bijzondere vmbo-school en een leerling in een uitvoerig gemotiveerd arrest kwalificeerde als

74 Huisman 2017, p. 15.

75 Vgl. Paijmans 2013, p. 44.

76 Zie over de onderwijsovereenkomst in het algemeen Voskamp 2018. Zie hierover ook Tjong Tjin Tai 2017, p. 556-557.

77 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 26 mei 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AN6249, AB 2000/104 (*Gemeente Amsterdam/Schaapman*); Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773. Zie ook Paijmans 2013, p. 48; Voskamp 2018, p. 6.

78 Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417 (*Pestbeleid*). Zie in dit kader ook Voskamp 2018, p. 6 en 146 e.v. Zie verder Rb. Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167 (*X/Lucas Onderwijs*).

79 Paijmans & Goedhart 2017, p. 131.

een overeenkomst.<sup>80</sup> Ook Voskamp merkt in haar proefschrift op dat er vaak aanknopingspunten zullen zijn om te verdedigen dat er sprake is van een onderwijs-overeenkomst.<sup>81</sup>

Tot slot, en in het verlengde van de (civielrechtelijke) afbakening in hoofdstuk 1, paragraaf 6.2, merk ik op dat bestuursrechtelijke en onderwijsrechtelijke geschillen over zorgplichten van scholen, bijvoorbeeld over het niet-toelaten, schorsen of verwijderen van leerlingen, buiten het bestek van dit onderzoek vallen. Dergelijke normen of uitspraken worden alleen besproken voor zover deze relevant kunnen zijn voor de invulling van de hier bedoelde civielrechtelijke zorgplicht van scholen.

#### 4.3.2 ONDERWIJSRECHTELIJKE NORMEN

##### *Algemeen kader*

Art. 23 Grondwet legt de Rijksoverheid de plicht op om zorg te dragen voor een stelsel van onderwijsvoorzieningen. Lid 1 bepaalt dat het onderwijs 'een voorwerp van de aanhoudende zorg der regering is'. Dit artikel vormt het uitgangspunt voor de vele onderwijswetten die Nederland rijk is; er wordt op dit punt ook wel gesproken over 'regeldichtheid'.<sup>82</sup>

De regelgeving voor de Nederlandse onderwijsinstellingen is enerzijds neergelegd in een aantal zogenoemde 'sectorwetten'. Deze sectorwetten zijn de Wet op het primair onderwijs ('Wpo'), de Wet op het voortgezet onderwijs ('Wvo'), de Wet op de expertisecentra ('Wec'), de Wet educatie en beroepsonderwijs ('Web') en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek ('Whw'). Anderzijds bestaat er een grote hoeveelheid 'uitgewaaierde wetgeving'.<sup>83</sup> Ter illustratie worden in het navolgende de relevante bepalingen uit de voornoemde sectorwetten en de sinds 1 augustus 2015 geldende Wet sociale veiligheid uitgelicht. Daarnaast wordt kort stilgestaan bij art. 2 sub b Arbeidsomstandighedenwet.

##### *Sectorwetten*

Vooropgesteld dient te worden dat scholen en ouders vooral te maken zullen hebben met de Wpo en de Wvo.<sup>84</sup> Deze sectorwetten bepalen in art. 13 lid 1 sub i Wpo

<sup>80</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502.

<sup>81</sup> Zie Voskamp 2018. In de inleiding geeft Voskamp vooral de debatten weer, op p. 130-135 geeft ze haar visie op het verschil tussen art. 6:74 BW en art. 6:162 BW in het onderwijsrechtelijk kader en op p. 146-148 geeft ze de rechtspraak over geweld, misbruik en pesten weer. Zie voor een verdere bespreking van het debat in de literatuur over het al dan niet bestaan van de onderwijsovereenkomst en de partijen bij een eventuele onderwijsovereenkomst, Voskamp 2018, p. 8-19 en 50-54. Zie over deze onderwerpen ook Pajmans 2019, p. 20.

<sup>82</sup> Pajmans 2013, p. 14.

<sup>83</sup> Zie hierover Pajmans 2013, p. 14, maar ook Vermeulen 1999, p. 5.

<sup>84</sup> Huisman 2017, p. 26. De Wpo omschrijft met name de doelstelling van het onderwijs (uitgewerkt in zogenoemde kerndoelen) en geeft voorschriften voor de inrichting van het onderwijs, daar

en art. 24a lid 1 sub g Wvo ten aanzien van het sociale veiligheidsbeleid dat de schoolgids in het basisonderwijs en voortgezet onderwijs informatie dient te bevatten over de werkwijze van de school en het beleid met betrekking tot de veiligheid. Deze bepalingen stellen echter geen nadere vereisten aan de precieze invulling daarvan. In art. 13 Wpo, art. 24a Wvo en art. 22 Wec wordt bovendien bepaald dat de schoolgids in zowel het primair, speciaal als voortgezet onderwijs informatie moet bevatten over de rechten en plichten van leerlingen. Hierbij moet ook gedacht worden aan 'gedragsregels' waar de leerlingen zich (ten opzichte van de medeleerling) aan moeten houden.<sup>85</sup>

Specifiek voor het voortgezet onderwijs, expliciteert en concretiseert art. 24g Wvo deze verplichting met betrekking tot het sociale veiligheidsbeleid. De rechten en plichten van leerlingen moeten ingevolge deze bepaling worden vastgelegd in het leerlingenstatuut, welk statuut ingevolge lid 2 ook zal voorzien in voorschriften strekkende tot handhaving van de goede gang van zaken binnen de school. Ter illustratie hiervan valt te wijzen op het Model Leerlingenstatuut dat is opgesteld door het Landelijk Actie Komitee Scholieren ('LAKS').<sup>86</sup> Zo verplicht art. 25 van dit statuut de school om een ordereglement vast te stellen, waaraan iedereen zich dient te houden. Zo'n ordereglement bevat over het algemeen regels met betrekking tot alcohol, drugs en verboden voorwerpen.<sup>87</sup> Dergelijke voorschriften kunnen, in geval van overtreding en daaruit voortvloeiende schade bij een ander, een aanknopingspunt bieden om het gebrekkige toezicht van de school te onderbouwen.

Daarnaast is in art. 32a Wpo, art. 36 Wvo, art. 32a Wec en art. 4.2.3 Web bepaald dat er bij amvb bekwaamheidseisen voor leraren worden vastgesteld, hetgeen is geschied bij het Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel ('Bbo').<sup>88</sup> Dit besluit vereist dat een leraar beschikt over pedagogische bekwaamheid. Zo bepaalt art. 2.14 sub a Bbo dat de leraar een veilig leerklimaat moet realiseren en bepaalt art. 2.16 sub c Bbo dat een leraar kennis moet hebben over veelvoorkomende ontwikkelingsproblemen en gedragsstoornissen, waaraan art. 2.18 sub g Bbo toevoegt dat de leraar hier ook oplossingen voor moet zoeken, althans de leerling met de gedragsproblemen moet doorverwijzen. Alhoewel dit besluit primair ziet op de pedagogische taak van de leraar om het beste uit een leerling te halen, is het evenwel een verplichting voor de school om enkel leraren tewerk te stellen die tegemoetkomen aan de basisbehoeften van leerlingen, waaronder het waarborgen van de veiligheid.<sup>89</sup> Als de school een leraar voor de klas zet die de veiligheid in de klas

---

waar de Wvo de verschillende onderdelen van het voortgezet onderwijs regelt.

85 Vgl. art. 7.4.8 Web en art 7.57h en 7.59 Whw.

86 *MR Handboek – een survivalgids voor medezeggenschapsraden*, 2017, p. 133 e.v., online raadpleegbaar via de website laks.nl.

87 Ter illustratie wijs ik op het Ordereglement Nassau College Locatie Quintus 2018, online raadpleegbaar via de website nassaucollege.nl en het Ordereglement Sint-Janscollege 2019-2020, online raadpleegbaar via de website sintjan-lvo.nl.

88 *Stb.* 2017, 148.

89 Dit blijkt ook uit de memorie van toelichting op de oorspronkelijke wet uit 2005 (*Stb.* 2005, 460, p. 20).

niet kan waarborgen, en (mede) daardoor een incident plaatsvindt, zouden exact deze bekwaamheidseisen de school, althans de docent, in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure tegengeworpen kunnen worden.

Voor wat betreft het klachtrecht geldt dat art. 14 Wpo en art. 24b Wvo de ouders en verzorgers in staat stellen om bij een klachtencommissie een klacht in te dienen over gedragingen en beslissingen van het bevoegd gezag of personeel. Te denken valt aan discriminatie en het nalaten van gedragingen (zoals het niet-nemen van beslissingen). De klachtencommissie is bedoeld als laagdrempelige voorziening om geschillen tussen de school en de ouders te behandelen, zonder dat daarbij bindende beslissingen kunnen worden genomen.<sup>90</sup> Pajmans concludeert hierover in haar proefschrift dat, alhoewel het klachtrecht een veel gebruikt instrument is, de jurisprudentie uitwijst dat de invloed van dit recht op de civiele procedure niet erg groot is. De civiele rechter noemt de aanbevelingen van de klachtencommissie wel, maar toetst zelf ook aan de zorgplicht.<sup>91</sup>

Art. 6d Wvo merkt over het bewegingsonderwijs in algemene zin op dat moet worden voldaan aan de eisen op het gebied van kwaliteit, intensiteit en variëteit van bewegingsactiviteiten, zoals deze zijn neergelegd in kerndoelen en examenprogramma's.<sup>92</sup> Verder bevatten de genoemde sectorwetten regels over schorsing en verwijdering, maar voor een secundaire aansprakelijkheidsvordering als bedoeld is in dit onderzoek, zijn deze beperkt relevant, zo lichtte ik al toe.<sup>93</sup>

Recapitulerend bieden deze sectorwetten veelal startpunten voor te voeren beleid. Wat dit beleid, deze gedragsregels of uitgangspunten concreet betekenen en wat de sanctie is bij overtreding ervan, heeft de wetgever grotendeels oningevuld gelaten. Deze bepalingen kunnen echter wel een belangrijke rol spelen bij de inkleuring van de civielrechtelijke zorgplicht van met name art. 6:74 en 6:162 BW. Zo zal een school bijvoorbeeld eerder voor de burgerlijke rechter aangesproken kunnen worden als zij gefaald heeft toezicht te houden op de naleving van in de schoolgids of in haar beleidsregels neergelegde gedrags- of leefregels. Betoogd kan dan worden dat van een school verwacht mag worden dat zij haar eigen richtlijnen naleeft en dat de schending van dat beleid haar dus (zwaar) toe te rekenen valt. Daarnaast kunnen, bij de beantwoording van de vraag hoe de school in een bepaald geval

90 Zie hierover Huisman 2017, p. 110. De commissie kan de ouders of het schoolbestuur dan ook niet opdragen bepaalde beslissingen te nemen of bijvoorbeeld schadevergoeding uit te keren. Wel kan zij aanbevelingen doen aan het bevoegd gezag, bijvoorbeeld om het beleid rondom pesten aan te scherpen en personeelsleden beter te instrueren.

91 Pajmans 2013, p. 62.

92 Zie voor een uitvoerige bespreking van de kerndoelen, Pajmans 2013, p. 270-274. Vgl. met betrekking tot het bewegingsonderwijs verder de SLO Leerlijnen landelijke kaders bewegingsonderwijs, online raadpleegbaar via de website slo.nl.

93 Zie Rb. Den Haag (vzr.) 21 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4830 (*A/Sophia Stichting*) voor een voorbeeld waarin de toelating en schorsing wél een rol speelde bij de beoordeling van de civielrechtelijke zorgplicht.

had moeten handelen, in het bijzonder ook de door de school (intern) opgestelde regels van belang zijn.<sup>94</sup>

### *Wet sociale veiligheid*

Een belangrijke ontwikkeling op het gebied van wet- en regelgeving voor scholen is de implementatie van de Wet sociale veiligheid op 26 mei 2015, welke wet vanaf 1 augustus 2016 gehandhaafd wordt. Deze wet beoogt de sociale, psychische en fysieke veiligheid van kinderen op scholen te waarborgen.<sup>95</sup>

Deze wet is geïmplementeerd door opname ervan in de onderwijswetgeving. Zo is een artikel over de 'zorgplicht veiligheid op school' toegevoegd, namelijk voor het primair onderwijs in art. 4c Wpo en voor het voortgezet onderwijs in art. 3b Wvo. De wet treedt dus in werking voor het gehele onderwijsveld, dus voor het basisonderwijs, voortgezet onderwijs en het speciaal onderwijs. De tekst van deze nieuwe artikelen in de Wpo en Wvo zijn gelijklopend.

#### 'Artikel 4c. Zorgplicht veiligheid op school

1. Het bevoegd gezag draagt zorg voor de veiligheid op school, waarbij het bevoegd gezag in ieder geval:
  - a. beleid met betrekking tot de veiligheid voert,
  - b. de veiligheid van leerlingen op school monitort met een instrument dat een representatief en actueel beeld geeft, en
  - c. er zorg voor draagt dat bij een persoon ten minste de volgende taken zijn belegd:
    - 1°. het coördineren van het beleid in het kader van het tegengaan van pesten, en
    - 2°. het fungeren als aanspreekpunt in het kader van pesten.
2. Onder veiligheid, bedoeld in het eerste lid, wordt verstaan de sociale, psychische en fysieke veiligheid van leerlingen.'

Het uitgangspunt van de wet is de monitoring van de veiligheid op de school, en wel onder toezicht van de Onderwijsinspectie.<sup>96</sup> Schoolbesturen zijn verplicht om zorg te dragen voor de veiligheid van hun leerlingen, hetgeen in de kern betekent dat van scholen wordt verwacht dat zij (1) expliciete verantwoordelijkheid nemen voor het voeren van sociaal veiligheidsbeleid, (2) de veiligheidsbeleving

94 In hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2 werd reeds besproken dat zelfregulering een rol kan spelen bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht(schending). Bij dergelijke regelgeving moet in het kader van scholen ook worden gedacht aan door onderwijsorganisaties en van overheidswege (bijvoorbeeld door de gemeente) opgestelde protocollen. Zie bijvoorbeeld VSG Protocol, *Veiligheid en toezicht schoolzwenmen*, 22 november 2017, online raadpleegbaar via de website sportengemeenten.nl.

95 Bericht van de Inspectie van het onderwijs, Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, online raadpleegbaar via de website onderwijsinspectie.nl.

96 Zo krijgt de Onderwijsinspectie bijvoorbeeld toegang tot de monitorgegevens van de school. Als deze op tekorten wijst, is het van belang dat de school maatregelen neemt ter verbetering daarvan.

van leerlingen monitoren en (3) een coördinator stationeren die het beleid voor het tegengaan van pesten coördineert en optreedt als aanspreekpunt. De wet is in die zin vernieuwend dat scholen vóór de implementatie van deze wet slechts *impliciet* verplicht waren om een veilige leeromgeving te bieden. Dit betekende dat de Onderwijsinspectie niet handhavend kon optreden als het om de sociale veiligheid ging. In de nieuwe situatie is de verantwoordelijkheid voor een sociaal veilige leeromgeving *expliciet* gemaakt en is, als de school deze wet niet naleeft, de Onderwijsinspectie in de positie gebracht om handhavend op te treden.<sup>97</sup> De Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap ('OCW') merkt over de Wet sociale zekerheid in zijn brief naar de Tweede Kamer op:

'Het plan bevat drie lijnen. In de eerste plaats zijn mijn acties erop gericht volstrekt duidelijk te maken aan iedereen binnen en buiten het onderwijs dat pesten door en van kinderen onacceptabel is. De logische vervolgstap is om leraren en ouders beter in staat te stellen pesten aan te pakken. Als sluitstuk maak ik een einde aan de vrijblijvendheid om pesten tegen te gaan en krijgt de inspectie meer mogelijkheden om toezicht uit te oefenen en te handhaven. De maatregelen zijn erop gericht om gezamenlijk een norm te stellen tegen pesten en alle betrokkenen in staat te stellen om vanuit hun rol bij te dragen aan een sociaal veilige school voor alle leerlingen.'<sup>98</sup>

Benadrukt dient wel te worden dat, alhoewel schoolbesturen dus verplicht zijn om op een drietal gespecificeerde punten zorg te dragen voor de veiligheid op hun school, de scholen tot op zekere hoogte de vrijheid genieten om zelf te bepalen op welke wijze zij het (vernieuwde) art. 4c Wpo en art. 3b Wvo concreet invullen.

In paragraaf 5 zal de zorgplicht van scholen worden ingekleurd door een weergave van de civielrechtelijke jurisprudentie op dit gebied. Op deze plaats en in deze specifieke context wijs ik ter illustratie (alvast) op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('Afdeling').<sup>99</sup> Alhoewel dit een bestuursrechtelijke casus betrof, volgde uit deze uitspraak van de Afdeling wat onder de zorgplicht van scholen in de zin van art. 3b Wvo mag worden verwacht, meer in het bijzonder in de context van de beleidsvrijheid die haar toekomt.

Het ging in deze zaak om een leerling wiens vader de school om toestemming had gevraagd om hem een kirpan (een religieuze dolk) te laten dragen op school. De school weigerde toestemming te geven, welke beslissing de school in het besluit op bezwaar handhaafde. Sterker nog: de leerling zou niet welkom zijn op de school, zolang hij een kirpan bij zich had. De vader van deze leerling stapte naar de rechter en deed een beroep op art. 9 EVRM (vrijheid van godsdienst). De school zou deze ongerechtvaardigd hebben beperkt, zo betoogde hij.

97 Zie hieromtrent met name de website van de Rijksoverheid (Rijksoverheid.nl). Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32857, nr. 2; *Kamerstukken II* 2013/14, 29240, nr. 64.

98 Kamerbrief van de Staatssecretaris van OCW, d.d. 3 oktober 2014, referentie 673969. Zie over het plan *Kamerstukken II* 2012/13, 29240, nr. 52.

99 ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1885.

In het licht van de vraag of de school de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd had beperkt, betrok de Afdeling de zorgplicht van scholen (zoals neergelegd in art. 3b Wvo). De Afdeling stelde daarbij voorop dat aan de school (in casu een stichting) beleidsruimte toekomt. Ter bescherming van de veiligheid van haar leerlingen en ter uitvoering van haar zorgplicht uit art. 3b Wvo, mag zij in de gedragscode een totaalverbod op wapens opnemen, aldus de Afdeling. Dit is er niet op gericht om geloofsuitingen te beperken, maar uitsluitend om de veiligheid van de leerlingen te bevorderen. De Afdeling overwoog:

‘Gelet hierop, gelet op de dreiging die van de kirpan uitgaat en gelet op de zorgplicht voor de veiligheid die ingevolge artikel 3b van de WVO op schoolbesturen rust, mocht [de school], naar het oordeel van de Afdeling, een groter gewicht toekennen aan het algemene belang, dat ziet op de zorg op de veiligheid op haar scholen door handhaving van het totaalverbod, dan aan het individuele belang van [de leerling]. [De school] heeft in dat verband terecht aandacht gevraagd voor de druk die vanuit de maatschappij wordt gelegd op schoolbesturen om geweldsincidenten te voorkomen (...). Zij heeft voorts terecht aandacht gevraagd voor het gevaar van precedentwerking en aannemelijk gemaakt dat het stellen van een duidelijke grens bijdraagt aan een veilig schoolklimaat.’ (r.o. 8.9) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

De beleidsruimte die een school heeft wordt dus ingegeven door verschillende factoren. Zo heeft een school rekening te houden met maatschappelijke druk en met het gevaar van precedentwerking. Hetgeen in deze zaak in meer algemene zin is overwogen, kan in mijn optiek ook indicatief zijn voor de reikwijdte van de civielrechtelijke, secundaire zorgplicht van de school. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin de leerling met de dolk een andere leerling schade berokkent, en vervolgens (in dat geval: in retrospectief) de vraag rijst in hoeverre de school de dolk had moeten verbieden.

### *Arbeidsomstandighedenwet*

Tot slot wijs ik (kort) op de Arbeidsomstandighedenwet (‘Arbowet’), met dien verstande dat deze wet ziet op de relatie tussen de beheerder van de school en zijn werknemers. De hierin neergelegde bepalingen zijn dus niet direct van toepassing op de bezoeker van de school (leerling) die schade lijdt door toedoen van een primaire partij (vaak: de medeleerling). Met toepassing van de correctie Lange-meijer, dan wel op meer indirecte wijzen, kunnen de hierin neergelegde normen desondanks van belang zijn bij de inkleuring van de secundaire zorgplicht van een school, zo lichtte ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.2 reeds toe.

De Arbowet wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 6, paragraaf 4.2.1. Specifiek voor de zorgplicht van scholen zij in dit hoofdstuk alvast gewezen op art. 2 sub b Arbowet. In dit artikel is bepaald dat de bepalingen uit de Arbowet mede van toepassing zijn op de verrichtingen van leerlingen en studenten in onderwijsinrichtingen of gedeelten daarvan, die vergelijkbaar zijn met arbeid in de beroepspraktijk. Dit betekent dat scholen die aan deze kwalificatie voldoen, zoals bepaalde



vmbo-scholen en ROC's, zich in het kader van met arbeid te vergelijken verrichtingen ten aanzien van hun leerlingen moeten houden aan de strenge eisen van de Arbowet. Zo zullen scholen ten aanzien van de leerlingen een aan strikte normen gebonden veiligheidsbeleid moeten opstellen en naleven.<sup>100</sup> Aangetekend moet worden dat het enkel gaat om met arbeid te vergelijken verrichtingen die door de school aangeboden worden. Sport- en spelactiviteiten op dit type scholen vallen niet onder de regels van de Arbowet.<sup>101</sup> De verplichtingen uit de Arbowet zijn dus niet van toepassing op andere scholen dan op de genoemde praktijkscholen in relatie tot hun leerlingen.<sup>102</sup>

Een dergelijke regel als art. 2 sub b Arbowet kan in het kader van een aansprakelijkstelling van de bedoelde praktijkscholen een goed handvat zijn ter onderbouwing van de (secundaire) zorgplicht van die school. De bepaling lijkt wellicht voornamelijk gericht op de bescherming van de leerling bij het gebruik van gevaarlijke gereedschappen – en daarmee op de primaire zorgplicht van de school<sup>103</sup> – maar de bepaling kan ook voor de beoordeling van de secundaire zorgplicht relevant worden als de leerling met dit gereedschap een andere medeleerling (opzettelijk of niet) letsel toebrengt. Dit artikel kan bovendien van belang zijn in het kader van de zorgplicht met betrekking tot de sociale veiligheid, in die zin dat praktijkscholen tevens de regels met betrekking tot psychosociale arbeidsbelasting (beleid tegen intimidatie, geweld, pesten, etc.) in acht moeten nemen.<sup>104</sup>

Tot slot en ter nuance zij opgemerkt dat het besproken artikel uit de Arbowet in bepaalde mate aan relevantie heeft ingeboet met de inwerkingtreding van de hiervoor besproken Wet sociale veiligheid (art. 3b Wvo en art. 4c Wpo). Op grond van die wet moeten immers alle scholen een veiligheidsbeleid voeren, zo lichtte ik al toe. Desondanks kan art. 2 sub b Arbowet in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure tegen een praktijkschool van toegevoegde waarde zijn, omdat er voor het praktijklokaal van deze scholen beduidend meer (concrete) veiligheidseisen uit de Arbowet voortvloeien dan er voor een handarbeidslokaal op andere scholen op grond van art. 3b Wvo en art. 4c Wpo gelden.

100 Pajmans 2013, p. 148. Voor een bespreking van de algemene verplichtingen van de Arbowet, waaronder de verplichting tot het opstellen van een veiligheidsbeleid (zoals dat ook voor scholen relevant kan zijn), verwijs ik naar hoofdstuk 6, paragraaf 4.2.1.

101 ABRvS 20 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI4537, r.o. 2.4.

102 Zie Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252, r.o. 4.8. In deze zaak onderbouwde (de ouders van) een leerling de aansprakelijkheidsvordering tegen de school met de stelling dat op de school een wettelijke verplichting rustte tot het voeren van een specifiek veiligheidsbeleid ter bescherming van de leerlingen tegen agressie en geweld. De rechtbank overwoog dat deze verplichting niet bestond en dat deze in het bijzonder niet afgeleid kon worden uit de Arbowet.

103 Vgl. Rb. Almelo 26 juli 2000, ECLI:NL:RBALM:2000:AA6628.

104 Pajmans 2013, p. 343.



#### 4.4 CONCLUSIE

Alhoewel (en wellicht niet verrassend) de rol van de school veranderd is en de maatschappij en politiek steeds meer van (secundaire) zorgdragers als scholen verwachten, is het opvallend dat de secundaire aansprakelijkheid van de school *an sich* niet iets (of juist niet) van de laatste jaren is. Al onder het oude recht zijn duidelijke sporen van secundaire aansprakelijkheden van scholen zichtbaar, waarbij de school aansprakelijk kon worden gehouden voor de door derden geleden schade, veroorzaakt door een onder hun toezicht staande leerling. Sterker nog: de ratio achter deze ‘oude’ en reeds tijdens het Franse tijdperk erkende zorgplicht is met name gelegen in de bescherming van derden tegen schadeveroorzakend gedrag van de leerling.

Verder werd geconstateerd dat een expliciete wettelijke grondslag voor de (risico- of schuld)aansprakelijkheid van scholen vanwege het gedrag van hun leerlingen in het hedendaagse BW ontbreekt, terwijl dergelijke aansprakelijkheden van scholen in het Franse tijdperk en in het Oud BW wel als zodanig gecodificeerd waren. De risicoaansprakelijkheden die het huidige BW kent, zien ‘slechts’ op de relatie van de ouders met hun kinderen, werkgevers met hun werknemers, eigenaren met hun dieren, etc., maar een expliciete (schuld- of risico)aansprakelijkheidsgrondslag voor *onderwijzers* wegens het schadeveroorzakende gedrag van hun *leerlingen* ontbreekt.<sup>105</sup> De focus, of beter gezegd: het beschermingsobject, lijkt in de loop der eeuwen te zijn verplaatst van derden (zie art. 1384 C.C. en art. 1403 Oud BW) naar de leerling zelf (zie bijvoorbeeld art. 4c Wpo en art. 3b Wvo). Benadrukt zij echter dat (ook) de huidige wetgever zijn ogen niet heeft gesloten voor de aansprakelijkheid van scholen jegens ‘derden’; scholen kunnen immers ook op grond van art. 6:162 BW of art. 6:74 BW worden aangesproken voor schade veroorzaakt door de leerling aan medeleerlingen of andere derden. Ter invulling van de hierin neergelegde (tamelijk) open normen, bestaan er bovendien diverse, specifieke onderwijswetten, zoals deze in de onderhavige paragraaf de revue passeerden.

## 5 JURISPRUDENTIEANALYSE

### 5.1 INLEIDING

Voor het onderzoek naar de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van de school zal, zoals toegelicht is in hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2, de jurisprudentie over de

---

105 Vgl. Van Dam 2020, p. 177-178: ‘Onder het oude BW waren onderwijzers aansprakelijk voor de schade die door hun leerlingen was veroorzaakt (...). Die bijzondere aansprakelijkheid is in het huidige BW geschrapt. Als een leerling aan een ander schade toebrengt, kan de school daarom slechts op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk zijn. In het algemeen geldt dat de school zodanige maatregelen moet nemen ter voorkoming van nadeel voor derden door gedragingen van een leerling als in de gegeven omstandigheden van een redelijk handelende school mag worden verwacht.’

primaire en de secundaire zorgplicht van de school met elkaar worden vergeleken. In de navolgende analyse van de Nederlandse jurisprudentie wordt door mij dus een expliciet onderscheid gemaakt tussen de zorgplicht van de school als primaire partij (paragraaf 5.2) en de zorgplicht van de school als secundaire partij (paragraaf 5.3).<sup>106</sup> Alhoewel het in essentie steeds gaat om een gebrek aan toezicht aan de zijde van de school, wordt in deze paragrafen bovendien een onderscheid gemaakt tussen de zorgplicht van scholen bij ongevallen en/of letsel veroorzaakt door (1) gevaarlijke materialen, (2) gevaarlijke activiteiten en (3) wangedrag van medeleerlingen. Deze laatste categorie komt (inherent aan haar aard) alleen ter sprake in de paragrafen over de secundaire zorgplicht van scholen. De school zal in deze gevallen namelijk steeds als secundaire partij worden aangesproken, en niet als primaire, nu de eigenlijke veroorzaker van de schade in dat geval altijd de (pestende, misbruikende of gewelddadige) primaire partij is.

## 5.2 PRIMAIRE ZORGPLICHTEN

### 5.2.1 GEVAARLIJKE MATERIALEN

In het navolgende worden de uitspraken besproken waarin de school als primaire partij wordt aangesproken voor letsel opgelopen door een leerling door (misbruik van) materialen (zoals lesmaterialen, speeltoestellen, inventaris en speelvoorwerpen). In dit kader zal met name (ook) de opstalaansprakelijkheid in de zin van art. 6:174 BW onderwerp van de secundaire aansprakelijkheidsprocedure kunnen zijn.<sup>107</sup>

De school kan aansprakelijk worden gehouden voor zaken, in haar eigendom of bezit, die niet voldoen aan de daaraan gestelde veiligheidseisen. Ter illustratie zij gewezen op de uitspraak *X/Gemeente Assen*.<sup>108</sup> In deze zaak werd de bezitter van een klimrek op een schoolplein – welke bezitter in casu de Gemeente Assen was, maar net zo goed een school had kunnen zijn – aansprakelijk gehouden voor de schade opgelopen door een 8-jarig meisje, nadat zij met haar hoofd bleef hangen tussen de spijlen van een klimrek. De rechtbank overwoog omtrent de reikwijdte van de zorgplicht van de bezitter:

<sup>106</sup> Aangetekend zij dat in de navolgende analyse de adviezen van de LKC (Landelijke Klachtencommissie Onderwijs) niet worden besproken, ondanks dat deze soms interessante overwegingen bevatten omtrent de zorgplicht van scholen. Pajmans bespreekt deze in haar proefschrift wel (zie Pajmans 2013).

<sup>107</sup> In hoofdstuk 1, paragraaf 6.5 beschreef ik al dat de uitspraken waarin risicoaansprakelijkheden als grondslag voor de secundaire aansprakelijkheidsvordering worden gebezigd – zoals in deze paragraaf meer in het bijzonder de opstalaansprakelijkheid – relevante overwegingen kunnen bevatten over de secundaire zorgplicht als bedoeld is in dit onderzoek. Bij de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die daaraan in de gegeven omstandigheden mogen worden gesteld (art. 6:174 BW) wordt immers ook (vgl. de zorgplicht van art. 6:162 BW) gekeken naar en een invulling gegeven aan de *Kelderluik*-factoren. Zie over de verhouding tussen art. 6:162 BW en art. 6:174 BW in het bijzonder HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, r.o. 3.5.3, *NJ* 2017/73, m.nt. J. Spier (*Elektriciteitskabels marktkramen*).

<sup>108</sup> Rb. Assen 4 december 2001, ECLI:NL:RBASS:2001:AD6739 (*X/Gemeente Assen*).

‘Aan het spelen op een klimrek zijn altijd zekere risico’s van vallen of bekneld raken verbonden, die nimmer voor honderd procent uitgebannen kunnen worden behoudens door het in het geheel niet plaatsnemen van dergelijke toestellen, hetgeen evenwel kinderen uitnodigt om hun klimneigingen op evenmin volstrekt veilige objecten als bomen en schuurtjes te botvieren. Wel mag van de bezitter van een klimtoestel worden verlangd dat hij eenvoudige risicoverminderende maatregelen treft als het zorgen voor een zachtere ondergrond en het afzien van riskante constructies.’ (r.o. 5.3) [mijn onderstreping, KLM]

De vraag of het klimrek voldeed aan de eisen die daaraan in de gegeven omstandigheden mochten worden gesteld, werd aan de hand van de richtlijnen in het destijds bestaande Handboek ‘Veiligheid van speelgelegenheden, richtlijnen voor ontwerp, aanleg en beheer’ ontkennend beantwoord.<sup>109</sup> De rechtbank oordeelde dus, hoewel met haar voet op de rem, tot aansprakelijkheid van de bezitter van het klimrek.

Aansprakelijkheid van de Gemeente Rotterdam voor een gevaarlijk hek op een schoolplein werd ook aangenomen door het Gerechtshof ‘s-Gravenhage.<sup>110</sup> Een ‘8 à 9-jarige jongen’ haalde een voetbal van het dak en toen hij daarna weer van het dak klom, viel de jongen met zijn mond op de scherpe spijlen van het hek. Het gemak waarmee het hek kon worden beklommen en de leeftijd van de jongen waren doorslaggevende argumenten voor het hof om aansprakelijkheid van de gemeente aan te nemen. Interessant in het kader van secundaire aansprakelijkheid was dat het hof bij de beoordeling van de zorgplicht overwoog dat het voor de aansprakelijkheid van de gemeente niet had uitgemaakt of de schade mede zou zijn veroorzaakt door een andere leerling.

‘Ook indien juist is dat de onderhavige schade mede is veroorzaakt door een andere leerling (M. S), hetgeen door I c.s. is betwist, doet dit niet af aan de (in dat geval) hoofdelijke aansprakelijkheid van de gemeente ingevolge art. 6:102 BW.’ (r.o. 16)

De Rechtbank Oost-Brabant wees de aansprakelijkheid van een school af in een zaak waarin een van de leerlingen tijdens een introductiedag van een zogenoemde opblaasbare klimtoren was gevallen.<sup>111</sup> De klimtoren en de bijbehorende veilig-

109 Vgl. Rb. Gelderland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4565, over een leerling die na een examen door een glazen klapdeur viel. De rechtbank gaf de leerling de opdracht om te bewijzen dat de klapdeur niet was voorzien van veiligheidsglas en daarmee niet voldeed aan de veiligheidseisen zoals neergelegd in de NEN-normen. De NEN-normen werden ook aangehaald in Rb. Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167 (*X/Lucas Onderwijs*). In deze zaak ging het om een meisje dat speelde op ‘stepping stones’ en daarvan afviel. De moeder verweet de school dat het schoolplein met de stepping stones niet veilig was. De rechtbank passeerde de vordering met verwijzing naar onder meer de NEN-normen.

110 Hof ‘s-Gravenhage 26 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY4872, VR 2012/125.

111 Rb. Oost-Brabant 27 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6844 (*Klimtoren*). Vgl. het tussenvonnis van Rb. Middelburg 7 juli 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BR4233, waarin een leerling door een giek was geraakt bij het strandzeilen. De leerling betoogde dat de schade te wijten was aan een

heidsgordel vormden volgens de leerling gebrekkige zaken in de zin van art. 6:173 BW, om welke reden de school ook op zichzelf gezien onrechtmatig jegens haar zou hebben gehandeld in de zin van art. 6:162 BW. De rechtbank overwoog:

‘Dat een activiteit op hoogte plaatsvindt, hoeft niet te betekenen dat deze gevaarlijk is. Dat hangt af van de vraag of het juiste materiaal wordt gebruikt en of er voldoende veiligheidsmaatregelen zijn genomen. Dat het daaraan in het onderhavige geval heeft ontbroken, is niet gebleken. Daartoe heeft [eiser] te weinig aangevoerd.’ (r.o. 4.7)

Dat aansprakelijkheid niet alleen kan volgen in gevallen waarbij de zaak zelf geen risico in het leven roept, maar de wijze waarop met de zaak omgegaan wordt wel, volgt uit het vonnis *Langeveld/Rijks Agrarische Hogeschool*.<sup>112</sup> In deze zaak werd de school (succesvol) aangesproken voor de schade ingetreden door het breken van een tafel, nadat de school haar leerlingen op deze tafels liet zitten zonder in te grijpen. De school had het letsel volgens de rechtbank eenvoudig kunnen voorkomen door te zorgen voor stoelen.

In dit kader kan ook gedacht worden aan het door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch gewezen arrest *Chemicaliënproef*.<sup>113</sup> In deze zaak had een 17-jarige vmbo-leerling tijdens een demonstratieles scheikunde stiekem een gevaarlijk mengsel gemaakt, dit mengsel in een potje onder zijn kleding verstopt mee naar buiten genomen en het potje – toen hij het ten overstaan van enkele vrienden tot ontploffing wilde brengen – uiteindelijk in zijn handen laten exploderen. Het hof nam in zijn afweging de leeftijd en het opleidingsniveau van de leerling in kwestie mee en kwam – nu van de leerling klaarblijkelijk een ‘rudimentaire kennis en een beperkt inzicht in het gevaar kon worden verwacht’ en de schade voor de school bovendien ‘voorzienbaar’ was<sup>114</sup> – tot de conclusie dat de school naast de gedane waarschuwingen meer toezicht had moeten houden. De school werd voor 80% aansprakelijk gehouden.

## 5.2.2 GEVAARLIJKE ACTIVITEITEN

Daarnaast bestaan er diverse uitspraken waarin de school als primaire partij wordt aangesproken voor letsel ontstaan door of tijdens (gevaarlijke) activiteiten, zowel tijdens de lessen, de pauzes, het bewegingsonderwijs als na schooltijd.

---

ondeugdelijke helm. De rechtbank overwoog in dit tussenvonnissen dat, indien deze ondeugdelijkheid vast zou komen te staan, de school aansprakelijk zou zijn.

112 Rb. Arnhem 7 mei 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AF9110 (*Langeveld/Rijks Agrarische Hogeschool*).

113 Hof 's-Hertogenbosch 15 april 1992, ECLI:NL:GHSHE:1992:AC4119, NJ 1994/760 (*Chemicaliënproef*).

114 Zo had de school volgens het hof rekening dienen te houden met het gegeven dat waarschuwingen in die richting niet altijd worden opgevolgd en soms averechts effect sorteren (r.o. 8.7).

Illustratief is het door de Hoge Raad gewezen *Johanna Kruidhof*-arrest, waarbij een 11-jarige leerling brandwonden opliep tijdens het zetten van thee in het kader van haar 'koffie- en theedienst'.<sup>115</sup> De Hoge Raad overwoog hier:

'Uit de stellingen (...) blijkt niet dat de school maatregelen heeft getroffen om de veiligheid van kinderen van Johanna's leeftijd te garanderen. Er was ten tijde van het ongeval geen toezicht op de leerlingen die bezig waren met koffie- en thee zetten en door het afsluiten van de waterleiding en het ontbreken van brandblusapparatuur in de keuken was het niet mogelijk de vlammen terstond te doven.' (r.o. 4.8)

Het Gerechtshof Arnhem had in deze zaak eerder overwogen dat een school gehouden is zoveel mogelijk te voorkomen dat leerlingen in risicoscheppende situaties terechtkomen – en de leerlingen zeker niet tot risicoscheppende handelingen aan te zetten – in welke verplichting de school tekort was geschoten. De schending van de zorgplicht stond daarmee in de ogen van het hof (en de Hoge Raad) vast.<sup>116</sup>

Ook in het door de Hoge Raad gewezen *Schoolreisje*-arrest stond de aansprakelijkheid van de school wegens onvoldoende toezicht centraal.<sup>117</sup> Had de onderwijzer in kwestie redelijkerwijs rekening behoren te houden met de mogelijkheid dat een van de leerlingen, indien niet gewaarschuwd, in het ven zou duiken? De Hoge Raad vernietigde hier de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem, dat overwogen had dat de toezichthoudende onderwijzer niet kon worden verweten dat hij de leerling niet tijdig had gewaarschuwd voor het hem dreigend gevaar, omdat dat gevaar in de gegeven omstandigheden niet als zodanig voorzienbaar was. Volgens de Hoge Raad mag van een school méér worden verwacht en kunnen er dus hoge eisen aan de zorgvuldigheidsnorm worden gesteld. Aansprakelijkheid van de school volgde.

De aansprakelijkheid van een school voor een val van een 11-jarige leerling uit een boom, nadat de leerling 'wegliep' van een schooltje, werd door de Rechtbank Zeeland-West-Brabant daarentegen wel afgewezen.<sup>118</sup> In rechte stond vast dat de leerlingen voldoende duidelijke instructies hadden gekregen, en bovendien moest het toezicht van één volwassene op zes leerlingen gezien de leeftijd van de leerlingen als voldoende en adequaat worden beschouwd. Het enkele feit dat het mogelijk was gebleken dat de leerling was weggelopen zonder dat dit door de leerkrachten of de ouders werd gesignaleerd, maakte dat niet anders. Gezien de aard van de activiteit in de natuur kon immers niet zodanig op elke leerling direct toezicht worden gehouden, dat elke onregelmatigheid direct werd opgemerkt, aldus de rechtbank.

Uit het door de Hoge Raad gewezen *Smit/Brevoord*-arrest blijkt dat ook de 'sfeer' tijdens de uitvoering van (school)activiteiten kan meebrengen dat er een plicht tot

115 HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

116 Zie hierover ook Paijmans 2013, p. 150-151.

117 HR 23 mei 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB5724, NJ 1976/24 (*Schoolreisje*).

118 Rb. Zeeland-West-Brabant 9 januari 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:351.

ingrijpen bestaat.<sup>119</sup> In deze zaak hadden de leerlingen tijdens een gymles de ruimte gekregen zelfgevoefende trampolinesprongen aan de rest van de klas te laten zien. Een 17-jarige leerling liet zich hierbij provoceren en maakte een zeer gevaarlijke sprong, met een dwarslaesie tot gevolg. Geoordeeld werd dat, indien leerlingen zich niet aan de instructie houden of als er een sfeer ontstaat waarin instructies mogelijk zullen worden genegeerd, de docent moet ingrijpen. Aansprakelijkheid volgde.

Een ander voorbeeld van tekortschietende hulp tijdens de in de gymles uitgevoerde oefeningen, is te vinden in een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem.<sup>120</sup> Het hof oordeelde dat bij een door een leerling uitgeoefende (en mislukte) spreidsprong over de bok hulp van 'vangers' geboden was, en die hulp ten onrechte was uitgebleven. Ook zij gewezen op de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland, waarin de ouders van een leerling die letsel had opgelopen tijdens een spelletje pionnenroof bij gym, aanvoerden dat er een gespannen sfeer hing en daarom nooit een spel pionnenroof had mogen worden gestart.<sup>121</sup> Dit betoog werd door de rechtbank van de hand gewezen, omdat niet was onderbouwd hoe deze sfeer – voor zover deze al bestond – had bijgedragen aan het ongeval.

De aansprakelijkheid van een school werd afgewezen in een zaak waarin een leerling tijdens de gymles van de trapezestok afviel bij het (op eigen initiatief) uitvoeren van de zogenoemde 'dodenva'.<sup>122</sup> De leerling liep hierdoor een hoge dwarslaesie op. De rechtbank stelde voorop dat niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval als verwezenlijking van een aan een gymles in het algemeen en een gymnastieoefening in het bijzonder inherent gevaar, onrechtmatigheid impliceert.<sup>123</sup> Nu aan het begin van de les de reeds eerder uitgelegde en verrichte oefeningen goed en nogmaals waren uitgelegd, had de leerkracht de leerlingen volgens de rechtbank voldoende geïnstrueerd. Net zomin vond het Gerechtshof Amsterdam

119 HR 14 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AJ5212, NJ 1985/736 (*Smit/Brevoord*). Vgl. voorts Rb. Midden-Nederland 11 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3709, waarin juist het plezier dat de leerling in de uitoefening van de activiteit had, meespeelde bij de beoordeling van de eigen schuld. Omdat de aansprakelijkheid in deze zaak door de school werd erkend, is deze uitspraak minder relevant voor het onderhavige onderzoek.

120 Hof Arnhem 30 november 1999, ECLI:NL:GHARN:1999:AK4187, VR 2000/157 (*Spreidsprong*). Hetzelfde gold volgens de Rechtbank Rotterdam bij een sprong van een minitrampoline, zie Rb. Rotterdam 29 januari 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AR6499, VR 2004/148 (*Bernardina/Sint Martinus Stichting*). Vgl. Rb. Rotterdam 7 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA1304, r.o. 5.5, waarin, in eenzelfde situatie, een deskundigenbericht werd gelast.

121 Vgl. Rb. Noord-Holland 14 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2184.

122 Rb. Utrecht 2 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3428 (*X/Stichting Scholengemeenschap Maarsbergen*).

123 Dit lijkt het algemene vertrekpunt te zijn bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van scholen bij gymongevallen. Vgl. immers de overwegingen in Rb. Haarlem 19 juli 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AY4382, r.o. 4.4 (*X/Purmerendse scholengemeenschap Da Vinci*); Rb. Overijssel 27 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:412, r.o. 4.4; Rb. Zeeland-West-Brabant 18 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8707, r.o. 3.5; Rb. Den Haag 23 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3712, r.o. 4.2; Rb. Noord-Holland 14 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2184, r.o. 4.6.

in het *Student/Mondriaan College*-arrest dat de school haar zorgplicht had geschonden, toen een leerling bij het klimmen op een klimmuur per ongeluk de twistlock karabiner aan de klimgordel losmaakte en naar beneden viel.<sup>124</sup> Niet was gebleken dat de school zich naar maatstaven van maatschappelijke zorgvuldigheid anders had behoren te gedragen dan dat zij had gedaan.

De primaire zorgplicht van scholen strekt zich niet alleen uit tot de *core business* van de school (het verzorgen van onderwijs) en ook de begrippen ‘tijdens schooltijd’ en ‘op het schoolplein’ dienen ruim geïnterpreteerd te worden. Zo werd de TU Eindhoven aansprakelijk gesteld voor het letsel van een leerling opgelopen bij een gebrekkige evenwichtsoefening met een touw tijdens een introductiekamp van eerstejaarsstudenten. Het Gerechtshof ‘s-Gravenhage oordeelde dat het geven van wetenschappelijk onderwijs en het in dat verband organiseren van nevenactiviteiten, daaronder begrepen het organiseren van een pre-introductie, activiteiten zijn die naar buiten toe moeten worden beschouwd als een eenheid. Het feit dat de student in kwestie minder behendig was, leverde volgens het hof geen eigen schuld op.<sup>125</sup>

Ook een valpartij in een externe klimhal was ingevolge de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant voldoende voor aansprakelijkheid van een sporthogeschool.<sup>126</sup> De school had ter voorbereiding van een eindtoets klimmen geen alternatief geboden voor leerlingen die eigenlijk niet in de klimhal mochten oefenen. Dit gebrek aan instructies en alternatieve mogelijkheden voor een veilige voorbereiding van de eindtoets leidde tot een zorgplichtschending, of het nu aan de getroffen leerling kenbaar was gemaakt dat hij in de klimhal mocht oefenen, of niet. Het knieletsel van een leerling opgelopen bij het onderdeel sprinten tijdens een sportdag op een extern terrein – waarbij toezicht werd gehouden door de wiskundeleraar – kon daarentegen niet aan de school worden toegerekend, nu niet bewezen kon worden dat de baan voor de sprint niet goed was uitgezet of door de school enigerlei ander (verwezenlijkt) risico in het leven was geroepen.<sup>127</sup>

Dat de scheidslijn tussen het wel en niet schenden van een zorgplicht door scholen heel dun kan zijn, en de rechtspraak erg casuïstisch is, volgt uit een vergelijking van de volgende uitspraken. In het vonnis *X/Stichting Algemeen Voortgezet Onderwijs* werd geoordeeld dat een gymdocent – die de angst van een leerling om een oefening aan de ringen te doen had genegeerd, waarna de leerling ten val was gekomen – geen zorgplicht had geschonden, nu (1) de oefening al eerder uitgevoerd was, (2) de oefening op zichzelf gezien niet gevaarlijk was en (3) er genoeg

124 HR 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5354 (*Student/Mondriaan College*). Het cassatieberoep werd ex art. 81 RO door de Hoge Raad afgedaan.

125 Hof ‘s-Gravenhage 15 juli 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AQ5925, VR 2004/107 (*TU Eindhoven/Donders*).

126 Rb. Oost-Brabant 5 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6934.

127 Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9579 (*X/NUOVO*).



matten op de grond lagen.<sup>128</sup> De Rechtbank Den Haag ging ook niet mee in de stelling van de moeder van een tijdens de gymles gevallen leerling, inhoudende dat de docent een verkeerde beslissing had genomen door 'een angstig, zwaar kind met een slechte motoriek tegen zijn zin een gymoefening uit te laten voeren, terwijl zij onvoldoende voorzorgsmaatregelen had getroffen ter voorkoming van ongelukken of beperking van de gevolgen daarvan'.<sup>129</sup> De docent had volgens de rechtbank gehandeld binnen de grenzen van haar zorgplicht. Het was immers *juist* de taak van de gymdocent om leerlingen te motiveren en over drempels heen te helpen, en de oefening bracht bovendien geen verhoogd risico van letsel met zich. In het door de Hoge Raad gewezen arrest *SKOL/Van Tol* werd echter wél een zorgplichtschending van de school aangenomen, daar waar de docent in kwestie een 13-jarige leerling met een visuele handicap met de belofte van 'een colaatje' motiveerde om een zweefkoprol te doen.<sup>130</sup> De leerling liep hierdoor ernstig letsel op. Hoewel werd overwogen dat het stimuleren op zichzelf gezien juist was, werd de *wijze* van stimuleren onzorgvuldig geacht. De docent had het externe motivatiemiddel van het colaatje volgens de Hoge Raad niet mogen gebruiken. De rechtvaardiging voor de veroordeling in het laatste geval is er in mijn optiek echter met name in gelegen dat deze leerling wel een visuele handicap had en de leerlingen in de eerste zaken geen visuele handicap hadden en dat de eerstgenoemde oefening bovendien wel en de laatstgenoemde oefening niet al vaker uitgevoerd was.

Een ander voorbeeld vormt het arrest *X/Da Vinci*, in welke zaak een brugklasleerling ten val was gekomen bij een les hordelopen, zonder dat deze activiteit op zichzelf gezien enig verhoogd risico van letsel meebracht.<sup>131</sup> De school had volgens het Gerechtshof Amsterdam geen zorgplicht geschonden, nu 'vrijwel iedere menselijke activiteit het risico van letsel meebrengt'. Gewezen zij ook op het vonnis *X/Stedelijk Lyceum Enschede*, waarbij de school volgens de rechtbank geen zorgvuldigheidsnorm had geschonden toen de docent – nadat zij de leerlingen de opdracht gaf om op te ruimen – vroegtijdig de les verliet en een leerling letsel opliep nadat zij nog enkele sprongen op de trampoline maakte.<sup>132</sup>

Overigens geldt, tot slot, dat de hiervoor ingekleurde zorgplicht van scholen losstaat van de vraag of de school ook zonder meer gehouden is om te zorgen voor een dekkende verzekering, althans of op haar een (daarop betrekking hebbende)

128 Rb. Arnhem 7 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AQ5088 (*Stichting Algemeen Voortgezet Onderwijs*). Zie ook Rb. Midden-Nederland 22 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:774, waarin vergelijkbare argumenten werden gebezigd ter afwijzing van de aansprakelijkheid van een school voor de val van een leerling van een trapezoïde.

129 Rb. Den Haag 23 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3712.

130 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0129, NJ 2007/450, m.nt. H.J. Snijders (*SKOL/Van Tol*).

131 Hof Amsterdam 8 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BF0899, RAV 2008/98 (*X/Da Vinci*). Vergelijkbaar is Hof Amsterdam 17 juli 1997, ECLI:NL:GHAMS:1997:AJ6483, VR 1998/187 (*Spelhofen/Vereniging voor Christelijk Onderwijs*).

132 Rb. Almelo 30 mei 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW8098 (*X/Stedelijk Lyceum Enschede*). Anders werd geoordeeld in het ongepubliceerde vonnis Rb. Assen 31 augustus 2011, nr. 81258, ontleend aan en besproken in Pajmans 2013, p. 283.



waarschuwingsplicht rust als deze dekking ontbreekt. Uit het arrest *Eiseres/ROC* volgt dat de stelling van eiseres dat een onderwijsinstelling gehouden is om te zorgen voor een ongevalverzekering die een adequate dekking biedt voor door die onderwijsinstelling in het kader van het onderwijs georganiseerde risicovolle activiteiten, althans om aan haar studenten duidelijk te maken dat geen verzekering is gesloten die een dergelijke dekking biedt, faalt, omdat een zo vergaande zorgplicht in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard.<sup>133</sup>

### 5.3 SECUNDAIRE ZORGPLICHTEN

#### 5.3.1 GEVAARLIJKE MATERIALEN

Ook bestaat er een veelvoud aan uitspraken waarin scholen door *derden* aansprakelijk zijn gesteld voor het schadeveroorzakende gedrag van leerlingen die onder hun toezicht en verantwoordelijkheid staan.<sup>134</sup> Het gaat hierbij ten eerste om schade ontstaan door gevaarlijke materialen, zoals – vergelijk paragraaf 5.2 over de primaire zorgplicht – lesmaterialen, speeltoestellen, inventaris en speelvoorwerpen.

Zo werd in een uitspraak van de Rechtbank Middelburg een school aansprakelijk gesteld voor het ‘laten slingeren’ van een pvc-buis, die later door een leerling werd gebruikt om pijltjes mee te schieten.<sup>135</sup> Oogletsel van het slachtoffer (een medeleerling) was het gevolg. De rechtbank achtte de kans op letsel niet dusdanig groot dat het ROC als school daartegen verdergaande maatregelen had moeten treffen; het is immers praktisch onmogelijk om alle hulpmiddelen voor potentieel wangedrag uit een school te verwijderen. Bovendien is het praktisch onmogelijk om voortdurend toezicht op de leerlingen te houden. Een ander voorbeeld is te vinden in een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam.<sup>136</sup> In deze uitspraak oordeelde het hof dat een school haar zorgplicht niet had geschonden door haar leerlingen een korte tijd alleen te laten tussen verschillende lessen door. Ondanks dat in deze korte tijd door de ene leerling een houtje met een speld in het oog van een andere leerling werd gegooid, achtte het hof een systeem waarin leerlingen in het derde jaar gedurende het wisselen van de lessen alleen werden gelaten, niet onzorgvuldig. De school was dus ook niet aansprakelijk voor de geleden schade. In het vonnis *Van den Berg/Nebo Mariënbosch* werd daarentegen wél geoordeeld dat de school haar zorgplicht had geschonden, daar waar de gymdocent een klas zonder toe-

133 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2324, NJ 2012/199, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eiseres/ROC*). Zie in het bijzonder (en terughoudend) de conclusie van A-G Spier voor het voornoemde arrest: ‘Als ouders en/of kinderen menen dat het volgen van zulk een opleiding alleen aanvaardbaar is als ervoor een passende verzekering(sdekking) voor eventuele ongevallen bestaat, dan moeten ze zich daarover tijdig voldoende informeren’ (sub 7.18.2).

134 Deze derden zullen in veruit de meeste gevallen medeleerlingen zijn, zo merkte ik al op.

135 Rb. Middelburg 23 april 2003, ECLI:NL:RBMID:2003:AO3717 (*X/Stichting Regionaal Opleidingscentrum Zeeuws-Vlaanderen*).

136 Hof Amsterdam 15 maart 1961, ECLI:NL:GHAMS:1961:15, NJ 1961/341 (*Teunissen/Gemeente Hoorn*).

zicht hockey had laten spelen.<sup>137</sup> Eén van deze leerlingen werd vervolgens geraakt door een houten stick van zijn medeleerling en liep daarbij letsel op. Ook in een zaak waarbij de pink van een kleuter verbrijzeld werd doordat klasgenoten de buitendeur tegenhielden toen zij naar buiten wilden gaan, oordeelde de Rechtbank Zwolle dat de school met slechts één surveillerende docent (op ongeveer 100 leerlingen), die bovendien niet het gehele schoolplein kon overzien, haar zorgplicht had geschonden.<sup>138</sup>

Dat de secundaire zorgplicht van scholen zich ook uitstrekt tot activiteiten op het schoolplein en de daarbij door leerlingen gebruikte speelmaterialen, volgt uit een vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage, waarbij een 5-jarige leerling een even oude leerling met een schep tegen het hoofd had geslagen tijdens de pauze (met hersenletsel tot gevolg). De rechtbank kwam tot een afwijzend oordeel met betrekking tot de aansprakelijkheid van de school; overwogen werd dat de school hier geen materiaal ter beschikking had gesteld dat als zodanig ongeschikt was voor kinderen. Dat het hier ging om kinderen met psychische problemen en gedragsstoornissen, maakte dat volgens de rechtbank niet anders: ook bij extra of permanent toezicht viel volgens de rechtbank immers niet uit te sluiten dat alsnog met de schep zou zijn geslagen.<sup>139</sup>

In het vonnis *Fatum/Stedelijk Lyceum Zutphen* werd door de rechtbank evenmin tot de schending van de secundaire zorgplicht van de school geoordeeld.<sup>140</sup> In deze zaak had een leerling het touw, bedoeld voor een hoogspringoefening, te strak om de paal gebonden, hetgeen de docent expliciet had verboden. Een medeleerling kwam vervolgens over dit touw ten val, met ernstig letsel tot gevolg. De rechtbank oordeelde dat bij jongens van 15 à 16 jaar begrip voor de redelijkheid van de waarschuwing te verwachten was; de waarschuwing van de docent was dus 'voldoende' geweest.

Dezelfde afwijzende houding werd door de Rechtbank Zwolle-Lelystad aangenomen in een kwestie waarin een 10-jarige leerling op een glijbaan gewond raakte na een botsing met een andere leerling. Geoordeeld werd dat een glijbaan op zichzelf bezien niet gevaarzettend is en de onderhavige glijbaan evenmin bijzonder gevaarlijke eigenschappen bezat, om welke reden de school geen bijzonder toezicht had moeten houden.<sup>141</sup> In een zaak bij de Rechtbank Overijssel had een leerling een putdeksel op de pink van een andere leerling laten vallen.<sup>142</sup> Beslissend voor de aansprakelijkheid van de school was of de basisschool wist of had moeten weten van de gevaarsituatie die volgde uit het feit dat de putdeksel loszat en kinderen

137 Rb. Arnhem 28 juli 1994, ECLI:NL:RBARN:1994:AJ6159, VR 1995/100 (*Van den Berg/Nebo Mariënbosch*).

138 Rb. Zwolle 27 januari 1999, ECLI:NL:RBZWO:1999:AI9866, VR 2000/26 (*Ongeval schoolplein*).

139 Rb. 's-Gravenhage (ktr.) 14 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6816 (*X/Stichting Jeugdformaat*).

140 Rb. Zutphen 6 april 1961, ECLI:NL:RBZUT:1961:3, NJ 1961/419 (*Fatum/Stedelijk Lyceum Zutphen*).

141 Rb. Zwolle-Lelystad 9 februari 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BP8547 (*X/Openbaar Primair Onderwijs Deventer*).

142 Rb. Overijssel (ktr.) 10 juli 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2755 (*Putdeksel*).

daarmee speelden. Nadere bewijslevering was benodigd voor de beantwoording van die voorzienbaarheidsvraag. Het toezicht gedurende het incident was in ieder geval afdoende geweest; twee leerkrachten op een groep van 50 leerlingen was niet ongebruikelijk of onverantwoord, aldus de rechtbank.

Afwijzend oordeelde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, tot slot, in het arrest *Bamboestok*.<sup>143</sup> In deze kwestie was een 5-jarige leerling geraakt door een bamboestok, die afkomstig was uit de moestuin achter het schoolplein en die door een 6-jarige medeleerling naar hem toe werd gegooid. Het hof achtte twee toezichthoudende docenten – die 'af en toe' naar de achter het schoolplein gelegen moestuin keken – afdoende. De aansprakelijkheidsvordering jegens de school werd dus afgewezen.

### 5.3.2 GEVAARLIJKE ACTIVITEITEN

Ook bestaan er diverse uitspraken waarin de school als secundaire partij wordt aangesproken voor schade toegebracht door een primaire partij (zoals een medeleerling) aan derden (zoals een leerling) door of tijdens schoolactiviteiten. Hier wordt zowel bedoeld op activiteiten tijdens de lessen, pauzes en het bewegingsonderwijs als ná schooltijd.<sup>144</sup>

Illustratief is het arrest *Ziekenfonds/Zwaans*, waarin het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde dat een docent (en daarmee de school) een zorgplicht had geschonden door een 11-jarige leerling de opdracht te geven om met een bakfiets een boodschap te doen, waarna de jongen in botsing kwam met een bromfietser.<sup>145</sup> De school had onzorgvuldig gehandeld, nu de bakfiets volgens het hof te moeilijk te berijden was voor een jongen van die leeftijd. De Rechtbank Amsterdam was in een oude uitspraak milder voor een school die een 12-jarige leerling zonder toezicht naar een andere locatie van de school had laten fietsen, waarna hij door een auto werd aangereden. De rechtbank oordeelde dat de school geen zorgplicht had geschonden; het werd in het algemeen gebruikelijk geacht dat kinderen van 12 jaar zich met een fiets in het verkeer begeven en de jongen was zelf met toestemming van zijn ouders – zie hier wederom de sporen van de 'in loco parentis'-grondslag – met de fiets naar school gereden.<sup>146</sup> Deze uitspraak is in lijn met het in dezelfde tijdsgeslacht gewezen tussenvonnissen van dezelfde rechtbank, waarin de school evenmin aansprakelijk werd gehouden voor het letsel dat een leerling opliep nadat hij door een docent per fiets op pad was gestuurd en bij een ongeval betrokken raakte.<sup>147</sup>

143 Hof 's-Hertogenbosch 7 september 2000, ECLI:NL:GHSHE:2000:AA7344, NJ 2001/577 (*Bamboestok*).

144 Zie ook Pajjmans 2019, p. 19-23.

145 Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1981, ECLI:NL:GHSHE:1981:AC7167, NJ 1982/313 (*Ziekenfonds/Zwaans*).

146 Rb. Amsterdam 9 februari 1965, VR 1965/86 (*Bus/Amsterdamse Stichting voor Katholiek G.L.O.*), ontleend aan Pajjmans 2013, p. 155-156.

147 Rb. Amsterdam 9 december 1958, ECLI:NL:RBAMS:1958:25, NJ 1959/385 (*De Vries/The Sun Insurance Office Ltd.*).

De gemeente, als werkgever van een op de school werkzame docent, werd evenmin aansprakelijk gehouden voor het letsel van een toevallige passant die buiten het schoolplein stond en werd geraakt door een voetbal die afkomstig was van het schoolplein.<sup>148</sup> De rechtbank overwoog dat voetballen door kinderen van de basisschoolleeftijd – mede bezien hun beperkte schotkracht – niet als bijzonder gevaarscheppend kon worden aangemerkt en dus ook niet op voorhand verboden had moeten worden door de surveillerende leerkrachten. Evenmin werd een school aansprakelijk gehouden voor het letsel opgelopen bij een tikspel tijdens de gymles, toen de ‘tikkende’ medeleerling met zijn hand per ongeluk het oor van een leerling raakte. Naar het oordeel van de rechtbank kon niet worden aangenomen dat de kans op een ongeval en/of letsel bij het betreffende tikspel zo groot was, dat de gymdocent ter voldoening van zijn zorgplicht gehouden was om, naast de instructie om op het lichaam te tikken en niet te duwen, meer specifieke instructies te geven, dan wel het tikspel niet te laten plaatsvinden.<sup>149</sup> Ook in de zaak *A/Gemeente Zutphen* werd geoordeeld dat de school geen zorgplicht had geschonden, in een zaak waarin de docent weliswaar via een glazen wand zicht had op een deel van het lokaal, maar fysiek niet aanwezig was toen een leerling door een andere leerling werd geduwd en daardoor letsel opliep.<sup>150</sup> Evenmin was een school aansprakelijk voor het letsel dat een jongen had opgelopen doordat hij een bal tegen zijn hoofd had gekregen bij het vrije spel voorafgaand aan de gymles. De kantonrechter overwoog dat de mate van waarschijnlijkheid dat een bal ernstige schade zou toebrengen aan een leerling dermate klein was, dat de docent het vrije spel niet had hoeven te verbieden. Bij de mate van waarschijnlijkheid dat schade zou ontstaan, kwam mede betekenis toe aan de omstandigheid dat het ging om ‘een groep niet-agressieve 5 Vwo-leerlingen’.<sup>151</sup>

Minder terughoudend lijkt de rechtbank in de uitspraak *Nijsten/Stichting Katholiek Onderwijs Hoensbroek*.<sup>152</sup> In deze zaak had een medeleerling tijdens een potje slagbal een daaraan niet-deelnemende leerling met het slaghout geraakt, toen deze leerling – die al eerder van het terrein was afgestuurd – het veld (weer) op kwam rennen. Deze leerling werd als gevolg van de klap aan één oog blind. De rechtbank woog de in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.1 besproken *Kelderluik*-criteria af – waarbij aandacht werd besteed aan het feit dat het een school voor bijzonder onderwijs betrof en het slachtoffer als een ‘moeilijk lerend kind’ kon worden aangemerkt – en oordeelde tot de aansprakelijkheid van de school, met name nu slechts één docent toezicht had gehouden.

148 Rb. Arnhem 10 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO8151, NJF 2004/207 (*S./Rhenen*).

149 Rb. Zeeland-West-Brabant 18 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8707.

150 Rb. Zutphen (ktr.) 12 augustus 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AO9239, NJ 2004/260 (*A/Gemeente Zutphen*).

151 Ktr. Emmen 23 augustus 1995, ECLI:NL:KTGEMM:1995:AI9239, Prg. 1995/4404.

152 Rb. Maastricht 9 juni 1994, ECLI:NL:RBMAA:1994:AJ6200, VR 1996/6 (*Nijsten/Stichting Katholiek Onderwijs Hoensbroek*).

Ook zij gewezen op de overwegingen in een uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad.<sup>153</sup> Het betrof hier een tijdens de gymles plaatsvindend en nieuw geïntroduceerd stoeispel, waarbij de gymdocent de leerlingen had geïnstrueerd niet te krabben, bijten, kietelen, slaan of schoppen. Toen een 14-jarige leerling, al stoeiende met een (te) sterke jongen, nekletsel opliep, werd de school met succes aansprakelijk gesteld door de ouders van dit meisje. De rechtbank overwoog dat – onder andere omdat het stoeispel nieuw was en er een verhoogd risico op letsel bestond – de instructie dat niet ‘gekrabd, gebeten, gekieteld, geslagen of geschopt’ mocht worden, te algemeen was. Geen verbod was gegeven voor het ‘vastpakken en klemmen van het hoofd’ en het ‘overstrekken van de gewrichten’. Bovendien kon de docent onvoldoende toezicht houden, nu het stoeien op vijf matten tegelijk plaatsvond.<sup>154</sup> Anders oordeelde de Rechtbank Maastricht, die het tijdens een stoeispel opgetreden letsel aanmerkte als een ‘ongelukkige samenloop van omstandigheden’.<sup>155</sup> In deze kwestie had de docent de leerlingen geïnstrueerd ‘alleen te duwen’ en dat ‘schoppen, slaan en ruw spel verboden was’, waarmee volgens de rechtbank geen zorgplicht was geschonden. De Rechtbank Haarlem oordeelde in 2006 conform dezelfde afwijzende lijn.<sup>156</sup>

In dit verband dient nog opgemerkt te worden dat ook de secundaire zorgplicht van de school zich buiten de locatie van de school kan uitstrekken, zo bleek al uit de hiervoor besproken jurisprudentie.<sup>157</sup> Ook uit het vonnis *Geervliet/Staat* blijkt dat de secundaire zorgplicht van de school zich niet alleen uitstrekt tot de ruimte van de school.<sup>158</sup> In deze zaak liep een brugklasleerling bij het schoolzwemmen letsel op, doordat de zwembadexploitant verzuimd had het waterpeil op de juiste hoogte te brengen. Overwogen werd dat de leraar in deze context wel een op hem rustende bijzondere zorgplicht ten aanzien van de gezondheid en de veiligheid van de leerlingen droeg, maar dat deze in de onderhavige casus niet was geschonden. Ook uit een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden volgde dat de zorgplicht van secundaire partijen buiten het schoolterrein kan gelden.<sup>159</sup> In deze zaak ging het om een 10-jarige leerling, die op een locatie buiten de school mee was gaan schoolzwemmen, waarna hij zonder op de juf te wachten naar het parkeerterrein was gelopen en met zijn been onder het voorwiel van een bus terecht was gekomen.

153 Rb. Zwolle-Lelystad 22 april 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI8294 (*X/Openbaar Onderwijs Zwolle*).

154 Aan dit laatste aspect wordt in r.o. 4.4 wel aandacht besteed, maar het wordt niet vooropgesteld bij de beoordeling van de aansprakelijkheid. De rechtbank lijkt meer waarde toe te dichten aan de ‘te algemene instructies’.

155 Rb. Maastricht 12 maart 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AF5913 (*X/Stichting Bernard Lievegoed School*).

156 Rb. Haarlem 19 juli 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AY4382 (*X/Purmerendse scholengemeenschap Da Vinci*).

157 Zie bijvoorbeeld de besproken (oudere) uitspraken: Rb. Amsterdam 9 december 1958, ECLI:NL:RBAMS:1958:25, NJ 1959/385 (*De Vries/The Sun Insurance Office Ltd.*); Rb. Amsterdam 9 februari 1965, VR 1965/86 (*Bus/Amsterdamse Stichting voor Katholiek G.L.O.*), ontleend aan Pajmans 2013, p. 155-156; Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1981, ECLI:NL:GHSHE:1981:AC7167, NJ 1982/313 (*Ziekenfonds/Zwaans*).

158 Rb. Alkmaar 9 juni 1983, ECLI:NL:RBALK:1983:AC0910, NJ 1984/215 (*Geertvliet/Staat*).

159 Rb. Leeuwarden 29 november 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AZ3149 (*Busincident schoolzwemmen*).

De verzekeraar van de busmaatschappij had de schade vergoed, waarna zij regres nam op de school, daartoe stellende dat de verantwoordelijke toezichthouders van de school onvoldoende op de kinderen hadden gelet. De rechtbank overwoog hier dat het ongeval 'niet nodig' was geweest als een van de toezichthoudende juffen voor de buitendeur was gaan staan.

### 5.3.3 WANGEDRAG VAN PRIMAIRE PARTIJEN (PESTEN, MISBRUIK EN GEWELD)

Voor wat betreft de secundaire zorgplicht van scholen met betrekking tot pestgedrag, misbruik en geweld van en jegens haar leerlingen, dient opgemerkt te worden dat op deze gronden in Nederland tot dusver nog geen schending van de zorgplicht van scholen is aangenomen.<sup>160</sup> Voor zover gesproken kan worden van een restrictieve lijn in de jurisprudentie ten aanzien van secundaire aansprakelijkheden, geldt dat deze terughoudendheid in de onderhavige categorie uitspraken bij uitstek tot uiting komt.<sup>161</sup>

Illustratief is ten eerste de uitspraak *X/Stichting Iris*, waarin schadevergoeding werd gevorderd door een drieling die tijden was gepest en daarom niet meer naar school durfde.<sup>162</sup> Naar het oordeel van de rechtbank had de school voldoende maatregelen getroffen. Het enkele feit dat deze niet het gewenste effect hadden gehad, deed hier niet aan af. In dezelfde lijn oordeelde de Rechtbank Utrecht in een zaak waarbij de ouders van een leerling die door toedoen van zijn medescholieren door een ruit was gevallen, schadevergoeding van de school vorderden. De zorgplicht van de school reikte naar het oordeel van de rechtbank niet zover dat de school er rekening mee had behoren te houden dat de gepeste leerling als gevolg van een duw van de pestende leerlingen door de ruit zou vallen.<sup>163</sup> De afwijzende houding van de rechter op dit vlak neemt overigens niet weg dat de secundaire zorgplicht van de school als zodanig wel erkend en in de meeste uitspraken ook uitvoerig geëxpliciteerd wordt.<sup>164</sup>

In het vonnis *X/Stichting Salto* werd overwogen dat, hoewel een leerling drie jaar lang door medeleerlingen werd gepest, bedacht dient te worden dat op een school

160 Het gaat hier om Nederlandse uitspraken. Zie hierover ook Van der Putt-van Vessem 2007, p. 2; Paijmans 2013, p. 362; Paijmans 2019, p. 24.

161 Waarbij nog buiten beschouwing is gelaten de uitspraken die stranden op verjaring (vgl. Rb. Den Haag 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15634) of stranden vanwege een gebrek aan bewijs (van bijvoorbeeld seksueel misbruik, vgl. Rb. Noord-Holland (ktr.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11921).

162 Rb. Haarlem (vzr.) 28 juli 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU0184 (*X/Stichting Iris*).

163 Rb. Utrecht 27 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1935 (*A/Openbaar voortgezet Onderwijs*).

164 In de meeste van de hiervoor genoemde uitspraken over pesten wordt de volgende standaardoverweging gebezigd: 'De rechtbank stelt voorop dat op een school volgens vaste jurisprudentie een bijzondere zorgplicht rust ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de leerlingen die aan haar zorg zijn toevertrouwd en onder haar toezicht staan.' Zie over die norm nader Paijmans 2013, p. 122-127, 459-460.



een inspanningsverplichting rust en geen resultaatsverplichting.<sup>165</sup> Aangezien de school in haar algemeen beleid ter zake van pesten niet tekort was geschoten en er in de loop der jaren veel contact was geweest tussen de ouders en de school over de pestincidenten, had de school haar zorgplicht niet geschonden. Al met al waren de school en de leerling wellicht geen goede 'match' geweest, maar van een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatig handelen van de school kon niet worden gesproken, aldus de rechtbank.

Ook in de hierna gewezen uitspraken werd de inspanningsverplichting van de school vooropgesteld. Gewezen zij op het vonnis *X/Stichting Openbaar Onderwijs Groep Groningen* uit 2012, waarbij een leerling was bedreigd met een stanley mes.<sup>166</sup> Hetzelfde geldt voor het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland uit 2013, waarbij de slechte schoolprestaties van een leerling volgens zijn ouders aan het pestgedrag van het naast hem zittende klasgenootje te wijten was.<sup>167</sup> Een afwijzend oordeel volgde in allebei de gevallen; de school had gedaan wat zij kon en redelijkerwijze moest doen. Hetzelfde uitgangspunt gaf de doorslag in een vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage, waarbij een van de leerlingen geschorst werd na een vechtpartij met zijn 'pester'.<sup>168</sup> De rechtbank noemt het in deze uitspraak zelfs 'vaste jurisprudentie' dat op een school een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting rust.<sup>169</sup>

Dat de inspanningsverplichting van een school onder omstandigheden genuanceerd dient te worden, blijkt uit een arrest van het Gerechtshof Arnhem.<sup>170</sup> In deze zaak verweten de ouders van een gepeste leerling de school dat zij tekort was geschoten in de nakoming van de uit de leerovereenkomst voortvloeiende verplichting een pestbeleid te hebben en te hanteren. Zij vorderden vergoeding van gemaakte kosten van psychologische hulp en smartengeld. Het hof kwam tot een afwijzend oordeel:

'Naar het oordeel van het hof had het de voorkeur verdiend eerder een "pestbeleid" te ontwikkelen en heeft het wellicht geschort aan de communicatie met de ouders, maar dat betekent niet dat de stichting hier een zodanig relevant verwijt valt te

165 Rb. 's-Hertogenbosch 14 februari 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA1541 (*X/Stichting Salto*). Zie ook Pajmans 2019, p. 20, 24 en 26.

166 Rb. Groningen (vzr.) 20 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX2104 (*X/Stichting Openbaar Onderwijs Groep Groningen*).

167 Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136.

168 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3759 (*Verwijdering leerling na vechtpartij*), zie met name r.o. 3.7.

169 Zie ook Rb. 's-Hertogenbosch 14 februari 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA1541 (*X/Stichting Salto*); Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252; Rb. Zwolle-Lelystad 6 januari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BK7412 (*Openbaar Onderwijs Zwolle*); Rb. Utrecht 27 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1935 (*A/Openbaar voortgezet Onderwijs*); Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136.

170 Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417 (*Pestbeleid*).

maken, dat dit tot de conclusie zou moeten leiden dat de stichting toerekenbaar is te kort geschoten of onrechtmatig heeft gehandeld.’ (r.o. 2.7)

In vergelijkbare terughoudende zin oordeelde de Rechtbank Arnhem, in een zaak waarin de ouders van een kleuter schadevergoeding van de school vorderden, omdat zij niet goed zou zijn omgegaan met een roddel die door andere ouders over deze kleuter was verspreid.<sup>171</sup> Het ging hier meer in het bijzonder om een school die (achteraf waarschijnlijk onjuiste) meldingen ontving over afwijkend seksueel gedrag van de kleuter en daarop maatregelen nam, waardoor de ouders zich vanwege alle commotie die (ook in de pers) ontstond, genoodzaakt voelden te verhuizen. De rechtbank overwoog dat het niet-adequate handelen van de school geen schoonheidsprijs verdiende en dat de ouders van de leerling zich ook terecht beklaagden over de gebrekkige communicatie, maar dat een en ander nog niet leidde tot de conclusie dat de school toerekenbaar onrechtmatig had gehandeld jegens hen.

De vordering tegen een school in kort geding, waarbij een gepeste leerling uit groep 8 permanent toezicht op de ‘pester’ eiste, werd ook afgewezen.<sup>172</sup> De school heeft hier immers over het algemeen de middelen niet voor, nog daargelaten het feit dat een dergelijk toezicht te diep in de persoonlijke levenssfeer van de aangevoerde pester zou ingrijpen, aldus de rechtbank. Ook werd afwijzend geoordeeld in een zaak waarin een docent trachtte in te grijpen in een plotseling opkomend gevecht tussen twee leerlingen, maar daarbij te laat was en een van de leerlingen door de ruit viel. De school had hier volgens de rechtbank geen zorgplicht geschonden.<sup>173</sup> De ‘eenmaligheid’ van een incident waarbij een moeder van een leerling een medeleerling op agressieve wijze zou hebben aangesproken op haar gedrag, vormde ook het aanknopingspunt voor de Rechtbank Gelderland om tot afwijzing van secundaire aansprakelijkheid van de school te oordelen.<sup>174</sup> De leerkracht had immers ingegrepen door de moeder van de leerling te informeren dat het aanspreken van andermans kinderen via de leerkracht diende te gebeuren en bovendien was er geen reden om te veronderstellen dat het om structureel pestgedrag ging van de leerling zelf, dan wel van de moeder van de leerling.

Ook de Rechtbank Midden-Nederland wees aansprakelijkheid van een school af, wier leerlingen bij een schoolreisje naar een pretpark een leerling van een andere school op het parkeerterrein hadden mishandeld.<sup>175</sup> Ondanks dat de docenten pas na het afgesproken verzameltijdstip het park hadden verlaten en ondanks dat zij wisten dat bepaalde leerlingen vooruit waren gelopen, hadden de docenten, res-

---

171 Rb. Arnhem 21 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5344.

172 Rb. Utrecht (vzr.) 28 maart 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AE0771 (*X/Vereniging Een school met de Bijbel*).

173 Rb. Utrecht 21 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM1881 (*X/Stichting Openbaar Voortgezet Onderwijs Utrecht*).

174 Rb. Gelderland 17 mei 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3687.

175 Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3230.



pectievelijk de school, geen zorgplicht geschonden. De reden voor de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid was met name daarin gelegen dat voor de docenten niet voorzienbaar was dat de vooruitgelopen leerlingen iemand zouden mishandelen. Het feit dat het leerlingen met gedragsproblemen betrof, deed daar volgens de rechtbank niet aan af.

De Nederlandse rechter is ook in kwesties over seksueel misbruik terughoudend met het aannemen van een secundaire zorgplicht van scholen. Als voorbeeld dient het vonnis *X/Openbare Scholengemeenschap De Dijk*, waarin een 12-jarige leerling schadevergoeding van een (speciale) school vorderde, wegens misbruik door een 20-jarige oud-leerling.<sup>176</sup> Deze leerling had er een gewoonte van gemaakt zijn oude school met enige regelmaat te bezoeken en zich bij die bezoeken aan de jongere leerling te vergrijpen. Daar waar een argument voor toewijzing van aansprakelijkheid gevonden zou kunnen worden in het feit dat het hier een school voor speciaal onderwijs betreft – en de school dus meer rekening had moeten houden met buitensporig gedrag van (ex-)leerlingen – en in het feit dat zij oud-leerlingen zonder meer toeliet tot de school, ziet de rechtbank dat precies andersom. Overwogen werd dat het juist een speciale school vrij moet staan oud-leerlingen toe te laten zonder voorafgaand antecedentenonderzoek en het feit dat zowel het slachtoffer als de oud-leerling kwetsbare personen zijn, reden te meer voor een school vormde de opvang van de oud-leerling mogelijk te maken. De aansprakelijkheidsvordering werd dan ook afgewezen.<sup>177</sup>

Gewezen zij bovendien op de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland uit 2018.<sup>178</sup> In deze zaak was een leerling door een medeleerling op het gebit geslagen, voor welke (daardoor ontstane) schade de leerling de school aansprakelijk stelde. De rechtbank overwoog echter dat de leerling onvoldoende had onderbouwd dat de medeleerling een 'agressief kind' was en dat meer dan gebruikelijk toezicht op deze medeleerling gehouden had moeten worden. De (secundaire) aansprakelijkheid van de school werd daarom afgewezen.

In het vonnis *Openbaar Onderwijs Zwolle* vorderde een leerling schadevergoeding van de school, aangezien zij onder het toezicht van de school slachtoffer was geworden van een loverboy.<sup>179</sup> Hoewel de rechtbank de zorgplicht van de school erkende en toelichtte, wees zij de secundaire aansprakelijkheid van de school ook in deze zaak af. De belangrijkste redenen voor de afwijzing waren erin gelegen dat (1) het veiligheidsbeleid en de in concreto door de school genomen maatregelen afdoende waren geweest en (2) het belangrijkste argument van het slachtoffer – te weten dat de school niet had gehandeld toen zij ongeoorloofd absent was – in het geding

176 Rb. Arnhem 4 juli 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AE4979 (*X/Openbare Scholengemeenschap De Dijk*).

177 Een nuance is dat ook wordt overwogen dat er – gelet op de hoge mate van kwetsbaarheid van de leerlingen – maatregelen genomen dienen te worden zodra daar aanwijzingen of waarschuwingen voor bestaan. Daarvan was in deze kwestie naar de mening van de rechtbank geen sprake.

178 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 31 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3678.

179 Rb. Zwolle-Lelystad 6 januari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BK7412 (*Openbaar Onderwijs Zwolle*).

niet vast kon komen te staan. Ook bij een andere ‘vorm’ van pesten, waarbij buiten schooltijd om geweld gebruikt werd, volgde een afwijzend oordeel: de school kon volgens de rechtbank in beginsel geen verwijt worden gemaakt voor buiten de school gepleegde strafbare feiten door leerlingen.<sup>180</sup>

## 6 CONCLUSIE: DE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN SCHOLEN

### 6.1 DE (SECUNDAIRE) AANSPRAKELIJKHEID VAN SCHOLEN: ALGEMENE CONCLUSIES

Op basis van hetgeen in dit hoofdstuk is besproken, zijn de volgende conclusies met betrekking tot de secundaire zorgplicht van scholen gerechtvaardigd.

Op scholen rust de (zorg)plicht om zowel de fysieke als de sociale veiligheid van haar leerlingen te waarborgen. Alhoewel de onderzoeken een wisselend beeld laten zien, lijkt de algemene tendens te zijn dat de Nederlandse scholen relatief goed in die taak slagen. Dat laat onverlet dat pestgedrag en ongelukken veroorzaakt door medeleerlingen op en rondom scholen aan de orde van de dag zijn, waarvoor de school – zo blijkt uit de hoeveelheid beschikbare rechtspraak – geregeld secundair aansprakelijk wordt gesteld.

Sporen van dergelijke secundaire aansprakelijkheden zijn reeds in het oude recht zichtbaar. Zo bevatten het Code Civil en het Oud BW expliciete wettelijke grondslagen waarop de school secundair aansprakelijk kon worden gehouden voor de schade veroorzaakt door een onder haar toezicht staande leerling. De aansprakelijkheid van de school voor de door deze primaire partij veroorzaakte schade lijkt dus allesbehalve een ‘eenentwintigste-eeuwse bevestiging’ te zijn.

Een expliciete wettelijke grondslag voor de (risico- of schuld)aansprakelijkheid van scholen vanwege het gedrag van haar leerlingen ontbreekt in het hedendaagse BW. Er bestaan echter wel diverse wettelijke bronnen die secundaire zorgplichten van scholen in het leven kunnen roepen, althans waar de aansprakelijkheid van deze partij op is terug te voeren. Naast de algemene zorgplicht van art. 6:162 BW, kan de secundaire aansprakelijkheid van scholen onder meer gebaseerd worden op bepalingen in de specifieke onderwijsovereenkomst (die via art. 6:74 BW tot aansprakelijkheid kunnen leiden), diverse ‘sectorwetten’, ‘uitgewaaierde wetgeving’ en vormen van zelfregulering (denk aan gedragsregels neergelegd in schoolgidsen of in andere beleidsvormen). In het licht van de voornoemde kaders wordt door de rechter beoordeeld of van de school meer verwacht had mogen worden in termen van toezicht en preventie, om zodoende de fysieke, dan wel de sociale veiligheid van de leerling (beter) te waarborgen. Bij de beantwoording van die vraag zijn in

---

180 Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112 (X/Gemeente Eindhoven).

het bijzonder de factoren uit het *Kelderluik*-arrest – waaronder de voorzienbaarheid van de schade – bepalend.

Uit de rechtspraakanalyse volgt bovendien en meer in het algemeen dat de rechter op verschillende onderwijsterreinen secundaire aansprakelijkheden aanvaardt. De hoeveelheid rechtspraak bevestigt in die zin de in de literatuur geconstateerde belangstelling voor zorgplichten van scholen jegens haar leerlingen.<sup>181</sup> Ook de constatering in de literatuur dat de (secundaire) zorgplicht van scholen geen resultaatverplichting, maar een inspanningsverplichting betreft, wordt in de besproken rechtspraak herkend.<sup>182</sup> Als een school voor de door een leerling (de primaire partij) veroorzaakte schade secundair aansprakelijk wordt gesteld, zal de rechter dus steeds de vraag beantwoorden of een school zich in voldoende mate heeft ingespannen om het (al dan niet voorzienbare) gedrag van de leerling te voorkomen of de daaruit voortvloeiende schade (veelal letsel) in omvang te beperken.

## 6.2 DE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN SCHOLEN TEN OPZICHTE VAN DE PRIMAIRE ZORGPLICHT

Met de rechtspraakanalyse is meer in het bijzonder beoogd de vraag te beantwoorden of er een principiële andere (meer terughoudende) toetsing van de zorgplicht van de school wordt aangelegd als deze als primaire of als secundaire partij wordt aangesproken.<sup>183</sup> Daarbij dient vooropgesteld te worden dat de rechtspraak over (met name) de primaire zorgplicht van scholen een sterk casuïstisch beeld laat zien. De aansprakelijkheidskwesties moeten dan ook steeds op zichzelf worden gezien en algemene conclusies over deze rechtspraak zijn slechts in beperkte mate gerechtvaardigd. Of, in de woorden van Pajmans: ‘Scholen dienen die zorg te betrachten die van haar in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht. Hoe ver die zorg reikt, hangt daarom steeds af van de concrete situatie en van de concrete leerling.’<sup>184</sup> Dat gezegd hebbende, kom ik tot de volgende conclusies.

De plicht tot het houden van toezicht en de aansprakelijkheid van de school als secundaire partij kent, logischerwijze, haar grenzen. Op basis van de besproken rechtspraak over de aansprakelijkheid van scholen lijkt – gegeven de hiervoor besproken casuïstiek – de voorzichtige conclusie gerechtvaardigd dat in de Nederlandse rechtspraak sneller een zorgplichtschending van de school als primaire partij wordt aangenomen dan van een school als secundaire partij, hetgeen correspondeert met de in de literatuur geconstateerde terughoudendheid ten aanzien van secundaire zorgplichten.<sup>185</sup>

181 Zie onder meer Nolen 2016, p. 93; Voskamp 2018, p. 1.

182 Voskamp 2018, p. 146 e.v.; Pajmans 2019, p. 20, 24 en 26.

183 Zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2.

184 Pajmans 2019, p. 26.

185 Zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.2.

Ter onderbouwing van die conclusie kan er in de eerste plaats op worden gewezen dat in een aantal op feiteniveau vergelijkbare primaire en secundaire aansprakelijkheidszaken desondanks anders werd geoordeeld. Neem in de eerste plaats het *Chemicaliënproef*-arrest, in welke kwestie een leerling ten gevolge van een door hem zelf heimelijk uitgevoerde scheikundeproef letsel opliep.<sup>186</sup> Nu er geen andere primaire veroorzaker van de schade dan het slachtoffer zelf aan te wijzen was, werd de school hier als *primaire* partij door het slachtoffer aansprakelijk gesteld. Aan de andere kant wijs ik op de uitspraak *Fatum/Stedelijk Lyceum Zutphen*, waarin een leerling tijdens een hoogspringoefening letsel opliep doordat medeleerlingen het touw – tegen de instructies van de docent in – te strak hadden vastgebonden.<sup>187</sup> In deze zaak werd de school als *secundaire* partij aangesproken, nu de medeleerlingen in casu de directe en daarmee de primaire veroorzakers van de schade waren. In beide gevallen stond de aansprakelijkheid van de school wegens onvoldoende toezicht centraal; in het eerste geval volgde een toewijzing van de aansprakelijkheid, in het tweede geval een afwijzing.<sup>188</sup> Daar waar in de *Chemicaliënproef*-uitspraak (omtrent de aansprakelijkheid van de school als primaire partij) volgens de rechtbank rekening gehouden had moeten worden met het feit dat waarschuwingen aan 17-jarige jongens niet altijd worden opgevolgd en soms averechts effect sorteren (r.o. 7), overwoog de rechtbank in de 'hoogspring'-uitspraak (omtrent de aansprakelijkheid van de school als secundaire partij) dat de docent erop had mogen vertrouwen dat jongens van 15 à 16 jaar begrip zullen hebben voor de redelijkheid van een waarschuwing (een-na-laatste (ongenummerde) overweging).

Een ander voorbeeld betreft de hiervoor besproken uitspraak over de Rijks Agrarische Hogeschool, die als *primaire* partij werd aangesproken voor de schade die een leerling had opgelopen toen zij op een tafel ging zitten en daar vervolgens doorheen zakte.<sup>189</sup> De rechtbank overwoog hier dat de kans op een ongeval bij het zitten op tafels niet groot is, maar evenmin verwaarloosbaar (r.o. 12). De school had moeten voorkomen dat de leerlingen op de tafels gingen zitten en werd daarom voor de schade aansprakelijk gehouden. Als deze uitspraak wordt vergeleken met de kwestie waarin een school een pvc-buis had laten slingeren – waarmee de ene leerling de andere leerling letsel had toegebracht – en de school dus als *secundaire* partij werd aangesproken,<sup>190</sup> dan blijkt de rechtbank in de tweede uitspraak een stuk milder voor de school. De rechtbank overwoog hier dat de kans op letsel niet zodanig groot is dat de school daartegen verdergaande maatregelen had moeten nemen; het is immers praktisch onmogelijk om alle hulpmiddelen voor potentieel wangedrag uit een school te verwijderen en om voortdurend toezicht op de leerlin-

186 Hof 's-Hertogenbosch 15 april 1992, ECLI:NL:GHSHE:1992:AC4119, NJ 1994/760 (*Chemicaliënproef*).

187 Rb. Zutphen 6 april 1961, ECLI:NL:RBZUT:1961:3, NJ 1961/419 (*Fatum/Stedelijk Lyceum Zutphen*).

188 Althans, voor 80% van de geclaimde schade.

189 Rb. Arnhem 7 mei 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AF9110 (*Langeveld/Rijks Agrarische Hogeschool*).

190 Rb. Middelburg 23 april 2003, ECLI:NL:RBMID:2003:AO3717 (*X/Stichting Regionaal Opleidingscentrum Zeeuws Vlaanderen*).

gen te houden, aldus de rechtbank (r.o. 4.8). De slotsom luidde dat de school geen secundaire zorgplicht had geschonden.

Er lijkt een zekere discrepantie tussen beide uitspraken te bestaan; de laatste overweging had in mijn optiek ook woordelijk op de eerste casus van toepassing kunnen zijn. Ook die school zou immers vrijgepleit kunnen worden van aansprakelijkheid, nu het praktisch onmogelijk is alle hulpmiddelen (zoals tafels) uit een school te verwijderen (waarbij een tafel nog meer in een school thuishoort dan een pvc-buis), net zoals het praktisch onmogelijk is om permanent toezicht te houden op leerlingen die op tafels gaan zitten. In de eerste zaak zou een afwijzend oordeel echter onbevredigender zijn geweest dan in de tweede zaak, zo zou een verklaring kunnen luiden, aangezien het 'tafelslachtoffer' in tegenstelling tot het 'pvc-buis-slachtoffer' geen alternatief voorhanden had. In de eerste zaak was er immers geen andere aan te spreken primaire partij, en in de tweede zaak wél (namelijk: de medeleerling die het pijltje met de pvc-buis had geschoten). Welke concrete rol deze factor speelt of in deze uitspraken heeft gespeeld, is overigens onmogelijk uit de rechterlijke uitspraak zelf af te leiden. Dergelijke uitspraken doen (juist vanwege de vergelijkbare omstandigheden van het geval) in ieder geval wel vermoeden dat de rechter gemakkelijker tot een aansprakelijkstelling van de school als primaire partij dan van de school als secundaire partij komt.

De relatieve terughoudendheid in de rechtspraak bij de beoordeling van secundaire zorgplichten van scholen, volgt in mijn optiek in de tweede plaats uit de rechtspraak met betrekking tot de aansprakelijkheid van scholen wegens pestgedrag van haar leerlingen, in welke zaken de school dus per definitie als secundaire partij wordt aangesproken. Een daartoe strekkende zorgplicht wordt als zodanig wel door de rechter in de Nederlandse rechtspraak erkend ('De rechtbank stelt voorop dat op een school volgens vaste jurisprudentie een bijzondere zorgplicht rust ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de leerlingen die aan haar zorg zijn toevertrouwd en onder haar toezicht staan'<sup>191</sup>). Tot een aansprakelijkheid van scholen wegens pestgedrag van leerlingen is – ondanks dat een veelvoud aan secundaire aansprakelijkheidsprocedures werd aangespannen (zie paragraaf 5.3.3) – echter geen Nederlandse rechter tot nu toe gekomen.<sup>192</sup> De vraag is of dat steeds terecht is.

Vraagtekens kunnen bijvoorbeeld worden geplaatst bij de uitspraak over de aansprakelijkheid van een school die tekort was geschoten in de nakoming van de uit een leerovereenkomst voortvloeiende verplichting om een pestbeleid te hebben en te hanteren.<sup>193</sup> Alhoewel vaste rechtspraak is dat op de school een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting rust, en het ontwikkelen van pestbeleid wat mij betreft goed onder de noemer van de op de school rustende inspanningsverplichting gebracht had kunnen worden, kwam het hof tot een afwijzend oordeel. De expliciete overweging van het hof in r.o. 2.7 dat het 'de voorkeur had

191 Dit betreft de standaardoverweging gebezigd in de hiervoor besproken uitspraken over pesten.

192 Pajmans 2019, p. 24.

193 Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417 (*Pestbeleid*).

verdiend eerder een pestbeleid te ontwikkelen' en dat het wellicht 'geschort had aan de communicatie met de ouders', stond kennelijk aan de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid van de school niet in de weg. In vergelijkbare (terughoudende) zin oordeelde de Rechtbank Arnhem, in de zaak waarin de ouders van een kleuter schadevergoeding vorderden, omdat de school (achteraf waarschijnlijk onjuiste) roddels van andere ouders over afwijkend seksueel gedrag van de kleuter op een dermate wijze had opgepakt dat er veel commotie (ook in de pers) ontstond. De ouders van deze kleuter voelden zich daardoor genoodzaakt om te verhuizen. Ondanks dat de rechtbank in r.o. 3.7 expliciet overwoog dat het handelen van de school 'geen schoonheidsprijs verdiende', was het handelen van de school – waar volgens de rechtbank bovendien 'het nodige op aan te merken' viel – voor secundaire aansprakelijkheid niet onrechtmatig genoeg, zo bleek uit de afwijzing van de aansprakelijkheid van de school in kwestie.

Uit de rechtspraak, zoals weergegeven is in paragraaf 5.3.3, kan meer in het algemeen worden afgeleid dat het enkele feit dat pesten, geweld of misbruik op school plaatsvindt, niet meebrengt dat de school daarmee haar zorgplicht heeft geschonden; ook niet als een school van een dergelijke situatie op de hoogte is en deze niettemin voortduurt.<sup>194</sup> In de analyse van hoofdstuk 8 wordt de vraag beantwoord of een dergelijke principiële terughoudendheid bij de beoordeling van secundaire zorgplichten gewenst is. Specifiek met betrekking tot de aansprakelijkheid van scholen voor het pestgedrag van leerlingen, trek ik – in aanloop daarnaartoe – op deze plaats reeds in twijfel of het wel (steeds) terecht is om een principiële terughoudendheid bij de beoordeling van die secundaire zorgplicht aan te leggen. Daarbij dient benadrukt te worden dat ik mij terdege bewust ben van het feit dat een school, met alle goede wil van de wereld, bij veel pestincidenten weinig zal kunnen doen tegen het pestgedrag dat buiten het zicht van de docenten om plaatsvindt. In dergelijke gevallen is aansprakelijkheid ongewenst. De vraag is echter of, in de gevallen waarin de school wél meer had kunnen doen om het schadeveroorzakende gedrag van de medeleerling te voorkomen,<sup>195</sup> het wel gerechtvaardigd is om deze gevallen op een principieel andere wijze te beoordelen dan de gevallen waarin het geen schade ten gevolge van pesten, maar schade ten gevolge van gesaboteerde chemicaliënproeven en mislukte turnoefeningen betreft. Hoe (on)terecht ook, met een afwijzingsgraad van 100% heeft de rechtspraak de schijn van een dergelijke gelijke beoordeling in elk geval tegen.<sup>196</sup> In zoverre sluiten ook deze

194 Pajmans 2013, p. 392.

195 Denk bijvoorbeeld aan situaties waarbij de toezichhoudende docent niet is opgewassen tegen pestende leerlingen – en door een school niet wordt ingegrepen – of situaties waarin leerlingen langdurig absent zijn en door een school niet wordt uitgezocht wat de reden daarvoor is.

196 Pajmans 2013, p. 394 noemt de ontwikkeling op het pestvlak richting een minder restrictieve toetsing van de zorgplichtschending 'een kwestie van tijd'. Zie ook Pajmans 2019, p. 24: 'Het is tot nog toe nog niet voorgekomen dat een rechter een school aansprakelijk acht voor schade aan een leerling als gevolg van pesten, misbruik of geweld. Het is niet ondenkbaar dat dit echter – net als bij de kwaliteit van onderwijs – een kwestie van tijd zal zijn.' In het vervolg van deze bijdrage merkt Pajmans echter ook op: 'Aan de andere kant is de situatie waarmee scholen worden gecon-

onderzoeksbevindingen aan bij de in de literatuur geconstateerde terughoudendheid met betrekking tot secundaire aansprakelijkheden.<sup>197</sup>

Ten derde en tot slot wijs ik erop dat, óók in een aantal andere zaken waarin de school als secundaire partij werd aangesproken, de houding van de rechter als terughoudend kan worden bestempeld. Ter illustratie zij gewezen op het arrest *VvAA/Stichting Nutsschool-Oost*, waarin een 6-jarige leerling een 5-jarige leerling met een bamboestok had geraakt die afkomstig was uit de moestuin achter het schoolplein.<sup>198</sup> Het hof achtte twee toezichthoudende docenten – die ‘af en toe’ naar de achter het schoolplein gelegen moestuin keken – afdoende. Een veroordeling tot aansprakelijkheid van de school was in mijn optiek echter ook goed te verdedigen geweest, met name vanwege het feit dat deze kleuters zich überhaupt in een apart gelegen en niet continu onder toezicht staand deel van het schoolplein hadden kunnen bevinden. Ook roep ik de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland in herinnering, waarbij (nota bene) leerlingen met gedragsproblemen na een schoolreisje een leerling van een andere school op het parkeerterrein hadden mishandeld.<sup>199</sup> Vastgesteld werd dat de docenten wisten dat bepaalde leerlingen vooruit waren gelopen, dat het vertrek uit het pretpark niet erg strak gecoördineerd was, dat de docenten beduidend later op de parkeerplaats aanwezig waren dan het afgesproken verzameltijdstip en dat zij geen verdere actie hadden ondernomen toen zij wisten dat twee leerlingen vooruit waren gelopen (r.o. 4.3 en 4.4). Desondanks was de specifieke schadeveroorzakende gedraging (de mishandeling) voor de docenten niet voorzienbaar (genoeg), aldus de rechtbank. Het opwerpen van dergelijke hoge (en misschien zelfs wel: onrealistische) voorzienbaarheidseisen, leidt veeleer tot een principiële afwijzing van de secundaire zorgplicht *an sich*, in plaats van dat het als argument fungeert dat de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid in een concreet geval kan rechtvaardigen, zo zal ik in hoofdstuk 8, paragraaf 4.2 nader toelichten.

---

fronteerd – met een opzettelijk handelende dader – wel zeer specifiek en zal mijns inziens reeds om die reden een vordering van ouders jegens de school heel moeilijk zijn.’

197 Zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.2.

198 Hof ‘s-Hertogenbosch 7 september 2000, ECLI:NL:GHSHE:2000:AA7344, NJ 2001/577 (*Bamboestok*). Dezelfde terughoudendheid werd aangelegd in het vergelijkbare Rb. ‘s-Gravenhage (ktr.) 14 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6816 (*X/Stichting Jeugdformaat*), waarbij de ene leerling de andere leerling met een schep op zijn hoofd sloeg. De kantonrechter komt in deze zaak op vergelijkbare gronden ook tot een afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid.

199 Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3230.





## 4

# DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN SPORTVERENIGINGEN

## 1 INLEIDING EN OPBOUW

In 2018 beoefenden ongeveer 10 miljoen Nederlanders wekelijks een sport, bijna evenveel mannen (51%) als vrouwen (49%).<sup>1</sup> In dit jaar telde de Nederlandse sportorganisatie NOC\*NSF 4.314.000 bij een sportbond aangesloten leden.<sup>2</sup> De absolute aantallen sporters en leden naar leeftijd en geslacht zijn weergegeven in tabel 4.1.

**Tabel 4.1 Aantal sporters en leden per leeftijdscategorie in 2018<sup>3</sup>**

Leeftijdscategorie	# Sporters 2018	# Sporters 2013	# Leden 2018	# Leden 2013	# Sporters M 2018	# Sporters V 2018	# Leden M 2018	# Leden V 2018
0 t/m 4	-	-	29.000	34.000	-	-	13.000	16.000
5 t/m 9	724.000	717.000	377.000	454.000	371.000	353.000	200.000	177.000
10 t/m 14	757.000	754.000	615.000	678.000	387.000	370.000	353.000	263.000
15 t/m 19	798.000	677.000	474.000	428.000	400.000	398.000	288.000	187.000
20 t/m 24	735.000	646.000	282.000	296.000	367.000	369.000	182.000	100.000
25 t/m 29	751.000	603.000	262.000	258.000	383.000	369.000	179.000	83.000
30 t/m 34	682.000	530.000	230.000	231.000	349.000	334.000	165.000	65.000
35 t/m 39	629.000	537.000	215.000	231.000	325.000	302.000	153.000	62.000
40 t/m 44	633.000	639.000	230.000	302.000	331.000	304.000	157.000	73.000
45 t/m 49	749.000	644.000	288.000	322.000	369.000	380.000	197.000	92.000
50 t/m 54	779.000	630.000	288.000	289.000	407.000	372.000	200.000	87.000
55 t/m 59	723.000	557.000	253.000	241.000	369.000	354.000	178.000	75.000
60 t/m 64	639.000	530.000	211.000	225.000	339.000	303.000	149.000	62.000
65 t/m 69	620.000	473.000	199.000	220.000	322.000	295.000	136.000	62.000
70 t/m 74	503.000	332.000	181.000	135.000	260.000	245.000	121.000	60.000
75 t/m 79	321.000	222.000	100.000	77.000	158.000	163.000	67.000	33.000
80 t/m 84	-	-	48.000	33.000	-	-	33.000	15.000
85 t/m 89	-	-	15.000	10.000	-	-	11.000	5.000
90 t/m 94	-	-	3.000	3.000	-	-	2.000	1.000
95+	-	-	1.000	1.000	-	-	500	200

1 NOC\*NSF 2018, p. 58-60.

2 NOC\*NSF 2018, p. 12.

3 NOC\*NSF 2018, p. 60.

Sport vormt dus een wezenlijk deel van het leven van het overgrote deel van de Nederlandse bevolking: man of vrouw, jong of oud. Sporten brengt, naast gezondheidsvoordelen, ook risico's met zich mee. In de eerste plaats valt hierbij te denken aan het risico op letsel voor de sporter zelf, maar ook medespelers, toeschouwers of scheidsrechters kunnen bij schade-incidenten op de sportvereniging<sup>4</sup> betrokken raken.

Op de sporters rust een zorgplicht om, tijdens of na de uitoefening van de sport, schade aan derden te voorkomen. Zo dienen judoka's zich te onthouden van schouderworpen nadat het stopcommando is gegeven,<sup>5</sup> moeten squashers zich bewust zijn van de mogelijkheid dat een andere speler de squashbaan betreedt<sup>6</sup> en dienen voetballers zich te onthouden van (na)trapbewegingen buiten het bereik van de bal.<sup>7</sup> Daarnaast rust ook op de beheerders van de sportverenigingen waar de sport wordt uitgeoefend een zekere plicht om schadeveroorzakend gedrag van deze sporters of andere derden te voorkomen.<sup>8</sup> Dit betekent concreet dat op deze partijen een juridische zorgplicht rust om, bij de uitoefening van de sport of bij het *laten* uitoefenen van de sport op het terrein, rekening te houden met de veiligheid van de bezoekers van hun sportvereniging.<sup>9</sup> Zo dienen organisatoren van skeelercursussen te zorgen voor valhelmen,<sup>10</sup> moeten wielertourclubs voorkomen dat hun wielrenners door mogelijke gladheid op het parcours vallen,<sup>11</sup> wordt van kartscholen verwacht dat zij instructies geven over de gevaren van hoofddoeken op de kartbaan<sup>12</sup> en moeten hockey- en crossverenigingen monitoren wie zich wanneer binnen hun ruimte beweegt.<sup>13</sup>

Teneinde de relevantie van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen te illustreren, bespreek ik in dit hoofdstuk allereerst een aantal (empirische) onder-

---

4 Het begrip 'sportvereniging' gebruik ik in dit onderzoek in de breedste zin van het woord. Te denken valt dus aan alle soorten (formele en informele) sportverenigingen, sportclubs, sportinstellingen, sportorganisaties en sportscholen. Het gaat steeds om sportgerelateerde verenigingen waar de sporters op individueel niveau en/of in groepsverband sporten, waarbij telkens minstens één partij verantwoordelijkheid draagt voor de onder haar toezicht staande sporters en andere bezoekers.

5 HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, NJ 1996/376, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Wijs/Bergmans*).

6 Hof 's-Hertogenbosch 2 oktober 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AK4579 (*Klaverblad/Creemers*).

7 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natrappen bij voetbal*).

8 Daar waar ik in het navolgende spreek over de zorgplicht van de sportvereniging, doel ik dus in feite telkens op de zorgplicht van de exploitant of de beheerder van deze private ruimte (zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 6.4).

9 Deze bezoekers zijn veelal sporters, maar ook alle andere aanwezigen op sportverenigingen – zoals toeschouwers en scheidsrechters – laten zich als 'bezoeker' in de zin van dit onderzoek kwalificeren.

10 HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeeler*).

11 Hof Arnhem 2 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL7129 (*X/Tourclub Rijssen*).

12 Rb. Haarlem 7 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0511 (*X/Recreatiepark Linnaeushof*).

13 Hof 's-Hertogenbosch 3 december 1997, ECLI:NL:GHSHE:1997:AK3873, VR 1999/17 (*Cuijkse Crossclub/Van Geenen*); Rb. Roermond (ktr.) 10 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA2945 (*X/Vereniging*).

zoeken over de veiligheid op en rondom sportverenigingen (paragraaf 2). Daarna bespreek ik de kenmerken van de (secundaire) zorgplicht van sportverenigingen (paragraaf 3). Ook weergeef ik de relevante wet- en regelgeving, waarbij ik een onderscheid maak tussen overheidswetgeving en zelfregulering (paragraaf 4). Vervolgens wordt de beschikbare (Nederlandse) jurisprudentie over zowel de primaire als de secundaire zorgplicht van sportverenigingen besproken (paragraaf 5). Besloten wordt met een conclusie over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen (paragraaf 6).

## 2 DE VEILIGHEID OP EN RONDOM SPORTVERENIGINGEN

### 2.1 INLEIDING

In deze paragraaf wordt de veiligheid bij sportbeoefening onderzocht, waarmee een context wordt geschetst voor de daaropvolgende paragrafen over de secundaire zorgplicht van sportverenigingen. Daartoe worden in paragraaf 2.2 diverse onderzoeken naar de objectieve veiligheid en subjectieve veiligheidsbeleving van de bezoekers van sportverenigingen besproken. Het gaat hierbij om de veiligheid bij de sportbeoefening in de breedste zin van het woord: te denken valt zowel aan ongewenst gedrag als aan blessureleed, maar er wordt ook gekeken naar onderzoeken over de ‘onveiligheid’ van het niet-sporten. In paragraaf 2.3 volgt een conclusie.

### 2.2 DE VEILIGHEID(SBELEVING) BIJ SPORTBEOEFENING

*‘Sportblessurecijfers’ (VeiligheidNL 2019)<sup>14</sup>*

VeiligheidNL heeft via registratie van en onderzoek naar sportblessures de cijfers over sportblessures in het jaar 2018 in kaart gebracht. In dit onderzoek wordt geen (scherp) onderscheid gemaakt tussen blessures ontstaan door toedoen van anderen en blessures ontstaan door overbelasting of ongelukken waarbij geen andere partij (direct) betrokken is.

Het onderzoek geeft niettemin inzicht in de omvang van het letsel dat op en rondom sportverenigingen ontstaat en de potentiële aansprakelijkheidsvragen die als gevolg daarvan kunnen rijzen. Zo liepen sporters in 2018 naar schatting 5,4 miljoen sportblessures op, waarvoor in 52% van de gevallen medische behandeling werd gezocht.<sup>15</sup> In tabel 4.2 wordt het aantal sportblessures in absolute aantallen weergegeven, waarbij inzichtelijk wordt gemaakt tot welke behandelingen c.q. gevolgen de blessures leidden.

14 Zie VeiligheidNL 2019a voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

15 VeiligheidNL 2019a, p. 10.

Tabel 4.2 Sportblessures in 2018<sup>16</sup>

	Aantal	95%BI <sup>1</sup>	Aantal per 1.000 sporturen	95%BI <sup>1</sup>
Blessures	5.400.000		3,40	
Medisch behandeld	2.800.000		1,60	
Fysiotherapeut	2.000.000		1,30	
Huisarts	790.000		0,50	
Specialist	570.000		0,36	
SEH-bezoek	117.000	111.000-123.000	0,066	0,062-0,070
SEH-bezoek ernstige blessure	56.900	52.800-61.100	0,032	0,030-0,035
Overledenen	39			

Van het totaal aantal blessures ontstond twee derde acuut en hield een derde verband met overbelasting.<sup>17</sup> De focus van het onderzoek naar de sportblessures in 2018 lag voornamelijk op de bezoeken aan de Spoedeisende Hulp ('SEH'). 61% van deze bezoeken vond zijn oorzaak in blessures door een val, 19% in blessures door contact met een voorwerp (zoals een bal of een stick) en 11% van de blessures was veroorzaakt door lichamelijk contact, zoals een botsing of een trap.<sup>18</sup> Bedacht dient te worden dat bij blessures ontstaan door contact met een voorwerp of door lichamelijk contact, vaker een primaire partij (medesporter) betrokken zal zijn, waardoor met name die blessures aanleiding kunnen geven tot vragen over de secundaire zorgplicht van sportverenigingen.

Relevant om in het kader van het onderhavige onderzoek te benadrukken, is dat een deel van de blessures ontstaat in georganiseerd verband (bij leden van een vereniging) en een deel in ongeorganiseerd verband (bijvoorbeeld tijdens recreatief hardlopen). Een sportvereniging zal in de regel meer verantwoordelijkheid dragen richting haar leden (en in dat kader tijdens door haar georganiseerde wedstrijden of trainingen), dan richting de sportbeoefening van derden in ongeorganiseerd verband op haar terrein. Denk bij het laatste aan een groep kinderen die het voetbalveld in de vrije tijd gebruikt of aan een door een school op het terrein van de sportvereniging georganiseerde sportdag.<sup>19</sup>

Van de verschillende sporttakken was veldvoetbal, al dan niet bij een voetbalvereniging, de sport met veruit de meeste blessures (1.400.000 personen, 26% van alle

16 VeiligheidNL 2019a, p. 10.

17 VeiligheidNL 2019a, p. 14.

18 VeiligheidNL 2019a, p. 21.

19 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC1458, VR 2008/32, over een voorafgaand aan de training opgelopen blessure, terwijl de trainer nog in de file stond en Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9579 (X/NUOVO), in welke kwestie de leerling geblesseerd raakte tijdens een sportdag van een school op een extern sportpark, en de school daarvoor aansprakelijk gehouden werd.

blesures), op afstand gevolgd door fitness (860.000 personen, 16% van alle blessures) en hardlopen (750.000 personen, 14% van alle blessures).<sup>20</sup> Dat de aantallen bij deze sporten het grootst zijn, houdt verband met het feit dat deze sporten in absolute aantallen het meest beoefend worden. Het (ernstige) blessurerisico van deze sporten (het aantal blessures per 1.000 sporturen) komt neer op 7,3 bij voetbal, 6,3 bij hardlopen en 1,8 bij fitness, waarbij bedacht dient te worden dat het gemiddelde 3,4 is.<sup>21</sup> Het aantal SEH-bezoeken per 1.000 sporturen is bij mountainbiken het hoogst (0,28 tegenover 0,19 bij veldvoetbal en 0,01 bij hardlopen en fitness).<sup>22</sup>

De onderzoekers hebben ook de medische kosten van de sportblessures onder de loep genomen. In tabel 4.3 wordt een beeld geschetst van de omvang van de kosten en daarmee van het belang voor slachtoffers om een (secundaire) aansprakelijkheidsprocedure aanhangig te maken. In deze tabel zijn de directe medische kosten van sporters weergegeven die ten gevolge van sportblessures op de SEH-afdeling zijn behandeld of opgenomen zijn geweest. Deze kosten vormen een indicatie van de ernst van de blessures.

**Tabel 4.3 Kerncijfers 2018 van de directe medische kosten van sportblessures<sup>23</sup>**

	Gemiddelde kosten in euro	Totale kosten in euro		Totale Kosten in euro	Gemiddelde kosten in euro
<b>Directe medische kosten</b>					
<b>Sport totaal</b>	1.400	160.000.000			
<b>Leeftijd</b>					
0-17 jaar	1.000	56.000.000			
18-34 jaar	1.200	40.000.000			
35-54 jaar	1.800	35.000.000			
55 jaar en ouder	3.400	31.000.000			
<b>Blessure</b>					
1. Heupfractuur	11.100	9.100.000	1. Polsfractuur	17.000.000	1.100
2. Fractuur bovenbeen	8.000	2.000.000	2. Fractuur hand/vinger	14.000.000	1.000
3. Ernstig schedel/hersenletsel	6.200	4.000.000	3. Enkeelfractuur	10.000.000	1.900
<b>Sporttak</b>					
Veldvoetbal	1.100	36.000.000			
Bewegingsonderwijs	900	12.000.000			
Paardensport	1.900	13.000.000			
Wielrennen	2.900	16.000.000			

Ook in een onderzoek van TNO uit 2015 wordt tot hoge directe medische zorgkosten geconcludeerd, te weten een bedrag ad € 471.000.000 per jaar.<sup>24</sup> Daargelaten de verschillen in methodologie van dit onderzoek vergeleken met het hiervoor besproken onderzoek van VeiligheidNL uit 2019, is het met name van belang dat

20 VeiligheidNL 2019a, p. 12.

21 VeiligheidNL 2019a, p. 14.

22 VeiligheidNL 2019a, p. 33 en 34.

23 VeiligheidNL 2019a, p. 43

24 TNO 2015, p. 104-108. In het vervolg van deze paragraaf kom ik op dit rapport terug.

uit beide onderzoeken volgt dat de medische kosten van sportblessures aanzienlijk zijn. Overigens volgt uit het onderzoek van TNO dat de zorgkosten die veroorzaakt zijn door *onvoldoende* lichamelijke activiteit, ook hoog uitvallen. Hier kom ik in het slot van deze paragraaf op terug.

*'Rapportage sport 2018'* (Sociaal Cultureel Planbureau 2018),<sup>25</sup> *'Excessief geweld'* (Politie en Wetenschap 2013)<sup>26</sup>

In de 'Rapportage sport 2018' presenteert het Sociaal en Cultureel Planbureau ('SCP') – samen met het Mulier Instituut en in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport – een overzicht van maatschappelijke ontwikkelingen in de sport en van het sportbeleid gevoerd door overheden en de sportsector tussen 2014 en 2018.<sup>27</sup> Binnen dit meer omvangrijke onderzoek is ook gekeken naar de toegankelijkheid en veiligheid van sportverenigingen en de negatieve kanten van sport (blessures, ongewenst gedrag), welk onderzoek voor de inkleuring van de secundaire zorgplicht met name relevant is.<sup>28</sup>

Uit een eerste inventarisatie van het SCP in 2007 volgde reeds in het algemeen dat verbaal en fysiek geweld regelmatig op en rondom sportverenigingen voorkomen,<sup>29</sup> hetgeen volgens de onderzoekers direct samenhangt met maatschappelijke ontwikkelingen, zoals de toegenomen assertiviteit en verminderde tolerantie.<sup>30</sup> Een en ander vertaalt zich in de feiten dat in 2016 34% van de Nederlanders die maandelijks of vaker aan sport deden en/of maandelijks of vaker een wedstrijd bezochten, ongewenst gedrag op de sportvereniging meemaakten (tabel 4.4). Drie op de vier van deze sporters en wedstrijdbezoekers voelden zich daarentegen veilig op en rondom sportwedstrijden.<sup>31</sup>

---

25 Zie SCP 2018 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten. Zie SCP 2015 voor het eerdere rapport uit 2015.

26 Zie Politie en Wetenschap 2013 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

27 SCP 2018.

28 Het onderzoek had in 2018 een positieve invalshoek. Daar waar in het onderzoek uit 2014 nog een hoofdstuk gewijd was aan (on)wenselijk gedrag bij sport, is dit in de rapportage van 2018 achterwege gelaten. Dit betekent niet dat uit de rapportage van 2018 geen daartoe strekkende gegevens meer te herleiden zijn, maar voor een bredere inventarisatie op dit gebied – welke volledige bespreking het bestek van dit onderzoek te buiten gaat – is de rapportage SCP 2015, in het bijzonder p. 269-283, meer aangewezen.

29 SCP 2007, p. 40.

30 SCP 2015, p. 270.

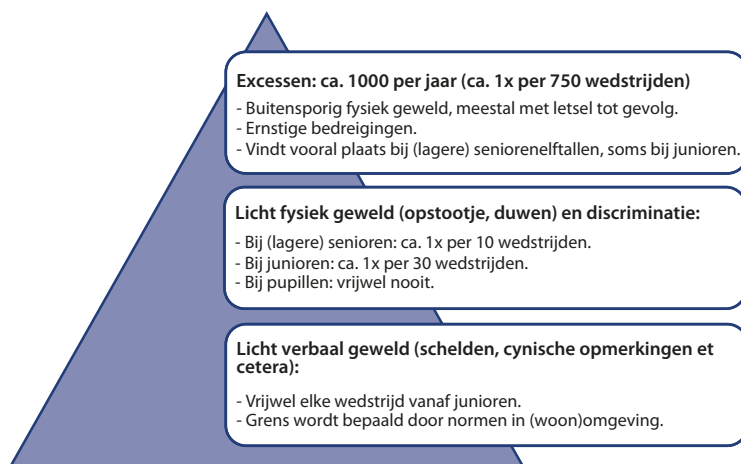
31 SCP 2018, p. 179.

**Tabel 4.4 Meemaken of getuige zijn van wangedrag in de sport en gevoel van veiligheid, sporters en/of wedstrijdbezoekers van 12 jaar en ouder, 2012-2016 (in procenten)<sup>32</sup>**

	2012	2014	2016
meemaken of getuige zijn van wangedrag in de sport	38	38	34
zich veilig voelen op en rondom sportwedstrijden	73	76	75

De onderzoekers hebben in 2014 ook voor de diverse sporttaken afzonderlijk bekeken hoe vaak de bezoekers van deze sportverenigingen onwenselijk gedrag meemaakten. De conclusie luidt dat voetballers (43%) en andere teamsporters (29%) vaker onwenselijk gedrag ondervonden (of er getuige van zijn) dan niet-teamsporters (19%).<sup>33</sup> In lijn hiermee concluderen ook de onderzoekers van het Politie en Wetenschap-rapport eerder al dat excessief geweld in de eerste plaats bij voetbal een probleem vormt.<sup>34</sup> Figuur 4.1 vormt een indicatie van de mate en omvang van ongewenst gedrag op het voetbalveld.

**Figuur 4.1 Indicatie van de totale omvang van fysiek en verbaal geweld op en om de voetbalvelden<sup>35</sup>**



Daarbij merken de onderzoekers op dat er door voetbalclubs vooral 'ad hoc' en 'zonder duidelijke verantwoordelijkheidsverdeling en strategie' wordt gereageerd op de genoemde incidenten. 'Bij elk incident wordt het wiel opnieuw uitgevonden', concluderen de onderzoekers ten aanzien van de wijze waarop er met ongevallen

32 SCP 2018, p. 179.

33 SCP 2015, p. 271.

34 Politie en Wetenschap 2013, p. 6, 92 en 94. Vgl. Van Rooij 2017, p. 70-73, over de overlast bij wedstrijden van betaald voetbal.

35 Politie en Wetenschap 2013, p. 6 en 94.

en letsel omgegaan wordt.<sup>36</sup> Zo blijken weinig clubs met standaardsancties of met protocollen te werken en als er afspraken zijn gemaakt, dan zijn die niet clubbreed gecommuniceerd en bekend.<sup>37</sup> Ook Vermeulen constateert dat sportverenigingen in het algemeen veelal op hun eigen manier aan de veiligheid werken en er meer structuur in de regelgeving zou moeten komen om de veiligheid beter te kunnen waarborgen, bijvoorbeeld door de totstandkoming en toepassing van risicoanalyses en één blessureregistratiesysteem.<sup>38</sup> Rijnhout e.a. merken, in lijn met deze eerdere auteurs, over het negatief of agressief voetbalgedrag op:

‘De maatschappij verafschuwt wat er langs en op onze velden gebeurt, maar weet tegelijk niet goed hoe deze uitwas aan te pakken. Het OM krijgt een rol toebedeeld, maar is niet in staat om alle onruststokers aan te pakken, de politiek lijkt achter de feiten aan te hollen, en uiteindelijk draaien alle hoofden richting de KNVB.’<sup>39</sup>

Het antwoord van de KNVB – het duidelijker stellen van normen<sup>40</sup> – blijkt echter evenmin zaligmakend. Het door Rijnhout e.a. uitgevoerde empirische onderzoek – in hoeverre leidt kennis van regels tot positiever voetbalgedrag? – wijst immers uit dat de relatie tussen kennis van de voetbalregels en sancties op overtreding daarvan ‘nauwelijks aanwezig is’.<sup>41</sup> Deze bevindingen markeren en verklaren de bestaande moeilijkheden om incidenten en problemen (en daaruit voortvloeiend letsel) op en rondom sportverenigingen te voorkomen en op een goede wijze te beslechten.

‘VSK-monitor 2018’ (Mulier Instituut 2018)<sup>42</sup>

Het Mulier Instituut heeft onderzoek gedaan naar het *soort* ongewenst gedrag dat zich op sportverenigingen manifesteert, waarbij het in het bijzonder heeft onderzocht met welke frequentie de zogenoemde kaderleden (bestuurders, coaches, trainers, scheidsrechters) te maken kregen met de verschillende soorten van ongewenst gedrag.

Zo is er in de periode 2014-2018 gekeken naar de klachten over of de confrontatie met onwenselijk gedrag bij of rondom sportactiviteiten en -verenigingen. De resultaten zoals deze in figuur 4.2 zijn weergegeven, lijken de conclusie te rechtvaardigen dat ongewenst gedrag zich op sportverenigingen in de breedste zin van het woord voordoet en daarmee tot verschillende soorten primaire en secundaire aansprakelijkheidsvraagstukken kan leiden. Meer in het bijzonder laten de resultaten

36 Politie en Wetenschap 2013, p. 95.

37 Politie en Wetenschap 2013, p. 95. Zie ook Rijnhout e.a. 2016, p. 171-179, voor een uitvoerige bespreking van onder andere de resultaten van het empirische onderzoek naar het verband tussen regelkennis en respectvol gedrag.

38 Vermeulen 2006, p. 692.

39 Rijnhout e.a. 2016, p. 171.

40 Zie KNVB 2013.

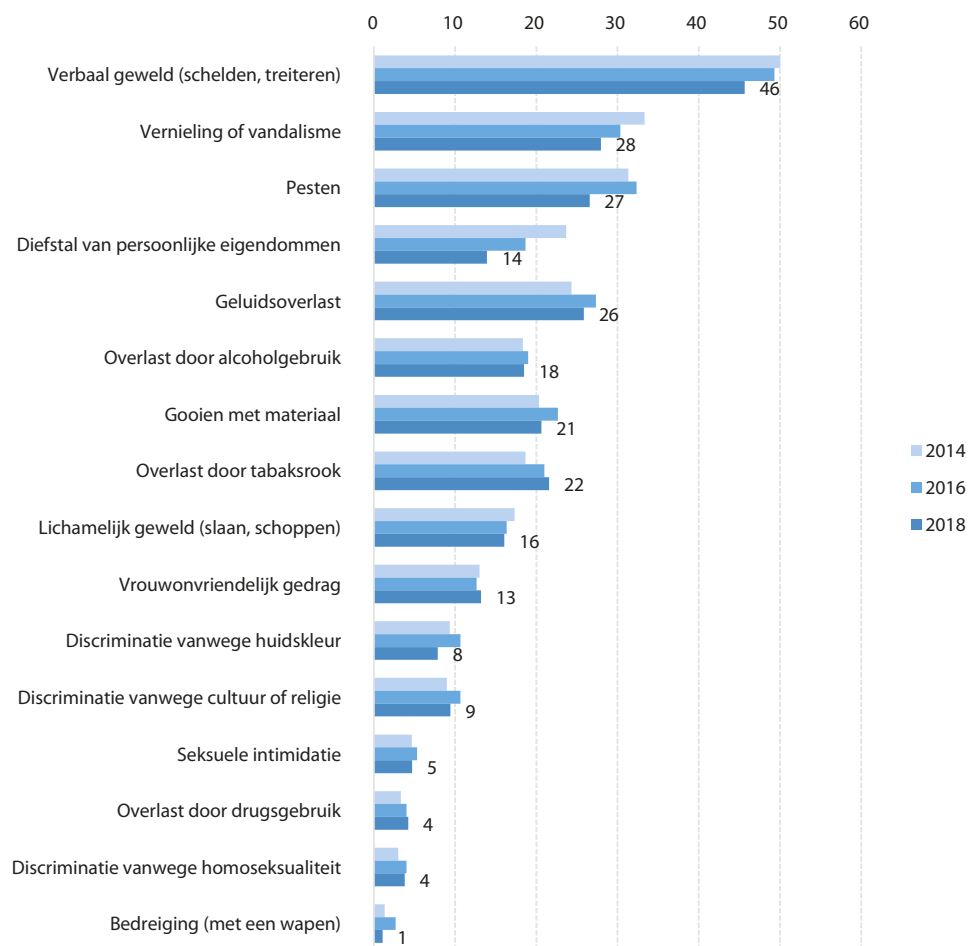
41 Rijnhout e.a. 2016, p. 178.

42 Zie Mulier Instituut 2018 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.



van dit onderzoek zien dat het ongewenst gedrag in 2018 het meest betrekking had op verbaal geweld (46% van de kaderleden die een of meerdere vormen van ongewenst gedrag had meegemaakt, had dit in het voorbije jaar ervaren), en daarna op vandalisme (28%), pesten (27%) en geluidsoverlast (26%).<sup>43</sup>

**Figuur 4.2** In de afgelopen twaalf maanden (ook als getuige) te maken gehad met onderstaande vormen van wangedrag (percentage kaderfunctionarissen), in procenten van kaderleden die een of meerdere vormen daarvan meemaakten<sup>44</sup>



43 Mulier Instituut 2018, p. 45.

44 Mulier Instituut 2018, p. 45.

'Rapport van de Onderzoekscommissie seksuele intimidatie en misbruik in de sport'  
(NOC\*NSF 2017)<sup>45</sup>

Nadat de Engelse voetballer Andy Woodward eind 2016 openbaarde dat hij als jeugdspeler ernstig seksueel misbruikt was, kwam seksuele intimidatie in de sport weer – en ook in Nederland – onder de aandacht.<sup>46</sup> Naar aanleiding daarvan stelde NOC\*NSF een commissie in om onderzoek te doen naar seksueel misbruik in de sport. Een en ander resulteerde eind 2017 in een rapport van commissie-De Vries.<sup>47</sup>

Uit dit rapport blijkt dat 12% van de Nederlanders die voor hun 18e jaar in georganiseerd verband heeft gesport, in aanraking is gekomen met seksueel grensoverschrijdend gedrag. 4% rapporteert bovendien een ervaring met *ernstig* seksueel grensoverschrijdend gedrag (verkrachting of aanranding). Het meest opvallend is de leeftijd waarop de respondenten seksueel grensoverschrijdend gedrag hebben ervaren: maar liefst 75% van de sporters was jonger dan 16 jaar toen ze voor het eerst met seksueel grensoverschrijdend gedrag te maken kregen.<sup>48</sup> De daders waren in de meeste gevallen medesporters (44%) of bekende volwassenen in de vereniging (39%). In 21% van de gevallen betrof het de coach of trainer en in de overige gevallen was het een onbekende.<sup>49</sup> De respondenten die ooit seksueel grensoverschrijdend gedrag hebben ervaren, gaven bovendien in grote meerderheid aan *meerdere malen* slachtoffer van seksueel misbruik te zijn geweest.<sup>50</sup> De frequentie en de ernst van het seksueel grensoverschrijdend gedrag is weergegeven in figuur 4.3.

---

45 Zie NOC\*NSF 2017 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

46 NOC\*NSF 2017, p. 11 en 12.

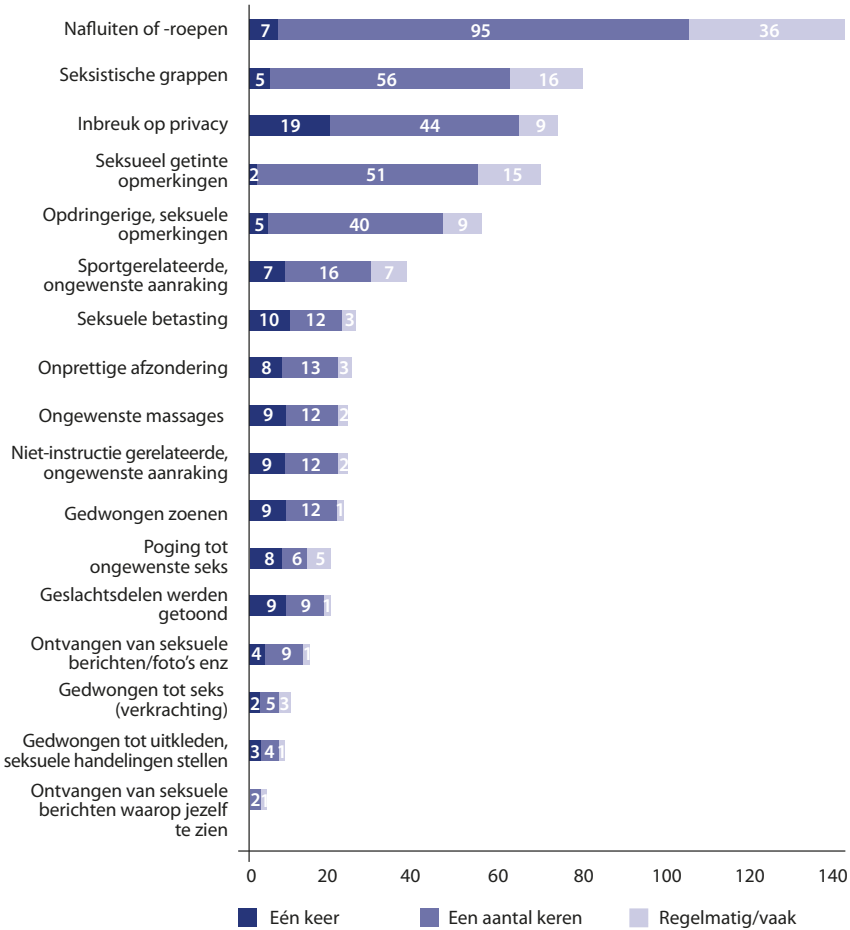
47 NOC\*NSF 2017. Zie over seksueel overschrijdend gedrag in de sport ook Van Wijk e.a. 2017.

48 NOC\*NSF 2017, p. 22.

49 NOC\*NSF 2017, p. 23.

50 NOC\*NSF 2017, p. 31.

**Figuur 4.3** Frequentie van seksueel grensoverschrijdend gedrag in de sport (N=1999)<sup>51</sup>



De hier weergegeven frequentie van seksueel overschrijdend gedrag markeert de noodzaak om maatregelen tegen seksueel misbruik in de sport te treffen, waarbij ook een rol aan de sportvereniging zal worden toebedeeld. Eenzelfde conclusie trekken de onderzoekers, vooral gezien de discrepantie tussen de grote hoeveelheid gevallen van seksueel overschrijdend gedrag en de betrekkelijk kleine hoeveelheid meldingen die in dit kader wordt gedaan.<sup>52</sup>

51 NOC\*NSF 2017, p. 31.

52 NOC\*NSF 2017, p. 141. Zie over de te nemen maatregelen p. 142-145 en Cense & Coehoorn 2017.

'Trendrapport Bewegen en Gezondheid 2000/2014' (TNO 2015)<sup>53</sup>

Interessant is ook de rapportage 'Trendrapport Bewegen en Gezondheid' van TNO, met een ander vertrekpunt dan de hiervoor besproken rapportages. Zo worden in dit onderzoek met name de risico's van lichamelijke *inactiviteit* besproken en de cijfers daaromtrent in kaart gebracht. Teneinde de resultaten van de hiervoor besproken onderzoeken in zekere mate te relativeren – sporten brengt het risico van letsel met zich mee, maar *niet* sporten ook – kom ik tot een korte bespreking van de in dit onderzoek gepresenteerde resultaten.

Uit eerder onderzoek van Hallal e.a. over 'physical inactivity' volgde reeds dat gemiddeld 31% van de volwassen wereldbevolking niet aan de gezondheidskundige richtlijnen voor de minimaal gewenste hoeveelheid beweging doet.<sup>54</sup> Dat dit zorgwekkend is, blijkt uit onderzoek van Lee e.a. naar de 'effects of physical inactivity on major non-communicable diseases worldwide'.<sup>55</sup> In dit onderzoek wordt geconcludeerd dat onvoldoende bewegen verantwoordelijk is voor 6% tot 10% van bepaalde niet-overdraagbare ziekten, zoals hartaandoeningen, diabetes en borstkanker. Volgens de onderzoekers hadden in 2007 5,3 miljoen van de in totaal 57 miljoen gevallen van vroeg overlijden (althans, het niet-overlijden aan natuurlijke oorzaken) voorkomen kunnen worden als de inactieven voldoende actief waren geweest. Als dergelijke overmatige inactiviteit niet meer voor zou komen, zou de levensverwachting van de wereldbevolking met 0,7 jaar stijgen.<sup>56</sup>

De Nederlandse bevolking doet het op dit punt overigens gemiddeld goed. Zo scoort Nederland voor wat betreft de dagelijkse beweging naar werk – hetgeen per dag een flink aantal 'bewegingsuren' oplevert – in vergelijking met de andere onderzochte landen relatief hoog. Van de ondervraagde volwassenen loopt of fietst 37,9% naar zijn of haar werk; alleen China scoort met 46,1% hoger. Bewegen lijkt in Nederland, met een verwijzing naar het eerder besproken onderzoek van het NOC\*NSF uit 2018, een gemiddeld grote rol in het dagelijks leven van de Nederlanders te spelen.

53 Het 'Trendrapport' is een gezamenlijke productie van de onderzoeksinstituten Centraal Bureau voor de Statistiek, het EMGO Institute for Health and Care Research, het Mulier Instituut, het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieuhygiëne ('RIVM'), het Sociaal en Cultureel Planbureau ('SCP'), TNO, UMC Utrecht en VeiligheidNL. TNO is verantwoordelijk voor de eindredactie en uitgave. Zie TNO 2015 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

54 Hallal e.a. 2012, p. 248.

55 Lee e.a. 2012.

56 Lee e.a. 2012 p. 227.

**Tabel 4.5** Het deel van de volwassenen dat heeft aangegeven naar werk te lopen, fietsen of via een andere (actieve) wijze zich naar werk te begeven per land in 2012<sup>57</sup>

	Walk to work	Cycle to work	Walk or cycle to work
Australia <sup>53,54</sup>	3.8%	0.9–1.7%*	4.7%
Austria <sup>55</sup>	5.0–6.6%*	..	..
Brazil <sup>56</sup>	..	..	11.9%
Canada <sup>50,51,57</sup>	6.6%	1.0–1.2%*	..
China <sup>58</sup>	22.6%	23.5%	46.1%
Denmark <sup>32</sup>	..	25.0%	..
Finland <sup>59</sup>	..	..	19.5%
France <sup>60</sup>	..	..	34.9%
Germany <sup>52,61</sup>	23.0%	9.0%	32.0%
Ireland <sup>62</sup>	10.9%	1.9%	12.8%
New Zealand <sup>63</sup>	7.0%	2.5%	..
Switzerland <sup>64</sup>	2.2%	0.3%	2.5%
Sweden <sup>65</sup>	23.5%	9.5%	22.2–33.0%*
Netherlands <sup>66,67</sup>	12.1%	21.0–25.8%*	37.9%
UK <sup>68</sup>	12.5%	2.0%	14.5%
USA <sup>39,50,51,69</sup>	3.1–4.0%*	0.5–3.4%*	4.0–16.7%*

\*Interval reported in several studies or data obtained from several regions or states.

Dat Nederland op het voornoemde onderdeel hoog scoort, betekent niet dat er geen reden tot zorg over of ruimte tot verbetering van de mate van inactiviteit of sedentair gedrag bestaat. Zo blijkt uit het (Nederlandse) onderzoek van TNO dat 'zitgedrag' – vooral op vrije dagen – vanaf 2006 langzaam en voor alle leeftijdsgroepen toeneemt.<sup>58</sup> Adolescenten (12- tot 17-jarigen) blijven daarbij de meest risicovolle groep, met gemiddeld bijna 10 uur zitten/liggen op schooldagen en meer dan 5 uur op vrije dagen. In het oog springt met name de stijging van het percentage in deze groep dat inactief is. In de periode 2000-2014 is dit percentage namelijk gestegen van 3% naar 15%. Volwassenen (18- tot 64-jarigen) zijn tijdens werkdagen gemiddeld 6,6 uur sedentair. Bedacht dient te worden dat sedentair gedrag bepaalde gezondheidsrisico's heeft die zelfs onafhankelijk zijn van het beweeggedrag; om die reden zouden er volgens de onderzoekers maatregelen genomen moeten worden om het zitgedrag in de maatschappij te verminderen.<sup>59</sup>

57 Hallal e.a. 2012, p. 252 ('Proportion of adults reporting walking to work, cycling to work, or using any type of active transportation (walking or cycling) by country 2012').

58 TNO 2015, p. 118 en 119.

59 TNO 2015, p. 118.

**Tabel 4.6 Samenvatting trends in beweeg- en zitgedrag van de Nederlandse bevolking naar leeftijdscategorie<sup>60</sup>**

Periode		4-11 jaar	12-17 jaar	18 jaar en ouder	Ouderen 65+	Chronisch ziekten 18+
2000-2014	% voldoet aan NNGB	35→21	26→15	44→68	42→58	44→56
	% voldoet aan fitnorm	32→38	32→35	19→23	9→13	16→11
	% voldoet aan combinorm	54→50	36→45	52→72	44→61	49→58
	% inactief	9→8	3→15	9→3	19→9	14→9
2006-2014	% wekelijks sporten	66→75	70→73	47→50	27→40	39→42
2012-2014	Zituren school/werk dag	7,5→7,5	10,3→9,9	7,7→7,3	n.v.t.	7,4
2006-2014	Zituren vrije dag	3,4→4,3	4,6→5,4	4,5→5,0	4,7→4,8	5,2→5,3

De onderzoekers concluderen dat de resultaten nieuw beleid vereisen om het zitgedrag in Nederland verder in kaart te brengen. Zij doen de aanbeveling om de door experts opgestelde update van de beweegnormen zo snel mogelijk in te voeren.<sup>61</sup> Geconcludeerd kan dus worden dat inactiviteit geen (goed) antwoord is op de vele ongelukken die tijdens het sporten plaatsvinden. Sporten brengt risico's met zich mee, maar *niet* sporten evenzeer.

### 2.3 CONCLUSIE

Sporten vormt een essentieel onderdeel van het dagelijks leven van de Nederlandse bevolking. Het overgrote deel van de Nederlanders komt in aanraking met sport en spel en de in dat kader rijzende risico's op letsel. Dat maakt de afbakening en de inkleuring van (secundaire) zorgplichten van sportverenigingen – en alle daarmee samenhangende aansprakelijkheidsvraagstukken – interessant en bovendien bevolkingsbreed relevant.

Uit de besproken onderzoeken volgt dat er voor wat betreft de veiligheid op sportverenigingen nog (flink) terrein te winnen valt. Alhoewel de ernst en de oorzaken van de sportblessures uiteenlopen, vormt het op en rondom sportverenigingen door bezoekers opgelopen letsel een substantieel onderdeel van het totale letsel dat per jaar door ongevallen ontstaat. Bovendien is het aantal sportblessures nog altijd aanzienlijk en blijft ongewenst gedrag (vandalisme, diefstal, seksueel misbruik) op sportverenigingen een aanhoudend probleem. Een verklaring zou daarin kunnen zijn gelegen dat het beleid op sportverenigingen, met name ten aanzien van de 'kleinere' incidenten, lijkt te ontbreken, dan wel ontoereikend is.<sup>62</sup> Gezien de doorgaans informele sfeer waarin sportverenigingen 'opereren', kan het daarbovenop voor sporters, toeschouwers en alle andere (sporadische) bezoekers

<sup>60</sup> TNO 2015, p. 118.

<sup>61</sup> TNO 2015, p. 121. Interessant is tot slot de blessureprofielen van 25 sporttakken die de onderzoekers in kaart hebben gebracht (p. 127 e.v.).

<sup>62</sup> Politie en Wetenschap 2013, p. 95. Zie Rijnhout e.a. 2016, p. 171-179 voor de resultaten van het empirische onderzoek naar het verband tussen regelkennis en respectvol gedrag.

van deze sportverenigingen, relatief onduidelijk blijven wie het aanspreekpunt is c.q. de verantwoordelijkheid voor de veiligheid op het sportterrein draagt.

Alhoewel een en ander wellicht de gevolgtrekking lijkt te rechtvaardigen dat het vermijden van sporten het vermijden van letsel betekent, dient als relativerende gedachte tot slot opgemerkt te worden dat in de besproken inactiviteit en het stijgende 'zitgedrag' van de verschillende bevolkingsgroepen, eveneens risico's besloten liggen. Sedentair gedrag én inactiviteit kunnen immers evengoed tot (hoewel andersoortige) fysieke klachten en ziekten leiden. De importantie van (het voortbestaan van) sportverenigingen en de door hen gefaciliteerde sportactiviteiten, is dus – met het oog op de volksgezondheid – groot. Het onmogelijk of onaantrekkelijk maken daarvan door een te strenge toetsing van hun (secundaire) zorgplicht, zou in dat licht onwenselijk zijn.

### **3 DE KENMERKEN VAN DE (SECUNDAIRE) ZORGPLICHT VAN SPORTVERENIGINGEN**

#### **3.1 INLEIDING**

In deze paragraaf bespreek ik de kenmerken van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen, om zodoende tot een nadere definiëring te komen van de hierin besloten liggende zorg. Bij deze bespreking ontikom ik er niet aan het bijzondere aansprakelijkheidsregime en de afwijkende toetsingskaders in sport- en spelsituaties te schetsen (paragraaf 3.3). Daarbij heb ik echter niet gestreefd een uitputtend overzicht te bieden van het speelveld waarin aansprakelijkheidsvragen in sport- en spelsituaties beoordeeld worden. In het navolgende zal enkel die context geboden worden die nodig is voor het onderzoek naar de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen.

Ik bespreek in het vervolg van deze paragraaf allereerst de verantwoordelijkheidsverdeling tussen sportverenigingen en haar sporters (paragraaf 3.2), waarna ik vervolg met de weergave van de toetsingskaders in sport- en spelsituaties (paragraaf 3.3). Ik besluit deze paragraaf met de bespreking van de specifieke elementen of kenmerken van de zorg van sportverenigingen (paragraaf 3.4), waarbij ik in het bijzonder (nader) inga op de vraag of en in welke mate de zorg van sportverenigingen in haar hoedanigheid als secundaire partij afgeleid is (paragraaf 3.4.2), dan wel effectief dient te zijn (paragraaf 3.4.3).

#### **3.2 VERANTWOORDELIJKHEIDSVERDELING TUSSEN SPORTVERENIGING EN SPORTER**

Uit de rechtspraakanalyse (paragraaf 5) zal blijken dat sportverenigingen in de meest uiteenlopende contexten de verantwoordelijkheid dragen (dat wil zeggen: op hen rust een zorgplicht) om de veiligheid in en rondom hun sportvereniging te waarborgen, meer in het algemeen door het stationeren van toereikend toezicht. Bij de vaststelling van deze verantwoordelijkheid dient de mate van professiona-

liteit van de vereniging in acht te worden genomen.<sup>63</sup> Zo legt de Hoge Raad met name professionele instellingen en organisaties (vergaande) zorgplichten op.<sup>64</sup> Bij het bepalen van deze professionaliteit zal gekeken worden naar de deskundigheid, de wijze waarop de vereniging zich profileert, of zij een vergoeding voor haar activiteiten ontvangt<sup>65</sup> – en zo ja, van welke hoogte? – en de potentiële ‘gevaren’ waarvoor zij instaat. Zo zal van een kart- of boksvereniging, in het licht van de aard van de activiteit die op die sportvereniging wordt uitgeoefend, meer worden verwacht in termen van toezicht en preventie dan van een tafeltennisvereniging.

Het ‘professioneel zijn’ – vaak tegenover niet-professionele bezoekers – is dus een belangrijke rechtvaardiging voor de door beheerders van de sportverenigingen te dragen en op zichzelf staande verantwoordelijkheid. In het verlengde daarvan ligt het feit dat de sportvereniging, in tegenstelling tot de bezoekers, *invloed* heeft op het aanstellingsbeleid, de inschakeling van werknemers of vrijwilligers (zoals trainers en scheidsrechters), de stationering van toezicht, de kwaliteit van het materiaal, etc.<sup>66</sup> A-G Hartkamp merkt hierover in zijn conclusie voor het in paragraaf 3.4.3.1 te bespreken *Skeeler*-arrest op:

‘In laatstbedoelde soort verhoudingen [trainer-cursist] zou eerder kunnen worden gesproken van een strengere gedragsnorm, nu in die verhouding dikwijls sprake zal zijn van onevenwichtigheid wat betreft kennis, ervaring, mogelijkheid tot beïnvloeding van het gedrag van de andere partij en dergelijke.’ (sub 14)<sup>67</sup> [mijn bewerking, KLM]

Naast de professionaliteit van de *zorgdrager* (de sportvereniging), speelt ook de *hoedanigheid* van de *zorgontvanger* (de bezoeker, hier in het bijzonder de sporter) een rol bij de vaststelling van de mate van de zorg van de sportvereniging. De inhoud van die zorgvuldigheidsnorm wordt immers toegesneden op de kennis of erva-

63 Vgl. hierover onder andere Hartlief 2004b, p. 869; Vermeulen 2006, p. 693-694; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/74. Zie, naast de civielrechtelijke uitspraken in paragraaf 5, ook de strafrechtelijke uitspraak over een voetbalvereniging vanwege het instorten van een dug-out, hetgeen het overlijden van een kind tot gevolg had. In Rb. Noord-Nederland 20 december 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5324 overwoog de rechtbank dat het voor de voetbalvereniging niet voorzienbaar was dat de dug-out zou instorten en dat daarbij van belang was dat het een amateurvereniging betrof. Het bestuur was geen professionele partij, maar bestond uit vrijwilligers die geen specifieke juridische of bouwkundige kennis hadden.

64 Vermeulen 2006, p. 693. Gewezen wordt daarbij op HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0344, NJ 1989/29, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Veenbroei*); HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bussluis*); HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*); HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, NJ 1997/175, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Heel/Korver*); HR 6 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1836, NJ 1998/190, m.nt. C.J.H. Brunner (*Turnster*); HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, NJ 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella*). Zie ook A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub. 4.13) voor HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeeler*).

65 Vermeulen 2006, p. 693.

66 Zie in gelijke zin Hartlief 1995, p. 1462.

67 Conclusie van A-G Hartkamp voor HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeeler*).



ring die, gezien de maatschappelijke positie, bij de sporters aanwezig geacht mag zijn.<sup>68</sup> Zo zal de omstandigheid dat beginnende en jeugdige sporters zich minder bewust zijn van de gevaren die aan de sport kleven dan oudere sporters, een relevante omstandigheid zijn bij die aansprakelijkheidstoets, zo blijkt onder meer uit de overwegingen van het Gerechtshof Arnhem in dezelfde *Skeeler*-zaak:

‘Het gaat hier om een cursus voor beginners en niet is gesteld of gebleken dat [de cursist] enige ervaring had in het skeeleren. [De skeelerorganisatie] treft het verwijt dat zij heeft nagelaten om de onervaren cursisten, onder wie [de cursist] expliciet te attenderen op het verhoogde gevaar voor valpartijen en de mogelijkheid van ernstig hoofdletsel en hen – minst genomen – dringend te adviseren een valhelm te dragen.’ (r.o. 4.8)<sup>69</sup> [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Dat rekening gehouden moet worden met de onervarenheid van de zorgontvanger in kwestie bij de vaststelling van de mate van zorg die de sportvereniging dient te betrachten, is overigens niet van de laatste tijd. De Hoge Raad betreft deze factor al sinds jaar en dag bij de duiding en inkleuring van diverse soorten zorgplichten.<sup>70</sup> Wel lijkt dit criterium met name van belang voor de beoordeling van de zorgplicht van sportverenigingen. Gezien de kernactiviteit die op de sportvereniging plaatsvindt – en de daarmee gepaard gaande risico’s – zullen immers de ervarenheid van de bezoekers en de in dat kader door de beheerders van de sportverenigingen te verschaffen instructies, bij uitstek relevant zijn voor de aansprakelijkheidsvraag. Dat betekent dat het met name voor de beheerders van sportverenigingen van belang is om zich ervan te vergewissen wat het ervaringsniveau van de sporters is en wat er in dat kader wel en niet van hen verwacht mag worden.

### 3.3 DE TOETSINGSKADERS IN SPORT- EN SPELSITUATIES

#### 3.3.1 DE VERHOOGDE AANSPRAKELIJKHEIDSDREMPEL

Ingevolge de vaste rechtspraak van de Hoge Raad hebben betrokkenen bij een sport- en spelactiviteit in redelijkheid en tot op zekere hoogte gevaarlijke, slecht gecoördineerde, verkeerd getimede of onvoldoende doordachte handelingen of gedragingen waartoe die activiteit uitlokt of die daarin besloten liggen, van elkaar te verwachten.<sup>71</sup> Op het eerste gezicht lijkt het hier om een vorm van risicoaanvaar-

<sup>68</sup> Asser/Sieburgh 6-IV 2019/74.

<sup>69</sup> Hof Arnhem 28 november 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AN1463 (*Skeeler*). Zie hierover ook Vermeulen 2006, p. 694.

<sup>70</sup> Zie onder andere HR 11 februari 1955, ECLI:NL:HR:1955:20, NJ 1955/218, m.nt. L.E.H. Rutten (*Balkonleuning*); HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*); HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bussluis*).

<sup>71</sup> Zie onder meer HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, NJ 1992/621, m.nt. C.J.H. Brunner (*Tennisbal*); HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natrappen bij voetbal*); HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, NJ 1996/376, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Wijs/Bergmans*); HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, NJ 2003/718, m.nt. C.J.H. Brunner (*Witmarsumer Merke*); HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1239, NJ

ding te gaan.<sup>72</sup> Pajmans trekt hier een parallel met een benadeelde die in een auto met een dronken bestuurder meerijdt of in een circus vrijwillig op een opgezadelde ezel stapt, en vervolgens letsel oploopt.<sup>73</sup> De deelnemers nemen bepaalde risico's op de koop toe bij deelname aan de sport of het spel, net zoals bij het meerijden met een dronken automobilist of het rijden op een ezel. De activiteit waar zij vrijwillig aan meedoen, brengt voor hen geobjectiveerde en kenbare risico's met zich, welke zij dus tot op zekere hoogte aanvaarden. Brunner vat in zijn annotatie onder het arrest *Geerts/Ten Dam* de ratio van deze 'risicoaanvaarding' als volgt samen:

'Niet-aansprakelijkheid wordt daarmee verdedigd, dat wie zich vrijwillig in een hem bekend gevaar begeeft, het risico van de schade aanvaardt en daarmee die schade voor eigen rekening neemt: *volenti non fit iniuria*. De gedraging is dan niet onrechtmatig jegens deze gelaedeerde die (...) de verantwoordelijkheid voor het risico van degeen die het schiep, heeft overgenomen.'<sup>74</sup>

In de literatuur wordt echter aangenomen dat de route van risicoaanvaarding in de rechtspraak in de loop der jaren is afgesloten.<sup>75</sup> Het feit dat de bezoeker van de sportvereniging ervoor kiest om een bepaalde activiteit te ontplooiën – óndanks bekende, daaraan verbonden risico's – ontslaat degene (de medesporter of sportvereniging) die (mede) invloed heeft op deze risico's, niet van naleving van de op hem of haar rustende zorgvuldigheidsnorm. Met andere woorden: deze omstandigheid kan het oordeel dat de schade voor eigen rekening van de bezoeker van de sportvereniging moet blijven, niet rechtvaardigen.<sup>76</sup>

De kenbaarheid en aanvaarding van bepaalde risico's in sport- en spelsituaties worden door de Hoge Raad wel verdisconteerd in de toetsing van de zorgplicht, door aan de te betrachten zorg minder hoge eisen te stellen dan buiten sport- en spelsituaties.<sup>77</sup> In sport- en spelsituaties gelden daardoor lichtere zorgvuldigheidsnormen

2004/238 (*Midgetgolf*); HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, NJ 2008/375, m.nt. N. Keijzer (*Strafkamer*).

72 Pajmans 2015, p. 6; Lindenbergh 2018, p. 49-50.

73 Pajmans 2015, p. 6. Deze voorbeelden zijn ontleend aan HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, NJ 1989/729, m.nt. C.J.H. Brunner (*Spekman/Baetens*) en HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2673, NJ 1992/619, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Delta Lloyd*).

74 Brunner in zijn annotatie onder HR 12 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2674, NJ 1992/620, sub 1 (*Geerts/Ten Dam*).

75 Keirse & Jongeneel 2013, p. 51-55; Pajmans 2015, p. 8; Van Dam 2020, p. 88. Ter onderbouwing van deze stelling zij gewezen op HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, NJ 1989/729, m.nt. C.J.H. Brunner (*Spekman/Baetens*); HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2673, NJ 1992/619, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Delta Lloyd*); HR 12 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2674, NJ 1992/620, m.nt. C.J.H. Brunner (*Geerts/Ten Dam*); HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natrappen bij voetbal*); HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0483, NJ 1992/302 (*Kortekaas/Bethlehem*); HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7010, NJ 2004/556, m.nt. J. Hijma (*Bunink/Manege Nieuw Amstelland*).

76 Pajmans 2015, p. 8 en 12; Van Dam 2020, p. 439.

77 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/59. Zie over de rol van eigen schuld ex art. 6:101 BW in dit verband Hartlief 1996, p. 62; Pajmans 2015, p. 12.

dan in het gewone maatschappelijk verkeer.<sup>78</sup> Indien van een dergelijke sport- en spelsituatie sprake is (zie paragraaf 3.3.2), geldt een zogenoemde ‘verhoogde aansprakelijkheidsdrempel’. Dat betekent dat, meer in het bijzonder bij de beoordeling van de *Kelderluik*-factoren, het toebrengen van schade in het kader van sport en spel minder snel als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd.<sup>79</sup> Onduidelijk blijft echter wáár de aansprakelijkheidsgrens bij die verhoogde aansprakelijkheidsdrempel precies ligt, voor zover daar überhaupt in abstracto conclusies over te trekken zijn. Brunner pleit ervoor om het criterium van bewuste roekeloosheid hier aan te leggen,<sup>80</sup> daar waar Bolt (breder) ook de kenbaarheid van het gevaar en de aard van de sport in de beoordeling betreft.<sup>81</sup> Sieburgh kijkt daarbij ook naar het te verwachten gedrag van de medespelers.<sup>82</sup> Dat de grens verder ligt dan in de ‘normale’ civiele (niet zijnde sport en spel) aansprakelijkheidszaken, wordt echter algemeen aanvaard.

De ratio achter deze verhoogde aansprakelijkheidsdrempel ligt volgens Van Dam hierin dat het uitoefenen van de sport of het spel tot op zekere hoogte mogelijk moet blijven. Te vergaande voorzorgsmaatregelen bij sport en spel zouden ook niet wenselijk zijn.<sup>83</sup> Ook Jansen sluit zich aan bij deze ratio: niet elk risico kan worden vermeden, nu het scheppen van risico’s inherent is aan het maatschappelijk verkeer en de in dat kader te verrichten activiteiten, zoals sport en spel.<sup>84</sup>

### 3.3.2 DE AFBAKENING VAN SPORT- EN SPELSITUATIES

Het is dus, in het licht van de beschreven ‘verhoogde aansprakelijkheidsdrempel’, van belang om vast te stellen wanneer er sprake is van een sport- en spelsituatie en wanneer niet. Deze vraag valt niet in het algemeen te beantwoorden, maar uit de rechtspraak zijn wel enkele aanknopingspunten te destilleren. Zo moet in essentie beoordeeld worden of ten tijde van de schadeveroorzakende gedraging de door de sport of het spel bepaalde *verhouding* tussen de deelnemers (nog) bestaat.<sup>85</sup> Hierbij zullen steeds alle omstandigheden van het geval betrokken moeten worden, waarbij het vooral aankomt op (1) de onderlinge verhouding tussen de betrokken partijen, (2) de aard van de activiteit, (3) het tijdsbestek waarin en (4) de plaats waar de

78 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/59. Voor wat betreft de vraag of een voorkomende activiteit zich als ‘sport’ dan wel als ‘spel’ laat kwalificeren, geldt dat in het algemeen wordt aangenomen dat sport zich van spel laat onderscheiden in dier voege dat spelsituaties geen regels kennen en er doorgaans ook geen toezicht is op het verloop van het spel. Zie hierover Dommering 2004, p. 76. Daarbij zij benadrukt dat dit onderscheid in de jurisprudentie doorgaans niet zo scherp wordt gemaakt, en dus niet heel relevant lijkt. In het navolgende spreek ik dan ook over sport- en spelsituaties tezamen.

79 Sieburgh 2004, p. 87; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/59.

80 Brunner in zijn annotatie onder HR 12 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2674, NJ 1992/620, sub 2 (*Geerts/Ten Dam*).

81 Bolt 1996, p. 194-195.

82 Sieburgh 2004, p. 88. Vgl. Pajmans 2015, p. 13 en 21.

83 Van Dam 2020, p. 437.

84 Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.9.2.3.

85 Pajmans 2015, p. 26.

sport of het spel zich voordeed.<sup>86</sup> Ik licht deze criteria, aan de hand van de daarover gewezen rechtspraak, in het navolgende kort toe.<sup>87</sup>

(1) *De onderlinge verhouding tussen partijen*

Voor wat betreft de onderlinge verhouding tussen partijen, geldt dat er in elk geval een bepaalde gelijkwaardigheid tussen partijen dient te bestaan, in die zin dat ook het uiteindelijke slachtoffer met de regels van het spel bekend zal moeten zijn om van een sport- en spelsituatie te kunnen spreken.<sup>88</sup> Ook dienen zij in een bepaalde verhouding tot elkaar te staan en de activiteit dus min of meer 'tezamen' (zoals een georganiseerde wedstrijd) uit te oefenen. Een aanvaring tussen twee willekeurige roeiboten op de Amstel werd dus niet onder de definitie van een sport- en spelactiviteit geschaard.<sup>89</sup> Anders lag het kennelijk in een zaak waarin de ene schaatser voor een marathon trainde en de andere schaatser alleen met een recreatief doel schaatste, en zij vervolgens met elkaar in botsing kwamen.<sup>90</sup> De sport- en spelsituatie bestaat niet noodzakelijkerwijs alleen bij contact- en teamsporten; ook tijdens de uitoefening van individuele sporten kan een dergelijke situatie met verhoogde aansprakelijkheidsdrempel worden aangenomen.<sup>91</sup>

De verhoogde aansprakelijkheidsdrempel geldt niet alleen in de verhouding tussen de (directe) deelnemers van het spel, maar kan ook gelden ten opzichte van toeschouwers die zich in een 'gevaarzone' begeven. Ter onderbouwing wijs ik op een uitspraak van de Rechtbank Arnhem, in welke zaak een toeschouwer van een mountainbikewedstrijd werd aangereden door een deelnemer die bij de afdaling zijn macht over het stuur verloor.<sup>92</sup> Bij de vraag of een deelnemer aan een sportactiviteit jegens een toeschouwer aansprakelijk is, is volgens de rechtbank van belang wat een toeschouwer van het gedrag van de deelnemer moet verwachten. De rechtbank overwoog dat de toeschouwer in de onderhavige zaak tot op zekere hoogte gevaarzettend gedrag van de deelnemer mocht verwachten, gelet op het feit dat deelnemers in wedstrijdsituaties grotere risico's nemen dan in het gewone maatschappelijk verkeer gebruikelijk is. Dat het slachtoffer niet deelnam aan de wedstrijd, maakt dit niet anders (r.o. 4.6-4.8). Slechts in het geval dat het rijgedrag een normale prestatiegerichte wijze van mountainbiken te buiten zou zijn gegaan, zou aansprakelijkheid van de deelnemer ten opzichte van deze toeschouwer aangenomen kunnen worden (r.o. 4.15-4.16). Deze uitspraak is in lijn met een eerdere (oude) uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch. De rechtbank oordeelde in

86 Wildenburg 2003, p. 57; Pajmans 2015, p. 13; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/59.

87 Zie voor een gecategoriseerde bespreking Pajmans 2015, p. 17-21.

88 Hof 's-Gravenhage 25 april 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AK3627, VR 1997/18. Het gaat hierbij bovendien om *menselijke* deelnemers; dierenactiviteiten vallen dus buiten de sport- en spelreikwijdte.

89 Rb. Amsterdam 21 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF0818.

90 Hof 's-Hertogenbosch 3 mei 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT6595.

91 Zie bijvoorbeeld HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2680, NJ 2003/719, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schaatsongeval*); HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1239, NJ 2004/238 (*Midgetgolf*).

92 Rb. Arnhem 14 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU6757 (*Berg tot Berg Race*).

deze zaak dat een deelnemer die tijdens een wedstrijd schade aan een derde (zoals een toeschouwer) veroorzaakt, tegenover die derde slechts aansprakelijk kan worden gehouden indien de schade het gevolg is van een handeling die in het kader van de 'sfeer van de wedstrijd' als abnormaal kan worden beschouwd.<sup>93</sup> In de aansprakelijkheidsbeoordeling wordt dus steeds de vraag betrokken in hoeverre de toeschouwer op een bepaald aan de sport verbonden risico moest rekenen, oftewel: of hij deze risico's met zijn keuze om de sport op een bepaalde plek te gaan aanschouwen, heeft aanvaard.

Ondanks dat er verder niet veel (expliciete) Nederlandse rechtspraak beschikbaar is over de beoordeling van de aansprakelijkheid van een deelnemer (aan een sport- en spelsituatie) jegens een toeschouwer, wordt ook in de literatuur aangenomen dat de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel in die relatie geldt. Zo merkt onder meer Bolt op dat een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel moet gelden in de situatie dat een toeschouwer ten gevolge van het handelen van een deelnemer schade oploopt. Een toeschouwer mag immers geacht worden zich bewust te zijn van de gevaren die eigen zijn aan de sport of het spel waarnaar hij staat te kijken. Onrechtmatigheid van een deelnemer kan, volgens Bolt, slechts aangenomen worden als de schadeveroorzakende gedraging niet behoort tot de in het kader van deze sport of dit spel te verwachten gedraging.<sup>94</sup> Ook Van Dam meent dat er op de sporter een zekere zorgplicht rust jegens de toeschouwers, en dat dit dezelfde zorgplicht is die sporters jegens elkaar in acht moeten nemen.<sup>95</sup> Wildenburg deelt deze opvattingen, en merkt in zijn bijdrage op:

'Met onder andere Bolt ben ik van oordeel dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een deelnemer jegens een toeschouwer dezelfde normen moeten worden gehanteerd als tussen deelnemers gelden. Ook een toeschouwer mag immers worden geacht zich bewust te zijn van de gevaren die eigen zijn aan de sport of het spel waarnaar hij kijkt. Behoort de schadeveroorzakende gedraging van de deelnemer tot de in het kader van de sport of het spel te verwachten gedraging, dan is er naar mijn oordeel geen reden om aan te nemen dat de deelnemer jegens de toeschouwer onrechtmatig heeft gehandeld. Staat deze toeschouwer van het schaatsen daarmee in de kou? Naar alle waarschijnlijkheid niet. Hij zal de exploitant van de ijsbaan kunnen aanspreken wegens het onvoldoende treffen van veiligheidsmaatregelen. Ook deze had immers met de mogelijke val van de schaatser rekening moeten houden en de toeschouwers daar dus voldoende tegen moeten beschermen.'<sup>96</sup> [mijn onderstreping, KLM]

In navolging van de voornoemde suggestie met betrekking tot 'plan B' – bestaande uit de secundaire aansprakelijkheid van de beheerder van de sportvereniging – merk ik alvast op dat de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel in de verhouding

93 Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 1957, ECLI:NL:RBSHE:1957:2, NJ 1958/354.

94 Bolt 1996, p. 197.

95 Van Dam 2000, p. 435-437.

96 Wildenburg 2003, p. 58.

tussen deze secundaire partij en de sporter of de toeschouwer *niet* geldt. In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt immers overwogen dat in sport- en spelsituaties waarin *de ene deelnemer aan de andere* (waaronder dus ook verstaan dient te worden; de toeschouwer) schade toebrengt, de drempel van onrechtmatigheid hoger ligt.<sup>97</sup> In de procedures waarin de beheerder van de sportvereniging desondanks betoogde dat de aansprakelijkheidsdrempel ook in de verhouding tussen haar en de sporter gold, werd dit betoog door de rechter van de hand gewezen.<sup>98</sup>

## (2) *De aard van de activiteit*

In de tweede plaats speelt de aard van de activiteit een rol bij de beoordeling van de vraag of er van een sport- en spelsituatie gesproken kan worden of niet. Of de activiteit een met (duidelijke) spelregels afgebakend spel betreft, is hierbij een belangrijke voorvraag.<sup>99</sup> Zo kon een incident waarbij het eerste kind een glazen deur hard en onverwacht dichtgooide, waardoor het tweede kind door het glas viel en letsel opliep, niet als een sport- en spelsituatie aangemerkt worden, nu enige in dit kader geldende spelregels ontbraken.<sup>100</sup> Hetzelfde gold voor een 'collegiale stoeipartij'.<sup>101</sup> Ook moet de activiteit zich kenmerken door een bepaald 'competitie-element'. Een training<sup>102</sup> of een activiteit met een zeer hoog recreatiegehalte,<sup>103</sup> valt daar niet (noodzakelijkerwijs) onder. Niet is echter vereist dat de aangesproken persoon en de benadeelde rechtstreeks en met elkaar wedijverden, noch dat de benadeelde ten tijde van het ongeval zelf handelingen verrichtte die karakteristiek zijn voor de beoefening van die sport of dat spel.<sup>104</sup>

97 Conclusie (sub 14) van A-G Hartkamp voor HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeeler*). Verwezen zij onder meer naar HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, NJ 1992/621, m.nt. C.J.H. Brunner (*Tennisbal*); HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natrappen bij voetbal*); HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, NJ 1996/376, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Wijs/Bergmans*); HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, NJ 2003/718, m.nt. C.J.H. Brunner (*Witmarsumer Merke*); HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2680, NJ 2003/719, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schaatsongeval*); HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1239, NJ 2004/238 (*Midgetgolf*). Dezelfde conclusie trekt Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.9.6.

98 Vgl. ook de uitspraak Hof Amsterdam 28 december 2010, VR 2012/75, waarin het hof overwoog: 'Aan de zorgvuldigheidsverplichting van de Vereniging en de uit de schending daarvan voortvloeiende aansprakelijkheid wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat het gaat om een sport/spel met een wedstrijdelement die het risico van vallen met zich brengt. Het betreft hier geen letsel dat door de ene aan de andere sportbeoefenaar wordt toegebracht' (r.o. 3.15). Hetzelfde werd overwogen in Rb. Dordrecht (vzr.) 10 juni 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AP1331, r.o. 17 en in Rb. Gelderland 19 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1161, r.o. 4.1.

99 HR 31 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9178, NJ 2007/79, m.nt. N. Keijzer (*Minerva*).

100 Rb. Middelburg 14 juli 2007, ECLI:NL:RBMID:2004:AQ6921 (*Glazen wand*).

101 Hof Amsterdam 22 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC2969 (*Blomaard/Utrecht*).

102 Rb. Arnhem 3 september 1992, ECLI:NL:RBARN:1992:AB8503, NJ 1994/182.

103 Rb. Zutphen 24 april 1997, ECLI:NL:RBZUT:1997:AJ6421, VR 1998/31.

104 Pajmans 2015, p. 15 en 26; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/59. Deze conclusie lijkt gerechtvaardigd op basis van HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2680, NJ 2003/719, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schaatsongeval*).



Daarnaast speelt de vraag of de activiteit naar haar aard een maatschappelijk geaccepteerde activiteit is en rol bij de vaststelling van de sport- en spelsituatie. Aangenomen moet worden dat activiteiten die maatschappelijk niet worden geaccepteerd – ‘intrinsiek gevaarlijke activiteiten’ – geen sport- en spelsituaties betreffen. In die gevallen bestaat er dus ook geen reden om deze te toetsen aan een minder strenge zorgvuldigheidsnorm.<sup>105</sup> Buiten de ‘sport- en spelboot’ vielen daarom de activiteiten bestaande uit het spelen met luchtdrukwapens en windbuksen (‘intrinsiek gevaarlijke wapens’),<sup>106</sup> het ‘met een tafel tegen een deur aan rammen’,<sup>107</sup> evenals de activiteit bestaande uit het ‘bouwen en omgaan met zelfgemaakt vuurwerk’.<sup>108</sup> In de laatste uitspraak overwoog de rechtbank vrij expliciet dat het ‘bij sport en spel moet gaan om maatschappelijk aanvaarde activiteiten, waarbij de risico’s door middel van veiligheidsvoorschriften en spelregels tot een acceptabel niveau worden beperkt’.<sup>109</sup>

### (3) Aanvang en einde sport- en spelsituatie

Ook de vraag wanneer deze sport- en spelsituatie begint en eindigt, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Voorop dient te worden gesteld dat een sport- en spelsituatie niet abrupt begint en evenmin abrupt ophoudt.<sup>110</sup> Zo deed het feit dat het tennisspel feitelijk niet in gang was toen de schade intrad – te weten op het moment dat de spelers van kant wisselden – niet per definitie af aan de kwalificatie van de sport als zijnde een sport- en spelsituatie.<sup>111</sup> Ook de aansprakelijkheidsvordering van een schaatser, die aan het ‘uitrijden’ was op het moment dat hij door een botsing met een medeschaatser letsel opliep, moest volgens de Hoge Raad beoordeeld worden naar de sport- en spelmaatstaven.<sup>112</sup> Hetzelfde gold voor een ‘boks’ – met letsel tot gevolg – na een gewonnen tafeltenniswedstrijd,<sup>113</sup> evenals voor een zaak waarin een deelnemer na voltooiing van een hindernisbaan (en na het luiden van de bel) door twee andere deelnemers in het water werd gegooid, waarbij hij letsel opliep. Ondanks dat de wedstrijd met het luiden van de bel reeds was afgerond, was er volgens de Hoge Raad nog wel sprake van een sport- en spelsituatie en gold de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel onverkort. De Hoge Raad overwoog in dit arrest:

105 Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.9.3.5.

106 Rb. Utrecht 30 juli 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI0718, *NJF* 2003/8 (*Luchtdrukwapens*); Rb. Alkmaar 24 december 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BH0783 (*Luchtdrukpistool*).

107 HR 31 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9178, *NJ* 2007/79, m.nt. N. Keijzer (*Minervā*).

108 Rb. ‘s-Hertogenbosch 18 december 2002, ECLI:NL:RBSHE:2002:AF2055, *NJ* 2003/88 (*Vuurwerkbom*). Zie in gelijke zin Hof Arnhem 7 juni 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT7054, r.o. 2.4 (*Fikkie steken*).

109 Rb. ‘s-Hertogenbosch 18 december 2002, ECLI:NL:RBSHE:2002:AF2055, r.o. 4.3, *NJ* 2003/8 (*Vuurwerkbom*).

110 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/59.

111 HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, *NJ* 1992/621, m.nt. C.J.H. Brunner (*Tennisbal*).

112 HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2680, *NJ* 2003/719, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schaatsongeval*).

113 Rb. Gelderland 27 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4775.

‘Aangezien de door die sport of dat spel bepaalde verhouding tussen de deelnemers daaraan niet direct en geheel hoeft te veranderen doordat en op het moment waarop aan die sport of dat spel volgens de daarvoor geldende regels, een einde komt, houdt ook de verhoogde drempel om aansprakelijkheid te kunnen aannemen, dan niet steeds direct en geheel op te gelden. Een (korte) tijd daarna kan het feit dat partijen zo-even nog met elkaar hebben gewedijverd of in een spelsituatie waren verwikkeld, de verwachtingen die zij van elkaar mogen of moeten hebben, blijven beïnvloeden, afhankelijk van de aard van die activiteit en de verdere omstandigheden van het geval.’ (r.o. 3.6)<sup>114</sup>

De Hoge Raad benadrukt dus dat de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel niet direct krachteloos wordt nadat de wedstrijd volgens de daarvoor geldende regels is afgelopen; deze ‘toestand’ kan nog voortduren. Activiteiten die geruime tijd na de sportactiviteiten plaatsvinden, vallen vaak wel buiten de kwalificatie van ‘sport en spel’.<sup>115</sup> Van Dam merkt hierover meer in algemene zin op dat de gedraging moet worden geacht in het kader van een sport- en spelsituatie te hebben plaatsgevonden, indien deze gedraging zich afspeelde ten behoeve van de wedstrijd c.q. het spel *in ruime zin*, te weten vanaf het moment van inspelen tot het moment waarop het spel beëindigd wordt.<sup>116</sup>

#### (4) *Locatie sport- en spelactiviteit*

Tot slot geldt voor wat betreft de plaats waar de activiteit zich voordeed (als vertrekpunt) het volgende. Zoals hiervoor is besproken, kan de sport- en spelsituatie nog een tijdje voortduren. Als de schadeveroorzakende activiteit echter op een andere locatie voortduurt dan de sport- en spelactiviteit zelf, kan dat gegeven een reden zijn om de activiteit niet langer als sport- en spelsituatie aan te merken. In een zaak waarin een voetbaltrainer na een kampioenswedstrijd door toedoen van enkele spelers uit zijn team te water raakte (en letsel opliep), overwoog het Gerechtshof Amsterdam:

‘Het te water laten van de trainer vond plaats geruime tijd na het einde van de voetbalwedstrijd waarmee het team kampioen was geworden. Het werd gedaan op een andere plaats, namelijk op het eigen terrein, dan waar het kampioenschap werd behaald. Gelet op deze omstandigheden is het hof van oordeel dat het te water laten geen deel uitmaakt van de voetbal(kampioens)-wedstrijd en niet kan worden aangemerkt als uitvloeisel van de sport- en spelsituatie.’ (r.o. 3.4)<sup>117</sup> [mijn onderstreping, KLM]

114 HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, NJ 2003/718, m.nt. C.J.H. Brunner (*Witmarsumer Merke*).

115 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 10 maart 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT9458, NJF 2005/251 (*Neva/X*).

116 Van Dam 1992, p. 112.

117 Hof Amsterdam 10 maart 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT9458, NJF 2005/251 (*Neva/X*).



Op basis hiervan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat, hoe verder – in geografisch opzicht – de schadeveroorzakende activiteit zich van de sport of het spel plaatsvond, hoe minder snel de eerstgenoemde activiteit zich als een sport- en spelsituatie laat kwalificeren. Daarnaast valt uit deze uitspraak af te leiden dat ook het tijdsverloop een belangrijke rol speelt. Zoals hiervoor is besproken, kán een sport- en spelsituatie nog voortduren nadat de echte spelactiviteit is afgelopen, maar het gegeven dat het letsel lange tijd na de sportactiviteit intreedt, vormt wel een contra-indicatie voor de kwalificatie als een sport- en spelsituatie.

De afbakening van sport- en spelsituaties is al met al geen vastomlijnde. Aan de hand van de hiervoor genoemde gezichtspunten dient in elke concrete situatie beoordeeld te worden of (nog) gesproken kan worden van een sport- en spelsituatie. Deze beoordeling valt in essentie te herleiden tot de vraag of de concrete situatie een ‘mildere’ beoordeling van de aansprakelijkheid rechtvaardigt; mocht het latere slachtoffer het risicovolle gedrag c.q. de schadeveroorzakende gedraging in zekere zin, althans meer dan in een ‘normale’ situatie, verwachten? Het antwoord op deze vraag speelt een rol bij de vaststelling van de sport- en spelsituatie, en daarmee bij de vaststelling en de inkleuring van de primaire of secundaire zorgplicht.

#### 3.4 DE KENMERKEN VAN DE DOOR SPORTVERENIGINGEN TE BETRACHTEN ZORG

##### 3.4.1 INLEIDING

Nadat in de voorgaande paragrafen de relevante beoordelingskaders voor de aansprakelijkheid in sport- en spelsituaties zijn weergegeven, zal ik in deze paragraaf de elementen of kenmerken van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen in kaart brengen. In het verlengde van hetgeen daarover reeds in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4 werd opgemerkt, zal in de eerste plaats (nader) besproken worden in welke mate de zorg van sportverenigingen afgeleid is van een bekend belang (paragraaf 3.4.2). Vervolgens wordt de maatstaf van de ‘effectiviteit van de zorg’ besproken, zoals deze maatstaf bij uitstek bij de beoordeling van waarschuwingsplichten van sportverenigingen jegens de sporters belang kunnen zijn (paragraaf 3.4.3).

##### 3.4.2 AFGELEIDE ZORG

In paragraaf 3.3.1 lichtte ik al toe dat er een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel in de verhouding tussen de sporters en de (primair aan te spreken) medesporters geldt. In sport- en spelsituaties gelden dus lichtere zorgvuldigheidsnormen dan in het gewone maatschappelijk verkeer, waardoor de gevaarzettende handeling van de primaire partij minder snel als onrechtmatig zal worden aangemerkt.<sup>118</sup> De

---

<sup>118</sup> Sieburgh 2004, p. 87; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/59. In de literatuur wel wordt aangenomen dat de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel verband houdt met het feit dat deelnemers aan sport en spel bepaalde risico's verwachten en aanvaarden (Lindenbergh 2018, p. 49). Nu de in het maatschappelijk verkeer betaamde zorgvuldigheid eist dat men zich jegens een ander niet gevaarlijker gedraagt dan die ander in de concrete omstandigheden van het geval mocht verwachten, lijkt

ideologie van deze aansprakelijkheidsdrempel is, zoals besproken, dat sporters bij voorbaat weten dat er bepaalde risico's zijn verbonden aan de activiteiten waaraan zij deelnemen, en dat deze risico's hen niet weerhouden tot deelname aan het spel. Daarmee aanvaardden zij tot op zekere hoogte bepaalde aan de sport verbonden (en kennelijk voorzienbare) risico's.<sup>119</sup>

In paragraaf 3.3.2 besprak ik al dat de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel geen toepassing vindt in de verhouding tussen de sportvereniging en de sporter of de toeschouwer. Sterker nog: betoogd kan worden dat de ratio van de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel op een 'ongunstige wijze' *doorwerkt* in de secundaire zorgplicht die op sportverenigingen rust. Niet alleen de sporters, maar ook de beheerders van de sportverenigingen hebben namelijk kennis (of behoren kennis te hebben) van het feit dat binnen deze ruimte een bepaalde mate van schadeveroorzakend gedrag (duwen, trekken, slaan met sticks of rackets, trappende bewegingen) in het kader van sport en spel genormaliseerd is. Kenbaar is voor hen dát er maatschappelijk gezien risicovol gedrag vertoond zal worden en bepaalde, daarmee samenhangende risico's zullen daardoor ook (meer) voorzienbaar zijn. De sportvereniging heeft dus al bij voorbaat en haast per definitie reden om te anticiperen op gevaarlijk gedrag – bijvoorbeeld door het houden van toezicht op het treffen van voorzorgsmaatregelen – ook al weet zij niet precies of en zo ja, welk schadeveroorzakend gedrag precies vertoond zal worden.

Het voorgaande brengt met zich mee dat de verwachtingen van de (onervaren) sporters met betrekking tot het handelen van de sportvereniging hoger zullen liggen dan de verwachtingen van bezoekers van een andere private ruimte, zoals bijvoorbeeld van winkels of restaurants. De sporters aanvaardden met het betreden van het sportveld wellicht een zeker risico in de verhouding tot de primaire medesporter, maar verwachten daarmee in de verhouding tot de secundaire toezichthoudende partij (de sportvereniging) *juist* en gerechtvaardigd dat zij die gemiddeld hogere risico's zoveel als mogelijk inperkt, door voldoende toezicht te houden en op een adequate wijze om te gaan met incidenten.

Ik noem deze verwachtingen gerechtvaardigd, omdat – naast de kenbaarheid van de risico's – de sportvereniging de partij is die de sportactiviteit om haar moverende redenen faciliteert. Een sportvereniging kan die zorg doorgaans ook dragen, omdat zij de partij is die daartoe de mankracht en middelen heeft, althans zou moeten hebben, alvorens ze besluit dergelijke sportactiviteiten te organiseren. De sportvereniging heeft bovendien invloed op het aanstellingsbeleid, de inschakeling van werknemers of vrijwilligers (trainers, scheidsrechters, coaches), de stationering van toezicht, de kwaliteit van het materiaal, etc.<sup>120</sup> Deze capaciteiten en faciliteiten vormen een wezenlijk onderdeel van de verwachtingen van de bezoekers en de

---

deze conclusie goed inpasbaar in de systematiek van het gevaarzettingsleerstuk en de koppeling met de onrechtmatigheid dus gerechtvaardigd.

119 Sieburgh 2004, p. 87; Paijmans 2015, p. 6; Lindenbergh 2018, p. 49.

120 Zie in gelijke zin Hartlief 1995, p. 1462.

verantwoordelijkheid van de sporter. Zo kan een sportvereniging niet zomaar een boksring op haar terrein plaatsen en bezoekers daarin laten boksen, zonder een hoge mate van (voor)zorg te betrachten. Sporters die de boksring betreden, zullen er dan ook tot op een zekere hoogte op mogen vertrouwen dat de boksvereniging zorgt voor afdoende voorzorgsmaatregelen en toezicht, helemaal gegeven de risico's die aan boksen verbonden zijn (die zij *an sich* en in de verhouding tot de medesporter dan aanvaarden).

Recapitulerend geldt dat risicovol gedrag van medesporters voor de beheerders van sportverenigingen in de regel meer te verwachten is. De vraag naar de schadeoorzaak zal nog altijd, en net als voor de andere secundaire partijen in dit onderzoek, afhankelijk zijn van het weinig voorspelbare gedrag van de primaire partij. De sportvereniging die als secundaire partij wordt aangesproken, moet immers steeds (anders dan de primaire partij) anticiperen op vooraf niet kenbaar schadeveroorzakend handelen van een, eveneens vaak onbekende, primaire partij. Het gegeven dat het gedrag van sporters gemiddeld risicovoller zal zijn, kan zich desondanks vertalen in bepaalde verwachtingen in termen van toezicht of preventie.<sup>121</sup> Vanwege de kenbaarheid (voorzienbaarheid) van de risico's, kan voor de beheerders van sportverenigingen vooraf immers gemiddeld beter in te schatten zijn tot welke (meer) specifieke gevaren de secundaire zorgplicht precies strekt. Daardoor is voor deze partijen ook beter te voorspellen welke zorg van hun verwacht wordt. De te betrachten zorgdaden zijn, met andere woorden, concreter. Deze relatief 'hogere' voorzienbaarheidsgraad kan zodoende, evenals de invloed die sportverenigingen op de 'gevaarzettende' activiteit kunnen uitoefenen, een belangrijk aanknopingspunt zijn bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van sportverenigingen.

Aangetekend dient tot slot te worden dat de hiervoor besproken uitgangspunten bij uitstek gelden voor sportverenigingen, maar dat er natuurlijk ook uitzonderingen te bedenken zijn (zie hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.2). De essentie van deze paragraaf is dan ook om inzichtelijk te maken dat er in de genoemde gevallen voor sportverenigingen (meer) aanleiding kan bestaan om te anticiperen op het (vooraf kenbaar) risicovol gedrag dat binnen of rondom de ruimte vertoond kan worden. Het blijft echter in elke individuele secundaire aansprakelijkheidskasus een afweging van de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij op voorhand slechts algemene conclusies gerechtvaardigd zijn.

---

121 Dezelfde redenering kan van toepassing zijn in andere contexten – met betrekking tot andere private ruimten – waarin met sport en spel vergelijkbare situaties ontstaan en welke private ruimten als secundaire partij worden aangesproken. Denk aan scholen (tijdens gymlessen of tijdens sport of spellen op het schoolplein) of aan andere recreatieruimten (escaperooms, pret-parken of gamehallen). Zie hierover nader hoofdstuk 6, paragraaf 3.1 en hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.2.

### 3.4.3 DE EFFECTIVITEIT VAN WAARSCHUWINGEN

#### 3.4.3.1 'EFFECTIEVE ZORG': DE DEFINIËRING VAN EEN MAATSTAF

In de praktijk vormen waarschuwingen – mondeling, dan wel in de vorm van een waarschuwingsbord – een belangrijke categorie van veiligheidsmaatregelen die de secundaire partij geacht wordt te treffen. Alhoewel op de verschillende private ruimten uiteenlopende waarschuwingsplichten kunnen rusten, zullen met name de beheerders van sportverenigingen de sporters en andere bezoekers vooraf goed moeten waarschuwen voor de risico's die aan de deelname of aan het toeschouwen van de sport verbonden zijn. Ook valt te denken aan de waarschuwing tot het dragen van beschermingsmiddelen (helm, bitje, kniebeschermers) en aan de instructies van de sport en de daarbij in acht te nemen veiligheidsmaatregelen (de hockeybal mag niet boven een bepaalde hoogte geslagen worden, slidings mogen slechts op de voetbal gericht zijn, er mag niet 'doorgebokst' worden als iemand knock-out gaat, etc.). In een secundaire aansprakelijkheidsprocedure kan dan vervolgens niet alleen de vraag rijzen of er gewaarschuwd is, maar in het bijzonder ook in hoeverre die waarschuwing daadwerkelijk effect heeft gesorteerd. Zodoende kan bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van (met name) sportverenigingen in het bijzonder ook de (impliciete) vraag naar de te verwachten *effectiviteit* van een waarschuwing (de zorg) in beeld komen.

In de jurisprudentie zijn aanknopingspunten te vinden om deze 'maatstaf' in te kleuren.<sup>122</sup> Zo zijn sporen van de maatstaf van de effectieve zorg in de eerste plaats te vinden in het *Jetblast*-arrest.<sup>123</sup> In deze zaak stond een toerist aan het hek van het vliegveld op Sint Maarten naar opstijgende vliegtuigen te kijken, waarna zij – op het moment dat een van de vliegtuigen de straalmotoren openzette – door een 'jetblast' een paar meter naar achteren tegen de rotsen werd geworpen. Waren de door het vliegveld geplaatste waarschuwingsborden voldoende om aansprakelijkheid uit te sluiten? De Hoge Raad casseerde het bevestigende oordeel van het hof, daartoe overwegende dat voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op de bescherming tegen een bepaald gevaar, van doorslaggevende betekenis is of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden. Het enkele feit dat potentiële slachtoffers door een bepaalde waarschuwing op de hoogte konden zijn van het aanwezige gevaar, was blijkens dit arrest dus onvoldoende om de betreffende waarschuwing als een toereikende veiligheidsmaatregel te kunnen beschouwen.<sup>124</sup>

122 Zie hierover Giesen 2005b, p. 54 e.v.; Hartlief 2005a, p. 832; Vermeulen 2006, p. 692; Van Dam 2020, p. 99-100.

123 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*).

124 Vgl. de overwegingen in HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, NJ 2008/460, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Bayar/Wijnen*). Kritisch zijn hierover Brunner in zijn annotatie onder HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, sub 2 (*Jetblast*) en Giesen 2005b, p. 68-69, 82-86 en 88-90.

Nu de te verwachten effectiviteit van een waarschuwing door de Hoge Raad als toetsingskader voor de aansprakelijkheid werd gebruikt, kan dit arrest zo gelezen worden dat in feite van belang was of er *effectieve* zorg was verleend in plaats van of er überhaupt zorg was verleend.<sup>125</sup> Hartlief merkt in gelijke zin over dit arrest op:

‘De Hoge Raad is hier duidelijk strenger dan het Hof: doorslaggevend is of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden. (...)

Als ik goed zie, zijn twee elementen van belang:

- zicht op het gevaar (kennis, inzicht);
- handelen conform dat inzicht (beïnvloeding van gedrag).

Waar het Hof vooral dat eerste benadrukte (en zelfs genoegen nam met het op de hoogte *kunnen* zijn van het gevaar) legt de Hoge Raad de nadruk op het tweede. Uiteindelijk gaat het om een beoordeling op effectiviteit: zal de betrokken waarschuwing leiden tot het gewenste gedrag?<sup>126</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Het *Jetblast*-arrest gaf dus met name een antwoord op de vraag op welke manier de zorgdrager diende te waarschuwen (is de tekst op een waarschuwbord indringend c.q. effectief genoeg?). Het vervolgens in 2005 gewezen *Skeeler*-arrest laat bovendien zien dat een waarschuwing soms überhaupt niet voldoende is.<sup>127</sup> In deze zaak was een vrouw overleden als gevolg van een ongeval tijdens een cursus skeeleren, waarvoor de nabestaanden van de vrouw de skeelerorganisatie en instructeur aansprakelijk stelden. Deze organisatie en de betreffende instructeur hadden de vrouw niet verplicht een valhelm te dragen, maar hadden haar enkel en vrijblijvend medegedeeld dat ‘wie behoefte had aan deze valhelm, deze kon krijgen’. De organisatie en de instructeur hadden volgens de Hoge Raad in feite effectieve zorg moeten betrachten, hetgeen er concreet op neer zou zijn gekomen dat de instructeur pas had mogen starten nadat alle beginners een valhelm hadden opgedaan.<sup>128</sup> Blijkens deze uitspraak dient een zorgdrager soms dus verder te gaan dan alleen en vrijblijvend waarschuwen (zoals bijvoorbeeld het opleggen van de verplichte bescherming alvorens de cursisten aan de cursus deel te laten nemen).

Alhoewel duidelijk is dat de Hoge Raad van de aangesproken partijen in deze kwestie meer verwacht dan alleen het waarschuwen voor het gevaar, door bij die aansprakelijkheid ook te beoordelen in hoeverre de waarschuwing daadwerkelijk effect sorteerde, volgt uit deze en andere uitspraken niet eenduidig wat er pre-

125 Pape 2006, par. 4.2; Vermeulen 2006, p. 692.

126 Hartlief 2004b, p. 870. Jansen betoogt, ter uitwerking van de maatstaf uit het *Jetblast*-arrest, dat de te verwachten effectiviteit van een gegeven waarschuwing afhangt van de ‘formele’ en ‘materiële’ duidelijkheid ervan, dat wil zeggen: de waarneembaarheid en de begrijpelijkheid van de waarschuwing. Zie Jansen 2012, p. 163-167.

127 HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeeler*). Zie over deze uitspraak ook Giard & Van Boom 2006; Keirse & Rijnhout 2018, p. 40; Lindenbergh 2018, p. 51.

128 Vgl. Hartlief 2005a, p. 832.

cies dient te worden verstaan onder 'effectieve zorg'.<sup>129</sup> Ook in de literatuur is er geen vastomlijnde definitie van effectieve zorg geformuleerd. Giesen trekt – in navolging van al eerder, impliciet, Brunner – in twijfel of de vraag wanneer een waarschuwing effectief is, überhaupt wel juridisch beantwoord kan worden.<sup>130</sup> De effectiviteit van een waarschuwing kan namelijk afhankelijk zijn van de ontvanger van de waarschuwing.<sup>131</sup> Beide auteurs hebben daarom oog voor de mens achter de zorgontvanger: hoe jong en avontuurlijk zijn deze zorgontvangers ingesteld? In hoeverre onderschatten zij de gevaren? In hoeverre spelen deze 'eigenschappen' een rol bij de vraag of een waarschuwing wel of niet effect sorteert? Met andere woorden: in welke mate staan andere behoeften en eigenschappen van de zorgontvangers aan hun ontvankelijkheid voor waarschuwingen in de weg?<sup>132</sup> Tjong Tjin Tai nuanceert de nadruk op de ontvanger van de waarschuwing enigszins, door op te merken dat roekeloosheid van slachtoffers niet afdoet aan de effectiviteit van de waarschuwing. De effectiviteit moet immers afgemeten worden aan het gedrag van de normale mens.<sup>133</sup>

Hartlief wijst op andere, maar soortgelijke psychologische dimensies die bij de beoordeling van de effectiviteit van de waarschuwing komen kijken.

'Het verschaffen van informatie of waarschuwen kan niet altijd voorkomen dat degenen die men wil bereiken verkeerde keuzes maken, omdat zij onder invloed handelen van een onjuiste risicoperceptie of niet in staat zijn te handelen naar een eventuele wel juiste risicoperceptie.'<sup>134</sup>

Pape concludeert juist vanuit deze psychologische invalshoek dat, over het algemeen genomen, waarschuwingen een bescheiden rol spelen op het gebied van het voorkomen van ongevallen en (letsel)schade. Zij noemt de waarschuwing zelfs als minst effectieve oplossingsstrategie om ongevallen te voorkomen.<sup>135</sup>

129 Tot dezelfde conclusie komt Giesen 2005b, p. 54-55: 'Wij gissen dus nog steeds naar wat een effectieve waarschuwing is en hoe die er uitziet. Hoe en wanneer (in welke vorm) een waarschuwing effectief is of kan zijn, blijkt niet uit de uitspraak van de Hoge Raad, de lagere rechtspraak of de literatuur'.

130 Giesen 2005b, p. 55-56. Zie ook de annotatie van Brunner onder HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, sub 2 (*Jetblast*).

131 Giesen 2005b, p. 56-57.

132 Waarbij Giesen zich, ten aanzien van de psychologische conclusies, een meer voorzichtige houding aanmeet dan dat Brunner in zijn annotatie bij het *Jetblast*-arrest lijkt te doen. Giesen wijst met name op de importantie van kennis van de cognitieve psychologie om 'zinvolle' antwoorden op dergelijke vragen te kunnen geven. Giesen 2005b, p. 56-57. Hij voegt de daad bij het woord op p. 59-86.

133 Tjong Tjin Tai 2005, p. 372. Vgl. Hartlief 2004b, p. 871.

134 Hartlief 2005a, p. 832.

135 Verwezen wordt naar het 'hazard control hierarchy model', waarin de volgende oplossingsstrategieën worden onderscheiden: (1) ontwerp oplossingen die het gevaar elimineren, (2) oplossingen die het risico beperken door afscherming of (3) door middel van waarschuwingen. Pape concludeert vervolgens in deze context dat de waarschuwing de minst effectieve oplossingsstrategie is om ongevallen te voorkomen; het is een laatste redmiddel. Zie Pape 2012, p. 217, 221 en 223.

Daarbij komt nog dat het antwoord op de vraag wanneer een waarschuwing effectief (genoeg) is, sterk casuïstisch is en dus lastig is om in concrete termen te vatten. Wel kan wat mij betreft aangenomen worden dat 'effectief' voor 'zorg' een verdergaande en relatief dwingende vorm van zorg aanduidt. De partij die 'effectieve zorg' moet betrachten, moet doortastend zijn en de zorg doeltreffend. Daarbij is beslissend of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.<sup>136</sup> Als waarschuwen geen (te verwachten) invloed heeft op het gedrag van zorgontvangers (zoals sporters), pleit dat de zorgdrager (zoals sportverenigingen) allesbehalve vrij. Onder omstandigheden kan dat betekenen dat de zorgontvanger in het geheel moet worden tegengehouden; pas dán zou de effectieve zorg daadwerkelijk gewaarborgd zijn, aldus Hartlief.<sup>137</sup>

Deze stellingname rijmt met een eerdere van Van Dam. Ook zijn vertrekpunt is dat, indien de zorgontvanger onvoldoende in staat is om de verwezenlijking van een bepaald risico te vermijden, het risico moet worden beperkt of weggenomen.<sup>138</sup> In lijn met deze redenering en in de context van het hiervoor besproken *Skeeler*-arrest, bestempelt ook Vermeulen de verplichting om een helm te dragen in combinatie met de aanduiding 'zonder helm geen les', als effectief.<sup>139</sup> De door sportverenigingen te betrachten zorg is dan dus behoorlijk verstrekkend: als de cursist weigert een helm te dragen, dan wordt in termen van aansprakelijkheid dus verwacht dat de organisatie de cursist verbiedt mee te skeeleren.<sup>140</sup>

Gewezen zij in dit verband ook op het *Bussluis*-arrest, waarin de gemeente als wegbeheerder door een taxichauffeur aansprakelijk werd gesteld, omdat zij met het aanleggen van een bussluis een verkeersgevaarlijke situatie gecreëerd zou hebben en de taxichauffeur dientengevolge schade opliep.<sup>141</sup> Dat er waarschuwingen (hier: diverse inrijverbodsborden en andere, meer algemene waarschuwingsborden) waren geplaatst, pleitte de gemeente in deze zaak niet vrij. In lijn met de hiervoor weergegeven interpretaties lijkt ook op basis van dit arrest de conclusie gerechtvaardigd dat 'effectiviteit' voor 'zorg' in de gevallen waarin waarschuwingen niet helpen, vergt dat de zorgdrager de risicovolle situatie in het geheel wegneemt.<sup>142</sup> De Hoge Raad stelde de zorgplicht van de gemeente tot goed wegbeheer voorop, en overwoog vervolgens:

'Indien deze veiligheid niet voldoende kan worden gewaarborgd, dient de gemeente van een zodanige inrichting van de weg af te zien.' (r.o. 3.3)

136 Hartlief 2004b, p. 872.

137 Hartlief 2005a, p. 832.

138 Van Dam 2000, p. 213. Vgl. Van Dam 2020, p. 92 e.v.

139 Vermeulen 2006, p. 695.

140 Dat is ook de conclusie die Hartlief trekt, zoals hiervoor al kort werd besproken. Zie Hartlief 2005a, p. 832.

141 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bussluis*).

142 Zie hierover ook Pape 2006, par. 3.1.



Bedacht zij uiteraard wel dat waarschuwen niet nodig is indien het gevaar ook voor de onvoorzichtige en onoplettende weggebruiker aanstonds duidelijk had moeten zijn.<sup>143</sup> In mijn optiek zou het bovendien alleszins redelijk zijn om als vertrekpunt aan te houden dat in het concept 'zorg' een weliswaar minimale, maar wel *een* bepaalde mate van vrijheid van de zorgdrager besloten ligt. De zorgdrager kan moeilyk zorg dragen en effectueren als de zorgontvanger deze niet daadwerkelijk kan of wil ontvangen, bijvoorbeeld omdat hij daar niet ontvankelijk voor is of omdat hij daar de noodzaak niet toe ziet. Dat is in zekere zin de keuze van de zorgontvanger en de consequenties daarvan kunnen, zolang de zorgdrager er alles aan heeft gedaan wat in zijn vermogen lag om die keuze zo gefundeerd mogelijk te laten zijn (goede voorlichting, duidelijke regels, afdoende waarschuwing), niet altijd voor rekening en risico van de (sportvereniging als) zorgdrager komen door te stellen dat de beheerder 'de activiteit dan maar in het geheel niet had moeten faciliteren'. In dat geval worden er wat mij betreft (juridisch) eisen gesteld die niet haalbaar zijn voor de concrete zorgdrager die aan die eisen moet voldoen en zou de secundaire aansprakelijkheid ten onrechte trekken van een risicoaansprakelijkheid gaan vertonen.<sup>144</sup>

### 3.4.3.2 CONSEQUENTIES VOOR DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT(TOETS)

Wat resteert is de vraag naar de relevantie van de hiervoor besproken, weinig afgebakende maatstaf van de 'effectieve zorg' voor de secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten (zoals sportverenigingen). Alhoewel, zoals in de vorige paragraaf werd besproken, uit de rechtspraak niet helemaal duidelijk wordt wanneer zorg precies effectief genoeg is geweest – hooguit dat zorg effectief is als het meer doeltreffend en dwingend is – ligt het in de rede dat met name *secundaire* zorgdragers in de hoedanigheid van *sportverenigingen* zich bewust zullen moeten zijn van de effectiviteit van hun zorg. Ik licht dat kort toe.

Besproken werd dat de vraag of de zorg effectief genoeg is geweest door de rechter met name wordt opgeworpen in de gevallen waarin waarschuwingsplichten in het gedrang zijn. Dát op een terreinbeheerder – zoals een beheerder van een sportvereniging – een specifieke zorgplicht kan rusten, bestaande uit de handeling 'waarschuwen', volgt onder meer uit het *Veenbroei*-arrest.<sup>145</sup> De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat degene die de zorg heeft voor een terrein, onzorgvuldig handelt wanneer hij nalaat voorzorgsmaatregelen te treffen zoals een waarschuwing of een verkeersbord, terwijl hij moet verwachten dat het publiek dit terrein zal betreden en weet dat zich op het terrein een voor het publiek niet steeds waarneembaar gevaar voordoet (r.o. 3.2).

143 Pape 2006, par. 3.1, met een verwijzing naar HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0830, r.o. 3.8, *NJ* 2003/660 (*Zeeuws weggetje*).

144 Zie in een andere context ook Giesen 2005b, p. 87.

145 HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0344, *NJ* 1989/29, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Veenbroei*). Zie ook Pape 2006, par. 3.1.



Waarschuwingsplichten zullen met name op de in dit onderzoek bedoelde *secundaire* partij rusten, nu de primaire partij doorgaans de bezoeker (leerling, sporter, patiënt, etc.) zal zijn die de schade direct in het leven heeft geroepen. De secundaire partij had op die bezoekers (meer) toezicht moeten houden door bijvoorbeeld beter te waarschuwen of de onder haar toezicht staande bezoekers grondiger te instrueren. Waarschuwingen vormen dus een wezenlijk onderdeel van de plicht tot het houden van toezicht die op secundaire partijen rust. De regels en overige relevante spelinformatie verschaft door beheerders van sportverenigingen moeten in de regel dus ook enig effect hebben gesorteerd.

Ik merkte in paragraaf 3.4.3.1 al op dat met name sportverenigingen die als secundaire partij worden aangesproken, zich bewust moeten zijn van de effectiviteit van de zorg die zij onder de besproken omstandigheden dienen te betrachten. De reden daarvoor is gelegen in de sportactiviteit die in de ruimte wordt ontplooid, en de daaraan verbonden verantwoordelijkheid van de sportvereniging om voor een veilige uitoefening van die sport zorg te dragen. Het is – in het verlengde daarvan – ook de taak van de sportvereniging om te waarschuwen voor de gevaren van de sport en de voorwaarden (het dragen van bepaalde beschermingsmiddelen, het naleven van bepaalde spelregels) die daarom aan de deelname zijn verbonden. Het sportelement dat doorgaans dé activiteit vormt waarom bezoekers de sportverenigingen bezoeken (anders dan educatie (scholen), medische zorg (ziekenhuis), winkelen (winkels), etc.), maakt dat de in dit kader te verlenen instructies, en met name de effectiviteit daarvan, bij uitstek onderwerp van de beoordeling van de (secundaire) zorgplicht van de sportvereniging zullen zijn. Een en ander kan betekenen dat de sportvereniging als secundaire partij heeft in te staan voor het feit dat de zorg jegens haar bezoekers ook effectief (genoeg), en dus gemiddeld meer uitputtend is. Benadrukt zij echter dat, óók met betrekking tot de conclusies in deze paragraaf, geldt dat het uitgangspunten zijn, die bij uitstek kunnen gelden voor de genoemde ruimten van sportverenigingen. Deze uitgangspunten kunnen echter ook voor de beoordeling van de secundaire zorgplicht van andere private ruimten (zoals escaperooms, speeltuinen, pretparken, etc.) van belang zijn. Zie hierover nader hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.2.

### 3.5 CONCLUSIE

Vooruitlopend op de rechtspraakanalyse in paragraaf 5, trek ik op deze plaats de (voorlopige) conclusie dat de risicovolle aard van de activiteit die door de sporters wordt uitgeoefend en door de sportvereniging wordt gefaciliteerd, de door deze partijen te betrachten zorg kleurt. Daarbij lijkt vooralsnog een tweedeling gemaakt te kunnen worden in de primaire zorgplicht van sporters en de secundaire zorgplicht van sportverenigingen.

Voor de *primaire* zorgplichten geldt – voor zover gedragen door medesporters in verhouding tot de benadeelde, vaak de medesporter – dat van de benadeelde in relatief vergaande mate wordt verwacht dat zij haar eigen schade draagt. Aansprakelijkheid zal in dergelijke sport- en spelsituaties immers minder snel wor-

den aangenomen – er worden minder strenge eisen gesteld aan de over en weer te betrachten zorgvuldigheid – nu de deelnemers bij voorbaat weten dat er bepaalde risico's aan de activiteiten zijn verbonden en zij deze risico's door deelname tot op zekere hoogte aanvaarden.<sup>146</sup> Ondanks deze verhoogde drempel blijft aansprakelijkheid binnen sport- en spelsituaties uiteraard wel mogelijk.

Voor de *secundaire* zorgplichten – voor zover gedragen door de sportvereniging in relatie tot (veelal) de sporter – kan wat mij betreft goed betoogd worden dat het tegenovergestelde geldt en juist een relatief intensieve vorm van zorg wordt verwacht. De verhoogde aansprakelijkheidsdrempel zal niet in de verhouding van de secundaire toezichthouder tot de benadeelde sporter gelding vinden.<sup>147</sup> Als een sporter of deelnemer een hockeyveld betreedt, aanvaardt hij immers tot op zekere hoogte de kans dat hij geduwd of geraakt wordt door een stick of een bal van de medespeler. De sporter aanvaardt dus het risico op bepaald schadeveroorzakend gedrag van zijn *primaire* medespeler. Moeilijk te betogen is wat mij betreft echter dat de sporter met het betreden van het hockeyveld ook aanvaardt dat hij bepaalde instructies niet krijgt, dat er veiligheidsmaatregelen achterwege blijven of dat toezicht op de uitvoering van de activiteit ontbreekt. De sporter aanvaardt dus geen schadeveroorzakend gedrag van de *secundaire* toezichthouder (de sportvereniging).

De verhoogde aansprakelijkheidsdrempel geldt dus niet in de verhouding tussen de secundaire toezichthouder en de benadeelde.<sup>148</sup> Sterker nog: goed betoogd kan worden dat de sporter met het betreden van het sportveld wellicht een zeker risico in de verhouding tot de primaire medesporters aanvaardt, maar dat hij daarmee in de verhouding tot de secundaire toezichthoudende partij (de sportvereniging) *juist* gerechtvaardigd mag verwachten dat zij die gemiddeld hogere en voorzienbare risico's zoveel als mogelijk inperkt. Een en ander geldt temeer, nu voor de beheerder van de sportvereniging vooraf kenbaar en dus meer voorzienbaar is dát die bezoeker meer risicovol gedrag zal gaan vertonen dan de gemiddelde andere bezoeker in de winkel, het ziekenhuis, de school of het restaurant. Sportverenigingen kunnen zodoende met toezicht en voorzorgsmaatregelen tot op bepaalde hoogte anticiperen op voorzienbaar gevaarlijk gedrag, ook al weten zij niet precies of, en zo ja, welk schadeveroorzakend gedrag precies vertoond zal worden. Daarbij geldt dat waarschuwen *an sich* vaak niet voldoende is: de sportvereniging zal zich ook moeten bedenken of de waarschuwing in kwestie wel het gewenste effect sorteert.

146 Sieburgh 2004, p. 87; Paijmans 2015, p. 6; Lindenbergh 2018, p. 49; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/59; Van Dam 2020, p. 437.

147 Zie hierover paragraaf 3.3.2.

148 Zie hierover Giesen 2005a, p. 23 en 116-117; Paijmans 2013, p. 227-228; Van Dam 2020, p. 440-441. Zie hierover ook stellig Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.9.6. Zie ook de jurisprudentie genoemd in paragraaf 3.3.2.

## 4 HET SPORTRECHT

### 4.1 INLEIDING

De toenemende commercialisering van de sport heeft de afgelopen jaren geleid tot een verregaande ‘juridisering’ van de sportsector. Zo verdienen succesvolle voetballers en darters vandaag de dag een veelvoud van de balkenendenorm, maar ook het bedrijfsleven viert zijn financiële hoogtijdagen rond sportevenementen als de wereldkampioenschappen voetbal en de Olympische Spelen. De hierdoor ontstane gecompliceerde verhoudingen en de verwevenheid tussen het bedrijfsleven en sport roepen nieuwe soorten (aansprakelijkheids)vragen op.<sup>149</sup> Zo krijgen sociale (sport)contracten in toenemende mate een juridisch karakter en is wetgeving steeds steviger verankerd in de sportregulering, of (andersom) wordt sport steeds vaker gereguleerd door contracten, financiering en wetgeving.<sup>150</sup>

In paragraaf 4.2 tracht ik een korte inventarisatie maken van de wet- en regelgeving van het rechtsgebied dat ik hier kwalificeer als ‘sportrecht’, met dien verstande dat enkel die in wet- en regelgeving verankerde normen besproken worden die op enigerlei wijze van belang kunnen zijn voor de inkleuring van de civielrechtelijke, secundaire zorgplicht van sportverenigingen.<sup>151</sup> Bij die bespreking maak ik onderscheid tussen overheidswetgeving en zelfregulering (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.4).

Aangetekend dient nog te worden dat ‘sportrecht’ lastig te definiëren en af te bakenen valt, en de kwalificatie van dit rechtsgebied zelfs ter discussie staat.<sup>152</sup> Dat hangt

---

149 Ter illustratie dienen – bij wijze van een greep uit de vele voorbeelden – Alberts & Berkhout 2000 en Beerthuizen 2014.

150 Zie hierover Gardiner e.a. 1998, p. 84; Vermeersch 2009, p. 5.

151 Buiten bespreking blijft dus de Warenwet, Milieuwet, Tabakswet, Bouwwet en alle fiscale en bestuursrechtelijke wetgeving. Daarnaast zijn er nog vele arbeidsrechtelijke, bestuursrechtelijke en fiscale wetten en regels waar sportverenigingen zich aan dienen te houden. Ik volsta voor een overzicht hiervan met een verwijzing naar Kollen 2004.

152 In de (internationale) literatuur bestaat er discussie over de kwalificatie van sportrecht als een ‘eigen’ en op zijn eigen merites bestaand rechtsgebied. Zo wordt ook wel betoogd dat het recht van sport(verenigingen) geen rechtsgebied op zich is, maar de term ‘sport’ voor ‘recht’ slechts aangeeft op welke sector het toepasselijke recht ziet. Dat specifieke recht is in deze visie gerelateerd aan de activiteit sport, maar geeft het soort recht (contractenrecht, arbeidsrecht, mededingingsrecht, etc.) niet als zodanig haar inkleuring. In de loop der jaren zijn er in de literatuur meer geluiden opgegaan voor wat Siekmann en Soek de ‘modern position’ van sportrecht noemen. Vgl. Vermeersch 2009, p. 5; Siekmann & Soek 2012, p. 1 en 4. Zie voor een overzicht van het debat in de Franstalige literatuur Lapouble 1999. Zie ook Gardiner e.a. 1998, p. 71; Grayson 2000, p. 631; Vermeersch 2009, p. 5 voor (met name) het Engelse debat. Nu het de reikwijdte van dit onderzoek te buiten gaat, zal ik in het navolgende niet nader ingaan op de factoren die een rol spelen bij de vraag wanneer een ‘field of law’ als zodanig erkend wordt. Gewezen zij daarvoor met name op het werk van Beloff, Kerr & Demetriou 1999, p. 3-6; Carter 1999, p. 244-245; Siekmann & Soek 2012. Voor dit onderzoek bezig ik het vertrekpunt dat, nu de term ‘sportrecht’ in de literatuur en praktijk gangbaar is en kennelijk goed weergeeft wat men schaaft onder de bijzondere toepassing van het recht geldend in sport- en spelsituaties, dit het gebruik van deze term rechtvaardigt.

enerzijds samen met de problemen bij de definiëring van 'sport' en 'sportrecht', maar ook met het feit dat sportbeleid een multidisciplinaire en in toenemende mate meer horizontale aangelegenheid is. De overheid houdt bij de bepaling van haar beleid, naast de functies van sport, ook rekening met diverse andere ontwikkelingen (zoals commercialisering en globalisering).<sup>153</sup> Voor deze verwevenheid is illustratief het feit dat sport veelal samenvalt onder één groot ministerie (tezamen met beleidsdomeinen als cultuur, onderwijs of volksgezondheid). In de navolgende bespreking moet dus steeds bedacht worden dat er een overlap bestaat met dergelijke andere deelterreinen en het 'sportrecht' zich daar niet strikt van laat scheiden.

## 4.2 WET, REGELGEVING EN ANDERE NORMEN

### 4.2.1 OVERHEIDSWETGEVING

#### *Arbeidsomstandighedenwet*

Voor de invulling van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen kan in de eerste plaats de Arbeidsomstandighedenwet ('Arbowet') van belang zijn, met dien verstande dat deze wet ziet op de relatie tussen de werkgever (zoals de beheerder van de sportvereniging) en zijn werknemers (zie hoofdstuk 3, paragraaf 4.3.2).<sup>154</sup> Daar waar de bepalingen uit de Arbowet met name voor de in hoofdstuk 6 te bespreken overige ruimten (zoals winkel- en winkelcentra) van belang kunnen zijn, verwijs ik voor de uiteenzetting van de in deze Arbowet opgenomen regels (en de relevantie voor de secundaire zorgplicht van private ruimten) naar hoofdstuk 6, paragraaf 4.2.1. Ter illustratie van de relevantie van de Arbowet voor de zorgplichten van sportverenigingen, bespreek ik in dit hoofdstuk enkel art. 5 Arbowet.

Ingevolge art. 5 Arbowet zijn de beheerders van (onder andere) sportverenigingen verplicht om, indien voor meer dan 40 uur per week betaalde krachten in dienst zijn, een risico-inventarisatie en -evaluatie ('RI&E') op te stellen, inclusief een daarop gebaseerd plan van aanpak. Zodoende wordt beoordeeld of het werk binnen die ruimte gevaren op kan leveren voor de werknemers en worden de beheerders genooddaakt kenbaar te maken binnen welke termijn er concrete maatregelen worden genomen om de geïntariseerde risico's de kop in te drukken. De inventarisatie van dergelijke risico's – denk bijvoorbeeld aan alcoholmisbruik, agressiviteit bij de medebezoekers en sporters, onervarenheid bij de spelleiders, etc. – legt de voorzienbaarheid van bepaalde risico's voor de beheerders van de sportverenigingen bloot. In de gevallen waarin in strijd is gehandeld met de daarop betrekking hebbende (toezichts)maatregelen in de RI&E (de beheerder heeft bijvoorbeeld niet

<sup>153</sup> Vermeersch 2009, p. 3.

<sup>154</sup> De hierin neergelegde bepalingen zijn dus niet direct van toepassing op de bezoeker van de sportvereniging die schade lijdt door toedoen van een primaire partij. Met toepassing van de correctie Langemeijer, dan wel op meer indirecte wijzen, kunnen de hierin neergelegde normen desondanks van belang zijn bij de inkleuring van de secundaire zorgplicht van een sportvereniging (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.2).

aan bepaalde veiligheidsvereisten voldaan), en een bezoeker lijdt daardoor schade, dan kan deze bepaling van belang zijn bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de beheerder van de sportvereniging. Het risico op schade was immers als zodanig door de beheerder van de sportvereniging onderkend – want: nota bene door de beheerder zelf in de RI&E opgenomen – en als zodanig dus ook meer voorzienbaar.<sup>155</sup> Van de beheerder van de sportvereniging mocht dan ook verwacht worden dat hij op de risico's zoals neergelegd in de RI&E en zoals deze zich nu hebben verwezenlijkt, zou anticiperen, zo kan dan door de bezoeker betoogd worden. Het resultaat van deze verplichtingen (het opstellen van een RI&E en plan van aanpak) kan zodoende ook voor derden (anders dan de werknemer) als argument fungeren waarmee de secundaire zorgplichtschending onderbouwd kan worden.

#### *Drank- en Horecawet*

De Drank- en Horecawet ('DHW') is de wettelijke basis voor alle regelingen op het terrein van de verkoop van alcoholhoudende dranken, welke op detailniveau weer zijn uitgewerkt in amvb's en diverse ministeriële regelingen. Niet elke sportvereniging hoeft de DHW in acht te nemen; de toepassing is afhankelijk van onder andere de vraag of de sportvereniging een eigen kantine heeft en – uiteraard – of er in deze kantine alcoholhoudende dranken worden verkocht. De DHW is met name voor beheerders van horecagelegenheden van belang, om welke reden de meest relevante artikelen in hoofdstuk 6, paragraaf 4.3.1 worden besproken. In dit hoofdstuk volsta ik daarom met de volgende opmerking.

Bedacht dient te worden dat ongewenst gedrag in de sport, zoals dat in paragraaf 2.2 is geschetst,<sup>156</sup> in nauw verband kan staan met het alcoholgebruik rondom de sportactiviteiten.<sup>157</sup> Het gaat hier dan om de situaties waarbij drank na, voor of tijdens de sport leidt tot of verband houdt met schadeveroorzakend gedrag van primaire partijen jegens andere bezoekers van de sportvereniging (medesporters of toeschouwers). Op de beheerder van de sportvereniging rust derhalve een zorgplicht om toe te zien op het alcoholgebruik van zijn bezoekers en de incidenten die na het gebruik daarvan kunnen ontstaan. Schending van de in de DHW vervatte regels (alcohol schenken aan minderjarigen, onvoldoende toezicht houden op beschonken meerderjarigen) kan daarom ter onderbouwing van een secundaire zorgplichtschending dienen. Op die manier kunnen de regels van de DHW de toetsing van de zorgplichtschending kleur geven: daar waar een sportvereniging

155 Vgl. Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:538, waarin de rechtbank deze redenering op een vergelijkbare wijze bezigt; uit het vaststellen van een veiligheidsplan werd in deze zaak immers het bewustzijn van en de verantwoordelijkheid voor veiligheidsrisico's bij gebrekkige informatieverzorging afgeleid (r.o. 4.7). Vgl. ook Rb. Utrecht 7 maart 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA0230, waarin de rechtbank de aansprakelijkheid van een organisator van een klimbaan afwees, onder meer omdat hij een risicoanalyse had gemaakt (r.o. 5.4 en 5.5).

156 Zie in het bijzonder het in paragraaf 2.2 besproken onderzoek SCP 2015.

157 Zie over de relatie tussen alcohol/drugs en agressief gedrag hoofdstuk 6, paragraaf 2.3 en de daar genoemde onderzoeken Trimbos-instituut 2013 p. 61 en 114 en Trimbos-instituut 2017, p. 22. Zie ook WODC 2016, p. 22; Van Rooij 2017, p. 72 en 96.

zelf laks omgaat met de hier bedoelde wet- en regelgeving, zal de rechter – nog los van de (bestuursrechtelijke) sancties van de overtreding – sneller geneigd kunnen zijn een schending van haar (secundaire) zorgplicht aan te nemen.<sup>158</sup>

### *Besluit hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden*

Ter uitvoering van de Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden ('Whvbz') is het Besluit hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden ('Bhvbz') ontwikkeld. Als vanzelfsprekend is deze regelgeving in de eerste plaats voor de beheerders van zwembaden relevant.

Ingevolge de bepalingen in de Bhvbz rusten er zorgplichten op de (beheerder van de) badinrichting. Zo verplicht art. 25 Bhvbz badinrichtingen tot het houden van 'voldoende toezicht' en legt art. 43 Bhvbz dezelfde verplichting op voor badinrichtingen die bestemd zijn voor het zwemmen in oppervlaktewater. Als een bezoeker van het zwembad schade lijdt in het zwembad, wordt een mogelijke schending van de voornoemde 'toezichtsnorm' vervolgens vastgesteld door de beantwoording van de vraag of een redelijk handelend badmeester eerder had behoren in te grijpen.<sup>159</sup> De vereiste kwantiteit en kwaliteit van het toezicht is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval,<sup>160</sup> welke omstandigheden grotendeels geconcretiseerd zijn in het Werkboek Bhvbz.<sup>161</sup> Zo wordt extra toezicht (kwantiteit) verwacht bij grote groepen of jeugdigen en bij het gebruik van glijbanen, golfslagbaden en andere attracties.<sup>162</sup> Kwalitatief moet onder andere worden gedacht aan de aanwezigheid van voldoende reddingsmaterialen en EHBO-vaardigheden bij de betrokken medewerkers.<sup>163</sup>

Denkbaar is dat deze artikelen, en met name de hierin verankerde toezichtsnorm, dienstig kunnen zijn bij de onderbouwing van de secundaire zorgplicht van zwembaden. Dit zal meer in het bijzonder het geval kunnen zijn als het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij door de badinrichting voorkomen had kunnen worden als zij beter toezicht had gehouden.

158 Illustratief is Rb. Zutphen 24 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL9505 (*Hollander Techniek/Indoor Karting De Harder*), waarin de eiser zich op het standpunt stelde dat de kartvereniging onrechtmatig had gehandeld doordat het personeel 'totaal geen toezicht hield op het drankgebruik van de deelnemers, terwijl dit juist tot gevaarlijke situaties kon leiden'.

159 Een voorbeeld in de jurisprudentie waarin de rechtbank art. 25 Bhvbz expliciet in de overwegingen over de aansprakelijkheid van het zwembad betrok, vormt het vonnis Rb. Utrecht 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ0077. In r.o. 4.2.1 werd bovendien, ter nadere invulling van deze norm, overwogen: 'Deze algemene norm van een redelijk handelend toezichthouder dient in de onderhavige zaak nader ingevuld te worden aan de hand van de regelgeving op het gebied van het toezicht door badmeesters in het algemeen en de concrete wijze waarop de badmeesters [C] en [G] op het moment van het ongeval toezicht gehouden hebben.'

160 Vgl. Van Eck 2018.

161 Werkboek Bhvbz, online raadpleegbaar via de website yumpu.com.

162 Werkboek Bhvbz, p. 84-85.

163 Werkboek Bhvbz, p. 85.

#### 4.2.2 ZELFREGULERING

##### *KNVB Standaardvoorwaarden*

De KNVB heeft Standaardvoorwaarden opgesteld waaraan betaalde voetbalclubs zich moeten houden met het oog op de veiligheid in voetbalstadions.<sup>164</sup> Ook deze voorwaarden kunnen ter inkleuring van de zorgplicht van sportverenigingen (voetbalclubs) dienen.<sup>165</sup> In dat verband kunnen met name art. 7 en 8 KNVB Standaardvoorwaarden relevant zijn, waarin bepaalde voorwerpen die een gevaar kunnen vormen voor de gezondheid, de veiligheid en/of de openbare orde, concreet zijn verboden. Zo verbiedt art. 7 KNVB Standaardvoorwaarden alcohol en drugs en verbiedt art. 8 lid 1 van deze voorwaarden voorwerpen als stokken, blikken, flessen en kettingen, naast de meer evident verboden voorwerpen als wapens en vuurwerk. Bij overtreding van de voorwaarden volgen voor de overtreder de sancties uit art. 10 KNVB Standaardvoorwaarden. Als deze overtreder en (potentiële) primaire schadeveroorzaker een van de verboden voorwerpen (langs de beveiliging) mee naar binnen heeft gesmokkeld en daarmee een derde letsel heeft toegebracht, zou de secundaire zorgplichtschending van de vereniging in kwestie mede gebaseerd kunnen worden op de in deze standaardvoorwaarden opgenomen verboden voorwerpen.<sup>166</sup>

##### *World Anti-Doping Code 2015, The 2016 Prohibited List, Dopingreglement Instituut Sportrechtspraak, The Anti-Doping Convention*

Deze regelgeving ziet op het reguleren en verbieden van verschillende soorten doping. Doping zijn stoffen en methoden die verboden zijn door het Wereld Anti-Doping Agentschap. Hieronder vallen ook verschillende soorten drugs. De beheerder van de sportvereniging dient er zorg voor te dragen dat dergelijke middelen – die naast de verbetering van sportprestaties ook provocerend, risicovol of agressief gedrag ten gevolge kunnen hebben<sup>167</sup> – niet onder zijn ‘dak’ en door zijn bezoekers wordt gebruikt. Het drugsgebruik en het daarmee in verband staande

164 KNVB Standaardvoorwaarden, online raadpleegbaar via de website knvb.nl. Zie over deze standaardvoorwaarden uitgebreid Van Rooij 2017, p. 82-92.

165 Zie Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4406 (*Stichting BAN/ADO Den Haag*), waarin onder meer de KNVB-regels werden betrokken bij de beoordeling van de vraag of op ADO de plicht rustte om tegen langdurige, dan wel – in geval van kortstondigheid – herhaalde antisemitische spreekkoren ‘onmiddellijk op te treden’. Een ander voorbeeld vormt het tussenarrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3429, waarin het bepaalde in de KNVB-voorschriften omtrent de uitloophuimte van een speelveld van belang was bij de invulling van de zorgplicht van de sportvereniging in kwestie.

166 In dit verband kan ook gewezen worden op de huisregels van sportverenigingen, die in de regel gelijksoortige bepalingen bevatten. In hoofdstuk 6 zal uitgebreid aandacht worden besteed aan de rol van huisregels in secundaire aansprakelijkheidsprocedures, hetgeen van overeenkomstige toepassing kan zijn in geval van sportverenigingen. Zie verder Van Rooij 2017, p. 92-94.

167 Zie de in hoofdstuk 6, paragraaf 2.3 besproken onderzoeken van Trimbos-instituut 2013, p. 61 en 114 en Trimbos-instituut 2017, p. 22.



gedrag kan immers tot schade aan andere bezoekers van de sportvereniging (medesporters of toeschouwers) leiden.

Mede om die reden wordt in de World Anti-Doping Code in hoofdstuk 3 ('Roles and responsibilities') expliciet aandacht besteed aan de rol en verantwoordelijkheden van verschillende organisaties, waaronder de organisaties die de sportactiviteiten organiseren (art. 20.6 World Anti-Doping Code). Bovendien geldt op basis van art. 31 lid 2 sub d World Anti-Doping Code dat – indien een sporter naar aanleiding van dopinggebruik een ordemaatregel krijgt opgelegd – de sporter geen training meer mag geven of volgen bij onder andere een bij de sportbond aangesloten vereniging. De sportvereniging zal daar ook waakzaam op moeten zijn. Ook wordt, op grond van art. 38 lid 4 World Anti-Doping Code, de overtreding door een 'vereniging van de sportbond' van de in art. 5 lid 3 World Anti-Doping Code neergelegde verplichting om dopingcontrole uit te voeren ('deze niet te ontwijken'), bestraft met een geldboete.

Als een sportvereniging tekortschiet in de in deze regelgeving neergelegde verplichtingen en (mede) als gevolg van het gebruik van dergelijke middelen letsel bij derden ontstaat, zal zij daarnaast ook door deze derden als secundaire partij op grond van art. 6:162 BW kunnen worden aangesproken. De genoemde regelgeving zal dan wederom ter inkleuring van de vermeende zorgplichtschending kunnen dienen, ondanks dat de regels zich niet direct richten tot het geschonden belang van de bezoeker van de sportvereniging.

### 4.3 CONCLUSIE

In Nederland bestaat er geen apart 'sportwetboek' waarin de aansprakelijkheid van de beheerders van sportverenigingen jegens hun bezoekers is geregeld. De specifieke wet- en regelgeving die bestaat, strekt bovendien niet (steeds) ter bescherming van de bezoeker door de sportvereniging wegens schadeveroorzakend gedrag van een derde, maar ziet veelal op de directe relatie van de sportvereniging tot de werknemer of de sporter. Het slachtoffer zal zijn heil in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure tegen de sportvereniging dus met name moeten zoeken in de buitencontractuele aansprakelijkheidsgrond van art. 6:162 BW. De normen die in deze wet- en regelgeving besloten liggen, kunnen echter wel – al dan niet ter inspiratie en al dan niet door toepassing van de correctie Langemeijer (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.2) – ter onderbouwing van die secundaire zorgplichtschending dienen.

## 5 JURISPRUDENTIEANALYSE

### 5.1 INLEIDING

Teneinde conclusies te kunnen trekken over de reikwijdte van de Nederlandse secundaire zorgplicht in verhouding tot de primaire zorgplicht, zal in deze para-



graaf een vergelijking worden gemaakt tussen de primaire en secundaire zorgplicht van sportverenigingen (zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2). Achtereenvolgend wordt de rechtspraak over de zorgplicht van de sportvereniging als primaire partij (paragraaf 5.2) en de rechtspraak over de zorgplicht van de sportvereniging als secundaire partij (paragraaf 5.3) besproken.<sup>168</sup> Zoals al eerder in dit hoofdstuk werd opgemerkt, zijn de eisers in deze zaken veelal de sporters, maar ook alle andere aanwezigen op sportverenigingen – zoals toeschouwers – laten zich als ‘bezoeker’ in de zin van dit onderzoek kwalificeren.<sup>169</sup>

Bij de bespreking van de primaire zorgplicht van sportverenigingen wordt een onderscheid gemaakt tussen de aansprakelijkheid vanwege (1) onvoldoende veiligheidsmaatregelen of instructies en vanwege (het gebruik van) (2) gevaarlijke terreinen, materialen of activiteiten. Bij de bespreking van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen wordt een onderscheid gemaakt tussen de aansprakelijkheid vanwege (1) onvoldoende veiligheidsmaatregelen en/of instructies en vanwege (2) onzorgvuldig handelen van (mede)sporters.<sup>170</sup> Deze laatste categorie komt (naar haar aard) alleen ter sprake in de paragraaf over de secundaire zorgplicht van sportverenigingen. De sportvereniging zal in deze gevallen namelijk altijd als secundaire partij worden aangesproken, nu de eigenlijke veroorzaker van de schade in deze gevallen de schadeveroorzakende primaire (mede)sporter is.<sup>171</sup>

Voor een toelichting op de afbakening van de onderzochte rechtspraak in de onderhavige paragraaf – waarbij incidenteel ook werkgeversaansprakelijkheden, risicoaansprakelijkheden en overheidsaansprakelijkheden besproken zullen worden, althans voor zover de overwegingen in die zaak illustratief kunnen zijn voor de inkleuring van de zorgplicht van art. 6:162 BW – verwijs ik voor het overige naar hoofdstuk 1, paragraaf 6.

## 5.2 PRIMAIRE ZORGPLICHTEN

### 5.2.1 ONVOLDOENDE VEILIGHEIDSMATREGELEN OF INSTRUCTIES

Een bekend voorbeeld waarin een sportvereniging jegens haar sporter wegens onvoldoende begeleiding of instructies primair aansprakelijk werd gesteld, is het *Turnster*-arrest. In deze zaak was een 14-jarige turnster bij de uitvoering van een bijzondere oefening uit de ringen gevallen.<sup>172</sup> De turnster kwam hierdoor geruime

168 Voor het onderscheid tussen primaire en secundaire partijen verwijs ik naar hoofdstuk 2, paragraaf 6.1.

169 Zie over het begrip ‘bezoeker’ nader hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.

170 Hiermee duid ik niet op een juridisch gekwalificeerde vorm van onzorgvuldigheid (bijvoorbeeld in de zin van art. 6:162 lid 2 BW). Ik duid hier een feitelijke onzorgvuldigheid aan in de breedste zin van het woord; verwijtbaar en niet-verwijtbaar, opzettelijk of niet-opzettelijk, etc.

171 In de uitspraken waarin er overlap bestaat, in die zin dat de uitspraken onder meerdere categorieën geschaard kunnen worden, wordt telkens bekeken welke aanleiding (het meest) doorslaggevend was in de aansprakelijkheidstoets.

172 HR 6 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1836, NJ 1998/190, m.nt. C.J.H. Brunner (*Turnster*).

tijd in coma te liggen en belandde vervolgens in een rolstoel. Het hof oordeelde dat zowel de trainster, in de begeleiding van de training, als de vereniging, bij het aanstellen van de trainster, tekort waren geschoten in de zorg die van hen jegens de turners kon worden gevergd. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand en overwoog:

‘Klaarblijkelijk en met juistheid is het hof ervan uitgegaan dat, nu bij de activiteiten waarvan hier sprake is, een val met het risico van zeer ernstig letsel op zichzelf niet altijd is te vermijden, het treffen van bijzondere maatregelen ter voorkoming of beperking van de gevolgen geboden is. Dat die maatregelen wellicht niet in alle gevallen voldoende zijn om de gevolgen te voorkomen of aanzienlijk te beperken doet hieraan niet af.’ (r.o. 3.4) [mijn onderstreping, KLM]

Het risico van zeer ernstig letsel is volgens de Hoge Raad op zichzelf bezien dus niet altijd te vermijden – vergelijk de ratio voor de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel – maar in de relatie van het slachtoffer tot de sportvereniging wordt dit argument in deze uitspraak juist gebezigd ter onderbouwing van de stelling dat de sportvereniging en -leraar (meer) maatregelen hadden moeten treffen. In een meer recente uitspraak van de Rechtbank Gelderland werd de aansprakelijkheid van de turninstructeur voor een trampolineongeluk overigens wel afgewezen, daar waar het in die zaak een ervaren turnster betrof en niet kon worden vastgesteld dat de instructeur tekort was geschoten in de zorg die van hem jegens de turnster kon worden gevergd.<sup>173</sup>

Een andere bekende en in paragraaf 3.4.3.1 reeds genoemde uitspraak over de aansprakelijkheid van een sportvereniging betreft het *Skeeler*-arrest.<sup>174</sup> Het ging in deze kwestie om de aansprakelijkheid van een organisatie die beginnerscursussen skeeleren verzorgde, waarbij de cursusleider bij de eerste les had gewezen op de aanwezigheid van valhelmen ‘voor wie daar behoefte aan heeft’. Een van de cursisten viel tijdens een les zeer ongelukkig en overleed vervolgens aan de gevolgen van deze val. De Hoge Raad liet de overweging van het hof in stand:

‘Naar het oordeel van het hof mag van een organisator van een skeelercursus voor beginners in elk geval worden verwacht dat de cursisten voorafgaande aan de cursus indringend worden gewaarschuwd voor die gevaren, aldus dat iedere cursist een afgewogen beslissing kan nemen om tijdens de lessen (en daarbuiten) beschermingsmiddelen te dragen. Dit geldt niet alleen voor het meest gangbare letsel (aan de handen, polsen of knieën), maar ook voor het gevaar van hoofdletsel.’ (r.o. 4.6) [mijn onderstreping, KLM]

Zoals reeds in paragraaf 3.4.3.1 is besproken, leert dit *Skeeler*-arrest met name dat sportverenigingen – in het bijzonder als professionele partij in relatie tot een niet-professionele partij – zich bewust moeten zijn van de *effectiviteit* van de zorg die zij onder de besproken omstandigheden dienen te betrachten. Met andere

<sup>173</sup> Rb. Gelderland 19 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1161.

<sup>174</sup> HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeeler*).

woorden: voor de vraag of de sportvereniging in kwestie aan haar zorgplicht heeft voldaan, is niet alleen van belang óf er gewaarschuwd is, maar ook of de waarschuwing naar verwachting daadwerkelijk effect zal sorteren.

In lijn met deze ‘maatstaf’ van de effectieve zorg, oordeelde de Rechtbank Haarlem dat een kartschool in strijd met haar zorgvuldigheidsplicht handelde door onvoldoende instructies over het gevaar van karten met een hoofddoek te geven.<sup>175</sup> De hoofddoek van de kartster was in de achteras van de kart vast komen te zitten, met letsel tot gevolg. Ondanks dat er wel een bordje met een waarschuwing voor dit gevaar boven de kartbaan hing, had de kartinstructeur de kartster volgens de rechtbank duidelijker (meer indringend, vergelijk het *Skeeler*-arrest) voor het betreffende gevaar moeten waarschuwen.

De vraag of er voldoende gewaarschuwd was, stond ook centraal in een uitspraak van de Rechtbank Alkmaar over de aansprakelijkheid van een exploitant van een zwembad, in welk zwembad een zwemster in ondiep water was gedoken en daarbij letsel had opgelopen. De exploitant had volgens de rechtbank onvoldoende maatregelen getroffen en was daarom voor de gevolgen aansprakelijk. Zo was de toegangsdeur, die zich direct tegenover de ingang van het ondiepe bassin bevond, tegen de instructies in niet op slot, ontbrak enige aanduiding van de diepte op verschillende plaatsen, waren bij het ondiepe gedeelte geen verbods- of waarschuwingsborden aangebracht en was er ook geen enkele melding gemaakt van het feit dat het waterpeil met 26 centimeter was verlaagd.<sup>176</sup> In een vergelijkbare, meer recente uitspraak oordeelde ook de Rechtbank Noord-Nederland dat het ‘meerschapp’ meer maatregelen had moeten nemen om te waarschuwen voor ondiep water, in een zaak waarin een jongen een dwarslaesie opliep toen hij in een ondiep recreatiemeer was gedoken.<sup>177</sup> Aansprakelijkheid van de exploitant werd daarom aangenomen.

De vraag of de sportvereniging in kwestie voldoende (effectieve) maatregelen had getroffen, gegeven de (on)ervarenheid van haar sporters, stond ook centraal in een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.<sup>178</sup> In deze zaak was een onervaren zeilster op een bedrijfsuitje bij het ‘gijpen’ gewond geraakt. Voor haar schade stelde zij de organisator van de zeilwedstrijd aansprakelijk. Het hof overwoog over de te verwachten waarschuwingen:

‘Naar het oordeel van het hof mag van een organisatie van een zeilwedstrijd voor onervaren deelnemers worden verwacht dat het de deelnemers nadrukkelijk en indringend waarschuwt voor die gevaren. Door [de organisatie] is terecht aangevoerd dat van de deelnemers vanwege hun onervarenheid niet verwacht kan worden dat zij bepaalde zeiltermen begrijpen. (...) Met het oog op de bescherming

175 Rb. Haarlem 7 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0511 (*X/Recreatiepark Linnaeushof*).

176 Rb. Alkmaar 9 juni 1983, ECLI:NL:RBALK:1983:AC0910, NJ 1984/215 (*Geertvliet/Staat*).

177 Rb. Noord-Nederland 14 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:951, r.o. 6.11.

178 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2343.

van de deelnemers tegen die gevaren, is het van belang dat de deelnemers duidelijke instructies ontvangen met betrekking tot hun handelen of nalaten.' (r.o. 8.9) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

De zeilorganisatie werd in het tussenarrest toegelaten tot het leveren van tegenbewijs, maar is hierin blijkens het eindarrest niet geslaagd. De verklaringen van de getuigen ontzenuwden immers niet het vermoeden dat de deelnemster aan de zeilwedstrijd door de wedstrijdleiding onvoldoende was gewaarschuwd of geïnstrueerd.<sup>179</sup> Eerder oordeelde het Gerechtshof Leeuwarden bovendien tot aansprakelijkheid van de organisatie van een zeilcursus, in een zaak waarin een cursist was getroffen door de giek van de zeilboot.<sup>180</sup> De instructeur in kwestie had immers nagelaten toereikende maatregelen te treffen om een dergelijke 'klapgijp' te voorkomen. Ook het beroep dat de organisator van de cursus had gedaan op de ervaring van de onderhavige cursist als (zee)zeiler, werd door het hof van de hand gewezen. De organisator van de cursus kon zich niet van diens volledige aansprakelijkheid disculperen met een beroep op de mogelijke onvoorzienbaarheid van wellicht onnodige en onverstandige reacties van cursisten in een gevaarsituatie die (bovendien) is ontstaan als gevolg van het als een normschending te kwalificeren handelen van de instructeur, zo overwoog het hof.

De vraag of er voldoende instructies waren gegeven, stond bovendien centraal in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.<sup>181</sup> In deze zaak had een man na een tochtje met een snelle boot (een zogenoemde Rigid Inflatable Boat ('RIB')) rugklachten gekregen, waarvoor hij de exploitant aansprakelijk stelde, onder meer stellende dat deze had moeten waarschuwen voor gewelddinwerkingen tijdens de boottocht die blijvend letsel kunnen veroorzaken. De rechtbank achtte de gegeven instructies voorafgaand aan de boottocht (onder meer inhoudend dat de deelnemers moesten meebewegen met de golven, blauwe plekken konden oplopen en voorin 'hardere klappen' konden verwachten dan achterin) toereikend. Dat namens de exploitant niet was gezegd dat er blijvend letsel aan de boottocht overgehouden kon worden, deed aan de afwijzing van de aansprakelijkheid niet af. Niet was in de procedure immers gesteld of bewezen dat dit letsel redelijkerwijs te verwachten was tijdens een boottocht op een RIB, zodat ook niet verwacht kon worden dat hiervoor werd gewaarschuwd, aldus de rechtbank (r.o. 4.19). Ook het Gerechtshof Den Haag vond in hoger beroep niet dat de deelnemer was 'blootgesteld aan een groter gevaar dan waarop hij bedacht moest zijn' (r.o. 10), waarna het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigde.<sup>182</sup>

Naast de plicht tot waarschuwen, kan er voor een sportvereniging ook een plicht tot handelen (het treffen van voorzorgsmaatregelen) bestaan. Dit blijkt bijvoorbeeld

179 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:555, r.o. 2.8.

180 Hof Leeuwarden 7 augustus 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AG4077, NJ 2003/207.

181 Rb. Rotterdam 22 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7232.

182 Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:948, r.o. 10.

uit het vonnis *MON/S*.<sup>183</sup> In deze zaak was een deelnemer aan een motorcrosswedstrijd bij het oprijden van een springschans de macht over het stuur verloren, ten val gekomen, van het talud van de schans afgerold en tegen een hard obstakel aangekomen, met ernstige verwondingen tot gevolg. Het hof oordeelde hier dat de organisator tekort was geschoten in de te betrachten zorg tegenover de deelnemers. Het ongeval was immers niet zodanig onwaarschijnlijk dat van de organisatie niet verwacht mocht worden dat zij voorzorgsmaatregelen – hier bestaande uit het verwijderen of afschermen van obstakels – zou nemen.<sup>184</sup>

Dat er (uiteraard) grenzen aan de toezichtsplicht verbonden zijn, markeert in de eerste plaats een vonnis van de Rechtbank Utrecht. In deze zaak werd de exploitant van een zwembad aangesproken door de erven van een overleden zwemmer, die als gevolg van orgaanfalen in het zwembad was verdronken. De verplichting van de badmeesters om voldoende toezicht te houden was volgens de rechtbank een ‘inspanningsverplichting’. Uit het feit dat de zwemmer verdronken was, volgde derhalve niet automatisch dat de badmeesters onvoldoende toezicht hadden gehouden. Nu de badmeesters bovendien conform het geldende toezichtsplan hadden gehandeld en er geen enkele andere aanwijzing voor ‘duidelijk tekortschieten’ aan de zijde van het zwembad bestond, was van een zorgplichtschending geen sprake. In het bijzonder ging de rechtbank niet mee in de stelling van de erven dat de exploitant van het zwembad (meer) fysieke maatregelen had moeten treffen, zoals het aanbrengen van sensoren in het water of de plaatsing van een hoge stoel voor de badmeesters.<sup>185</sup>

Het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch vond bovendien de aansprakelijkheid van een sportvereniging jegens (de ouders van) een 12-jarige leerling die – in afwachting van de trainer die nog in de file stond – alvast de sportzaal had betreden en vervolgens zijn knieschijf had gebroken, een brug te ver. Het nalaten om voldoende tijdig van huis te gaan (met het oog op eventuele files) en het nalaten om vervolgens andere vrijwilligers in te schakelen, kon volgens het hof niet worden beschouwd als een vorm van handelen of nalaten strijdig met enige veiligheids- of andere zorgvuldigheidsnorm.<sup>186</sup>

### 5.2.2 GEVAARLIJKE TERREINEN, MATERIALEN OF ACTIVITEITEN

De primaire aansprakelijkheid van een sportvereniging vanwege letsel ontstaan door ‘gevaarlijke’ objecten op haar terrein, volgde in de eerste plaats in het vonnis

183 Hof ‘s-Hertogenbosch 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AQ1594, *NJ* 2004/367 (*MON/S*).

184 Althans: als het slachtoffer slaagt in het bewijs dat de (mede)organisator c.q. toezichthouder een zodanige inbreng in de wedstrijd heeft gehad, dat zij als (mede)verantwoordelijke is aan te merken.

185 Rb. Utrecht 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ0077. Vgl. de in hoofdstuk 6, paragraaf 5.2.3 te bespreken uitspraak van de Rb. Midden-Nederland 20 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3479, r.o. 4.21, over de aansprakelijkheid van een recreatiepark vanwege de verdrinking van een 14-jarige jongen in de Maarsseveense Plassen.

186 Hof ‘s-Hertogenbosch 22 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC1458, *VR* 2008/32.

van de Rechtbank Roermond, in een zaak waarin een hockeyvereniging aansprakelijk werd gesteld omdat zij 10-jarige jongens had laten hockeyen op een voor 7- of 8-jarigen geschikt miniveldje.<sup>187</sup> Een van de jongens was daarbij tegen een aan de rand van het veld staand bankje gebotst, met letsel tot gevolg. De trainer had de jongens echter niet zelf op dit veldje geplaatst of op enigerlei wijze toegang tot het veldje verschaft; de vereniging had alleen niet ingegrepen toen de jongens hier op eigen initiatief op stonden te spelen. De zorgplichtschending was volgens de rechter daarin gelegen dat de vereniging stringenter had moeten controleren dat alléén doelgroepkinderen het miniveld zouden gebruiken.<sup>188</sup>

Een min of meer vergelijkbare situatie deed zich voor in een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.<sup>189</sup> De hier aangesproken crossclub had volgens het hof onrechtmatig gehandeld door een crossbaan buiten openingstijd niet fysiek af te sluiten, maar op de baan kettingen te plaatsen om te voorkomen dat van de baan gebruik gemaakt zou kunnen worden. Een crosser liep vervolgens letsel op toen hij, vóór openingstijd, een van deze kettingen raakte. Het hof oordeelde dat de aan de crossclub opgelegde schadevergoeding niet op de voet van eigen schuld van art. 6:101 BW verminderd diende te worden: eventuele fouten van de crosser vielen volgens het hof in het niet bij de door de crossclub gemaakte fouten.

Ontvankelijk voor het eigenschuldverweer was daarentegen wel de Rechtbank Almelo, in een zaak waarin een ervaren mountainbiker tijdens een georganiseerde wielertoertocht ten val was gekomen op een niet (goed) zichtbare opgevroren plas op het pad van het parcours.<sup>190</sup> De rechtbank wees de vordering tegen de wielertourclub toe, omdat de situatie noopte tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van de gevolgen van een val door de gladheid van de opgevroren plas. De deelnemers hadden er redelijkerwijs van uit mogen gaan dat zij voor de opgevroren plas zouden worden gewaarschuwd, opdat zij op het slipgevaar konden anticiperen. Nu de wielertourclub dergelijke maatregelen achterwege had gelaten, was de club voor de gevolgen aansprakelijk, temeer daar te verwachten viel dat deelnemers ten gevolge van de opgevroren plas konden uitglijden indien zij niet tijdig zouden worden gewaarschuwd. Nu het slachtoffer echter een ervaren deelnemer van toertochten was, hij op de risico's was gewezen en hij bovendien onverplicht deelnam aan de toertocht, bestond er voor de rechtbank aanleiding om de schadevergoedingsplicht van de wielertourclub met 50% te verminderen. Het vonnis werd in hoger beroep bevestigd, met dien verstande dat twee derde van de schade (in plaats van de helft) voor rekening van de organisator werd gebracht.<sup>191</sup>

187 Rb. Roermond (ktr.) 10 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA2945 (*X/Vereniging*).

188 Voor de volledigheid zij in dit verband ook gewezen op de uitspraak Rb. Amsterdam (ktr.) 24 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6180, waarin het Sport Medisch Centrum Amsterdam aansprakelijk werd gehouden voor de schade die een 8-jarige jongen leed nadat hij een voetbaldoel op zijn hoofd kreeg.

189 Hof 's-Hertogenbosch 3 december 1997, ECLI:NL:GHSHE:1997:AK3873, VR 1999/17 (*Cuijkse Crossclub/Van Geenen*).

190 Rb. Almelo 21 september 2005, ECLI:NL:RBALM:2005:AU3203.

191 Hof Arnhem 2 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL7129 (*X/Tourclub Rijssen*).

Het gedrag van het slachtoffer en met name de mate waarin dit gedrag tot de schade heeft bijgedragen, speelde bovendien een belangrijke rol in een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam. Zo handelde een klimsportvereniging *niet* onzorgvuldig door te kiezen voor een bepaalde manier van zekeren, waarbij een leerling, toen hij zelf de verkeerde karabiner opende, ten val kwam. Deze fout van de leerling was volgens het hof onvoldoende voorzienbaar voor de organisator.<sup>192</sup> Een vliegschool werd evenmin aansprakelijk gehouden voor een ongeval tijdens een cursus schermvliegen, nu niet kon worden vastgesteld dat zij een verwijt kon worden gemaakt en het er, aldus het hof, 'op lijkt dat sprake is geweest van een start- of besturingsfout aan de zijde van het slachtoffer' (r.o. 3.10).<sup>193</sup> Ook geen aansprakelijkheid volgde in een vonnis van de Rechtbank Dordrecht, waarin de aansprakelijkheid van een voetbalschool centraal stond. In deze zaak was de duim van een 15-jarige jongen beklemd geraakt en gedeeltelijk geamputeerd toen de voetbalinstructeur de deur van de kleedkamer van de sporthal had dichtgetrokken.<sup>194</sup> De rechtbank wees de aansprakelijkheid van de voetbalschool van de hand, overwegende dat:

'Een zorgplicht die er op neer komt dat Soccershowdown ervoor moet zorgen dat geen enkel gevaar (op verwonding) voor minderjarige voetballers bestaat, gaat immers in zijn algemeenheid te ver.' (r.o. 5.7)

In dezelfde lijn, rekening houdend met het gedrag van het slachtoffer afgezet tegen de voorzorgsmaatregelen getroffen door de sportvereniging, wees het Gerechtshof 's-Gravenhage een vordering van (de ziektekostenverzekeraar van) een zwemmer ingesteld tegen een recreatiebad af.<sup>195</sup> De zwemmer in deze zaak had gebruik gemaakt van de 'Fly-Over', een attractie waarbij deelnemers door een onder water gelegen buis werden gezogen. De zwemmer raakte hierbij de muur boven de ingang van de buis, met een dwarslaesie tot gevolg. Het zwembad had ter beveiliging echter waarschuwingspictogrammen aangebracht en op de ingang van de mond van de buis waren oranje stootkussens bevestigd, terwijl tevens toezicht werd gehouden door een badmeester. Nu bovendien uit de verklaringen van de zwemmer volgde dat het ongeval een gevolg was van zijn eigen onjuiste taxatie omtrent de precieze locatie van de toegangsbuis, kon niet van onrechtmatig handelen van het zwembad worden gesproken. Daarbij diende volgens het hof bedacht te worden:

'Geen enkele attractie kan immers bescherming bieden tegen alle denkbare eventualiteiten, hoe bizar ook.' (r.o. 9)

192 Hof Amsterdam 8 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7821 (*Student/Mondriaan College*). Het cassatieberoep werd verworpen op grond van art. 81 RO, zie HR 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5354 (*Student/Mondriaan College*).

193 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3874.

194 Rb. Dordrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BW1803.

195 Hof 's-Gravenhage 20 augustus 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AQ5923, VR 2004/109 (*Fly-over*).



In gelijke zin werd de aansprakelijkheid van een organisator van een flyboard-activiteit afgewezen. Een deelnemer had zware hoofdpijn bij de uitoefening van deze activiteit opgelopen en de organisatie daarvoor aansprakelijk gesteld. Het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba overwoog echter dat 'niet gebleken is dat het flyboarden een activiteit is die kans biedt op serieus letsel' en wees bovendien op het element van spanning dat deze activiteit in zich droeg ('en daaraan ook zijn aantrekkingskracht ontleent').<sup>196</sup>

In dit verband zij ook gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland, in een zaak waarin een jongen met zijn hoofd naar voren van de familiegljbaan was gegleden en op de ondiepe bodem terecht was gekomen, waardoor hij een dwarslaesie opliep.<sup>197</sup> Hij stelde het zwembad aansprakelijk wegens gebrekkig toezicht. De rechtbank wees de vordering voor 75% toe, omdat het zwembad had nagelaten toezicht te houden en duidelijk te instrueren over de manier van glijden, zodat de gevolgen van een eventueel ongeval beperkt zouden worden. Een en ander had wel verwacht mogen worden van het zwembad, nu de familiegljbaan zich volgens de rechtbank als een opstal met gevaarlijke kenmerken kwalificeerde (r.o. 5.18). De 25% eigen schuld was gegrond op de feitelijke vaststellingen dat de jongen bier had gedronken, op niet-toegestane wijze van de gljbaan was gegleden en met zijn hoofd vooruit het water inging.

De exploitant van een bowlingcentrum werd eveneens (succesvol) aangesproken, toen een van de deelnemers op de 'approach' van de baan bij het werpen van de bal uitgled over een plas olie.<sup>198</sup> Aansprakelijkheid volgde: de van het sportcentrum te verwachten zorgvuldigheid hield volgens de rechtbank in dat het ervoor had moeten zorgen dat de 'approach' voldoende veilig was en dat daarop geen stoffen aanwezig waren die gladheid konden veroorzaken. De 'gladheid' van een vloer – in deze zaak in de kleedruimten van een subtropisch zwembad – stond bovendien centraal in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.<sup>199</sup> De vordering van een vrouw (op grond van art. 6:174 BW) die over die vloer was uitgegleden, werd afgewezen; volgens het deskundigenrapport was de vloer voldoende stroef. Bovendien was niet gebleken dat de exploitant het risico van 'aquaplanning' had kunnen verminderen.<sup>200</sup>

---

196 GiEA Aruba 8 mei 2019, ECLI:NL:OGEEA:2019:258, r.o. 4.3.

197 Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3055.

198 Rb. Zeeland-West-Brabant 17 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7262.

199 Rb. Rotterdam 19 mei 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AU0295, VR 2005/102.

200 Gewezen zij in dit verband ook op het tussenvonnissen Rb. Oost-Brabant 20 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6554. In deze kwestie was een vrouw uitgegleden op een hellingbaan in een zwembad. Ze stelde het zwembad aansprakelijk. In dit tussenvonnissen gaf de rechtbank de vrouw een bewijsopdracht met betrekking tot de toedracht van de val, en oordeelde dat – indien de vrouw zou slagen in dit bewijs – de exploitant van het zwembad aansprakelijk zou zijn op grond van art. 6:174 BW, nu genoegzaam vaststond dat de vloer in natte toestand niet voldoende stroef was (r.o. 4.17).



Nul op het rekest kreeg ook het slachtoffer van een ongeval op een zijspangrasbaanrace, stellende dat het ongeval door een gat (althans een gleuf, althans een greppel, althans een andere onregelmatigheid) in de baan was veroorzaakt. Het slachtoffer kon in rechte niet bewijzen dat er daadwerkelijk oneffenheden op de grasbaan zaten, hetgeen in verband met het op hem rustende bewijsrisico voor zijn rekening kwam.<sup>201</sup> Risicoaansprakelijk was wel de exploitant van een ijsbaan, in een zaak waarin een schaatser in de spleet van de ijsvloer was blijven steken en deze spleet zich als een gebrekkige zaak liet kwalificeren (art. 6:173 BW).<sup>202</sup> Hetzelfde gold voor de uitbater van een sporthal, vanwege de val van een gebrekkige tribunetrap.<sup>203</sup> Ook de aansprakelijkheid van een sportschool werd toegewezen vanwege een val van een bezoeker over een verhoging in de vloer, zowel vanwege de kwalificatie als gebrekkige opstal (art. 6:174 BW), als vanwege de gevaarzettende situatie die de sportschool daarmee in het leven riep (art. 6:162 BW).<sup>204</sup>

Daarnaast zij gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Maastricht omtrent de primaire aansprakelijkheid van een manege. In deze kwestie was het hekwerk ten gevolge van een loszittende bout en ontbrekende borging op het hoofd van een ruiter gevallen toen zij haar paard terug in de stal zette, waarvoor zij de manegehouder aansprakelijk stelde.<sup>205</sup> De rechtbank overwoog dat de manegehouder een gevaarlijke situatie in stand had gehouden door de ontbrekende borging, maar liet de manegehouder wel toe tot het leveren van tegenbewijs.

De primaire aansprakelijkheid van een zwembad jegens een in een afvoerput beknelde geraakte zwemmer, werd in een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam afgewezen. De ondeugdelijkheid van de afvoerput was immers niet zichtbaar en er had zich sinds de opening in 1917 nimmer een soortgelijk ongeval in het zwembad voorgedaan.<sup>206</sup> Anders oordeelde de Rechtbank Den Haag, die bij de aansprakelijkheid van de exploitant van een tokkelbaan overwoog dat onder andere het feit dat zich nooit eerder een dergelijk ongeval bij de baan had voorgedaan, niet aan de aansprakelijkheid van de exploitant afdeed. Nu de baan onvoldoende hoogte had, waardoor men met de voeten de grond kon raken zonder volledig tot stilstand te zijn gekomen – hetgeen bij een van de deelnemers tot letsel aan zijn linkervoet had geleid – volgde aansprakelijkheid van de exploitant van de tokkelbaan.<sup>207</sup>

Niet aansprakelijk was een kartvereniging voor het enkele feit dat zij een 7-jarig kind in een kinderkaart had laten rijden, waarna de jongen frontaal tegen de rand van de kartbaan was gebotst en letsel had opgelopen. Aansprakelijkheid kon volgens de rechtbank slechts worden aanvaard indien vast zou komen te staan dat

201 Rb. Gelderland 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6356 (*Ongeval tijdens grasbaan-motorraces*).

202 Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD7436, r.o. 2.6.3.

203 Hof Den Haag 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2331.

204 Rb. Amsterdam 17 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:271, r.o. 4.7.

205 Rb. Maastricht 22 december 2004, ECLI:NL:RBMAA:2004:AS3250.

206 Hof Amsterdam 5 december 1991, ECLI:NL:GHAMS:1991:AB9259, NJ 1992/824 (*Van der Vlist/ Stoop's*).

207 Rb. Den Haag 27 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7388.

het laten karten van kinderen van 7 jaar zodanig gevaarlijk is en zodanige extra en niet te vermijden risico's met zich brengt, dat dit de kartvereniging had behoren te weerhouden om kinderen niet te laten deelnemen aan het karten. Daarvan was in rechte niet gebleken. Wel zag de rechtbank een (eigen) verantwoordelijkheid voor de *ouders* van de kinderen die hadden besloten om hun kinderen te laten karten. Zij dienden er volgens de rechtbank in beginsel en tot op zekere hoogte rekening mee te houden dat hun kinderen een botsing konden krijgen met de kart en dat zij ten gevolge daarvan letsel konden oplopen.<sup>208</sup> De organisator van motorcrosswedstrijden werd daarentegen wél aansprakelijk gehouden in een zaak waarin een 12-jarig kind tijdens een wedstrijd tegen een boom aanreed, die gebruikt werd voor de bevestiging van de buitenste afzetting van het circuit en zich vlak voor een bocht bevond.<sup>209</sup> De rechtbank oordeelde dat de kans dat iemand – in het bijzonder een kind van 12 jaar – tijdens het motorcrossen, hetgeen een gevaarlijke sport is, buiten de baan terecht komt, aanzienlijk moet worden geacht. In het bijzonder werd ten aanzien van de leeftijd van de deelnemer overwogen:

‘Van kinderen van 12 jaar mag daarenboven niet worden verwacht, ook niet als zij al vaker wedstrijden hebben gereden, dat zij een zelfde stuurvermogen, motorbeheersing en anticipatievermogen hebben als volwassenen.’ (r.o. 4.12)

De rol van de ouders – en het risico dat zij hadden genomen door hun kinderen te laten motorcrossen – speelde in dit (uitvoerig gemotiveerde) vonnis van de rechtbank geen rol.

Ook een deelnemer die tijdens een skeelerwedstrijd uit de bocht vloog en tot stilstand kwam tegen een niet van beschermingsmateriaal voorziene boom, sprak met succes de stichting aan die de skeelerwedstrijd organiseerde.<sup>210</sup> Volgens het hof had de stichting onrechtmatig gehandeld door onvoldoende veiligheidsmaatregelen te treffen. Van haar had verwacht mogen worden dat zij op een zodanige wijze voor de veiligheid van het parcours zorg zou dragen (bijvoorbeeld door het plaatsen van netten, kussens of hogere strobalen), dat een dergelijk gevaar zich niet zou realiseren. In gelijke zin werd een schaatsclub aansprakelijk gesteld voor schade geleden door een amateurschaatsster, toen zij met de boarding in aanraking kwam en letsel opliep.<sup>211</sup> De *Kelderluik*-factoren afwegend, oordeelde de rechtbank dat de

208 Rb. Leeuwarden 8 februari 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BV5461 (*Kinderkart*).

209 Rb. Utrecht 21 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY8897.

210 Hof Arnhem 10 november 1998, ECLI:NL:GHARN:1998:AE5245, NJ 2002/264 (*Stichting Skeeler Marathons/Faber*). In dit verband zij ook gewezen op Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1426, omtrent de aansprakelijkheid van een parcoursbouwer (strikt genomen geen sportvereniging), die een mobiele hindernis op een parcours voor paardenraces (in strijd met de reglementen) niet had vastgezet. Een ruiter liep hierdoor letsel op en stelde de parcoursbouwer en de paardenvereniging (succesvol) aansprakelijk. Het in de grond verankeren van de hindernis met een L-ijzer of het stutten ervan met zware balken was immers niet bezwaarlijk geweest, aldus het hof in r.o. 4.4.9.

211 Rb. Amsterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH5646.

schaatsclub verdergaande voorzorgsmaatregelen had moeten treffen, zoals het aanbrengen van kussens op de betreffende plek.

Ook zijn er diverse uitspraken bekend waarin deelnemers aan stormbanen of vergelijkbare parcoursen schade oplopen, en de beheerder of organisatie van die stormbaan aansprakelijk stellen. Gewezen zij ten eerste op een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, waarin een 11-jarige jongen in het kader van een sportevenement van een 'stormbaan' (een groot luchtkussen) was gevallen.<sup>212</sup> De aansprakelijkheidsvordering tegen de organisator werd afgewezen: weliswaar kon van de organisator een zekere vorm van toezicht en begeleiding worden gevergd (r.o. 4.4), maar hieraan had hij voldaan door de inzet van medewerkers en vrijwilligers, die slechts één kind tegelijk op de stormbaan toelieten en instructies gaven over het gebruik ervan (r.o. 4.6). In de tweede plaats zij gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Breda, waarin een 17-jarige deelnemer tijdens een zeskamp in een 50 centimeter diepe modderbak was gedoken en daarbij zijn nek brak.<sup>213</sup> De rechtbank stelde voorop dat de hindernis naar haar aard niet zó gevaarzettend was, dat reeds daarom speciale veiligheidsmaatregelen noodzakelijk waren. Nu echter reeds eerdere deelnemers de hindernis op dezelfde wijze namen (door in die bak te duiken), had het wel op de weg van de organisatie gelegen om in te grijpen (r.o. 3.4). Desondanks werd 50% eigen schuld van de deelnemer aangenomen. In de derde plaats zij gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Dordrecht, waarin een man tijdens het afdalen van een stormbaan beklemd raakte met zijn vingers, waardoor hij zijn vinger deels moest laten amputeren.<sup>214</sup> De aansprakelijkheid van de exploitant werd toegewezen, omdat er onvoldoende voorzorgsmaatregelen waren getroffen. De rechtbank overwoog:

'Het bedrijfsmatig exploiteren van een stormbaan, waarvan een hindernis zoals hiervoor omschreven deel uitmaakt, en waaraan men ongeacht zijn conditie, leeftijd en mate van sportieve ervaring deel kan nemen, brengt dan mee dat de exploitant een bijzondere zorgvuldigheid moet betrachten om ongevallen zoveel mogelijk te voorkomen, dan wel de gevolgen daarvan zoveel mogelijk te beperken.' (r.o. 17)

De aansprakelijkheid van een exploitant van een trampolinepark voor een val van een bezoeker werd bovendien toegewezen.<sup>215</sup> De rechtbank stelde de *contractuele* zorgplicht voorop, nu – door een kaartje te kopen en het trampolinepark te betreden – tussen de bezoeker en het trampolinepark een overeenkomst van opdracht tot stand was gekomen (art. 7:400 BW).<sup>216</sup> Mede de *Kelderluik*-factoren in acht nemend,

212 Rb. Amsterdam 25 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5015.

213 Rb. Breda 28 november 1995, *NJKort* 1996/10.

214 Rb. Dordrecht (vzr.) 10 juni 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AP1331.

215 Rb. Gelderland 23 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:224.

216 Vgl. de redenering van Van Rooij 2017, p. 344 in haar proefschrift, inhoudende dat tussen de particuliere beheerder in het semipublieke domein en de bezoekers een verblijfsovereenkomst tot stand kan komen, hetzij omdat partijen via de aanschaf van een entreebewijs een overeenkomst aangaan, hetzij omdat de bezoeker bij het binnentreden in een semipublieke ruimte impliciet het aanbod aanvaardt dat is gedaan door de particuliere beheerder, inhoudende de toegang tot en

oordeelde de rechtbank dat het trampolinepark aansprakelijk was. De foampit<sup>217</sup> was immers niet zodanig geïnstalleerd en/of gemonteerd dat bij normaal en te verwachten gebruik geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid van personen bestond, terwijl ‘van een goed opdrachtnemer’ wel verwacht had mogen worden dat hij de aanwezige speeltoestellen zo aanbood en onderhield dat zij bij normaal gebruik door bezoekers voor hen geen gevaar opleverden (r.o. 4.5 en 4.9).

Een tweetal uitspraken van de Rechtbank Utrecht markeert – in navolging van de uitspraken hiervoor – de casuïstiek die ook in de voornoemde uitspraken besloten ligt. In de eerste zaak was een vrijwilliger bij een scoutingvereniging van een kabelbaan gevallen.<sup>218</sup> De vordering tegen de scoutingvereniging uit onrechtmatige daad werd toegewezen. De rechtbank achtte een dergelijke activiteit op hoogte ‘per definitie’ gevaarlijk. Tegen die achtergrond rustte op de vereniging een zorgplicht, inhoudende dat zij instructies met betrekking tot de veiligheid diende te formuleren en op de naleving daarvan diende toe te zien, hetgeen zij had nagelaten (r.o. 4.13). Meer concreet had de vereniging, gelet op de aanzienlijke kans op ongevallen met ernstige gevolgen, bijvoorbeeld het gebruik van een veiligheidstuig moeten voorschrijven en controleren (r.o. 4.14). In de tweede uitspraak was een vrouw van een zogenoemde ‘klauterhelling’ gevallen, waarna de helling inzakte en de vrouw ten val kwam.<sup>219</sup> Voor de schade stelde zij de organisator aansprakelijk. De rechtbank stelde bij haar beoordeling de *Kelderluik*-factoren voorop, en – nu de organisator een klimsysteem hanteerde, een risicoanalyse had gemaakt en de klauterhelling had getest – wees de aansprakelijkheid vervolgens af (r.o. 5.4 en 5.5).

Voor de volledigheid zij tot slot opgemerkt dat niet alleen sportverenigingen, maar alle exploitanten van ruimten onder wiens toezicht sport beoefend wordt, zich dienen te vergewissen of de ruimte daar wel geschikt voor is.<sup>220</sup> Ter illustratie zij

---

het gebruik van zijn ruimte. Zie hierover en over de verschillende buitencontractuele of contractuele grondslagen voor aansprakelijkheid, eerder hoofdstuk 2, paragraaf 3.1.

217 Zijnde de landingsbak naast de trampoline, gevuld met zachte schuimblokken.

218 Rb. Utrecht 14 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1412 (*Henk Brunt Groep en ASR Schadeverzekering*). Aangetekend dient te worden dat de activiteiten van de scoutingvereniging niet bedrijfsmatig waren, waardoor de vrijwilliger zich in dit geval op art. 6:162 BW beriep. Een vrijwilliger kan, onder omstandigheden, namelijk ook onder de reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW vallen en zich daarmee op de zorgplicht van de werkgever beroepen (vgl. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3142, *NJ* 2018/209, m.nt. S.D. Lindenbergh).

219 Rb. Utrecht 7 maart 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA0230.

220 Alhoewel het ook in deze zaak niet om de aansprakelijkheid van een sportvereniging ging, zij volledigheidshalve ook gewezen op een uitspraak van het Hof Amsterdam 28 december 2010, *VR* 2012/75. In deze kwestie was een politieagente in het kader van een sportdag van de personeelsvereniging van het politiekorps gewond geraakt bij het spel ‘levende sjoelbak’, doordat zij bij het verlaten van de sjoelbak uitgleed. De vordering tegen de personeelsvereniging uit hoofde van de onrechtmatige gevaarstelling werd toegewezen, nu – kort gezegd – ‘niet is gesteld en anderszins is evenmin gebleken dat de Vereniging met het oog hierop [de gladheid van de planken] adequate voorzorgs- of veiligheidsmaatregelen heeft getroffen’ (r.o. 3.12) [mijn bewerking, KLM]. Dat de sportdag was georganiseerd door (een vrijwilligerscommissie van) een personeelsvereniging (r.o. 3.13) leidde niet tot een ander oordeel (r.o. 3.15). Vgl. ook Rb. Amsterdam 1 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5470, over de aansprakelijkheid van een organisatiebureau voor een

gewezen op een uitspraak waarin het hof, aldus de Hoge Raad, te snel voorbij was gegaan aan de vordering tot aansprakelijkheid van het Land Curaçao in een zaak waarin een gedetineerde tijdens zijn detentie in een gevangenis in Curaçao een dwarslaesie had opgelopen. De gedetineerde was tijdens het voetballen op de binnenplaats van een cellenblok uitgeleden en met zijn hoofd tegen een betonnen zijmuur aangekomen. Vaststond immers dat op de binnenplaats regelmatig werd gevoetbald, dat de vloer daarvoor niet geschikt (te glad) was en dat de gevangenisleiding desondanks de gelegenheid had geboden om op de binnenplaats te voetballen.<sup>221</sup>

### 5.3 SECUNDAIRE ZORGPLICHTEN

#### 5.3.1 ONVOLDOENDE VEILIGHEIDSMATREGELEN OF INSTRUCTIES

Illustratief voor de secundaire aansprakelijkheid van een sportvereniging wegens het treffen van onvoldoende, of eigenlijk *onjuiste* instructies, is in de eerste plaats het vonnis *X/Haagse Rugby Club*.<sup>222</sup> In deze kwestie was een onervaren jeugdspeler door zijn trainer op een risicovolle positie op het veld geplaatst, waarna hij door een inkomende tegenstander werd geraakt. Het hof oordeelde dat rugby op zichzelf wel een geschikte sport is om als onervaren (jeugd)speler te beoefenen, maar niet op deze positie. Aansprakelijkheid volgde, nu, blijkens een advies van de Nederlandse Rugby Bond, spelers met minder dan een jaar ervaring – deze jongen zat een krappe vier maanden op rugby – niet op de betreffende positie opgesteld dienden te worden. De rugbyvereniging had alleen al door het negeren van dit advies – mede in het licht van de geschetste risico's in 'The Handbook of Rugby' – in strijd met haar zorgvuldigheidsplicht gehandeld. Het gebrek aan instructies kwam ook een paintballvereniging duur te staan, toen deze haar deelnemers niet had verplicht om ook na afloop van het spel – in de zogenoemde 'vrije zone' – een masker te blijven dragen. Eén deelnemster had haar masker in deze zone afgedaan, waarna zij in haar oog werd geraakt door een verfkogel van een paintballgeweer dat daar door een andere deelnemer werd geleegd. De rechtbank overwoog dat aan paintballgeweren ernstige en blijvende risico's zijn verbonden, zodat van de organisatie strenge veiligheidsmaatregelen kunnen worden verlangd, teneinde dit risico zoveel als mogelijk te beperken. Dat risico bestaat tijdens het spel en daarna, namelijk zolang de paintballgeweren zijn geladen. De organisatie had de deelnemers moeten instrueren de maskers op te houden zolang de wapens niet waren ontladen en had daarop tevens moeten toezien.<sup>223</sup>

---

werknemer die letsel opliep tijdens een activiteit als onderdeel van een leiderschapsprogramma. De aansprakelijkheid van de organisator werd afgewezen, nu van gevaarzettend handelen geen sprake was (r.o. 4.14). Vgl. voorts ook de in hoofdstuk 3 besproken jurisprudentie over gymnoge-  
vallen op scholen.

221 HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47, NJ 2013/366 (*Martina/Curaçao*).

222 Rb. 's-Gravenhage 28 oktober 1998, ECLI:NL:RBSGR:1998:AK3959, VR 2000/156 (*X/Haagse Rugby Club*).

223 Rb. Dordrecht 29 juni 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AT8490 (*Paintball*).

Blijkens het vonnis *X/Motorclub Flying Boetoe* werden onvoldoende veiligheidsmaatregelen getroffen door een motorclub, in een kwestie waarbij een 19-jarige jongen tegen twee andere motorcrossers botste die achter een bult een afgeslagen motor trachtten aan te duwen.<sup>224</sup> De motorclub was volgens de rechtbank tekortgeschoten in zijn zorgplicht, door tijdens deze training slechts twee toezichthouders in te zetten.

In een uitspraak van de Rechtbank Arnhem werd bovendien een evenementenorganisatie aansprakelijk gesteld voor de schade ingetreden tijdens een mountainbikewedstrijd.<sup>225</sup> Tijdens het 'clearen' van een trap in dit parcours was een deelnemer gevallen en tegen een toeschouwer gebotst.<sup>226</sup> Deze toeschouwer liep letsel op, waarvoor hij onder andere de evenementenorganisatie aansprakelijk hield. Hij stelde daartoe dat de organisatie onvoldoende veiligheidsmaatregelen zou hebben getroffen om het ongeval te voorkomen. De rechtbank oordeelde dat, gegeven het karakter van de wedstrijd, valpartijen in het onderhavige geval voorzienbaar waren. De organisatie had verzuimd de toeschouwers met borden c.q. folders te waarschuwen, en zij had de toeschouwers evenmin fysieke bescherming geboden, hetgeen kennelijk wel van haar verwacht mocht worden. De rechtbank toetste hier dus uitvoerig aan de in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.1 besproken *Kelderluik*-factoren, waarbij de voorzienbaarheid van de schade een sleutelrol speelde, en oordeelde vervolgens tot aansprakelijkheid. In een vergelijkbare uitspraak werd ook de organisator van een wielervedstrijd door de Rechtbank Rotterdam aansprakelijk gehouden, toen bleek dat de organisator de dranghekken niet goed aan elkaar had verbonden. Nadat één wielrenner dit dranghek had geraakt, waren daardoor een paar andere wielrenners ten val gekomen.<sup>227</sup> Gewezen zij in dit verband ook op een oudere uitspraak van de Rechtbank Groningen, waarin een motorrijder op een circuit ten gevolge van een blokkerende voorrem ten val was gekomen en met zijn motorrijwiel tussen de toeschouwers was gekomen, als gevolg waarvan een toeschouwer schade leed.<sup>228</sup> De aansprakelijkheid werd in deze zaak (wel) van de hand gewezen: de getroffen veiligheidsmaatregelen (waaronder een breeklint van strozakken met daarachter een draadbeveiliging van drie draden hoog) waren voldoende.

Tot slot zij in dit verband gewezen op een uitspraak over de aansprakelijkheid van ADO Den Haag, vanwege het niet ingrijpen van 'regelmatig en bij herhaling ontoe-

224 Rb. Arnhem 27 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4768 (*X/Motorclub Flying Boetoe*) (tussenvonnis); Rb. Arnhem 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT7268 (*X/Motorclub Flying Boetoe*) (eindvonnis).

225 Rb. Arnhem 14 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU6757 (*Berg tot Berg Race*).

226 'Clearen' is het op een bepaalde manier springen, waarbij de mountainbike alleen in aanraking komt met de hoek van de treden van de trap.

227 Rb. Rotterdam 17 oktober 1996, ECLI:NL:RBROT:1996:AJ6448, VR 1998/91 (*X/Stichting Wielerronde van Berkel*).

228 Rb. Groningen 24 februari 1978, ECLI:NL:RBGRO:1978:AJ4609, VR 1979/45.



laatbare antisemitische spreekkoren' tijdens thuiswedstrijden.<sup>229</sup> Alhoewel volgens de KNVB-regels én de eigen huisregels van ADO Den Haag op haar de plicht rustte om tegen langdurige, dan wel – in geval van kortstondigheid – herhaalde antisemitische spreekkoren 'onmiddellijk op te treden', had zij dat nagelaten. Sterker nog: op grond van de uitlatingen van ADO Den Haag in de procedure moest worden aangenomen dat zij ook in de toekomst niet zou ingrijpen. De rechter kwalificeerde dat nalaten niet alleen op grond van de maatschappelijke betamelijkheid van art. 6:162 lid 2 BW, maar juist óók op grond van de KNVB-regels en de eigen huisregels als onrechtmatig.<sup>230</sup>

### 5.3.2 ONZORGVULDIG HANDELEN VAN (MEDE)SPORTERS

De (secundaire) aansprakelijkheid van een kartvereniging werd afgewezen in een uitspraak van de Rechtbank Zutphen.<sup>231</sup> In deze zaak werd een kartvereniging aangesproken voor de schade die twee in de pitstraat (de locatie waar de kart verlaten wordt) wachtende deelnemers van groep 2 opliepen, toen een rijdende deelnemer van groep 3 zich vergiste en in de pitstraat op hen botste. Het verwijt was dat de kartvereniging onvoldoende toezicht had gehouden op de pitstraat: als zij dat wel had gedaan, dan had zij kunnen opmerken dat er nog deelnemers van groep 2 in de pitstraat stonden, terwijl de race van groep 3 reeds was aangevangen. Ondanks het feit dat groep 3 al was begonnen voordat groep 2 uit de pitstraat was vertrokken, en het feit dat de rechtbank onderkende dat karten 'aanzienlijke risico's met zich meebrengt' en ter zake een 'bijzondere zorgplicht' op de kartvereniging rustte, werd de aansprakelijkheid van de hand gewezen. De rechtbank overwoog vervolgens:

'Onder deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat Indoor Karting ernstig verwijtbaar is tekortgeschoten door haar personeel niet zodanig te instrueren dat zij, nadat de deelnemers aan een afgelopen heat de pitstraat waren ingereeden, de pitstraat aan de vanuit die deelnemers gezien achterzijde dienden af te sluiten (bij-

229 Zie Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4406 (*Stichting BAN/ADO Den Haag*). Zie hierover nader Nij Bijvank 2012, p. 17. Vgl. in dit verband ook het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3395, waarin de Stichting BAN de KNVB aansprak wegens aanhoudende antisemitische spreekkoren bij wedstrijden van Ajax. Stichting BAN stelde zich meer in het bijzonder op het standpunt dat de spreekkoren tijdens de KNVB Bekerfinale van 20 april 2014 antisemitisch en ongewenst waren en dat KNVB onrechtmatig jegens haar had gehandeld door niet op te treden. Het kort geding (in hoger beroep) werd wegens het gebrek aan spoedeisend belang afgewezen, nu Stichting BAN geen actie ondernam richting Ajax ('terwijl juist Ajax geacht moet worden op de ontstane praktijk aanmerkelijke invloed te kunnen uitoefenen', r.o. 4.6) en aannemelijk was dat er door KNVB werd gewerkt aan het terugdringen van de bewuste spreekkoren.

230 Een ander voorbeeld vormt het tussenarrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3429, waarin het bepaalde in de KNVB-voorschriften omtrent de uitloopruimte van een speelveld van belang was bij de invulling van de zorgplicht van de sportvereniging in kwestie. Een eindvonnis is niet bekend of gepubliceerd.

231 Rb. Zutphen 24 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL9505 (*Hollander Techniek/Indoor Karting De Harder*).



voorbeeld door middel van pionnen) en de afsluiting eerst ongedaan te maken nadat alle deelnemers aan die heat uit hun carts waren gestapt en de pitstraat hadden verlaten en alle deelnemers aan de volgende heat in hun carts hadden plaatsgenomen. Evenmin is Indoor Karting ernstig verwijtbaar tekortgeschoten door haar personeelsleden niet op te dragen om er op toe te zien dat deelnemers aan een (nieuwe) heat niet anders dan allemaal tegelijk het circuit zouden oprijden.' (r.o. 5.9) [mijn onderstreping, KLM]

Relevant waren ook de omstandigheden dat de kartvereniging had medegedeeld dat deelname op eigen risico geschiedde en dat de manoeuvre van de botsende karter bovendien 'zo onwaarschijnlijk' was dat de sportvereniging daar geen rekening mee had behoeven te houden in termen van toezicht en preventie. De voorzienbaarheid – of beter gezegd: het gebrek daaraan – speelde hier dus een belangrijke rol bij de afwijzing van de aansprakelijkheid.

Wel voorzienbaar was de schade voor een exploitant van een kartbaan die ervaren en onervaren karters 'vrij' door elkaar had laten rijden, waarna deze met elkaar in botsing kwamen. Dit 'door elkaar laten rijden' vereiste volgens de rechtbank vlaggers op de baan en extra toezichthouders (r.o. 4.24 en 4.26).<sup>232</sup> In het *Van den Hoek/Pots*-arrest werd bovendien geoordeeld dat een kartbaan onrechtmatig had gehandeld door een kartwedstrijd te laten plaatsvinden op een baan waarvoor de licentie was onthouden vanwege een aantal gevaarlijke bochten in het circuit.<sup>233</sup> Een deelnemer aan een kartwedstrijd raakte vervolgens gewond doordat een andere deelnemer met zijn kart van de baan raakte en op het baangedeelte van de deelnemer terecht kwam. Het hof constateerde dat de landelijke kartfederatie een licentie aan de baan had onthouden, onder andere omdat de baan 'enkele onveilige plaatsen' bevatte. Precies op die plaats trad de uiteindelijke schade in. De kartvereniging had dus onrechtmatig gehandeld door de wedstrijd te laten plaatsvinden op deze baan. In gelijke zin handelde een voetbalvereniging onrechtmatig jegens andere deelnemers van de KNVB-competitie – en het bijzonder de gelaedeerde – door een wegens wangedrag door de bond geschorste speler te laten deelnemen aan die competitie. Voor het vervolgens door die geschorste speler veroorzaakt letsel, was de voetbalvereniging aansprakelijk.<sup>234</sup>

Gewezen zij in dit verband ook op een arrest van de Hoge Raad in een zaak waarin tijdens een zeilweekend van een studentenvereniging op een motorboot en door toedoen van andere deelnemers brand was ontstaan, waardoor het slachtoffer brandwonden had opgelopen.<sup>235</sup> Het slachtoffer stelde de vereniging als organisa-

232 Zie Rb. Oost-Brabant 17 mei 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2753.

233 HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9994, NJ 2012/405, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Van den Hoek/Pots*).

234 Rb. Amsterdam 9 juli 1992 ECLI:NL:RBAMS:1992:AJ5951, VR 1993/103.

235 HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Groot/lo Vivat*). Zie over dit arrest (en het adagium 'in pari delicto'), Keirse & Pajmans 2017, p. 213-214. Omdat het hier de aansprakelijkheid van een organisatie (studentenvereniging) van een sportevenement (zeilweekend) betrof, wordt de uitspraak in dit hoofdstuk besproken, maar wordt

tor van het zeilweekend aansprakelijk, omdat deze onvoldoende toezicht zou hebben gehouden. In de (meer uitvoerige en principiële) overwegingen van het hof, die in de bevestigende uitspraak van de Hoge Raad werden overgenomen, werd vooral de eigen verantwoordelijkheid van de 'zeilers' vooropgesteld:

'(...) dat in een geval als het onderhavige – waarin sprake is van een studentenvereniging met een gezelligheidskarakter, waaronder een aantal commissies vallen zoals onder meer de commissie watersport (...) – geen al te hoge eisen mogen worden gesteld aan het toezicht en de aard daarvan op activiteiten van de vereniging. Daarbij speelt mee dat de organisatie van de vereniging (...) en de commissie (...) berust bij leden van die vereniging, zodat het de leden zelf zijn die verantwoordelijk zijn voor de organisatie van activiteiten en het toezicht daarop. Zulks brengt mee dat op de deelnemers aan activiteiten van de vereniging een grote mate van eigen verantwoordelijkheid rust.' (r.o. 3.4) [mijn onderstreping, KLM]

Gegeven dit kader, overwoog het hof vervolgens dat niet gesteld of gebleken was dat de vereniging als organiserende actor op enig punt faalde door een gevaarlijke situatie in het leven te roepen. Immers, de organisatie van het zeilweekend was niet 'voorzienbaar gevaarlijk', en bovendien beschikte de organisatie niet over een grotere kennis op het gebied van varen met een motorboot en de daarmee samenhangende veiligheid dan de individuele deelnemers die zich op die motorboot bevonden. Daarnaast had de student als commissielid het toezicht betracht dat hij de vereniging verweet te hebben nagelaten (en als op de organisatie al enige toezichtsverplichting rustte, dan was dit toezicht neergelegd bij de watersportcommissie, waarvan de student zelf deel uitmaakte). Bovendien was volgens het hof voor de organisatie niet voorzienbaar dat de deelnemers op de motorboot zouden gaan schommelen met als gevolg dat de slang van een gasfles zou losschieten en een steekvlam zou veroorzaken, welke vlam de student uiteindelijk zou treffen, waardoor hij gewond zou raken (r.o. 9). Dit oordeel van het hof gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.6.2.

Ook de secundaire aansprakelijkheid van een motorsportbedrijf werd afgewezen in een zaak van de Rechtbank Gelderland.<sup>236</sup> In deze zaak was een rallyauto in botsing gekomen met een andere auto, waarbij de bestuurder van een van de bestuurders (een instructeur) blijvend letsel opliep. De aansprakelijke primaire partijen (de organisator van de clinic, de rallybestuurder en diens verzekeraar)<sup>237</sup> riepen vervolgens onder meer het organiserend motorsportbedrijf op grond van

---

hieraan ook gerefereerd bij de bespreking van de secundaire aansprakelijkheid van studentenverenigingen in hoofdstuk 6.

236 Rb. Gelderland 15 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:214.

237 Zie Rb. Gelderland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:484, r.o. 4.25 en 4.26. De organisator van de rally was (mede)aansprakelijk, in essentie omdat hij had toegelaten dat verschillende auto's tegelijkertijd op de baan gingen, terwijl hij wist dat deze auto's zodanig riskant zouden gaan rijden dat de sensatie van rallyrijden op de deelnemers werd overgebracht. Dit leidde tot het voorzienbare gevaar dat deze auto's met elkaar in botsing zouden komen, met mogelijk ernstig letsel tot gevolg, aldus de rechtbank.

art. 6:170 BW in vrijwaring op, stellende dat het motorsportbedrijf zijn verplichtingen tot het geven van (veiligheids)instructies jegens de rallybestuurder niet was nagekomen. De aansprakelijkheid werd door de rechtbank afgewezen, in essentie omdat de rallybestuurder niet als ondergeschikte van de motorsportorganisatie kon worden aangemerkt. Daartoe achtte de rechtbank relevant dat het incident had plaatsgevonden na de clinic, tijdens een onderdeel dat niet georganiseerd was ('een extraatje waarin de rallybestuurder heeft besloten te participeren'). De rechtbank overwoog vervolgens:

'Gezien de rol van [de rallybestuurder] bij de clinic en de vrijblijvendheid van het verzoek van [motorsportbedrijf], waarop [de rallybestuurder] zelf heeft besloten te participeren, is er naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van een ondergeschiktheidsverhouding tussen [de rallybestuurder] en [het motorsportbedrijf] Het enkele feit dat [het motorsportbedrijf] [de rallybestuurder] heeft aangesproken op het dragen van zowel gordel als helm maakt niet dat [de rallybestuurder] ondergeschikt zou zijn.' (r.o. 4.8) [mijn bewerking, KLM]

De secundaire aansprakelijkheid van een zwembad werd, tot slot, afgewezen in het vonnis *Kurkowska/Gemeente Groningen*, in een zaak waarbij een jongen in een zwembad door een groep onbekende jongens werd ingesloten en mishandeld.<sup>238</sup> De rechtbank wees aansprakelijkheid van het zwembad af, nu het incident plotse-ling plaatsvond en de badmeester ingreep zodra hij merkte dat er iets aan de hand was. De onvoorspelbaarheid en het afwijkende gedrag van de primaire medesporters maakten dat van de secundaire partij kennelijk niet anders handelen verwacht had mogen worden, althans: anders handelen zou het intreden van de schade niet hebben verhindert.

## 6 CONCLUSIE: DE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN SPORTVERENIGINGEN

### 6.1 DE (SECUNDAIRE) AANSPRAKELIJKHEID VAN SPORTVERENIGINGEN: ALGEMENE CONCLUSIES

Uit de besproken rechtspraak, literatuur en wet- en regelgeving volgt dat op sportverenigingen de (zorg)plicht rust om toezicht te houden op hun bezoekers (veelal sporters), met het voornaamste doel om letsel bij of na de sportbeoefening te voorkomen of in omvang te beperken. Dat die noodzaak bestaat, en dat er voor wat betreft de veiligheid op sportverenigingen nog terrein te winnen valt, volgt bovendien uit de besproken empirische onderzoeken. Alhoewel de ernst en oorzaken van de sportblessures uiteenlopen, vormt het letsel dat op en rondom sportverenigingen wordt opgelopen een substantieel onderdeel van het totale letsel dat per jaar door ongevallen ontstaat. Daarnaast is het aantal sportblessures nog altijd

<sup>238</sup> Rb. Groningen (ktr.) 28 februari 2003, ECLI:NL:RBGRO:2003:AJ6927, VR 2003/123 (*Kurkowska/Gemeente Groningen*).

aanzienlijk en blijft ongewenst gedrag (vandalisme, diefstal, seksueel misbruik) op sportverenigingen een aanhoudend probleem.

Voor wat betreft de aansprakelijkheid wegens letsel opgelopen in sport- en spelsituaties, dient bedacht te worden dat in de relatie tussen de sporters *onderling* een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel (lichtere aansprakelijkheidstoets) geldt. Aansprakelijkheid voor schade ontstaan in een sport- en spelsituatie zal, gezien de contextgebonden verwachtingen, ten opzichte van de medesporter dus minder snel worden aangenomen.<sup>239</sup> Alhoewel risicoaanvaarding als juridisch leerstuk niet meer lijkt te bestaan, werkt het gegeven dat deelnemers aan een sport of spel zich vrijwillig in die situatie begeven – met alle daaraan verbonden risico's van dien – op deze wijze wel door in de vraag naar de primaire aansprakelijkheid van de medesporter.<sup>240</sup>

Deze (gedachte achter de) verhoogde aansprakelijkheidsdrempel tussen sporters onderling, kan in mijn optiek ook kleuring geven aan de secundaire zorgplicht van sportverenigingen, zoals deze aan de hand van onder meer de voorzienbaarheidseis uit het *Kelderluik*-arrest beoordeeld zal worden. Niet alleen de sporters, maar ook de sportverenigingen hebben immers kennis of behoren kennis te hebben van het feit dat binnen deze sportruimte een bepaalde mate van schadeveroorzakend gedrag (duwen, trekken, slaan met sticks of rackets, trappende bewegingen) in het kader van sport en spel genormaliseerd is. De beheerder van de sportvereniging tolereert dus gedrag waaraan bepaalde risico's zijn verbonden, waarvan bekend is dat dit gedrag buiten de sport- en spelcontext en in het normale maatschappelijk verkeer (zoals in de andere onderzochte ruimten) niet getolereerd zou worden. Alhoewel de beheerders van deze ruimten – net als de andere secundaire partijen – hebben te kampen met het weinig voorspelbare gedrag van de primaire partij, weten zij dus wel dat het gedrag van de bezoekers van hun ruimten gemiddeld risicovoller zal zijn. Betoogd kan daarom worden dat sportverenigingen in den beginne al redenen hebben om te anticiperen op dit meer voorzienbare gevaarlijke gedrag. Een en ander geldt temeer daar waar de gemiddeld meer gevaarzettende activiteit van sport en spel door de beheerders van de ruimte om hen moverende redenen wordt gefaciliteerd (en zij geacht worden daartoe dan ook de capaciteiten te hebben). Op de precieze uitoefening van de sport en het spel kan door de sportvereniging dus ook praktisch bezien invloed uitgeoefend worden. Zo heeft de sportvereniging invloed op het aanstellingsbeleid, de inschakeling van werknemers of vrijwilligers (zoals trainers en scheidsrechters), de stationering van toezicht, de kwaliteit van het materiaal, etc.

De relatief 'hogere' voorzienbaarheidsgraad enerzijds en de invloed die sportverenigingen op de 'gevaarzettende' activiteit kunnen uitoefenen anderzijds, kunnen zich laten vertalen in gemiddeld hogere verwachtingen in termen van toezicht en

239 Van Beurden in haar annotatie onder Rb. Oost-Brabant 2 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6750, JA 2014/19.

240 Vgl. Pajmans 2015, p. 26.

preventie. De gedachte is dan dat de sporter met het betreden van het sportveld wellicht een zeker risico in de verhouding tot de primaire medesporter aanvaardde – hetgeen de ratio is van de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel – maar dat hij daarmee in de verhouding tot de secundaire toezichthoudende partij (de sportvereniging) *juist* gerechtvaardigd mocht verwachten dat zij die gemiddeld hogere en voorzienbare risico's zoveel als mogelijk zou inperken.<sup>241</sup>

Tot slot dient aangetekend te worden dat deze 'hogere (zorg)verwachtingen' ook kunnen worden ingegeven door de (impliciet) in de rechtspraak en literatuur ontwikkelde maatstaf van de 'effectiviteit' van de waarschuwing of zorg. Op de sportvereniging als secundaire partij rust bij uitstek een waarschuwingsplicht in de verhouding tot de benadeelde speler en de primaire medespeler ('draag een helm', 'let op de regels', 'dit zijn de grenzen'). Niet steeds voldoende of toereikend is het feit dat er door de sportvereniging voor de specifieke risico's is gewaarschuwd; de rechter kan in de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid ook de vraag betrekken of te verwachten valt dat de waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden (of deze waarschuwing ook daadwerkelijk effect zal sorteren). Met name de beheerders van sportverenigingen zullen zich dus bewust moeten zijn van de effectiviteit van de zorg die zij dienen te betrachten (hoe doeltreffend en doortastend zijn de getroffen maatregelen nu eigenlijk?). Daarbij kan in het algemeen als stelregel worden aangenomen dat hoe professioneler de sportvereniging en hoe onervarener de sporter is, hoe meer (effectieve) zorg de vereniging dient na te streven.<sup>242</sup>

## 6.2 DE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN SPORTVERENIGINGEN TEN OPZICHTE VAN DE PRIMAIRE ZORGPLICHT

Meer in het bijzonder werd in de rechtspraakanalyse van dit hoofdstuk beoogd de primaire zorgplicht van sportverenigingen te vergelijken met diens secundaire zorgplicht (zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2). Vooropgesteld dient te worden dat er beduidend minder rechtspraak beschikbaar is over de (schending van de) *secundaire* zorgplicht van de beheerders van sportverenigingen ten opzichte van de rechtspraak over diens *primaire* zorgplicht. Bovendien geldt dat deze rechtspraak een sterk casuïstisch beeld laat zien, waardoor slechts tot op zekere hoogte bepaalde 'overkoepelende' conclusies getrokken kunnen worden. Gegeven deze nuances, zijn de volgende algemene conclusies in mijn optiek gerechtvaardigd.

De analyse van de rechtspraak over de *primaire* aansprakelijkheid van sportverenigingen wijst allereerst uit dat hierover bijzonder veel rechtspraak beschikbaar is, waarbij de uitkomst erg afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van het geval. De moraal van de besproken primaire aansprakelijkheidsprocedures waarin sportverenigingen worden aangesproken, lijkt bovendien te zijn dat van sportverenigingen proactief handelen wordt verwacht. Het argument dat niet elk

241 Zie hierover nader hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.1.

242 Hartlief 2004b, p. 869; Vermeulen 2006, p. 693-694.

letsel te vermijden is,<sup>243</sup> wordt niet zelden door de rechter gepasseerd als het de primaire aansprakelijkheid van sportverenigingen betreft. Al is niet elk letsel te vermijden, (effectieve) maatregelen dienen onverkort door hen te worden getroffen: dáár wordt de aansprakelijkheid van de sportvereniging immers hoofdzakelijk op getoetst. Het gaat erom wat de sportvereniging als toezichhoudende partij anders had kunnen en had moeten doen om het letsel van de bezoeker (veelal sporters) te voorkomen. Uiteraard is er ook ten aanzien van de primaire aansprakelijkheden een grens: de sportvereniging kan niet alle ongevallen op haar terrein voorkomen, in het bijzonder niet daar waar de sporter zelf onzorgvuldig is,<sup>244</sup> het nalatige gedrag van de sportvereniging niet geconcretiseerd kan worden,<sup>245</sup> andere verantwoordelijke zorgdragers (zoals ouders) met een bepaald risico hebben ingestemd<sup>246</sup> of als er simpelweg sprake is van 'pech'.<sup>247</sup>

Op een vergelijkbare wijze wordt de *secundaire* zorgplicht van sportverenigingen door de rechter getoetst in de gevallen waarin de aansprakelijkheid op onvoldoende instructies of veiligheidsmaatregelen wordt gestoeld, en er min of meer 'toevallig' ook een andere primaire partij in het spel was. Daar waar onjuiste<sup>248</sup> of in het geheel geen<sup>249</sup> instructies door sportverenigingen werden gegeven, dan wel onvoldoende veiligheidsmaatregelen werden getroffen,<sup>250</sup> volgde een toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid van de sportvereniging.

Voor zover dat op basis van de beschikbare rechtspraak gerechtvaardigd is, kan tot slot wel een bepaalde 'voorzichtigere' houding geconstateerd worden in de uitspraken waarin de sportvereniging als secundaire partij aansprakelijk wordt gesteld voor *onzorgvuldig gedrag* van primaire medesporters. Dit geldt temeer als deze rechtspraak wordt afgezet tegen de rechtspraak over de (effectieve) zorgmaatstaven die de rechter de sportvereniging oplegt als er *geen* andere schadeveroor-

---

243 Met als meest expliciete voorbeeld het besproken arrest HR 6 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1836, r.o. 3.4, NJ 1998/190, m.nt. C.J.H. Brunner (*Turnster*).

244 Hof 's-Gravenhage 20 augustus 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AQ5923, VR 2004/109 (*Fly-over*); Hof Amsterdam 8 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7821 (*Student/Mondriaan College*). Het cassatieberoep in de zaak *Student/Mondriaan College* werd verworpen op grond van art. 81 RO, zie HR 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5354 (*Student/Mondriaan College*).

245 Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC1458, VR 2008/32.

246 Rb. Leeuwarden 8 februari 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BV5461 (*Kinderkart*).

247 Rb. Utrecht 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ0077.

248 Rb. 's-Gravenhage 28 oktober 1998, ECLI:NL:RBSGR:1998:AK3959, VR 2000/156 (*X/Haagse Rugby Club*).

249 Rb. Dordrecht 29 juni 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AT8490 (*Paintball*).

250 Rb. Rotterdam 17 oktober 1996, ECLI:NL:RBROT:1996:AJ6448, VR 1998/91 (*X/Stichting Wielerronde van Berkel*); Rb. Arnhem 27 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4768 (*X/Motorclub Flying Boetoe*) (tussenvonnis); Rb. Arnhem 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT7268 (*X/Motorclub Flying Boetoe*) (eindvonnis); Rb. Arnhem 14 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU6757 (*Berg tot Berg Race*).



zaker in het spel is.<sup>251</sup> Ter illustratie maak ik de volgende vergelijking tussen de uitspraken zoals deze besproken zijn in de rechtspraakanalyse van paragraaf 5.

Zo zij met betrekking tot de aansprakelijkheid van de sportvereniging als *primaire* partij in de eerste plaats geweest op de uitspraak waarin een hockeyvereniging aansprakelijk werd gesteld omdat zij 10-jarige jongens had laten hockeyen op een voor 7- of 8-jarigen geschikt miniveldje, waarna een van de jongens beenletsel opliep doordat hij tegen een aldaar opgesteld bankje aanliep.<sup>252</sup> De hockeyvereniging (de trainer) had de jongens echter niet zelf op dit veldje geplaatst of op enigerlei wijze toegang tot het veldje verschaft; de hockeyvereniging had alleen niet ingegrepen toen de jongens hier op eigen initiatief op stonden te spelen. De zorgplichtschending van de hockeyvereniging was volgens de rechter echter daarin gelegen dat de vereniging stringenter had moeten controleren dat alléén doelgroepkinderen – let wel: van twee of drie jaar jonger – het miniveld zouden gebruiken. Kennelijk werd dus van de hockeyvereniging in het kader van haar primaire zorgplicht verlangd om continu te monitoren of er een kind van 8 of van 10 jaar op het miniveldje stond te spelen.

In de tweede plaats wijs ik op de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, waarin een crossclub onrechtmatig had gehandeld door een crossbaan buiten openingstijd niet fysiek af te sluiten, maar op de baan zelf wel kettingen te plaatsen om te voorkomen dat van de baan gebruik gemaakt zou kunnen worden.<sup>253</sup> Het feit dat een 'zwartrijder' – het latere slachtoffer – zelf voor openingstijd besloot van de crossbaan gebruik te maken, en daarbij letsel opliep, deed aan de primaire aansprakelijkheid van deze sportvereniging niet af. Een beschonken jongen die op een niet-toegestane wijze van een glijbaan was gegleden, en daardoor letsel opliep, zag bovendien – bij wijze van derde voorbeeld – 75% van zijn vordering op het zwembad toegewezen.<sup>254</sup> Ook de primaire aansprakelijkheid van een wielertoertochtvereniging, in de kern omdat zij een 'opgevroren plas' op haar parcours had moeten vermijden (althans daarvoor had moeten waarschuwen), geeft in mijn optiek, in de vierde plaats, niet bepaald blijk van een rechterlijke terughoudendheid bij de beoordeling van de primaire zorgplicht van sportverenigingen.<sup>255</sup> De vraag óf er in redelijkheid voorzorgsmaatregelen getroffen hadden kunnen worden, lijkt in

251 Zie met name de besproken uitspraken Hof Leeuwarden 7 augustus 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AG4077, NJ 2003/207; HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeeler*); Rb. Haarlem 7 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0511 (*X/Recreatiepark Linnaeushof*); Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2343.

252 Rb. Roermond (ktr.) 10 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA2945 (*X/Vereniging*).

253 Hof 's-Hertogenbosch 3 december 1997, ECLI:NL:GHSHE:1997:AK3873, VR 1999/17 (*Cuijkse Crossclub/Van Geenen*).

254 Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3055.

255 Hof Arnhem 2 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL7129 (*X/Tourclub Rijssen*), alhoewel – zoals in paragraaf 5.2.2 al werd besproken – een derde van de schade op grond van eigen schuld aan de deelnemer werd toegerekend.



de regel het vertrekpunt van deze primaire aansprakelijkheidsbeoordelingen te zijn.<sup>256</sup>

Alhoewel in de hiervoor aangehaalde uitspraken over de *primaire* aansprakelijkheid van de sportvereniging de mogelijkheid tot het treffen van bepaalde voorzorgsmaatregelen in de aansprakelijkheidsbeoordeling leidend was, en het risico van bepaalde activiteiten (zoals karten) daarin een grote rol kreeg, overwoog de Rechtbank Zutphen anders in de besproken *secundaire* aansprakelijkheidsprocedure tegen een kartvereniging.<sup>257</sup> Ondanks dat karten ‘aanzienlijke risico’s met zich meebrengt’, bracht de ‘bijzondere zorgplicht’ níét mee dat de vereniging er zorg voor had moeten dragen dat de karters van groep 2 éérst de baan hadden verlaten voordat de karters van groep 3 met een nieuwe race zouden aanvangen. Daarentegen werd de ‘onvoorspelbaarheid’ van de manoeuvre van de primaire schadeveroorzaker van groep 3 – die vervolgens tegen een deelnemer van groep 2 botste – vooropgesteld.<sup>258</sup> De (besproken) rechtspraak over het ‘voortduren’ van de sport of het spel – en de daarmee samenhangende verantwoordelijkheid van de sportvereniging tot het houden van toezicht na het aflopen ervan<sup>259</sup> – sijnpelde evenmin door in een uitspraak over de secundaire aansprakelijkheid van een motorsportbedrijf, in een zaak waarin een bestuurder van een auto tijdens een rally tegen een andere auto was gereden.<sup>260</sup> De rechtbank achtte bij de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid van het (organiserend) motorsportbedrijf – in het kader van art. 6:170 BW<sup>261</sup> – van belang dat het schadeveroorzakende incident (de botsing) had plaatsgevonden na afloop van de clinic, tijdens een onderdeel dat niet georganiseerd was (‘een extraatje waarin de rallybestuurder heeft besloten te participeren’).

Dat de eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer én de hoge (misschien wel: onrealistische) voorzienbaarheidseisen kunnen prevaleren boven de verantwoor-

256 Vgl. onder meer de besproken uitspraken Hof Arnhem 10 november 1998, ECLI:NL:GHARN:1998:AE5245, NJ 2002/264 (*Stichting Skeeler Marathons/Faber*); Rb. Dordrecht (vzr.) 10 juni 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AP1331; Rb. Amsterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH5646; Rb. Utrecht 14 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1412 (*Henk Brunt Groep en ASR Schadeverzekering*).

257 Rb. Zutphen 24 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL9505 (*Hollander Techniek/Indoor Karting De Harder*).

258 Met dien verstande dat de kartvereniging in kwestie – zoals in de besproken uitspraken vaker het geval was – voorafgaand aan de wedstrijd aan alle deelnemers had medegedeeld dat het karten op eigen risico geschiedde en dat zij geen enkele aansprakelijkheid aanvaardde voor welke schade dan ook.

259 Bijvoorbeeld HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, r.o. 3.6, NJ 2003/718, m.nt. C.J.H. Brunner (*Witmarsumer Merke*). Zie over dit ‘voortduren’ van de sport na afloop van de daarvoor geldende regels, paragraaf 3.3.2.

260 Rb. Gelderland 15 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:214.

261 En dus strikt genomen niet bij de beoordeling van de zorgplicht, maar bij de beoordeling van de ‘ondergeschiktheid’ van de rallybestuurder (de primaire partij) in kwestie. Het resultaat – afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid van de sportvereniging in kwestie – is echter hetzelfde.

delijkheid van de secundaire partij, bleek ook uit de besproken uitspraak van de Hoge Raad over de door primaire partijen veroorzaakte brand op een boot gedurende een zeilweekend.<sup>262</sup> De verantwoordelijkheid van de studenten van de organiserende vereniging werd in deze uitspraak vooropgesteld ('een grote mate van eigen verantwoordelijkheid'). Bovendien kan betoogd worden dat het hof, en daarna de Hoge Raad, ten opzichte van de hiervoor weergegeven uitspraken omtrent de primaire aansprakelijkheid van sportverenigingen, in deze uitspraak relatief hoge voorzienbaarheidsdrempels opwerpt. Zo werd als reden voor de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid van de organisatie overwogen dat het niet voorzienbaar was dat de deelnemers op de motorboot zouden gaan schommelen, met als gevolg dat de slang van een gasfles zou losschieten en een steekvlam zou veroorzaken, welke vlam de student uiteindelijk zou treffen, waardoor hij gewond zou raken (r.o. 3.4). Een en ander werpt in mijn optiek de vraag op of die specifieke shadeoorzaak en de daaruit voortvloeiende schade überhaupt voor een secundaire partij in die concrete mate voorzienbaar kán zijn, maar ook (en met name) of deze hoge voorzienbaarheidsdrempels in de hiervoor besproken uitspraken over de primaire aansprakelijkheid van de sportvereniging in dezelfde mate werden opgeworpen.<sup>263</sup>

Recapitulerend werden in de besproken rechtspraak over de secundaire zorgplicht van sportverenigingen vanwege onzorgvuldig gedrag van medesporters niet steeds de in dat kader te treffen (effectieve) maatregelen door de sportvereniging vooropgesteld, maar was veeleer de onwaarschijnlijkheid van het ongeval<sup>264</sup> en de onvoorspelbaarheid van het gedrag van de primaire partij (als de directe veroorzaker van de schade)<sup>265</sup> bepalend. Meer in het bijzonder lijken de eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer én de hoge (misschien wel: onrealistische) voorzienbaarheidseisen de zorgplicht van de secundaire partij in de voornoemde voorbeelden te overschaduwen. In zoverre zou dus betoogd kunnen worden dat, in de gevallen waarin een primaire medesporter een actieve rol heeft gehad in het veroorzaken van de schade, de in de literatuur geconstateerde terughoudendheid bij de beoordeling van secundaire aansprakelijkheden kan worden herkend.<sup>266</sup> Los van de vraag of – gegeven het, nogmaals benadrukte, casuïstische karakter van deze (beperkte) rechtspraak – ook daadwerkelijk van een dergelijke (principiële) terughoudendheid kan worden gesproken, kan de vraag worden gesteld of een dergelijke rechterlijke terughoudendheid gezien de gemiddeld 'hogere' voor-

262 HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Groot/lo Vivaat*).

263 Met dien verstande dat het feit dat het hier een studentenvereniging betrof die de sportactiviteiten organiseerde, en geen (professionele) sportvereniging, daarbij gewicht in de schaal gelegd zou kunnen hebben. Dat volgt overigens niet expliciet uit de overwegingen van de Hoge Raad.

264 Rb. Zutphen 24 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL9505 (*Hollander Techniek/Indoor Karting De Harder*).

265 Zie ook – naast Rb. Zutphen 24 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL9505 (*Hollander Techniek/Indoor Karting De Harder*) – de besproken uitspraak Rb. Groningen (ktr.) 28 februari 2003, ECLI:NL:RBGRO:2003:AJ6927, VR 2003/123 (*Kurkowska/Gemeente Groningen*).

266 Zie over deze in de literatuur geconstateerde terughoudendheid hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.2.

zienbaarheidsgraad van de schade, evenals de invloed die sportverenigingen op de sportactiviteit kunnen uitoefenen (zie paragraaf 6.1), wel steeds terecht (en gewenst) is. Deze vraag naar de *wenselijke* reikwijdte van de secundaire zorgplicht wordt beantwoord in de overkoepelende analyse van hoofdstuk 8, paragraaf 3 t/m paragraaf 5.



## 1 INLEIDING EN OPBOUW

De moord op Anne Faber door een patiënt van de forensisch-psychiatrische kliniek in Den Dolder heeft de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen eind 2017 (opnieuw) onder de aandacht gebracht. In hoeverre dienen de beheerders van deze instellingen het schadeveroorzakende handelen van hun patiënten te voorkomen? En hoe verhoudt zich deze verantwoordelijkheid tot het maatschappelijke belang om resocialisatieprocessen in gang te zetten, waaraan inherent bepaalde maatschappelijke risico's voor derden verbonden zijn?

In dit hoofdstuk wordt ingezoomd op de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van de beheerders van de ruimten waarin dergelijke patiënten<sup>1</sup> verblijven (in het vervolg van dit hoofdstuk kortheidshalve aangeduid als 'opvang- en zorginstellingen').<sup>2</sup> Meer in het bijzonder wordt in dit hoofdstuk de omvang van de zorg onderzocht die opvang- en zorginstellingen dienen te betrachten om de patiënten zelf, medepatiënten, medewerkers en (meer willekeurige) derden te beschermen tegen schadeveroorzakend handelen van de primaire partij (meestal: de patiënt).<sup>3</sup> Het verwijt dat de opvang- en zorginstelling in essentie in de hier bedoelde secundaire aansprakelijkheidsprocedures wordt gemaakt, is dat zij, door het vermeend gebrekkige of falende toezicht, het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij niet heeft voorkomen.

---

1 De term 'patiënten' wordt in dit onderzoek gehanteerd als verzamelnaam voor de psychiatrische patiënten, tbs-gestelden, gedetineerden en andere 'bezoekers' die in de opvang- en zorginstellingen verblijven. In de concrete gevallen zoals deze in de besproken onderzoeken of jurisprudentie centraal staan, zal niet (steeds) aan de verzamelnaam, maar (ook) aan de (voornoemde) specifieke zorgontvangers gerefereerd worden.

2 De term 'opvang- en zorginstellingen' wordt in dit onderzoek gehanteerd als verzamelnaam voor alle soorten klinieken, inrichtingen, instellingen, verzorgingshuizen, gasthuizen, ziekenhuizen, etc., zoals deze in het navolgende aan bod komen. In de concrete gevallen zoals deze in de besproken onderzoeken of jurisprudentie centraal staan, zal niet (steeds) aan de verzamelnaam, maar (ook) aan de concrete kliniek, inrichting, etc., gerefereerd worden. Daar waar ik in het navolgende spreek over de zorgplicht van de opvang- en zorginstelling, doel ik bovendien telkens op de zorgplicht van de exploitant of de beheerder van deze ruimte (zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 6.4).

3 Zie hierover ook Van Dam 2020, p. 179-182.

Het gaat in dit hoofdstuk dus nadrukkelijk niet om een beoordeling van (het gebrek aan) medische handelingen die de opvang- en zorginstelling heeft verricht ('snijden, breken, plakken'),<sup>4</sup> maar om de toezichthoudende verantwoordelijkheden die op de opvang- en zorginstelling rusten om schadeveroorzakend handelen jegens de bezoekers van de ruimte te voorkomen. Of, in de woorden van Hartkamp:

'Vooropgesteld moet worden dat indien een instelling de taak heeft aanvaard voor patiënten met een geestelijke tekortkoming te zorgen en toezicht op hen te houden, hetgeen onder meer de taak inhoudt erop toe te zien dat zij aan zichzelf of derden geen schade toebrengen, het in lijn van deze taakstelling ligt dat zij ook de nodige maatregelen treft om de veroorzaking van dergelijke schade te voorkomen.'<sup>5</sup> [mijn onderstreping, KLM]

In het kader van de specifieke afbakening van het onderzoek in dit hoofdstuk, maak ik, ter aanvulling op hetgeen daarover in hoofdstuk 1 is opgemerkt, nog een drietal opmerkingen. Gegeven de focus op de secundaire aansprakelijkheid – inherent waaraan een primaire partij de schade (direct) veroorzaakt – en de beschikbare rechtspraak, zal het in dit hoofdstuk in de eerste plaats en met name gaan om de opvang- en zorginstellingen waarin *tbs-gestelden* en *psychiatrische patiënten* verblijven. De verblijfsruimten van andere patiënten (denk bijvoorbeeld aan ziekenhuizen of revalidatiecentra) komen slechts incidenteel ter sprake.

Nu bovendien niet de schade opgelopen door (fouten bij) medische verrichtingen centraal staat, maar juist het gebrek aan toezicht binnen de ruimte onderwerp van de secundaire aansprakelijkheidsdiscussie zal zijn, kan – ten tweede – de opvang- en zorginstelling in zekere zin 'meebewegen' met de primaire partij.<sup>6</sup> Te denken valt aan het geval waarin de fout binnen de opvang- en zorginstelling is gemaakt (de patiënt kon zich aan het toezicht onttrekken en de ruimte verlaten), maar de schade zich daardoor *buiten* de opvang- en zorginstelling manifesteert (de patiënt steekt een willekeurige voorbijganger neer of doet zichzelf iets aan). Ondanks dat de schade waarvoor de opvang- en zorginstelling is aangesproken dan niet op haar terrein is ingetreden, gaat het in die gevallen wel om een onder toezicht van deze secundaire partij staande patiënt (primaire partij) en zijn de hier rijzende aansprakelijkheidsvragen óók in die gevallen steeds terug te voeren op het vermeend gebrekkige of falende toezicht van de beheerder van de opvang- en zorginstel-

4 Het medisch aansprakelijkheidsrecht, voor zover het betrekking heeft op medische beroepsfouten (het amputeren van het verkeerde been, het voorschrijven van verkeerde medicijnen, etc.), informed consent en andere tuchtrechtelijk gerelateerde, dan wel gezondheidsrechtelijke kwesties, vallen buiten de reikwijdte van het onderhavige onderzoek naar de toezichthoudende verantwoordelijkheden van de beheerders van opvang- en zorginstellingen. Dit juridisch kader zal in het navolgende dan ook buiten beschouwing gelaten worden.

5 A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 7) voor HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*).

6 Ik verwijs korthedshalve naar hoofdstuk 1, paragraaf 6.3, waarin ik al eerder en om de daar beschreven redenen toelichtte dat het begrip 'bezoeker' dus niet zo strikt geïnterpreteerd dient te worden dat de schade zich ook steeds binnen de private ruimte effectueert.

ling. Om die reden vallen dergelijke aansprakelijkheidsprocedures, waarin (ook) de vraag wordt beantwoord of van de opvang- en zorginstelling méér verwacht had mogen worden in termen van toezicht en preventie, binnen de reikwijdte van het onderzoek.

Ten derde zij benadrukt dat, naast patiënten en andere derden, ook de medewerkers van de opvang- en zorginstelling slachtoffer kunnen worden van schadeveroorzakend gedrag van de patiënt (de primaire partij), waartegen de opvang- en zorginstelling (de secundaire partij) bescherming had moeten bieden. In dat verband ligt een beroep op de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW voor de hand, al dan niet primair ten opzichte van een subsidiair beroep op art. 6:162 BW of art. 6:74 BW. In dit hoofdstuk zal dan ook zijdelings – zoals reeds is toegelicht in hoofdstuk 1, paragraaf 6.3 – de jurisprudentie over de werkgeversaansprakelijkheid aan de orde komen. Het gaat dan om de gevallen waarin de inkleuring van de zorgplicht van art. 7:658 BW illustratief kan zijn voor de inkleuring van de zorgplicht van art. 6:162 BW. Dit is bijvoorbeeld het geval als een bezoeker van de opvang- en zorginstelling zich in een soortgelijk geval op de zorgplichtschending van art. 6:162 BW zou kunnen beroepen.

De opbouw van dit hoofdstuk ziet er als volgt uit. Teneinde de relevantie van secundaire zorgplichten van opvang- en zorginstellingen te illustreren, bespreek ik allereerst een aantal (empirische) onderzoeken over de veiligheid in en rondom opvang- en zorginstellingen (paragraaf 2). Daarna komen de kenmerken van de (secundaire) zorgplicht van opvang- en zorginstellingen aan bod (paragraaf 3), evenals de relevante wet- en regelgeving met betrekking tot deze zorgplicht (paragraaf 4). Vervolgens wordt de beschikbare (Nederlandse) jurisprudentie over zowel de primaire als de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen weergegeven (paragraaf 5). Besloten wordt met een conclusie over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen (paragraaf 6).

## **2 DE VEILIGHEID IN EN RONDOM OPVANG- EN ZORGINSTELLINGEN**

### **2.1 INLEIDING**

In deze paragraaf wordt de veiligheid in en rondom opvang- en zorginstellingen besproken, waarmee de context wordt geschetst voor de daaropvolgende paragrafen over de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen en de in dat kader te betrachten zorg. Daartoe worden diverse onderzoeken over de veiligheid c.q. de incidenten in opvang- en zorginstellingen besproken, waarbij het in het bijzonder gaat – zoals in de inleiding is besproken – om de ruimten waarin tbs-gestelden en psychiatrische patiënten bewegen. Deze onderzoeken bieden een weergave van de veiligheid binnen, maar ook buiten de opvang- en zorginstellingen, bijvoorbeeld in de gevallen waarin de patiënt is ‘ontsnapt’ of anderszins niet terugkeert van een proefverlof. Gepoogd wordt een zo algemeen mogelijk beeld te schetsen van de veiligheid(sbeleving) van derden (paragraaf 2.2), werknemers



(paragraaf 2.3) en de patiënten zelf (paragraaf 2.4). Ook geef ik aan de hand van deze onderzoeken een indicatie van de voorzorgsmaatregelen die door opvangen zorginstellingen daadwerkelijk getroffen worden of volgens de onderzoekers getroffen kunnen worden om het schadeveroorzakende handelen van primaire partijen (veelal patiënten) te voorkomen. In paragraaf 2.5 volgt een conclusie.

## 2.2 DE VEILIGHEID(SBELEVING) VAN DERDEN

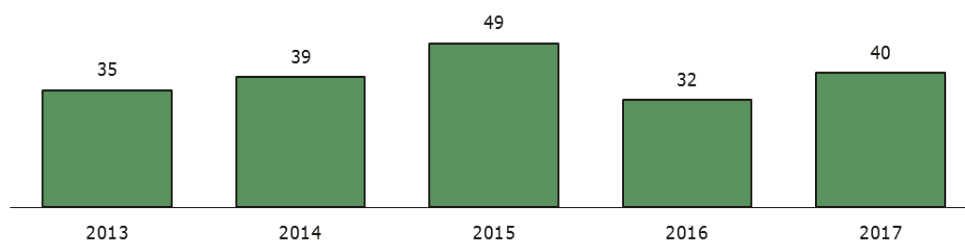
*'DJI in getal 2013-2017' (Dienst Justitiële Inrichtingen 2018)*<sup>7</sup>

De Dienst Justitiële Inrichtingen ('DJI') heeft in het rapport 'DJI in getal 2013-2017' informatie en cijfers over de forensische zorg gepubliceerd, inclusief informatie over de uitvoering van de tbs-maatregel. Zo zijn in dit rapport ook de cijfers omtrent 'ongeoorloofde afwezigheid' weergegeven, waaronder zowel 'ontvluchtingen' als 'overige onttrekkingen' worden verstaan.<sup>8</sup> In tabel 5.1 wordt een overzicht geboden van het aantal ontvluchtingen uit Forensisch Psychiatrische Centra in Nederland in de periode 2013-2017. In figuur 5.1 wordt bovendien een overzicht geboden van het aantal onttrekkingen in dezelfde periode.

**Tabel 5.1 Ontvluchtingen uit Forensisch Psychiatrisch Centrum (FPC), 2013-2017<sup>9</sup>**

Aantal	2013	2014	2015	2016	2017
Ontvluchtingen	0	0	1	0	1

**Figuur 5.1 Overige onttrekkingen, 2013-2017<sup>10</sup>**



<sup>7</sup> Zie DJI 2018 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

<sup>8</sup> Een ontvluchting betreft een ontsnapping uit de instelling. Van een overige onttrekking is sprake indien er een onttrekking aan het toezicht tijdens het begeleid verlof plaatsvindt of indien een justitiabele zich niet tijdig op de afgesproken plaats bevindt, of daar terugkeert tijdens of na een onbegeleid verlof. Zie hierover DJI 2018, p. 70.

<sup>9</sup> DJI 2018, p. 70.

<sup>10</sup> DJI 2018, p. 71.

Alhoewel uit deze gegevens blijkt dat het aantal ontvluchtelingen uit Forensisch Psychiatrische Centra zeer beperkt is, onttrekken jaarlijks met enige regelmaat justitiabelen zich aan het toezicht van de opvang- en zorginstelling, met mogelijke consequenties voor de veiligheid van derden of de patiënten zelf. Dergelijke onttrekkingen roepen bovendien de vraag op naar (het gebrek aan) de gemaakte risico-inschattingen en de verantwoordelijkheid van de opvang- en zorginstellingen die op deze justitiabelen toezicht hadden moeten houden.

Voor wat betreft de mogelijke consequenties van het gebrek aan toezicht voor de patiënt zelf, zij gewezen op tabel 5.2. In deze tabel zijn de aantallen suïcides van patiënten weergegeven in de periode 2013-2017 tijdens hun (intra- en transmuraal) verblijf in een opvang- en zorginstelling.

**Tabel 5.2 Aantal suïcides, 2013-2017<sup>11</sup>**

Aantal	2013	2014	2015	2016	2017
Suïcides	4	2	1	0	3

De onderzoekers merkten in het rapport uit 2017 op dat, ten opzichte van tien jaar eerder, het aantal tbs-opleggingen meer dan gehalveerd is.<sup>12</sup> Nu er veel meer beëindigingen dan opnamen plaatsvinden, zal deze trend zich naar de verwachting van de onderzoekers de komende jaren blijven voortzetten.<sup>13</sup> Uit de gepresenteerde cijfers volgt eveneens dat er een afname heeft plaatsgevonden in het begeleid en onbegeleid verlop. Alhoewel de jaren ervoor ook een afname geconstateerd werd, is bij het transmuraal verlop in 2017 wel een lichte stijging waar te nemen.<sup>14</sup> Verwezen zij ter onderbouwing naar de cijfers weergegeven in tabel 5.3.

<sup>11</sup> DJI 2018, p. 71.

<sup>12</sup> Zie DJI 2017a voor de onderzoeksresultaten uit het rapport uit 2017. Zie voor deze conclusie DJI 2017a, p. 60.

<sup>13</sup> DJI 2018, p. 69-70.

<sup>14</sup> Begeleid verlop is het onder begeleiding verlaten van de instelling. Bij onbegeleid verlop geldt dat er enkele uren tot maximaal zes overnachtingen geen begeleiding bij het verlop aanwezig is. Als het begeleid verlop goed is verlopen, kan transmuraal verlop volgen. Dit houdt in dat de tbs-gestelde buiten de beveiligde zone van de kliniek gaat wonen. Hij woont dan zelfstandig in een Regionale Instelling voor Beschermd Wonen ('RIBW') of in een psychiatrische instelling. Tot slot bestaat er nog proefverlop: in dat geval houdt de reclassering toezicht, maar is de tbs-kliniek nog wel verantwoordelijk voor de tbs-gestelde. Na deze laatste verloffase kan de rechter de tbs (voorwaardelijk) beëindigen. Zie hierover de website van de Rijksoverheid (Rijksoverheid.nl).

Tabel 5.3 Gemiddeld aantal geregistreerde en gestarte verlofmarges, 2012-2016<sup>15</sup>

Verlofmarge*	2013	2014	2015	2016	2017
<b>Geregistreerde verlofmarges</b>	<b>1.088</b>	<b>1.033</b>	<b>943</b>	<b>887</b>	<b>878</b>
w.v. begeleid verlof	365	331	310	293	268
w.v. onbegeleid verlof	299	241	207	201	214
w.v. transmuraal verlof	424	461	426	393	396
<b>Gestarte verlofmarges</b>	<b>632</b>	<b>643</b>	<b>597</b>	<b>593</b>	<b>464</b>
w.v. begeleid verlof	214	230	222	202	158
w.v. onbegeleid verlof	197	168	172	176	155
w.v. transmuraal verlof	221	245	203	215	151

De afname van de cijfers over de verloven zouden verband kunnen houden met de eerdergenoemde afname in tbs-opleggingen. Alhoewel deze link door de onderzoekers niet direct wordt gelegd, zou er ook een relatie kunnen bestaan met het in het rapport genoemde feit dat art. 17 van de Verlofregeling tbs sinds 2011 gewijzigd (lees: aangescherpt) is. Aan tbs-gestelden die ongeoorloofd afwezig zijn geweest, wordt één jaar geen verlof verleend, tenzij zwaarwegende persoonlijke omstandigheden zich daartegen verzetten. Ook tbs-gestelden die door het Openbaar Ministerie als verdachte zijn aangemerkt van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, krijgen één jaar geen verlof.<sup>16</sup> Daartegenover staat echter dat het aantal proefverloven in de periode 2013-2017 licht is gestegen (van 47 in 2013 naar 74 in 2017), wat óók een verklaring kan vormen voor de hiervoor genoemde daling in het aantal begeleide, onbegeleide en transmurale verloven.<sup>17</sup>

Tot slot stemmen de cijfers met betrekking tot recidive gerust, in die zin dat er op dat vlak een daling vanaf cohort 2003-2007 t/m cohort 2012 wordt geconstateerd. In tabel 5.4 worden de recidivecijfers van tbs-gestelden met een bevel tot verpleging weergegeven.

15 DJI 2018, p. 67.

16 DJI 2018, p. 71.

17 DJI 2018, p. 69.

Tabel 5.4 Prevalentie van tweejarige recidive van justitiabelen (tbs met bevel tot verpleging), per vijfjaarscohort 1996-2013<sup>18</sup>

Uitstroomcohort		Differentiatie			
		Algemeen	Ernstig	Zeer ernstig	Tbs-waardig
1996	2000	25,5	21,5	6,7	10,5
1997	2001	25,7	22,2	6,7	11,6
1998	2002	25,8	22,0	7,7	11,6
1999	2003	26,4	23,3	7,4	11,1
2000	2004	26,1	22,7	7,1	11,6
2001	2005	23,0	19,1	4,8	9,2
2002	2006	23,0	19,5	4,3	8,8
2003	2007	22,4	18,5	4,1	9,5
2004	2008	21,3	16,9	4,7	9,1
2005	2009	18,9	15,3	4,3	8,2
2006	2010	19,4	16,4	4,2	7,7
2007	2011	18,1	15,4	4,7	7,4
2008	2012	19,0	16,5	3,6	7,6
2009	2013	18,6	16,5	3,9	8,6

Overigens ligt de recidive bij tbs-gestelden met voorwaarden iets hoger dan bij tbs-gestelden met bevel tot verpleging, maar ook bij die eerste groep wordt een relatieve afname in de periode 2000-2013 geconstateerd.<sup>19</sup>

### 2.3 DE VEILIGHEID(SBELEVING) VAN WERKNEMERS

*'Agressie en geweld tegen hulpverleners in de psychiatrie: aard, omvang en strafrechtelijke reactie' (Tijdschrift voor Psychiatrie 2013)<sup>20</sup>*

Het hier aangehaalde onderzoek beschrijft de aard en de omvang van het geweld uitgeoefend door patiënten tegen werknemers in de psychiatrie. Het empirische onderzoek is uitgevoerd door de hiervoor genoemde werknemers een anonieme enquête in te laten vullen en hen daarin te vragen naar hun ervaringen met geweld door patiënten in de afgelopen vijf jaar. Het gaat hier om 1534 werknemers in de intramurale psychiatrie voor volwassenen en jeugdigen vanaf 12 jaar, waarbij de werknemers bestaan uit verpleegkundigen (640), groepsbegeleiders (329), artsen en psychiaters (38) en leidinggevenden (38).<sup>21</sup> De incidenten die aan bod komen in

18 DJI 2018, p. 75.

19 DJI 2018, p. 75-76.

20 Zie Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten. Overigens wordt in het artikel ook ingegaan op de vraag wat de reactie op dat geweld is in het strafrecht, welke resultaten ik – vanwege het gebrek aan belang voor het onderhavige onderzoek – in het navolgende niet bespreek. Verwezen zij daarvoor naar Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 331-334.

21 De medewerkers die werkzaam zijn in een tbs-kliniek of in de ambulante psychiatrie zijn in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.

dit onderzoek zijn die van ervaringen met fysiek geweld (of de directe dreiging daarvan) en brandstichting.<sup>22</sup>

De onderzoekers concluderen dat de 1534 respondenten in hun werk met relatief veel, soms zeer ernstig geweld te maken hebben gehad. Zo meldden 509 personen dat zij de afgelopen vijf jaar geen slachtoffer waren geweest van een gewelddadig incident, 197 personen meldden dat zij het slachtoffer waren van één incident, 191 personen van twee incidenten, 148 personen van drie incidenten, 89 personen van vier incidenten, 87 personen van vijf incidenten en 313 personen van meer dan vijf incidenten. In totaal komt dit neer op een aantal van 2648 incidenten, waarbij bedacht dient te worden dat het werkelijke aantal incidenten hoger zal liggen, omdat de respondenten die vaker dan vijf keer slachtoffer waren geweest alleen de vijf meest recente incidenten konden rapporteren.<sup>23</sup>

Deze bevindingen corresponderen met andere onderzoeken waaraan door de onderzoekers wordt gerefereerd, en waaruit volgt dat er in de psychiatrie veel geweld voorkomt.<sup>24</sup> Opvallend is immers dat bijna twee derde van de ondervraagden minimaal eenmaal in contact is gekomen met gewelddadig gedrag. Geweld in de psychiatrie lijkt dus eerder regel dan uitzondering. Daarbij geldt wel dat vaak een klein aantal patiënten verantwoordelijk is voor een groot deel van de geweldsincidenten, aldus de onderzoekers.<sup>25</sup>

Wordt dan vervolgens ingezoomd op de soorten incidenten die door de patiënten als primaire partijen worden veroorzaakt, dan geldt dat deze incidenten zeer uiteenlopen voor wat betreft de aard en de ernst ervan. Met een verwijzing naar tabel 5.5, concluderen de onderzoekers dat het vaak tot fysiek geweld kwam, waarbij het soms (zeer) ernstig geweld betrof, zoals bijten (3,5%), een poging tot wurging (3,5%), gijzeling (1,1%) en steken (0,4%) of een poging daartoe (2,9%).<sup>26</sup> Opvallend vinden de onderzoekers het relatief lage aantal gerapporteerde zedendelicten, namelijk 1,3% (35 gevallen van betasting of aanranding).

---

22 Zie voor de verdere afbakening Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 326-327.

23 Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 325 en 328.

24 Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 326 verwijzen naar Foster, Bowers & Nijman 2007 en Nijman e.a. 2005.

25 Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 326 verwijzen naar Owen e.a. 1998 en Quanbeck 2006.

26 Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 328.

**Tabel 5.5 Incidenten onderscheiden naar de aard van het geweld<sup>27</sup>**

	Tabel 1 Aard van de incidenten* (n = 2648)	
	Aantal	%
Dreigende houding, evt. met wapen, voorwerp of vloeistof	1639	61,9
<i>Poging tot fysiek geweld</i>		
Proberen te slaan of te gooien met wapen, voorwerp of vloeistof	334	12,6
Proberen te steken met wapen of voorwerp	77	2,9
<i>Fysiek geweld</i>		
Slaan, schoppen, stompen	889	33,6
Slaan of gooien met wapen, voorwerp of vloeistof	214	8,1
Haren trekken, krabben, bespugen	169	6,4
Bijten	93	3,5
Poging tot wurgen	91	3,5
Duwen, trekken, vastpakken	36	1,4
Betasten, aanranden	35	1,3
Gijzelen, opsluiten, vastbinden	28	1,1
Steken met wapen of voorwerp	11	0,4
Overig fysiek geweld of stalking	14	0,5
<i>Brandstichting</i>	231	8,7

\*Respondenten konden meerdere antwoorden geven.

Om een indruk te krijgen van de uiteindelijke ernst van de incidenten, is de respondenten ook gevraagd naar de fysieke en psychische gevolgen van de hiervoor besproken incidenten. Deze resultaten zijn weergegeven in tabel 5.6. De onderzoekers concluderen dat bijna de helft van de incidenten leidde tot fysiek letsel of psychische schade. Ernstig letsel, zoals bijtewonden, botbreuken en steekwonden, komt niet vaak voor.<sup>28</sup>

27 Harte, Van Leeuwen &amp; Theuws 2013, p. 328.

28 Harte, Van Leeuwen &amp; Theuws 2013, p. 328.

Tabel 5.6 Psychische en fysieke gevolgen van de incidenten<sup>29</sup>

Tabel 2	Letsel slachtoffers* (n = 2617)	
	Aantal	%
Geen letsel	1452	55,4
<i>Fysiek letsel</i>		
Blauwe plekken, schaafwonden, kneuzing(en)	772	29,5
Rug- of nekletsel	48	1,8
Bijtwond(en)	39	1,5
Pijn	33	1,3
Hersenschudding	21	0,8
Botbreuk(en), spierscheuring(en)	20	0,7
Last van luchtwegen	18	0,7
Steek- of snijwond(en)	16	0,6
Brandwond(en)	10	0,4
Letsel aan gebit	8	0,3
Oogletsel	8	0,3
Besmetting	3	0,1
Overig	15	0,6
<i>Psychische klachten</i>		
Angst- of panieklachten	307	11,7
Slapeloosheid, herbelevingen	296	11,3
Alertheid, gespannen, ernstig geschrokken	54	2,1
Psychische overbelasting (overspannen, burn-out)	20	0,7
Overig	24	0,9

\*Respondenten konden meerdere antwoorden geven.

De onderzoekers merken op dat er in de psychiatrie veel geïnvesteerd wordt in de preventie van geweld.<sup>30</sup> Alhoewel deze stelling verder niet wordt onderbouwd – en ook niet helemaal lijkt te rijmen met de latere onderzoeksbevindingen van de commissie-De Winter uit 2019<sup>31</sup> – is voor het onderhavige onderzoek van belang dat het al dan niet treffen van voorzorgsmaatregelen invloed heeft op de secundaire aansprakelijkheid van opvang- en zorginstellingen. Bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van de opvang- en zorginstelling gaat het immers bij uitstek om de vraag of er voldoende voorzorgsmaatregelen zijn getroffen om het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij (de patiënten) te voorkomen. In het onderhavige onderzoek wordt geen stelling ingenomen en worden geen conclusies getrokken over de vraag of de genoemde incidenten te voorkomen waren. De hoeveelheid incidenten is hoog, maar lastig te beoordelen is of dit een inherent gevolg is van de (problematiek van de) patiënten die zich in deze ruimten bevinden, of dat er winst te behalen valt op het gebied van toezicht en preventie.

29 Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 329.

30 Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 326.

31 Commissie-De Winter 2019, p. 45, 46 en 271, zoals deze resultaten in paragraaf 2.4 worden besproken.



*'Geweld tegen hulpverleners in de psychiatrie' (Politie & Wetenschap, Vrije Universiteit Amsterdam 2017)*<sup>32</sup>

Ook in dit (breder opgezette en meer recente) onderzoek van Harte, Van Houwelingen en Van Leeuwen staat (onder meer) geweld tegen hulpverleners in de psychiatrie centraal. Bij de uitvoering van dit onderzoek zijn inventariserende enquêtes uitgezet en zijn 35 diepte-interviews afgenomen bij slachtoffers die aangifte hebben gedaan, leidinggevendenden uit de GGZ, politiefunctionarissen, leden van de rechterlijke macht en andere betrokkenen. Ook in dit onderzoek wordt geconcludeerd dat er veel fysiek geweld plaatsvindt in de psychiatrie. Sterker nog: de GGZ bevindt zich in de top 3 van de sectoren waar de meeste fysieke agressie, bedreiging, intimidatie en seksuele intimidatie wordt ondervonden, aldus de onderzoekers.<sup>33</sup> Gezien de overlap met en de verwijzingen naar de hiervoor en hierna te bespreken onderzoeken, laat ik de overige onderzoeksresultaten onbesproken.

*'Agressie van gedetineerden met psychiatrische stoornissen' (Tijdschrift voor Psychiatrie 2004)*<sup>34</sup>

In dit onderzoek is gepoogd (meer) inzicht te verkrijgen in de aard en de ernst van agressie bij gedetineerden met ernstige psychiatrische stoornissen op de Forensische Observatie en Beveiligingsafdeling ('FOBA'), daar waar dergelijke informatie van belang kan zijn voor het vaststellen van de noodzaak tot het treffen van preventieve maatregelen. Gedurende een periode van tien maanden zijn alle agressieve handelingen van gedetineerden op de zeven afdelingen van de FOBA (66 cellen) geregistreerd.<sup>35</sup>

Uit het onderzoek blijkt dat 186 agressieve incidenten gerapporteerd werden, waarmee de omgerekende frequentie per cel op 3,4 incidenten per jaar neerkwam.<sup>36</sup> Blijkens de resultaten bestaan er bovendien duidelijke verschillen tussen de onderzochte afdelingen, waarbij veruit de meeste agressieve incidenten (41%) werden waargenomen op de opnameafdeling voor de 'very intensive care'.<sup>37</sup>

Ongeveer één op de zeven gerapporteerde incidenten had fysieke gevolgen voor de slachtoffers, waarbij geldt dat de agressie zich doorgaans tegen het personeel

32 Zie Harte, Van Houwelingen & Van Leeuwen 2017 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten. Net als het hiervoor besproken onderzoek van Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, wordt in dit onderzoek ook ingegaan op de vraag wat de reactie op dat geweld is in het strafrecht, welke resultaten ik – vanwege het gebrek aan belang voor de civielrechtelijke zorgplicht van opvang- en zorginstellingen – in het navolgende (ook) niet bespreek.

33 Harte, Van Houwelingen & Van Leeuwen 2017, p. 27 verwijzen naar Van Zwieten, De Vroome & Van den Bossche 2015.

34 Zie Nijman & Geurkink 2004 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

35 Te weten vanaf 1 oktober 2001 t/m 31 juli 2002. De gegevens zijn dus enigszins verouderd.

36 Nijman & Geurkink 2004, p. 601.

37 Nijman & Geurkink 2004, p. 603.

richtte (79%).<sup>38</sup> In dat kader wordt door de onderzoekers verwezen naar een groot-schalige enquête onder Penitentiaire Inrichtingswerkers ('PIW'ers'), waaruit volgt dat op jaarbasis 82% van deze werknemers met verbale agressie tijdens het werk te maken heeft.<sup>39</sup> Agressie tussen gedetineerden onderling werd op de FOBA relatief zelden waargenomen (5%).<sup>40</sup> In zoverre rijmt het onderhavige onderzoek met het hiervoor besproken onderzoek van Harte, Van Leeuwen en Theuws uit 2013 en Harte, Van Houwelingen en Van Leeuwen uit 2017, waarin de onderzoekers concludeerden dat er in de psychiatrie veel geweld tegen werknemers voorkomt.

Interessant en aanvullend ten opzichte van het hiervoor besproken onderzoek, zijn de verklaringen voor de agressiviteit die in dit onderzoek worden aangedragen (en waar de opvang- en zorginstelling als secundaire partij wellicht op zou kunnen anticiperen, althans waar voor haar een rol weggelegd kan zijn). Zo concluderen de onderzoekers ten eerste dat de directe aanleiding tot agressie bij deze patiëntencategorie significant vaak in het ziektebeeld blijkt te liggen. Specifieke psychiatrische klachten, en dan vooral psychotische symptomen, worden genoemd als oorzaken van het agressieve gedrag (27%).<sup>41</sup> Ook overvraging en overprikkeling lijken een rol te spelen bij het ontstaan van agressie. In zoverre betreft het schadeveroorzakende gedrag een inherent gevolg van de (problematiek van de) gedetineerden die zich in deze ruimten bevinden en is de invloedssfeer van de opvang- en zorginstelling als secundaire partij op het *ontstaan* van agressie beperkt.

De tweede conclusie luidt dat agressie van de gedetineerden relatief vaak ontstaat vanuit frustraties en spanningen over beperkingen en afdelingsregels. Bij de helft van de agressieve incidenten (94 incidenten) bleken restricties, regels en verplichte aanwijzingen van het personeel veroorzakers van het agressieve gedrag.<sup>42</sup> De onderzoekers concluderen dan ook dat – en daar zou de opvang- en zorginstelling wellicht op kunnen of moeten anticiperen – een van de mogelijke nadelen van meerpersoonscellen is dat er juist bij het in- en uitsluiten vaak gevaarlijke situaties ontstaan.<sup>43</sup> Bezien vanuit het licht van de secundaire aansprakelijkheid zou dat kunnen betekenen dat de opvang- en zorginstelling – in de wetenschap dat het in- en uitsluiten van de gedetineerde een gemiddeld verhoogd risico op schade met zich brengt – haar ruimte anders dient in te richten, althans meer dan één werknemer bij het in- en uitsluiten betrokken moet laten zijn, om deze medewerkers (meer) te beschermen tegen mogelijk schadeveroorzakend gedrag van de psychotische gedetineerden. Daarbij merk ik voor de volledigheid op dat in die zorgplichttoets ook de praktische mogelijkheden en de financiële middelen tot een dergelijke (her)inrichting en/of inzet van meer medewerkers betrokken (dienen te) worden. De mogelijkheid om bepaalde (voorzorgs)maatregelen te treffen, kan immers om

---

38 Nijman & Geurkink 2004, p. 601.

39 Nijman & Geurkink 2004, p. 602.

40 Nijman & Geurkink 2004, p. 604.

41 Nijman & Geurkink 2004, p. 604.

42 Nijman & Geurkink 2004, p. 603-604.

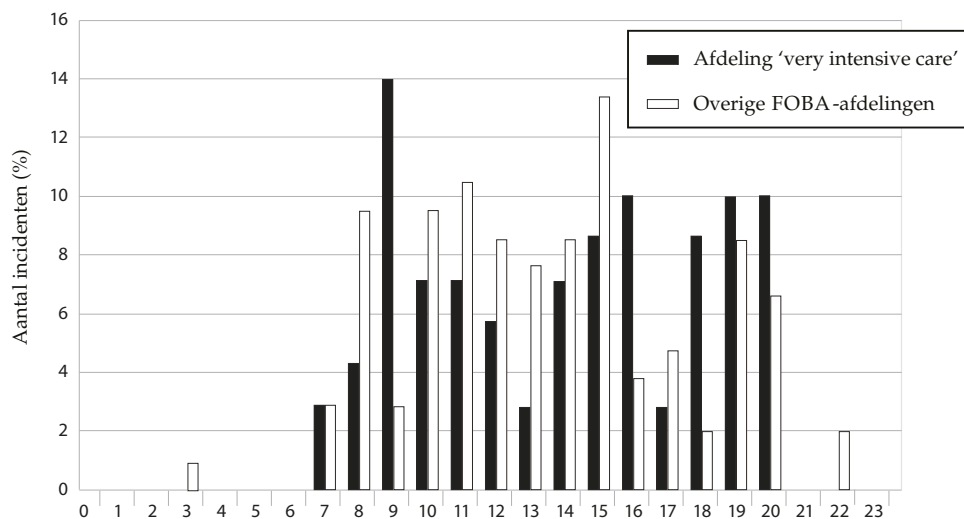
43 Nijman & Geurkink 2004, p. 601.

praktische of financiële redenen begrensd zijn. Het betreft hier een van de *Kelderluik*-factoren ('de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen').<sup>44</sup> Ook De Boer wijst in zijn annotatie onder het hierna te bespreken *'t Ruijge Veld/Univé*-arrest op de rol van organisatorische en financiële bezwaarlijkheden in de beoordeling van de vraag welke voorzorgsmaatregelen getroffen dienen te worden, en concludeert:

'Eenzijds valt zelfs bij een groot gevaar absolute veiligheid niet te garanderen en anderzijds is zelfs een klein gevaar niet acceptabel indien het met betrekkelijk eenvoudige, weinig kostbare middelen kan worden tegengegaan.'<sup>45</sup>

In figuur 5.2 is inzichtelijk gemaakt op welke tijdstippen agressieve incidenten optraden. De onderzoekers concluderen dat er een piek op de FOBA is waar te nemen tussen 15.00 en 16.00 uur.

**Figuur 5.2** Tijdstippen waarop de agressieve incidenten optraden op de FOBA<sup>46</sup>



De incidenten zijn per uur weergegeven. Zo staat 7 in de grafiek voor 7.00 tot 8.00 uur.

De medewerkers van de FOBA suggereerden dat agressie op dit tijdstip wellicht iets te maken heeft met vergaderingen op dinsdag en donderdag die tot 15.00 uur duren. Tijdens deze vergaderingen zijn de gedetineerden ingesloten, waarna zij vaak direct te horen krijgen wat er is besloten. Ook deze kennis kan, vanuit het secundaire aansprakelijkheidsperspectief, om verandering van bepaalde processen vragen, teneinde de medewerkers van de instelling te beschermen tegen het

44 Zie hierover nader hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.1.

45 De Boer in zijn annotatie onder HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, sub 4 (*'t Ruijge Veld/Univé*).

46 Nijman & Geurkink 2004, p. 606.

agressieve gedrag van de gedetineerden. Denk bijvoorbeeld aan het aanwijzen van een ander moment of een andere manier van kennisdeling na de vergaderingen, dan wel een hogere bezetting aan personeelsleden op dat moment. De onderzoekers menen dat het met name noodzakelijk is om meer onderzoek uit te voeren naar de wijze waarop de celdeur geopend wordt. Zo wordt doorgaans eerst contact gezocht met de gedetineerde via het luikje van de deur, maar dit lijkt in sommige gevallen juist agressie te ontlokken. Ook rijst de vraag, aldus de onderzoekers, hoe het beste op basis van een kort contact een adequate inschatting van de situatie kan worden gemaakt voordat de deur geopend wordt.<sup>47</sup>

Voorts wijzen de onderzoekers erop dat de sanctie die in 25% van de gevallen volgde – een time-out op de eigen kamer – het ontstaan van een vicieuze cirkel in de hand kan werken en de agressie juist kan doen toenemen. Zoals hiervoor is opgemerkt, concluderen de onderzoekers immers dat agressie relatief vaak een reactie van gedetineerden is op restricties, beperkingen en regels. Dit gedrag leidt door de genoemde maatregel van de time-out juist tot een verdere inperking van de bewegingsvrijheid, wat kan leiden tot hernieuwde agressie. Als mogelijke ‘oplossing’ dragen de onderzoekers aan deze negatieve spiralen te voorkomen of te doorbreken, door nabesprekingen aan deze negatieve spiralen te houden met de gedetineerde zelf (wanneer hij of zij gekalmeerd is). In dat verband kan de noodzaak van dergelijke regels (nogmaals) uitgelegd worden en kan worden bekeken hoe de incidenten in de toekomst voorkomen kunnen worden. Misverstanden omtrent regels, en in het bijzonder inconsistentie in de toepassing ervan, zouden agressie bij psychiatrische patiënten kunnen ontlokken.<sup>48</sup>

Tot slot geldt dat, daar waar volgens de onderzoekers duidelijke verschillen in agressiviteit (en dus in de risico's op schadeveroorzakend gedrag) tussen afdelingen bestaan, de door de secundaire partij gekozen maatregelen afgestemd dienen te worden op het risicokarakter van iedere afdeling. Zo kunnen de verschillen tussen de afdelingen rechtvaardigen dat van opvang- en zorginstellingen verwacht kan worden om geen uniform beleid aan te leggen in termen van toezicht en preventie, maar daarin een onderscheid te maken door te bekijken welke specifieke afdeling welke specifieke (voorzorgs)maatregelen en toezicht behoeven. In zoverre raakt ook deze conclusie het (gewenste) handelen van de opvang- en zorginstelling.

*'Agressie tijdens crisisdiensten van de GGZ' (Tijdschrift voor Psychiatrie 2006)<sup>49</sup>*

Binnen de GGZ Oost Brabant is onderzoek gedaan naar het aantal bedreigende situaties tijdens crisiscontacten en naar risicoverhogende factoren. Wekelijks werden alle incidenten in kaart gebracht en besproken. Het percentage contacten waarbij agressie werd waargenomen was in 2002 14%; de onderzoekers concluderen dat medewerkers van een crisisdienst van de GGZ een aanzienlijk risico lopen om met

47 Nijman & Geurkink 2004, p. 608.

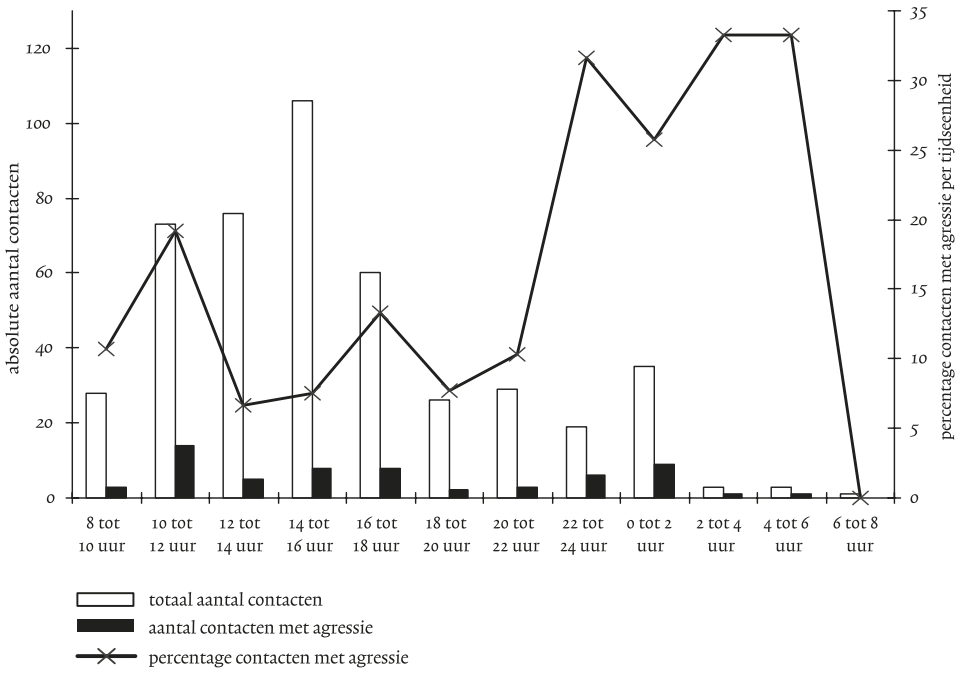
48 Nijman & Geurkink 2004, p. 608, met een verwijzing naar het onderzoek van Blaur 1991.

49 Zie Penterman 2006 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

agressie van patiënten met psychiatrische problematiek geconfronteerd te worden.<sup>50</sup>

Ook de andere conclusies rijmen met de hiervoor besproken onderzoeken, om welke reden ik daar korthedshalve naar verwijst. Wel wijs ik erop dat uit dit onderzoek volgde dat incidenten binnen de GGZ Oost Brabant relatief vaak aan het einde van de ochtend (tussen 10.00 en 12.00 uur) en aan het begin van de avond/begin van de nacht optraden (figuur 5.3),<sup>51</sup> daar waar Nijman en Geurkink in hun onderzoek uit 2004 met betrekking tot incidenten in de FOBA vooral wezen op de piek in de middag tussen 15.00 en 16.00 uur (figuur 5.2).

**Figuur 5.3** Verdeling totaal aantal crisiscontacten over de uren van de dag en de percentages waarin agressie werd waargenomen<sup>52</sup>



Teneinde aan de secundaire zorgplicht te beantwoorden, kan van opvang- en zorginstellingen verwacht worden dat zij hun toezicht en voorzorgsmaatregelen zo concreet mogelijk afstemmen op de risicoverhogende factoren, tijdstippen en locaties binnen de specifieke afdeling van de specifieke opvang- en zorginstelling, zo merkte ik al op.

50 Penterman 2006, p. 477.

51 Penterman 2006, p. 477-478.

52 Penterman 2006, p. 478.

*'Geweld tegen werknemers in de (semi-)openbare ruimte' (Driessen Sociaal Wetenschappelijk Onderzoek 2011)*<sup>53</sup>

In 2001 is door Middelhoven en Driessen een onderzoek uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en het Ministerie van Justitie naar geweldsincidenten binnen (onder meer) opvang- en zorginstellingen. Alhoewel medewerkers van Algemene Psychiatrische Ziekenhuizen ('APZ') en Psychiatrische Afdelingen van Algemene Ziekenhuizen ('PAAZ') buiten het onderzoek van Middelhoven en Driessen vallen, wordt in het hoofdstuk 'Geweld tegen medewerkers in de psychiatrie' desondanks kort op dit onderwerp ingegaan.

Ook in dit onderzoek wordt geconcludeerd dat medewerkers in de psychiatrie gemiddeld vaak te maken hebben met gewelddadige patiënten, vaker bijvoorbeeld dan verpleegkundigen in algemene ziekenhuizen. Dit heeft volgens de onderzoekers te maken met het ziektebeeld en medicijngebruik, frustraties van patiënten over hun (gedwongen) verblijf in het APZ, en het besef bij de betrokken patiënten van een beperkt toekomstperspectief. Als andere (algemenere) oorzaken van het agressieve gedrag worden genoemd een slecht werkend team en de toename van het geweld in de samenleving in het algemeen.<sup>54</sup>

Het geweld manifesteert zich, zo blijkt ook uit dit onderzoek, op veel verschillende manieren. Daarbij onderscheiden de onderzoekers enerzijds de expressieve functie van het geweld, bijvoorbeeld ten gevolge van frustraties over het (gedwongen) verblijf in het APZ. Anderzijds is er ook sprake van geweld ontstaan vanwege een instrumentele functie, bijvoorbeeld gericht op het verkrijgen van een bepaald voorwerp of bepaalde medicatie.<sup>55</sup>

De onderzoekers bespreken ook diverse preventie- en nazorgmaatregelen om dergelijk geweld te voorkomen. Dit zullen bij uitstek de maatregelen zijn waarvan de opvang- en zorginstelling in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure het verwijt zal krijgen deze niet of onvoldoende getroffen te hebben. Zo wordt gewezen op verschillende (bouw)technische en organisatorische preventieve maatregelen om agressie van patiënten hanteerbaar te maken en tegen te gaan. De (bouw)technische maatregelen bestaan dan onder andere uit camera's, alarmknoppen en gesloten deuren. Organisatorische maatregelen zijn het hanteren van huisregels en sancties tegen agressieve patiënten, zoals het tijdelijk uit de groep verwijderen, separeren, sederen, even afzonderen of naar zijn/haar kamer sturen. Een andere organisatorische maatregel is dat de separeerruimte altijd met twee medewerkers wordt ingegaan. Naast de technische en organisatorische maatregelen dient er in de opleiding van de medewerkers aandacht te worden besteed aan het omgaan

53 Zie Middelhoven & Driessen 2001 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

54 Middelhoven & Driessen 2001, p. 190.

55 Middelhoven & Driessen 2001, p. 190.

met agressie en dienen er tijdens de loopbaan regelmatig trainingen gegeven te worden, zoals agressiehantering.<sup>56</sup>

Wanneer de (eerder in het hoofdstuk besproken) PIW'ers met andere beroepsgroepen vergeleken worden, dan blijkt dat er bij PIW'ers gemiddeld veel preventiemaatregelen op het werk worden getroffen (op het werk van 73% van de ondervraagde PIW'ers werden organisatorische maatregelen getroffen en op het werk van 87% van de ondervraagde PIW'ers werden technische maatregelen getroffen) en aanzienlijk meer dan bijvoorbeeld bij taxichauffeurs (17%/30%) en huisartsen (18%/19%). Alleen verkoopmedewerkers (87%/83%) en politieagenten (72%/67%) laten voor wat betreft de getroffen preventiemaatregelen vergelijkbare uitkomsten zien.<sup>57</sup> In tabel 5.7 wordt een overzicht geboden van de preventiemaatregelen die op het werk van de genoemde en andere beroepsgroepen zijn getroffen.

**Tabel 5.7 Het aantal getroffen preventiemaatregelen<sup>58</sup>**

Beroepsgroep	organisatorische maatregelen			technische maatregelen		
	weet niet	nee	ja	weet niet	nee	ja
Allen	6.4	41.8	51.8	5.7	37.7	56.6
Politieagenten	2.8	25.0	72.2	3.6	29.6	66.8
Piw'ers	2.8	23.8	73.4	2.9	10.0	87.1
Treinconducteurs	5.4	55.4	39.1	12.3	33.6	54.1
Sociale dienstmedewerkers	4.8	48.6	46.6	4.4	28.3	67.3
Huisartsen	1.5	80.3	18.2	0.0	81.0	19.0
Ziekenhuismedewerkers	10.8	54.5	34.7	10.9	64.1	25.0
Verkoopmedewerkers	5.3	8.2	86.5	3.6	14.2	82.2
Taxichauffeurs	21.1	61.5	17.4	7.2	63.0	29.8

#### 2.4 DE VEILIGHEID(SBELEVING) VAN PATIËNTEN

Daar waar in de vorige paragrafen de onderzoeken over het geweld van patiënten tegen derden en werknemers zijn omschreven, evenals de invloed daarvan op de veiligheidsbeleving van de laatstgenoemde partijen, worden in deze paragraaf de onderzoeken over de veiligheidsbeleving van (mede)patiënten geschetst.

56 Middelhoven & Driessen 2001, p. 21.

57 Middelhoven & Driessen 2001, p. 136.

58 Middelhoven & Driessen 2001, p. 136.

*'Sector- en themastudies: Commissie onderzoek naar geweld in de Jeugdzorg' (Universiteit Amsterdam 2019)<sup>59</sup>*

In een omvangrijk rapport heeft de zogenoemde 'Commissie onderzoek naar geweld in de Jeugdzorg' in 2019 de problematiek rondom geweld in de jeugdzorg in kaart gebracht. Het onderzoek spitst zich toe op de achtergronden en de gevolgen van geweld, waarbij onderscheid is gemaakt in verschillende jeugdzorginstanties. In het navolgende wordt niet gestreefd een uitputtende weergave te bieden van de resultaten van het onderhavige onderzoek, maar wordt volstaan met de benoeming van enkele onderzoeksresultaten die relevant kunnen zijn voor de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen.<sup>60</sup>

Ten eerste zij gewezen op de conclusie van de onderzoekers dat het opvoedingsklimaat in de residentiële jeugdzorg in de afgelopen decennia is verzacht, maar dat het geweld in vergelijkbare mate bleef voorkomen.<sup>61</sup> De onderzoekers schrijven dit toe aan een 'vertraagde modernisering', waarmee in essentie bedoeld wordt dat de professionaliteit van, de bezetting in en het toezicht op de residentiële jeugdzorg achter is gebleven bij pedagogische inzichten waarin het belang van het kind centraal wordt gesteld.<sup>62</sup> Ook in gesloten justitiële jeugdinrichtingen wordt geconstateerd dat er veel geweld plaatsvindt, en wordt dit geweld zelfs 'structureel van karakter' genoemd. Het gaat om alle soorten van geweld (fysiek, psychisch en seksueel), door medewerkers tegen jeugdigen, maar ook tussen jeugdigen onderling en door jeugdigen tegen medewerkers.<sup>63</sup> De onderzoekers doen vervolgens aanbevelingen om de regelgeving te verfijnen, intensiever toezicht te houden, medewerkers langer en voortdurend bij te scholen en de repressieve natuur van de justitiële inrichtingen af te bouwen.<sup>64</sup> Ook bij de opvang van licht verstandelijk beperkte jeugd komt veel geweld voor, waarbij onvoldoende toezicht en onmacht bij medewerkers wederom als kernoorzaken worden genoemd.<sup>65</sup>

Zoals al kort werd aangestipt, vormt seksueel geweld in de jeugdpsychiatrie een groot probleem, zowel onderling als door medewerkers. Een op de vijf kinderen in de psychiatrie geeft aan blootgesteld te zijn aan seksueel geweld.<sup>66</sup> In deze sector is volgens de onderzoekers eveneens aanleiding voor steviger toezicht en een

<sup>59</sup> Zie Commissie-De Winter 2019 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

<sup>60</sup> Zie de nadere afbakening in paragraaf 1. Ik volsta met een bespreking van de sectoren die relevant (kunnen) zijn voor de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen (zoals met name weergegeven in de hoofdstukken 1, 3, 4 en 6 van dit onderzoek van commissie-De Winter). Zo laat ik bijvoorbeeld het onderzoek naar geweld in de pleegzorg, in doven- en blindeninternaten of in de opvang van vreemdelingen in het navolgende buiten beschouwing.

<sup>61</sup> Commissie-De Winter 2019, p. 44 en 45.

<sup>62</sup> Commissie-De Winter 2019, p. 45 en 46.

<sup>63</sup> Commissie-De Winter 2019, p. 117.

<sup>64</sup> Commissie-De Winter 2019, p. 122.

<sup>65</sup> Commissie-De Winter 2019, p. 153-156.

<sup>66</sup> Commissie-De Winter 2019, p. 268.



verdergaande professionalisering. Het geweld is namelijk wel verminderd in de afgelopen jaren, maar het is nog lang niet op een aanvaardbaar niveau.<sup>67</sup>

Als een soort rode draad door de onderzoeksresultaten loopt de conclusie dat de inrichtingen en de toezichthoudende instanties wel verantwoordelijk zijn, maar nog onvoldoende naar die verantwoordelijkheid handelen. Gewezen zij in dat verband ook op de reactie op dit rapport van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Minister voor Rechtsbescherming, waarin zij schrijven dat het 'niet te bevatten is dat deze kinderen, aan wie juist een veilige omgeving geboden had moeten worden, geen veiligheid en geborgenheid hebben gevonden'.<sup>68</sup> In navolging van het rapport worden beleidsplannen aangekondigd met betrekking tot de verantwoordelijkheden voor de overheid en de instellingen voor de jeugdzorg.<sup>69</sup>

*'Geweld tegen psychiatrische patiënten in Nederland' (Maandblad Geestelijke Volksgezondheid 2011)*<sup>70</sup>

Het onderhavige onderzoek focust zich op de situaties waarin patiënten slachtoffer van fysieke en verbale agressie van medepatiënten of derden zijn geworden. De onderzoekers wijzen erop dat het in Nederland opvallend stil is gebleven als het gaat om victimisatie (slachtofferschap) van psychiatrische patiënten, terwijl praktijkervaringen en bevindingen uit bredere studies vermoeden dat geweld tegen psychiatrische patiënten in Nederland geen te verwaarlozen verschijnsel is.<sup>71</sup>

In deze studie wordt een overzicht geboden van de gegevens over geweld tegen psychiatrische patiënten. Daarbij worden diverse onderzoeken aangehaald, waaruit onder meer volgt dat alle onderzoekers het erover eens zijn dat het risico op victimisatie onder psychiatrische patiënten vele malen groter is dan onder de Nederlandse populatie. De schattingen lopen uiteen van 2 tot 140 keer meer risico.<sup>72</sup> Verwezen wordt in dit verband naar onderzoeken met betrekking tot chronische psychiatrische patiënten of psychotische patiënten. Tabel 5.8 biedt een overzicht van de beschikbare cijfers over victimisatie onder psychiatrische patiënten. De percentages variëren van 10% van de patiënten die aangeven in het afgelopen jaar slachtoffer te zijn geweest van geweld, tot 24% van de patiënten die soms tot vaak te maken hebben gehad met uitschelden en belediging.<sup>73</sup>

67 Commissie-De Winter 2019, p. 271.

68 Kamerstukken II 2018/19, 31015/31839, nr. 174, p. 2.

69 Kamerstukken II 2018/19, 31015/31839, nr. 174, p. 3. Zie hierover de website Rijksoverheid.nl. Deze beleidsplannen worden na de afronding van het onderhavige onderzoek (1 februari 2020) opgesteld.

70 Zie De Vries e.a. 2011 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

71 De Vries e.a. 2011, p. 8.

72 Ik verwijs, gezien de hoeveelheid aangehaalde onderzoeken, naar de bronnen genoemd in De Vries e.a. 2011, p. 9.

73 De Vries e.a. 2011, p. 11-12.

**Tabel 5.8** Victimisatie onder psychiatrische patiënten in Nederland<sup>74</sup>

	<i>n</i>	Ja
Afgelopen jaar slachtoffer van geweld (MANSA) <sup>1</sup>	1366	10%
Ervaring met uitschelden of belediging (vaak of soms) <sup>2</sup>	307	24%
Ervaring met bedreiging of lastig vallen (vaak of soms) <sup>2</sup>	306	21%
Ervaring met fysiek geweld <sup>3</sup>	194	15%
Gedwongen tot seksuele handelingen <sup>3</sup>	199	13%
Bestolen van eigendommen <sup>3</sup>	199	20%
Ervaring met vernieling van eigendommen <sup>3</sup>	191	17%

1 Data afkomstig van ACT trial Winschoten, Phamous, Onderzoek Maatschappelijk Steunsysteem Stad Utrecht, GGZ Noord-Holland Noord

2 Data afkomstig van discriminatievragenlijst Stedelijk Chroniciteitsonderzoek Amsterdam

3 Data afkomstig van Zorgaanvraaglijst Parnassia

De onderzoekers wijzen op de-institutionalisering als oorzaak van een verhoogde kans op slachtofferschap onder de patiënten. Alhoewel de-institutionalisering in Nederland minder plaatsvindt dan in landen als de Verenigde Staten, Engeland, Australië en Italië, vindt er in Nederland ook een verschuiving plaats van klinische voorzieningen naar vormen van begeleid en beschermd wonen, waardoor patiënten steeds meer in aanraking komen met de samenleving buiten het ziekenhuis.<sup>75</sup>

De onderzoekers concluderen dat, in lijn met het internationale onderzoek, uit de inventarisatie blijkt dat de Nederlandse psychiatrische patiënten – vooral degenen met een ernstiger ziektebeeld, veel zorgbehoeften en een sociaal zwakkere positie – vaker slachtoffer zijn van geweld dan de rest van de bevolking.<sup>76</sup> De landelijke victimisatiecijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek ('CBS') geven aan dat ongeveer 5% van de bevolking het afgelopen jaar slachtoffer is geweest van geweld (mishandeling, seksuele delicten en bedreiging). In de datasets zoals in de onderhavige studie zijn opgenomen, uitgaande van de vraag of patiënten het afgelopen jaar slachtoffer zijn geweest van geweld, is dit gemiddeld 10%.

*'Geweld tegen psychiatrische patiënten' (Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek 2019)<sup>77</sup>*

In lijn met het hiervoor besproken onderzoek ligt het door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek ('NWO') uitgevoerde onderzoek naar de

74 De Vries e.a. 2011, p. 11.

75 Ik verwijs, gezien de hoeveelheid aangehaalde onderzoeken, naar de bronnen genoemd in De Vries e.a. 2011, p. 10.

76 De Vries e.a. 2011, p. 15. Zie ook Commissie-De Winter 2019, p. 156.

77 Zie over deze onderzoeksresultaten: 'Psychiatrische patiënten zijn vaker slachtoffer dan dader van geweld', NWO 20 september 2019, online raadpleegbaar via de website nwo.nl.

omvang van slachtofferschap van patiënten. Uit dit onderzoek volgt dat psychiatrische patiënten vaker slachtoffer dan dader zijn van geweld, en überhaupt vaker slachtoffer van geweld zijn dan de gemiddelde Nederlander. Geweld tegen psychiatrische patiënten in Nederland wordt een reëel, ernstig en omvangrijk probleem genoemd.<sup>78</sup> Volgens de onderzoekers zouden hulpverleners zich meer bewust moeten worden van het fenomeen slachtofferschap bij psychiatrische patiënten en alert moeten zijn op signalen. De onderzoekers adviseren de hulpverleners om psychiatrische patiënten weerbaarder te maken, de dialoog op gang te brengen over de voorgevallen geweldsincidenten, en, ten slotte, te letten op gevoelens van onveiligheid die er bij de patiënt leven.

## 2.5 CONCLUSIE

Zowel werknemers, patiënten als derden binnen en buiten de opvang- en zorginstelling kunnen slachtoffer worden van (fysiek, psychisch of seksueel) geweld van primaire partijen. Alhoewel de cijfers een wisselend beeld laten zien op verschillende veiligheidsvlakken, lijkt een aantal conclusies gerechtvaardigd.

Zo lijkt de algemene tendens ten eerste te zijn dat 'ontvluchtelingen' (algemene ontsnappingen) en (in mindere mate) 'onttrekkingen' (niet terugkeren na een begeleid verlof) op incidentele basis voorkomen. Desondanks onttrekken jaarlijks tientallen justitiabelen zich aan het toezicht van de opvang- en zorginstelling, met mogelijk consequenties voor de veiligheid van derden of de patiënten zelf. Lastig blijft in dit verband dat deze proefverloven – in het kader van gefaseerde resocialisatietrajecten – juist ook strekken tot bescherming van de maatschappij en de patiënt zelf. Inherent aan deze verloven is immers een bepaalde mate van 'gebrek aan toezicht', want juist dát is de manier om tbs-gestelden of psychiatrische patiënten weer in de maatschappij te laten (leren) functioneren.<sup>79</sup> Uit de besproken cijfers kan wat mij betreft dus niet de conclusie worden getrokken dat – wil de opvang- en zorginstelling meer veiligheid nastreven – de mate van toezicht op tbs-gestelden dús opgeschroefd dient te worden. Onduidelijk blijft immers, en zal blijven, hoeveel incidenten zijn voorkomen door goed geïntegreerde tbs-gestelden of patiënten vanwege deugdelijk uitgevoerde, gefaseerde resocialisatietrajecten.

Uit het besproken onderzoek van DJI 2018 blijkt voorts – ten tweede – dat het aantal tbs-opleggingen afgenomen is. Tevens wordt de verwachting uitgesproken dat deze afnemende trend zich de komende jaren blijft voortzetten.<sup>80</sup> Onduidelijk is echter wat de verklaring voor deze afname is. Dat hoeft niet noodzakelijkerwijze te betekenen dat er minder delicten worden gepleegd die tot tbs-opleggingen leiden; veranderende (toepassing van de) wetgeving kan evengoed een verklaring zijn. In lijn daarmee neemt het aantal begeleide verloven, onbegeleide verloven en trans-

78 'Psychiatrische patiënten zijn vaker slachtoffer dan dader van geweld', NWO 20 september 2019, online raadpleegbaar via de website nwo.nl.

79 Hetgeen ook wel als het 'toezichthouderdilemma' wordt omschreven. Zie hierover paragraaf 3.3.

80 DJI 2018, p. 69-70.

murale verloven af. Of de verklaring daarvoor gevonden wordt in de afnemende tbs-opleggingen, veranderende wetgeving, de toename van proefverloven (en dus een 'verschuiving') of dat er een andere verklaring aan ten grondslag ligt, wordt uit de aangehaalde onderzoeken niet duidelijk.

De hoeveelheid incidenten in de (intramurale) psychiatrische instellingen en penitentiaire inrichtingen geeft wat mij betreft, ten derde, aanleiding om secundaire aansprakelijkheidsvragen te stellen. De in dit verband besproken onderzoeken tonen aan dat het geweld waarmee met name werknemers in de psychiatrie geconfronteerd worden, een substantieel probleem is. De hoeveelheid incidenten, met uiteenlopende ernst, is hoog. Anderzijds wordt ook geconcludeerd dat psychiatrische patiënten – vooral degenen met een ernstiger ziektebeeld, veel zorgbehoeften en een sociaal zwakkere positie – zelf ook vaak, en vaker dan personen uit de algemene bevolking, slachtoffer zijn van geweld. In het bijzonder worden patiënten in de jeugdzorg vaak slachtoffer van gewelddadig gedrag, zowel door medepatiënten als door medewerkers. Dit wordt ook ondersteund door de bevindingen van de commissie-De Winter, die voor nagenoeg elke besproken sector in de jeugdzorg concludeert dat er behoefte is aan aanscherping van het toezicht binnen en professionalisering van de opvang- en zorginstellingen.<sup>81</sup>

Ten vierde geldt dat de mogelijke *verklaringen* voor de hoeveelheid incidenten binnen de psychiatrische ruimten wat mij betreft eveneens betrokken kunnen worden in de secundaire aansprakelijkheidsvraag. Ik geef een aantal (hypothetische) voorbeelden, gebaseerd op de voornoemde onderzoeken. Zo kan de wetenschap over de locaties waar en de tijdstippen waarop agressief gedrag gemiddeld veel voorkomt, evenals andere 'triggers' van geweld,<sup>82</sup> directe consequenties hebben voor de secundaire aansprakelijkheid van de opvang- en zorginstelling als zij daar niet (afdoende) op geanticipeerd heeft. Als in de regel bepaald beleid (bijvoorbeeld, ontleend aan Nijman en Geurkink 2004: direct na de vergaderingen krijgen de gedetineerden te horen wat er besloten is) tot escalatie leidt, en ook bepaalde gevaarzettende patronen geïdentificeerd worden (bijvoorbeeld en eveneens ontleend aan Nijman en Geurkink 2004: het geven van een time-outkaart leidt tot hernieuwde agressie en een vicieuze (agressie)cirkel), ligt het wat mij betreft op het pad van de opvang- en zorginstelling om te bekijken of dit beleid aangepast kan worden en of de patronen doorbroken kunnen worden, onder meer omwille van de veiligheid van derden (zoals medewerkers). Het nalaten (van pogingen) om beleidswijzigingen door te voeren, terwijl de kennis van de ondeugdelijkheid ervan aangetoond kan worden, zou een argument in de secundaire aansprakelijkheidsbeoordeling van de opvang- en zorginstelling kunnen zijn.

81 Commissie De Winter 2019, p. 45, 46 en 271.

82 Anders dan de problematiek zelf, maar bijvoorbeeld in de sfeer van de soorten maatregelen die worden getroffen of de specifieke afdelingen waarop de gedetineerden of de patiënten zich bevinden.

Tot slot: zoveel onderzoeken, zoveel conclusies. Alhoewel op hoofdlijnen dezelfde conclusies worden getrokken met betrekking tot het hoge percentage aan gewelddadig gedrag in met name de psychiatrie, en dezelfde maatregelen als effectief worden genoemd, zijn er tussen de onderzoeken ook verschillen in resultaten te bespeuren (bijvoorbeeld op welk tijdstip gemiddeld veel agressief gedrag wordt vertoond). De kans op gewelddadig gedrag van patiënten of gedetineerden verschilt bovendien per instelling en per afdeling. Een en ander rechtvaardigt in mijn optiek de conclusie dat maatregelen toegespitst moeten worden op de specifieke behoefte in die instelling en op die afdeling. Alhoewel dit wellicht een open deur lijkt, vergt dat van de te onderscheiden opvang- en zorginstellingen wel een op afdelings- of misschien wel groepsniveau toegespitst beleid, teneinde aan haar secundaire zorgplicht te kunnen voldoen.

### 3 DE KENMERKEN VAN DE (SECUNDAIRE) ZORGPLICHT VAN OPVANG- EN ZORGINSTELLINGEN

#### 3.1 INLEIDING

In deze paragraaf wordt – in het licht van hetgeen hiervoor reeds is besproken omtrent de veiligheid(sbeleving) in en rondom opvang- en zorginstellingen – de zorg van de beheerders van deze ruimten (nader) onder de loep genomen.<sup>83</sup> Daarbij wordt in de eerste plaats besproken in welke mate de zorg van opvang- en zorginstellingen afgeleid dient te worden van een bekend belang, en welke specifieke omstandigheden bij die beoordeling relevant kunnen zijn (paragraaf 3.2). Vervolgens zal ik stilstaan bij het zogenoemde ‘toezichthouderdilemma’ waarmee opvang- en zorginstellingen zich bij het verstrekken van vrijheden of verloven aan hun patiënten of tbs-gestelden geconfronteerd kunnen zien (paragraaf 3.3).

#### 3.2 DE AFGELEIDE ZORG VAN OPVANG- EN ZORGINSTELLINGEN

Een (secundaire) zorgplicht kan slechts dan bestaan als er een bepaalde ‘zorgrelatie’ tussen de ‘zorgdrager’ en de ‘zorgontvanger’ bestaat die bepaalde ‘zorgdaden’ met zich meebrengt, zo lichtte ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4 al toe.<sup>84</sup> Ook constateerde ik in deze paragraaf dat het bij de aansprakelijkheid van secundaire partijen in de regel gaat om vrij algemene zorgdaden en verantwoordelijkheden die ten grondslag liggen aan een vaak niet zeer concrete zorgrelatie. Waar de zorg van een secundaire partij als een opvang- en zorginstelling precies op ziet, is vanwege het (haast per definitie) onvoorspelbare gedrag van de primaire partij op voorhand immers onduidelijk en zal moeten worden *afgeleid* van wat naar ervaringsregels de gewenste handelswijze zou zijn. De ‘afgeleidheid’ ziet dan op de relatie met een (wel) bekend belang (zoals de algemene veiligheid), waarop de vereiste zorgdaden

83 Zie over de aansprakelijkheid voor (schadeveroorzakend gedrag van) psychiatrische patiënten en gevangenen in het algemeen ook Van Dam 2020, p. 179-182.

84 Ik baseer mij op het werk van Tjong Tjin Tai 2006a, m.n. p. 68-72, 93-94, 97-98 en 147-149.

van de secundaire partij noodzakelijkerwijze gebaseerd moeten worden. In het algemeen kan dus gesteld worden dat ook in de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen *afgeleide* zorg besloten ligt.<sup>85</sup>

In hoofdstuk 4, paragraaf 3.4.2 werd, met betrekking tot de secundaire zorgplicht van sportverenigingen, reeds geïllustreerd dat verschillende (aan de specifieke private ruimten gerelateerde) omstandigheden een doorwerking kunnen vinden in de beoordeling van de secundaire (afgeleide) zorgplicht. Deze 'bijzondere' omstandigheden of dimensies kunnen namelijk invloed hebben op de voorzienbaarheid van de schade voor een specifieke secundaire partij. Kort gezegd kwam het bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen daarop neer dat de schade voor sportverenigingen gemiddeld meer voorzienbaar zal zijn, nu zij weten dát er relatief risicovol gedrag (duwen, trekken, slaan met sticks of rackets, trappende bewegingen) in hun ruimte vertoond zal worden (en 'genormaliseerd' is). Dit kan met zich meebrengen dat van de beheerder in kwestie een bepaalde mate van anticipatie (voorzorgsmaatregelen, effectief toezicht) kan worden verwacht.

Alhoewel ik, anders dan bij sportverenigingen, niet zou willen zeggen dat gevaarlijk gedrag binnen opvang- en zorginstellingen genormaliseerd is, kan wat mij betreft wel betoogd worden dat het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij voor de opvang- en zorginstelling in de meeste gevallen (ook) gemiddeld meer voorzienbaar zal zijn dan voor andere onderzochte private ruimten. Opvang- en zorginstellingen zullen immers in de meeste gevallen waarin zij (secundair) aansprakelijk gesteld worden, aangesproken worden voor het schadeveroorzakende gedrag van hun patiënten (zie de rechtspraak in paragraaf 5). Beheerders van opvang- en zorginstellingen hebben (vooraf) kennis van de specifieke problematiek van de primaire partij en de potentiële gevaren die daaruit voortvloeien. Daarnaast hebben deze beheerders kennis of behoren zij kennis te hebben van het feit dát er een verhoogd risico bestaat op het vertonen van schadeveroorzakend gedrag door hun patiënten (in verband met in het verleden vertoond gedrag of psychische instabiliteit).<sup>86</sup> Wellicht was niet duidelijk dat de psychiatrische patiënt of de tbs-gestelde *dit specifieke* schadeveroorzakende gedrag zou veroorzaken, maar in elk geval was de potentie tot enig schadeveroorzakend gedrag wel aanwezig. Verwezen zij in dit verband ook naar de in paragraaf 2 van dit hoofdstuk besproken onderzoeken, waaruit volgt dat er in de psychiatrie gemiddeld veel geweld voorkomt.<sup>87</sup>

85 Zie hierover nader hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4 en (met name) hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.

86 Met dien verstande dat hoe minder het precies vertoonde schadeveroorzakende gedrag in de lijn der verwachting lag – bijvoorbeeld omdat dit verder afstaat van een eerder delict (tbs-gestelde) of omdat er in het verleden in het geheel geen agressief gedrag is vertoond (psychiatrische patiënt) – dit invloed heeft op de mate waarin het uiteindelijk gemanifesteerde gedrag aan de opvang- en zorginstelling als 'voorzienbaar' kan worden toegerekend.

87 Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 326, verwijzen naar Nijman e.a. 2005 en Foster, Bowers & Nijman 2007.

Het feit dat er aanleiding was om te veronderstellen dat de psychiatrische patiënt of de tbs-gestelde destructief of andersoortig schadeveroorzakend gedrag zou kunnen gaan vertonen, althans het feit dat hij dit gedrag reeds heeft vertoond, betrof tegelijkertijd juist de reden voor de opname van en het toezicht op de psychiatrische patiënt of de tbs-gestelde. Betoogd zou zelfs kunnen worden dat het in essentie de taak van de opvang- en zorginstelling is om de maatschappij en de patiënt of tbs-gestelde zelf te beschermen tegen het schadeveroorzakende gedrag zoals de patiënt of tbs-gestelde dat eerder heeft vertoond of in potentie (weer) kan gaan vertonen. Het primaire (of in elk geval: een belangrijk) doel van de opvang- en zorginstellingen is immers gericht op het genezen van de geestesziekte van de primaire partij die tot schadeveroorzakend gedrag kan leiden (anders dan de kerntaken van scholen, sportverenigingen, winkelcentra, restaurants, etc.). Er zou dus binnen de opvang- en zorginstelling bij uitstek aandacht moeten zijn voor en onderzoek moeten worden gedaan naar het (in potentie te vertonen) gedrag van de primaire partij. Het voorgaande heeft invloed op de in de secundaire aansprakelijkheidsprocedure te beantwoorden vraag of het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij voor de opvang- en zorginstelling (in retrospectief) voorzienbaar was.

Een tweetal slotopmerkingen is daarbij op zijn plaats.

Bedacht dient in de eerste plaats te worden dat het voor de opvang- en zorginstelling – juist in de uitoefening van haar hiervoor beschreven, primaire doelstelling het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij ‘te genezen’ – in de laatste fases van de behandeling min of meer gerechtvaardigd kan zijn bepaalde risico’s te nemen tot het verstrekken van vrijheden of het verlenen van verlof. Ik doel hier op het zogenoemde toezichthouderdilemma, welk dilemma in paragraaf 3.3 van dit hoofdstuk nader wordt besproken.

In de tweede plaats geldt, zoals ik ook in het kader van de besproken onderzoeken in paragraaf 2 aangaf, dat de directe aanleiding tot agressie bij de patiënten significant vaak in het ziektebeeld blijkt te liggen. Specifieke psychiatrische klachten, en dan vooral psychotische symptomen, worden genoemd als oorzaken van het agressieve gedrag.<sup>88</sup> In de belangenafweging die bij de secundaire aansprakelijkheidstoets gemaakt zal worden, dient dus ook het feit betrokken te worden dat de invloed van de zorginstelling op het *ontstaan* van schadeveroorzakend gedrag in sommige gevallen zeer beperkt is (want: sterk verbonden aan de problematiek).<sup>89</sup> Beoordeeld moet dus vooral worden of – gegeven de kenbaarheid van het risico – de secundaire zorgdrager er alles aan heeft gedaan om het *gevolg* of de *herhaling* van dat schadeveroorzakende gedrag te voorkomen of in omvang te beperken. In dat verband zij in het bijzonder, en in navolging van de besproken onderzoeken

88 Nijman & Geurkink 2004, p. 604.

89 Zie hierover nader (en in vergelijking met de andere onderzochte ruimten) hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.2.



in paragraaf 2, gewezen op de conclusie van Van Marle, hoogleraar Forensische Psychiatrie:

*‘Verantwoording nemen. Lange tijd is de psychiatrie onwillig geweest om te erkennen dat geweld bij psychiatrische patiënten behoort tot een ziektebeeld. Nu het neurobiologisch onderzoek naar agressie echter duidelijk maakt dat geweld op het terrein ligt van de neurosciences (ook al is zulke geweldsdiagnostiek in het individuele geval nog onmogelijk) en ook blijkt dat behandeling de kans op een herhalingsdelict sterk vermindert, kunnen wij als psychiaters hiervoor niet opzij gaan, maar moeten wij ons toerusten voor deze nieuwe taken. Het publiek verwacht het van ons en moet ons hierin serieus kunnen nemen.’<sup>90</sup> [mijn onderstreping, KLM]*

Vanuit juridisch perspectief concludeer ik, op basis van onder meer de in paragraaf 2 weergegeven onderzoeken, dat de aan de tbs-gestelde of psychiatrische patiënt verbonden risico’s gerelateerd zijn aan de geestesziekte van deze bezoeker, en de daarmee samenhangende risico’s dus al in den beginne (‘voor het bezoek’) kenbaar (en dus meer voorzienbaar) zijn. Als in een concreet geval dus aangetoond kan worden dat bepaalde kennis op schadeveroorzakend gedrag aanwezig was en de aanscherping van het toezicht of het treffen van andere voorzorgsmaatregelen desondanks (verwijtbaar) is uitgebleven, kan de opvang- en zorginstelling voor de daardoor ontstane schade (secundair) aansprakelijk worden gehouden.

### 3.3 HET TOEZICHTHOUDERDILEMMA

#### 3.3.1 DE VRIJHEID VAN PATIËNTEN VERSUS DE VEILIGHEID VAN DERDEN

Zoals in paragraaf 3.2 al kort werd aangestipt, wordt de (afgeleide) zorg van opvang- en zorginstellingen in de specifieke situatie waarin zij de patiënt of tbs-gestelde op (proef)verlof laten gaan, dan wel andersoortige vrijheden binnen of buiten de opvang- en zorginstelling bieden, gecompliceerd door een notie die in het vervolg van dit onderzoek als het ‘toezichthouderdilemma’ zal worden aangeduid.

De wijze van verlening van het verlof aan tbs-gestelden – en de rol van de tbs-kliniek daarin – is verankerd in art. 50 Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden (‘Bvt’), zoals deze wet in paragraaf 4.2 van dit hoofdstuk nader wordt besproken. In dit artikel wordt bepaald:

*‘Indien de uit de stoornis van de geestesvermogens voortvloeiende gevaarlijkheid van de ter beschikking gestelde voor de veiligheid van anderen dan de ter beschikking gestelde of de algemene veiligheid van personen of goederen dusdanig is teruggebracht dat het verantwoord is hem tijdelijk de inrichting te doen verlaten, kan het hoofd van de inrichting voor verpleging van ter beschikking gestelden, met*

<sup>90</sup> Van Marle 2012, p. 407.



machtiging van Onze Minister, de ter beschikking gestelde verlof verlenen zich al dan niet onder toezicht buiten de inrichting te begeven. (...)'

Als een tbs-gestelde dus voldoende vooruitgang heeft geboekt én het binnen het behandelplan past, dan kan een tbs-kliniek bij de Minister van Justitie en Veiligheid een verlofmachtiging aanvragen. De minister legt de aanvraag voor aan het onafhankelijke Adviescollege Verloftoetsing Tbs ('AVT') en dit college geeft vervolgens een positief of negatief advies.<sup>91</sup> De DJI neemt uiteindelijk namens de minister de beslissing.<sup>92</sup> Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 50 Bvt blijkt dat na machtiging van de Minister van Justitie en Veiligheid verlof kan worden verleend indien de gevaarlijkheid die uit de geestelijke stoornis van de ter beschikking gestelde voortvloeit dusdanig is teruggebracht dat verlof verantwoord is. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt tevens dat de wetgever hierbij heeft gedacht aan beveiliging van de samenleving.<sup>93</sup>

De verlofverlening geschiedt dus na machtiging van de Minister van Justitie en Veiligheid, maar of het verlof daadwerkelijk wordt verleend, is uiteindelijk de beslissing van het hoofd van de tbs-kliniek.<sup>94</sup> Het hoofd van deze specifieke opvang- en zorginstelling kan het verlof immers ook intrekken, 'indien dit noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de maatschappij tegen de gevaarlijkheid van de ter beschikking gestelde voor de veiligheid van anderen dan de ter beschikking gestelde of de algemene veiligheid van personen of goederen of indien de ter beschikking gestelde een bepaalde voorwaarde niet nakomt' (art. 50 lid 3 Bvt). Meer in het bijzonder wordt in het in paragraaf 5.3.1 te bespreken *Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden*-arrest over deze verantwoordelijkheid(sverdeling) door het Gerechtshof Leeuwarden opgemerkt:

'Het hof onderschrijft niet het standpunt van [de tbs-kliniek] dat, nu naar haar opvatting de Staat de eind en daarmee de primaire verantwoordelijkheid heeft voor de beslissing tot de verlening van het proefverlof aan [de patiënt], [eiseres] voor het geldend maken van haar aanspraken op schadevergoeding zich eerst tot de Staat heeft te wenden.

(...)

Het feit dat geen proefverlof kan worden verleend dan met machtiging van het Ministerie van Justitie, die uiteraard daarvoor een eigen verantwoordelijkheid schept voor de verlening van het proefverlof, brenge[n]t nog niet mee dat [de tbs-kliniek] in ieder geval ten aanzien van de wijze waarop het proefverlof wordt gееffectueerd geen eigen verantwoordelijkheid draagt uit hoofde waarvan zij in rechte kan wor-

91 Waarbij zij opgemerkt dat de minister gebonden is aan een negatief advies van de AVT, maar van een positief advies mag afwijken, zie art. 6 lid 4 en 5 Verlofregeling TBS (*Stcrt.* 2010, 21597).

92 Zie over het onderwerp 'verlof tijdens tbs' de website van de Rijksoverheid (Rijksoverheid.nl).

93 *Kamerstukken II* 1993/94, 23445, nr. 3, p. 55 en 56 (MvT) en Rb. 's-Gravenhage 17 december 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH3080, r.o. 4.9.

94 Zie expliciet Rb. 's-Gravenhage 17 december 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH3080, r.o. 4.5.

den aangesproken wegens schadevergoeding, indien zij bij die effectuering onzorgvuldig handelt (...).

Voor het geval dat de [tbs-kliniek] oordeelt dat [eiseres] zich "eerst" tot de Staat moet wenden, omdat haar verantwoordelijkheid ten aanzien van de verlening van het proefverlof ten achter staat bij die van de Staat, ziet zij daarbij over het hoofd dat, ook indien dit juist zou zijn, zij niettemin tegenover [eiseres] voor de schade volledig aansprakelijk is en dat [gedaagde] een op een beweerdelijke gradatie van aansprakelijkheid te stoelen volgorde van aansprakelijkheidstelling niet in acht behoeft te nemen.' (r.o. 5.1-5.3)<sup>95</sup> [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

De instelling waarin de tbs-gestelde verblijft kan dus voor het al dan niet onterecht verlenen van het verlof (secundair) aansprakelijk worden gesteld. Dat zal meer in het bijzonder het geval zijn als de tbs-gestelde tijdens het verlof zichzelf of derden schade toebrengt.

In vergelijkbare zin kennen psychiatrische instellingen verloftrajecten *buiten* de deuren van de instelling. Los van deze verloftrajecten zijn ook allerlei andere *binnen* de instelling geboden vrijheden denkbaar. Benadrukt zij daarom dat het hierna geschetste toezichthouderdilemma niet alleen ziet op de belangen van de patiënt versus de belangen van derden buiten de instelling, maar ook op de belangen van de patiënt versus de belangen van werknemers of medepatiënten binnen de instelling.

Bij de beoordeling van de vraag of de tbs-gestelde of de psychiatrische patiënt 'voldoende vooruitgang' heeft geboekt om op proefverlof te gaan of met ander-soortige vrijheden om te kunnen gaan, zal uiteraard de vraag aan de orde komen in hoeverre 'enig' schadeveroorzakend gedrag voorzienbaar is. Als dat gedrag in sterke mate voorzienbaar is, zal de opvang- en zorginstelling geen verlofaanvraag mogen doen en die vrijheden niet mogen bieden. Dat betekent echter niet dat de opvang- en zorginstelling daarbij geen enkel risico mag nemen in die zin dat zij bij het aanvaarden van een bepaald risico automatisch haar zorgplicht schendt. Er zal immers, inherent aan de problematiek, altijd een zeker risico op schadeveroorzakend gedrag of onttrekkingen ontstaan gedurende deze verloven. Haast paradoxaal is echter dat deze proefverloven – in het kader van gefaseerde resocialisatietrajecten – juist óók strekken ter bescherming van de maatschappij (een gesocialiseerde tbs-gestelde zal minder snel delicten plegen, is de gedachte dan), evenals de patiënt zelf. Inherent aan deze verloven is een bepaalde mate van 'gebrekkelig toezicht'. Juist op die manier leren de tbs-gestelden of psychiatrische patiënten weer in de maatschappij te functioneren en zal de kans op recidive verminderen. Een en ander heeft tot gevolg dat, aldus A-G Spier in zijn conclusie voor het hierna te bespreken *Proefverlof tbs-gestelde-arrest*, men in een gecompliceerde samenleving en bin-

<sup>95</sup> Hof Leeuwarden 5 juni 1991, ECLI:NL:GHLEE:1991:AB9114, NJ 1992/78 (*Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden*).

nen bepaalde grenzen hinder, overlast of andere meer of minder diep ingrijpende gebeurlijkheden zal moeten aanvaarden.<sup>96</sup>

Dit dilemma waarbij de opvang- en zorginstelling, als secundaire partij, als het ware 'klem zit' tussen twee te dienen belangen, kan omschreven worden als het al eerdergenoemde 'toezichthouderdilemma'. Dit dilemma is daarin gelegen dat de toezichthouder (zoals hier de beheerder van de opvang- en zorginstelling, of diens therapeuten) voor een keuze staat, die in alle mogelijke varianten nadelen met zich meebrengt. Zo kan het inperken van de vrijheid van de patiënt zijn genezingsproces belemmeren, maar kan het geven van diezelfde vrijheid tot schade bij derden leiden. Of, in het voorbeeld van Giesen (met betrekking tot vrijheden van de patiënt): aan de ene kant is een zekere bewegingsvrijheid therapeutisch wenselijk, terwijl die vrijheid aan de andere kant het risico van suïcide met zich meebrengt.<sup>97</sup> Daarbij dient bedacht te worden dat – naast de wenselijke effecten – een geesteszieke persoon die in een inrichting verblijft, in beginsel ook het recht heeft op bewegingsvrijheid (art. 15 Grondwet en art. 5 EVRM).<sup>98</sup> Ook Simons noemt deze grondrechten in zijn annotatie onder een uitspraak over een 'ontsnapte' en suïcidale psychiatrische patiënt, door het dilemma als volgt te formuleren:

'Op degene die het toezicht aanvaardt over een psychiatrische patiënt rust derhalve een bijzondere zorgplicht. Enerzijds vergt die bijzondere zorgplicht een voortdurende inschatting van de risico's dat de patiënt zichzelf of anderen iets aandoet en het zoveel mogelijk bieden van een adequaat en op die risico's afgestemd beschermingsniveau. Anderzijds dient er daarbij zo min mogelijk inbreuk te worden gemaakt op de grondrechten van de patiënt en dienen de belangen die er voor de patiënt met zijn medische behandeling zijn gemoeid niet uit het oog te worden verloren.'<sup>99</sup>

In deze situaties wordt dus een ingewikkelde kwestie geraakt: moet de hulpverlener de therapie en het genezingsproces laten prevaleren boven de risico's voor derden of moet de hulpverlener de risico's op schade voor derden hierbij de doorslag laten geven?<sup>100</sup>

96 A-G Spier in zijn conclusie (sub 5.15.1) voor HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*).

97 Giesen 2005a, p. 140-141. Zie eerder Giesen 2002, p. 104 met een verwijzing naar Van Rossum 2001, p. 22-23.

98 Zie over mogelijke grondrechten van de psychiatrische patiënt nader De Boer in zijn annotatie onder HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, sub 4 (*'t Ruige Veld/Univé*) en A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 7) voor HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*).

99 Simons in zijn annotatie onder Rb. Amsterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7140, JA 2014/25, vierde (ongenummerde) alinea (*Achmea/Buitenamstel Geestgronden*).

100 Giesen 2002, p. 104; Giesen 2005a, p. 125 en 140-142.

### 3.3.2 HET TOEZICHTHOUDERDILEMMA IN DE RECHTSPRAAK

De (concrete) rechtspraak van de Hoge Raad over het toezichthouderdilemma is tot nu toe beperkt tot het (buiten de reikwijdte van dit onderzoek vallende) onderwerp van het *financiële* toezicht. Ook in de literatuur wordt het toezichthouderdilemma met name in die context besproken.<sup>101</sup>

Illustratief is de uitspraak uit 2014 omtrent de aansprakelijkheid van de Autoriteit Financiële Markten ('AFM'), waarin de AFM voor het niet ingrijpen bij de DSB-bank (secundair) aansprakelijk werd gesteld.<sup>102</sup> Zij zou als toezichthouder hebben nagelaten ervoor te zorgen dat DSB een juiste voorstelling gaf van de risico's bij de uitgifte van de achtergestelde deposito's, mede gelet op de zeer zorgwekkende situatie waarin DSB zich bevond. Bovendien zou zij hebben nagelaten DSB te verplichten om in het openbaar concrete mededelingen te doen over de zorgwekkende situatie van de bank. De AFM stelde dat er sprake was van een toezichthouderdilemma, nu met het openbaar worden van die informatie de continuïteit van DSB in gevaar zou komen. Enerzijds moest de AFM dus rekening houden met het belang van de klanten van DSB (het verkrijgen van informatie over de situatie bij de bank), en anderzijds met het belang van de continuïteit van de bank. De AFM heeft het laatste belang (continuïteit) in dit geval zwaarder laten wegen. De Hoge Raad overwoog dat financiële toezichthouders bepaalde vrijheden hebben bij de belangenafweging in de gevallen waarin zich een toezichthouderdilemma voordoet, en dat de rechter die belangenafweging van de toezichthouder in dat geval terughoudend moet toetsen (r.o. 3.5.2-3.5.3).<sup>103</sup> Ook overwoog de Hoge Raad dat de rechter bij deze belangenafweging onder meer de vraag zal moeten betrekken in hoeverre de toezichthouder er zelf toe heeft bijgedragen dat het toezichthouderdilemma ontstond, in het onderhavige geval bijvoorbeeld door ongunstige ontwikkelingen van structurele aard op hun beloop te laten (r.o. 3.4.4).

In een iets andere financiële context, te weten de zogenoemde Vie d'Or-kwestie, refereerde de Hoge Raad in zijn overwegingen al eerder en meer direct aan het toezichthouderdilemma.<sup>104</sup> In deze zaak werd (kort gezegd) de Verzekeringskamer aansprakelijk gesteld door gedupeerde (voormalige) polishouders van de levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or, daar waar de Verzekeringskamer niet tijdig een stille bewindvoerder had benoemd. De polishouders vorderden de schade die zij door de uiteindelijke deconfiture van Vie d'Or hadden geleden. In de aansprakelijkheidsoverwegingen in deze zaak refereerde de Hoge Raad expliciet aan het toezichthouderdilemma, door te overwegen:

---

101 Zie onder meer de literatuur zoals in het vervolg van deze paragraaf is aangehaald.

102 HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, NJ 2015/217, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Band/AFM*).

103 Zie over deze uitspraak en het daarin besloten liggende dilemma ook Vletter-van Dort 2015.

104 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/529 (*Vie d'Or*).

‘Bovendien kan er niet aan worden voorbijgezien dat de Verzekeringskamer zich als toezichthouder in de moeilijke positie bevond waarin een duidelijk en voor de buitenwereld – naar verwacht mag worden – kenbaar ingrijpen wegens het gevaar van discontinuïteit schadelijk zou kunnen zijn voor de bestaande polishouders, terwijl een dergelijk ingrijpen juist schadevoorkomend of schadebeperkend zou kunnen zijn ten aanzien van toekomstige polishouders of polishouders die hun polis wilden uitbreiden (het zogenaamde “toezichthouderdilemma”). De rechtbank deelt niet het standpunt van de Stichting dat dit dilemma juist door de Verzekeringskamer in het leven is geroepen. Dit dilemma is in een toezichthoudersrelatie als hier aan de orde vanaf het begin in de kiem aanwezig. Hooguit is het zo dat dit dilemma groter wordt, indien ingrijpen achterwege blijft zonder dat de situatie van de onder toezicht staande instelling verbetert.’ (r.o. 3.15.1) [mijn onderstreping, KLM]

De consequentie van het toezichthouderdilemma in deze rechtspraak is dus dat de (secundaire) zorgplicht terughoudender wordt getoetst (aansprakelijkheid volgt minder snel dan in de gevallen waarin het toezichthouderdilemma niet geldt). De (achteraf bezien) schadeveroorzakende keuze laat zich, met andere woorden, in het licht van het dilemma waarmee de toezichthouder zich geconfronteerd ziet, minder snel als onzorgvuldig aanmerken.

Als deze rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het financiële toezicht wordt toegepast op het dilemma waarmee opvang- en zorginstellingen zich geconfronteerd kunnen zien, dan zou dat betekenen dat opvang- en zorginstellingen een zekere beoordelingsvrijheid hebben met betrekking tot het al dan niet op verlop sturen van c.q. het bieden van vrijheden aan patiënten of tbs-gestelden. Sterker nog: de aansprakelijkheid bij enige schade, zou – in het verlengde van de hiervoor aangehaalde rechtspraak – terughoudend getoetst moeten worden. Concrete rechtspraak waarin de Hoge Raad (expliciet) refereert aan het toezichthouderdilemma waarmee opvang- en zorginstellingen te kampen hebben, is echter niet voorhanden.<sup>105</sup> Desondanks zijn wat mij betreft de volgende twee uitspraken van de Hoge Raad illustratief voor het toezichthouderdilemma van opvang- en zorginstellingen als secundair aangesproken partij.

Ten eerste zij gewezen op de uitspraak van de Hoge Raad uit 2004 over een tbs-gestelde die tijdens een onbegeleid verlof twee vrouwen gijzelde, onzedelijk betastte en hun geld afperste.<sup>106</sup> De Staat werd door een van de slachtoffers aansprakelijk gesteld, stellende dat er onvoldoende toezicht was uitgeoefend op de tbs-gestelde, terwijl er meer dan voldoende aanwijsbare omstandigheden voorhanden waren op grond waarvan het onbegeleid verlof diende te worden gestopt. De Staat werd hierbij als ‘beheerder’ van de tbs-kliniek tot vergoeding van de geleden schade aangesproken. Overigens merk ik daarbij op dat, nu het evengoed een private instelling had kunnen zijn die als beheerder van de kliniek werd aangesproken,

105 Vgl. Giesen 2005a, p. 141.

106 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*).

deze uitspraak wat mij betreft ook illustratief is voor de zorgplichtschending van private opvang- en zorginstellingen (wanneer mag er besloten worden tot ongebeleid verlot, gegeven de bestaande risico's?).<sup>107</sup>

A-G Spier wees in zijn conclusie voor het arrest reeds op de verschillende belangen die aan de keuze van het (al dan niet) verlenen van een proefverlot waren verbonden – het hiervoor geschetste toezichthouderdilemma – door op te merken:

'Rechtbank en Hof hebben er – naar de kern genomen – terecht op gewezen dat belangrijk is dat wordt gepoogd te voorkomen dat geestelijk gestoorde personen levenslang in een inrichting moeten verblijven. Nog afgezien van de immense kosten (financieel en anderszins) die met zodanig verblijf zijn gemoeid, is vrijheid één van de belangrijkste verworvenheden van onze (westerse) samenleving. (...) Daarbij valt nog te bedenken dat een ieder het noodlot kan treffen van een geestelijke afwijking of stoornis.

(...) De keerzijde van (premature) vrijheid is het gevaar dat de vrijgelatenen vervallen in hun oude kwalen en/of anderszins (ernstige) schade aan derden berokkenen. De leden van de samenleving moet daartegen zo veel mogelijk worden beschermd.

(...) Het is, helaas, niet steeds mogelijk om beide belangen met elkaar te verzoenen.<sup>108</sup> [mijn onderstreping, KLM].

Ook de Hoge Raad betrok bij de beoordeling van de aansprakelijkheid, alhoewel impliciet, het eerder geschetste toezichthouderdilemma en legde daarbij de nadruk op het dilemma tussen de vrijheden van de patiënten enerzijds en de veiligheden van derden anderzijds:

'Aan de beslissing om aan [tbs-gestelde] daartoe verlot te verlenen diende een zorgvuldige beoordeling van de nog bestaande ernst van de stoornis met een inschatting van de daaruit eventueel voortvloeiende gevaarlijkheid vooraf te gaan. Deze beoordeling noodzaakt tot een afweging in dier voege dat enerzijds geen zekerheid kan worden verlangd dat degene aan wie als onderdeel van zijn behandeling een kortdurende onderbreking van de overigens nog steeds noodzakelijk geoordeelde vrijheidsontneming wordt gegund, tijdens het verlot geen enkel gevaar voor anderen zal kunnen betekenen, en anderzijds de redelijke en gefundeerde verwachting behoort te bestaan dat dit gevaar zodanig beperkt is dat het verlenen van het verlot met het oog op de veiligheid van anderen verantwoord is. Dit een en ander brengt mee dat alleen indien komt vast te staan dat de Staat niet tot het verlenen van ongebeleid verlot had mogen besluiten in verband met het, gelet op de hiervoor vermelde maatstaf, nog steeds bestaande en onaanvaardbare risico dat [tbs-gestelde] door zijn

107 Ook in het vervolg van dit hoofdstuk worden daarom incidenteel – zoals in hoofdstuk 1, paragraaf 6.2 reeds uitvoerig werd toegelicht – uitspraken over de secundaire zorgplicht van de Staat besproken, te weten in die gevallen waarin deze uitspraken een-op-een op private instellingen van toepassing hadden kunnen zijn.

108 A-G Spier in zijn conclusie (sub 3.3-3-4) voor HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlot tbs-gestelde*).

stoornis gevaar voor de persoon of de goederen van anderen zou kunnen opleveren, van onzorgvuldigheid kan worden gesproken die moet leiden tot aansprakelijkheid van de Staat voor de schade die [tbs-gestelde] heeft aangericht en die de Staat redelijkerwijze had behoren te voorzien en te voorkomen.’ (r.o. 3.4) [mijn bewerking en onderstreping, KLM].

Met andere woorden: spanning tussen de twee doelstellingen van de tbs-maatregel – bescherming van de samenleving tegen herhaling van het delict enerzijds en behandeling van de betrokkene ter vermindering van het delictsgevaar bij terugkeer in de samenleving anderzijds – bestaat onvermijdelijk. Het dilemma bestaat dus daaruit dat de opvang- en zorginstelling *hoe dan ook* risico’s neemt. Of, andersom, dat met allebei de keuzes (wel verlot, geen verlot) al dan niet indirect een veiligheidsbelang gewaarborgd wordt (wel verlot: er vinden goede resocialisatieprocessen plaats, geen verlot: de psychiatrische patiënt of tbs-gestelde kan buiten de instelling geen schade aanrichten). Wanneer uit het oogpunt van de behandeling zo’n verlot nodig is, kan en hoeft door de instelling dan ook geen zekerheid te worden gegeven dat het verlot geen enkel gevaar voor anderen zal opleveren.<sup>109</sup>

Met dat vertrekpunt in de hand, wees de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de Staat in dit arrest van de hand. Daar waar eerdere onttrekkingen aan het verlot door de tbs-gestelde niet tot incidenten hadden geleid en gezien het intensieve contact tussen de tbs-gestelde en de resocialisatieafdeling, had de Staat in dit geval immers niet kunnen of moeten voorzien dat het ‘onaanvaardbare risico’ bestond dat deze tbs-gestelde zich opnieuw aan een misdrijf schuldig zou maken (r.o. 3.7.2). De enkele omstandigheid dat de tbs-gestelde zich ten opzichte van het slachtoffer niet had kunnen misdragen als hem dit verlot niet was verleend, was dan ook onvoldoende om te oordelen dat de schade van de tbs-gestelde in zodanig verband stond met de beslissing tot verlotverlening, dat deze schade als een gevolg daarvan aan de beheerder van de instelling (de Staat) kon worden toegerekend, aldus de Hoge Raad (r.o. 3.7.3). In de jurisprudentieanalyse in paragraaf 5 zal blijken dat in de diverse (nadien gewezen) uitspraken omtrent de aansprakelijkheid van een opvang- en zorginstelling voor de schade die een tbs-gestelde tijdens het proefverlot heeft kunnen aanrichten, telkens bij de hiervoor geciteerde maatstaf wordt aangesloten.<sup>110</sup>

109 Vranken in zijn annotatie onder HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, sub 4 (*Proefverlot tbs-gestelde*).

110 A-G Spier in zijn conclusie (sub 5.2-5.3) voor HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlot tbs-gestelde*) wijst bovendien op de rechtsvormende taak die de rechter in dergelijke zaken heeft, en betoogt dat de rechter de onderhavige kwestie niet in volstrekt geïsoleerde staat moet beoordelen, maar bij die beoordeling moet betrekken welke vervolgvragen in het verschiep liggen. Hij wijst daarbij onder meer op de vraag met welke frequentie het voorkomt dat tbs-gestelden tijdens een (proef)verlot misdrijven plegen, of deze misdrijven ten tijde van de verlening van het verlot te voorzien waren, hoe groot de schade is die zij berokkenen, wat voortgezette tbs kost en wat uitgespaard wordt wanneer, door het nemen van bepaalde risico’s, wordt geprobeerd tbs-patiënten via een of andere vorm van verlot ‘rijp’ te maken voor terugkeer in de samenleving.



Het toezichthouderdilemma van opvang- en zorginstellingen is in de tweede plaats te herkennen in de overwegingen van de Hoge Raad in het zogenoemde *'t Ruige Veld/Univé*-arrest.<sup>111</sup> In deze zaak werd een jeugdpsychiatrisch ziekenhuis (hierna: 'de inrichting') aansprakelijk gesteld voor de schade die was ontstaan door een brand gesticht door een minderjarige patiënte in het huis van een derde. In de dagen voorafgaand aan de brand was het meisje meerdere keren uit de inrichting weggelopen, en had zij bovendien het hek van een manege open laten staan waardoor de paarden konden ontsnappen. Desondanks had de inrichting geen bijzondere maatregelen getroffen (verscherping van het toezicht, het afnemen van bepaalde vrijheden, etc.) om te voorkomen dat de patiënte de inrichting ongemerkt zou kunnen verlaten. De verzekeraars hadden de schade vergoed en vorderden in deze procedure – gesubrogeerd in de rechten van de eigenaar van de woning – vergoeding van de schade door de inrichting. De Hoge Raad overwoog omtrent de aansprakelijkheid van de inrichting:

'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 zo veel 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 zelf) 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.' (r.o. 3.6.2) [mijn onderstreping, KLM]

De Hoge Raad zette de twee door de inrichting te behartigen belangen (behandeling van het kind versus het voorkomen van schadeveroorzakend gedrag) scherp tegenover elkaar, en gaf daarmee inzicht in en blijk van het (toezichthouder)dilemma van de inrichting bij de beoordeling van haar aansprakelijkheid. Het hof had naar de mening van de Hoge Raad terecht geoordeeld dat het feit dat aan het weglopen van de patiënte een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden was verbonden, voor de inrichting aanleiding had moeten zijn om nadere maatregelen ter voorkoming van het weglopen te treffen die verdergingen dan het gebruikelijke toezicht. Het betoog van de inrichting dat maatregelen die verdergingen dan het gebruikelijke toezicht uitsluitend konden worden gevegd indien de inrichting ernstig rekening moest houden met de mogelijkheid van brandstichting, kon niet als juist worden aanvaard. Indien met het oog op de verhoogde kans op het door de psychisch gestoorde minderjarige toebrengen van schade aan derden

111 HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*), alhoewel deze uitspraak is gewezen onder het oude recht, maar dat maakt het aangelegde toetsingskader ter invulling van dezelfde onzorgvuldigheidsnorm in het huidige recht niet minder bruikbaar. Zie ook A-G Hartkamp in zijn conclusie voor de onderhavige uitspraak, die afwisselend over art. 1401 (oud) en art. 6:162 BW (nieuw) spreekt.



voorzorgsmaatregelen geboden en mogelijk waren, maakt het achterwege blijven van deze maatregelen de inrichting aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade, onverschillig de wijze waarop de minderjarige deze schade heeft toegebracht, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.10.

Het hof had dus kennelijk voldoende geacht, zo ook A-G Hartkamp in zijn conclusie voor dit arrest, dat voor de inrichting redelijkerwijze voorzienbaar was dat het meisje *in enigerlei vorm* schade aan derden zou kunnen veroorzaken.<sup>112</sup> De inrichting had rekening moeten houden met de mogelijkheid dat het meisje schade aan derden zou veroorzaken; voor aansprakelijkheid is niet vereist dat zij specifiek met de mogelijkheid van brandstichting rekening moest houden.<sup>113</sup> De Boer concludeert in zijn annotatie onder het arrest dat het feit dat de toezichthouder 'zoveel als mogelijk voorzorgsmaatregelen behoort te nemen, geen te zware maatstaf lijkt'.<sup>114</sup>

### 3.3.3 CONSEQUENTIES VAN HET TOEZICHTHOUDERDILEMMA VOOR DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT(TOETS)

Het toezichthouderdilemma brengt blijkens de hiervoor besproken rechtspraak mee dat de botsing van de diverse te dienen belangen bij de beoordeling van de (secundaire) aansprakelijkheid moet worden betrokken. Een en ander vertaalt zich daarin dat pas van aansprakelijkheid sprake is, aldus de Hoge Raad in de hiervoor besproken rechtspraak, indien er een nog steeds 'bestaand en onaanvaardbaar risico' is dat de psychiatrische patiënt of tbs-gestelde 'door zijn stoornis gevaar voor de persoon of de goederen van anderen zou kunnen opleveren'. Verlofverlening is daarentegen gerechtvaardigd als 'een redelijke en gefundeerde verwachting bestaat dat dit gevaar zodanig beperkt is dat het verlenen van het verlof met het oog op de veiligheid van anderen verantwoord is'.<sup>115</sup> Voor (secundaire) aansprakelijkheid is dus niet vereist dat de opvang- en zorginstelling specifiek met het uiteindelijk gemanifesteerde schadeveroorzakende handelen rekening moest houden.<sup>116</sup>

De omvang van het risico dat gepaard gaat met de verlofverlening, hangt af van de problematiek van de desbetreffende patiënt of tbs-gestelde, de incidenten die hij reeds op zijn kerfstok heeft staan en de voorwaarden en de waarborgen die aan de vrijlating of vrijheden zijn verbonden. Of, in de woorden van de Hoge Raad in het 't Ruige Veld/Univé'-arrest, hoe ver toezicht dient te gaan, hangt af van 'de bijzonder-

112 A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 10) voor HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer ('t Ruige Veld/Univé).

113 A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 12) voor HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer ('t Ruige Veld/Univé).

114 De Boer in zijn annotatie onder HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, sub 3 ('t Ruige Veld/Univé), met een verwijzing naar Van Dam 1995, p. 76.

115 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, r.o. 3.4, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*).

116 A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 12) voor HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer ('t Ruige Veld/Univé).

heden van het gegeven geval, waarbij van belang zijn enerzijds de grondrechten van de patiënt (recht op vrijheden) en de aan zijn behandeling uit medisch oogpunt te stellen eisen en anderzijds de grootte van de kans dat de patiënt of tbs-gestelde derden (of zichzelf) schade zal toebrengen.<sup>117</sup> Hierbij dienen, aldus A-G Hartkamp in zijn conclusie voor het voornoemde arrest, betrokken te worden de (op de *Kelderluik*-criteria gebaseerde) factoren:

1. Het gevaar van de geestelijk gestoorde voor derden en de waarschijnlijkheid dat dit gevaar zich zal verwezenlijken. Subfactoren die in dit verband kunnen worden onderscheiden zijn onder meer:
  - a. de aard van de (geestes)ziekte. Indien een patiënt bijvoorbeeld lijdt aan pyromanie, zal de instelling erop bedacht moeten zijn dat deze patiënt ook voor derden vuurgevaarlijke activiteiten zal ontplooiën;
  - b. de persoonlijkheid en leeftijd van de geestelijk gestoorde. Het gedrag van jeugdige kinderen zal veelal onberekenbaarder zijn dan dat van oudere patiënten. Jegens jeugdigen geldt een hogere mate van toezicht;
  - c. eerder schadeveroorzakend gedrag. Indien de geestelijk gestoorde reeds eerder schade heeft veroorzaakt, ligt het voor de hand dat de instelling zich meer zal moeten inspannen om verder schadeveroorzakend gedrag te voorkomen.
2. De mogelijkheid en bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.<sup>118</sup>

Als de conclusie luidt dat, na afweging van de voornoemde factoren, nog een bestaand en onaanvaardbaar risico aanwezig is dat de primaire partij op enigerlei wijze schade veroorzaakt, dan kan het (toch genomen) besluit tot verlof als onzorgvuldig worden aangemerkt. In dat geval kan de opvang- en zorginstelling voor de door de tbs-gestelde of patiënt veroorzaakte schade aansprakelijk worden gehouden.

De te maken afweging tot het verstrekken van vrijheden of het verlenen van verlof, impliceert dat de opvang- en zorginstelling een zekere beoordelingsvrijheid heeft. In de gevallen waarin de belangenafweging zorgvuldig is geschied, de verlofaanvraag gegeven de kenbare feiten en omstandigheden op dat moment goed volgbaar was, er een belang bij resocialisatie bestond, maar de tbs-gestelde of psychiatrische patiënt desondanks schade aan derden berokkent, dienen de per definitie aan de verlopen verbonden risico's in de secundaire aansprakelijkheidstoets verdisconteerd te worden. In lijn met de hiervoor besproken uitspraak omtrent de aansprakelijkheid van de AFM<sup>119</sup> – en het toezichthouderdilemma waarmee zij zich geconfronteerd zag – zou zelfs geconcludeerd kunnen worden dat de aanwe-

117 HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, r.o. 3.6.2, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*).

118 A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 7) voor HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*),

119 HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, NJ 2015/217, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Band/AFM*).

zigheid van dit dilemma een terughoudende toetsing rechtvaardigt, tenzij de toezichthouder er zelf toe heeft bijgedragen dat het toezichthouderdilemma ontstond.

In gelijke zin merkt Giesen op dat de 'beperkte' keuze voor een toezichthouder, zoals in dit voorbeeld de opvang- en zorginstelling, bij de bepaling van de vereiste mate van zorgvuldigheid van die toezichthouder een belangrijke rol kan spelen, in die zin dat dit minder snel tot aansprakelijkheid zal leiden. Immers, binnen die zorgvuldighedsafweging – zo volgt uit de *Kelderluik*-factoren – zullen ook de mogelijkheden en slagingskansen van alternatieve handelwijzen gewogen moeten worden. Giesen concludeert:

'Indien de keuze er één is tussen twee kwaden, omdat krachtig ingrijpen tot onrust en dus schade zal leiden doch niet ingrijpen ook tot schade zal leiden, zullen haalbare (betere) alternatieven geregeld afwezig zijn. Dat zal dan betekenen dat de schade die uiteindelijk zal intreden, waarschijnlijk minder snel verhaald kan worden op de toezichthouder.'<sup>120</sup>

Recapitulerend: het toezichthouderdilemma markeert met name de complexiteit van de belangenafweging die de opvang- en zorginstellingen hebben te maken bij het verstrekken van vrijheden aan hun patiënten of tbs-gestelden. In de literatuur wordt opgemerkt dat het in het algemeen niet mogelijk is gedegen en gefundeerde conclusies te trekken over hoe met het toezichthouderdilemma om te gaan in een aansprakelijkheidsprocedure.<sup>121</sup> De vraag in hoeverre en waar zich het dilemma manifesteert, is immers zeer verweven met de feitelijke omstandigheden van het geval. Op basis van de hiervoor besproken rechtspraak lijkt de algemene conclusie echter wel gerechtvaardigd dat de complexiteit op die manier in de aansprakelijkheidstoets kan doorwerken dat de opvang- en zorginstelling enige beoordelingsvrijheid wordt vergund bij het maken van hun keuze, en dat achteraf verkeerde keuzes (in termen van aansprakelijkheid) minder snel afgestraft zullen worden.

### 3.4 CONCLUSIE

De beoordeling van de secundaire zorgplicht(schending) van opvang- en zorginstellingen vergt een afweging van de omstandigheden van het geval, waarbij de verschillende kenmerken van de zorg die door de opvang- en zorginstelling in kwestie betracht dient te worden, meegewogen dienen te worden.

Meer in het bijzonder dient in ogenschouw genomen te worden – en wellicht zelfs vooropgesteld te worden – dat de zorg van de opvang- en zorginstelling om het schadeveroorzakende gedrag van derden te voorkomen, zich in beginsel als *afge-*

<sup>120</sup> Giesen 2002, p. 104; Giesen 2005a, p. 141.

<sup>121</sup> Giesen 2005a, p. 142. Giesen merkt in dat verband op dat het toezichthouderdilemma op zichzelf bezien dus geen eigen, zelfstandige rechtsgevolgen heeft. Het rechtsgevolg loopt immers via de normale voorwaarden voor aansprakelijkheid. De term als zodanig geeft echter kort en krachtig aan wat er op het spel staat, en is dan ook de reden om die term te blijven benutten, aldus Giesen.

*leide* zorg kenmerkt. Een secundaire partij heeft immers te kampen met en moet anticiperen op schadeveroorzakend gedrag van de primaire partij, hetgeen een relatief gebrekkige voorzienbaarheid van de schade tot gevolg heeft. Onduidelijk is immers wie de concrete zorgontvangers zijn en tegen welke primaire partij zij beschermd moeten worden. Evenmin zijn de specifieke gevaren ter bescherming waarvan de secundaire zorgplicht strekt op voorhand kenbaar (zie nader hoofdstuk 8, paragraaf 3.2).

Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van opvang- en zorginstellingen dient evenwel meegewogen te worden dat zij – onverminderd de onvoorspelbaarheid van het specifieke gedrag van de primaire partij – wél kennis hebben of behoren te hebben van (a) het type bezoeker (de specifieke problematiek van de patiënt of de tbs-gestelde en de gevaren die daaruit voortvloeien) en (b) het feit dát er een verhoogd risico bestaat op het vertonen van schadeveroorzakend gedrag door deze partijen. Opvang- en zorginstellingen kunnen daarom reden hebben om op het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij te anticiperen. Dit heeft invloed op de vraag of het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij voor de opvang- en zorginstelling (in retrospectief) voorzienbaar was. Verdedigd kan immers worden dat, gelet op de genoemde kennis, in die gevallen gemiddeld sneller aan de voorzienbaarheidseis is voldaan.

Zoals in paragraaf 3.3 is beschreven, kan de (afgeleide) zorg van opvang- en zorginstellingen in specifieke gevallen (nog) verder worden gecompliceerd door de notie van het toezichthouderdilemma. In de gevallen waarin de opvang- en zorginstelling keuzes moet maken tot het al dan niet verlenen van vrijheden aan patiënten en tbs-gestelden, geldt immers dat – ondanks dat het schadeveroorzakende gedrag van deze primaire partij in een bepaalde mate voorzienbaar kan zijn (zie hiervoor) – haar enige beoordelingsruimte wordt gegund. De vraag wanneer en in hoeverre het toezichthouderdilemma precies invloed heeft op de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheidstoets, is sterk verweven met de omstandigheden van het geval. Wel kan meer in het algemeen worden gesteld dat de complexiteit van dit dilemma meebrengt dat de keuzes van de opvang- en zorginstelling minder snel, in termen van aansprakelijkheid, worden afgestraft, althans dat het inherent risicovolle karakter van verlotverlening in de beoordeling van de (secundaire) aansprakelijkheid verdisconteerd worden.

## **4 DE VOOR OPVANG- EN ZORGINSTELLINGEN RELEVANTE WET- EN REGELGEVING**

### **4.1 INLEIDING**

Opvang- en zorginstellingen zien zich in de uitoefening van hun werkzaamheden gebonden aan talloze aan zorg verwante tuchtrechtelijke, arbeidsrechtelijke, bestuursrechtelijke en fiscale wetten en regels. In deze paragraaf wordt een inventarisatie gemaakt van de voor opvang- en zorginstellingen relevante wet- en

regelgeving, bezien in het licht van hun (potentiële) *civielrechtelijke* secundaire aansprakelijkheid wegens een gebrek aan toezicht.<sup>122</sup> Deze regelingen kunnen direct, dan wel indirect op een wijze als beschreven in hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.2, ter onderbouwing van de secundaire zorgplicht fungeren. Daarbij wordt niet gestreefd een uitputtende opsomming van de (zijdelings) relevante wet- en regelgeving te bieden.<sup>123</sup>

#### 4.2 WET, REGELGEVING EN ANDERE NORMEN

##### *Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden*

Voor de inkleuring van de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen met betrekking tot schadeveroorzakend gedrag van tbs-gestelden, kan in de eerste plaats het bepaalde in de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden ('Bvt') van belang zijn. Alhoewel veel toezichts- en veiligheidseisen voor instellingen op decentraal niveau zijn geregeld – denk hierbij met name aan huisregels of aparte besluiten van de Dienst Justitiële Inrichtingen ('DJI'), zoals deze in het navolgende incidenteel aan bod komen – licht ik hierna met name de voor de secundaire zorgplicht relevante bepalingen van de Bvt toe.

Vooropgesteld dient te worden dat alle bepalingen met betrekking tot de regulering van het gedrag van patiënten in deze wet geformuleerd zijn als bevoegdheden, en niet als verplichtingen. Desondanks kan in het bepaalde wel een zorgplicht voor de opvang- en zorginstelling worden gelezen. De bevoegdheden zijn er immers vanwege, aldus de wetgever in de memorie van toelichting bij de Bvt, 'de bescherming van de maatschappij tegen de gevaarlijkheid van de verpleegde voor de veiligheid van anderen dan de verpleegde of de algemene veiligheid van personen of goederen'.<sup>124</sup> De bevoegdheden brengen dan ook verantwoordelijkheden voor de

122 Niet besproken worden dus de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, de Wet maatschappelijke ondersteuning, de Zorgverzekeringswet, de Jeugdwet, de Wet langdurige zorg, het persoonsgebonden budget, de Wet klachtenrecht cliënten zorgsector, de Wet op de bijzondere medische verrichtingen, etc. Zie voor een meer volledig overzicht van de relevante wet- en regelgeving in de gezondheidszorg de bijdrage 'Wet- en regelgeving in de zorg' van het Nictiz, online raadpleegbaar via de website nictiz.nl. In de context van het gevangeniswezen kan bovendien nog gedacht worden aan de Penitentiaire beginselenwet, de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen en aan diverse regelingen zoals de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting, de Regeling arbeidsloon gedetineerden, etc. Een overzicht van dergelijke regelingen is te vinden op de website van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, online raadpleegbaar via de website rsj.nl.

123 Zoals in paragraaf 1 werd besproken, gaat het in dit hoofdstuk niet om een beoordeling van (het gebrek aan) medische handelingen die de opvang- en zorginstelling heeft verricht ('snijden, breken, plakken'), maar om de toezichthoudende verantwoordelijkheden die op de opvang- en zorginstellingen rusten om dit schadeveroorzakende handelen jegens de bezoeker van deze ruimte te voorkomen. Om die reden blijven de bijzondere bepalingen met betrekking tot de overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling (art. 7:446-7:468 BW), evenals de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst, bovendien buiten beschouwing.

124 Zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23445, nr. 3, p. 14 (MvT).

opvang- en zorginstelling met zich mee. Ook uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever als doel heeft gehad om met de Bvt zorgplichten in het leven te roepen.<sup>125</sup>

Voor wat betreft de relevante bepalingen zij ten eerste gewezen op art. 16 lid 1 Bvt. Dit artikel reguleert de eisen met betrekking tot de persoonlijke verblijfsruimte van de tbs-gestelde, hier genoemd 'de verpleegde',<sup>126</sup> waarbij de opvang- en zorginstelling in dit verband 'de inrichting' wordt genoemd (art. 1 sub c Bvt). Ter uitwerking van art. 16 lid 1 Bvt wijs ik op de Regeling eisen persoonlijke verblijfsruimte justitiële tbs-inrichtingen ('Regeling'), waarin onder meer is bepaald dat het raam van de inrichting beveiligd (art. 5 lid 1 Regeling) en de deur afsluitbaar moet zijn (art. 6 lid 1 Regeling). Daarnaast is in deze regeling opgenomen dat er bepaalde voorzieningen aanwezig moeten zijn waarmee vanuit de persoonlijke verblijfsruimte te allen tijde met een personeelslid of medewerker van de inrichting contact kan worden opgenomen (art. 8 Regeling). Voldoet een ruimte niet aan de eisen en heeft dat er (mede) toe geleid dat de verpleegde zichzelf of een derde letsel kon toebrengen, dan kan dit op grond van art. 16 Bvt tot secundaire aansprakelijkheid van de inrichting leiden.<sup>127</sup> Bedacht dient immers te worden dat, hoewel de in de voornoemde wet- en regelgeving neergelegde eisen bedoeld zijn om de rechten van de verpleegden te waarborgen, bij de bepaling van (de grenzen van) deze rechten ook rekening is gehouden met de veiligheid van derden (door de verpleegden niet uit het raam te laten klimmen, de deur goed gesloten te houden, etc.).

In de tweede plaats wijs ik op art. 20 Bvt. In lid 1 van deze bepaling is opgenomen dat de verpleegde recht heeft op kennisneming van de in het verpleegdedossier vastgelegde gegevens. In lid 2 wordt vervolgens overwogen:

'Het hoofd van de inrichting kan de verpleegde na een verzoek tot kennisneming van bepaalde gegevens hem deze onthouden, indien dit noodzakelijk is ter afwending van ernstig gevaar voor de handhaving van de orde of de veiligheid in de inrichting of ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van anderen dan de verpleegde.' [mijn onderstreping, KLM]

Deze bepaling is illustratief voor een groot deel van de hierna te bespreken bepalingen in de Bvt, waarbij aan een bevoegdheid van de instelling telkens het belang van derden wordt gekoppeld. Duidelijk volgt uit deze en de navolgende bepalingen dat de belangen van derden door de inrichting gewaarborgd moeten worden, door (in dit geval) de verpleegde met het oog op veiligheidsbelangen geen deelgenoot te

125 Zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23445, nr. 3, p. 14 (MvT).

126 Te weten, volgens art. 1 sub j Bvt, 'een persoon die in een inrichting is opgenomen'.

127 De vraag is in hoeverre de relativiteit aan een beroep door derden op deze wet in de weg staat, daar waar – zoals hiervoor uiteen werd gezet – op diverse plaatsen in de memorie van toelichting overwogen wordt dat de wet mede strekt 'de veiligheid van anderen dan de verpleegde of de algemene veiligheid van personen of goederen' te beschermen. Zie over de toepassing van de correctie Langemeijer in het geval waarin de relativiteit toch aan een (direct) beroep op deze wet- en regelgeving in de weg staat, hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.2.

maken van het verpleegdedossier, hetgeen (bij de niet-naleving van deze bepalingen) óók de mogelijke secundaire aansprakelijkheid van de inrichting raakt.

In de derde plaats zijn noemenswaardig art. 23-30 Bvt. Dit betreft een reeks artikelen met een opbouw van minder ingrijpende naar meer ingrijpende bevoegdheden, beginnend met de bevoegdheid tot het onderzoek aan het lichaam of de kleding van de patiënt in art. 23 Bvt.<sup>128</sup> Ingevolge lid 4 van dit artikel rust op de inrichting bovendien de zorgplicht om daarbij aangetroffen voorwerpen, die niet in het bezit van de verpleegde mogen zijn, in beslag te nemen. Ook bij deze bepaling zijn door de wetgever de belangen van derden (waaronder medepatiënten) in ogenschouwen genomen, door in de memorie van toelichting te refereren aan het recidivegevaar:

'Het behoeft geen betoog dat in het bijzonder het belang van voorkoming van ontvluchtingen en het daardoor ontstane gevaar van het begaan van nieuwe ernstige delicten, alsmede het belang van de handhaving van de orde of de veiligheid in de inrichting vereisen dat een verpleegde aan zijn kleding of zijn lichaam onderzocht moet kunnen worden.'<sup>129</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Art. 24 Bvt bevat vervolgens, vanuit dezelfde ideologie, de bevoegdheid tot het verrichten van urineonderzoek en art. 25 Bvt de bevoegdheid tot onderzoek in het lichaam. De zorgplicht van de instelling tot het laatste onderzoek strekt zich blijkens art. 25 lid 3 Bvt ook uit tot het innemen van aangetroffen verboden voorwerpen (denk aan drugs, wapens en alcohol), maar blijkens de memorie van toelichting moet zelfs rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de patiënt onderdelen of munitie van een vuurwapen of cocaïnebolletjes zou kunnen hebben ingeslikt.<sup>130</sup> Vanuit dezelfde veiligheidsbelangen van derden of de verpleegde zelf mag de inrichting de verpleegde verplichten een geneeskundige behandeling te ondergaan (art. 26 lid 1 Bvt en in lijn daarmee art. 28 Bvt). Ook mag de inrichting bepalen dat de verpleegde tijdens de separatie door bevestiging van mechanische middelen aan zijn lichaam voor een periode van ten hoogste 24 uren in zijn bewegingsvrijheid wordt beperkt (art. 27 lid 1 Bvt). Voorbeelden van de mechanische middelen die gebruikt kunnen worden zijn een veiligheidsbed, enkelbanden of mondafscherming.<sup>131</sup> Bij de toepassing van dit artikel wordt vooral gedacht aan de bescherming van de veiligheid van de verplegers, aldus de memorie van toelichting.<sup>132</sup> Als nagelaten wordt een van de middelen toe te passen, bijvoorbeeld omdat deze middelen in de inrichting niet voorhanden zijn, en er vindt daardoor een incident plaats, dan kan de instelling voor dat nalaten jegens (bijvoorbeeld) haar werknemers aansprakelijk zijn. Evengoed kan de inrichting jegens derden aansprakelijk

128 Vgl. art. 29 Bvt voor wat betreft het onderzoek in de persoonlijke verblijfsruimte.

129 *Kamerstukken II* 1993/94, 23445, nr. 3, p. 34 (MvT).

130 *Kamerstukken II* 1993/94, 23445, nr. 3, p. 36 (MvT). Met dien verstande dat in de memorie van toelichting het huidige art. 22 Bvt is benoemd als art. 21a Bvt en daarna verder is geteld. De toelichting bij art. 24 Bvt in de memorie van toelichting gaat dus over het huidige art. 25 Bvt.

131 Zie het slot van de Regeling toepassing mechanische middelen verpleegden (*Stcrt.* 2000, 17).

132 *Kamerstukken II* 1993/94, 23445, nr. 3, p. 37 (MvT).



zijn voor dergelijk nalaten, bijvoorbeeld in het geval waarin de patiënt door het ontbreken van deze mechanische middelen ontsnapt en een derde letsel toebrengt.

Hetzelfde geldt voor de naleving van art. 30 Bvt, welk artikel betrekking heeft op het (noodzakelijk) gebruik van geweld jegens een verpleegde. Op grond van art. 2 Geweldsinstructie die is opgesteld naar aanleiding van dit artikel,<sup>133</sup> betreft het de verantwoordelijkheid van de inrichting om te zorgen dat de personeelsleden over voldoende vaardigheden beschikken om op een correcte wijze en op het juiste moment geweld aan te wenden. In art. 2a lid 3 Geweldsinstructie is vervolgens bepaald:

‘Personeelsleden of medewerkers, die tot taak hebben het verlot te beveiligen gebruiken geweld, indien noodzakelijk om onttrekking van de ter beschikking gestelde of anderszins verpleegde aan het op hem uitgeoefende toezicht te voorkomen.’

Art. 31-34 Bvt betreffen, ten vierde, de bevoegdheden tot beperking van de bewegingsvrijheid van de patiënt. Art. 34 Bvt biedt de mogelijkheid tot separatie van een patiënt ter (wederom) bescherming van de maatschappij, de veiligheid van anderen of de algemene veiligheid in de inrichting. De Regeling rechten tijdens afzondering en separatie geeft vervolgens in art. 3 de bevoegdheid om patiënten te verplichten tot het dragen van aangepaste kleding of schoeisel en de bevoegdheid tot het houden van toezicht.<sup>134</sup> Uit het Toetsingskader Terugdringen separeren en afzonderen 2016 van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (‘IGJ’)<sup>135</sup> blijkt dat in dit verband sprake moet zijn van doorlopend toezicht (‘continue waakzaamheid’) door de inrichting.<sup>136</sup>

Art. 35-39 Bvt hebben betrekking, ten vijfde, op externe contacten. Zo ziet art. 35 Bvt op het toezicht op poststukken, art. 38 Bvt op het toezicht op telefoongesprekken en art. 39 Bvt op het contact met de media. Art. 37 Bvt ziet op regels voor bezoek. De inrichting kan ingevolge lid 3 en 4 van dit artikel bezoek weigeren of hierop toezicht uitoefenen indien dit noodzakelijk is in het kader van de reeds genoemde belangen. De DJI heeft verdere regels opgesteld met betrekking tot bezoek, fouillering en spullen die verboden zijn om mee naar binnen te nemen. Verboden voorwerpen zijn, naast het vanzelfsprekende verbod op drugs, alcohol en wapens, bijvoorbeeld jassen, losse blazers, zonnebrillen, hoeden, camera’s en portemonnees.<sup>137</sup> Mochten er via het bezoek toch verboden voorwerpen de inrichting binnen kunnen komen waarmee de verpleegde schade kan veroorzaken, en de inrichting kan worden verweten daarop niet voldoende waakzaam (en dus: nalatig) te zijn

133 Geweldsinstructie inrichtingen voor verpleging van ter beschikking gestelden (*Stcrt.* 2001, 7).

134 Regeling rechten tijdens afzondering en separatie (*Stcrt.* 1999, 75).

135 Voorheen genaamd Inspectie voor de Gezondheidszorg (‘IGZ’).

136 IGZ 2016, p. 10.

137 Zie DJI-regels voor bezoek, online raadpleegbaar via de website [dji.nl](http://dji.nl).



geweest, dan biedt ook dit artikel handvatten ter onderbouwing van de (secundaire) aansprakelijkheid van de inrichting.<sup>138</sup>

Art. 42 en 44 Bvt geven, ten zesde, ook bevoegdheden tot het inperken van de vrijheid van verpleegden om hun eigen kleding te dragen en bepaalde voorwerpen in hun bezit te hebben. Art. 42 lid 2 Bvt biedt de bevoegdheid aan de inrichting om een verpleegde te verplichten aangepaste kleding of schoeisel te dragen tijdens sport of werkzaamheden. De memorie van toelichting geeft aan dat er dan moet worden gedacht aan het verbieden van schoeisel dat, als daarmee geschopt wordt, ernstige verwondingen kan veroorzaken.<sup>139</sup> Art. 44 lid 2 Bvt bepaalt dat in de huisregels van een inrichting regels moeten worden vastgelegd met betrekking tot verboden voorwerpen. In de memorie van toelichting wordt daarbij aangesloten bij de voorwerpen genoemd in de inmiddels vervallen Regeling voorwerpen op cel.<sup>140</sup> Wapens zijn een sprekend voorbeeld van een gevaarlijk voorwerp, maar ook gedragsbeïnvloedende middelen kunnen tot schadeveroorzakend gedrag leiden. Dit is dan ook de reden dat de afgelopen jaren de nadruk wordt gelegd op het voorkomen van de aanwezigheid van contrabande in de inrichting.<sup>141</sup>

Tot slot: in art. 50 en 51 Bvt zijn regels neergelegd met betrekking tot (proef)verlof, zoals ik in paragraaf 3.3.1 al kort besprak. Tijdens dit (proef)verlof zal de inrichting toezicht moeten houden en bij gevaar de verpleegde moeten terughalen (art. 50 lid 3 Bvt). Daarnaast kunnen ook voorwaarden aan het (proef)verlof worden verbonden. Hierover wordt in de memorie van toelichting opgemerkt:

‘Stel bijv. dat een TBS-gestelde in het verleden brand gesticht heeft in een bepaalde kerk, dan moet toch als voorwaarde aan het proefverlof kunnen worden verbonden dat hij deze kerk niet mag betreden?’<sup>142</sup>

Niet alleen de aanvraag van het proefverlof, maar ook de daaraan verbonden voorwaarden behoeven dus aandacht en een zorgvuldige afweging van de inrichting. Als daarbij niet de zorgvuldigheid wordt betracht die van de inrichting kan worden verlangd, kan – zo blijkt ook uit de in paragraaf 5 besproken rechtspraak – de inrichting aansprakelijk worden gesteld voor de daardoor veroorzaakte schade, een en ander met inachtneming van het hiervoor in paragraaf 3.3 omschreven toezichthouderdilemma.

138 Nog los van de aansprakelijkheid (en zelfs strafbaarheid) van de bezoeker die verboden voorwerpen een instelling in smokkelt.

139 *Kamerstukken II* 1993/94, 23445, nr. 3, p. 49 (MvT).

140 *Kamerstukken II* 1993/94, 23445, nr. 3, p. 50 (MvT).

141 *Kamerstukken II* 2015/16, 29452, nr. 193.

142 *Kamerstukken II* 1993/94, 23445, nr. 3, p. 55 (MvT).

*Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg*

De Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen ('Wet Bopz') is per 1 januari 2020 vervangen door de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg ('Wvggz').<sup>143</sup> De Wvggz bevat bepalingen voor psychiatrische patiënten ten aanzien van wie geen straf of maatregel is opgelegd, maar die wel – als gevolg van hun geestelijke stoornis – een gevaar voor de samenleving vormen.

De Wvggz bevat op hoofdlijnen geen voor de secundaire aansprakelijkheid relevante wijzigingen ten opzichte van de Wet Bopz.<sup>144</sup> Nu de achterliggende gedachte van beide wetten eveneens zal corresponderen, kan de toelichting op de Wet Bopz – in elk geval voor de op secundaire aansprakelijkheid betrekking hebbende regelingen – illustratief worden geacht voor de nieuwe bepalingen in de Wvggz. Een uitzondering daarop is dat de zorg in de Wvggz patiëntvolgend is. Daarmee wordt bedoeld dat de zorg uit de Wvggz met de patiënt 'meebeweegt', en dus ook buiten de inrichting geldt. De zorg op grond van de Wet Bopz was daarentegen gericht op de opname.<sup>145</sup> De grondslag hiervoor is te vinden in art. 2:4 Wvggz, waarin wordt gesproken over 'ambulante zorg'. Deze verandering raakt de secundaire zorgplicht mogelijk in dier voege dat dit een andere manier van toezicht op de patiënt met zich mee lijkt te brengen, te weten ook buiten de instelling om.<sup>146</sup> De instelling blijft buiten haar muren echter wel verantwoordelijk voor het aanbieden van verantwoorde zorg.<sup>147</sup> Haar verplichtingen zijn opgesomd in art. 2.2 Ontwerp voor Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg en zien vooral op het geven van afdoende instructies en het voorzien in duidelijke behandel- of beleidsplannen.<sup>148</sup> Daarnaast moet de specifieke zorgaanbieder op afroep beschikbaar zijn als een naaste aan geeft hulp van een deskundige nodig te hebben.

143 Een gedeelte van de Wet Bopz wordt bovendien 'overgeheveld' naar de Wet zorg en dwang, maar deze bepalingen zijn niet direct relevant voor secundaire aansprakelijkheidskwesties. Zie over de vervanging van de Wet Bopz meer uitgebreid en algemeen Frederiks & Hendriks 2019. Daarnaast zal ook de Wet forensische zorg in werking treden, maar deze blijft eveneens wegens een gebrek aan relevantie voor het onderhavige onderzoek onbesproken.

144 Volgens de website van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (online raadpleegbaar via de website [dwangindezorg.nl](http://dwangindezorg.nl)) zijn de belangrijkste verschillen tussen de Wet Bopz en de Wvggz dat (1) de Wet Bopz de gedwongen opname centraal stelt en de Wvggz de zorg. Bovendien (2) kent de Wvggz meer behandel mogelijkheden dan de Wet Bopz en (3) toetst onder de Wvggz de rechter alle vormen van gedwongen zorg vooraf, niet alleen de gedwongen opname. Verder is (4) in de Wvggz wettelijk vastgelegd dat dwang alleen in uiterste gevallen mag worden toegepast, (5) zijn de rechten van de betrokkene versterkt en (6) is de positie van de familie geregeld.

145 Frederiks & Hendriks 2019, p. 2378.

146 Waar in de Wet Bopz wordt gesproken over 'psychiatrische inrichtingen', wordt in de Wvggz eerder gesproken over de 'zorgaanbieder'. De reden is daarin gelegen dat de zorgaanbieder in de Wvggz ook een natuurlijk persoon kan zijn; denk aan mantelzorgers en familieleden.

147 Nota van toelichting bij Ontwerp voor besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg, p. 7, bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 25424, nr. 421.

148 Nota van toelichting bij Ontwerp voor besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg, p. 2, bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 25424, nr. 421.

De Wvggz bevat, evenals de hiervoor besproken Bvt, regels met betrekking tot verboden voorwerpen, onderzoeken aan het lichaam, noodzakelijke behandelingen/maatregelen, beperkingen in de bewegingsvrijheid, verlof en beperkingen in de communicatie met de buitenwereld. De relevante artikelen voor de mogelijke secundaire aansprakelijkheid van de psychiatrische instelling in de Wvggz betreffen art. 8:1 jo. 8:2, 8:14, 8:16, 8:17, 8:18, 9:6, 9:8 en 9:9. Ik licht de relevantie van een aantal van deze bepalingen voor de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen (zoals psychiatrische instellingen) nader toe.

Art. 8:14 Wvggz (vgl. het vervallen art. 36 lid 3 Wet Bopz) geeft de bevoegdheid aan het bestuur van de psychiatrische instelling om verboden voorwerpen in te nemen en daartoe onderzoek aan het lichaam te verrichten. Aantekening verdient dat er binnen de Wvggz minder voorwerpen verboden zijn ten opzichte van de Bvt. Drugs en wapens zijn nog altijd verboden, maar alcohol en internetapparatuur worden niet per definitie verboden. Art. 9:6 Wvggz (vgl. het vervallen art. 38c Wet Bopz) bevat de mogelijkheid tot dwangbehandeling. De dwangbehandelingsmogelijkheden van de Wvggz verschillen weinig van de dwangbehandeling volgens art. 27 Bvt en waar ze verschillen, lijkt de Wvggz milder.

In art. 9:8 Wvggz (vgl. het vervallen art. 39 Wet Bopz) worden strenge voorwaarden gesteld aan de aanwending van de middelen en maatregelen. De middelen en maatregelen die hier worden bedoeld zijn opgesomd in art. 4.1 Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg: het gaat hier onder andere om beperkingen van de bewegingsvrijheid, aan te wenden onderzoeken of controles en beperkingen in het recht op bezoek.<sup>149</sup> In de Veldnorm insluiting en het Toetsingskader Terugdringen separeren en afzonderen 2016 worden eisen gesteld met betrekking tot bijvoorbeeld molestbestendigheid van bepaalde installaties en meubels in behandelings- en separeerruimtes, evenals de beperking van zelfverwonding.<sup>150</sup> Daarnaast moet er doorlopend toezicht worden gehouden op de patiënt die zich in separatie bevindt. Dit operationaliseert zich door om het kwartier gericht toezicht te houden op de patiënt (bijvoorbeeld met camera's of via het raam van de cel). De ratio hierachter zal gelegen zijn in het feit dat een geestelijk gestoorde in separatie nog minder afleiding heeft van zijn stoornis en dus mogelijk in een verslechterde toestand zou kunnen komen te verkeren.<sup>151</sup> Al deze eisen houden verband met de zorgplicht van de psychiatrische instelling om schadeveroorzakend gedrag van de patiënt (aan zichzelf, dan wel aan derden) te voorkomen.

Art. 9:9 Wvggz (vgl. het vervallen art. 40 Wet Bopz) bevat de regels voor bezoek, bewegingsvrijheid en telefoonverkeer en art. 8:16-8:18 Wvggz (vgl. de vervallen art. 45-47 Wet Bopz) regelen, tot slot, het verlof. De (secundaire) zorgplicht die uit

149 Besluit van 16 mei 2019, houdende regels ter uitvoering van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (*Stb.* 2019, 198).

150 Zie TNO 2013, p. 19-21; IGZ 2016, p. 10.

151 IGZ 2016, p. 10.

deze artikelen volgt, is op hoofdlijnen vergelijkbaar met de zorgplicht uit de hiervoor besproken Bvt.

### *Regeling dbbc's, zzp's en extramurale parameters forensische zorg*

In de Regeling dbbc's, zzp's en extramurale parameters forensische zorg ('Regeling dbbc's') zijn de voor secundaire aansprakelijkheid relevante onderdelen met betrekking tot (het voorkomen van) ontvluchtingen opgenomen in bijlage 7 en 8.<sup>152</sup> Voor instellingen die forensische zorg verlenen zijn vier beveiligingsniveaus opgesteld, die de eisen weergeven waaraan – afhankelijk van de 'categorie' opgenomen patiënten – moet worden voldaan.

Beveiligingsniveau 1 is van toepassing op (afdelingen van) instellingen die toewerken naar de terugkeer in de maatschappij. Daarbij kan worden gedacht aan besloten afdelingen in reguliere GGZ-instellingen of aan resocialisatie-afdelingen van andere instellingen.<sup>153</sup> In beveiligingsniveau 1 is ten eerste verplicht dat de buitendeur altijd afgesloten is. Verder is raamstandbeperking in het gebouw verplicht. Dit houdt in dat de ramen van zit- en slaapkamers buiten de beveiligingsbarrière niet open mogen kunnen en de ramen binnen de beveiligingsbarrière maar beperkt open mogen kunnen. Daarnaast dient er in het gebouw een 24 uurspost aanwezig te zijn en wordt de aanwezigheid van patiënten op vaste momenten (ten minste tweemaal per dag) gecontroleerd.<sup>154</sup> Verder dient het personeel goede vaardigheden te hebben op het gebied van vroegsignalering en risicomangement en vinden er (onaangekondigd en op indicatie) drugs- en kamercontroles plaats.<sup>155</sup> Alhoewel het hier de patiënten betreft die het minst 'ontsnappingsgevaarlijk' zijn, worden er dus serieuze middelen ingezet (lees: wordt er van de instelling veel verwacht) om te voorkomen dat de patiënten ontsnappen (en eventueel zichzelf of derden schade kunnen berokkenen).

In beveiligingsniveau 2-laag zitten de patiënten die binnen een redelijke termijn (zes tot twaalf weken) vrijheden zouden kunnen krijgen. Hier gelden dezelfde eisen als in beveiligingsniveau 1, maar op sommige aspecten wordt de beveiliging aangescherpt. Zo is vanaf beveiligingsniveau 2 vereist dat er hekwerk van minimaal 3,5 meter hoog rondom de instelling wordt geplaatst. Dit hekwerk dient niet te ondergraven, doordringen of te overklommen te zijn. Voorts is er continu direct en/of cameratoezicht op de woonafdeling vereist en moeten de ramen doorbraakwerende beglazing bevatten. Ten slotte is er sprake van periodieke drugs- en kamercontrole bovenop de controle op indicatie en de onaangekondigde controle

152 Regeling Dbbc's, zzp's en extramurale parameters forensische zorg (*Stcrt.* 2019, 47277), hierna: 'Regeling Dbbc's'.

153 Ik laat de verschillende instellingen die binnen de forensische zorg bestaan, gezien de reikwijdte van het onderhavige onderzoek, onbesproken.

154 Bijlage 8 bij Regeling Dbbc's; het Informatieblad Forensische Zorg van de DJI. Zie DJI 2017b, p. 12-13.

155 Bijlage 8 bij Regeling Dbbc's; DJI 2017b, p. 12-13.

en vindt de doorplaatsing (het krijgen van meer vrijheden) plaats in fases.<sup>156</sup> Beveiligingsniveau 2-hoog bevat dezelfde soort patiënten als 2-laag, maar heeft strengere veiligheidseisen. Dit zal te maken hebben met de specifieke problematiek van de patiënten in dit beveiligingsniveau. Het verschil in beveiliging is vooral gelegen in het feit dat er sprake moet zijn van een beveiligde doorloopsluis en een gecontroleerde in- en uitgang voor personen en goederen.<sup>157</sup>

Beveiligingsniveau 3 is bedoeld voor patiënten die voor langere tijd binnen de beveiligde ring dienen te verblijven. Dit betekent dat meer vrijheden niet noodzakelijkerwijze in de lijn der verwachting liggen. Het enige verschil met beveiligingsniveau 2-hoog is dat het hekwerk in dit niveau 5,5 meter hoog moet zijn.<sup>158</sup>

In beveiligingsniveau 4 gaat het vooral over de tbs-gestelden. Dit niveau is van toepassing op instellingen waarin patiënten langdurig een zeer hoog beveiligingsniveau nodig hebben, en dat vertaalt zich dan ook in hogere veiligheidseisen. Zo moet een penitentiair hekwerk van 5 meter en een muur rondom de instelling aanwezig zijn.<sup>159</sup> Zowel het hekwerk als de muur dienen voorzien te zijn van detectie en cameraobservatie. In het kader van agressiebeperking is er toezicht van personeel en camera's op plekken die kwetsbaar zijn voor agressie, zoals de huiskamers, tuinen en trappenhuizen.<sup>160</sup> Ook moeten de buitenwandopeningen voorzien zijn van beglazing en vinden drugs- en kamercontroles plaats. Tot slot wordt de gefaseerde resocialisatie van deze patiënten zeer intensief begeleid door de medewerkers.<sup>161</sup>

Duidelijk wordt dus dat de veiligheidseisen afgestemd zijn op de problematiek van de specifieke patiënten of tbs-gestelden. De hiervoor geschetste veiligheidseisen brengen dan ook een zorgplicht met zich mee. Als de instelling nalaat de genoemde en zeer expliciete maatregelen te treffen, en dat (mede) een reden vormt waardoor een patiënt ontsnapt en zichzelf of een derde vervolgens buiten of binnen het gebouw schade toe kan brengen, dan kan de genoemde regelgeving ter inkleuring van de secundaire zorgplicht(schending) van de instelling fungeren.

### *Arbeidsomstandighedenwet*

Tot slot, en zoals in hoofdstuk 3 (paragraaf 4.3.2) en hoofdstuk 4 (paragraaf 4.2.1) reeds aan de orde is gekomen, kan de Arbeidsomstandighedenwet ('Arbowet') van invloed zijn op de secundaire zorgplicht van private ruimten. Voor opvang- en zorginstellingen kan, in gelijke zin als bij sportverenigingen, met name art. 5 Arbowet relevant zijn. Het betreft hier de verplichting om een risico-inventarisatie en

156 Bijlage 8 bij Regeling Dbbc's; DJI 2017b, p. 12-13.

157 Bijlage 8 bij Regeling Dbbc's; DJI 2017b, p. 13-14.

158 Bijlage 8 bij Regeling Dbbc's; DJI 2017b, p. 14-15.

159 De muur kan daardoor dus lager zijn dan in beveiligingsniveau 3. Dat laat zich verklaren door de grote hoeveelheid extra maatregelen (cameratoezicht, dubbele barrières, etc.) die in beveiligingsniveau 4 gelden ten opzichte van beveiligingsniveau 3.

160 IVJ 2014, p. 19.

161 Bijlage 8 bij Regeling Dbbc's; DJI 2017b, p. 15.

-evaluatie ('RI&E') op te stellen. Om herhaling te voorkomen, verwijs ik kortheids-halve naar hetgeen over de Arbowet is opgemerkt in de voorgaande hoofdstukken en, in uitgebreidere en meer algemene zin, naar hoofdstuk 6, paragraaf 4.2.1. Voor wat betreft de toegevoegde waarde van de Arbowet in secundaire aansprakelijkheidszaken tegen opvang- en zorginstellingen, dient aangetekend te worden dat – zoals uit het voorgaande bleek – voor deze zorgdrager meer concrete sectorwetgeving geldt. De hiervoor beschreven verplichtingen zijn meer specifiek met het oog op het belang van de patiënt opgesteld dan de verplichtingen die uit de Arbowet voortvloeien. Het ligt dus meer voor de hand dat een derde zich ter onderbouwing van een secundaire zorgplichtschending op de specifieke sectorwetgeving, dan op de Arbowet beroept.

### 4.3 CONCLUSIE

De bepalingen in de hiervoor besproken wet- en regelgeving bieden handvatten aan de bezoeker (het slachtoffer) om een secundaire aansprakelijkheidsvordering jegens de opvang- en zorginstelling in te kleden, temeer daar waar de wetgever op diverse plaatsen in de memorie van toelichting heeft aangegeven met deze regelgeving ook daadwerkelijk te hebben beoogd om zorgplichten ten opzichte van derden in het leven te roepen. Dat deze zorgplichten (ook) betrekking hebben op de (fysieke) veiligheid van derden, volgt bovendien uit de koppeling die in de wet- en regelgeving telkenmale wordt gemaakt met 'de handhaving van de orde of de veiligheid in de inrichting of ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van anderen dan de verpleegde'. De genoemde regelingen kunnen zodoende concrete 'handen en voeten' geven aan het verwijt dat aan het adres van de opvang- en zorginstelling wordt gemaakt, en kunnen – direct, dan wel indirect – het slachtoffer bij het bewijs van de secundaire zorgplicht- of normschending dan ook (zeer) behulpzaam zijn.<sup>162</sup>

## 5 JURISPRUDENTIEANALYSE

### 5.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt achtereenvolgend besproken de zorgplicht van de opvang- en zorginstellingen die als primaire partij worden aangesproken (paragraaf 5.2) en de zorgplicht van de opvang- en zorginstellingen die als secundaire partij worden aangesproken (paragraaf 5.3). Bij de bespreking van de *primaire* zorgplicht maak ik onderscheid tussen de (vermeende) aansprakelijkheid van opvang- en zorginstellingen vanwege (1) suicide(pogingen) van patiënten, door onvoldoende

---

162 Ter illustratie zij gewezen op de hierna in paragraaf 5.3.1 te bespreken uitspraak Rb. Den Haag 20 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2606, waarin de rechtbank art. 20 Wet Bopz betrok in haar oordeel over de secundaire aansprakelijkheid van een psychiatrische inrichting.

handhaving van beleid of een onjuiste risico-inschatting,<sup>163</sup> en (2) gevaarlijke terreinen, materialen of activiteiten. Bij de bespreking van de *secundaire* zorgplicht van opvang- en zorginstellingen maak ik onderscheid tussen de (vermeende) aansprakelijkheid vanwege (1) onvoldoende handhaving van beleid of een onjuiste risico-inschatting, (2) gevaarlijke terreinen, materialen of activiteiten en (3) wan-gedrag van (mede)patiënten. Deze laatste categorie komt (naar haar aard) alleen ter sprake bij de *secundaire* zorgplicht van opvang- en zorginstellingen, nu die instelling in die gevallen steeds als secundaire partij wordt aangesproken.<sup>164</sup>

Voor een toelichting op de verdere afbakening van de onderzochte rechtspraak in de onderhavige paragraaf – waarbij incidenteel ook werkgeversaansprakelijkheden, risicoaansprakelijkheden en overheidsaansprakelijkheden besproken zullen worden, althans voor zover de overwegingen in die zaken illustratief kunnen zijn voor de inkleuring van de zorgplicht van art. 6:162 BW – verwijs ik voor het overige naar hoofdstuk 1, paragraaf 6.

## 5.2 PRIMAIRE ZORGPLICHTEN

### 5.2.1 SUÏCIDE(POGINGEN): ONVOLDOENDE HANDHAVING VAN BELEID OF ONJUISTE RISICO-INSCHATTINGEN

In dit verband zij in de eerste plaats gewezen op het *X./Sint Elisabeth's*-arrest.<sup>165</sup> De Hoge Raad hield in dit arrest een afwijzend oordeel van het hof in stand, in een zaak waarin een vader namens zijn kinderen het gasthuis (vanwege het tekortschieten van medewerkers van het gasthuis, zoals de psychiater, verpleegkundigen en een portier) aansprakelijk hield wegens de suïcide van de moeder (de patiënte). Deze patiënte had immers, ondanks de noodzaak van toezicht, het gasthuis kunnen verlaten en zichzelf door verdrinking van het leven beroofd. Relevant hierbij is om op te merken dat de patiënte reeds eerdere (mislukte) pogingen tot zelfdoding had gedaan en om die reden het toezicht op haar was opgeschroefd (onder meer door haar op te leggen dat zij het gasthuis niet mocht verlaten en de medewerkers op de hoogte moest stellen als zij zich op een andere afdeling binnen dat gasthuis bevond). Door het gasthuis werd echter niet besloten om de patiënte op een gesloten afdeling op te nemen. De vader verweet het gasthuis met deze gang van zaken het risico niet 'afgedekt te hebben' dat de patiënte, ondanks de met haar gemaakte

163 Zoals in de afbakening van hoofdstuk 1, paragraaf 6.1 is besproken, wordt het slachtoffer in deze en vergelijkbare kwesties zelf niet als primaire partij beschouwd; het gaat immers juist om de meest gereede partij die het slachtoffer kan aanspreken. Daarom schaar ik de uitspraken waarin een opvang- en zorginstelling wordt aangesproken wegens de door de zelfmoord van patiënt X opgelopen schade door (de nabestaande(n)) Y onder dit eerste gevaltype waarin de opvang- en zorginstelling als primaire partij wordt aangesproken. Het gaat hier meestal om de gevallen waarin de opvang- en zorginstelling onvoldoende toezicht heeft gehouden.

164 In de zaken waarin er overlap tussen de subcategorieën bestaat, in die zin dat een bepaalde kwestie onder beide categorieën kan worden geschaard, zal telkens bekeken worden welke oorzaak (het meest) doorslaggevend is in de aansprakelijkheidstoets.

165 HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9286, NJ 1989/283 (*X./Sint Elisabeth's*).



afspraken, ongemerkt van de afdeling en uit het gasthuis zou kunnen ontsnappen. Iedere zekering ontbrak in het systeem, dat juist ter voorkoming van deze ongelukken behoorde te zijn opgezet, aldus de vader.

Het hof wees de aansprakelijkheid van het gasthuis van de hand, en betrok daarin de feiten dat (1) de patiënte de indruk wekte te accepteren dat klinische hulp noodzakelijk was en dat (2) de betrokken psychiater had afgezien van opname in een inrichting met een gesloten afdeling. De patiënte werkte immers mee aan de onderhavige opname en de psychiater had inmiddels zeer veel contacten met haar opgebouwd, welke niet op een eenvoudige wijze over te dragen zouden zijn geweest. Geconcludeerd werd vervolgens door het hof, zoals de Hoge Raad deze overweging in r.o. 3.4 bevestigde:

‘(...) een en ander in aanmerking genomen (ook de omstandigheid dat [de patiënte] kort tevoren een suïcide-poging had ondernomen), kan niet worden gezegd dat [de psychiater] – door het niet instrueren tot separatie of continu direct toezicht dan wel anderszins – onzorgvuldig jegens [de patiënte] heeft gehandeld. Daarbij neemt het hof – met name – in aanmerking het door [de psychiater] tot aan de opname gevoerde beleid, waarbij het accent steeds lag op de eigen verantwoordelijkheid van de patiënte, en voorts de medewerking die [de patiënte] – duidelijk – aan en bij de opname aan de dag heeft gelegd. Ook neemt het hof in aanmerking de, gelet op alle omstandigheden, te billijken opzet om [de patiënte] die de zorg voor vier jonge kinderen had, weer zo snel mogelijk zo ver te krijgen dat zij haar huiselijke taken weer op zich kon nemen.’ (r.o. 4.7) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

A-G Asser sloot zich in zijn conclusie aan bij het arrest van het hof, en benadrukte dat er voor de aansprakelijkheid van de inrichting méér aan de hand moest zijn dan het enkele feit dat een psychiatrische patiënt de opvang- en zorginstelling had kunnen verlaten.<sup>166</sup> Hij concludeerde dan ook tot verwerping van het cassatieberoep. Daartoe overwoog hij onder meer:

‘In de eerste plaats dat, naar ik meen, het enkele feit dat [de patiënte] de afdeling en het Gasthuis kennelijk ongemerkt heeft kunnen verlaten niet voldoende is om tot een gebrek in de organisatie van het Gasthuis en daarmee tot haar aansprakelijkheid te concluderen. Daartoe is nodig dat komt vast te staan dat het Gasthuis of degene(n) voor wie zij aansprakelijk is zijn te kort geschoten in het treffen van maatregelen die redelijkerwijze van hen konden worden verwacht teneinde dat voorval te voorkomen. Een risico-aansprakelijkheid bestaat naar ons recht noch voor artsen noch voor ziekenhuizen.’ (sub 2.14) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Ook de Hoge Raad wees de aansprakelijkheid – in navolging van het hof – van de hand. De argumenten die het hof voor afwijzing van de aansprakelijkheid bezigde, waren volgens de Hoge Raad niet onvoldoende gemotiveerd of anderszins onbe-

<sup>166</sup> A-G Asser in zijn conclusie (sub 2.14) voor HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9286, NJ 1989/283 (X./Sint Elisabeth's).

grijselijk, waarbij (ook) het vertoonde gedrag van de patiënte en het gevoerde beleid een cruciale rol speelden.

Het feit dat een patiënt in de mogelijkheid kan verkeren om zelfmoord te plegen, althans een poging daartoe doet, betekent dus niet noodzakelijkerwijze dat de inrichting waarin de patiënt ten tijde van die zelfmoordpoging verbleef, onzorgvuldig heeft gehandeld. Een en ander volgt ook uit een vonnis van de Rechtbank Rotterdam uit 2004.<sup>167</sup> Het ging in deze zaak om een patiënt die meende te zijn genegeerd door de verplegers van het psychiatrisch ziekenhuis, ondanks zijn vele vragen om hulp en verzoeken tot overplaatsing. Kort daarna liep de patiënt weg uit het psychiatrisch ziekenhuis en sprong vervolgens voor een metro, waaraan hij lichamelijk letsel overhield. Hij stelde het psychiatrisch ziekenhuis voor dit letsel aansprakelijk, omdat 'het heeft kunnen gebeuren dat hij een zelfmoordpoging heeft gedaan'. De rechtbank stelde in haar tussenvonnis voorop dat enkel deze grond onvoldoende is om tot aansprakelijkheid te oordelen, door te overwegen:

'Het enkele feit dat [de patiënt] in staat is gebleken zich voor de metro te werpen brengt niet met zich dat [het psychiatrisch ziekenhuis] onzorgvuldig heeft gehandeld, nu de door [de patiënt] terecht veronderstelde zorgplicht aan de zijde van [het psychiatrisch ziekenhuis] slechts als een inspanningsverbintenis en niet als een resultaatverbintenis moet worden beschouwd.' (r.o. 5.2) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

De rechtbank beoordeelde de aansprakelijkheid van het ziekenhuis vervolgens aan de hand van de maatstaf of 'de verpleegkundigen van de patiënt tekort zijn geschoten in hetgeen van hen als redelijk handelende en redelijk bekwame verpleegkundigen kon worden verwacht' (r.o. 5.3 en 5.7). Het handelen van het ziekenhuis in kwestie werd door de rechtbank dus getoetst aan de professionele standaard (de beroepsnorm) zoals deze binnen het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen de opvang- en zorginstelling en haar patiënt geldt.<sup>168</sup> Uit het tussenvonnis bleek bovendien dat de rechtbank bij de beoordeling van die beroepsnorm de (op de *Kelderluik*-factoren geënte) vragen betrok of de signalen die door de patiënt en de moeder waren gegeven, voldoende alarmerend en zorgwekkend waren (ergo: de hoegrootheid van de kans dat er ongevallen zouden ontstaan) en of het dienstdoende personeel anders had behoren te handelen dan het had gedaan (ergo: de mogelijkheid of bezwaarlijkheid van het nemen van maatregelen). Een einduitspraak over de aansprakelijkheid in deze kwestie is niet gewezen of gepubliceerd.

In het verlengde ligt een zaak van de Rechtbank Den Haag, in een kwestie waarin een patiënte was opgenomen in een regulier ziekenhuis voor een buikoperatie.<sup>169</sup> Na deze operatie liet het ziekenhuis bij de patiënte een psychiatrisch consult ver-

167 Rb. Rotterdam 28 april 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AQ8106, *NJF* 2004/479.

168 Wijne, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. VI.3.5.2.

169 Rb. Den Haag 16 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:4728.

richten, waarin werd geconcludeerd dat de patiënte op de reguliere afdeling van het ziekenhuis kon blijven en niet hoefde te worden overgeplaatst naar een psychiatrische afdeling. Een paar nachten na dit consult sprong de patiënte uit het raam van de bovenste verdieping van het ziekenhuis, aan de gevolgen waarvan zij overleed. De partner van de patiënte stelde het ziekenhuis aansprakelijk, stellende dat er een onjuiste inschatting was gemaakt van het suïciderisico na het consult, hetgeen een beroepsfout betrof. Bovendien verweet hij het ziekenhuis dat de ramen volledig open konden, waardoor de patiënte zelfmoord had kunnen plegen.

De rechtbank wees de aansprakelijkheid van het ziekenhuis van de hand. Van een beroepsfout van de psychiater was ten eerste onvoldoende gebleken, en bovendien was er sprake van een zogenoemde 'impuls suïcide' door de patiënte. Hierop had de psychiater, en daarmee het ziekenhuis, niet berekend hoeven te zijn (r.o. 4.3). Ook voor wat betreft de vermeende onveiligheid van de ramen overwoog de rechtbank dat het ziekenhuis in casu niet bedacht had hoeven zijn op een suïcide. Daarnaast was ook niet gebleken dat er met het open kunnen van de ramen enige bouwkundige voorschriften waren overschreden. Van het creëren of in stand houden van een gevaarlijke situatie was dan ook geen sprake, aldus de rechtbank in r.o. 4.8.

Ook in een vergelijkbare zaak uit 2003 was een patiënt uit een raam gesprongen, ditmaal met letsel tot gevolg.<sup>170</sup> De patiënt verweet het ziekenhuis vervolgens dat op hem onvoldoende toezicht was gehouden. Bovendien was het raam niet deugdelijk beveiligd, hetgeen hem de mogelijkheid had geboden om eruit te springen. De rechtbank en het hof gingen niet mee in dit betoog van de patiënt. De Hoge Raad achtte de afwijzing van de vordering door het hof, in het licht van de door eiser aangevoerde bewijsstukken over het onbeveiligde raam, zonder nadere motivering echter onbegrijpelijk (r.o. 3.6).

De aansprakelijkstelling van een inrichting door een patiënt die twee maanden na zijn ontsnapping uit die inrichting zijn onderarmen op een spoorrails had gelegd, werd door het Gerechtshof Den Haag – in navolging van de rechtbank – afgewezen, vanwege het ontbreken van causaal verband tussen de schade (de automutilatie) en het gebrek aan toezicht door de inrichting.<sup>171</sup> Voor het hof was hierbij doorslaggevend dat de patiënt niet onmiddellijk na zijn ontsnapping was overgegaan tot de automutilatie. Bovendien gaf het recente gedrag van de patiënt ook geen aanleiding voor de inrichting om hem als extra gevaarlijk te bestempelen; hij zou waarschijnlijk toch vrij snel uit de inrichting zijn ontslagen (r.o. 6).

De afwijzing van de aansprakelijkheid van een opvang- en zorginstelling vanwege de suïcide van een patiënte, is – ondanks de oordelen in de voornoemde uitspra-

170 HR 21 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0502.

171 Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1748; bevestiging van Rb. 's-Gravenhage 15 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV6803.

ken – geen gegeven en sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ik wijs in dit verband op de navolgende uitspraken.

Zo werden in de zaak *Grootouders van Nick/Tweesteden Ziekenhuis* de kosten van gederfd levensonderhoud door de grootouders van het jongetje Nick geclaimd.<sup>172</sup> Het ziekenhuis had zijn depressieve moeder (en tevens patiënte) tijdens de bewegingstherapie buiten de instelling toestemming gegeven om naar het buiten de sportzaal gelegen toilet te gaan. In plaats van naar het toilet te gaan, verliet de patiënte het gebouw en sprong zij van een naastgelegen flatgebouw af, aan de gevolgen waarvan zij overleed. De rechtbank wees de vordering in deze zaak toe. Het ziekenhuis had een veiligheidsnorm geschonden door de moeder in strijd met het beleid zonder begeleiding het toilet te laten bezoeken, waarna zij eenvoudigweg het betreffende gebouw uit kon wandelen en waardoor de suïcide had kunnen plaatsvinden. Daarmee was het beleid niet zo ‘zorgvuldig uitgevoerd dat een redelijke mate van veiligheid zou zijn bereikt en de vrijheid van de patiënt derhalve op een zinvolle manier is beperkt’, aldus de rechtbank in r.o. 3.8.

Vergelijkbare feiten gaven aanleiding tot het vonnis *Achmea/Buitenamstel Geestgronden*.<sup>173</sup> In deze zaak verliet een suïcidale patiënt met toestemming van de behandelaren en zonder begeleiding het terrein, waarna hij zich met een brandbare vloeistof overgoot en in brand stak. Het vrijheidsbeleid was vlak voor het incident versoepeld, nadat dit enkele dagen daarvoor juist was verzaamd. De zorgverzekeraar van de patiënt stelde de psychiatrische instelling aansprakelijk vanwege een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de behandelingsovereenkomst en vorderde vergoeding van de (zeer aanzienlijke) ziektekosten die ten gevolge van de zelfverbranding waren gemaakt. De rechtbank kwam op grond van een door haar geëntameerd deskundigenoordeel tot de conclusie dat de hulpverleners van de psychiatrische instelling ten aanzien van de patiënt hadden gehandeld in strijd met hetgeen destijds van redelijk bekwame en redelijk handelende hulpverleners (onder vergelijkbare omstandigheden) mocht worden verwacht (r.o. 2.15). Uit het deskundigenbericht volgde immers dat er tal van risicofactoren aanwezig waren (waaronder psychotische gedachten) op basis waarvan de deskundige het ‘opmerkelijk’ achtte dat de behandelaren van de patiënt bij herhaling zijn bewegingsvrijheid hadden hersteld op momenten waarop zij zelf juist aangaven dat het slecht met hem ging.

Een ander voorbeeld in de lagere rechtspraak is te vinden in een uitspraak van de Rechtbank Alkmaar.<sup>174</sup> In deze uitspraak kon een patiënte – waarvan bekend was dat zij suïcidale neigingen had – van de Psychiatrische Afdeling van het Algemeen Ziekenhuis (‘PAAZ’) ‘ontsnappen’, en pleegde vervolgens zelfmoord. De familie-

172 Rb. Breda 20 augustus 2002, ECLI:NL:RBBRE:2002:AE6869, NJ 2003/234 (*Grootouders van Nick/Tweesteden Ziekenhuis*).

173 Rb. Amsterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7140, JA 2014/25, m.nt. J.P.M. Simons (*Achmea/Buitenamstel Geestgronden*).

174 Rb. Alkmaar 14 september 1995, ECLI:NL:RBALK:1995:AC3721, NJ 1996/265.

leden van de patiënte meenden dat het ziekenhuis jegens hen aansprakelijk was voor het overlijden van de patiënte, nu het personeel, in dienst van het ziekenhuis, onvoldoende toezicht op de patiënte zou hebben gehouden. Voorts zou het ziekenhuis verwijtbaar tekort zijn geschoten in zijn zorgplicht, doordat de PAAZ-afdeling onvoldoende afsluitbaar was en niet voldeed aan de daaraan te stellen veiligheidseisen. Hierdoor zou de patiënte de afdeling hebben kunnen verlaten en kon zij zich van het leven beroven. Het ziekenhuis betwistte dat het personeel onvoldoende toezicht had gehouden. Daarnaast merkte het ziekenhuis op dat het budget van de afdeling geen bezettingsgraad toeliet waarmee de patiënten 100% konden worden bewaakt.

De rechtbank passeerde het verweer van het ziekenhuis. Door in het geheel geen maatregelen te treffen en door, zelfs nadat het personeel de geopende terrasdeuren van de afdeling had aangetroffen, niet onmiddellijk te controleren of de patiënte daarna nog wel aanwezig was, had het ziekenhuis niet voldaan aan zijn zorgplicht. Het feit dat de bezettingsgraad van het personeel geen volledige bewaking toeliet, deed volgens de rechtbank evenmin af aan de verantwoordelijkheid van het ziekenhuis om de veiligheid van de opgenomen patiënten zoveel als redelijkerwijs mogelijk was te waarborgen. De rechtbank stelde de verantwoordelijkheid van het ziekenhuis dus voorop, en betrok in haar afweging bovendien de feiten dat de patiënte reeds eerder was weggelopen en zelfmoordpogingen had gedaan.

‘De zorgvuldigheid welke van een aan het ziekenhuis verbonden PAAZ-afdeling, waar onder meer in bewaring gestelde, psychisch gestoorde, patiënten ter behandeling worden opgenomen, kan worden verwacht, brenge mee dat het ziekenhuis er op toeziet dat de aan zijn zorg toevertrouwde patiënten geen schade aan zichzelf of aan anderen toebrengen, dan wel dat het de nodige maatregelen treft om dit te voorkomen. In het onderhavige geval was [de patiënte] opgenomen in het kader van een inbewaringstelling op een gesloten afdeling. [De patiënte] was gedurende haar voorafgaande vrijwillige opname reeds meermalen weggelopen en had zich aldus aan het toezicht van het ziekenhuis onttrokken, bij gelegenheid waarvan zij een aantal malen een suïcidepoging heeft gedaan.’ (r.o. 7) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Vergelijkbaar is het arrest van het Gerechtshof Den Haag, in een zaak waarin een patiënte vanwege een persoonlijkheidsstoornis op de gesloten afdeling van een psychiatrisch ziekenhuis was opgenomen.<sup>175</sup> De patiënte had in een gesprek met het hoofd van de medische dienst en haar behandelend psychologe te horen gekregen dat zij haar (seksuele) relatie met haar behandelend huisarts met onmiddellijke ingang moest beëindigen. Na het gesprek liep de patiënte met de psychologe naar de gesloten verpleegafdeling waar zij verbleef, gaf aan even alleen te willen zijn en wierp zichzelf vervolgens voor de trein. Als gevolg van deze suïcidepoging liep zij ernstig letsel op, resulterend in de amputatie van haar beide onderbenen. De patiënte stelde vervolgens zelf het psychiatrisch ziekenhuis aansprakelijk voor

175 Hof 's-Gravenhage 18 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC1132.

de geleden schade als gevolg van de zelfmoordpoging. Zij meende dat het hoofd van de medische dienst en de behandelend psychologe onrechtmatig jegens haar hadden gehandeld door haar, na de mededeling dat de relatie met haar huisarts moest worden beëindigd, niet te begeleiden en geen enkele maatregel te nemen ter bescherming van haar veiligheid.

Het hof verenigde zich met het oordeel van de rechtbank, daarop neerkomende dat het hoofd van de medische dienst en de dienstdoende psychologe, door geen tijdelijke beschermende maatregelen te treffen met het oog op het verhoogde suïciderisico van de patiënte, in strijd hadden gehandeld met hun zorgplicht jegens de patiënte. Hierbij baseerde het hof zich mede op het oordeel van een deskundige, die in zijn rapport dertien voorbeelden had genoemd van tijdelijke beschermende maatregelen die in casu mogelijk waren geweest (maar niet waren getroffen). De verweren van het ziekenhuis dat het behandelplan van de patiënte inhield dat zij zelf verantwoordelijk was voor haar veiligheid en dat het treffen van extra beschermingsmaatregelen tegen haar wil het risico van een mogelijke suïcidepoging alleen maar zou vergroten, werden door het hof verworpen.

In een ouder arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch had een patiënte de lakens van haar bed in brand gestoken, ten gevolge waarvan zij overleed.<sup>176</sup> Haar echtgenoot stelde als voogd van de kinderen een vordering tot schadevergoeding in, en verweet de inrichting onvoldoende voorzorgsmaatregelen te hebben getroffen ter voorkoming van deze fatale gebeurtenis. Aan deze vordering werd mede ten grondslag gelegd dat de patiënte in haar kamer over een aansteker beschikte en dat deze niet was ingenomen door de inrichting. Het hof stelde bij de beoordeling van de aansprakelijkheid dezelfde zorgvuldigheidsmaatstaf voorop, door te overwegen:

‘De vraag is of [de inrichting c.s.] in strijd met de in het maatschappelijk verkeer aan [de inrichting c.s.] in hun hoedanigheden jegens hun patiënten passende zorgvuldigheid gehandeld hebben door, gelet op de toestand van patiënte, adequate voorzorgsmaatregelen achterwege te laten.’ (r.o. 4.3) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Het hof oordeelde vervolgens dat, gelet op de agressieve toestand waarin de patiënte daags voor het incident verkeerde, het op de weg van de inrichting had gelegen om maatregelen te treffen ter voorkoming van het incident. Een verzoek tot afgifte van de aanstekers en het instellen van een rookverbod op slaapkamers waren geenszins ongebruikelijke, sterker nog: voor de hand liggende veiligheidsmaatregelen geweest, aldus het hof. Daarnaast kon als onzorgvuldig worden aangemerkt dat de rookmelder in de kamer niet naar behoren functioneerde en dat het vertrek waarin de patiënte verbleef niet toegankelijk was. Concluderend gold dat

176 Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 1987, ECLI:NL:GHSHE:1987:AB9468, NJ 1990/20.

de inrichting dus niet de zorgvuldigheid in acht had genomen die haar jegens deze patiënte op dat moment betaamde, aldus het hof.

## 5.2.2 GEVAARLIJKE TERREINEN, MATERIALEN OF ACTIVITEITEN

In dit verband zij in de eerste plaats gewezen op het *De Heel/Korver*-arrest.<sup>177</sup> In deze kwestie was een patiënt na een operatie uit bed gevallen, met sleutelbeenletsel en blindheid aan één oog tot gevolg. De patiënt verweet het ziekenhuis verwijtbaar onzorgvuldig te hebben gehandeld en vorderde vergoeding van de geleden schade. Door het ziekenhuis werd in rechte niet betwist dat de verpleegkundige bezetting in de uitslaapkamer ontoereikend was om eventuele onwillekeurige bewegingen van de patiënt in de eerste fase na de operatie voldoende nauwlettend in de gaten te houden en zo nodig op te vangen. Met een deskundigenbericht in de hand oordeelde het hof dat in dit specifieke geval het plaatsen van onrusthekken of onrustbanden bovendien een aangewezen voorziening zou zijn geweest ter vermijding van een val en zulks ook van het ziekenhuis verlangd kon worden, zeker nu de kosten van een dergelijke voorziening te verwaarlozen waren.

Ook in een recent arrest van het Gerechtshof Amsterdam stond de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de val van een patiënte centraal.<sup>178</sup> Deze patiënte was opgenomen op de Spoedeisende Hulp ('SEH') van het ziekenhuis, nadat zij eerder die dag twee keer was gevallen. Omdat er niemand bij haar aanwezig was voorafgaand aan de opname, was het onbekend waaraan de patiënte precies leed. De patiënte werd op de SEH op een trolley neergelegd (een smalle variant van een ziekenhuisbed), waarop geen hekken bij het hoofd- en voeteneind waren aangebracht. De trolley kon evenmin met het uiteinde tegen de muur worden gezet. Ondanks het onrustige gedrag van patiënte, had het ziekenhuis haar niet aan de trolley gefixeerd met vrijheidsbeperkende maatregelen. Nadat de patiënte vijf minuten alleen was gelaten, viel zij van de trolley af, vermoedelijk uit het hoofdeinde. De patiënte hield aan deze val een bloedingstorting tussen haar buitenste hersenvliezen over, voor welke schade zij het ziekenhuis aansprakelijk stelde.

De Rechtbank Amsterdam oordeelde in een deelgeschilprocedure dat het ziekenhuis aansprakelijk was voor de door de patiënte geleden schade, omdat de handelswijze van het ziekenhuis de toets van de *Kelderluik*-criteria niet kon doorstaan. Het hof volgde de rechtbank, door het gedrag van de verpleegkundigen te toetsen aan de voornoemde criteria en te oordelen dat dit niet overeenkwam met 'hetgeen van redelijk zorgvuldig en redelijk handelend verplegend personeel van een ziekenhuis in de gegeven omstandigheden mocht worden gevergd' (r.o. 3.3). Daarbij nam het hof in overweging dat het werk op een SEH meebrengt dat verpleegkundigen soms worden weggeroepen en dat niet bij elke patiënt permanent een verpleegkundige kan zijn om individueel toezicht te houden. Daar werd de aansprakelijkheid dus niet op gebaseerd. De SEH-verpleegkundige, had echter wel, wetende

<sup>177</sup> HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, NJ 1997/175, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Heel/Korver*).

<sup>178</sup> Hof Amsterdam 24 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2005.



van de onrust en verwardheid van de patiënte en de kennis over de trolley waarop de patiënte lag, extra maatregelen dienen te nemen om te zorgen dat er voldoende toezicht op de patiënte gehouden kon worden (r.o. 3.9.1).

Vergelijkbaar is een zaak die diende bij de Rechtbank Rotterdam, waarin een patiënt met oogmotoriekstoornissen het ziekenhuis aansprakelijk stelde voor een gebroken been.<sup>179</sup> De patiënt was ernstig verward en zeer onrustig op de afdeling neurologie opgenomen, en aldaar met onrustbanden vastgelegd op zijn bed. Hij had zich vervolgens desondanks weten los te maken en kwam daarbij ten val, aan welke val hij een bovenbeenfractuur overhield. De patiënt legde aan zijn vordering ten grondslag dat de onrustbanden niet juist waren aangebracht, waardoor hij los kon komen en het genoemde letsel opliep. De rechtbank ging niet mee in die stelling, met name gezien in het licht van het doel dat de onrustbanden hadden. Het doel was immers niet om een garantie te bieden dat de patiënt aan het bed gekluisterd bleef of het hem compleet onmogelijk te maken het bed te verlaten, aldus de rechtbank. Het moest dus, in tegenstelling tot wat de patiënt aanvoerde, mogelijk zijn voor een patiënt om zich met 'veel rukken en trekken uit de onrustbanden los te wringen' (r.o. 5.6). Dit doel in ogenschouw houdend, bleek uit niets dat de onrustbanden onjuist waren aangebracht, om welke reden aansprakelijkheid van de instelling werd afgewezen (r.o. 5.7).

Gewezen zij ook op de rechtspraak waarin een opvang- en zorginstelling werd aangesproken vanwege onvoldoende toezicht op c.q. het treffen van onvoldoende maatregelen met betrekking tot een gladde vloer. Illustratief is in de eerste plaats een uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage, in welke zaak een bezoeker was uitgeslagen over een pas gedweilde vloer.<sup>180</sup> Het hof overwoog dat de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als gevolg van een natte en gladde vloer zo groot was, dat het ziekenhuis naar maatstaven van zorgvuldigheid die gevaarlijke situatie door het treffen van adequate maatregelen had moeten voorkomen. Door de gangvloer tijdens bezoeken te laten dweilen nam het ziekenhuis weliswaar meer risico dan met het oog op de voorzienbaarheid in het algemeen redelijkerwijs verantwoord was, maar het ziekenhuis had tegelijkertijd ook adequate veiligheidsmaatregelen getroffen om de schade te voorkomen (bijvoorbeeld door slechts de helft van de gang tegelijk nat te laten zijn). De slotsom luidde daarom:

'Met de rechtbank is het hof evenwel van oordeel, dat het strikt naleven van zodanige – op zichzelf niet bezwaarlijk te treffen – maatregelen in relatie tot de omvang van het voor derden/bezoekers in voormelde zin in het leven geroepen gevaar, in beginsel voldoende is om aan het gevaarscheppende gedrag het onrechtmatig karakter te ontnemen, in aanmerking genomen, dat voor de hand ligt, dat het dweilen van gangen in een nagenoeg permanent voor het publiek toegankelijk ziekenhuis (...) uit hygiënische overwegingen noodzakelijkerwijs regelmatig – ook tijdens bezoeken – behoort te geschieden.' (r.o. 10)

179 Rb. Rotterdam 12 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU5235.

180 Hof 's-Gravenhage 23 februari 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AK4044, VR 2000/123.

Ook in een arrest van het Gerechtshof Arnhem werd aansprakelijkheid van een zorgcentrum van de hand gewezen, in een zaak waarin een bezoekerster was uitgleden over een vloer die glad was geworden doordat vloeistof was gelekt uit een mobiele airco-installatie.<sup>181</sup> Het vermeende nalatige gedrag, te weten dat het zorgcentrum de bezoekerster niet gewaarschuwd had om de ruimte te controleren, werd door het hof niet onrechtmatig geacht. Daartoe overwoog het hof:

‘Indien de verschillende factoren in hun onderlinge samenhang worden bezien, oordeelt het hof dat de waarschijnlijkheid van letselschade van [de bezoekerster] als gevolg van het niet waarschuwen of niet controleren van de uitgevoerde schoonmaakwerkzaamheden niet zo groot was dat [het zorgcentrum], mede gelet op de kosten en de ongebruikelijkheid van een waarschuwing of controle in een situatie als de onderhavige, naar maatstaven van zorgvuldigheid onrechtmatig heeft gehandeld door van waarschuwing of controle af te zien.’ (r.o. 4.17) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

In het *Bloedprik*-arrest stond de aansprakelijkheid van een ziekenhuis centraal, in een geval waarin een meisje flauwviel na een bloedafname en daarbij letsel opliep.<sup>182</sup> De Hoge Raad liet het oordeel van het hof, daarop neerkomende dat het ziekenhuis niet onrechtmatig had gehandeld, in stand. Daarin werd onder meer betrokken de feiten dat de patiënte op een stoel zat, dat de bloedafname verder op een juiste en zorgvuldige wijze was geschied en dat zij voor haar val geen enkel verschijnsel had vertoond waaruit viel op te merken dat zij flauw zou vallen. Op basis daarvan concludeerde de Hoge Raad vervolgens:

‘Op grond van deze vaststellingen heeft het Hof, daarlatende “of het hoe dan ook mogelijk is dat in de onmiddellijke nabijheid aanwezig personeel van het ziekenhuis plotseling flauwvallende patiënten daadwerkelijk opvangt zodat zij geen enkel letsel kunnen oplopen”, geoordeeld dat de door het personeel van CIZ jegens [de patiënte] in acht te nemen zorgvuldigheid niet meebrengt dat dit personeel gehouden was maatregelen te treffen om te voorkomen dat het onder de vastgestelde omstandigheden flauwvallen van [de patiënte] tot voor haar schadelijke gevolgen zou leiden. Daarbij heeft het Hof kennelijk doorslaggevende betekenis toegekend aan de zeer geringe mate van waarschijnlijkheid – tot uitdrukking komende in de woorden “slechts bij hoge uitzondering” – dat [de patiënte], die niet bij of in aansluiting aan de afname was flauwgevallen en bij wie geen tekens van “onwel” worden aanwezig waren, na het opstaan van de stoel alsnog zou flauwvallen.’ (r.o. 2-3) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Gewezen zij ook op een (meer recente) uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, in welke kwestie een patiënt van een psychiatrische afdeling van een instelling een

181 Hof Arnhem 9 mei 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY4816.

182 HR 6 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4257, NJ 1982/567, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bloedprik*).

ontsnappingspoging had ondernomen.<sup>183</sup> Met dat doel had hij op het balkon een losstaande tuinbank op zijn kant gezet, om vervolgens via de bank op de glazen wand naar beneden te springen. Hierbij liep de patiënt ernstig letsel op, waarvoor hij de instelling aansprakelijk stelde. De rechtbank oordeelde dat de instelling haar zorgplicht had geschonden door de tuinbank niet vast te zetten op het balkon. De instelling had erop bedacht moeten zijn dat de bank als hulpmiddel bij een ontsnappingspoging kon worden gebruikt. Een en ander gold temeer nu de bank niet zodanig zwaar was dat het onmogelijk zou zijn hem te verplaatsen, getuige ook het gebruik van de bank door patiënt (r.o. 4.6). De instelling had dus moeten verzekeren dat de tuinbank niet als hulpmiddel voor schadeveroorzakend gedrag kon worden gebruikt, om welke reden zij – behoudens de correctie van de eigen schuld – aansprakelijk was voor de door patiënt geleden schade.

Tot slot: de aansprakelijkheid van een ziekenhuis werd aangenomen in een kwestie waarin een scooterrijdster bij het verlaten van het ziekenhuisterrein op haar hoofd was geraakt door een slagboom die plotseling naar beneden viel. De Rechtbank Utrecht oordeelde dat het ziekenhuis had moeten voorkomen dat de vrouw de route met de slagboom zou nemen, aangezien de slagboom ongeschikt was voor (brom)fietsers. De slotsom luidde daarom dat het ziekenhuis in strijd had gehandeld met de zorgvuldigheid die van het ziekenhuis in het maatschappelijk verkeer verwacht mocht worden (r.o. 4.10).<sup>184</sup> In dit verband zij ook gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Gelderland, in een zaak waarin een patiënte de kliniek waarin zij verbleef aansprakelijk stelde, nadat zij tijdens een wandeling op een verhard pad van het terrein van de kliniek haar hoofd tegen een uithangend zonnenscherm had gestoten.<sup>185</sup> De rechtbank oordeelde tot de aansprakelijkheid van de kliniek, nu het pad niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Het pad kon worden gebruikt als loopverbinding tussen de openbare weg en de hoofdingang van de kliniek en wekte qua uiterlijk, breedte en inrichting de indruk daarvoor ook bedoeld te zijn. De kliniek had daarom rekening moeten houden met het voorzienbare risico dat een gebruiker van het pad niet steeds even oplettend zou zijn en niet steeds bedacht zou zijn op obstakels (zoals het uithangende zonnenscherm) op ooghoogte, temeer daar waar het gevaar relatief eenvoudig te voorkomen was geweest.

### 5.3 SECUNDAIRE ZORGPLICHTEN

#### 5.3.1 ONVOLDOENDE HANDHAVING VAN BELEID OF EEN ONJUISTE RISICO-INSCHATTING

Een bekende uitspraak waarin de secundaire aansprakelijkheid van een psychiatische instelling centraal stond, betreft het door de Hoge Raad gewezen *St. Willibrord/V.-arrest*.<sup>186</sup> Een op vrijwillige basis in een psychiatrische inrichting

183 Rb. Rotterdam 20 september 2017, nr. C/10/526044 (online raadpleegbaar via de website letselschademagazine.nl).

184 Rb. Utrecht 19 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY7764.

185 Rb. Gelderland 25 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2361.

186 HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, NJ 2000/584, m.nt. C.J.H. Brunner (*St. Willibrord/V.*).

opgenomen patiënt kreeg, ondanks dat hij dronken was, toestemming van de verpleegkundigen om naar zijn hotel terug te keren. Deze patiënt had in het verleden meerdere suïcidepogingen gedaan en was tijdens zijn verblijf in deze inrichting tweemaal in de separeer cel geplaatst in verband met door het gebruik van alcohol veroorzaakte angst en agressie. Toen de verpleegkundigen hadden vastgesteld dat hij de sleutel van zijn hotelkamer had, evenals een bewijs van inschrijving en betaling, besloten zij de patiënt naar het hotel te laten gaan. Ondanks dat de – ongeschreven – beleidsregel dat wel vergde, werd daartoe niet met de dienstdoende psychiater overlegd. De patiënt stichtte vervolgens in het huis van het slachtoffer brand, waarna het slachtoffer de inrichting secundair aansprakelijk stelde op grond van een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad.

Het hof legde aan de deskundige in kwestie de vraag voor (r.o. 2.12) – en betrok dit vervolgens in zijn aansprakelijkheidsafweging (r.o. 3.2 en 3.6) – of de verpleegkundigen in dienst van de opvang- en zorginstelling hadden gehandeld ‘met de zorgvuldigheid die van redelijk handelende verpleegkundigen in de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht’.<sup>187</sup> Het handelen van de opvang- en zorginstelling werd door het hof dus ook in deze uitspraak getoetst aan de professionele standaard (de beroepsnorm), zoals deze binnen het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen de opvang- en zorginstelling en haar patiënt geldt.<sup>188</sup> De Hoge Raad sloot zich vervolgens aan bij de invulling van die norm door het hof, waarin betrokken werd de hoegrootheid van de kans dat de patiënt schade zou veroorzaken en de ernst van de gevolgen ervan (te weten of de verpleegkundigen met hun handelen een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden in het leven hadden geroepen). Ook werd de mate van bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen – het plegen van overleg met de dienstdoende psychiater – in de beoordeling betrokken.<sup>189</sup>

De Hoge Raad bevestigde vervolgens het veroordelende arrest van het hof, waarin werd overwogen dat de verpleegkundigen – door de patiënt te laten gaan zonder met de dienstdoende psychiater te overleggen – een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden in het leven hadden geroepen en daarmee niet hadden gehandeld met ‘de zorgvuldigheid die van redelijke bekwame en redelijk handelende verpleegkundige[n] onder dergelijke omstandigheden mag worden verwacht’ (r.o. 3.13). Het enkele feit dat het beleid met betrekking tot het raadplegen van de dienstdoende psychiater niet was vastgelegd in geschreven regels, betekende immers niet dat – zoals de psychiatrische instelling wel betoogde – de verpleging de vrijheid had om te kiezen of zij zich in een gegeven situatie al of niet aan dat beleid zou houden (r.o. 3.15). Ook het gegeven dat zeer wel mogelijk was dat de

187 Zie de overwegingen van het hof, die zijn gehecht aan het arrest van de Hoge Raad in de zaak HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, NJ 2000/584, m.nt. C.J.H. Brunner (*St. Willibrord/V.*).

188 Wijne, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. VI.3.5.2.

189 Alhoewel de beroepsnorm bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van de opvang- en zorginstelling in kwestie expliciet voorop werd gesteld, zijn de sporen van de *Kelderluik*-factoren bij de invulling van die norm dus wel duidelijk zichtbaar.

geraadpleegde psychiater de patiënt alsnog zou hebben laten vertrekken, deed niet af aan het oordeel van het hof dat de verpleging onzorgvuldig had gehandeld door deze raadpleging achterwege te laten (r.o. 3.17).

Gewezen zij in dit verband ook op een meer recente uitspraak uit de lagere rechtspraak, in een zaak waarin een taxichauffeur was neergestoken door een psychiatrische patiënt die hij daarvoor had opgehaald bij het politiebureau.<sup>190</sup> De politie had de man 'vrijgelaten', nadat het crisisteam en de daaraan verbonden psychiater van de betrokken psychiatrische instelling geen aanleiding hadden gezien voor het opstellen van een medische verklaring ten behoeve van de aanvraag van een inbewaringstelling ('ibs'). Zowel de psychiatrische instelling als de politie werden door het slachtoffer aansprakelijk gesteld. De aansprakelijkheid van de politie werd door de rechtbank afgewezen; nu de instelling geen grond had gezien voor een ibs en de patiënt bij vertrek rustig was, kon de politie niet worden verweten dat zij de taxichauffeur niet had gewaarschuwd, mede gezien de op de politie rustende geheimhoudingsplicht (r.o. 4.33). Ook de aansprakelijkheid van de psychiatrische instelling werd van de hand gewezen. De rechtbank achtte het immers – indachtig het strenge criterium van art. 20 Wet Bopz – begrijpelijk dat zij op basis van de beschikbare informatie tot de conclusie was gekomen dat er onvoldoende aanwijzingen waren voor een onmiddellijk dreigend gevaar dat een ibs rechtvaardigde. Zo was de patiënt bij de instelling niet bekend, werd er door het crisisteam geen psychotisch gedrag waargenomen en waren er ook voor het overige onvoldoende aanwijzingen voor een acuut psychiatrisch ziektebeeld waaruit het onmiddellijk dreigende gevaar bleek (r.o. 4.21-4.22).

Zoals reeds uitvoerig in paragraaf 3.3.2 van dit hoofdstuk is besproken, is tevens illustratief het *'t Ruige Veld/Univé*-arrest, waarin een 13-jarige patiënte brand stichtte in het huis van een derde nadat zij reeds eerder meerdere keren uit de inrichting was ontsnapt.<sup>191</sup> Alhoewel de beroepsnorm in dit arrest niet expliciet voorop werd gesteld, kan deze wel (ook) in de aangelegde toetsingsmaatstaf gelezen worden. In r.o. 3.6.2 van dit arrest werd immers aansluiting gezocht bij de zorgvuldigheid die verwacht mocht worden van 'degene die in het kader van de behandeling het toezicht over de patiënten heeft aanvaard', en dus bij de standaard die voor deze specifieke beroepsgroep of functie van de 'professionele hulpverlener' geldt. In het vervolg van deze overweging betrok de Hoge Raad onder meer 'de grootte van de kans dat de patiënt aan derden (of zichzelf) schade zal toebrengen' (r.o. 3.6.2). Ook werd in de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van de inrichting een ander *Kelderluik*-gezichtspunt betrokken, te weten de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.<sup>192</sup> Zo refereerde de Hoge Raad aan het

190 Rb. Den Haag 20 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2606.

191 HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*).

192 Ook annotator De Boer lijkt de aansluiting bij de *Kelderluik*-criteria in deze uitspraak te onderkennen, maar merkt op – kort gezegd – dat de Hoge Raad ook in had moeten gaan op de mate van de organisatorische en financiële bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen. Zie De Boer in zijn annotatie onder HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, sub 7 (*'t Ruige*

oordeel van het hof dat ‘niet aannemelijk was geworden dat het karakter van een open inrichting eraan in de weg stond om een dergelijke ontsnapping zonder relevante extra kosten en moeite te voorkomen’ (r.o. 3.7). De Hoge Raad concludeerde vervolgens dat voorzorgsmaatregelen ‘geboden en mogelijk waren’, maar desondanks achterwege waren gelaten, en dat de inrichting mede op grond daarvan (secundair) aansprakelijk kon worden gehouden (r.o. 3.7).

Een ander voorbeeld waarin de opvang- en zorginstelling secundair aansprakelijk werd gesteld, betreft het arrest *Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden*.<sup>193</sup> In deze zaak had een tbs-kliniek een patiënt in het kader van een proefverlof in een pension geplaatst en had verzuimd daarbij – ondanks een eerdere brandstichting – te waarschuwen voor de brandgevaarlijkheid van deze patiënt (althans, voor het feit dat hij een ‘zuivere pyromaan’ was, r.o. 7.2). In het pension werd vervolgens brand gesticht (onduidelijk bleef door wie), waarna de kliniek het proefverlof niet beëindigde, noch het pension nadere informatie verstrekke omtrent het strafrechtelijke verleden van de patiënt en de reële mogelijkheid dat de brand door de patiënt gesticht zou kunnen zijn. Een kleine maand later stichtte de patiënt (opnieuw) brand, voor welke daardoor ontstane schade het pension de tbs-kliniek aansprakelijk stelde.

In de ogen van het hof had de kliniek onzorgvuldig gehandeld: wegens de verlening van het proefverlof en de plaatsing in het pension was immers een op samenwerking afgestemde relatie tussen de kliniek en de pensionhouder ontstaan, in het kader waarvan de kliniek zich niet alleen de belangen van de patiënt, maar ook die van de pensionhouder en de overige in het pension opgenomen patiënten had aan te trekken. De kliniek had onzorgvuldig gehandeld door na de eerste brandstichting in het pension na te laten de plaatsing te beëindigen of deskundigen in te schakelen, dan wel de exploitant van het pension volledig in te lichten (r.o. 7.10.2). Er bestond bovendien causaal verband tussen het nalatige handelen en de tweede brand: er kon volgens het hof van uit worden gegaan dat – gelet op de aard van het pension, zijnde een verblijfplaats van geestelijk gehandicapte personen en geestelijk minder begaafden – het pension, ware het wel volledig ingelicht, de patiënt intensief onder controle zou hebben gehouden, dan wel het verblijf van de patiënt had beëindigd of had doen beëindigen (r.o. 7.10.4).

In een andere uitspraak werd een stichting voor jongeren met gedragsproblematiek door de rechtbank *niet* aansprakelijk gehouden, in een zaak waarin twee patiënten met gedragsproblemen brand hadden gesticht, waardoor een aannemer schade had geleden aan zijn eigendommen.<sup>194</sup> De rechtbank overwoog dat niet was

---

*Veld/Univé*). Ook A-G Hartkamp knoopt in zijn conclusie (sub 7) voor het onderhavige arrest – bij de beoordeling van de aansprakelijkheid – expliciet aan bij de gezichtspunten van het *Kelderluik*-arrest.

193 Hof Leeuwarden 5 juni 1991, ECLI:NL:GHLEE:1991:AB9114, NJ 1992/78 (*Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden*).

194 Rb. Overijssel 23 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1991.



gebleken dat de stichting bekend was met eerdere brandstichtingen van de jongens en dat geen van de jongeren gedurende het verblijf een strafbaar feit had gepleegd (r.o. 2.10).

In paragraaf 3.3.2 werd bovendien reeds het *Proefverlof tbs-gestelde*-arrest besproken, in welke kwestie een tbs-gestelde tijdens een ongebeleid verlot twee vrouwen gijzelde, onzedelijk betastte en geld afperste.<sup>195</sup> Kort samengevat wees de Hoge Raad aansprakelijkheid van de beheerder van de tbs-instelling (de Staat) in deze zaak van de hand, daar waar bij eerdere onttrekkingen aan het verlot incidenten waren uitgebleven. Nu er bovendien intensief contact was geweest tussen de tbs-gestelde en de resocialisatieafdeling, had de Staat in dit geval niet kunnen voorzien dat de 'uit de stoornis van de geestvermogens van de tbs-gestelde voortvloeiende gevaarlijkheid' niet zodanig was teruggebracht dat het nog onaanvaardbare risico bestond dat de tbs-gestelde zich opnieuw aan het plegen van een misdrijf schuldig zou maken. De enkele omstandigheid dat de tbs-gestelde zich ten opzichte van het slachtoffer niet had kunnen misdragen als hem dit verlot niet was verleend, was dan ook onvoldoende om te oordelen dat de schade van de tbs-gestelde in zodanig verband stond met de beslissing tot verlotverlening, dat deze schade als een gevolg daarvan aan de Staat kon worden toegerekend, aldus de Hoge Raad.<sup>196</sup> Wanneer uit het oogpunt van de behandeling zo'n verlot nodig is, kan en hoeft door de instelling geen zekerheid te worden gegeven dat het verlot geen enkel gevaar voor anderen zal opleveren, zo concludeerde Vranken in zijn annotatie onder dit arrest.<sup>197</sup>

Qua feiten is vergelijkbaar een latere uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage.<sup>198</sup> In deze kwestie had een tbs-gestelde zich tijdens een begeleid verlot aan zijn begeleiding onttrokken en zich vervolgens schuldig gemaakt aan cocaïnegebruik, diefstal en verkrachting. Volgens een rapport van de Inspectie voor de Sanctietoepassing ('Ist') en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd ('IGJ')<sup>199</sup> waren er bij de beslissing om deze patiënt met begeleid verlot te laten gaan beoordelingsfouten gemaakt. De instelling had zogenoemde 'danger signs' – zoals het feit dat de patiënt zijn gehele muziekinstallatie aan medepatiënten had verkocht – niet opgepikt. Mede op basis van dit rapport vorderde de betrokken tbs-gestelde (zelf) een schadevergoeding van de Staat. De schade bestond uit de tijd die hij in detentie moest doorbrengen voordat zijn verpleging hervat kon worden.<sup>200</sup> Ter onderbouwing van deze schade-

195 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*).

196 Ik herhaal dat ik de subsidiaire grondslag van 'égalité devant les charges publiques' (onevenredige schade ten gevolge van op zichzelf rechtmatig handelen van de overheid) hier onbesproken laat en verwijs korthedshalve naar de annotatie van Vranken onder HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, sub 15 e.v. (*Proefverlof tbs-gestelde*).

197 Vranken in zijn annotatie onder HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, sub 4 (*Proefverlof tbs-gestelde*).

198 Rb. 's-Gravenhage 17 december 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH3080.

199 Destijds genaamd 'IGZ', zie eerder paragraaf 4.2.

200 Strikt genomen was in deze (atypische) kwestie dus sprake van een procedure waarin de instelling als primaire partij werd aangesproken – er was immers geen andere (meer) primaire partij



claim stelde de tbs-gestelde dat de Staat onrechtmatig zou hebben gehandeld door hem met begeleid verlof te sturen, als gevolg waarvan hem de mogelijkheid werd geboden om de begane strafbare feiten te plegen.

De rechtbank wees de aansprakelijkheid van de Staat van de hand, nu uit art. 50 lid 1 Bvt volgt dat de beslissing tot verlening van begeleid verlof is voorbehouden aan het hoofd van de inrichting. In dit geval waren er door de tbs-gestelde te weinig concrete feiten gesteld waaruit afgeleid kon worden dat de verlofverlening als gedraging van de Staat aan te merken was (r.o. 4.5). Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de (private) inrichting – die niet door de tbs-gestelde was aangesproken, maar op wiens aansprakelijkheid de rechtbank ten overvloede wel inging – refereerde de rechtbank in r.o. 4.11 expliciet aan de maatstaf uit het zojuist besproken *Proefverlof tbs-gestelde*-arrest. Bij de toepassing van deze maatstaf overwoog de rechtbank dat de gemaakte beoordelingsfouten niet de conclusie rechtvaardigden dat er sprake was van een onaanvaardbaar risico op gevaar op grond waarvan de inrichting niet tot de verlofverlening had mogen besluiten (r.o. 4.12). Bovendien overwoog de rechtbank dat de geleden schade in redelijkheid niet meer aan de inrichting kon worden toegerekend als gevolg van de verlofverlening als bedoeld in art. 6:98 BW. De ernstige misdrijven die tbs-gestelde had begaan, konden immers niet worden beschouwd als verwezenlijking van het gevaar dat de inrichting had moeten doen besluiten om het begeleid verlof niet te verlenen (r.o. 4.1-4.14).

Sporen van het in paragraaf 3.3 besproken toezichthouderdilemma zijn bovendien zichtbaar in de zaak *Van Wijk/Noltes*.<sup>201</sup> In deze kwestie had een tbs-patiënt zijn voornemen om iemand te vermoorden aan zijn therapeut kenbaar gemaakt. De therapeut had tijdens de therapie bovendien vernomen dat de tbs-patiënt (weer) alcohol en drugs gebruikte en een alarmpistool tot zijn beschikking had. De tbs-patiënt voegde vervolgens daad bij woord en beroofde een (alhoewel ander) slachtoffer van het leven. Dat deze tbs-patiënt niet geheel ongevaarlijk was, bleek reeds uit het feit dat hij datzelfde jaar een vrouw onder dwang een glas gevuld met water en de inhoud van diverse soorten gevaarlijke pillen had laten leegdrinken. De nabestaanden van het vermoorde slachtoffer stelden de therapeut aansprakelijk, nu hij (kort gezegd) het voornemen van de tbs-patiënt tot moorden niet bij de reclassering of het Openbaar Ministerie kenbaar had gemaakt.<sup>202</sup>

---

in het spel – maar omdat door de rechtbank in deze uitspraak werd aangesloten bij hetzelfde toetsingskader als aangelegd werd bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen bij de verlofverlening aan patiënten (zoals onder meer in het *Proefverlof tbs-gestelde*-arrest is besproken), wordt deze uitspraak desondanks in de onderhavige subparagraaf over secundaire zorgplichten behandeld.

201 Rb. Assen 16 juli 2003, ECLI:NL:RBASS:2003:AI0153, NJ 2003/585 (*Van Wijk/Noltes*). Deze uitspraak vertoont grote gelijkenissen met de in hoofdstuk 7, paragraaf 5.4 te bespreken uitspraak *Tarasoff v. The regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425 (Cal. 1976).

202 Het toezichthouderdilemma zit dan hierin, zo kan worden betoogd, dat de psycholoog als het ware ‘klem zit’ tussen enerzijds zijn geheimhoudingsplicht en anderzijds zijn plicht derden te beschermen tegen het gevaarlijke gedrag van zijn tbs-patiënt. De reikwijdte van de geheimhou-

De Rechtbank Assen overwoog in deze zaak dat ‘voor de vraag of het gedrag van de therapeut jegens de nabestaanden onrechtmatig is, doorslaggevend is of het niet inlichten van het Openbaar Ministerie of het CAD<sup>203</sup> door gedaagde in strijd was met de professionele beroepsnorm, te weten wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot verwacht mag worden’ (r.o. 4.3 en 4.6). Voor de beantwoording van deze vraag achtte de rechtbank het onder meer van belang of ‘het vrijwel zeker is dat het niet-doorbreken van het geheim voor derden aanwijsbare en ernstige schade en/of gevaar op zal leveren’ en of ‘de psychotherapeut er vrijwel zeker van is dat door de doorbreking van de geheimhouding de schade aan de ander(en) kan worden voorkomen of beperkt’ (r.o. 4.6 en 4.7).<sup>204</sup> Daarmee ‘fietste’ de rechtbank (ook hier) de *Kelderluik*-criteria naadloos in de beoordeling van de vraag of de opvang- en zorginstelling in kwestie aan de professionele standaard beantwoordde.

Gegeven deze relevante gezichtspunten, overwoog de rechtbank dat het vertrouwelijke karakter van de patiënt-psychotherapeutrelatie onder omstandigheden moet wijken wanneer openbaarmaking van therapiegegevens ertoe zou leiden dat een ernstig gevaar voor derden wordt afgewend. Desondanks kon de gedaagde volgens de rechtbank in dit specifieke geval niet aansprakelijk worden gehouden voor de schade, nu niet kon worden aangenomen dat het doorbreken van de geheimhoudingsplicht door de therapeut aanwijsbare schade had kunnen voorkomen. De tbs-patiënt had immers bedreigd iemand anders te vermoorden dan het uiteindelijke slachtoffer (r.o. 4.8 en 4.9).

Ook de Rechtbank Roermond kwam in een oude uitspraak tot een afwijzend secundair aansprakelijkheidsoordeel.<sup>205</sup> In deze zaak had een patiënt, verblijvende in een inrichting, een brandende sigaret in de richting van de fabriek van eiseres gegooid als gevolg waarvan brand was ontstaan en eiseres schade had geleden. Eiseres stelde de inrichting aansprakelijk wegens gebrekkig toezicht. De rechtbank wees aansprakelijkheid van de hand: er was immers ‘niet met voldoende graad van waarschijnlijkheid te voorzien dat het gebrek aan toezicht de schade als redelijkerwijs te verwachten gevolg zou hebben’.<sup>206</sup>

De aansprakelijkheid van een jeugdinstantie voor een inbraak gepleegd door onder toezicht staande patiënten, werd door de Rechtbank Amsterdam eveneens afgewezen.<sup>207</sup> De betreffende therapie verdroeg zich immers niet met streng toe-

---

dingsplicht van een psycholoog of psychiater komt in de Amerikaanse rechtsvergelijking van hoofdstuk 7, paragraaf 5.4 nader ter sprake, maar blijft voor het overige onbesproken. Verwezen zij korthedshalve naar Giesen 2005a, p. 123-125.

203 Consultatiebureau voor Alcohol en Drugs.

204 Welke maatstaven de rechtbank ontleende aan art. III.2.1 Beroepscode voor Psychotherapeuten.

205 Rb. Roermond 1 maart 1973, ECLI:NL:RBROE:1973:AB6725, NJ 1973/309.

206 Zie Rb. Roermond 1 maart 1973, ECLI:NL:RBROE:1973:AB6725, een-na-laatste (ongenummerde) overweging, NJ 1973/309.

207 Rb. Amsterdam 16 maart 1965, ECLI:NL:RBAMS:1965:AC4544, NJ 1966/131 (*Reesink/Hulp voor Onbuisden*).

zicht en de vermeende voorzorgsmaatregelen zouden het karakter van het tehuis in ontoelaatbare mate hebben aangetast. Ook het Gerechtshof Arnhem kwam in een vergelijkbare kwestie, waarin een patiënt door joyriden schade aan andermans eigendom aanrichtte, tot een afwijzend oordeel.<sup>208</sup> Het hof vond de nalatigheid van de inrichting hier te verwaarlozen. In twee latere zaken, waarin de schade aan andermans auto's veroorzaakt door joyrijdende patiënten centraal stond, werd de inrichting echter wél aansprakelijk gehouden. De inrichting had in de eerste zaak de patiënt immers ten onrechte niet als vluchtgevaarlijk aangemerkt,<sup>209</sup> en in de tweede zaak had de inrichting de patiënt ten onrechte toegestaan het terrein van de inrichting te verlaten.<sup>210</sup>

### 5.3.2 GEVAARLIJKE TERREINEN, MATERIALEN OF ACTIVITEITEN

Gewezen zij in deze context in de eerste plaats op het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.<sup>211</sup> In deze zaak had een werkneemster toezicht gehouden op jongens van een justitiële jeugdinstelling die wegens goed gedrag toestemming hadden gekregen om een potje te gaan voetballen. Hiertoe werd hen door de directie een leren wedstrijdbal ter beschikking gesteld. Tijdens het voetballen schoten de jongens de voetbal opzettelijk naar de werkneemster. Zij werd daarbij tegen haar hoofd geraakt en liep hierdoor een hersenschudding op, voor welk letsel zij de inrichting aansprakelijk stelde. Het hof kwam tot een positief aansprakelijkheidsoordeel. Het aan jongens in een justitiële inrichting ter beschikking stellen van een leren wedstrijdbal was immers niet ongevaarlijk; een bal van dit kaliber kon ernstig letsel veroorzaken. Agressie jegens het personeel is bovendien inherent aan het werken met strafrechtelijk veroordeelde jongeren. Zo overwoog het hof:

‘(...) De kans bestaat dat de jongeren indien zij agressief zijn de voetbal als projectiel en de medewerkers van [de inrichting] als schietschijf gebruiken. Dat gevaar doet zich ook voor, indien de medewerkers die toezicht houden op de luchtplaats de normale oplettendheid betrachten. Die oplettendheid gaat niet zo ver dat de medewerkers onophoudelijk de voetballers en de bal in de gaten dienen te houden, nu zij ook moeten toezien op de jongeren uit de groep die niet voetballen. Het gevaar heeft zich in dit geval ook verwezenlijkt, nadat al eerder een bal hard tegen het lichaam van een collega was geschoten.’ (r.o. 3.23) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

De inrichting had, teneinde het gevaar voor werknemers zoveel als mogelijk te beperken, niet tot de beslissing mogen komen om deze zware bal aan de jongens te geven. Een en ander gold temeer daar waar het doel van het voetballen – vermaak

208 Hof Arnhem 3 juni 1959, ECLI:NL:GHARN:1959:36, NJ 1960/188 (*The White Cross Insurance Company/Het Oude en Nieuwe Gasthuis te Zutphen*).

209 Ktr. Wageningen 13 september 1989, ECLI:NL:KTGWAG:1989:AJ5695, VR 1990/88 (*Sluiter/Vereniging voor Christelijke Verzorging van Geestes- en Zenuwzieken*).

210 Rb. 's-Gravenhage 13 april 1983, ECLI:NL:RBSGR:1983:AJ4960, VR 1984/42 (*Zwolsche Algemeene W. van den Bergh Stichting*).

211 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:568.

voor de jongens – ook kon worden bereikt door een lichte bal te gebruiken, aldus het hof (r.o. 3.23).

Illustratief voor de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen in dit verband is ook de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage, in een zaak waarin de aansprakelijkheid van de Staat centraal stond.<sup>212</sup> Tijdens de jaarwisseling 2010/2011 was – vermoedelijk illegaal – vuurwerk ontploft op de ruit van de cel waarin een gedetineerde verbleef. De gedetineerde had sindsdien last van suizingen en piepen in zijn rechteroor. Hij verweet de Staat onrechtmatig te hebben gehandeld door hem (onder meer) geen voldoende veilig verblijf te bieden. De omstandigheid dat het hier ging om een gesloten inrichting leidde volgens de rechtbank tot een hogere zorgplicht bij de beheerder van het gebouw. Daar stond echter tegenover dat een soortgelijk incident niet eerder had plaatsgevonden, dat de ruit zich bevond op de vierde verdieping en bestond uit gelaagd en verstevigd glas. Daarmee was voor de Staat niet voorzienbaar dat het afsteken van (illegaal) vuurwerk zou leiden tot het breken van de ruit en letsel bij de gedetineerde. De omstandigheid dat het cellencomplex zich dichtbij de openbare weg bevond, deed daar volgens de rechtbank niet aan af. Nu de schade voor de Staat dus onvoldoende voorzienbaar was, kon hem niet worden verweten dat hij voorafgaand aan de jaarwisseling geen maatregelen had getroffen (r.o. 4.4 en 4.5).

Ik wijs voorts op een uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage.<sup>213</sup> In deze kwestie werd de Staat aangesproken voor letsel dat de ene gedetineerde (het slachtoffer) had opgelopen doordat de andere gedetineerde (de primaire partij) hem met een mes had gestoken. Het slachtoffer stelde dat hij aan de gevangenis voldoende informatie had gegeven over het gestoorde gedrag van de primaire partij, om welke reden de gevangenis tot overplaatsing van deze primaire partij had moeten overgaan. Het hof wees, in navolging van de rechtbank, de vordering af. Ondanks de signalen van het slachtoffer, was door de primaire partij gedurende de betreffende periode immers geen afwijkend of gewelddadig gedrag geconstateerd. Om die reden behoefde de gevangenis dan ook niet over te gaan tot overplaatsing. Het hof oordeelde daarom ook dat de Staat niet 'onrechtmatig had nagelaten om te handelen' (r.o. 7). Of de Staat de primaire partij op een andere wijze aan psychologisch of psychiatrisch onderzoek had moeten onderwerpen, liet het hof in het midden, aangezien zodanig onderzoek de steekpartij niet had voorkomen of beperkt.

In een vergelijkbare zaak werd, tot slot, door het Gerechtshof Den Haag wel aansprakelijkheid van de Staat als uitbater van de gevangenis aangenomen.<sup>214</sup> Het ging in deze zaak om een gedetineerde die een medegedetineerde (het slachtoffer) had doodgestoken, nadat hij al tweemaal eerder een medegedetineerde ernstig had verwond met een mes. Het gedrag van de gedetineerde werd door de gevangenis ten onrechte niet beschouwd als een bijzondere bron van aandacht, terwijl daar wel

212 Rb. 's-Gravenhage 20 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX1794.

213 Hof 's-Gravenhage 25 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ7306.

214 Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929.

alle reden toe was. Gegeven bovendien de feiten dat de gedetineerde en het slachtoffer veelvuldig aan elkaars gedrag werden blootgesteld en er weinig ruimte was zich daaraan te onttrekken, terwijl veel gedetineerden agressieproblemen kenden, oordeelde het hof dat de Staat niet alle maatregelen had genomen die redelijkerwijs van hem mochten worden verwacht om veiligheidsrisico's voor medegedetineerden te voorkomen (r.o. 15).

### 5.3.3 WANGEDRAG VAN (MEDE)PATIËNTEN

In dit verband en in lijn met de in paragraaf 2.4 besproken onderzoeken over het geweld tussen patiënten onderling, wijs ik op een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem.<sup>215</sup> Het ging in deze zaak om een patiënte die het ziekenhuis waar zij verbleef aansprakelijk stelde voor de schade die zij had geleden als gevolg van ongewenste seksuele handelingen die een medepatiënt bij haar had gepleegd. Niet was gebleken dat het ziekenhuis, ondanks het beleid met betrekking tot ongewenste seksuele intimidatie, ook maar enige maatregel had getroffen om ongewenste seksuele intimiteiten tussen patiënten te voorkomen. Het ziekenhuis diende de veiligheid van het slachtoffer te bewaken, maar is daarin flink tekortgeschoten door het gebrek aan toezicht, aldus het hof (r.o. 2.8). Tot een vergelijkbare uitkomst kwam de Rechtbank Rotterdam in een zaak waarin een bewoner van een wooninrichting voor mensen met een verstandelijke beperking meermaals seksueel was misbruikt door een medebewoner.<sup>216</sup> In rechte kwam vast te staan dat de stichting bekend was met de seksuele driften en pedofiele neigingen van de medebewoner. Mede om die reden had de stichting onvoldoende rekening gehouden met het risico op seksueel misbruik, terwijl het treffen van verdergaande maatregelen van haar mocht worden verwacht en ook redelijkerwijs uitvoerbaar was (r.o. 2.8-2.9).

In een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden stond de vraag centraal of een zorginstelling uit onrechtmatige daad aansprakelijk was voor het langdurig seksueel misbruik van een psychiatrische patiënt door een andere patiënt.<sup>217</sup> De vordering werd ingesteld door de ouders van de misbruikte patiënt. Volgens de rechtbank rustte op de betreffende zorginstelling, gezien de verhoogde kwetsbaarheid van personen met een verstandelijke beperking, een (ongeschreven) bijzondere zorgplicht ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van haar patiënten. Over die bijzondere zorgplicht werd door de rechtbank in het tussenvonnissen overwogen:

'Deze zorgplicht houdt in dat [de zorginstelling] alle inspanningen moet verrichten die redelijkerwijze van haar kunnen worden gevergd teneinde een veilig dagbestedingsklimaat te bieden. Dit brengt mee dat [de zorginstelling] gehouden is er zo veel als redelijkerwijs mogelijk is op toe te zien dat aan haar zorg toevertrouwde cliënten geen schade aan zichzelf toebrengen en dat aan hen geen schade wordt toegebracht door derden, waaronder andere cliënten. Dit betreft een inspanningsverplichting

215 Hof Arnhem 8 april 1997, ECLI:NL:GHARN:1997:AC0331, NJ 1997/632.

216 Rb. Rotterdam 16 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2975.

217 Rb. Leeuwarden 6 juni 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW8279 (tussenvonnissen).

die op haar rust. Het enkele feit dat er volgens [de ouders] ongewenst seksueel contact heeft plaatsgevonden tussen [de patiënt] en [de medepatiënt] maakt nog niet dat [de zorginstelling] haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden.’ (r.o. 4.2) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Gegeven dit kader overwoog de rechtbank in het eindvonnis dat de instelling wist dat er een verhoogde kans op seksueel misbruik bestond, daar waar mensen met een verstandelijke beperking extra kwetsbaar zijn voor seksuele intimidatie en misbruik (r.o. 2.16).<sup>218</sup> De bijzondere zorgplicht van de instelling reikte echter niet zo ver dat steeds op iedere patiënt permanent toezicht moest worden gehouden, in die zin dat een patiënt geen moment zonder toezicht mocht worden gelaten, dat elke onregelmatigheid direct opgemerkt zou moeten worden en dat direct kon worden ingegrepen (r.o. 2.9). Nu het onderhavige misbruik in korte tijd kon plaatsvinden, rechtvaardigde het enkele feit dat het misbruik een aantal malen had plaatsgevonden niet de conclusie dat de instelling onvoldoende toezicht had gehouden (r.o. 2.20). Ook de vraag of de instelling, toen zij bekend geraakte met het seksueel misbruik, die maatregelen had getroffen die gelet op de omstandigheden redelijkerwijze van haar konden worden gevergd, werd door de rechtbank positief beantwoord (r.o. 2.23 e.v.). Tezamen met de IGJ<sup>219</sup> concludeerde de rechtbank dat de instelling zorgvuldig had gehandeld en dus niet voor de geleden schade aansprakelijk was.

Gewezen zij ook op een uitspraak van de Rechtbank Gelderland omtrent de aansprakelijkheid van een instelling waarin met name veel kinderen waren opgenomen wegens seksueel grensoverschrijdend gedrag.<sup>220</sup> Aan het licht was gekomen dat vijftien kinderen, waaronder het meisje waarvan de ouders de onderhavige procedure hadden aangespannen, gedurende een half jaar seksuele contacten met elkaar hadden gehad. De ouders spraken naast de instelling ook Bureau Jeugdzorg, het Leger des Heils en de Staat aan ter vergoeding van hun schade en die van hun dochter. De schending van de zorgplicht van de instelling was volgens de ouders gelegen in het feit dat zij het onwenselijke gedrag van de kinderen te laat had opgemerkt en na ontdekking onvoldoende adequate maatregelen had getroffen. De rechtbank sprak bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de instelling over ‘rechtens relevante gevaarstelling’ en overwoog daaromtrent:

‘Van rechtens relevante gevaarstelling is eerst sprake indien de mate van waarschijnlijkheid van het ontstaan van schade door seksueel grensoverschrijdend gedrag van kinderen onderling zo groot is dat [de instelling] naar maatstaven van zorgvuldigheid, mede gelet op de aard en ernst van de ingetreden schade en de bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen, die maatregelen wel had moeten treffen. Van een instelling als [de instelling] mag in dit verband wor-

218 Rb. Noord-Nederland 3 juli 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4088 (eindvonnis). Zie over het gebruik van de term ‘bijzondere zorgplicht’, nader hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.

219 Destijds genaamd ‘IGZ’, zie eerder paragraaf 4.2.

220 Rb. Gelderland 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6400.



den verwacht dat zij met het oog op de specifieke problematiek van de aan haar zorg toevertrouwde kinderen onder meer een algemeen beleid heeft ter voorkoming van seksueel grensoverschrijdend gedrag van kinderen onderling en dat voldoende gekwalificeerd personeel wordt ingezet dat door trainingen en het “inslijpen” van de aandacht voor dit onderwerp op haar hoede is voor gevaarsituaties. Als een instelling vervolgens een gevaarsituatie waarneemt, mag worden gewacht dat op adequate wijze voorzorgsmaatregelen worden getroffen teneinde herhaling te voorkomen. Gelet op de kwetsbaarheid van de kinderen die het betreft mag tot slot van een instelling als [de instelling] worden verwacht dat voldoende nazorg wordt geboden als schade is ontstaan.’ (r.o. 5.6) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

De rechtbank volgde de ouders niet in hun betoog dat de instelling het gedrag te laat zou hebben opgemerkt of dat zij onvoldoende adequate maatregelen zou hebben getroffen. Wellicht was, gezien de problematiek van de kinderen, voorzienbaar dat zich problemen met betrekking tot de seksualiteit konden voordoen, maar los daarvan bestonden er knelpunten waarop de instelling veel minder invloed kon uitoefenen, zoals een te beperkte formatie, hoge werkdruk en te weinig behandel-mogelijkheden voor deze moeilijke doelgroep (r.o. 2.14.2).<sup>221</sup> Daarnaast speelde in de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid een rol dat de kinderen planmatig hadden gehandeld om te zorgen dat hun seksuele gedragingen niet werden opgemerkt door de groepsleiding (r.o. 2.16). Zo hadden de kinderen bijvoorbeeld eigen jargon ontwikkeld en stonden zij op de uitkijk als andere kinderen verboden handelingen verrichtten (r.o. 2.10). Om die redenen konden ook de andere gedaagden niet aansprakelijk worden gehouden, aldus de rechtbank.<sup>222</sup>

221 Opvallend is overigens dat de hoge werkdruk hier een omstandigheid is die de rechtbank in ‘het voordeel’ van de instelling meeweegt, daar waar de Rechtbank Alkmaar in de eerder besproken zaak over een ontsnapte suïcidale patiënt oordeelde dat het feit dat de bezettingsgraad van het personeel geen volledige bewaking toeliet, niet afdeed aan de verantwoordelijkheid van het ziekenhuis om de veiligheid van de opgenomen patiënten zoveel als redelijkerwijs mogelijk te waarborgen (zie daarover nader paragraaf 5.2.1 en Rb. Alkmaar 14 september 1995, ECLI:NL:RBALK:1995:AC3721, NJ 1996/265).

222 In het verlengde van de hiervoor besproken uitspraken over de secundaire aansprakelijkheid vanwege (onvoldoende toezicht op) seksueel misbruik, wijs ik erop – ondanks dat deze ‘ruimte’ niet onder de in het onderhavige onderzoek te bespreken ruimten met educatie-, recreatie- en zorgdoeleinden valt en zich bovendien in een grijs gebied van de ‘secundaire’ aansprakelijkheid bevindt – dat er ook rechtspraak beschikbaar is over de (secundaire) aansprakelijkheid van kerken. Het gaat dan om de gevallen waarin de ‘beheerder’ van de kerk aansprakelijk wordt gehouden voor het seksueel misbruik dat binnen de kerkmuren heeft plaatsgevonden. Zie hierover Rb. Utrecht 28 september 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BT6206; Rb. Maastricht 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY1237; Rb. Zeeland-West-Brabant 15 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4615 en in hoger beroep Hof ‘s-Hertogenbosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:584 (zie ook de (tussen)beslissingen Rb. Zeeland-West-Brabant 27 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ5683 en Hof ‘s-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4691); Rb. Limburg 16 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:235. Zie voor de volledigheid ook de uitspraak omtrent de aansprakelijkheid van de (Klachtencommissie van de) ‘Stichting Beheer & Toezicht voor seksueel misbruik in de R.-K. Kerk’, Rb. Gelderland 18 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1743. Meer in het algemeen kan op basis van deze rechtspraak geconcludeerd worden dat verjaringsverweren vaak aan de toewijzing van de aansprakelijkheid van kerken in de weg staat. Van Dijk noemt de speciaal voor



In lijn met de in paragraaf 2.3 besproken onderzoeken waaruit bleek dat werknemers van de opvang- en zorginstellingen zich frequent met geweld van patiënten geconfronteerd zien, zijn er ook uitspraken te vinden waarin de opvang- en zorginstelling door werknemers voor de dientengevolge geleden schade aansprakelijk zijn gesteld. Deze vordering zal in deze zaken (primair) gegrond worden op de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW, maar kan – daar waar de opvang- en zorginstelling als secundaire partij wordt aangesproken – ook illustratief zijn voor de inkleuring van de zorgplicht van art. 6:162 BW.

Ten eerste wijs ik op een zaak waarin een werknemer van een psychiatrische inrichting – in dit geval een tbs-kliniek – letsel had opgelopen toen een patiënt hem vastpakte en meerdere malen hard had geslagen.<sup>223</sup> De werknemer stelde de inrichting voor de daardoor geleden schade aansprakelijk op grond van art. 7:658 BW. Ter onderbouwing stelde de werknemer dat de inrichting tekort zou zijn geschoten in haar zorgplicht jegens hem, omdat zij de gevaarlijkheid van de betrokken patiënt had onderschat en onvoldoende maatregelen had getroffen om de werknemer te beschermen tegen deze gevaarlijkheid. Het hof overwoog in deze zaak dat het enkele feit dat de werknemer was geslagen, niet tot de conclusie leidde dat de inrichting haar zorgplicht had geschonden. Bovendien waren er in casu geen signalen die door de inrichting opgepikt hadden moeten worden en haar hadden moeten doen besluiten tot het treffen van maatregelen om de werknemer te beschermen. Er waren immers geen voortekenen dat de patiënt in de nabije toekomst gewelddadige handelingen zou gaan verrichten (r.o. 4.12). De aansprakelijkheid werd dus afgewezen.

Vergelijkbaar is de zaak van de Rechtbank 's-Gravenhage, waarin een werkneemster van een psychiatrische inrichting de inrichting aansprakelijk stelde voor de schade die zij had geleden als gevolg van een stomp van een patiënt.<sup>224</sup> De werkneemster was, op instructie van de inrichting en in gezelschap van twee mannelijke collega's, de separeercel van een haar toegewezen patiënt binnengelopen, waarna de patiënt haar een harde stomp in het gezicht had gegeven. De rechtbank oordeelde dat van onrechtmatig/onzorgvuldig handelen door de inrichting geen sprake was. De inrichting had de werkneemster immers opgedragen niet alleen naar binnen te gaan en niet viel in te zien wat de inrichting dan nog meer had moeten doen.

---

slachtoffers van het misbruik binnen de Rooms-Katholieke Kerk opgerichte klachtenprocedure – als alternatief voor een aansprakelijkheidsprocedure – bovendien 'de enige reële weg waarin slachtoffers zelf een vordering konden indienen'. Als verklaring wijst ook hij op de verlopen verjaringstermijnen en het feit dat de pleger van het misbruik veelal is overleden. Om die redenen – aldus Van Dijk – is er geen jurisprudentie te vinden waarin een vordering met betrekking tot seksueel misbruik door de Rooms-Katholieke Kerk is toegewezen. Zie hierover nader Van Dijk 2018, p. 102.

223 Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN0734 (*De Rooyse Wissel*). Deze zaak is nadien ook voor de Hoge Raad gekomen, zie HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, *NJ* 2011/598, m.nt. T. Hartlief (*De Rooyse Wissel*) (met name over de reikwijdte van werkgeversaansprakelijkheid in de zin van art. 7:658 BW, alsmede over de verzekeringsplicht van de werkgever).

224 Rb. 's-Gravenhage 16 november 1988, ECLI:NL:RBSGR:1988:AD0498, *NJ* 1991/502.

Een en ander was ook door de werknemster in de procedure niet geconcretiseerd (r.o. 7).<sup>225</sup>

In twee andere zaken verweten de werknemers van inrichtingen hun werkgever onvoldoende te hebben voorzien in een adequate opleiding. Het verschil met de vorige zaken is dat in deze zaken de aansprakelijkheid van de inrichting wel werd aangenomen. In de eerste zaak had een zeer ongedurige patiënt in blinde woede tegen het meubilair getrapt en daarbij hevig gescholden.<sup>226</sup> De sociotherapeut die hem begeleidde stond in dezelfde hal als de patiënt. Zijn collega's in aangrenzende kantoren waren getuige van deze 'woedeaanval'. Op een zeker moment trapte de patiënt richting een deur, waarbij hij de knie van de sociotherapeut raakte. De sociotherapeut stelde de inrichting voor de door hem geleden schade aansprakelijk. De rechtbank rekende het de inrichting in deze zaak vooral zwaar aan dat zij er niet voor had gezorgd dat de werknemers het vereiste opleidingsniveau bezaten om in dit soort situaties adequaat te handelen. Zo wisten de betrokken collega's niet dat zij alarm moesten slaan met hun alarmpieper, maar dachten zij te moeten wachten tot de sociotherapeut dat zelf deed. Bij een gedegen opleiding zou er eerder zijn ingegrepen en was het letsel mogelijk voorkomen (r.o. 4.8). Om die reden was volgens de rechtbank van een zorgplichtschending van de inrichting sprake (r.o. 4.9).

Onvoldoende opleiding leidde, naast een gebrek aan transparantie en veiligheidsmaatregelen, ook in een tweede zaak tot aansprakelijkheid van een inrichting jegens een werknemer die het slachtoffer was geworden van geweldpleging door de patiënt.<sup>227</sup> Niet was komen vast te staan dat de inrichting haar personeel regelmatig schoolde. Bovendien had de inrichting zich in de procedure zelf op het standpunt gesteld dat de werknemer door zijn handeling – het met gespreide armen voor de patiënt gaan staan – aan de escalatie had bijgedragen. De rechtbank concludeerde op basis daarvan dat de werknemer bij een deugdelijke opleiding wel juist zou hebben gehandeld en het letsel mogelijk zou zijn voorkomen (r.o. 7).

---

225 Zie over deze thematiek ook Hof Leeuwarden 11 januari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP1174, waarin de vordering tot schadevergoeding van een werknemer naar aanleiding van een stoepartij met de patiënt op grond van art. 7:658 BW werd afgewezen, nu het causaal verband niet kon worden bewezen. Aan de beoordeling van de zorgplichtschending kwam het hof niet toe.

226 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 18 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ7982.

227 Rb. Utrecht (ktr.) 20 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ4780.

## 6 CONCLUSIE: DE REIKWIJDE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN OPVANG- EN ZORGINSTELLINGEN

### 6.1 DE (SECUNDAIRE) AANSPRAKELIJKHEID VAN OPVANG- EN ZORGINSTELLINGEN: ALGEMENE CONCLUSIES

Uit de empirische onderzoeken volgt dat het geweld waarmee derden, werknemers en medepatiënten zich in en rondom opvang- en zorginstellingen geconfronteerd zien, een substantieel en structureel probleem is. Meer in het bijzonder volgt uit de onderzoeken dat de hulpverleners in de psychiatrie met relatief veel, soms zelfs zeer ernstig geweld te maken hebben.<sup>228</sup> Naast het geweld tegen hulpverleners, is ook het risico op victimisatie onder psychiatrische patiënten zelf vele malen groter dan onder de rest van de Nederlandse populatie.<sup>229</sup> Zo zijn psychiatrische patiënten – vooral degenen met een ernstiger ziektebeeld, veel zorgbehoeften en een sociaal zwakkere positie – vaker slachtoffer van geweld dan de rest van de bevolking.<sup>230</sup> Uit onderzoek blijkt zelfs dat de GGZ zich in de top 3 van de sectoren bevindt waar de meeste fysieke agressie, bedreiging, intimidatie en seksuele intimidatie wordt ondervonden.<sup>231</sup> Geweld in de psychiatrie in Nederland wordt dan ook een reëel, ernstig en omvangrijk probleem genoemd.<sup>232</sup> Voor de (secundaire) zorgplicht van opvang- en zorginstellingen zijn met name de onderzoeksresultaten relevant dat – alhoewel er tussen de instellingen en de afdelingen binnen die instellingen nogal wat verschillen bestaan – in de besproken zorgsectoren aanleiding is voor stevig toezicht en een verdergaande professionalisering om geweld binnen de verschillende instellingen te voorkomen.<sup>233</sup> Inzichten in de momenten waarop schadeveroorzakend gedrag opspeelt, evenals in de oorzaken van dat gedrag, vergt van de te onderscheiden opvang- en zorginstellingen misschien wel een op afdelings- of groepsniveau toegespitst beleid, teneinde op een toereikende wijze aan de secundaire zorgplicht te kunnen beantwoorden.

Bij de beoordeling van de vraag óf de opvang- en zorginstelling in kwestie aan die (secundaire) zorgplicht heeft beantwoord, wordt in de rechtspraak in het bijzonder de voorzienbaarheid van de schade betrokken. Daarbij dient ook met betrekking tot deze secundaire partij in ogenschouw genomen te worden – en wellicht zelfs vooropgesteld te worden – dat de zorg van de opvang- en zorginstelling om schadeveroorzakend gedrag van derden te voorkomen, zich in beginsel als *afge-*

228 Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 325 en 328.

229 De Vries e.a. 2011, p. 11-12.

230 De Vries e.a. 2011, p. 15. Zie ook Commissie-De Winter 2019, p. 156.

231 Harte, Van Houwelingen & Van Leeuwen 2017, p. 27 verwijzen naar Van Zwieten, De Vroome & Van den Bossche 2015. De conclusie dat er in de psychiatrie veel geweld voorkomt, wordt (meer in het algemeen) in meerdere onderzoeken getrokken. Vgl. Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 326, die verwijzen naar Nijman e.a. 2005 en Foster, Bowers & Nijman 2007. Dezelfde conclusie trekken Middelhoven & Driessen 2001, p. 190 en Nijman & Geurkink 2004, p. 602.

232 Deze onderzoeksresultaten worden besproken in: 'Psychiatrische patiënten zijn vaker slachtoffer dan dader van geweld', NWO 20 september 2019, online raadpleegbaar via de website nwo.nl.

233 Commissie-De Winter 2019, p. 45, 46 en 271.

leide zorg kenmerkt. Een secundaire partij heeft immers te kampen met en moet anticiperen op schadeveroorzakend gedrag van de primaire partij, hetgeen een relatief gebrekkige voorzienbaarheid van de schade tot gevolg heeft (zie nader hoofdstuk 8, paragraaf 3.2).

Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van opvang- en zorginstellingen dient evenwel meegewogen te worden dat zij – onverminderd de onvoorspelbaarheid van het specifieke gedrag van de primaire partij – wél kennis hebben of behoren te hebben van het type ‘bezoeker’ (de specifieke problematiek van de patiënt of de tbs-gestelde en de gevaren die daaruit voortvloeien). Daarnaast hebben deze beheerders kennis of behoren zij kennis te hebben van het feit dát er een verhoogd risico bestaat op het vertonen van schadeveroorzakend gedrag door deze (primaire) partijen (in verband met in het verleden vertoond (strafrechtelijk) gedrag of de psychische instabiliteit). Wellicht was niet duidelijk dat de psychiatrische patiënt of de tbs-gestelde dit specifieke schadeveroorzakende gedrag zou gaan vertonen, maar in elk geval was de potentie tot enig schadeveroorzakend gedrag wel aanwezig.<sup>234</sup> Bovendien kan betoogd worden dat het in essentie de taak van de opvang- en zorginstelling is om de maatschappij en de patiënt zelf te beschermen tegen het schadeveroorzakende gedrag zoals de patiënt of de tbs-gestelde dat eerder heeft vertoond en in potentie weer kan gaan vertonen. Het primaire (of in elk geval: een belangrijk) doel van de opvang- en zorginstelling is immers gericht op het genezen van de geestesziekte van de primaire partij (anders dan de kerntaken van scholen, sportverenigingen, winkelcentra, restaurants, etc.). Er is, met andere woorden, binnen de opvang- en zorginstelling bij uitstek aandacht voor – er wordt onderzoek gedaan naar – het gedrag van de primaire partij. Opvang- en zorginstellingen kunnen daarom, meer dan de andere besproken secundaire partijen, reden hebben om op het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij te anticiperen. Een en ander heeft invloed op de vraag of het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij voor de opvang- en zorginstelling (in retrospectief) voorzienbaar was. Verdedigd kan immers worden dat, gelet op de genoemde kennis, in die gevallen gemiddeld sneller aan de voorzienbaarheidseis is voldaan.

De (afgeleide) zorg van opvang- en zorginstellingen kan in specifieke gevallen bovendien (nog) verder worden gecompliceerd door de notie van het toezichthouderdilemma. Het toezichthouderdilemma markeert de complexiteit van de belangenafweging die opvang- en zorginstellingen dienen te maken bij het verstrekken van vrijheden of verloven aan hun patiënten of tbs-gestelden. De relevantie van dit dilemma voor de beoordeling van de secundaire zorgplicht is met name daarin gelegen dat opvang- en zorginstellingen min of meer ‘gerechtvaardigd’ – want resocialisatie is, haast paradoxaal, (ook) in het belang van de maatschappij – risico’s mogen nemen door patiënten of tbs-gestelden bepaalde vrijheden te bieden, ondanks dat het schadeveroorzakende gedrag van deze primaire partij vanwege de psychische instabiliteit of het strafrechtelijke verleden in een bepaalde mate voorzienbaar is.

<sup>234</sup> Zo blijkt ook uit de in paragraaf 2 besproken onderzoeken van onder meer Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013, p. 326; Nijman & Guerink 2004, p. 604.

Deze complexiteit wordt vervolgens in die specifieke gevallen in de aansprakelijkheidstoets verwerkt, in die zin dat de opvang- en zorginstelling enige beoordelingsvrijheid wordt gegund bij het maken van de keuzes tot verlot. De keuzes worden dan dus minder snel (in termen van aansprakelijkheid) afgestraft, althans het inherent risicovolle karakter van verlotverlening wordt in de beoordeling van de aansprakelijkheid verdisconteerd, zo blijkt uit de hierover gewezen rechtspraak (zie nader paragraaf 6.2).

Uit de rechtspraakanalyse blijkt meer in het algemeen dat – hoewel de gehanteerde norm soms ook korter geformuleerd wordt als ‘passende zorgvuldigheid’<sup>235</sup> – de aangelegde toetsingsmaatstaf veelal neerkomt op de vraag of de opvang- en zorginstelling heeft gehandeld met ‘de zorgvuldigheid die van een redelijke bekwaame en redelijk handelende instelling onder dergelijke omstandigheden mag worden verwacht’.<sup>236</sup> Het gaat dus om het antwoord op de vraag hoe een redelijk persoon – de maatman – in dezelfde situatie (functie) had moeten handelen.<sup>237</sup> Dat is in zekere zin een opvallende maatstaf, nu daarmee niet de *Kelderluik*-criteria als vertrekpunt bij de beoordeling van de (secundaire) aansprakelijkheid worden gehanteerd, maar de beroepsnorm voor professionele zorgverleners vooropgesteld wordt. Het criterium ter beoordeling van de (secundaire) aansprakelijkheid van de opvang- en zorginstelling is daardoor in veel gevallen gelijklopend aan de (zorgvuldigheids)norm (de professionele standaard) die geldt binnen het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen de opvang- en zorginstelling en haar patiënt.<sup>238</sup> De aansluiting bij deze beroepsnorm is wellicht te verklaren door het feit dat dezelfde norm ook geldt in de directe relatie tussen de opvang- en zorginstelling met de primaire schadeveroorzaker (veelal de patiënt), in tegenstelling tot de meer algemene zorgvuldigheidsnorm die in de relatie tussen scholen en leerlingen en sportverenigingen en sporters geldt (zie daarover de hoofdstukken 3 en 4).

Voor wat betreft de consequenties van deze beroepsnorm als maatstaf voor de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid, geldt dat in de literatuur wordt aangenomen dat de term ‘dergelijke omstandigheden’ in de hiervoor geformuleerde beroepsnorm, verwijst naar *Kelderluik*-gerelateerde omgevingsfactoren.<sup>239</sup>

235 Hof ‘s-Hertogenbosch 6 juli 1987, ECLI:NL:GHSHE:1987:AB9468, r.o. 4.3, NJ 1990/20.

236 Zie het door de Hoge Raad bevestigde arrest van het hof (r.o. 3.13), zoals dit arrest gehecht is aan HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, NJ 2000/584, m.nt. C.J.H. Brunner (*St. Willibrord/V*); Rb. Rotterdam 28 april 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AQ8106, r.o. 5.7, NJF 2004/479; Rb. Amsterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7140, r.o. 2.15, JA 2014/25, m.nt. J.P.M. Simons (*Achmea/Buitenamstel Geestgronden*); Hof Amsterdam 24 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2005 r.o. 3.3.

237 Beumers & Van Boom 2016, p. 1; Wijne, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. VI.3.5.2.

238 Wil de patiënt een recht op schadevergoeding te gelde maken, dan wordt immers – ter beantwoording van de vraag of de hulpverlener betamelijk of zorgvuldig gedrag heeft vertoond – (ook) gekeken naar wat ‘een redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener in dezelfde omstandigheden had gedaan’. Engelhard & Van Maanen 2008, p. 52; Wijne, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. VI.3.5.2.; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/56.

239 De omgevingsfactoren (ervaring hulpverlener, kans op schade, kosten van voorzorgsmaatregelen, etc.) zijn van invloed op de eisen die aan het handelen van de hulpverlener gesteld mogen

Ook uit de in paragraaf 5 besproken rechtspraak volgt dat deze beroepsnorm – de ene keer explicieter dan de andere keer – ingevuld wordt door de *Kelderluik*-criteria, althans met enkele van de in dat arrest genoemde gezichtspunten. Zo illustreerde ik onder meer bij de bespreking van het *St. Willibrord/V.*-arrest,<sup>240</sup> *'t Ruige Veld/Univé*-arrest,<sup>241</sup> en de uitspraak *Van Wijk/Noltes*<sup>242</sup> (paragraaf 5.3.1) dat de sporen van de *Kelderluik*-criteria bij de invulling van de vooropgestelde beroepsnorm steeds duidelijk zichtbaar zijn. De rechter benut deze criteria (expliciet, dan wel impliciet) ook in de andere besproken uitspraken bij de beoordeling van de vraag of de opvang- en zorginstelling in kwestie aan de professionele standaard beantwoordde.<sup>243</sup> De conclusie lijkt daarom gerechtvaardigd dat het uiteindelijke resultaat van de beoordeling van de (secundaire) aansprakelijkheid in feite neerkomt op een afweging van de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest, óók als bij de professionele beroepsnorm wordt aangeknoopt.<sup>244</sup> Uit de onderzochte jurisprudentie valt dus niet af te leiden dat het aangelegde toetsingskader van ofwel de beroepsnorm, ofwel de algemene zorgvuldigheidsnorm, consequenties voor de reikwijdte van de secundaire zorgplicht heeft.<sup>245</sup>

## 6.2 DE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN OPVANG- EN ZORGINSTELLINGEN TEN OPZICHTE VAN DE PRIMAIRE ZORGPLICHT

Met de rechtspraakanalyse is, ook in dit hoofdstuk, meer in het bijzonder beoogd de vraag te beantwoorden of er een principiële andere (meer terughoudende) toetsing van de zorgplicht van de opvang- en zorginstelling wordt aangelegd als deze als primaire of als secundaire partij wordt aangesproken (zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2). Op basis van de besproken rechtspraak lijken de volgende conclusies gerechtvaardigd.

---

worden, en komen dus in feite neer op de gezichtspunten van het *Kelderluik*-arrest. Ploem 2007; Leenen e.a. 2017, p. 70. Ontleend aan Wijne, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. VI.3.5.2.

240 HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, *NJ* 2000/584, m.nt. C.J.H. Brunner (*St. Willibrord/V.*).

241 HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, *NJ* 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*).

242 Rb. Assen 16 juli 2003, ECLI:NL:RBASS:2003:AI0153, *NJ* 2003/585 (*Van Wijk/Noltes*).

243 Zie bijvoorbeeld het tussenvonnissen Rb. Rotterdam 28 april 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AQ8106, *NJF* 2004/479, Zie voor vergelijkbare kwesties en de toepassing van de *Kelderluik*-factoren bij de invulling van de beroepsnorm in primaire aansprakelijkheidsgevallen HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9286, *NJ* 1989/283 (*X./Sint Elisabeth's*); Rb. Alkmaar 14 september 1995, ECLI:NL:RBALK:1995:AC3721, *NJ* 1996/265; Rb. Amsterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7140, *JA* 2014/25, m.nt. J.P.M. Simons (*Achmea/Buitendamstel Geestgronden*); Hof Amsterdam 24 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2005.

244 Vgl. A-G Asser in zijn conclusie (sub 2.14) voor HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9286, *NJ* 1989/283 (*X./Sint Elisabeth's*).

245 Benadrukt zij dat het vooropstellen van de professionele beroepsnorm geen wet van Meden en Perzen is. In diverse uitspraken over de secundaire aansprakelijkheid van opvang- en zorginstellingen werd, ter invulling van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW, ook direct bij de *Kelderluik*-criteria aangesloten. Ter illustratie zij bijvoorbeeld gewezen op Rb. Leeuwarden 6 juni 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW8279, waarin de rechtbank – ter beoordeling van de secundaire zorgplicht van een zorginstelling wegens seksueel misbruik van een psychiatrische patiënt door een andere patiënt – expliciet bij de *Kelderluik*-criteria aanknoopte, en in het geheel niet aan de hiervoor geformuleerde beroepsnorm refereerde.



Voor wat betreft de *primaire* zorgplicht valt op dat er veel rechtspraak beschikbaar is over de (poging tot) suïcide van (met name) psychiatrische patiënten. Uit de besproken rechtspraak blijkt dat de zorgplicht van opvang- en zorginstellingen meebrengt dat zij erop toezien dat de aan hun zorg toevertrouwde patiënten geen schade *aan zichzelf* toebrengen, dan wel dat zij de nodige maatregelen treffen om dit te voorkomen.<sup>246</sup> In de rechtspraak wordt echter wel benadrukt dat dit ‘toezien’ een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis betreft; het enkele feit dat een patiënt in staat is gebleken om zelfmoord te plegen, brengt niet met zich mee dat de opvang- en zorginstelling per definitie onzorgvuldig heeft gehandeld.<sup>247</sup> Van risicoaansprakelijkheid van de opvang- en zorginstelling is immers geen sprake.<sup>248</sup>

Voor wat betreft de *secundaire* zorgplicht geldt dat ook de hierover gewezen rechtspraak erg casuïstisch is en algemene (van de feiten abstraherende) conclusies dus lastig te trekken zijn. Wel valt op dat, in de secundaire aansprakelijkheidsprocedures waarin het toezichthouderdilemma speelt, de rechter minder genegen is secundaire aansprakelijkheid aan te nemen dan in andere procedures waarin de opvang- en zorginstelling wordt aangesproken. Principiële terughoudendheid in secundaire aansprakelijkheidszaken lijkt dus vooral in die specifieke kwesties aan de orde te zijn.

Ter onderbouwing van deze conclusie wijs ik in de eerste plaats op de jurisprudentie over ‘ontsnapte’ tbs-gestelden of andere psychiatrische patiënten. Leidend is in dit verband het ‘standaardarrest’ *Proefverlof tbs-gestelde*, in welke kwestie een tbs-gestelde tijdens een ongeleid verlof twee vrouwen gijzelde, onzedelijk betastte en geld afperste.<sup>249</sup> In de vervolgens aangelegde maatstaf voor de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid ligt een bepaalde (principiële) terughoudendheid besloten, die ik in het toetsingskader voor de primaire aansprakelijkheid niet (op die manier) bespeur. Zo stelt de Hoge Raad bij de beoordeling van de belangenafweging die de opvang- en zorginstelling bij de verlening van het proefverlof heeft gemaakt voorop dat er ‘geen zekerheid kan worden verlangd dat degene aan wie als onderdeel van zijn behandeling een kortdurende onderbreking van de overigens nog steeds noodzakelijk geoordeelde vrijheidsontneming wordt gegund, tijdens het verlof geen enkel gevaar voor anderen zal kunnen betekenen’.<sup>250</sup> Ook uit de gebezigde bewoordingen dat aansprakelijkheid ‘alleen’ volgt indien komt vast

246 Rb. Alkmaar 14 september 1995, ECLI:NL:RBALK:1995:AC3721, r.o. 7, *NJ* 1996/265. Opgemerkt zij overigens dat in deze norm ook ‘de ander’ besloten ligt, en dus zowel de primaire als de secundaire zorgplicht(toets) omvat.

247 Rb. Rotterdam 28 april 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AQ8106, r.o. 5.2, *NJF* 2004/479.

248 A-G Asser in zijn conclusie (sub 2.14) voor HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9286, *NJ* 1989/283 (*X./Sint Elisabeth’s*). Dat het om een schuldaansprakelijkheid gaat, volgt ook uit de in paragraaf 6.1 besproken maatstaven bij de beoordeling van de aansprakelijkheid.

249 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, *NJ* 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*). Vgl. de daarmee in lijn gewezen uitspraak Rb. ‘s-Gravenhage 17 december 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH3080.

250 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, r.o. 3.4, *NJ* 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*).



te staan dat de beheerder van de instelling 'niet tot het verlenen van het onbegeleid verlof had mogen besluiten', spreekt een bepaalde terughoudendheid. Hetzelfde geldt voor de overweging over het specifieke belang van de derde die schade zou kunnen lijden door de verlofverlening. Zo overwoog de Hoge Raad dat het feit dat 'het verlenen van onbegeleid verlof tot gevolg heeft dat een bepaald persoon door de onderbreking van zijn detentie de mogelijkheid krijgt aan een ander ernstige schade toe te brengen, is een risico dat in het maatschappelijk verkeer in het algemeen door ieder die met hem in aanraking kan komen, wordt gelopen'. Zodoende formuleert de Hoge Raad bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van opvang- en zorginstellingen reeds 'aan de voorkant' een strenge, en wellicht wel restrictieve toetsingsmaatstaf, waardoor aansprakelijkheid in deze gevallen relatief minder snel een gegeven zal zijn.

In de tweede plaats wijs ik op de *Van Wijk/Noltes*-zaak, in welke kwestie de rechtbank de aansprakelijkheid van de therapeut (mede) van de hand wees omdat de tbs-patiënt, die de therapeut kenbaar had gemaakt 'een persoon' te willen vermoorden, uiteindelijk een ander persoon vermoordde.<sup>251</sup> Ook in deze kwestie kan van een toezichthouderdilemma – de geheimhoudingsplicht versus het belang van derden – worden gesproken. Dat de rechter ook hier een bepaalde terughoudendheid bij de voorzienbaarheidseis aan de dag legt, volgt in het bijzonder uit een vergelijking met de voorzienbaarheidseis uit het *'t Ruige Veld/Univé*-arrest.<sup>252</sup> Uit dat arrest volgt immers dat voor (secundaire) aansprakelijkheid voldoende is dat voor de opvang- en zorginstelling voorzienbaar is dat de primaire partij 'in enigerlei vorm schade aan derden zou kunnen veroorzaken'.<sup>253</sup> Voor (secundaire) aansprakelijkheid van de opvang- en zorginstelling is niet vereist, zo blijkt uit dit arrest, dat de opvang- en zorginstelling specifiek met het uiteindelijk gemanifesteerde schadeveroorzakende handelen rekening moest houden.<sup>254</sup> Was de aankondiging van de tbs-patiënt in de *Van Wijk/Noltes*-zaak dat hij 'een persoon' zou gaan vermoorden, in combinatie met het eerdere vertoonde (ernstige) schadeveroorzakende gedrag van deze patiënt, in het licht van de maatstaf van *'t Ruige Veld/Univé*-arrest dan voor secundaire aansprakelijkheid van de therapeut niet eigenlijk gewoon voldoende? Goed betoogd kan worden dat de principiële terughoudende beoordeling van de secundaire zorgplicht ook in deze kwestie haar uitwerking vindt, meer in

251 Rb. Assen 16 juli 2003, ECLI:NL:RBASS:2003:AI0153, NJ 2003/585 (*Van Wijk/Noltes*).

252 A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 10) voor HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*). Zie hierover ook r.o. 3.10 van de Hoge Raad.

253 Welk oordeel overigens past in de bestaande rechtspraak. Zie in dat verband met name HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*), waaruit volgt dat een werkgever ook aansprakelijk kan zijn wanneer zich een gevaar verwezenlijkt dat hij in het geheel niet kon kennen. Dit is, kort gezegd, het geval indien hij heeft nagelaten veiligheidsmaatregelen te nemen ten aanzien van gevaren die hij wel kende en door dit nalaten de verwezenlijking van het onbekende risico is vergroot.

254 A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 12) voor HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*).

het bijzonder in het opwerpen van een (te) hoge of (te) concrete voorzienbaarheidsdrempel.<sup>255</sup>

Alhoewel in de rechtspraak in deze gevallen nog niet (expliciet) bij het – in de financiële context wel bekende – toezichthouderdilemma wordt aangeknoopt, lijkt de rechter de conclusie die aan dit toezichthouderdilemma wordt gekoppeld (een terughoudende toetsing in verband met de beoordelingsvrijheid van de ‘toezichthouder’ in kwestie) in de voornoemde rechtspraak wel te bezigen. Dat vind ik goed te begrijpen, alhoewel het direct aansluiten bij dit toezichthouderdilemma – en het op die manier dus ook in de aansprakelijkheidstoets (expliciet) inzichtelijk maken met welke verschillende, elkaar bijtende belangen de opvang- en zorginstelling zich geconfronteerd ziet – wat mij betreft de voorkeur verdient.<sup>256</sup>

Op basis van de overige rechtspraak over de secundaire aansprakelijkheid van opvang- en zorginstellingen – die dit toezichthouderdilemma niet (enigszins) raken – kan wat mij betreft in het algemeen *niet* worden geconcludeerd dat de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen anders wordt getoetst dan de zorgplicht van de primaire partij. Dat volgt niet alleen uit hetzelfde toetsingskader dat bij de beoordeling van de primaire en secundaire aansprakelijkheid wordt aangelegd (zie paragraaf 6.1), maar ook uit de (niet terughoudende) invulling daarvan in de jurisprudentie. Zo werd een opvang- en zorginstelling ook diverse malen *secundair* aansprakelijk gehouden, onder meer voor een gestichte brand,<sup>257</sup> voor schade veroorzaakt door joyriden,<sup>258</sup> voor het gebrek aan een deugdelijke opleiding van haar werknemers,<sup>259</sup> voor het verstrekken van een onveilige voetbal<sup>260</sup> en voor seksueel misbruik door patiënten.<sup>261</sup> Dit is in zekere zin, en met alle hierin besloten liggende casuïstiek van dien, een opvallende conclusie. In hoofdstuk 3 (scholen) en hoofdstuk 4 (sportverenigingen) werd op basis van de daar besproken uitspraken over de secundaire aansprakelijkheid van scholen en sportverenigingen ten

255 Zie ook hoofdstuk 3 en 4, paragraaf 6.2 voor dezelfde conclusie in andere contexten.

256 Gegeven het feit dat er in het huidige Nederlandse recht in de vestigingsfase enkel een ‘alles-of-niets’-antwoord kan worden gegeven. In hoofdstuk 8, paragraaf 5 zal ik bepleiten dat de toepassing van een tweetal alternatieve omgangswijzen in dergelijke kwesties, waardoor een meer genuanceerd aansprakelijkheidsantwoord kan worden gegeven dat recht doet aan het specifieke c.q. beperkte verwijt dat de opvang- en zorginstelling in deze gevallen kan treffen, de meeste voorkeur verdient.

257 Hof Leeuwarden 5 juni 1991, ECLI:NL:GHLEE:1991:AB9114, NJ 1992/78 (*Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden*); HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*t Ruige Veld/Univé*); HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, NJ 2000/584, m.nt. C.J.H. Brunner (*St. Willibrord/V*).

258 Rb. ‘s-Gravenhage 13 april 1983, ECLI:NL:RBSGR:1983:AJ4960, VR 1984/42 (*Zwolsche Algemeene/W. van den Bergh Stichting*); Ktr. Wageningen 13 september 1989, ECLI:NL:KTGWAG:1989:AJ5695, VR 1990/88 (*Sluiter/Vereniging voor Christelijke Verzorging van Geestes- en Zenuwzieken*).

259 Rb. Utrecht (ktr.) 20 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ4780; Rb. Midden-Nederland (ktr.) 18 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ7982.

260 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:568.

261 Hof Arnhem 8 april 1997, ECLI:NL:GHARN:1997:AC0331, NJ 1997/632; Rb. Rotterdam 16 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2975, r.o. 2.9.

opzichte van de uitspraken over de primaire aansprakelijkheid van deze ruimten, immers *wél* een bepaalde (principiële) terughoudendheid geconstateerd. Alhoewel dat niet uit de beschikbare rechtspraak is af te leiden, zou een mogelijke verklaring kunnen zijn gelegen in het in paragraaf 3.2 beschreven feit dat de aan de tbs-gestelde of psychiatrische patiënt verbonden risico's gerelateerd zijn aan de geestesziekte van de primaire partij, en de daarmee samenhangende risico's dus al in den beginne ('voor het bezoek') kenbaar (en dus meer voorzienbaar) zijn.<sup>262</sup> Ik kom hier in hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.2 meer uitgebreid op terug.

---

262 Zie eerder paragraaf 3.2 met daarin een verwijzing naar de relatie die ook Van Marle 2012, p. 407 legt tussen de verantwoordelijkheid van opvang- en zorginstellingen en de constatering dat geweld bij het ziektebeeld van de patiënten hoort.

## 1 INLEIDING EN OPBOUW

In het onderhavige onderzoek staat de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg centraal.<sup>1</sup> In de voorgaande hoofdstukken werd de secundaire zorgplicht reeds binnen de archetypen van deze hoofdthema's onderzocht, te weten in de context van scholen (educatie), sportverenigingen (recreatie) en opvang- en zorginstellingen (zorg). Naast deze 'klassieke' educatie-, recreatie- en zorgruimten bestaan er echter ook talloze andere ruimten die educatie-, recreatie- of zorgdoeleinden dienen (of een combinatie daarvan). Meer in het bijzonder valt in dit verband te denken aan de zorgplichten van:

1. **winkels en winkelcentra:** winkelcentra, bouwmarkten, supermarkten, meubelwinkels, kledingwinkels, drogisterijen, warenhuizen, banken, tankstations, overige winkels;
2. **horeca- en verblijfsgelegenheden:** restaurants, cafés, hotels, campings, clubhuizen, studentenverenigingen, saunas, discotheken, casino's;
3. **overige spel- en recreatieruimten:** speeltuinen, escaperooms, musea, circusen, pretparken, kermissen, evenementen.<sup>2</sup>

Deze ruimten vormen species van of variaties op de genoemde hoofdthema's educatie, recreatie en zorg, en worden in het onderhavige hoofdstuk geclusterd besproken (en tezamen verkort aangeduid als 'de overige ruimten').<sup>3</sup> Daarbij dient bedacht te worden dat de meeste overige ruimten recreatiedoeleinden zullen die-

---

1 Zie over deze keuze en afbakening nader hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.1.

2 Ik merk daarbij op dat de hier genoemde ruimten niet limitatief zijn, maar dat dit de ruimten zijn waarover relevante rechtspraak beschikbaar is en die in paragraaf 5 de revue zullen passeren.

3 Met dien verstande dat bij de bespreking van de relevante onderzoeken, wet- en regelgeving en rechtspraak zoveel als mogelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de hiervoor onderscheiden ruimten van winkels en winkelcentra, horeca- en verblijfsgelegenheden en overige spel- en recreatieruimten. Bovendien geldt dat, daar waar ik in het navolgende spreek over de zorgplicht van de overige ruimte, ik dus in feite telkens doel op de zorgplicht van de exploitant of de beheerder van deze ruimte (zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 6.4). Zie voor de toelichting en (nadere) verantwoording met betrekking tot het tezamen bespreken van deze overige ruimten, hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.1.

nen, maar dat in veel gevallen ook overlap mogelijk is. Zo dient een gemiddeld museum recreatie- én educatiedoeleinden, en zal het van het soort evenement afhangen of het doel van het bezoek meer recreatief, dan wel educatief van aard is. Het doel van het bezoek aan een winkel zal bovendien afhankelijk zijn van het object van de koop. Het kopen van kleren, sieraden of boeken kan immers als recreatie aangeduid worden, terwijl bij de koop van geneeskundige of natuurlijke producten bij de apotheek, drogisterij of schoonheidsspecialiste, ook een educatieve en zorgelement kan spelen.

Dit hoofdstuk kent dezelfde opbouw als de voorgaande hoofdstukken. Zo bespreek ik allereerst een aantal (empirische) onderzoeken over de veiligheid(sbeleving) in en rondom de overige ruimten (paragraaf 2). Daarna komen de kenmerken van de (secundaire) zorgplicht van de overige ruimten aan bod, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan de secundaire zorgplicht van horecagelegenheden (paragraaf 3). Ook wordt de relevante Nederlandse wet- en regelgeving in relatie tot de zorgplicht van de overige ruimten (globaal) besproken (paragraaf 4).<sup>4</sup> Alhoewel de omvang van de beschikbare rechtspraak over de secundaire zorgplicht van de individuele overige ruimten beperkter is, zal ook in dit hoofdstuk de beschikbare (Nederlandse) jurisprudentie over zowel de primaire als de secundaire zorgplicht van de overige ruimten worden weergegeven (paragraaf 5). In de deze paragrafen wordt telkens een onderscheid gemaakt tussen de genoemde 'subcategorieën' van winkels en winkelcentra, horeca- en verblijfsgelegenheden en overige spelen en recreatieruimten. Besloten wordt met een conclusie over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van overige ruimten (paragraaf 6).

## 2 DE VEILIGHEID IN EN RONDOM DE OVERIGE RUIMTEN

### 2.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken werd de veiligheid in en rondom scholen (hoofdstuk 3, paragraaf 2), sportverenigingen (hoofdstuk 4, paragraaf 2) en opvang- en zorginstellingen (hoofdstuk 5, paragraaf 2) besproken. Deze onderzoeken gaven de context en de relevantie van secundaire zorgplichten in de sectoren educatie, recreatie en zorg weer. Daar waar – zoals in paragraaf 1 is besproken – de overige ruimten die in dit hoofdstuk centraal staan, beschouwd kunnen worden als species van deze hoofdthema's, zijn de reeds besproken onderzoeken en conclusies in dezelfde zin voor de overige ruimten van belang.

---

4 Ook Van Rooij bespreekt in haar proefschrift winkels en horecagelegenheden in één hoofdstuk tezamen, aangezien 'winkels en horeca qua regulering van de orde zeer vergelijkbaar zijn'. Zie Van Rooij 2017, p. 117.

In aanvulling daarop wordt in deze paragraaf een aantal specifieke (empirische) onderzoeken besproken die een nadere inkleuring van de secundaire zorgplicht van de overige ruimten kunnen bieden. Daartoe worden enkele onderzoeken naar de objectieve en subjectieve veiligheidsbeleving van bezoekers van de overige ruimten besproken. Gepoogd wordt een zo algemeen mogelijk beeld te schetsen van de veiligheid(sbeleving) in en rondom winkels en winkelcentra (paragraaf 2.2), horeca- en verblijfsgelegenheden (paragraaf 2.3) en overige spel- en recreatieruimten (paragraaf 2.4), een en ander als ‘aanzet’ voor de nadere analyse van de secundaire zorgplicht van de overige ruimten in dit hoofdstuk.<sup>5</sup> In paragraaf 2.5 volgt een conclusie.

## 2.2 VEILIGHEID(SBELEVING) IN WINKELS EN WINKELCENTRA

*‘Monitor Keurmerk Veilig Ondernemen 2007-2009. Samen wordt het veiliger’ (DSP-groep 2010)<sup>6</sup>*

Het Keurmerk Veilig Ondernemen (‘KVO’) focust op een ‘slagvaardig en bestendig samenwerkingsverband tussen publieke en private partners voor een gezamenlijke aanpak van criminaliteit en onveiligheid’.<sup>7</sup> Om de effecten van het KVO te onderzoeken, is in opdracht van het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid (‘CCV’) een monitor ontwikkeld op basis waarvan het onderhavige rapport is opgesteld. Voor het onderzoek naar de veiligheid in winkels en winkelcentra is met name het gedeelte van het rapport met betrekking tot de ‘KVO-w’ relevant, waarin de veiligheid in bestaande en nieuwe winkelgebieden wordt weergegeven.

Uit het rapport blijkt dat winkels en winkelcentra met diverse problemen en vormen van overlast kampen. Hierdoor kan niet alleen schade aan de winkels en winkelcentra zelf worden toegebracht, maar kunnen ook andere bezoekers van deze ruimten slachtoffer worden.<sup>8</sup> Dat dergelijke incidenten zich ook daadwerkelijk binnen en rondom winkels en winkelcentra voordoen, blijkt in de eerste plaats uit figuur 6.1. Alhoewel diefstal (achteraf ontdekt) bovenaan de lijst staat, en daarbij in de regel geen slachtoffers zullen vallen in de vorm van (mede)bezoekers, zullen bij overvallen of berovingen (‘diefstal heterdaad’) andere bezoekers van winkels en winkelcentra wel betrokken kunnen raken.<sup>9</sup>

5 Sommige onderzoeken zijn voor meer dan een van de genoemde overige ruimten relevant. Teneinde onnodige herhaling te voorkomen, zullen deze onderzoeken besproken worden bij die ‘subcategorie’ waarvoor de resultaten van het onderzoek het meest illustratief zijn.

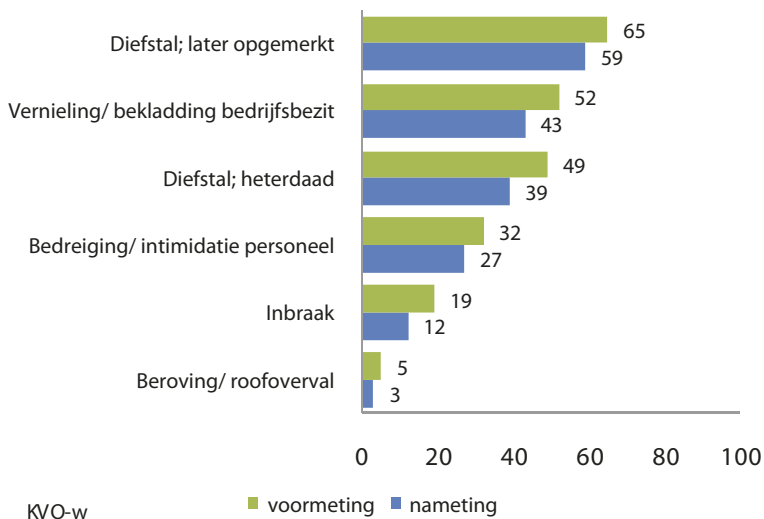
6 Zie DSP-groep 2010 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

7 DSP-groep 2010, p. 3.

8 Denk bijvoorbeeld aan het schietincident in het winkelcentrum De Ridderhof in Alphen aan den Rijn in 2011, zoals deze kwestie, en de naar aanleiding daarvan gevoerde aansprakelijkheidsprocedures, in hoofdstuk 8 nader aan bod komt.

9 Hetgeen tot aansprakelijkheidsprocedures kan leiden tegen de (beheerder van de) betreffende ruimte waarin deze overval plaatsvond. Vgl. de in paragraaf 5 te bespreken uitspraken Hof

**Figuur 6.1 Slachtofferschap delicten afgelopen jaar, één keer of vaker, KVO-w (% respondenten) (voormeting n=1420; nameting n=1080)<sup>10</sup>**



Alhoewel de gegevens enigszins verouderd zijn, zij in de tweede plaats gewezen op tabel 6.1, waarin de grootste problemen in winkels en winkelcentra zijn weergegeven (zowel voor als na de invoering van de KVO). Het gaat hierbij om agressie tegen of bedreiging van klanten, zakkenrollerij, auto-inbraak, fietsendiefstal of brandstichting door (andere) bezoekers. In die gevallen is steeds een andere – primaire – partij in het spel die de schade direct in het leven heeft geroepen, en kwalificeert de mogelijk aangesproken (beheerder van de) winkel of het winkelcentrum als de secundaire partij.

<sup>10</sup> 's-Gravenhage 23 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9629; Rb. Rotterdam (ktr.) 8 mei 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BF8892, RAR 2008/142; Rb. Rotterdam (ktr.) 30 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10617; Rb. Midden-Nederland (ktr.) 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2602. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:453, JA 2015/60, m.nt. J.P. Quist. In deze annotatie, onder het kopje 'Eerdere rechtspraak', worden ook andere zaken besproken waarin schade werd geclaimd naar aanleiding van overvallen.

10 DSP-groep 2010, p. 14.



Tabel 6.1 Grootste problemen voor en na invoering KVO 2009<sup>11</sup>

Grootste problemen voor en na invoering KVO 2009	voor KVO			na KVO		
	KVO-b	KVO-w	RPC	KVO-b	KVO-w	RPC
(Winkel)diefstal	6	26	21	5	28	21
Agressie tegen of bedreiging van klanten	0	0	4	0	1	0
Agressie tegen of bedreiging van personeel	1	7	4	1	6	4
Zakkenrollerij	0	0	0	1	1	4
Auto-inbraak	2	0	0	2	0	0
Fietsendiefstal	0	3	0	0	1	0
Graffiti en vernieling	1	3	4	3	0	0
Hangplekken	1	3	8	0	6	4
Zwerfvuil	7	0	0	7	4	13
Beroving of overval	3	3	0	2	3	4
Inbraak	49	4	25	42	6	13
Brandstichting	1	0	4	0	0	0
Overlast van groepen jongeren	6	30	0	3	19	0
Overlast van zwervers of verslaafden	0	4	0	1	6	4
Gevoelens van bedreiging en onveiligheid	9	12	25	7	12	25
Anders	15	4	4	28	7	8
<i>Totaal</i>	<i>106</i>	<i>69</i>	<i>24</i>	<i>106</i>	<i>69</i>	<i>24</i>

### 2.3 VEILIGHEID(SBELEVING) IN HORECA- EN VERBLIJFSGELEGENHEDEN

*'Het Grote Uitgaansonderzoek 2013'* (Trimbos-instituut 2013) en *'Het Grote Uitgaansonderzoek 2016'* (Trimbos-instituut 2016)<sup>12</sup>

De onderzoekers van het Trimbos-instituut beschrijven in *'Het Grote Uitgaansonderzoek 2013'* de conclusies van een kwantitatief onderzoek naar (de verbanden tussen) uitgaanspatronen, middelengebruik en risicogedrag van uitgaande jongeren en jongvolwassenen tussen de 15 en 35 jaar. In 2016 is dit onderzoek opnieuw uitgevoerd, waarbij eveneens is gekeken naar uitgaanspatronen en middelengebruik, maar niet (meer) naar risicogedrag onder uitgaande jongeren en jongvolwassenen (hetgeen voor de secundaire zorgplicht van horeca- en verblijfsgelegenheden bij uitstek interessante informatie is). Om die reden wordt ook het onderzoek uit 2013 in het navolgende besproken. In de gevallen waarin de rapporten overlap vertonen, zal bij de meest recente gegevens uit het onderzoek uit 2016 worden aangeknoopt.

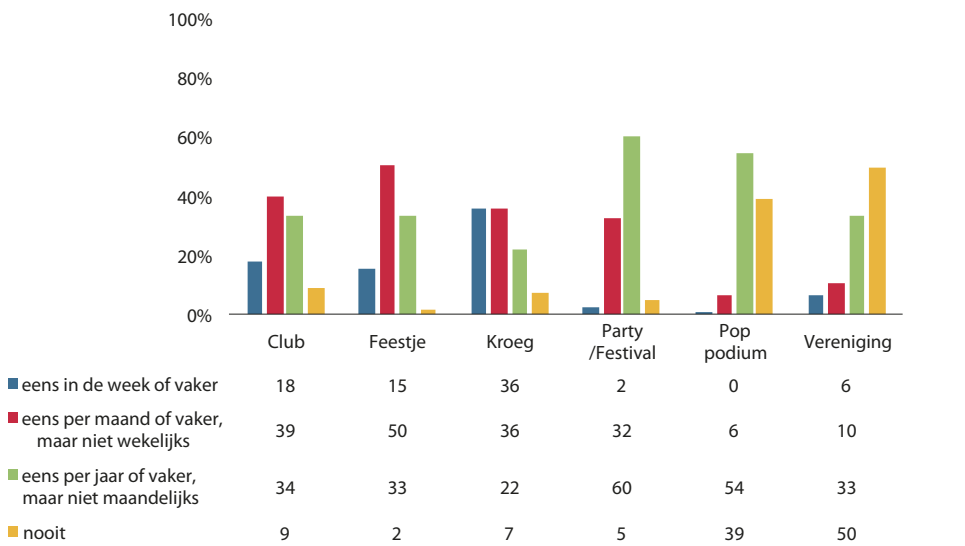
In figuur 6.2 is inzichtelijk gemaakt hoe vaak respondenten in 2016 verschillende uitgaanslocaties bezochten. De kroeg is de meest bezochte uitgaanslocatie: 36% gaat elke week of vaker naar de kroeg en 36% bezoekt de kroeg eens per maand (maar niet wekelijks). Daarna volgen de bezoeken aan een feestje (bij iemand) thuis

11 DSP-groep 2010, p. 39. 'KVO-b' staat voor hetzelfde Keurmerk Veilig Ondernemen als KVO-w, maar dan voor bedrijventerreinen in plaats van voor winkelcentra. 'RPC's' staat voor Regionale Platforms Criminaliteitsbeheersing; dit zijn samenwerkingsverbanden die op regionaal niveau criminaliteitsproblematiek aanpakken. Voor het onderhavige onderzoek naar de secundaire zorgplicht van de overige ruimten zijn de cijfers weergegeven onder KVO-w relevant.

12 Zie Trimbos-instituut 2013 en Trimbos-instituut 2016 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten uit 2013 en 2016.

(15% wekelijks en 50% maandelijks), een club/discotheek (18% wekelijks en 39% maandelijks), een party/festival (2% wekelijks en 32% maandelijks) en een vereniging (6% wekelijks en 10% maandelijks). Weinig respondenten bezoeken frequent een poppodium (6% doet dit ten minste maandelijks).<sup>13</sup>

**Figuur 6.2** Bezoekfrequentie in 2016, naar uitgaanslocatie (n = 4905, %)<sup>14</sup>



Net als bij alcohol, zal het gebruik van drugs door de primaire partij in dergelijke ruimten het risico op gevaarzettende handelingen vergroten.<sup>15</sup> Voor wat betreft de relatie tussen middelengebruik en bezoekfrequentie, concluderen de onderzoekers dat 'in het algemeen geldt hoe hoger de bezoekfrequentie, hoe groter de kans dat een jongere drugs heeft gebruikt'.<sup>16</sup>

In lijn daarmee volgt uit de gegevens van tabel 6.2 dat 'uitgaanders' vaker alcohol, tabak en drugs gebruiken dan leeftijdsgenoten. Ook is te zien dat – voor wat betreft het gebruik van alcohol, tabak en cannabis – er weinig verschillen zijn tussen het onderzoek uit 2013 en 2016. Voor wat betreft de harddrugs zijn er wel verschillen: het percentage recente gebruikers van ecstasy en speed ligt in 2016 duidelijk lager dan in 2013, en ook het gebruik van cocaïne en GHB lijkt in 2016 iets lager te liggen dan in 2013. Het gebruik van 4-FA is daarentegen in 2016 veel hoger dan in

13 Trimbos-instituut 2016, p. 44.

14 Trimbos-instituut 2016, p. 44.

15 Naast de hierna te bespreken resultaten die deze relatie bevestigen, is ook uit ander onderzoek gebleken dat bijvoorbeeld seksuele intimidatie een veel reëler gevaar is als niet adequaat is gecontroleerd op GHB op een feest waarvan wel bekend is dat daar GHB in omloop is. Vgl. Trimbos-instituut 2017, p. 22. Zie voor de relatie tussen alcohol en incidenten de hierna te bespreken cijfers uit het onderzoek van VeiligheidNL 2019b. Zie ook WODC 2016, p. 22.

16 Trimbos-instituut 2016, p. 56.

2013. Vergeleken met de algemene bevolking ligt, met uitzondering van alcohol, het gebruik van alle middelen onder uitgaanders beduidend hoger, variërend van tweemaal zo hoog voor tabak tot ongeveer achtmaal zo hoog voor de uitgaansdrugs. Ook bij alcohol geldt dat het gebruik van uitgaanders (98,3%) een stuk hoger ligt dan bij de algemene bevolking (80,3%).<sup>17</sup>

**Tabel 6.2 Prevalenties recent middelengebruik (laatste jaar) in verschillende steekproeven (in procenten)<sup>18</sup>**

Middel	alcohol	tabak	cannabis	ecstasy	4-FA	speed	cocaine	GHB
Uitgaansonderzoek (2016)	98,3	68,8	52,8	46,2	24,5	25,1	24,5	7,5
Uitgaansonderzoek (2013)	97,6	67,5	52,0	60,6	8,5	33,4	27,1	11,9
Algemene bevolking <sup>1</sup> (15-34 jaar)	80,3	31,6 <sup>2</sup>	16,1	6,6	-- <sup>3</sup>	3,1	3,6	1,0

<sup>1</sup> Bron: Gezondheidsenquête/Leefstijlmonitor CBS i.s.m. RIVM en Trimbos-instituut, 2015.

<sup>2</sup> Percentage dat 'ja' heeft geantwoord op de vraag 'Rookt wel eens?'

<sup>3</sup> Niet gemeten.

Interessant voor de secundaire zorgplicht van met name horeca- en verblijfsgelegenheden is het effect dat het gebruik van alcohol en drugs op de bezoekers heeft, en daarmee het risico op het vertonen van schadeveroorzakend gedrag en de waakzaamheid die in dat verband van de beheerders van de voornoemde ruimten verwacht mag worden. Het onderzoek uit 2013 beschrijft in hoofdstuk 6 uitgebreid het risicogedrag dat uitgaanders zelf hebben vertoond c.q. hebben meegemaakt op een uitgaansavond. Naast de (eigen) gezondheidsincidenten als gevolg van het gebruik van alcohol en drugs (zoals omschreven is in paragraaf 6.1 van dit rapport),<sup>19</sup> zijn met name seksueel risicogedrag (paragraaf 6.2), agressie en geweld (paragraaf 6.3) en rijden onder invloed (paragraaf 6.4) voor de secundaire zorgplicht van horeca- en verblijfsgelegenheden interessant, nu er in die gevallen een primaire schadeveroorzaker in het spel is. De belangrijkste conclusies in dat kader luiden als volgt.

Agressie en geweld komen regelmatig voor onder uitgaanders. Ongeveer drie op de tien uitgaanders (30%) is in het gemeten jaar 2013 op een uitgaansavond weleens agressief of opgefokt geweest en bijna één op de vier (23%) is in het gemeten jaar op een uitgaansavond weleens bij een vechtpartij betrokken geweest. Eén op de twin-

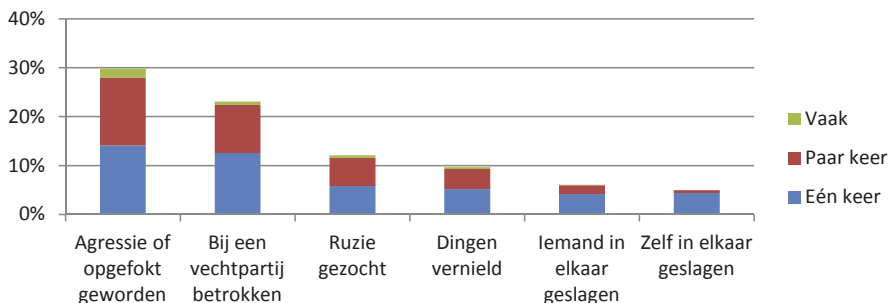
17 Trimbos-instituut 2016, p. 75.

18 Trimbos-instituut 2016, p. 75.

19 Trimbos-instituut 2013, p. 59: 'Bij black-out/geheugenverlies gaat het daarbij vooral om alcoholgebruik (54%), terwijl bij angst en paniekaanvallen meestal drugs is gebruikt (47%). Het bewustzijn verliezen gaat veelal gepaard met alcoholgebruik (25%) en drugsgebruik (30%), maar meestal met combigebbruik (40%). Indien men op de spoedeisende hulp terecht komt is daar in ruim een derde (37%) van de gevallen alleen alcohol bij gebruikt. In bijna de helft van de gevallen (46%) is één of meerdere soorten drugs gebruikt, al dan niet in combinatie met alcohol. In 18% van de gevallen was er geen alcohol en/of drugs gebruikt'.

tig uitgaanders (5%) geeft aan in het laatste jaar weleens in elkaar te zijn geslagen op een uitgaansavond.<sup>20</sup> Een en ander is weergegeven in figuur 6.3.

**Figuur 6.3** Percentage respondenten dat in de gemeten 12 maanden agressie en geweld heeft meegemaakt, naar frequentie<sup>21</sup>



In tabel 6.3 is vervolgens inzichtelijk gemaakt dat het gebruik van alcohol, drugs of een combinatie hiervan een serieuze rol speelt in het ontstaan van agressie en geweld. Bij de meeste incidenten van agressie of geweldpleging was alleen alcohol in het spel; deze percentages liggen een stuk hoger dan in de gevallen waarin alleen drugs in het spel was.<sup>22</sup>

**Tabel 6.3** Middelengebruik van de respondenten die in de gemeten 12 maanden agressie of geweld hebben meegemaakt op een uitgaansavond<sup>23</sup>

	Geen alcohol of drugs	Alleen alcohol	Alleen drugs	Combi 1 drug & alcohol	Combi ≥ 2 drugs (& alcohol)
Agressie	8,8%	58,3%	7,4%	20,8%	4,6%
Vechtpartij	14,0%	65,2%	2,9%	12,7%	5,2%
Ruzie gezocht	5,0%	71,0%	2,1%	21,6%	5,4%
Dingen vernield	4,3%	78,8%	3,4%	10,6%	2,9%
In elkaar slaan	19,2%	56,0%	4,0%	18,4%	6,4%
In elkaar geslagen	19,0%	69,0%	3,0%	6,0%	3,0%

*'Alcoholvergiftigingen en ongevallen met alcohol. SEH-bezoeken 2018' (VeiligheidNL 2019)<sup>24</sup>*

In dit rapport van VeiligheidNL worden cijfers van bezoeken aan de Spoedeisende Hulp ('SEH') wegens alcoholvergiftiging en wegens ongevallen weergegeven, waarbij is bekeken of er op enigerlei wijze alcohol bij het ontstaan van het

20 Trimbos-instituut 2013, p. 61.

21 Trimbos-instituut 2013, p. 62.

22 Trimbos-instituut 2013, p. 61 en 114.

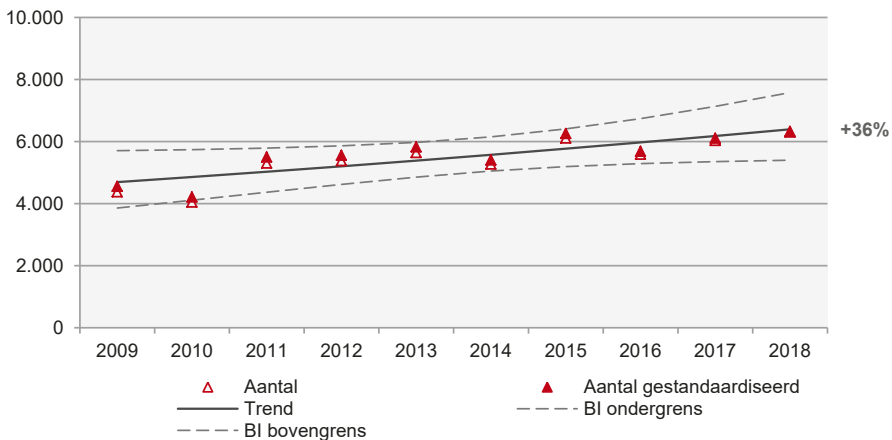
23 Trimbos-instituut 2013, p. 114.

24 Zie VeiligheidNL 2019b voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

letsel in het spel was. Het onderhavige onderzoek zoomt zodoende nader in op de schadelijkheid van alcohol. Daarbij dient de kanttekening te worden gemaakt dat dit onderzoek niet specifiek ziet op alcoholvergiftigingen en ongevallen ontstaan in het uitgaanscircuit, maar op het totaal aan alcoholvergiftigingen en ongevallen door alcoholgebruik in het algemeen. Aangezien uit de hiervoor besproken onderzoeken bleek dat het gebruik van alcohol juist in horeca- en verblijfsgelegenheden erg groot is én er een direct verband bestaat tussen dit gebruik en schadeveroorzakend gedrag van een mogelijke primaire partij (medebezoeker), licht ik de resultaten van dit onderzoek met het oog op de secundaire zorgplicht van de overige ruimten kort toe.

Uit het onderhavige onderzoek blijkt dat in 2018 naar schatting 6.300 personen zijn behandeld op de SEH naar aanleiding van een alcoholvergiftiging. Ruim één op de vijf SEH-bezoekers met een alcoholvergiftiging was jonger dan 18 jaar.<sup>25</sup> Het aantal SEH-bezoeken als gevolg van een alcoholvergiftiging is in tien jaar tijd toegenomen met 36% (zie figuur 6.4).<sup>26</sup>

**Figuur 6.4 SEH-bezoeken als gevolg van alcoholvergiftigingen naar jaar, gecorrigeerd voor veranderingen in de bevolkingssamenstelling<sup>27</sup>**



Naast alcoholvergiftigingen kan alcoholgebruik ook leiden tot, of een grote rol spelen in, het vertonen van schadeveroorzakend gedrag door de alcoholgebruiker in kwestie (waar uiteraard ook derden – zoals andere bezoekers van de private ruimte – het slachtoffer van kunnen worden). In 2018 zijn naar schatting 17.700 personen behandeld op de SEH-afdeling naar aanleiding van een ongeval of geweldpleging waarbij alcohol betrokken was. Eén op de tien gevallen van letsel ontstond door geweldpleging (10%, 1.700), vaak een slag, klap of stomp. Uit tabel 6.4 blijkt

25 VeiligheidNL 2019b, p. 12.

26 VeiligheidNL 2019b, p. 13.

27 VeiligheidNL 2019b, p. 13.

dat alcohol vooral bij geweldpleging relatief vaak een rol speelt – namelijk in meer dan 10% van alle SEH-bezoeken wegens geweld – maar ook, en vooral, het aantal verkeersongevallen waarbij alcohol in het spel was, is met 5.700 behoorlijk groot.<sup>28</sup>

**Tabel 6.4 SEH-bezoeken ongevallen met alcohol, naar module<sup>29</sup>**

	Aantal	%	Totaal SEH	%
Privé-ongeval	10.100	57%	361.000	54%
Verkeersongeval	5.700	32%	123.000	18%
Geweldpleging	1.700	10%	16.100	2%
Sportblessure	100	1%	117.000	18%
Arbeidsongeval	<100	<1%	47.400	7%
Totaal	17.700	100%	665.000	100%

Concluderend geldt dat het gebruik van alcohol, drugs of een combinatie hiervan in horeca- en verblijfsgelegenheden zeer gebruikelijk is en invloed heeft op agressie en andersoortige geweldsuitingen van de potentiële primaire partij. Daarmee heeft het verschaffen van alcohol of drugs, of het niet goed toezicht houden op het gebruik hiervan, direct invloed op de veiligheid van de andere bezoekers in deze uitgaanslocaties. Dit heeft weer invloed op de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van horeca- en verblijfsgelegenheden (meer in het bijzonder: de voorzienbaarheid van de schade en de redelijkerwijs te treffen voorzorgsmaatregelen). De wetenschap van het potentiële alcohol- en drugsgebruik en de effecten op het gedrag van de bezoekers, kan immers een toezichthoudende verantwoordelijkheid voor de horeca- en verblijfsgelegenheid met zich meebrengen (zie nader paragraaf 3.2).

## 2.4 VEILIGHEID(SBELEVING) IN OVERIGE SPEL- EN RECREATIERUIMTEN

*'Risico- en Crisisbarometer. Basismeting voorjaar 2019' (Motivaction 2019)<sup>30</sup>*

In opdracht van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid ('NCTV') van het Ministerie van Justitie en Veiligheid heeft Motivaction onderzoek gedaan naar de zorgen, angsten en gevoelens van veiligheid onder de bevolking en het vertrouwen dat Nederlanders hebben in het optreden van de overheid bij rampen en crisissen. Uit dit onderzoek vloeit de 'Risico- en Crisisbarometer' voort. Daarbij is gekeken naar de veiligheidsgevoelens binnen diverse ruimten, waarbij enkele ruimten vergelijkbaar zijn of passen in de kwalificatie van spel- en recreatieruimten.

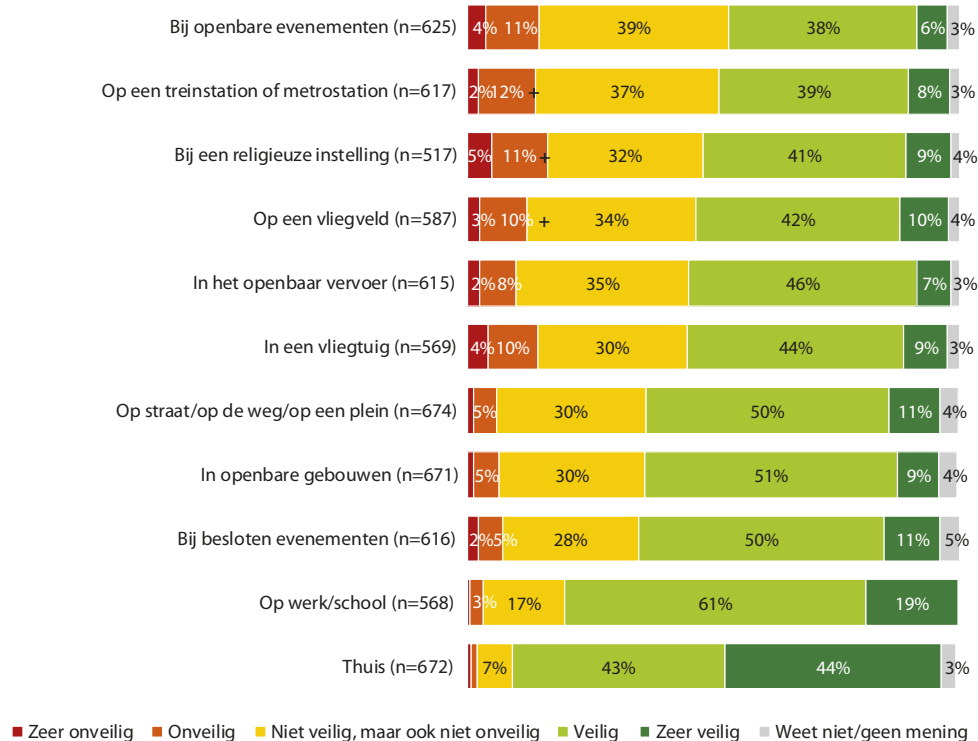
28 VeiligheidNL 2019b, p. 17.

29 VeiligheidNL 2019b, p. 17.

30 Zie Motivaction 2019 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

De belangrijkste conclusie voor het onderhavige onderzoek is dat, aldus de onderzoekers, Nederlanders zich het minst veilig voelen op openbare evenementen.<sup>31</sup> Voor wat betreft de veiligheid op de andere onderzochte ruimten, zij verwezen naar figuur 6.5.

**Figuur 6.5 Veiligheidsgevoel per locatie<sup>32</sup>**



Duidelijk wordt dus dat voor de Nederlanders die op de in figuur 6.5 genoemde locaties komen, een openbaar evenement als de minst veilige omgeving voelt. 15% voelt zich daar over het algemeen (zeer) onveilig. 39% voelt zich niet veilig, maar ook niet onveilig. Minder dan de helft voelt zich dus daadwerkelijk veilig op een openbaar evenement.

Ook is gekeken naar de consequenties van deze onveiligheidsgevoelens op het gedrag van de Nederlanders. Uit het onderzoek bleek dat één op de tien Nederlanders minder vaak naar de locaties gaat waar hij of zij zich minder veilig voelt. Bij openbare evenementen is dit aandeel het hoogst: 10% van de mensen die daar wel-

31 Motivaction 2019, p. 17.

32 Motivaction 2019, p. 17.



eens komen, zegt dat het feit dat ze zich er niet veilig voelen ervoor heeft gezorgd dat ze er ook minder naartoe gaan.<sup>33</sup>

'Veiligheidsmonitor 2017' (Centraal Bureau voor de Statistiek 2018)<sup>34</sup>

Tot slot, en in het verlengde van het vorige onderzoek, heeft het Centraal Bureau voor de Statistiek ('CBS') in 2017 middels de zogenoemde 'Veiligheidsmonitor' onderzoek gedaan naar de (on)veiligheidsbeleving van mensen rondom verschillende locaties (waaronder overige spel- en recreatieruimten, maar ook de eerder besproken winkels en winkelcentra en horeca- en verblijfsgelegenheden).

Uit de onderzoeksresultaten, zoals deze zijn weergegeven in tabel 6.5, blijkt dat meer dan een vijfde (21,7%) van de personen zich weleens (dat wil zeggen: vaak of soms) onveilig voelt rondom uitgaansgelegenheden. Voor winkels en winkelcentra ligt dit percentage op 12%. Op plekken waar jongeren rondhangen, voelt men zich relatief – ten opzichte van de genoemde locaties – het meest onveilig.

**Tabel 6.5 (On)veiligheidsbeleving; persoonskenmerken<sup>35</sup>**

Onderwerp		Totaal personen	Geslacht: Mannen	Geslacht: Vrouwen	Leeftijd:	Leeftijd:	Leeftijd:	Leeftijd:	
					15 tot 25 jaar	24 tot 45 jaar	45 tot 65 jaar	65 jaar of ouder	
<b>(On)veiligheidsbeleving</b>									
Algemeen									
Onveiligheidsgevoelens									
	Voelt zich wel eens onveilig	%	34,1	25,2	42,7	40,9	38,7	32,8	25,0
	Voelt zich vaak onveilig	%	1,6	1,1	2,0	1,8	1,7	1,6	1,1
Woonplaats									
	Rondom uitgaansgelegenheden	% wel eens onveilig ('vaak'/'soms')	21,7	19,4	23,9	28,3	26,2	20,9	12,3
	Op plekken waar jongeren rondhangen	% wel eens onveilig ('vaak'/'soms')	38,8	33,3	44,2	47,5	44,0	38,5	26,3
	In centrum van woonplaats	% wel eens onveilig ('vaak'/'soms')	15,5	13,1	17,8	15,7	16,4	16,1	13,0
	In winkelgebied/winkelcentrum	% wel eens onveilig ('vaak'/'soms')	12,0	10,0	14,0	12,1	12,2	12,5	11,0

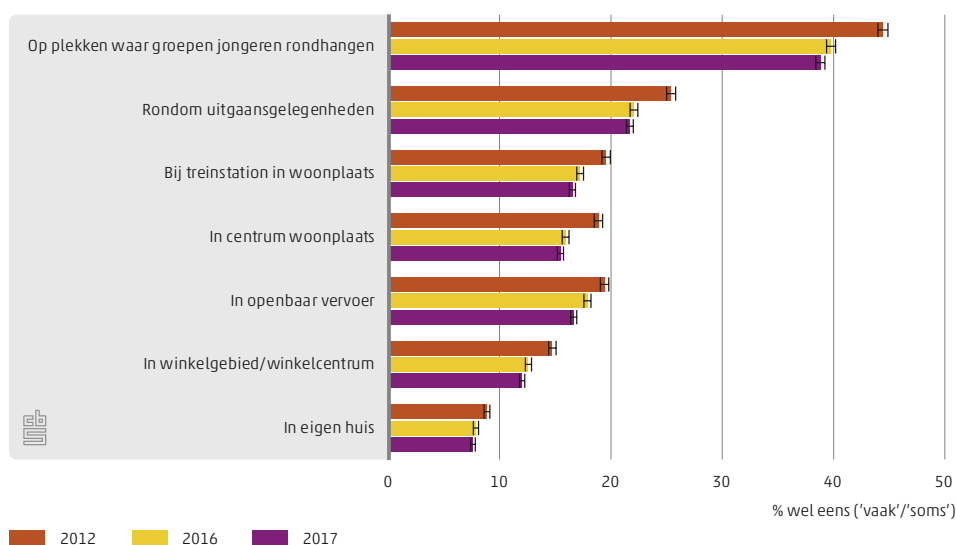
33 Motivaction 2019, p. 18.

34 Zie CBS 2018 voor de hierna te bespreken onderzoeksresultaten.

35 CBS 2018, p. 104. De voornoemde cijfers worden geregeld geactualiseerd en zijn online raadpleegbaar via de website cbs.nl. Overigens is daarbij vanaf april 2019 een minder overzichtelijk en geclusterd format gehanteerd, om welke reden is gekozen om in tabel 6.5 het overzicht van het jaar ervoor (2018) weer te geven, waarin de specifieke overige ruimten wél – in tegenstelling tot de weergave vanaf april 2019 – zijn opgesplitst.

In de Veiligheidsmonitor is de respondenten bovendien een aantal plekken in de eigen woonplaats voorgelegd met de vraag om aan te geven of en hoe vaak men zich hier onveilig voelt. In 2017 zijn de onveiligheidsgevoelens (wederom) het hoogst op plekken waar jongeren rondhangen: 39% voelt zich hier weleens (dat wil zeggen: 'vaak' of 'soms') onveilig. Ook de onveiligheidsgevoelens rondom uitgaansgelegenheden zijn relatief groot.<sup>36</sup> Voor de meeste (openbare) ruimten geldt dat de onveiligheidsgevoelens tussen 2016 en 2017 wel iets zijn afgenomen. In vergelijking met 2012 zijn de onveiligheidsgevoelens in de eigen woonplaats op alle plekken gedaald. De specifieke cijfers zijn weergegeven in figuur 6.6.

**Figuur 6.6** Onveiligheidsgevoelens op plekken in woonplaats in 2012, 2016 en 2017<sup>37</sup>



## 2.5 CONCLUSIE

Uit de besproken onderzoeken blijkt dat de meeste bezoekers zich in subjectieve zin onveilig voelen op openbare evenementen, maar ook in horeca- en verblijfsgelegenheden (21,7%) en in en rondom winkels en winkelcentra (12%) voelen mensen zich geregeld onveilig.<sup>38</sup>

Voor wat betreft de horeca- en verblijfsgelegenheden (en de daarmee te vergelijken spel- en recreatieruimten, die bijvoorbeeld ook een horecavoorziening hebben) laten de objectieve cijfers zien dat deze onveiligheidsgevoelens niet geheel onterecht zijn. Ongeveer 30% van de uitgaanders is op een uitgaansavond weleens agressief of opgefokt geweest en 23% van de uitgaanders is op een uitgaansavond

<sup>36</sup> CBS 2018, p. 34.

<sup>37</sup> CBS 2018, p. 35.

<sup>38</sup> CBS 2018, p. 104.

welens bij een vechtpartij betrokken geweest.<sup>39</sup> In verreweg de meeste gevallen van agressie of geweldpleging was er alcohol in het spel. Daarnaast blijkt dat in 2018 naar schatting 6.300 personen behandeld zijn op de SEH-afdeling naar aanleiding van een alcoholvergiftiging en naar schatting 17.700 personen naar aanleiding van een ongeval of geweldpleging waarbij, voor zover bekend, alcohol betrokken was. Er wordt in de diverse onderzoeken dan ook geconcludeerd dat alcoholgebruik van deze bezoekers van invloed is op de veiligheid van de (andere) bezoekers.<sup>40</sup> Nu horecagelegenheden bij uitstek de ruimten zijn waarin alcohol gedronken wordt, zullen de besproken incidenten met name in en rondom die ruimten opspelen. Hetzelfde geldt uiteraard voor de spel- en recreatieruimten waar, in gelijke zin als in horeca- en verblijfsgelegenheden, alcohol wordt gedronken.

Voor wat betreft de horeca- en verblijfsgelegenheden en een groot gedeelte van de overige spel- en recreatieruimten, geldt bovendien dat hun bezoekers in vergelijking met de algemene bevolking gemiddeld veel meer drugs gebruiken, variërend van tweemaal zo hoog voor tabak tot ongeveer achtmaal zo hoog voor uitgaansdrugs.<sup>41</sup> Ook werd duidelijk dat het gebruik van alcohol en drugs door de primaire partij het risico op gevaarzettende handelingen vergroot.<sup>42</sup> Een en ander heeft consequenties voor de kans op en daarmee de voorzienbaarheid van de (potentieel) door deze 'alcohol en drugs gebruikende' bezoekers te veroorzaken schade, en dus voor de voorzorgsmaatregelen die de secundaire zorgdrager (de betreffende ruimte) dient te treffen. Ik kom hier in paragraaf 3.2 nader op terug.

Ook een niet te verwaarlozen deel van de bezoekers van winkels en winkelcentra voelt zich geregeld onveilig. Dit kan verklaard worden door de omschreven 'onveilige situaties' die kunnen ontstaan in en rondom winkels en winkelcentra. Zo worden in deze ruimten bijvoorbeeld incidenten als zakkenrollerij, auto-inbraak, fietsendiefstal en agressie en/of bedreiging geconstateerd.<sup>43</sup> Van winkels en winkelcentra mag daarom (ook) verwacht worden dat zij voldoende voorzorgsmaatregelen treffen om deze schadeveroorzakende situaties – en de daardoor mogelijk ontstane schade aan (andere) bezoekers – te voorkomen.

Samenvattend geldt dat er in subjectieve zin geregeld een onveiligheidsgevoel heerst in de overige ruimten en dat uit objectieve cijfers blijkt dat er zich ook daadwerkelijk onveilige situaties in en rondom deze ruimten voordoen. In de gevallen waarin primaire schadeveroorzakers deze onveilige situatie in het leven roepen, en een bezoeker als gevolg van het handelen van deze primaire partij(en) schade lijdt, kunnen vragen rijzen naar de secundaire aansprakelijkheid (lees: de handelswijze)

---

39 Trimbos-instituut 2013, p. 61-62.

40 Trimbos-instituut 2013, p. 61 en 114; VeiligheidNL 2019b, p. 15 e.v. Zie ook WODC 2016, p. 22.

41 Trimbos-instituut 2016, p. 75.

42 Vgl. Trimbos-instituut 2017, p. 22. Zie voor de cijfers inzake alcoholongevallen en SEH-bezoeken ten gevolge van alcohol, het onderzoek van VeiligheidNL 2019b. Vgl. WODC 2016, p. 22.

43 DSP-groep 2010, p. 14 en 39.

van de overige ruimten. Een en ander blijkt meer in het bijzonder uit de in paragraaf 5.3 te bespreken rechtspraak.

### 3 DE KENMERKEN VAN DE (SECUNDAIRE) ZORGPLICHT VAN OVERIGE RUIMTEN

#### 3.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken werden de kenmerken van de secundaire zorgplicht betracht door scholen (hoofdstuk 3, paragraaf 3), sportverenigingen (hoofdstuk 4, paragraaf 3) en opvang- en zorginstellingen (hoofdstuk 5, paragraaf 3) beschreven. Een en ander betrof een uitwerking van hetgeen ik meer in het algemeen over de secundaire zorg(elementen) in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4 beschreef, met als belangrijke conclusie dat de secundaire zorg zich als 'afgeleid' kenmerkt. Daar waar de overige ruimten die in dit hoofdstuk centraal staan als species van de genoemde hoofdthema's educatie, recreatie en zorg beschouwd kunnen worden, zijn de conclusies zoals beschreven in de vorige hoofdstukken, in gelijke zin voor de overige ruimten van belang. Zo zullen de beheerders van bepaalde spel- of recreatieruimten waarin een sportelement besloten ligt (denk aan een escaperoom, speeltuin of kermis) óók kennis hebben of behoren te hebben van het feit dat binnen deze ruimten een bepaalde mate van schadeveroorzakend gedrag (duwen, trekken, rennen, springen, etc.) in het kader van de uitoefening van het spel genormaliseerd is. Deze dimensie zal dan in gelijke zin bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid (de voorzienbaarheid van de schade) van deze specifieke spel- of recreatieruimten betrokken dienen te worden.<sup>44</sup>

#### 3.2 DE AFGELEIDE ZORG(PLICHT) VAN HORECAGELEGENHEDEN

Ter aanvulling op hetgeen reeds in de vorige hoofdstukken is besproken, merk ik meer in het bijzonder over de in dit hoofdstuk centraal staande ruimten met een horecavoorziening, nog het volgende op.

In paragraaf 2 concludeerde ik dat het gebruik van drugs onder uitgaanders beduidend hoger is ten opzichte van de algemene bevolking, te weten tot ongeveer achtmaal zo hoog.<sup>45</sup> Uit de besproken onderzoeken werd ook duidelijk dat het gebruik van alcohol en drugs door de primaire partij het risico op gevaarzettende handelingen vergroot.<sup>46</sup> In lijn met deze onderzoeksresultaten kan met betrekking tot horecagelegenheden (zoals cafés, bars, restaurants en daarmee vergelijkbare ruimten met horecavoorzieningen) betoogd worden dat de beheerders kennis hebben of behoren te hebben van de feiten dat (1) met name drankgebruik binnen

44 Zoals meer in het bijzonder is beschreven in hoofdstuk 4, paragraaf 3.4.2.

45 Trimbo's-instituut 2016, p. 75.

46 Trimbo's-instituut 2017, p. 22. Zie voor de relatie tussen alcohol en incidenten de besproken cijfers uit het onderzoek van VeiligheidNL 2019b. Zie ook WODC 2016, p. 22.

deze ruimten (relatief gezien) is genormaliseerd, maar ook drugsgebruik voor kan komen, en (2) drank- en/of drugsgebruik het risico op gevaarzettende handelingen door primaire partijen vergroot. Een en ander heeft consequenties voor de voorzienbaarheid van de (potentiële) veroorzaakte schade, en dus voor de voorzorgsmaatregelen (preventie- en toezichtsmaatregelen) die de secundaire zorgdrager (de beheerder van de horecagelegenheid) dient te treffen.<sup>47</sup>

Ook Van Rooij concludeert in haar proefschrift over de particuliere handhaving van de openbare orde dat 'de organisator van een evenement waar alcoholgebruik gefaciliteerd wordt en waarbij algemeen bekend is dat bezoekers drugs gebruiken, moet uitgaan van minder voorzichtigheid en minder oplettendheid aan de zijde van de bezoekers'.<sup>48</sup> Immers, 'onder invloed van alcohol en groepsdruk kunnen gelegenheidsverstoorders bewogen worden tot het plegen van uitgaansgeweld en andere ordeverstoringen', aldus Van Rooij.<sup>49</sup> Zij wijst ter ondersteuning van haar standpunt naar een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant, in een zaak waarin de organisatie van een concert werd aangesproken door een bezoeker die uit een terreinwagentje was gevallen.<sup>50</sup> De rechtbank overwoog in deze zaak over de aansprakelijkheid van de organisatie Concert at Sea ('CaS'):

'Dat door de bezoekers van het door CaS georganiseerde festival de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid niet steeds in acht zou worden genomen, was naar het oordeel van de rechtbank onder de gegeven omstandigheden behoorlijk waarschijnlijk; CaS diende dat gedrag dan ook te verwachten. Het is immers van algemene bekendheid dat bij evenementen als het festival alcohol en drugs worden gebruikt. Op het festivalterrein was bovendien alcoholhoudende drank verkrijgbaar. CaS diende er als organisator dan ook op beducht te zijn dat er alcohol zou worden gebruikt. Aan CaS kan worden toegegeven dat het wel of niet (te veel) drinken in beginsel de eigen verantwoordelijkheid van een bezoeker van het festival is; dat neemt echter niet weg dat juist gelet op de alcoholgebruik faciliterende setting van het festival, voor de gevolgen van dat drankgebruik ook een zekere verantwoordelijkheid ligt bij CaS als organisator. CaS diende er dan ook rekening mee te houden dat bezoekers na gebruik van alcohol (en mogelijk drugs) minder oplettend en voorzichtig zouden handelen. Van haar mocht – in zijn algemeenheid – worden verwacht dat zij in redelijkheid te nemen maatregelen zou nemen om te voorkomen dat bezoekers als gevolg van (voorzienbaar handelen, voortvloeiend uit) die mindere oplettendheid/voorzichtigheid schade zouden oplopen.' (r.o. 4.4.3) [mijn onderstreping, KLM]

47 In dat verband kan een parallel worden getrokken met hetgeen ik daarover opmerkte in hoofdstuk 4, paragraaf 3.4.2 over de secundaire zorgplicht van sportverenigingen en in hoofdstuk 5, paragraaf 3.2 over de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen. Ik kom op de verschillen en overeenkomsten tussen deze ruimten in hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.2 uitvoerig terug.

48 Van Rooij 2017, p. 340. Zie ook Van Rooij 2018, p. 176.

49 Van Rooij 2017, p. 120, met een verwijzing naar het onderzoek van Kuppens, Van Ham & Ferwerda 2013, p. 19-21.

50 Rb. Zeeland-West-Brabant 13 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4354 (*Gatorwagentje Concert at Sea*).

Vergelijkbaar is de uitspraak van de Rechtbank Groningen, waarin de aansprakelijkheid van de beheerder van een discotheek werd aangenomen in een kwestie waarin twee bezoekers vanaf 9 meter hoogte over een hekwerk waren gevallen en op de dansvloer terecht waren gekomen.<sup>51</sup> In de overwegingen van de rechtbank werd over de factor 'alcohol' overwogen:

'Meer in het bijzonder gaat het in dit geval om een publieke ruimte waarvan de bezoekers, zo is algemeen bekend, regelmatig in een uitgelaten stemming zijn, zich ook als zodanig gedragen en niet altijd de normale oplettendheid en/of voorzichtigheid betrachten. Bovendien, zo kan uit de processtukken worden afgeleid, wordt in de bar/dancing alcohol geschonken althans kunnen bezoekers onder invloed van alcohol zijn, hetgeen gedrag, alertheid en reactievermogen, zoals ook algemeen bekend is, negatief kan beïnvloeden.' (r.o. 3.3) [mijn onderstreping, KLM]

Dat het nuttigen van alcohol een omstandigheid is die in de secundaire aansprakelijkheidstoets wordt betrokken, blijkt ook uit de (nader in paragraaf 5.3.2 te bespreken) uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage over de secundaire aansprakelijkheid van een studentenvereniging voor de schade geleden door een student.<sup>52</sup> Deze student had meer in het bijzonder, en door toedoen van een andere student, tijdens een 'eetgoofestijn' een sparerib in zijn oog gekregen. De rechtbank overwoog in het kader van de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van de (organiserende) studentenvereniging:

'De rechtbank wijst in dit verband op het onbetwiste feit dat er onder de leden van A op een Bourgondische avond veel alcoholhoudende drank wordt gedronken en er een bijzonder uitgelaten stemming heerst terwijl de leden zich naar van algemene bekendheid als gevolg van de druk die uitgaat van groepsgedrag moeilijk aan de situatie kunnen onttrekken. Daarom dient het bestuur van de vereniging in de gegeven situatie rekening te houden met mogelijke – vergaande – onvoorzichtigheid van haar leden en gaat – anders dan A betoogt – in een geval als dit de zorgplicht van de vereniging voor boven de eigen verantwoordelijkheid van het individuele lid X.' (r.o. 4.4) [mijn onderstreping, KLM]

Om, tot slot, het contrast te illustreren met de verantwoordelijkheid van een beheerder van een private ruimte waarin de kans op alcohol- en drugsgebruik, dan wel andere 'risicoverhogende factoren' minimaal is, zij gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam over de secundaire aansprakelijkheid van het Rijksmuseum.<sup>53</sup> In haar oordeel over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van het museum betrok de rechtbank de aard van de activiteiten die in deze ruimte ontplooid werden, zijnde activiteiten waarbij de kans op het ontstaan van schade-

51 Rb. Groningen 5 september 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB3122.

52 Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9020, VR 2007/154 (*Sparerib gooiende medestudent*).

53 Rb. Amsterdam 11 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO9251, NJF 2004/245 (*Rutt/Rijksmuseum*).

veroorzakend gedrag bij primaire partijen niet groot, of in elk geval niet vergroot wordt. Zo overwoog de rechtbank:

‘De activiteiten die het Rijksmuseum ontplooit zijn op zichzelf niet van dusdanige aard dat het bedacht behoeft te zijn op gewelddadige confrontaties tussen bezoekers onderling. Het Rijksmuseum behoefde daarom geen bijzondere voorzorgsmaatregelen te nemen om een zo uitzonderlijk risico uit te sluiten of te verminderen.’ (r.o. 3.10) [mijn onderstreping KLM]

Deze redenering volgend, geldt dus dat ruimten waarin activiteiten ontplooid worden die wél een (relatief hoger) risico op gewelddadige confrontaties met zich brengen – zoals het nuttigen van alcohol in een kleine(re) ruimte zoals een café, waarin bezoekers bovendien meer fysiek contact hebben – wel of in elk geval méér op dergelijk schadeveroorzakend gedrag moeten anticiperen.

Tot slot dient aangetekend te worden dat horecagelegenheden niet alleen kennis hebben van het gebruik van alcohol en/of drugs door hun bezoekers en de invloed die dat op de onvoorzichtigheid of het schadeveroorzakende gedrag kan hebben. Meer in het bijzonder geldt bij horecagelegenheden dat het gebruik van (vaak) alcohol en (minder vaak) drugs zelfs om commerciële redenen door de ruimte wordt *gefaciliteerd*. In dat geval kan op het gebruik dus ook in bepaalde mate invloed worden uitgeoefend, wat ook verwachtingen met betrekking tot de inperking van daardoor ontstane hogere risico’s op schade voor derden (medebezoekers) met zich meebrengt.<sup>54</sup>

### 3.3 CONCLUSIE

Concluderend geldt dat horecagelegenheden waar alcohol gedronken wordt en waar drugs gebruikt worden – in vergelijkbare zin als de beheerders van sportverenigingen en opvang- en zorginstellingen – te maken hebben met een groep bezoekers waarbij het meer te verwachten is dat zij schade veroorzaken. De kenbaarheid (voorzienbaarheid) van de gemiddeld hogere risico’s na het nuttigen van drank en/of drugs, kan zich vertalen in hoge(re) verwachtingen in termen van toezicht en preventie. Voor de beheerders van horecagelegenheden kan vooraf immers gemiddeld beter in te schatten zijn tot welke (meer) specifieke gevaren de secundaire zorgplicht precies strekt. Daardoor is voor deze partijen ook beter te voorspellen welke zorg van hun verwacht wordt. Een en ander kan de conclusie rechtvaardigen dat deze ruimten, bij het uitblijven van op die risico’s geënte voorzorgsmaatregelen, relatief sneller secundair aansprakelijk zijn voor de door de primaire partij veroorzaakte schade dan private ruimten waarin de ontplooidde activiteit naar haar aard géén verhoogde kans op schadeveroorzakend gedrag met zich meebrengt. Zo concludeert ook Van Rooij:

<sup>54</sup> Zie ook Van Rooij 2017, p. 340.



'Kan bezoeker A die schade heeft opgelopen door wangedrag van B ook de beheerder aansprakelijk stellen? Ik meen dat de *Kelderluik*-criteria ook bruikbaar zijn voor de constructie van een dergelijke zorgplicht. De omstandigheden van het geval zijn vervolgens van belang voor de omvang van die plicht: hoe groter het concrete en voorzienbare risico is, gelet op de te verwachten bezoekers, hoe groter de zorgplicht van de beheerder zal zijn om gevaarlijke situaties te voorkomen. Dat zal betekenen dat van een bvo bij aanvang van een risicowedstrijd meer veiligheidsmaatregelen mogen worden verwacht dan van een winkelier die in een rustige winkelstraat zijn zaak exploiteert – om maar twee uitersten te noemen.<sup>55</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Steeds dient echter wel bedacht te worden dat, onverminderd de voorgaande analyse, het vertrekpunt blijft dat (ook) deze secundaire partij heeft te kampen met en moet anticiperen op onvoorspelbaar gedrag van de primaire partij. Ik kom ook daarop in hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.2 terug.

## 4 DE VOOR OVERIGE RUIMTEN RELEVANTE WET- EN REGELGEVING

### 4.1 INLEIDING

In deze paragraaf volgt een inventarisatie van de voor de overige ruimten relevante wet- en regelgeving. Daarbij wordt (wederom) een onderscheid gemaakt tussen de drie subcategorieën van winkels en winkelcentra (paragraaf 4.2), horeca- en verblijfsgelegenheden (paragraaf 4.3) en de overige spel- en recreatieruimten (paragraaf 4.4). In deze paragraaf wordt er niet naar gestreefd een uitputtende weergave te bieden van alle voor de overige ruimten mogelijk te bedenken relevante wet- en regelgeving. Enkel die regelgeving komt aan de orde, waarbij de bezoekers van de overige ruimten – al dan niet indirect, zoals beschreven is in hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2 – kunnen aansluiten ter adstructie van een civielrechtelijke, secundaire zorgplichtschending wegens gebrekkig toezicht van de (overige) private ruimte (de secundaire partij) op het schadeveroorzakende handelen van de derde (de primaire partij). Daarbij maak ik op voorhand, en ter aanvulling op de afbakening in hoofdstuk 1, paragraaf 6, een viertal specifieke opmerkingen over de regelgeving die in deze paragraaf wordt behandeld.

In de eerste plaats geldt dat de fase van de bestuursrechtelijke vergunningverlening in deze paragraaf uitdrukkelijk buiten beschouwing wordt gelaten, ondanks het grote aantal voor de overige ruimten relevante veiligheidsvereisten dat hierin wordt betrokken.<sup>56</sup> Ik volsta met de opmerking dat een bezoeker (het slachtoffer)

<sup>55</sup> Van Rooij 2017, p. 341.

<sup>56</sup> Gewezen zij bijvoorbeeld op art. 121 APV Utrecht, waarin is bepaald dat een vergunning nodig is voor het houden van een evenement op of aan de openbare weg of het openbaar water. In de fase van vergunningverlening wordt blijkens lid 10 van dit artikel reeds acht geslagen op mogelijke veiligheidsgevaaren en wanordelijkheden. Aangetekend zij hierbij dat de vergunningverlening de organisator natuurlijk niet vrijwaart van inachtneming van de belangen van de

aan de vergunningsvoorwaarden een aanknopingspunt kan ontleen bij de onderbouwing van de secundaire aansprakelijkheid. De vergunningsvoorwaarden worden namelijk opgevat als wettelijke plichten, waardoor een met die voorwaarden strijdige handeling onrechtmatig kan zijn ('in strijd met de wet').<sup>57</sup> Alhoewel de vergunningsvoorwaarden veelal een uitvloeisel zullen vormen van verplichtingen uit wetgeving (zoals de Drank- en Horecawet of de geldende Algemene Plaatselijke Verordening ('APV')), dient bedacht te worden dat deze voorwaarden in bepaalde gevallen concreter kunnen zijn dan de genoemde wetgeving (en daarmee onder omstandigheden meer bruikbaar voor het slachtoffer om een secundaire zorgplichtschending in te kleden).

Ten tweede dient onderscheid gemaakt te worden tussen regelgeving die enkel relevant is voor de primaire zorgplicht en regelgeving die ook in het domein van de secundaire zorgplicht een rol kan spelen. Dit eerste type regelgeving, waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan regelgeving met betrekking tot legionella-preventie,<sup>58</sup> zal – overeenkomstig paragraaf 4 van de voorgaande hoofdstukken – buiten bespreking blijven.<sup>59</sup> Zodoende blijven ook diverse hygiënerichtlijnen buiten beschouwing, ondanks dat het, enigszins gekunsteld, mogelijk zou zijn deze richtlijnen in de sleutel van de secundaire aansprakelijkheid te plaatsen.<sup>60</sup>

Ten derde geldt dat veel van de te bespreken regelgeving – in het bijzonder de regelgeving met betrekking tot alcohol, wapens en drugs – voor meerdere van de overige ruimten geldt. De betreffende wet- of regelgeving is daarnaast in sommige gevallen relevant voor de gehele categorie (winkels en winkelcentra, horeca- en ver-

---

orde en veiligheid. Zie in dit verband met name Hof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4675, het hoger beroep van de uitspraak Rb. Overijssel 15 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1297 (*Monstertruck Haaksbergen*).

57 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/44; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. 5.2.4. Zie ook HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, NJ 1981/227, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Dam/Beukeboom*); HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0567, NJ 2011/406, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Melchemie/Delbanco*). Een voorbeeld van een secundaire aansprakelijkheidskasus in de rechtspraak biedt Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AS9440, r.o. 4.3.9 (*Café La Berry*). Handelen in strijd met de vergunningsvoorwaarden hoeft echter niet noodzakelijkerwijze tot aansprakelijkheid te leiden, zo volgt onder meer uit Rb. Haarlem 7 januari 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO1558. Overigens merk ik op dat de beheerder van de overige ruimte uiteraard ook aansprakelijk kan zijn in gevallen van ander – buiten de voorwaarden vallend – onrechtmatig handelen (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.2).

58 Ik wijs ter illustratie op hoofdstuk 7 van het Drinkwaterbesluit (*Stb.* 2011, 293). Legionella kwam wel aan de orde in het kader van de secundaire aansprakelijkheid van een organisator in de zaak Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (*Westfriese Flora*). Deze zaak zal in de jurisprudentieanalyse in paragraaf 5.3.3 wel besproken worden, maar de specifieke regelgeving inzake legionellapreventie blijft buiten beschouwing.

59 Enkel de jurisprudentie over de primaire zorgplicht wordt in paragraaf 5.2 van dit hoofdstuk uitgelicht als toetsingskader c.q. ijkpunt voor de in de jurisprudentie gehanteerde reikwijdte van de secundaire zorgplicht. Zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2.

60 Ik wijs ter illustratie op de Hygiënerichtlijn voor evenementen, online raadpleegbaar via de website van het RIVM ([rivm.nl](http://rivm.nl)), waarin bijvoorbeeld hygiëneregels worden gesteld voor cateraars bij evenementen.

blijfsgelegenheden of de overige spel- en recreatieruimten), en in sommige gevallen voor één specifieke ruimte binnen deze categorie (bijvoorbeeld voor alleen een casino of studentenvereniging). Teneinde onnodige herhaling te voorkomen, zal deze regelgeving besproken worden bij die subcategorie waarvoor deze het meest illustratief is.

Aantekening verdient tot slot dat er – naast overheidswetgeving – ook een grote hoeveelheid, voor de overige ruimten relevante en uiteenlopende vormen van ‘zelfregulering’ beschikbaar is. Ik besprak in hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2 reeds dat van deze regelgeving sprake is als ‘maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van de regels, indien nodig binnen een wettelijk of rechterlijk kader’.<sup>61</sup> Het gaat hier, kort gezegd, om normen (‘good practices’) die zijn vastgesteld door marktpartijen, brancheverenigingen, etc. Bovendien besprak ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2 de relevantie van deze normen voor secundaire aansprakelijkheidsprocedures. In deze paragraaf zal dan ook – net als in hoofdstuk 4, paragraaf 4 – een onderscheid worden gemaakt tussen overheidswetgeving enerzijds en zelfregulering anderzijds.

## 4.2 WINKELS EN WINKELCENTRA

### 4.2.1 OVERHEIDSWETGEVING

#### *Arbeidsomstandighedenwet*

In de voorgaande hoofdstukken kwam de Arbeidsomstandighedenwet (‘Arbowet’) reeds kort aan de orde. In dat verband kwam – in navolging van hetgeen daarover meer in het algemeen in hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.2 is opgemerkt – ook aan bod dat de artikelen uit deze wet ter inspiratie, dan wel met behulp van de correctie Langemeijer een rol kunnen spelen bij de onderbouwing van de secundaire zorgplicht van de onderzochte ruimten, voor welke toelichting ik kortheidshalve naar de voornoemde paragraaf verwijs. Ter aanvulling daarop, geldt het volgende.

De Arbowet legt ook de beheerders van de overige ruimten zorgplichten in relatie tot hun werknemers op. Naast de relevantie van art. 5 Arbowet,<sup>62</sup> is voor de secundaire aansprakelijkheid van winkels en winkelcentra in het bijzonder ook art. 3 Arbowet van belang. Ingevolge dit artikel is de beheerder, kort gezegd, verplicht om een veiligheidsbeleid te voeren. Gewezen zij ook op art. 8 Arbowet, inzake de voorlichting van werknemers over de te verrichten werkzaamheden, de daaraan verbonden risico’s, alsmede de maatregelen die erop gericht zijn deze risico’s te voorkomen of te beperken. Tot slot wijs ik op art. 10 Arbowet, inzake de voorkoming van gevaar voor de veiligheid of gezondheid van derden. De voornoemde artikelen kennen een sterke samenhang: zo ziet de informatieplicht uit art. 8 Arbo-

61 Giesen 2007, p. 13.

62 Zoals dit artikel meer uitvoerig werd besproken in hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.

wet voornamelijk op de kennisgeving van de (op grond van art. 5 Arbowet) in de risico-inventarisatie en -evaluatie ('RI&E') vastgestelde risico's, zullen beide bepalingen bovendien vervlochten zijn in het op grond van art. 3 Arbowet opgemaakte veiligheidsbeleid, waarin eveneens de maatregelen zijn opgenomen die op grond van art. 10 Arbowet moeten worden genomen.<sup>63</sup> Om die reden zal ik art. 3, 5, 8 en 10 Arbowet in het navolgende gezamenlijk (nader) bespreken.

Op basis van de voornoemde artikelen uit de Arbowet worden door veel branches veiligheidsplannen opgesteld waarin concrete veiligheidsmaatregelen worden omschreven. Deze veiligheidsplannen bevatten het vereiste beleid van art. 3 Arbowet en geven de RI&E van art. 5 Arbowet weer. Het is niet ongebruikelijk dat veiligheidsplannen ook bepalingen bevatten met betrekking tot de bescherming van bezoekers van overige ruimten.<sup>64</sup> Dit betekent dat bezoekers, en wel op de wijze zoals in hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1 is omschreven, aan het veiligheidsplan argumenten kunnen ontleen ter onderbouwing van de secundaire aansprakelijkheid, in het geval waarin de beheerder van de private ruimte nalaat om conform haar eigen plan te handelen en de primaire partij dáárdor de ruimte en gelegenheid kreeg om een derde schade te berokkenen.<sup>65</sup>

Illustratief voor de specifieke ruimte van winkels en winkelcentra is het CBL Veiligheidsplan. Dit betreft een plan opgesteld door het Centraal Bureau Levensmiddelenhandel ('CBL'), de branchevereniging waarbij bijna alle supermarkten in Nederland zijn aangesloten (en dus onder de noemer van 'zelfregulering' valt). In dit veiligheidsplan worden de veiligheidsrisico's in supermarkten beschreven (inventarisatie) en concrete aanwijzingen voor deze risico's gegeven (evaluatie).<sup>66</sup> De voornaamste risico's die in dit plan worden gesignaleerd zijn winkeldiefstal, overvalgevaar en agressie.<sup>67</sup> Interessant is bovendien de door het CBL opgestelde leidraad voor het organiseren van de veiligheid in een supermarkt.<sup>68</sup> In deze lei-

63 Zie over die onderlinge samenhang *Kamerstukken II 2006/07*, 30552, nr. 3, p. 30 (MvT).

64 Zie voor een voorbeeld het 'Veiligheidsplan Primair Onderwijs', online raadpleegbaar via de website [vfpf.nl](http://vfpf.nl).

65 Zie Rb. Maastricht 22 juni 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR0210, r.o. 3.6-3.7; Rb. Rotterdam 9 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5378, r.o. 5.4. In de laatstgenoemde uitspraak wordt, alhoewel in de context van de secundaire aansprakelijkheid van een haventerrein, door de rechtbank overwogen in r.o. 5.4: 'Met recht heeft Hoofdstad c.s. dan ook aangevoerd dat volgens het Veiligheidsplan van [gedaagde] zelf voor het terrein van het depot onder die weersomstandigheden de beperking geldt dat vrachtauto's, anders dan in deze zaak het geval is geweest, bij de ingang en niet op het terrein moeten worden gelost. [gedaagde] heeft gehandeld in strijd met het Veiligheidsplan dat schade onder de gegeven omstandigheden nu juist beoogt te voorkomen.' Deze uitspraak is daarmee illustratief voor de wijze waarop – zoals in het vervolg van deze paragraaf aan bod zal komen – het opstellen van dergelijke veiligheidsplannen, in de gevallen waarin zij niet strikt gehandhaafd worden, juist ook 'tegen' de beheerder van een private ruimte kan spreken in de discussie over diens secundaire aansprakelijkheid.

66 Vgl. Buitendijk, Van Toor & Westhoeve 2016.

67 CBL Veiligheidsplan, p. 17-20, online raadpleegbaar via de website [yumpu.com](http://yumpu.com). Vgl. de brochure 'Aan de Slag met de RI&E', online raadpleegbaar via de website [cbm.nl](http://cbm.nl).

68 DSP-Groep 2013, p. 9. Vgl. ook CBL Veiligheidsprotocol Bevoorrading Supermarkt, online raadpleegbaar via de website [hetccv.nl](http://hetccv.nl).

draad worden winkelmanagers en leidinggevenden erop attent gemaakt dat de inrichting van de supermarkt moet voldoen aan de veiligheidseisen. Zo mag een supermarkt bijvoorbeeld geen doodlopende paden hebben, waarbij eveneens wordt gewezen op de noodzaak van vluchtwegen. Daarnaast mogen uitgestalde waren het zicht niet belemmeren en moeten de kassa's in het zicht zijn van de looproutes, zodat managers en medewerkers zicht (kunnen) houden op hun collega's en het winkelend publiek.<sup>69</sup> Bovendien moet de winkel voor voldoende vrije ruimte zorgen, om bijvoorbeeld zakkenrollerij te voorkomen.<sup>70</sup> Voldoet de supermarkt niet aan deze inrichtingseisen, dan heeft de bezoeker een sterk argument in zijn betoog dat sprake is van maatschappelijk onbetamelijk handelen – de schending van de zorgplicht – door de supermarkt.

De aanwezigheid van agressieve en gewelddadige klanten is een risico dat in nagenoeg elke RI&E naar voren komt.<sup>71</sup> De agressiebeheersing hangt vooral nauw samen met de inlichtingenplicht van de werkgever uit art. 8 Arbowet. De werkgever moet ervoor zorgen dat het personeel goed weet hoe om te gaan met situaties van agressie en over de informatie beschikt die nodig is ter voorkoming van agressief gedrag.<sup>72</sup> Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan maatregelen ter de-escalatie, passende alarmering en de verlening van nazorg.<sup>73</sup>

Bovendien wordt, teneinde aan de verplichtingen van de Arbowet te kunnen voldoen, in verschillende (voor winkels en winkelcentra relevante) leidraden en protocollen aandacht besteed aan overvalpreventie. Ter illustratie zij gewezen op de Checklist Overvalpreventie,<sup>74</sup> zoals deze is opgesteld door het CCV. Hierin worden handvatten geboden voor bijvoorbeeld het herkennen van verdachte klanten en het betrekken van het personeel bij de overvalpreventie.<sup>75</sup> Eveneens is illustratief het Handboek Veiligheid Drogisterij en het Veiligheidsplan Drogisterijen.<sup>76</sup> De Koninklijke Nederlandse Drogisten Bond ('KNDB') heeft beide protocollen opge-

69 DSP-Groep 2013, p. 9.

70 DSP-Groep 2013, p. 10.

71 Voor diverse sectoren bestaat er een zogenoemde 'arbocatalogus', waarin specifieke veiligheidsnormen zijn opgenomen die van betekenis kunnen zijn bij de beoordeling of er sprake is van een zorgplichtschending (Buitendijk, Van Toor & Westhoeve 2016). Vgl. de Arbocatalogus voor tankstations, onderdeel 'Agressie en Geweld', online raadpleegbaar via de website [arbocatalogusmobiel.nl](http://arbocatalogusmobiel.nl), en de Arbocatalogus Tuincentra (p. 13-16), online raadpleegbaar via de website [tuinbranche.nl](http://tuinbranche.nl).

72 Vgl. 'Wat doe je tegen agressie in je supermarkt? Checklist voor het management', online raadpleegbaar via de website [vakcentrum.nl](http://vakcentrum.nl).

73 Bertrand 2015, p. 13.

74 Checklist overvalpreventie: maatregelen voor detailhandel, online raadpleegbaar via de website [hetccv.nl](http://hetccv.nl).

75 Het CCV is een onafhankelijke stichting die Nederland veiliger probeert te maken en voor een belangrijk deel wordt gesubsidieerd door de overheid. Alhoewel de richtlijnen en checklists van het CCV dus niet zomaar aan te merken zijn als regelgeving, kan er een zekere autoriteit aan worden toegekend, doordat het grotendeels van overheidswege wordt geregeld.

76 Handboek Veiligheid Drogisterij, online raadpleegbaar via de website [kndb.org](http://kndb.org).

steld en deze gelden dan ook in de gehele drogisterijbranche.<sup>77</sup> Met betrekking tot overvalpreventie bevat het handboek inrichtingseisen. Het gaat hierbij om regels voor alarminstallaties en camerasystemen en specifieke gedragsvoorschriften, zoals het RAAK-principe (Rustig blijven, Accepteer de situatie, Afgeven van het geld en Kijk naar de overvallers) en de voorgeschreven handelwijzen voor en na de overval.<sup>78</sup> Het Veiligheidsplan Drogisterijen bevat zeer concrete voorschriften voor de specifieke veiligheidsprotocollen zoals op te stellen door individuele drogisterijen. Ook benadrukt het expliciet de relevantie van veiligheidsbeleid en een goede voorlichting van werknemers.<sup>79</sup>

Tot slot zij uitgelicht art. 10 Arbowet, waarin is bepaald:

‘Indien bij of in rechtstreeks verband met de arbeid die de werkgever door zijn werknemers doet verrichten in een bedrijf of een inrichting of in de onmiddellijke omgeving daarvan gevaar kan ontstaan voor de veiligheid of de gezondheid van andere personen dan die werknemers, neemt de werkgever doeltreffende maatregelen ter voorkoming van dat gevaar.’

Bij lezing van de tekst van art. 10 Arbowet kan de vraag worden gesteld in hoeverre de correctie Langemeijer, dan wel een andere vorm van ‘indirect’ toepassen van Arbonormen (zoals ‘ter inspiratie’) bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid nodig is, nu het belang van de derde expliciet bij de zorgplicht van de werkgever wordt betrokken. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat art. 10 Arbowet ziet op en rechtstreeks verband houdt met de arbeid die de werkgever door zijn werknemers laat verrichten, en de bezoeker van de (overige) ruimte geen rechtstreekse rechten aan deze bepaling kan ontlenuen. Zo zij ten eerste gewezen op een uitspraak van het Hof ‘s-Hertogenbosch, in welke kwestie een bezoeker van een café mishandeld was.<sup>80</sup> De bezoeker stelde vervolgens het café – met een beroep op onder meer art. 10 Arbowet – secundair aansprakelijk voor de ten gevolge van de mishandeling geleden schade. Het hof wees het beroep op art. 10 Arbowet echter van de hand en overwoog dat ‘niet in valt te zien waarom een bezoeker van een café gelijk moet worden gesteld met een werknemer van dat café’ (r.o. 4.3.7). In een later arrest – omtrent de aansprakelijkheid van een aannemer, en dus in een andere context – overwoog hetzelfde hof over de reikwijdte van art. 10 Arbowet:

‘Artikel 10 Arbowet ziet weliswaar op het voorkomen van gevaar voor derden, doch gezien de tekst van dat artikel gaat het om gevaar dat kan ontstaan bij of in recht-

77 Het is gebruikelijk dat brancheverenigingen veiligheidsprotocollen opstellen. Zo valt bijvoorbeeld ook te wijzen op de veiligheidstrainingen die branchevereniging BETA de zelfstandige tankstationondernemer biedt.

78 Handboek Veiligheid Drogisterij, p. 170-172. Vgl. de Arbocatalogus Apotheken, onderdeel ‘Overval – voorkomen’, online raadpleegbaar via de website arbo-apotheek.nl, en ‘Veilig in de winkel. Tips om winkelcriminaliteit te voorkomen’, online raadpleegbaar via de website hetccv.nl.

79 Veiligheidsplan Drogisterijen, hoofdstukken 2 en 3, online raadpleegbaar via de website kndb.org.

80 Hof ‘s-Hertogenbosch 25 januari 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AS9440 (*Café La Berry*).

streeks verband met de arbeid die de werkgever door zijn werknemers doet verrichten in een bedrijf of een inrichting of in de onmiddellijke omgeving daarvan.' (r.o. 4.4.2)<sup>81</sup> [mijn onderstreping, KLM.]

Duidelijk wordt dus dat de bezoeker van de overige ruimte vooralsnog geen rechtstreeks beroep op art. 10 Arbowet kan doen ter onderbouwing van zijn secundaire aansprakelijkheidsclaim. Wel kan de Arbowet – op een wijze zoals in hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.2 is besproken – belangrijke aanknopingspunten bieden ter inkleding van de secundaire zorgplicht, mits gesteld en bewezen kan worden dat de schade voorkomen had kunnen worden als de werkgever wél conform de bepalingen van de Arbowet had gehandeld. Ook aan de uit de Arbowet voortvloeiende 'lagere' regelgevende instrumenten (protocollen, leidraden) kunnen bezoekers op eenzelfde wijze handvatten voor de onderbouwing van de secundaire zorgplichtschending van de betreffende ruimte ontleen.<sup>82</sup>

#### 4.2.2 ZELFREGULERING

In de vorige paragraaf kwamen al enkele uit de Arbowet voortvloeiende leidraden en protocollen aan bod. Daarnaast bestaat er nog talloze andere voor winkels en winkelcentra (aan zelfregulering verwante) regelgeving. Ik licht ter illustratie in het navolgende zowel het (eerder in paragraaf 2 besproken) Keurmerk Veilig Ondernemen voor Winkelcentra en enkele zelf door winkels en winkelcentra opgestelde huisregels uit.

##### *Keurmerk Veilig Ondernemen voor Winkelcentra*

Door het CCV is een Keurmerk Veilig Ondernemen ('KVO') voor onder andere winkelcentra ontwikkeld ('KVO-w').<sup>83</sup> Inmiddels zijn landelijk tientallen winkelcentra in het bezit van een zodanig keurmerk.<sup>84</sup> In het Handboek KVO heeft het CCV in bijlage 1 diverse veiligheidsmaatregelen opgesomd die in de KVO-w kunnen worden opgenomen. Voorbeelden hiervan zijn verplichtingen tot eenvoudige surveilleerbaarheid, cameratoezicht, adequate beveiliging en specifieke individuele maatregelen voor winkeliers.<sup>85</sup> Omdat het KVO-w is ontwikkeld ter waarborging van de veiligheid in winkelcentra, beslaat dit logischerwijs ook de veiligheid van de bezoekers van die winkels.

81 Hof 's-Hertogenbosch 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4196.

82 Zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht 22 juni 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR0210, r.o. 3.6-3.7; Rb. Rotterdam 9 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5378, r.o. 5.4.

83 Wesselink, Schuilenburg & Van Calster 2009, p. 67. Zie 'Keurmerk Veilig Ondernemen. Samenwerken aan de veiligheid van winkelgebieden en bedrijventerreinen', online raadpleegbaar via de website [hetkeurmerkveiligondernemen.nl](http://hetkeurmerkveiligondernemen.nl).

84 Zie hiervoor de website van het KVO onder het kopje 'Wie heeft een KVO?'; online raadpleegbaar via de website [hetkeurmerkveiligondernemen.nl](http://hetkeurmerkveiligondernemen.nl).

85 Handboek Keurmerk Veilig Ondernemen, p. 25-31, online raadpleegbaar via de website [hetkeurmerkveiligondernemen.nl](http://hetkeurmerkveiligondernemen.nl).



De KVO-w vormt onderdeel van een samenwerkingsovereenkomst tussen de winkeliers in het winkelcentrum en de overheid ('Convenant Keurmerk Veilig Ondernemen').<sup>86</sup> Alhoewel dit dus in essentie een samenwerkingsovereenkomst betreft waar bezoekers geen partij bij zijn, kunnen bezoekers van winkels en winkelcentra in mijn optiek wel (enige) argumenten aan het convenant ontleen, omdat de overeenkomst hoofdzakelijk de bescherming van deze bezoekers regelt. Als een bezoeker van een winkel of winkelcentrum schade lijdt en het is evident dat de winkel of het winkelcentrum zich niet op correcte wijze aan de voorgeschreven maatregelen uit het KVO-w heeft gehouden, dan kunnen de daarop betrekking hebbende bepalingen uit het convenant – op dezelfde manier als de in deze paragraaf besproken huisregels en veiligheidsplannen – een indicatie van onbetamelijk of onzorgvuldig handelen van de winkel of het winkelcentrum vormen.

### *Huisregels*

Veel ondernemers stellen huisregels op, zo ook de beheerders van winkels en winkelcentra. Vaak bevat hun veiligheidsbeleid bovendien de verplichting tot het opstellen van huisregels.<sup>87</sup> Ter illustratie wijs ik op het Model Huisregels voor Winkels,<sup>88</sup> opgesteld door het CCV. Hierin is bijvoorbeeld opgenomen dat er voor de veiligheid van de bezoekers gebruik wordt gemaakt van veiligheidsmaatregelen als cameratoezicht. Door Van Rooij wordt in haar proefschrift zelfs betoogd dat men bij het binnentreden van een winkel of winkelcentrum een verblijfsovereenkomst aangaat, waarbij de huisregels kunnen dienen als contractuele voorwaarden waaraan beide partijen, de bezoeker en de winkel of het winkelcentrum, zich moeten houden.<sup>89</sup>

Het haast paradoxale aan bij uitstek (zelf opgestelde) huisregels kan zijn dat deze regels aan de ene kant juist een informatiefunctie hebben richting de bezoekers van winkels of winkelcentra over voorgeschreven en verboden gedrag, maar dat winkels of winkelcentra daarmee in zekere zin ook een toezichthoudende verantwoordelijkheid naar zich 'toetrekken'. Zij zijn immers verantwoordelijk voor de naleving van de regels, en als zij daaraan niet (strikt) de hand hebben gehouden, dan kan dit een relevant argument vormen in de beoordeling van de (secundaire) zorgplicht.<sup>90</sup> Daartegenover staat dat het invoeren van huisregels de private ruim-

86 Het Convenant Keurmerk Veilig Ondernemen is online raadpleegbaar via de website [hetkeurmerkveiligondernemen.nl](http://hetkeurmerkveiligondernemen.nl).

87 Vgl. CBL Veiligheidsplan, p. 20.

88 Zie de website van het CCV onder het kopje 'Voorbeeld van huisregels in winkels', online raadpleegbaar via de website [hetccv.nl](http://hetccv.nl).

89 Zie ook Van Rooij 2017, p. 131. Anders: Houben 2005, p. 236 en 237.

90 In de voorgaande hoofdstukken passeerden reeds voorbeelden de revue van uitspraken waarin zelfregulering (zoals huisregels) werden gebruikt ter invulling van de secundaire aansprakelijkheid. Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4406 (*Stichting BAN/ADO Den Haag*), over de aansprakelijkheid van ADO Den Haag, vanwege het niet ingrijpen van 'regelmatig en bij herhaling ontoelaatbare antisemitische spreekkoren' tijdens thuiswedstrijden. De rechtbank overwoog in r.o. 3.5: 'Onder voormelde omstandigheid rustte op

ten juist kan vrijwaren van het continue toezicht; aangetekend zij dan wel dat de huisregels voor de bezoeker kenbaar moeten zijn.<sup>91</sup>

### 4.3 HORECA- EN VERBLIJFSGELEGENHEDEN

#### 4.3.1 OVERHEIDSWETGEVING

##### *Drank- en Horecawet*

Enkele bepalingen uit de Drank- en Horecawet ('DHW') werden, net als de Arbowet, reeds besproken in het kader van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen (hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1). Ter aanvulling merk ik in het navolgende, meer specifiek voor horeca- en verblijfsgelegenheden, het volgende op.

Zoals (ook) in de onderzoeken in paragraaf 2.3 reeds werd geconstateerd, kan ongewenst gedrag binnen de overige ruimten in nauw verband staan met alcoholgebruik.<sup>92</sup> De regels over alcoholgebruik binnen (bij uitstek) horeca- en verblijfsgelegenheden komen met name tot uiting in de DHW. De hierin verankerde regels kunnen bijvoorbeeld voor de secundaire zorgplicht van horeca- en verblijfsgelegenheden relevant worden in het geval dat er (te veel) alcohol is verschaft aan bepaalde bezoekers (die bijvoorbeeld al erg dronken zijn, of agressief gedrag vertonen).<sup>93</sup>

Ter illustratie zij gewezen op een strafrechtelijke uitspraak, waarin een toen 15-jarige Limburgse jongen werd doodgereden op de A2, nadat hij veel te veel had gedronken in een jongerensociëteit.<sup>94</sup> De horecagelegenheid werd vervolgens door de rechtbank veroordeeld voor 'het dronken maken' van deze jongen. In deze zaak had dit de dood van de jongen zelf tot gevolg, maar denkbaar was evengoed geweest dat dezelfde jongen een ander zou hebben aangereden (waarvoor de horecagelegenheid dan ook secundair aansprakelijk gesteld had kunnen worden).

---

ADO - op grond van de maatschappelijke betamelijkheid, almede de KNVB-regels en haar eigen huisregels - de plicht om onmiddellijk op te treden tegen de zich voordoende antisemitische spreekkoren.' Zie hierover nader hoofdstuk 4, paragraaf 5.3.1. Vgl. ook Rb. Overijssel 7 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3592, r.o. 2.24, zoals in dit hoofdstuk besproken wordt in paragraaf 5.3.2. In deze zaak bood de omstandigheid dat van enige adequate handhaving van de huisregels niet was gebleken, een argument voor het aannemen van de secundaire aansprakelijkheid van een discotheek. Zie over deze invloed van zelfregulering op de secundaire zorgplicht in het bijzonder hetgeen daarover in hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2 is opgemerkt.

91 Vgl. Hof Arnhem 23 februari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL6032, in welke kwestie een saunabezoeker de sauna (zonder succes) aansprakelijk stelde voor het niet waarschuwen voor slipgevaar.

92 Zie, voor de cijfers inzake alcoholongevallen en SEH-bezoeken ten gevolge van alcohol, VeiligheidNL 2019b. Zie ook WODC 2016, p. 22.

93 Vgl. Trimbos-instituut 2015, p. 11.

94 Zie 'Limburgse jongerensoos draagt schuld aan dood dronken jongen', AD 25 september 2018. Zie voor de uitspraak in de strafrechtelijke procedure die hierop volgde, Rb. Limburg 25 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9005.

De voor secundaire aansprakelijkheidsprocedures meest relevante bepaling betreft art. 21 DHW. In dit artikel is bepaald dat het verboden is om alcohol te schenken als redelijkerwijs moet worden vermoed dat dit tot verstoring van de openbare orde, veiligheid of zedelijkheid zal leiden. Daarbij is door de wetgever vooral gedacht aan de waarborging van de verkeersveiligheid,<sup>95</sup> evenals de algemene belangen van het alcoholmatigingsbeleid (waaronder criminaliteitspreventie, openbare orde en veiligheid).<sup>96</sup> In het kader van criminaliteitspreventie kan gedacht worden aan mogelijk agressief gedrag van bezoekers bij overmatig alcoholgebruik. Schending van art. 21 DHW kan dus niet alleen maar bestuursrechtelijke sancties als intrekking van de vergunning teweegbrengen, maar kan ook een wezenlijk argument vormen in een civiele (secundaire) aansprakelijkheidsprocedure.

Iets minder evident, maar mogelijk ook relevant zijn art. 8 lid 3 DHW en art. 10 DHW. Deze artikelen geven de eisen weer die aan leidinggevendenden worden gesteld en zien in het bijzonder op de sociale hygiëne. Het gaat bij sociale hygiëne blijkens de memorie van toelichting om:

‘(...) het scheppen van randvoorwaarden in de sfeer van de openbare volksgezondheid, opdat gasten in de horeca – maar ook klanten in een slijterij – op een verantwoorde manier met elkaar kunnen verkeren zonder dat negatieve bijverschijnselen (bijvoorbeeld druggebruik, dronkenschap en agressie) daaraan afbreuk doen.’<sup>97</sup>

In het kader van deze sociale hygiëne zijn de zogenoemde SVH-eindtermen opgesteld, waaraan een leidinggevende van een horeca- of slijtersbedrijf moet voldoen om niet in strijd te handelen met de voornoemde artikelen uit de DHW. Deze eindtermen behelzen vooral kennisvereisten; zo dient een leidinggevende (een beheerder van een private ruimte) risicogedrag te kunnen herkennen, zoveel als mogelijk te beperken en dient hij ook kennis te hebben van alcohol, drugs, tabak en gokken en de daarmee verbonden gevaren. Meer in het bijzonder dient de beheerder onder meer de gedragskenmerken van verschillende doelgroepen te kunnen herkennen om daarmee rekening te houden. Deze termen zijn ook grotendeels geïncorporeerd in art. 1 Besluit kennis en inzicht sociale hygiëne Drink- en Horecawet.<sup>98</sup> Omdat leidinggevendenden moeten worden verondersteld te voldoen aan deze eisen, kan de bezoeker die schade lijdt hieraan een aanknopingspunt voor de secundaire aansprakelijkheid ontlenen in het geval de leidinggevende niet overeenkomstig de vastgestelde termen handelt.

Ook is relevant de zogenoemde ‘NIX18-regel’, zoals in art. 20 lid 1 DHW is vervat. Art. 20 lid 5 DHW behelst daarnaast het verbod voor een horecagelegenheid om

95 *Kamerstukken II 1961/62, 6811, nr. 3, p. 25 (MvT)* (let wel: huidig art. 21 DHW is oud art. 17; gewezen zij dus op de toelichting bij art. 17 DHW). Zie hierover ook Van Rooij, in: *T&C Openbare orde en veiligheid 2019*, art. 21 DHW, aant. 1.

96 *Kamerstukken II 1997/98, 25969, nr. 3, p. 7 (MvT)*.

97 *Kamerstukken II 1997/98, 25969, nr. 3, p. 13 (MvT)*.

98 Besluit kennis en inzicht sociale hygiëne Drink- en Horecawet (*Stb.* 1995, 611).

een persoon toe te laten die in een kennelijke staat van dronkenschap verkeert of onder invloed is van andersoortige drugs.<sup>99</sup> Lijdt een andere bezoeker van de horecagelegenheid schade door gedragingen van deze ‘onder invloed zijnde’ (minderjarige) bezoeker, dan kan de gelegenheid worden verweten dat deze persoon niet de alcohol of de toegang is ontzegd.

Ten slotte verbiedt art. 22 lid 1 sub a DHW beheerders van overige ruimten om bedrijfsmatig alcoholische dranken te verstrekken op plaatsen waar brandstof voor vervoersmiddelen aan particulieren wordt verschaft en in winkels die zijn verbonden aan een benzinstation.<sup>100</sup> Ook aan dit verbod ligt voornamelijk de waarborging van de verkeersveiligheid ten grondslag.<sup>101</sup> Goed voorstelbaar is echter dat onverantwoordelijk gedrag met alcohol juist ook bij het tankstation zelf tot gevaar kan leiden voor andere bezoekers. Zo zijn er voorbeelden van situaties waarin een dronken bestuurder de pui van een tankstation is ingereeden, al dan niet met schade voor andere bezoekers tot gevolg.<sup>102</sup>

### *Beschikking casinospelen 1996*

In het bijzonder zij met het oog op de zorgplicht van casino's gewezen op de Wet op de kansspelen, alhoewel deze wet geen wettelijke regeling bevat die (direct) relevant is voor de *secundaire* aansprakelijkheid van casino's. De daarop gebaseerde Beschikking casinospelen 1996 kan echter wel relevant zijn voor de inkleuring van die secundaire zorgplicht. Ingevolge art. 10 van deze beschikking dient de vergunninghouder – lees: de exploitant van het casino – de maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor behoorlijk toezicht op de toegang tot het casino en voor het handhaven van de orde en de rust in de speelzaal. Deze maatregelen moeten uitgewerkt worden in de huisregels van het casino, zo volgt uit lid 2 en 3. In de rechtspraak komen deze verplichtingen voornamelijk aan de orde in zaken waarin bezoekers betogen dat het casino hen onvoldoende heeft beschermd tegen een ontwikkelde gokverslaving (waarbij het dan de primaire aansprakelijkheid van het casino betreft).<sup>103</sup> Het is echter niet ondenkbaar dat deze verplichting ook een rol kan spelen in een situatie waarin bezoekers agressief worden of in een vechtpartij belanden – bijvoorbeeld vanwege grote geleden verliezen – en het casino te laat heeft ingegrepen.

99 Een kennelijke staat van dronkenschap is een zo duidelijk zichtbare dronkenschap, dat daardoor aan anderen aanstoot kon worden gegeven, zo overwoog de Hoge Raad in HR 1 februari 1915, ECLI:NL:HR:1915:165, NJ 1915/573.

100 Vgl. ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3770, waarin de Afdeling overwoog dat het verbod op alcoholverkoop bij tankstations – een verbod dat niet voor wegrestaurants geldt – niet in strijd is met het discriminatieverbod.

101 *Kamerstukken II 1997/98*, 25969, nr. 3, p. 11 (MvT).

102 Zie bijvoorbeeld Van der Linden 2015; Baars 2018.

103 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 31 mei 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AX8660; Rb. Midden-Nederland 15 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3092.

In dat verband stip ik ook kort art. 12 van deze beschikking aan. Dit artikel geeft aan welke personen de toegang tot het casino moet worden geweigerd. Vooral lid 1 sub c en lid 2 van dit artikel zouden een civiele zorgplichtschending van het casino met zich mee kunnen brengen: deze artikelleden bepalen dat het casino de toegang moet weigeren aan mensen waarvan redelijkerwijs kan worden verwacht dat zij het huisreglement niet in acht zullen nemen, respectievelijk aan bezoekers de toegang moet ontzeggen als deze zich niet overeenkomstig het huisreglement gedragen.<sup>104</sup> De rol van huisregels in de secundaire aansprakelijkheidsprocedure is reeds bij de bespreking van de subcategorie winkels en winkelcentra (paragraaf 4.2.2) besproken. Ter aanvulling zij opgemerkt dat het belang van deze huisregels voor casino's nog groter kan zijn, nu de daarin opgenomen verplichtingen expliciet in de Beschikking casinospelen 1996 zijn verankerd.

#### 4.3.2 ZELFREGULERING

##### *Richtlijnen Horecabeveiliging*

De Nederlandse Veiligheidsbranche heeft in 2013 de Richtlijnen Horecabeveiliging uitgebracht, waarin is vastgesteld hoe een horecagelegenheid de beveiliging dient in te richten. Ook zijn in deze richtlijnen regels over het gebruik van alcohol, drugs en wapens vastgesteld.<sup>105</sup> Alhoewel deze regels veelal in het verlengde van de reeds besproken Arbowet en DHW liggen, zijn deze richtlijnen specifiek opgesteld met betrekking tot particuliere beveiligers en portiers in horecagelegenheden. Om die reden maak ik hierover nog een korte opmerking.

In deze richtlijnen wordt de taak van de horecagelegenheid om rust en veiligheid te handhaven vooropgesteld, zowel in de horecagelegenheid zelf als in de directe omgeving. Zo moeten de horecabeveiligers onder andere overlastveroorzakende bezoekers aanspreken of zelfs verwijderen, toezien op het alcoholgebruik en zijn ze belast met de organisatie van een mogelijke ontruiming.<sup>106</sup> Het niet-voldoen aan deze verplichtingen door beveiligers, waardoor de ene bezoeker de andere bezoeker bijvoorbeeld letsel toe kan brengen, kan (secundaire) aansprakelijkheid van de horecagelegenheid tot gevolg hebben, nu deze beveiligers tenslotte door de horecagelegenheid zijn ingeschakeld.<sup>107</sup>

---

104 Vgl. Hof Amsterdam 9 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9871, NJF 2011/1, waarin het hof overwoog dat een casino een bezoeker een rechtmatig entreeverbod kon opleggen bij overtreding van het in het huisreglement vastgelegde kledingvoorschrift.

105 Richtlijnen Horecabeveiliging, online raadpleegbaar via de website veiligheidsbranche.nl.

106 Richtlijnen Horecabeveiliging, p. 8-9.

107 Onverlet latende het mogelijk regres dat de horecagelegenheid vervolgens zou kunnen nemen op de beveiligingsorganisatie.

### *Veiligheidsplannen*

In gelijke zin als bij winkels en winkelcentra, worden in de horecabranche diverse veiligheidsplannen opgesteld. In aanvulling op hetgeen in hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2 omtrent de toepasselijkheid en de relevantie van zelfregulering voor de secundaire aansprakelijkheid van die ruimten is opgemerkt, wijs ik in dit verband op het Model Veiligheidsplan dat door de Koninklijke Horeca Nederland ('KHN'), de branchevereniging van de horeca, is vastgesteld.<sup>108</sup> Dit plan bevat een regeling op het gebied van discriminatie, drugsgebruik, alcoholmisbruik, problematisch gokken en wapenbezit.<sup>109</sup> Ten opzichte van de veiligheidsplannen van winkels en winkelcentra kan in het algemeen gezegd worden dat de regels in de veiligheidsplannen van horecagelegenheden specifiekier zijn en de lat van de zorgplicht gemiddeld hoger ligt dan die van winkels (zoals het in dienst moeten hebben of inschakelen van een portier). Het feit dat er in horecagelegenheden gemiddeld meer alcohol en drugs worden gebruikt, zou daarvoor een mogelijke verklaring kunnen zijn.<sup>110</sup>

### *Gedragscode(s) introductietijd studentenverenigingen*

De afgelopen jaren kwamen verschillende misstanden bij de ontgroeningen van studentenverenigingen in het nieuws.<sup>111</sup> Universiteiten en hogescholen hebben als reactie hierop gedragscodes opgesteld waaraan studentenverenigingen zich dienen te houden tijdens de introductietijd. Hieraan zouden aspirant-leden die schade hebben geleden, meer in het bijzonder doordat er niet overeenkomstig de gedragscode is gehandeld, argumenten kunnen ontlenen in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure tegen de studentenvereniging. Ter illustratie dient de gedragscode die heeft te gelden als overeenkomst tussen de studentenverenigingen enerzijds en de Rijksuniversiteit Groningen en de Hanzehogeschool Groningen anderzijds.<sup>112</sup> In deze gedragscode is de verantwoordelijkheid van het bestuur opgenomen voor de veiligheid en gezondheid van haar (aspirant-)leden en is het bestuur belast met toezichthoudende taken. Zodoende kunnen (aspirant-)leden die bij de ontgroening betrokken zijn en vervolgens schade lijden omdat het verantwoordelijke bestuur onvoldoende toezicht heeft gehouden, de vereniging aanspreken. Als er niet met inachtneming van de gedragscode is gehandeld, is dit een belangrijke indicatie dat een studentenvereniging haar (secundaire) zorgplicht heeft geschonden.

108 Model Veiligheidsplan Horeca, online raadpleegbaar via de website khn.nl. Dit veiligheidsplan bevat ook bepalingen met betrekking tot de RI&E. Zie hiertoe ook RI&E voor de Horeca, online raadpleegbaar via de website sho-horeca.nl.

109 Model Veiligheidsplan Horeca, p. 12-15.

110 Zie eerder paragraaf 3.2 en WODC 2016, p. 22.

111 Zie bijvoorbeeld: 'Waarom Gronings corps Vindicat onder vuur ligt', *Nu.nl* 1 oktober 2018.

112 Gedragscode Studentenverenigingen en -organisaties Groningen, online raadpleegbaar via de website rug.nl.

### *Kwaliteitsmeter Veilig Uitgaan*

Vergelijkbaar met de reeds besproken KVO-w, is de Kwaliteitsmeter Veilig Uitgaan ('KVU').<sup>113</sup> De KVU is een samenwerkingsinstrument dat horecaondernemers verbindt met overheidsinstanties om de veiligheid tijdens het uitgaan zoveel als mogelijk te garanderen.<sup>114</sup> In gelijke zin als de KVO-w kan de KVU onder omstandigheden door derden worden gebruikt ter invulling van de zorgplichtschending van, in dit geval, de discotheek of een andere uitgaansgelegenheid. Ter illustratie zij verwezen naar het Convenant KVU van de Gemeente Hoorn.<sup>115</sup> De horecagelegenheden in Hoorn worden middels dit convenant 'belast' met verschillende verplichte maatregelen bij ongeregelheden en met het oog op verantwoord alcoholgebruik.

## 4.4 OVERIGE SPEL- EN RECREATIERUIMTEN

### 4.4.1 OVERHEIDSWETGEVING

#### *Wet wapens en munitie*

In de Wet wapens en munitie ('WWM') zijn regels opgenomen die ook met betrekking tot het wapenbezit van bezoekers van de overige ruimten relevant kunnen zijn. Vooral bij evenementen kunnen deze regels inkleuring geven aan de secundaire zorgplicht van de beheerders van de verantwoordelijke ruimten, aangezien de WWM als vertrekpunt dient voor wapenverboden in bezoekersvoorwaarden en de manier waarop de beveiliging om dient te gaan met het aantreffen van wapens tijdens evenementen.<sup>116</sup>

Illustratief voor de toepasselijkheid van de WWM in de secundaire aansprakelijkheidscontext zijn de uitspraken in eerste aanleg, hoger beroep en cassatie inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn.<sup>117</sup> In hoger beroep maakte het hof korte metten met de overweging van de rechtbank dat de WWM niet strekte ter bescherming van de vermogensbelangen van de slachtoffers en de vordering daarom zou afkaatsen op het relativiteitsvereiste.<sup>118</sup> Meer in het bijzonder overwoog het hof:

113 Het handboek, het stappenplan, de keuzewijzer en de e-learning zijn online raadpleegbaar via de website hetccv.nl.

114 'Kwaliteitsmeter Veilig Uitgaan', online raadpleegbaar via de website hetccv.nl. Vgl. Van Aalst & Van Liempt 2011.

115 Convenant Kwaliteitsmeter Veilig Uitgaan, p. 4-6, online raadpleegbaar via de website hetccv.nl. Dit betreft overigens een vrij willekeurig gekozen voorbeeld, dat – vgl. de andere voorbeelden – slechts ter illustratie dient.

116 Zie Richtlijnen Evenementenbeveiliging, p. 31, online raadpleegbaar via de website veiligheidsbranche.nl.

117 Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061; Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541; HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).

118 Zie hierover eerder Maes 2018.



‘Het hof neemt dan ook aan dat de geschonden norm – de norm dat een wapenverlof geweigerd moet worden aan iemand aan wie een vuurwapen niet kan worden toevertrouwd, omdat vrees voor misbruik bestaat – ook (specifiek) tot doel heeft om de burger in zijn individuele belang te beschermen tegen de schadelijke gevolgen van het gebruik (misbruik) van een vuurwapen.’ (r.o. 8.12)<sup>119</sup>

De relevantie van deze uitspraken voor de reikwijdte van de secundaire aansprakelijkheidsfiguur komt meer uitvoerig in hoofdstuk 8 ter sprake. Op deze plaats wordt volstaan met de opmerking dat de WWM in gelijke zin relevant kan zijn in secundaire aansprakelijkheidsprocedures tegen private ruimten, ondanks dat er geen specifiek artikel is dat bepaalt dat de private ruimte moet toezien op de afwezigheid van wapens bij bezoekers van de ruimte. De WWM zal dus niet snel zelf de concrete bepalingen bevatten die als aanknopingspunt voor de onderbouwing van een zorgplichtschending van de overige ruimte kunnen worden aangegrepen, maar de veiligheidsplannen, risico-inventarisaties en huisregels die daaruit voortvloeien kunnen wél ter onderbouwing van de secundaire aansprakelijkheid fungeren.

Als concreet en illustratief voorbeeld kunnen de Richtlijnen Evenementenbeveiliging dienen, zoals deze door de Nederlandse Veiligheidsbranche – vergelijk de besproken Richtlijnen Horecabeveiliging – zijn opgesteld.<sup>120</sup> In deze richtlijn wordt in paragraaf 7.2 expliciet referentie gemaakt aan de WWM, en wordt uitgewerkt hoe deze regels hun uitwerking vinden. De beveiliging van een evenement die in aanraking komt met (verboden) wapenbezit van een bezoeker dient bijvoorbeeld de bezoeker afstand te laten doen van het wapen of het wapen in beslag te nemen en de bezoeker aan te houden. Onder andere hiertoe hebben beveiligers ook de bevoegdheid om, onder meer, te fouilleren. Als beveiligers in de uitoefening van die taak nalatig zijn en een schutter vervolgens het vuur opent, kunnen deze richtlijnen (mede) behulpzaam zijn bij de inkleuring van de secundaire zorgplichtschending).

### *Gemeentelijke regelgeving*

De regelgeving omtrent evenementen zoals deze in de overige spel- en recreatieruimten georganiseerd worden – zoals festivals, conferenties en fairs – zijn bij uitstek geregeld in decentrale regelgeving. Ter illustratie bespreek ik de Richtlijnen veiligheidsplan evenement die zijn opgesteld door de Gemeente Utrecht.<sup>121</sup> Deze richtlijnen verschillen weinig van die van andere gemeenten, zodat de voornoemde richtlijnen illustratief zijn voor de Nederlandse regulering van evenementen.<sup>122</sup> In

119 Dit oordeel bleef in cassatie in stand. Zie hierover nader hoofdstuk 8, paragraaf 5.2.1.

120 Zie Richtlijnen Evenementenbeveiliging.

121 Richtlijnen veiligheidsplan evenement van de Gemeente Utrecht, online raadpleegbaar via de website [pki.utrecht.nl](http://pki.utrecht.nl).

122 Vgl. bijvoorbeeld ‘Veiligheidsplan evenement’ van de Gemeente Maastricht, online raadpleegbaar via de website [gemeentemaastricht.nl](http://gemeentemaastricht.nl).

de richtlijnen worden verschillende risico's geïdentificeerd, waarbij de ter beperking van de risico's gepaste voorschriften worden gepresenteerd. De richtlijnen zijn relevant in de fase van vergunningverlening, maar ook als de vergunning is verleend blijven deze richtlijnen, gelet op hetgeen hiervoor over veiligheidsplannen en vergunningsvoorschriften is opgemerkt, indicatief voor de maatregelen die van de evenementenorganisator mogen worden verwacht. Zo moet een evenementenorganisator een publieks- en activiteitenprofiel maken en moet hij aangeven hoe omgegaan wordt met mogelijke scenario's tijdens het evenement, zoals extreem slecht weer of vechtpartijen.<sup>123</sup> Als op basis van dit veiligheidsplan een vergunning wordt verleend, maar de organisator vervolgens nalaat overeenkomstig het plan te handelen, kunnen de voornoemde bepalingen uit het veiligheidsplan een duidelijke aanwijzing voor de zorgplichtschending van de organisator vormen, maar ook van de spel- en recreatieruimte waarvoor hij werkt (bijvoorbeeld via art. 6:170 jo. 6:162 BW) of die hem heeft ingehuurd als opdrachtnemer (bijvoorbeeld via art. 6:171 jo. 6:162 BW).<sup>124</sup>

#### 4.4.2 ZELFREGULERING

##### *Drugsbeleid*

Het Trimbos-instituut heeft een leidraad opgesteld voor gemeenten met betrekking tot de omgang met alcohol en drugs tijdens evenementen,<sup>125</sup> welke leidraad vervolgens uitwerking vindt in diverse vormen van 'zelfregulering'. Aangezien alcohol, vergunningsvoorschriften en veiligheidsplannen reeds uitvoerig aan de orde zijn gekomen, merk ik over de bepalingen in deze leidraad met betrekking tot het drugsgebruik nog slechts het volgende op.

Net als bij alcohol, zal het gebruik van drugs door de primaire partij het risico op gevaarzettende handelingen vergroten.<sup>126</sup> In de voornoemde leidraad wordt aandacht besteed aan verschillende te nemen maatregelen bij drugsgebruik, gebaseerd op wetenschappelijke kennis, 'best practices' en praktijkervaringen.<sup>127</sup> In deze leidraad worden de verantwoordelijkheden van de organisator van evenementen duidelijk gespecificeerd. Zo wordt opgemerkt:

'De organisator is op basis van de evenementen- of exploitatievergunning eindverantwoordelijk voor een veilig verloop van het evenement. De organisatie moet te allen tijde kunnen aantonen dat zij alles inzetten om tot een incidentvrij evenement

123 Vgl. bijvoorbeeld: 'Richtlijnen veiligheidsplan evenement' van de Gemeente Utrecht, p. 8-10 en 18-21.

124 Zie over de relevantie van risicoaansprakelijkheden voor het onderhavige onderzoek, hoofdstuk 1, paragraaf 6.5.

125 Trimbos-instituut 2017.

126 Zo is bijvoorbeeld seksuele intimidatie een veel reëler gevaar als niet adequaat is gecontroleerd op GHB op een feest waarvan bekend is dat daar GHB in omloop is. Vgl. Trimbos-instituut 2017, p. 22. Zie over deze relatie ook nader paragraaf 2.3 van dit hoofdstuk.

127 Trimbos-instituut 2017, p. 23.

te komen. Daar waar incidenten toch plaatsvinden, moeten zij in staat zijn hier direct op te anticiperen. Het handhaven van de openbare orde is daarbij één van de speerpunten.

De organisator is daarnaast ook verantwoordelijk voor de naleving van de Drank- en Horecawet, Opiumwet en andere vergunningsvoorschriften, zoals bijvoorbeeld het tegengaan van bezit en handel in drugs op het evenement. Het toezicht op het evenemententerrein ligt dus primair bij de organisator, die zich kan laten assisteren door beveiliging.<sup>128</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Illustratief voor de concretisering van deze verantwoordelijkheden is het Amsterdams beleidskader dance events.<sup>129</sup> Ingevolge de hierin opgenomen bepalingen is de organisator verantwoordelijk voor duidelijke communicatie van de huisregels, een adequate voorlichting over drugs en de aanwezigheid van professionele medische hulpverlening en beveiliging. Indien er drugs worden aangetroffen, moet de beveiliging de drugs deponeren in een drugskluis en de betrokken persoon van het evenemententerrein verwijderen, met inachtneming van het gedoogbeleid van softdrugs.<sup>130</sup> In de leidraad van het Trimbos-instituut wordt bovendien gewezen op het belang van de monitoring van de risicolocaties zoals toiletten en lockers, om het drugsgebruik zoveel als mogelijk te beperken. Aangewezen methoden hiervoor zijn de aanwezigheid van beveiligingsteams, politie en/of camera's.<sup>131</sup> Ten slotte geeft de leidraad instructies voor de omgang met personen die onder invloed van drugs of alcohol zijn.<sup>132</sup> In gelijke zin als hiervoor is omschreven, kunnen, als nalatig gehandeld wordt bij bijvoorbeeld een drugscontrole en een bezoeker schade lijdt door een andere bezoeker die onder invloed is, argumenten worden ontleend aan het drugsbeleid dat door de private ruimte gevoerd had moeten worden.

#### 4.5 CONCLUSIE

Uit deze paragraaf volgt dat de beschikbare overheidswetgeving met betrekking tot de zorgplichten van de overige ruimten minder concreet is dan de wetgeving van vooral scholen (hoofdstuk 3, paragraaf 4) en opvang- en zorginstellingen (hoofdstuk 5, paragraaf 4). De wel beschikbare regelgeving is bovendien minder landelijk c.q. centraal geregeld. Zo is er veel en de meest uiteenlopende zelfregulering beschikbaar, met name voor de meer branchegerelateerde ruimten.

Ook bleek dat bij zo goed als elke besproken overige ruimte de normen uit de Arbowet en de DHW, althans daarop gebaseerde zelfregulering, bij de inkleuring van de (secundaire) zorgplicht relevant kunnen zijn. De te treffen voorzieningen ter voorkoming van de verwezenlijking van de in deze wetten beschreven risico's

128 Trimbos-instituut 2017, p. 35.

129 Amsterdams beleidskader dance events, p. 18-21, online raadpleegbaar via de website amsterdam.nl.

130 Amsterdams beleidskader dance events, p. 21.

131 Trimbos-instituut 2017, p. 41.

132 Trimbos-instituut 2017, p. 45.

worden vervolgens door de verschillende branches in veiligheidsplannen, huisregels en vergunningsvoorschriften uitgewerkt.

Haast paradoxaal aan het (in vergaande mate) beschikken over keurmerken, het opstellen van huisregels of andersoortige veiligheidsplannen – dan wel omdat een wettelijke regel de overige ruimte daartoe verplicht, dan wel zonder dat daartoe een directe wettelijke verplichting bestaat – is dat hiermee (enerzijds) door de overige ruimte aan haar secundaire zorgplicht tegemoet wordt gekomen. Bij de niet-naleving ervan kan (anderzijds) juist het opstellen van de voornoemde regels en plannen of het voornoemde beleid een overige ruimte in een (secundaire) aansprakelijkheidsprocedure worden tegengeworpen. De overige ruimten trekken met het opstellen van dit beleid namelijk een bepaalde toezichthoudende verantwoordelijkheid naar zich toe: het opstellen van beleid komt tegemoet aan bepaalde (wettelijke) verplichtingen, maar schept ook weer de (nieuwe) verplichting tot de handhaving ervan, zo bleek ook uit de in hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2 aangehaalde rechtspraak.

Samenvattend geldt dat de besproken wet- en regelgeving vooral handvatten biedt om de *voorzienbaarheid* van bepaalde risicoverhogende factoren, dan wel de verplichting tot het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen te onderbouwen. De wet- en regelgeving waarin de risico's zijn geïdentificeerd en de maatregelen daartegen zijn gespecificeerd, kan zodoende (ter inspiratie, dan wel via de correctie Langemeijer) dienstig zijn bij de inkleuring van de secundaire zorgplichtschending van de overige ruimten.

## 5 JURISPRUDENTIEANALYSE

### 5.1 INLEIDING

In deze paragraaf wordt de jurisprudentie over de primaire zorgplicht (paragraaf 5.2) en over de secundaire zorgplicht (paragraaf 5.3) van de overige ruimten besproken. Daarbij maak ik, ook in deze paragraaf, onderscheid tussen de subcategorieën (1) winkels en winkelcentra, (2) horeca- en verblijfsgelegenheden en (3) overige spel- en recreatieruimten, zoals deze in paragraaf 1 van dit hoofdstuk reeds (met voorbeelden) zijn genoemd. Voor een toelichting op de afbakening van de onderzochte jurisprudentie in de onderhavige paragraaf – waarbij incidenteel ook werkgeversaansprakelijkheden, risicoaansprakelijkheden en overheidsaansprakelijkheden besproken zullen worden, althans voor zover de overwegingen in die zaak illustratief kunnen zijn voor de inkleuring van de zorgplicht van art. 6:162 BW – verwijs ik naar hoofdstuk 1, paragraaf 6.

Ook dient aangetekend te worden, zoals ik in hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.1 al opmerkte, dat uit de inventarisatie van de (hierna te bespreken) beschikbare rechtspraak bleek dat er opvallend veel minder rechtspraak beschikbaar is met betrekking tot de secundaire zorgplicht van de individuele overige ruimten ten opzichte

van de rechtspraak over de secundaire zorgplicht van scholen, sportverenigingen en opvang- en zorginstellingen.<sup>133</sup> Een verklaring kan daarin zijn gelegen dat bij de overige ruimten vaker wordt overgegaan tot strafrechtelijke of civielrechtelijke vervolging van de primaire partij dan tot civielrechtelijke aansprakelijkstelling van de secundaire partij.<sup>134</sup> Als zich in de overige ruimte – zoals een café of discotheek – (herhaaldelijk) schadeveroorzakend gedrag van een primaire partij voordoet, dan zijn de gevolgen voor de overige ruimte als secundaire partij bovendien veelal bestuursrechtelijk, zoals de sluiting van een gelegenheid of de intrekking van een vergunning.<sup>135</sup> In paragraaf 5.3 wordt de (wel) beschikbare rechtspraak over de secundaire zorgplicht van overige ruimten geanalyseerd, waarna deze rechtspraak in paragraaf 6 wordt afgezet tegen de in paragraaf 5.2 weergegeven rechtspraak over de primaire zorgplicht van de overige ruimten.<sup>136</sup>

## 5.2 PRIMAIRE ZORGPLICHTEN

### 5.2.1 WINKELS EN WINKELCENTRA

Voor wat betreft de primaire zorgplicht van winkelcentra is in de eerste plaats de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam relevant.<sup>137</sup> In deze kwestie waren twee bezoeksters van een winkelcentrum uitgedegen over een natte houten vloer toen zij uit een lift stapten, waarvoor zij het winkelcentrum aansprakelijk stelden. Het hof oordeelde dat algemeen bekend mag worden verondersteld dat houten vloeren glad kunnen worden als zij nat zijn, en de bezoeksters dus in het algemeen ‘beducht moesten zijn’ op het gevaar van uitglijden bij regenachtig weer. Niettemin, zo overwoog het hof, had het winkelcentrum er rekening mee moeten houden dat bezoekers van het winkelcentrum niet steeds de vereiste oplettendheid zullen betrachten, zeker niet daar waar de bewuste vloer direct aansloot op de uitgang van de lift en de bezoeksters bij het verlaten daarvan dus min of meer onverwacht de houten vloer betraden. Nu de vereiste anti-sliblaag evenmin voldeed, achtte het hof het bewijs van de zorgplichtschending voorshands bewezen.

De *Kelderluik*-factoren vonden ook toepassing in een vergelijkbare uitspraak van het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, waarin een bezoeker in een winkelcentrum

133 Wel, zo zal blijken uit paragraaf 5.2, is er veel rechtspraak beschikbaar over de *primaire* zorgplicht van de uiteenlopende ruimten die onder de noemer van ‘de overige ruimten’ vallen. Deze uitspraken worden in paragraaf 5.2 (daarom soms verkort) besproken.

134 Illustratief zijn Hof Amsterdam 19 mei 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AX9373, VR 2006/81; Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1149.

135 Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland (vzr.) 23 oktober 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4550 over de intrekking van een vergunning van een café. Daarbij zij voor de volledigheid herhaald dat het in strijd handelen met vergunningsvoorschriften wel tot onrechtmatigheid kan leiden, zo volgt bijvoorbeeld uit HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0567, NJ 2011/406, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Melchemie/Delbanco*), maar niet noodzakelijkerwijze het geval is, zo volgt bijvoorbeeld uit Rb. Haarlem 7 januari 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO1558. Zie hierover ook paragraaf 4.1.

136 Zie nader hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2.

137 Hof Amsterdam 7 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:368.

was uitgeleden over een marmoleum mat.<sup>138</sup> Zij stelde een vordering tot vergoeding van de door haar geleden schade in tegen de supermarkt die verantwoordelijk was voor het onderhoud van de mat. Er was volgens het hof echter geen sprake van onrechtmatige gevaarstelling, omdat er een groot bord was geplaatst dat voor gladheid van de mat waarschuwde. Gezien de geringe kans op ongevallen kon volgens het hof van de beheerder van het winkelcentrum niet worden gevergd dat hij verdergaande maatregelen trof dan het waarschuwen van zijn bezoekers. Het hof merkte in het bijzonder het ‘telkens schoonmaken van de mat als daarop water terecht komt’ aan als een te bezwaarlijke maatregel.<sup>139</sup>

Ook in een meer recente uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland stond de aansprakelijkheid van onder meer een winkelcentrum wegens een ‘glijpartij’ van een bezoeker centraal, in dit geval over een vurenhouten bouwplaat.<sup>140</sup> Deze bouwplaat zorgde voor een oneffenheid in de vloer, waarvoor niet adequaat was gewaarschuwd, aldus de bezoeker. De rechtbank merkte over de aansprakelijkheid van het winkelcentrum op dat, gezien het inherente gevaar van struikelen over opstaande randen van bouwplaten, van het winkelcentrum verwacht had mogen worden dat het winkelend publiek gewaarschuwd zou worden voor het struikelgevaar (r.o. 6.7). De rechtbank concludeerde vervolgens dat van gevaarzettend – en daarmee – onrechtmatig gedrag van het winkelcentrum sprake was. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden kwam in hoger beroep echter tot een afwijzend oordeel, en vernietigde het vonnis van de rechtbank.<sup>141</sup> Het winkelcentrum had de bouwwerkzaamheden immers niet uitgevoerd en noch gesteld, noch gebleken was dat het deze situatie kende dan wel redelijkerwijs had behoren te kennen. De enkele stelling van de bezoeker dat de beheerder van het winkelcentrum zich uit hoofde van zijn zorgplicht onvoldoende had ingespannen om ongelukken te (doen) voorkomen, was bovendien onvoldoende om het winkelcentrum wegens schending van de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid aansprakelijk te houden, aldus het hof (r.o. 4.7).

Anders oordeelde de Rechtbank Amsterdam in een zaak waarin een bezoeker van een meubelwinkel haar hoofd had gestoten tegen de scherpe punt van een langs de trap opgehangen wandmeubel.<sup>142</sup> De exploitant van de meubelwinkel werd aansprakelijk gehouden, nu onoplettendheid van bezoekers mocht worden verwacht. Het meubel kon immers alleen met bijzondere aandacht worden gepasseerd en was niet noodzakelijkerwijze een opvallende aanwezigheid langs de trap (r.o. 4.1.6-4.1.8), waardoor de schade voorzienbaar was en voorzorgsmaatregelen geboden waren. Hetzelfde gold voor de aansprakelijkheid van een kledingwinkel, in een zaak waarin een vrouw was gevallen in een gleuf in de vloer van deze

138 Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *AV&S* 2004/25, m.nt. T.A. Hekster.

139 Vgl. de annotatie van Hekster onder Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *AV&S* 2004/25, sub 9 en 11.

140 Rb. Midden-Nederland 12 juli 2017, *ECLI:NL:RBMNE:2017:6770*.

141 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2019, *ECLI:NL:GHARL:2019:6257*.

142 Rb. Amsterdam 30 januari 2008, *ECLI:NL:RBAMS:2008:BG3861*.

winkel.<sup>143</sup> Alhoewel het eindvonnis in deze zaak niet is geweest of gepubliceerd, overwoog de rechtbank in het tussenvonnis dat, nu de exploitant het gevaar op eenvoudige wijze had kunnen wegnemen, eventueel minder voorzichtig gedrag van een klant daarbij in het niet viel (r.o. 3.4). Gewezen zij ook op de uitspraak over de aansprakelijkheid van een warenhuis, waarin een 5-jarig kind beklemd was geraakt en daardoor ernstig letsel opliep.<sup>144</sup> De rechtbank achtte het warenhuis aansprakelijk voor de gebrekkige opstal, nu de roltrap niet voldeed aan de eisen die men daaraan mocht stellen. Dat de roltrap voldeed aan de veiligheidsvoorschriften, waarin niet was voorzien dat een liggend kind op deze wijze beklemd kan raken, maakte dat niet anders.

Ook in (de relatief grote hoeveelheid) uitspraken over valpartijen in supermarkten, gaat het bij de beoordeling van de primaire aansprakelijkheid van de ruimten steeds om een (casuïstische) afweging van de *Kelderluik*-factoren. Zo was in een procedure bij de Rechtbank Arnhem, waarbij een vrouw bij het verlaten van de supermarkt was uitgegleden over een natte en modderige schuin aflopende vloer, de (on)bezwaarlijkheid van (effectieve) voorzorgsmaatregelen doorslaggevend voor het aannemen van de aansprakelijkheid van de supermarkt.<sup>145</sup> Hetzelfde gold in een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch, waarin een vrouw was gestruikeld over een betonnen drempel bij een supermarkt,<sup>146</sup> en in een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant, waarin een man bij het betreden van de supermarkt over de gladde droogloopmat en tegelvloer was uitgegleden.<sup>147</sup> Ook een val van een bezoeker in een supermarkt over een natte vloer en bloemblaadjes, leidde tot aansprakelijkheid van de supermarkt, in essentie omdat de voorzorgsmaatregelen (het opruimen van de bloemblaadjes en het droog maken van de vloer) van de supermarkt verwacht mochten worden c.q. niet (te) bezwaarlijk waren.<sup>148</sup> Deze reden – de (on)bezwaarlijkheid van de te treffen voorzorgsmaatregelen – speelde

143 Rb. Maastricht 5 april 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AV9197.

144 Rb. Haarlem 7 januari 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO1558.

145 Rb. Arnhem 16 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC3887. De rechtbank volgde de vrouw in haar eis en overwoog dat de supermarkt onzorgvuldig had gehandeld door de gevaarlijke situatie op een aflopende vloer in stand te houden en dat veiligheidsmaatregelen, zoals een grote en niet verschuifbare mat bij de entree, weinig bezwaarlijk zouden zijn geweest (r.o. 2.11).

146 Rb. 's-Hertogenbosch 8 april 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BI0731. De rechtbank nam aansprakelijkheid van de supermarkt aan, omdat de supermarkt de gevaarlijke situatie eenvoudig had kunnen voorkomen door de drempel waarover de vrouw struikelde, wit te schilderen (r.o. 3.10).

147 Rb. Oost-Brabant 8 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:341. Volgens de rechtbank hoefde de klant er niet op bedacht te zijn dat de mat zou verschuiven en zou het voor de supermarkt niet bezwaarlijk zijn geweest om de mat verdiept in de vloer te leggen of om de mat aan de vloer vast te maken. Ook een bordje bij de ingang dat zou waarschuwen voor valgevaar was niet bezwaarlijk geweest. Door de mat los te laten liggen, heeft de supermarkt een gevaarzettende situatie gecreëerd die gemakkelijk had kunnen worden voorkomen (r.o. 3.13).

148 Rb. Oost-Brabant 10 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7334. Door deze maatregelen niet te treffen op een drukbezochte plek in de supermarkt, had de supermarkt haar klanten blootgesteld aan een aanmerkelijk gevaar op uitgliden (r.o. 3.3-3.6 en 3.11).



tevens een rol in een (succesvolle) aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen een supermarkt vanwege een val van een bezoeker over een (nagenoeg) lege pallet.<sup>149</sup>

In een uitspraak van de Rechtbank Utrecht, in een kwestie waarin een meisje bij de inpaktafel van een supermarkt was uitgegleden, leidde de bezwaarlijkheid van de voorzorgsmaatregelen juist tot de afwijzing van de aansprakelijkheid van de supermarkt.<sup>150</sup> Afwijzing van de aansprakelijkheid op deze grond volgde ook in een zaak waarin door de bezoeker onvoldoende bewijs was geleverd dat een supermarkt een valpartij over een plas afwasmiddel had moeten voorkomen door meer voorzorgsmaatregelen te treffen.<sup>151</sup>

De voorzienbaarheid van de schade – de waarschijnlijkheid van de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid door klanten en de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan – speelde ook een rol in een uitspraak van de Rechtbank Breda, in een zaak waarin een vrouw in een supermarkt over een houten kubus voor de opstelling van de bloemen was gestruikeld.<sup>152</sup> De rechtbank oordeelde dat de supermarkt haar zorgplicht had geschonden, omdat aangenomen kon worden dat klanten juist op de winkelschappen en de kassa's zouden letten en niet op houten opstellingen bij de bloemen. De aanwezigheid van de lage kubus zorgde daarom voor een reële vergroting van de kans op ongevallen, aldus de rechtbank (r.o. 3.14 en 3.15). Tot eenzelfde oordeel, met een vergelijkbare argumentatie, kwam de Rechtbank Midden-Nederland in een zaak waarin een bezoeker was gestruikeld over een op de grond liggende plastic strip<sup>153</sup> en de Rechtbank 's-Hertogenbosch in een zaak waarin een bezoeker was gestruikeld over een in het gangpad geplaatste doos.<sup>154</sup>

149 Rb. Gelderland 3 juni 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4727. Het onbeheerd en onbeveiligd achterlaten van een (nagenoeg) lege pallet in het looppad van een supermarkt leverde het aanmerkelijke gevaar op dat klanten daarover struikelden en op de tegelvloer ten val kwamen (r.o. 2.10). De voorzienbare gevolgen van zo'n val waren bovendien ernstig (r.o. 2.11) en niet was gebleken dat het treffen van voorzorgsmaatregelen bezwaarlijk zouden zijn geweest (r.o. 2.12).

150 Rb. Utrecht 24 april 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AK4689, VR 2003/8. Van de supermarkt kon in redelijkheid niet worden verwacht dat zij zou zorgen dat er nooit oneffenheden zouden zijn op de vloer en evenmin dat zij maatregelen trof om te voorkomen dat de inpaktafel om zou vallen (r.o. 4.4 en 4.5).

151 Rb. Amsterdam 22 augustus 2013, nr. C/13/536327 (online raadpleegbaar via de website stichtingpiv.nl). Nu de bezoeker onvoldoende bewijs had geleverd dat de supermarkt meer veiligheidsmaatregelen had moeten treffen, was de supermarkt niet aansprakelijk.

152 Rb. Breda 16 januari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV1481.

153 Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9661, r.o. 4.5: 'Het ligt voor de hand dat een klant, ook als hij of zij meeloopt met een medewerkster, de blik (ook) richt op de schappen en de producten en daardoor niet steeds bedacht is op obstakels in het looppad of voorwerpen op de winkelvloer.'

154 Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3454, r.o. 3.4: 'De rechtbank overweegt dat een winkelier er rekening mee dient te houden dat zijn klanten niet altijd de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid in acht nemen bij het lopen door de winkel. De aandacht van winkelend publiek is immers met name gevestigd op de schappen met winkelwaren. Wanneer een winkelier er voor kiest om de winkel tijdens de openingstijden te bevoorraden, moet die

De vraag naar de hoegrootheid van de kans dat ongevallen kunnen ontstaan vanwege bepaald handelen van personeelsleden van een supermarkt, werd in een uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage ingekleurd door de omstandigheid dat het schadeveroorzakende incident zich vaker had voorgedaan.<sup>155</sup> In deze zaak was een flesje Bacardi Breezer van de lopende band op de grond gevallen en uiteengespat, als gevolg waarvan een bezoeker een slagaderlijke bloeding had opgelopen. Zij stelde de supermarkt aansprakelijk voor deze schade, in welk betoog het hof haar in volgde. Er waren immers regelmatig boodschappen (waaronder flessen) van de lopende band gevallen, wat vervolgens in de supermarkt was omgeroepen, zodat de leidinggevenden van de supermarkt hiervan op de hoogte waren, althans hadden moeten zijn. De supermarkt had daarom voorzorgsmaatregelen moeten treffen met het oog op dit risico (r.o. 12).

De vraag welke mate van oplettendheid en zorgvuldigheid van bezoekers verwacht mag worden, speelde ook een rol in twee uitspraken over de primaire aansprakelijkheid van bouwmarkten en daaraan gerelateerde winkels jegens hun bezoekers. In de eerste plaats wijs ik op de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, in een zaak waarin een vrouw door winterse gladheid op het trottoir van IKEA ten val was gekomen.<sup>156</sup> Het hof wees de vordering tegen IKEA in het eindarrest toe, wederom indachtig de *Kelderluik*-factoren:

'In verband met de bedoelde massaliteit en beleving zullen de bezoekers van Ikea niet steeds voldoende oplettend zijn en is de kans op ongevallen in geval van gladheid min of meer aanzienlijk. Het plotseling uitglijden als gevolg van gladheid leidt, zo is van algemene bekendheid, gemakkelijk tot letselschade. De kosten van maatregelen om gladheid te bestrijden, moet Ikea redelijkerwijs kunnen bestrijden uit de omzet die met de bedoelde massaliteit verbonden is.' (r.o. 4.2 tussenarrest hof) [mijn onderstreping, KLM]

Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde anders in een zaak waarin een 3-jarig meisje in een bouwmarkt (Praxis) haar been brak nadat een badkamermeubel van een pallet op haar was gevallen.<sup>157</sup> De vraag of Praxis voor de schade aansprakelijk was, beantwoordde het hof (in navolging van de rechtbank) ontkenkend. Zo mocht Praxis, aldus het hof, van haar bezoekers verwachten dat zij in een doe-het-zelf-zaak extra waakzaam zijn, zeker degenen die kleine kinderen van de leeftijd van het meisje meebrengen (r.o. 4.6). Er was bovendien geen concrete aanwijzing dat het badkamermeubel zonder noemenswaardige handelingen van het meisje was omgevallen en dat dit ook had kunnen gebeuren bij andere bezoekers (r.o. 4.7).

---

bevoorrading plaatsvinden op een wijze die geen gevaar oplevert voor de klanten, rekening houdend met die verminderde oplettendheid van de klanten.'

155 Hof 's-Gravenhage 30 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG3647, NJ 2009/102.

156 Waartegen het vervolgens ingestelde cassatieberoep door de Hoge Raad op grond van art. 81 RO werd verworpen. Zie HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1271 (*IKEA/Verveerster*); bevestiging van Hof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3531 en Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:611, NJ 2017/359.

157 Hof Amsterdam 27 juli 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ4039, NJF 2006/545.

Hetzelfde gold voor een zaak waarin een bezoeker bij het verlaten van een winkel pand – achterom kijkend met een grote zak kattenbakvulling in haar handen – over een betonnen paaltje was gestruikeld.<sup>158</sup> Het hof overwoog, in navolging van de rechtbank, dat voetgangers rekening moeten houden met ‘allerlei obstakels’ op de stoep, zoals ‘lantaarnpalen, brievenbussen en prullenbakken’, maar ook ‘paaltjes in diverse soorten en maten’. Bij de plaatsing van dit soort objecten mag rekening worden gehouden met het feit dat van voetgangers oplettendheid mag worden verwacht. Het waarschuwen voor de aanwezigheid van dergelijke obstakels kan slechts in bijzondere omstandigheden worden gevegd, aldus het hof (r.o. 4.4).

Oplettendheid van de bezoeker zelf werd door de Rechtbank Zutphen bovendien verwacht in een procedure ingesteld tegen een bankfiliaal.<sup>159</sup> Een bezoeker had plaatsgenomen in een zogenoemde ‘kuipstoel’ en was daarbij ten val gekomen. De rechtbank overwoog over de eigen verantwoordelijkheid van de bezoeker:

‘Hieruit kan worden afgeleid dat de stoel, ondanks de compacte vorm ervan, een zodanige uitstraling had dat [de bezoeker] had moeten beseffen dat die stoel wellicht niet voor haar gewicht en postuur geschikt zou zijn. Van belang is het feit dat [de bezoeker] ten tijde van het ongeval volgens haar eigen verklaring 120 à 122 kilogram woog. Van iemand met een dergelijk gewicht en postuur mag worden verwacht dat zij in het dagelijkse leven gewend is bij het kiezen van een zitplaats hiermee rekening te houden. De bank mocht daarom ervan uitgaan dat [de bezoeker] met het oog hierop de nodige voorzichtigheid in acht zou nemen bij de keuze van een zitplaats en hoefde geen rekening te houden met de omstandigheid dat iemand met een dergelijk postuur en gewicht in de betreffende stoel zou gaan zitten.’ (r.o. 4.6) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Afwijzend was ook het Gerechtshof Arnhem, in een zaak waarin een bezoeker van een tankstation ten val was gekomen over een benzinepompslang. Van de bezoeker mocht immers een zekere oplettendheid worden verwacht, die zij niet betracht had. Een waarschuwingsbord zou haar schade ook niet hebben voorkomen (r.o. 4.7).<sup>160</sup> Een ander tankstation werd, tot slot, door de Rechtbank Oost-Brabant evenmin aansprakelijk gehouden voor schade ontstaan door een valpartij, volgens de bezoeker veroorzaakt door sneeuwresten naast of achter zijn auto.<sup>161</sup> Van de bezoeker mocht een verhoogde oplettendheid en voorzichtigheid worden verwacht, gezien de winterse weersomstandigheden. Bovendien had het tankstation voldoende maatregelen getroffen (r.o. 3.12).

158 Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BN7067, NJF 2010/343.

159 Rb. Zutphen 15 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY0801.

160 Hof Arnhem 26 mei 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ0833. Zie in dezelfde afwijzende zin Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1301.

161 Rb. Oost-Brabant 2 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2757.

### 5.2.2 HORECA- EN VERBLIJFSGELEGENHEDEN

De beschikbare jurisprudentie over de primaire zorgplicht van horeca- en verblijfsgelegenheden geeft hetzelfde (sterk casuïstische) beeld als de hiervoor besproken jurisprudentie over de primaire zorgplicht van winkels en winkelcentra, waarbij het steeds neerkomt op een afweging van de *Kelderluik*-factoren.

Zo blijkt bij de beoordeling van de primaire zorgplicht van een restaurant onder meer van belang de vraag welke maatregelen redelijkerwijze van een dergelijke horecagelegenheid konden worden gevegd. In een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem werd immers geoordeeld dat – vergelijk de hiervoor in paragraaf 5.2.1 besproken uitspraak over de primaire zorgplicht van een tankstation – in ieder geval niet verwacht kon worden dat het toegangspad continu ijs- en sneeuwvrij zou zijn.<sup>162</sup> Ook de aansprakelijkheid van een restaurant vanwege de val van een bezoeker over een afstapje werd afgewezen, aangezien het afstapje voldoende duidelijk zichtbaar was en het restaurant dáárom niet gehouden was om veiligheidsmaatregelen te treffen.<sup>163</sup> Van een café kon volgens de Rechtbank Amsterdam daarentegen wel verwacht worden een ‘keldergat’ met meer dan alleen barkrukken af te zetten,<sup>164</sup> en ook van terrasstoelen die de deuren in een koffieshop blokkeerden, ging volgens dezelfde rechtbank onvoldoende waarschuwing uit voor het daarachter schuilende gevaar (het kelderluik).<sup>165</sup>

De aansprakelijkheid van een hotel werd, achtereenvolgend, afgewezen door het Gerechtshof Amsterdam in een geval waarin een bezoeker achteruit een trapgat in was gevallen,<sup>166</sup> door het Gerechtshof Leeuwarden in een geval waarin een bezoeker op een gladde vloer ten val was gekomen<sup>167</sup> en door het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba in een geval waarin een bezoeker was gevallen op een houten loopplank tussen twee hotelcomplexen.<sup>168</sup> De oordelen in deze zaken komen er in feite steeds op neer dat van de beheerder van het hotel, gegeven de specifieke omstandigheden van het geval, niet meer verwacht had behoeven te worden in termen van toezicht en preventie. In de laatste uitspraak werd daartoe meer in het bijzonder overwogen:

‘Feit van algemene bekendheid is dat hout werkt onder invloed van weer en wind. Constructies zoals de onderhavige boardwalk brengen dan ook mee dat door weersinvloeden (zoals de uitbundig schijnende zon hier te lande) snel oneffenhe-

162 Hof Arnhem 25 oktober 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU5824.

163 GiEA Aruba 9 november 2011, ECLI:NL:OGEEA:2011:BU6656, r.o. 2.3-2-4. Eenzelfde rechtsvraag stond centraal in het deelgeschil dat aanhangig was gemaakt, zo blijkt uit de uitspraak Rb. ’s-Hertogenbosch 20 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8766. Nu er een te grote discussie bestond over de feiten, werd er door de rechtbank niet inhoudelijk in deze zaak beslist.

164 Rb. Amsterdam 10 juni 2003, ECLI:NL:RBAMS:2003:AO0554, r.o. 4.2, VR 2003/174.

165 Rb. Amsterdam 15 december 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AK4210, r.o. 8, VR 2000/96.

166 Hof Amsterdam 6 september 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BF3738, r.o. 3.16, VR 2008/122.

167 Hof Leeuwarden 2 april 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC8794, r.o. 9-11.

168 GiEA Aruba 18 april 2012, ECLI:NL:OGEEA:2012:BX0664, r.o. 4.4.

den ontstaan, waarover men kan struikelen en ten val kan komen. Desondanks zijn dergelijke houten constructies heel gewoon en geaccepteerd in het maatschappelijk gebruik. Personen die hiervan gebruik maken mogen dan ook niet verwachten over een volstrekt egale vloer te kunnen lopen, maar kunnen en moeten bedacht zijn op de oneffenheden zoals door [bezoekster] gesteld (...)' (r.o. 4.4) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

De aansprakelijkheid van een hotel werd wél toegewezen in een zaak waarin een bezoeker over een muurtje naast de ontbijt tafel was gevallen, omdat de situatie waarin iemand over dat muurtje zou vallen voorzienbaar was en het valgevaar eenvoudig had kunnen worden weggenomen.<sup>169</sup> Hetzelfde gold in een kwestie waarin een bezoeker was gevallen op een trap in een hotel, nu de derde trede niet compleet was.<sup>170</sup> Het hof overwoog dat het gebrek aan de trap zodanig was dat het aansprakelijkheid van dit hotel rechtvaardigde.

Valpartijen leidden ook tot aansprakelijkheidsprocedures tegen een clubhuis, zo bleek uit een kwestie waarin een bezoeker was gevallen over een losliggende deurmat.<sup>171</sup> De enkele aanwezigheid van de matten was niet onrechtmatig, nu de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval niet zo groot was dat de vereniging zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van het plaatsen van matten had behoren te onthouden. Afwijzend werd ook geoordeeld in de aansprakelijkheidsprocedures tegen een tweetal sauna's, vanwege een gladde tegelvloer<sup>172</sup> respectievelijk een vermeend te hete vloer.<sup>173</sup> In de eerste zaak had de bezoeker zich immers bewust moeten zijn van het gevaar van uitglijden, en in de tweede zaak was na het deskundigenbericht gebleken dat de vloer op de plek van verbranding niet heter was dan op andere plaatsen.

In een relatief oude, doch bekende uitspraak van de Hoge Raad stond de primaire aansprakelijkheid van een dorps huis centraal, in een kwestie waarin een personeelslid van een dorps huis een emmertje natronloog in een vuilniszak op straat had gezet.<sup>174</sup> Een medewerker van de reinigingsdienst zette het emmertje in de vuilniswagen en kreeg door de onvolmaakte werking van de draaimechaniek in de auto natronloog in zijn ogen, waardoor hij ernstig oogletsel opliep. Hij stelde het dorps huis aansprakelijk. Het hof wees deze aansprakelijkheid af, omdat het personeel zich er niet van bewust had behoeven te zijn dat het klaarzetten van het emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof gevaar zou kunnen opleveren voor het personeel van de reinigingsdienst. Dit oordeel werd gecasseerd door de Hoge Raad. De Hoge Raad overwoog dat het (wel) is strijd is met de maatschap-

169 GiEA Aruba 21 juni 2017, ECLI:NL:OGEEA:2017:467, r.o. 4.3.

170 Gem. Hof van Justitie Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius 4 november 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BU8425, r.o. 4.3.

171 Rb. Zwolle-Lelystad 10 september 2008, nr. 131187, r.o. 4.7-4.11 (online raadpleegbaar via de website letselschademagazine.nl).

172 Rb. Almelo 24 januari 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BA2703.

173 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7516.

174 HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, NJ 1982/614, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natronloog*).

pelijke zorgvuldigheid om een emmertje met een onbekende vloeistof in een vuilniszak op straat te zetten, zeker nu het in casu ging om een schadelijke stof (r.o. 4).

Aansprakelijkheidsprocedures zijn ook gevoerd met betrekking tot de primaire zorgplicht van discotheken en organisatoren van optredens of festivals. Zo oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in een procedure ingesteld tegen de exploitant van een bar – door een bezoeker die over een muurtje was gevallen dat door de feestzaal liep – dat de bar hiervoor wel degelijk aansprakelijk was.<sup>175</sup> Een muurtje ‘op deze hoogte en op deze plaats in een zaal die gebruikt wordt als danszaal’, riep naar het oordeel van het hof de gevaarlijke situatie in het leven dat een feestganger het muurtje niet zou opmerken en daaroverheen zou vallen. Dat nog nooit eerder iemand over het muurtje was gevallen, betekende nog niet dat de aanwezigheid van dit muurtje op die plek niet gevaarlijk was voor de veiligheid van de bezoekers van de zaal, aldus het hof in r.o. 4.19. In dezelfde lijn werd de aansprakelijkheid van de beheerder van een discotheek toegewezen in een uitspraak van de Rechtbank Groningen, in een zaak waarin twee bezoekers over een hekwerk waren gevallen en op de dansvloer terecht waren gekomen.<sup>176</sup> Zoals meer uitvoerig is besproken in paragraaf 3.2 van het onderhavige hoofdstuk, werd in de overwegingen van de rechtbank (in het kader van de beoordeling van art. 6:174 jo. 6:162 BW en art. 6:181 BW) betrokken het feit dat door bezoekers alcohol werd gedronken. Overwogen werd:

‘In dat verband is van belang dat de bar/dancing waar het hier om gaat, een publieke ruimte is in die zin dat het gebouw toegankelijk is voor een grote groep mensen en zich in die zin onderscheidt van een gebouw waarvan het gebruik enkel in de privé-sfeer ligt. Dat geldt ook voor de verdieping waar [bezoekers] over het hekwerk zijn gevallen. Meer in het bijzonder gaat het in dit geval om een publieke ruimte waarvan de bezoekers, zo is algemeen bekend, regelmatig in een uitgelaten stemming zijn, zich ook als zodanig gedragen en niet altijd de normale oplettendheid en/of voorzichtigheid betrachten. Bovendien, zo kan uit de processtukken worden afgeleid, wordt in de bar/dancing alcohol geschonken althans kunnen bezoekers onder invloed van alcohol zijn, hetgeen gedrag, alertheid en reactievermogen, zoals ook algemeen bekend is, negatief kan beïnvloeden. Voorts moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat bezoekers zich dicht bij het hekwerk op de verdiepingen zullen opstellen om goed uitzicht te hebben op de daaronder gelegen dansvloer.’ (r.o. 3.3) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Anders oordeelde de Rechtbank Amsterdam in een zaak waarin een bezoeker zijn voet had gebroken bij de val van een podium, nu – alhoewel er geen markeringen op de podiumranden waren aangebracht – de discotheek geen abnormale gevaarsituatie in het leven had geroepen.<sup>177</sup> Hetzelfde gold volgens de Rechtbank Arnhem voor wat betreft de aansprakelijkheid van een uitbater van een feestzaal voor

175 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1182.

176 Rb. Groningen 5 september 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB3122.

177 Rb. Amsterdam 7 februari 1996, ECLI:NL:RBAMS:1996:AK3584, r.o. 7, VR 1997/134.



schade ontstaan door een valpartij op het talud. Het ontbreken van een balustrade leidde in deze uitspraak niet tot het oordeel dat er een structurele onveilige situatie in stand werd gehouden (r.o. 2.5).<sup>178</sup> Ook de aansprakelijkheid van de organisator van 'Concert at Sea' werd afgewezen in een kwestie waarin een bezoeker uit een terreinwagentje was gevallen, dat eigenlijk was bedoeld als vervoersmiddel voor de organisatie.<sup>179</sup> Zoals uitvoerig is besproken in paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk, wees de rechtbank in haar afweging naar alle omstandigheden van het geval, waaronder het drank- en drugsgebruik van bezoekers tijdens een muziekfestival.

De primaire aansprakelijkheid van de beheerder van een discotheek werd ook afgewezen in een geval waarin een vrouw in een trapgat was gevallen.<sup>180</sup> Meer in het algemeen overwoog de rechtbank omtrent de reikwijdte van de zorgplicht van de beheerder van een discotheek:

'Naar de rechtbank begrijpt stelt [bezoekster] dat er een verplichting bestaat voor discotheeken in het buitengebied om voor voldoende zitplaatsen buiten de discotheek, [bezoekster] spreekt over een rustruimte, te zorgen ter voorkoming van ongevallen. De rechtbank overweegt dat het bestaan van deze verplichting is betwist en vervolgens door [bezoekster] niet nader uiteen is gezet waar deze norm uit kan worden afgeleid. De enkele opmerking dat een andere discotheek in de omgeving wel beschikt over een dergelijke rustruimte is daartoe onvoldoende. Voor zover bedoeld is te stellen dat de discotheek geen (minderjarige) bezoeker mag weigeren zonder haar verder (huiswaarts) te begeleiden, is evenmin uitgelegd waar deze norm uit is afgeleid. Ook op deze grondslag moet het verzoek worden afgewezen.' (r.o. 4.11) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Voor wat betreft de primaire zorgplicht van organisatoren van optredens c.q. de beheerders van de ruimten waarin die optredens verzorgd worden, wijs ik in de eerste plaats op een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem.<sup>181</sup> In deze kwestie was een bezoeker van een optreden van een steigerconstructie (met glijbaan) gevallen, waarvoor hij de exploitant van het zalencomplex aansprak. Het hof oordeelde dat er in casu geen sprake was van een dusdanig gevaarlijke constructie dat de exploitant het gebruik ervan geheel had moeten verbieden (r.o. 4.13), en dat daarom van de exploitant ook niet gevergd mocht worden dat hij van tevoren reeds maatregelen trof om de gevolgen van eventuele ongelukken zoveel als redelijkerwijs mogelijk was te beperken (r.o. 4.14). De aansprakelijkheid van een festivalorganisatie werd echter wel toegewezen in een zaak waarin een bezoeker van een hoge toren op een luchtkussen was gesprongen, en daarbij drie ruggenwervels brak.<sup>182</sup> De rechtbank overwoog dat het enkel plaatsen van een steigerbalk op heuphoogte tussen het uitkijkgedeelte en het springgedeelte onvoldoende was om te voldoen aan de veilig-

178 Rb. Arnhem 2 maart 2000, ECLI:NL:RBARN:2000:AA5264.

179 Rb. Zeeland-West-Brabant 13 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4354 (*Gatorwagentje Concert at Sea*).

180 Rb. Amsterdam 31 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3752.

181 Hof Arnhem 26 augustus 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG5939, *NJF* 2008/501.

182 Rb. Oost-Brabant 12 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4483.



heidsnormen die men in de gegeven omstandigheden aan de toren mocht stellen (art. 6:173 BW) en dat de festivalorganisatie tevens onrechtmatig had gehandeld (art. 6:162 BW). De organisatie had immers niet genoeg maatregelen getroffen om te voorkomen dat een bezoeker van het festival over de steigerbuis kon stappen, terwijl het springkussen werd leeggelaten (r.o. 4.9).

Bovendien zij in dat verband gewezen op de uitspraken in zaken omtrent een valpartij in een casino vanwege vermeend fijn zand op de tegelvloer (geen aansprakelijkheid)<sup>183</sup> en omtrent een val in een (vrij onwaarneembare) kuil op een landgoed tijdens het plukken van bramen (wel aansprakelijkheid).<sup>184</sup> In de eerste zaak was immers noch gesteld, noch gebleken dat de exploitant het fijne zand wél kon zien of had behoren te zien, en in de tweede zaak overwoog de kantonrechter dat het toestaan van bramenplukken door de landgoedbeheerder inherent het risico in het leven riep dat mensen buiten de paden zouden gaan en daarna niet zouden opletten. Het werd de landgoedbeheerder in die zaak dan ook aangerekend dat er geen reling geplaatst was om dat risico te beperken.

Tot slot zijn er drie uitspraken bekend over de primaire aansprakelijkheid van de beheerders van een camping c.q. recreatiepark. Zo werd in de eerste uitspraak de eigenaar van een camping aansprakelijk gesteld voor de schade ontstaan toen een populier was omgewaaid en de stacaravan van een bezoeker had geraakt.<sup>185</sup> De eigenaar wist echter niet van de mogelijke gevaren omtrent de boom en bovendien verkeerde de boom in goede staat; hij vertoonde geen uiterlijke gebreken die duiden op ziekte, noch vertoonde hij andere tekenen die een indicatie zouden vormen tot omvallen. Het achterwege blijven van onderzoek of andere voorzorgsmaatregelen vormde daarom geen onrechtmatig nalaten van de eigenaar van de camping, aldus de rechtbank. In de tweede zaak werd een zwembadeigenaar van een camping aansprakelijk gesteld, vanwege de bacteriële infectie die een kind zou hebben opgelopen tijdens het zwemmen in het 'campingzwembad'.<sup>186</sup> Gebleken was dat het filter van de waterzuiveringsinstallatie niet goed zou werken, maar onduidelijk bleef het (door de ouders van het kind niet bewezen) causale verband tussen dit defect en de besmetting met de bacterie. In de derde zaak werd de beheerder van het recreatiepark aansprakelijk gesteld voor de dwarslaesie die een bezoeker opliep toen hij in het ven achter een van de bungalows sprong.<sup>187</sup> De rechtbank wees de aansprakelijkheid af, nu de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval niet zo groot was dat de exploitant van het park naar maatstaven van zorgvuldigheid meer veiligheidsmaatregelen had moeten nemen dan hij had gedaan, noch had hij nadere instructies aan zijn bezoekers moeten geven (r.o. 5.7).

183 GiEA Aruba 23 augustus 2017, ECLI:NL:OGEEA:2017:633.

184 Rb. Oost-Brabant (ktr.) 12 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6302.

185 Rb. Leeuwarden 28 januari 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BH2574.

186 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2353.

187 Rb. Rotterdam 6 april 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4281, VR 2002/95.

### 5.2.3 OVERIGE SPEL- EN RECREATIERUIMTEN

De jurisprudentie gewezen over de primaire zorgplicht van de overige spel- en recreatieruimten (zoals speeltuinen, escaperooms, musea, circussen, pretparken, kermissen, evenementen) bevestigen het voornoemde casuïstische beeld, waarbij de aansprakelijkheidsvraag telkens aan de hand van de omstandigheden van het geval – geplaatst in het kader van de *Kelderluik*-factoren – beantwoord wordt.<sup>188</sup>

In de eerste plaats kan in dit verband worden gewezen op de uitspraak over de aansprakelijkheid van een recreatiepark vanwege de verdrinking van een 14-jarige jongen in de Maarsseveense Plassen.<sup>189</sup> Nadat zijn twee vriendjes de jongen waren kwijtgeraakt, had de lifeguard hen verteld eerst zelf te gaan zoeken. Pas na de tweede melding (enkele uren later) werden de hulpdiensten ingeschakeld en werd een zoekactie gestart. Pas de dag erna werd het lichaam van de jongen op een diepte van ruim 2,5 meter in de plas gevonden. De ouders stelden zich in deze procedure op het standpunt dat de exploitant van het recreatiepark voor hun schade aansprakelijk was, omdat er sprake was van een onveilige situatie van het strandbad en de lifeguards verkeerd gehandeld zouden hebben. Daarnaast zouden de lifeguards onvoldoende toezicht hebben gehouden en niet goed gereageerd hebben op de (eerste) melding van de jongens. De rechtbank oordeelde echter dat er geen sprake was van een onveilige situatie of dat de organisatie anders of beter had moeten waarschuwen; er was geen sprake van zodanig onzorgvuldig handelen dat het recreatiepark voor de geleden schade aansprakelijk gehouden kon worden.

Ook de exploitant van een speelcentrum werd aansprakelijk gesteld, nadat een jongen van een familieschommel bovenop de metalen voetsteun van de schommel was gevallen.<sup>190</sup> De aansprakelijkheid van de exploitant van het speelcentrum werd door de Rechtbank Middelburg afgewezen, nu de schommel qua plaatsing aan de veiligheidsvoorschriften voldeed en dit ongeval tot de normale risico's behoorde van speeltoestellen voor kinderen. Daarbij stelde de rechtbank bij haar beoordeling voorop:

‘(...) dat schommelen een normale kinderactiviteit is, zeker voor kinderen van de leeftijd van [bezoeker] en dat aan schommelen algemeen maatschappelijk aanvaarde risico's zijn verbonden, waaronder een val van het toestel, ook als die val letsel tot gevolg heeft. (...)’ (r.o. 4.2) [mijn bewerking, KLM]

Het Gerechtshof Den Haag oordeelde in een kwestie omtrent de aansprakelijkheid van een pretpark anders toen een jongen onder een zogenoemde Engelse schom-

188 Met betrekking tot de rechtspraak over de primaire en secundaire aansprakelijkheid van overige spel- en recreatieruimten, geldt dat een selectie is gemaakt van de relevante rechtspraak die niet binnen de definities van winkels en winkelcentra en horeca- en verblijfsgelegenheden vallen, waarbij met name is gefocust op de ruimten die educatie-, recreatie- en zorgdoelinden dienen.

189 Rb. Midden-Nederland 20 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3479.

190 Rb. Middelburg 30 maart 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AZ5725.

mel was gekomen.<sup>191</sup> Van belang was dat – gelet op de bewegingsrichting van de schommel, de ruimte tussen het plateau en de grond, het feit dat de aandrijvers op de korte kant van de schommel stonden en bij het schommelen geen steun viel te vinden, en in aanmerking genomen dat er geen voorzieningen of waarschuwingen waren om te voorkomen dat van de schommel kon worden gevallen – het pretpark had kunnen en moeten voorzien dat iemand in de schommelrichting zou vallen. Sterker nog: een maand voor het ongeval was er nog een andere jongen van dezelfde schommel gevallen, met ernstig letsel tot gevolg (r.o. 14).

Ook zij in dit verband gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden, in een zaak waarin een bezoeker van een pretpark in een bootje naar beneden was gegleden en onderaan hard tot stilstand was gekomen.<sup>192</sup> De rechtbank oordeelde dat de kans op het onderhavige ongeval zo klein was dat het pretpark niet had hoeven af te zien van het gebruik van de attractie. Bovendien was niet vast komen te staan dat er onvoldoende veiligheidsmaatregelen waren getroffen (r.o. 4.6). Ook zij gewezen op een zaak waarin een kermisbezoeker zijn been brak bij deelname aan het experiment 'het Vroolijke Rad', waarin hij met grote kracht van het rad werd afgeslingerd (en letsel opliep).<sup>193</sup> De exploitant was niet aansprakelijk, nu het – kort gezegd – in het algemeen niet onrechtmatig werd geacht om het publiek in de gelegenheid te stellen om deel te nemen aan een dergelijk gevaarlijk experiment. Het publiek neemt immers op geheel vrijwillige basis aan dit experiment deel en weet, althans behoort te weten, dat aan het experiment enig gevaar verbonden kan zijn.

Ook niet aansprakelijk was de exploitant van een kermis in een kwestie waarin een bezoeker was gestruikeld over een waterafvoerslang van een kermisattractie.<sup>194</sup> Het lopen over een kermis in opbouw betreft immers een zeker risico (r.o. 5.4) en voorzorgsmaatregelen zouden het ongeval niet hebben voorkomen, zeker niet nu de vrouw een dikke geelgekleurde waterafvoerslang niet had opgemerkt (r.o. 5.6). Wel aansprakelijk was, tot slot, de exploitant van een kermisattractie, in een zaak waarin een jongen op een kermisattractie op een lopende band tegen de richting in liep.<sup>195</sup> Hij raakte vervolgens bekneld, met diverse brandwonden tot gevolg. De exploitant had een 7-jarig kind zonder begeleiding niet mogen toelaten op de betreffende attractie, zeker niet gezien het gebrek aan getroffen veiligheidsvoorschriften, aldus de rechtbank (r.o. 3.6 en 3.7).

De aansprakelijkheid van exploitanten van een escaperoom werd toegewezen in een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant, in een zaak waarin een deelnemer bij het afdalen van een donkere trap (vanuit een ruimte waarin wisselend harde geluidseffecten te horen waren, bliksemschichten vertoond werden en mistwolken uit het te betreden trapgat tevoorschijn kwamen) ten val was gekomen

191 Hof 's-Gravenhage 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM6400 (*Duinrell*).

192 Rb. Leeuwarden 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BJ5279.

193 Rb. Rotterdam 3 april 1924, ECLI:NL:RBROT:1924:38, *NJ* 1924/1015.

194 Rb. Zutphen 18 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:5793, *VR* 2014/175.

195 Rb. Breda 21 mei 2002, ECLI:NL:RBBRE:2002:AL1648.

en beenletsel opliep.<sup>196</sup> De maatregelen die de exploitanten hadden kunnen treffen om het letsel te voorkomen waren immers zeer eenvoudig. Hen kon dus ook verweten worden dat dit niet was gebeurd (r.o. 3.7 en 3.15). De aansprakelijkheid van een exploitant van een andere escaperoom, ditmaal voor hoofdletsel van een bezoeker opgelopen in een tunnel, werd daarentegen door de Rechtbank Midden-Nederland afgewezen.<sup>197</sup> De bezoeker onderbouwde zijn aansprakelijkheidsvordering met het argument dat de escaperoom niet de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen had getroffen om het letsel aan zijn hoofd te voorkomen. Zo zouden de deelnemers vooraf niet zijn geweest op mogelijke gevaren en/of veiligheidsrisico's, was vooraf niet duidelijk wat van de spelers werd verwacht en was er een laaghangende constructie aanwezig die niet goed zichtbaar was. De exploitant van de escaperoom verweerde zich tegen de gestelde aansprakelijkheid, stellende dat het algemeen bekend is dat het ontsnappen uit een escaperoom een spannend spel is en dat bepaalde elementen, zoals een gematigde verlichting, er juist voor zijn om het spel voor de deelnemers spannend te maken. De rechtbank volgde de escaperoom in dit verweer, door onder meer te overwegen dat het feit dat de tunnel tijdens het spel maar schaars was verlicht, niet betekende dat de situatie gevaarlijk was. Het betrof immers een onderdeel van het spel en bovendien waren de randen van de tunnel zichtbaar gemaakt door middel van zwart/gele verf (r.o. 3.7).

Tot slot: de primaire aansprakelijkheid van een museum – ten gevolge van een val van een bezoeker over een natte vloer – werd afgewezen, nu er juist duidelijk was gewaarschuwd voor de schrobwerkzaamheden (r.o. 5).<sup>198</sup> De primaire aansprakelijkheid van een conferentiecentrum – op grond van art. 6:181 BW – werd wel toegewezen, in een zaak waarin een bezoeker tegen een gesloten glazen schuifpui aanliep en gewond raakte.<sup>199</sup> Ook voor de zorgplicht van art. 6:162 BW relevant, is de overweging van het hof:

‘Het hof is van oordeel dat het als een feit van algemene bekendheid kan worden beschouwd dat een dergelijke schuifpui een zeker risico met zich brengt met name in een conferentieoord dat immers een voor de bezoekers vreemde omgeving is, en dat het derhalve op de weg van [het conferentiecentrum] had gelegen hiervoor adequate tegenmaatregelen te treffen, bijv. door het aanbrengen van waarschuwingstekens of het aanbrengen van voorgespannen of veiligheidsglas. Nu dit alles achterweg is gebleven, voldeed de opstal niet aan de voor het gebruik daarvan te stellen eisen en leverde gevaar op.’ (r.o. 4.2) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Ook de aansprakelijkheid van een evenementencentrum voor een val van een bezoeker op het parkeerdek, werd door de Rechtbank Noord-Nederland afgewezen.<sup>200</sup> Het parkeerterrein kwalificeerde zich niet als een gebrekkige opstal in de

196 Rb. Zeeland-West-Brabant 18 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:244.

197 Rb. Midden-Nederland 20 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2914.

198 Rb. Roermond 14 juni 2001, ECLI:NL:RBROE:2001:AB2056.

199 Hof Amsterdam 5 april 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AK4502, VR 2002/93.

200 Rb. Noord-Nederland 23 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3751.

zin van art. 6:174 BW, noch had de exploitant onrechtmatig gehandeld. Van het evenementencentrum mocht wellicht verwacht worden dat het rekening zou houden met de omstandigheid dat bezoekers op een parkeerterrein dat voor publiek toegankelijk is, niet steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten. Dat neemt echter niet weg dat van de bezoekers mocht worden verlangd dat zij 'tenminste enige oplettendheid' in acht zouden nemen bij het gebruik van de parkeerinrichting, aldus de rechtbank (r.o. 6.14).

### 5.3 SECUNDAIRE ZORGPLICHTEN

#### 5.3.1 WINKELS EN WINKELCENTRA

In de eerste plaats zij gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in een zaak waarin een warenhuis secundair aansprakelijk werd gesteld door een bezoeker, die op de roltrap werd getroffen door een mobiele telefoon die een andere bezoeker van het warenhuis vanaf een hogere verdieping had laten vallen.<sup>201</sup> De vordering tegen dit warenhuis uit hoofde van onrechtmatige gevaarzetting werd door de rechtbank afgewezen. De kans dat een telefoon die langs de roltrappen in het warenhuis voorbij meerdere verdiepingen zou vallen de onderhavige schade veroorzaakt, is dusdanig klein, dat van het warenhuis niet kon worden gevergd dat het daartegen veiligheidsmaatregelen trof, aldus de rechtbank (r.o. 5.2).

Ten opzichte van de beperkt beschikbare jurisprudentie over de secundaire zorgplicht van de overige ruimten, merk ik op dat er wel relatief veel jurisprudentie beschikbaar is over de secundaire aansprakelijkheid van supermarkten.<sup>202</sup> Gewezen zij ten eerste op de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem, waarin een bezoeker van een supermarkt op de afdeling aardappelen, groente en fruit ('afdeling AGF') was gestruikeld over een druif, die een andere klant had laten vallen.<sup>203</sup> Aansprakelijkheid van de supermarkt werd door het hof afgewezen. Kort gezegd kon van de supermarkt niet worden verlangd dat zij zodanige maatregelen zou treffen dat 'ieder risico op het plaatsvinden van een val als gevolg van op de vloer van de afdeling AGF terechtgekomen (restanten van) groente of fruit wordt uitgesloten' (r.o. 4.17). Eenzelfde kwestie deed zich voor in een ouder arrest van het Gerechtshof Leeuwarden, in een zaak waarin een klant van een zelfbedieningszaak was gevallen over een plas bier op de winkelvloer, die was ontstaan doordat een andere klant een flesje bier op de grond had laten vallen.<sup>204</sup> Het personeel van de winkel had de scherven opgeruimd, maar had de plas bier niet afgebakend toen het een schrobber gingen halen, voor welk nalaten de supermarkt volgens de klant aansprakelijk was. Het hof wees de vordering (in het eindvonnis) toe, in essentie omdat:

201 Rb. Rotterdam 1 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3649.

202 Vgl. de jurisprudentie over de primaire zorgplicht, zoals weergegeven is in paragraaf 5.2.1.

203 Hof Arnhem 10 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH7777.

204 Hof Leeuwarden 20 augustus 1997, ECLI:NL:GHLEE:1997:AJ6482, VR 1998/185.

‘(...) het voor [X] als winkelexploitante betrekkelijk eenvoudig en weinig kostbaar was en is om maatregelen te treffen die kunnen voorkomen dat gevaar, zoals dat zich in casu heeft gemanifesteerd, zich verwezenlijkt ofwel die kans op verwezenlijking van zulk gevaar aanzienlijk verminderen.’ (r.o. 5) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

In de rechtspraak zijn meer uitspraken bekend waarin klanten in verschillende supermarkten over bladgroenten,<sup>205</sup> een banenschil,<sup>206</sup> sperziebonen,<sup>207</sup> een mix groenteresten<sup>208</sup> en een gebakje<sup>209</sup> uitgleden – die waarschijnlijk andere klanten daar hadden laten vallen – en dientengevolge letsel opliepen. In elk van deze gevallen volgde een zeer casuïstische belangenafweging, tussen met name de getroffen voorzorgsmaatregelen versus de oplettendheid die van het winkelend publiek kon worden verwacht.

Van een andersoortige ‘glijpartij’ was sprake in een zaak van het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, in een zaak waarin een vrachtwagenchauffeur bij een onbemand tankstation ten val was gekomen vanwege niet-schoongemaakte olieresten op de grond.<sup>210</sup> Hij stelde het tankstation aansprakelijk, maar werd daarin door het hof niet gevolgd. Het hof overwoog dat van een onbemand tankstation geen per-

205 Hof Leeuwarden 21 augustus 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE6799. Het hof vond aansprakelijkheid van de supermarkt te ver gaan, omdat van een supermarkt niet kon worden verwacht dat er specifiek een werknemer zou worden aangesteld om dit soort ongevallen te voorkomen (r.o. 16). Voor het overige had de supermarkt voldoende maatregelen getroffen. Aansprakelijkheid werd van de hand gewezen (r.o. 18).

206 Gem. Hof NA en Aruba 19 juni 2009, ECLI:NL:OGHNAA:2009:BJ5901. Het hof honoreerde het verweer van de exploitant ‘dat haar schoonmaakdienst, haar instructies aan het personeel, haar deurmatten en haar ruime opzet van de schappen de veiligheidsmaatregelen opleveren die in de gegeven omstandigheden van haar mochten worden verwacht’ (r.o. 2.4). Aansprakelijkheid werd dus afgewezen.

207 Rb. Noord-Holland 6 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3964. Naar het oordeel van de rechtbank had de supermarkt met het genoemde schoonmaakprotocol, in samenhang met de instructies aan het personeel en de voortdurende aanwezigheid van een medewerker (r.o. 4.8), in het algemeen toereikende voorzorgsmaatregelen getroffen (r.o. 4.9). Er was dus geen sprake van onrechtmatig handelen. Aansprakelijkheid werd afgewezen (r.o. 4.10).

208 Rb. Noord-Holland 21 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2596. De rechtbank oordeelde dat van de supermarkt mocht worden verwacht dat zij voldoende veiligheidsmaatregelen zou treffen om de val van de vrouw te voorkomen. Dat de supermarkt dit had gedaan, zoals zij stelde, was niet gebleken. De supermarkt verwees slechts naar een schoonmaakprotocol, maar lichte niet toe hoe het mogelijk was dat er in het gangpad water en groenteresten terecht waren gekomen zonder dat dit was opgemerkt. Hier bovenop gold dat van de bezoeker geen uitzonderlijke aandacht op de winkelvloer kon worden verwacht. De vloer had schoongemaakt moeten worden of de supermarkt had een waarschuwingsbord bij de natte plek moeten plaatsen. Aansprakelijkheid volgde (r.o. 2.13).

209 Rb. ‘s-Hertogenbosch (ktr.) 24 januari 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:AZ8665, hoewel het in deze zaak ging om een werknemer die was uitgleden over een gebakje dat een andere werknemer (en niet een andere bezoeker) waarschijnlijk had laten vallen. Aansprakelijkheid van de werkgever volgde, omdat zij niet zomaar had moeten toestaan dat werknemers gebakjes op de werkvloer nuttigden (r.o. 30-31).

210 Hof ‘s-Hertogenbosch 13 mei 2008, JA 2008/134.

manente controle en schoonmaak kon worden verwacht en dat één grote schoonmaak per week maakte dat het tankstation aan de zorgplicht voldeed. 'Naar zijn aard zal bij een dergelijk onbemand tankstation wat vaker olie of vet op de vloer komen, doch chauffeurs moeten daarop bedacht zijn, zeker als zij daar regelmatig komen', aldus het hof (r.o. 4.18).

In de lagere rechtspraak is in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid<sup>211</sup> met betrekking tot de secundaire zorgplicht van supermarkten eenzelfde belangenafweging te constateren. Zo werd in een zaak van de Rechtbank Midden-Nederland een supermarkt aansprakelijk gesteld door een werkneemster die schouderletsel had opgelopen bij een overval.<sup>212</sup> De overvallers hadden zichzelf toegang verschaft via de deur van het magazijn, die door twee medewerkers was geopend om broodkarren van het laadplatform naar de winkel te verplaatsen. De rechtbank overwoog dat de supermarkt onrechtmatig had gehandeld door geen rekening te houden met de mogelijkheid van een overval via een openstaande magazijndeur. Het had op de weg van de supermarkt gelegen om haar werknemers te instrueren dat de magazijndeuren gesloten moesten worden (r.o. 4.10). Bij dat oordeel speelden de bepalingen uit het eigen veiligheidsprotocol van de supermarkt een rol, meer in het bijzonder met betrekking tot het openen en sluiten van de betreffende deur: 'Het feit dat het kennelijk nodig is gevonden de hierboven genoemde instructies op te stellen, wijst er al op dat dit een voorzienbaar risico was', aldus het hof (r.o. 4.10).<sup>213</sup> In navolging van wat daarover in hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2 is opgemerkt, en de arresten die in dat verband zijn besproken, is de doorwerking van zelfregulering in de secundaire aansprakelijkheidsprocedure óók in de overwegingen van deze uitspraak zichtbaar.

Tot een ander oordeel kwam de Rechtbank Rotterdam in een kwestie waarin een caissière een schotwond opliep bij een overval op de supermarkt, en daarvoor de supermarkt aansprakelijk stelde.<sup>214</sup> De kantonrechter overwoog dat de supermarkt haar zorgplicht niet had geschonden, omdat zij voldoende veiligheidsmaatregelen had getroffen, zoals het plaatsen van camera's, het inschakelen van een beveiliging en het trainen van het personeel om zo goed mogelijk om te gaan met gevaarlijke situaties (r.o. 4.5). Aangezien de supermarkt niet aan haar verzekeringsplicht had voldaan, diende zij desondanks een deel van de schade te vergoeden (r.o. 4.14).<sup>215</sup>

211 Zie over de relevantie van deze uitspraken voor het onderhavige onderzoek hetgeen is opgemerkt in hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.

212 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2602.

213 Zie ook Rb. Rotterdam 21 mei 2012, nr. 1339421 (online raadpleegbaar via de website stichting-piv.nl), waarin een beveiliging van een supermarkt bij een schermutseling met een winkeldief schade opliep door een dichtklappend toegangspoortje, waarvoor hij de supermarkt aansprakelijk stelde. De rechtbank ging hier niet in mee, omdat de supermarkt niet meer dan één beveiliging hoefde in te zetten, er niet noodzakelijk een noodknop op het poortje aanwezig hoefde te zijn en het poortje niet ondeugdelijk was (r.o. 5.8-5.11).

214 Rb. Rotterdam 8 mei 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BF8892, RAR 2008/142.

215 Zie over die verzekeringsplicht ook Rb. Almelo (ktr.) 6 december 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU8571.



Ik wijs bovendien, en wederom in de context van de werkgeversaansprakelijkheid, op een secundaire aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen een apotheek vanwege schade geleden door een overval.<sup>216</sup> De werknemster in kwestie werkte als apothekersassistente in een apotheek die 24 uur per dag geopend was. Op een nacht, toen de werknemster alleen aan het werk was, drongen drie personen de apotheek via de achterzijde binnen met als doel de apotheek te overvallen. De werknemster sprong vervolgens uit angst uit een raam op de bovenverdieping aan de voorzijde van de apotheek, waarbij zij letsel opliep. Het hof knoopte in het kader van de zorgplichtschending van de werkgever (art. 7:658 BW) expliciet aan bij de *Kelderluik*-criteria, en oordeelde vervolgens dat van een schending van de zorgplicht van de apotheek als werkgever wel degelijk sprake was. In dit verband was doorslaggevend dat de werkgever rekening had moeten houden met een overval en dat van de werkgever verwacht had mogen worden dat hij, voordat de overval zich voordeed, meer maatregelen ter voorkoming daarvan zou hebben getroffen. De werkgever was dan ook aansprakelijk voor de door de werknemster geleden en nog te lijden schade (r.o. 3.10.9).

Ook werd een bank secundair aansprakelijk gesteld voor de schade geleden door een overval.<sup>217</sup> De klant in kwestie werd na een geldopname voor haar huis beroofd en stelde daarvoor de bank aansprakelijk. De klant stelde daartoe dat de bank gevaarscheppend had gehandeld door open en bloot geld uit te tellen aan een balie waar 'kas' boven stond, in een filiaal waarbij iedereen vanaf de weg zicht had op degenen die aan de balie stonden. Door de open inrichting van het filiaal en het ontbreken van de mogelijkheid om geld in een aparte ruimte in ontvangst te nemen, zou de bank de kans op schade als gevolg van diefstal of beroving hebben vergroot. De rechtbank wees de aansprakelijkheid, met een expliciete verwijzing naar de *Kelderluik*-factoren in r.o. 3.2, van de hand, concluderende dat van de klant mocht worden verwacht dat zij bij het opnemen van het geld en het daarmee over straat gaan de nodige oplettendheid en voorzichtigheid in acht zou nemen. Het gevaar om beroofd te worden was onlosmakelijk verbonden aan de functie van een bankfiliaal, aldus de rechtbank. Bovendien zou het nemen van aanvullende maatregelen voor de bank wellicht (financieel) niet zo bezwaarlijk zijn geweest, maar was het volgens de rechtbank maar zeer de vraag of deze aanvullende maatregelen hadden voorkomen dat de klant beroofd zou zijn (r.o. 3.12).

In het verlengde daarvan wijs ik ook op een uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage, in een zaak waarin een werknemer van een bedrijf dat beveiligingsapparatuur voor geldtransport aan banken en aan andere financiële instituties aanbood, bij het verlaten van de beveiligde kluisruimte verrast werd door een overvaller die door een gat in het houten plafond naar beneden sprong en de werknemer bedreigde en verwondde.<sup>218</sup> De werknemer stelde zijn werkgever aansprakelijk, omdat het plafond niet in goede staat verkeerde. Het hof ging hier in mee. De

216 Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:453, JA 2015/60, m.nt. J.P. Quist.

217 Rb. Rotterdam (ktr.) 30 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10617.

218 Hof 's-Gravenhage 23 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9629.

werkgever had zijn zorgplicht jegens de werknemer geschonden: van de werkgever mocht worden verwacht dat hij de zwakke plek in het plafond ontdekt zou hebben en vervolgens adequate maatregelen zou hebben getroffen, aldus het hof (r.o. 3.2 en 3.3).

Ook zij in dit verband gewezen op de secundaire aansprakelijkheidsprocedure ingesteld tegen een groothandel.<sup>219</sup> In deze zaak had de ene bezoeker een grafsteen gekanteld om deze beter te bekijken, waarna de steen vervolgens op het been van de andere bezoeker (het slachtoffer) belandde. De verzekeringsmaatschappij van het slachtoffer stelde de groothandel aansprakelijk, omdat de opstelling van de zware stenen gevaarzettend zou zijn geweest. De rechtbank volgde de verzekeraar niet in dit betoog. Zo oordeelde de rechtbank:

‘Naar het oordeel van de rechtbank kan het als feit van algemene bekendheid worden beschouwd dat gedenk- / grafstenen vanwege hun aard en omvang zwaar zijn, in het bijzonder indien het uit natuursteen gehouwen stenen betreft, zoals bij een groothandel in natuursteen gebruikelijk is, en dat losstaande gedenk- / grafstenen als elk ander losstaand, opstaand object als gevolg van een duwende of trekkende beweging kunnen omvallen. Voorts kan als feit van algemene bekendheid worden beschouwd dat de val van een opstaand object met een dergelijke omvang en zwaarte tot aanzienlijke schade kan leiden. Hieruit volgt dat voor de gemiddelde bezoeker (...) het gevaar van omvallen van één van de (natuur)stenen bij het trekken en/of duwen daarvan kenbaar is geweest en ook voorzienbaar is geweest dat dat aanzienlijke schade, waaronder (ernstig) lichamelijk letsel, tot gevolg kan hebben. Van deze stenen gaat gezien hun aard en omvang al een waarschuwend effect uit. Gelet op deze veronderstelde kennis zal de gemiddelde bezoeker de nodige voorzichtigheid in acht nemen en er niet toe overgaan dergelijke stenen te kantelen.’ (r.o. 4.7) [mijn onderstreping, KLM]

Tot slot zij gewezen op de uitspraak over de aansprakelijkheid van IKEA, in een zaak waarin een kind door een ander kind in een ballenbak werd geduwd en daarbij letsel opliep.<sup>220</sup> De rechtbank overwoog dat op IKEA, die de opvang van kinderen tijdens het winkelen van hun ouders/begeleiders in haar vestiging faciliteert, een zorgplicht rust ten aanzien van de veiligheid van die kinderen. De kinderen worden immers door hun ouders aan de zorg van IKEA toevertrouwd en komen daar onder toezicht van IKEA te staan (r.o. 4.5).<sup>221</sup> Desalniettemin wees de rechtbank de aansprakelijkheid vervolgens van de hand, overwegende:

‘Volgens [de ouder] moeten er minimaal twee toezichthouders aanwezig zijn. Als een medewerker bezig is met het inschrijven van een nieuw kind kan de andere medewerker toezicht houden op de spelende kinderen, aldus [de ouder]. De recht-

219 Rb. Utrecht 24 maart 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM4090.

220 Rb. Limburg 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8016.

221 Vgl. de ratio achter het ‘in loco parentis’-beginsel, zoals in hoofdstuk 2, paragraaf 2.4 werd besproken.

bank is van oordeel dat Ikea aan haar zorgplicht voldaan heeft door één medewerker toezicht te laten houden op het groepje van drie spelende kinderen. De rechtbank is niet gebleken dat er in 2014 een geschreven of ongeschreven norm bestond waaruit blijkt dat er minimaal twee toezichthouders vereist zijn bij een groepje van drie kinderen in de leeftijd van drie tot en met vijf jaar. (...) In de stelling van [de ouder] ligt besloten dat hij van de toezichthoudende medewerker verlangt dat deze alle aanwezige kinderen altijd tegelijkertijd in het oog houdt. Dat is in de praktijk niet mogelijk. Een incident waarbij het ene kind het andere duwt, kan in een oogwenk gebeuren. (r.o. 4.5) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

### 5.3.2 HORECA- EN VERBLIJFSGELEGENHEDEN

Illustratief voor de secundaire zorgplicht van horeca- en verblijfgelegenheden is in de eerste plaats een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch over de secundaire aansprakelijkheid van een café, zoals deze in paragraaf 4.2.1 al kort aan bod kwam.<sup>222</sup> In deze zaak was een bezoeker van een café door andere gasten ernstig mishandeld, waarvoor hij het café aansprakelijk stelde. Dát in het algemeen op het café een secundaire zorgplicht rust, inhoudende dat bezoekers in beginsel bescherming verdienen tegen schadeveroorzakend gedrag van derden, volgt uit de – van de rechtbank overgenomen – overweging van het hof:

‘(...) De rechtbank hanteert als uitgangspunt dat een café-eigenaar in beginsel jegens de bezoekers van het café verplicht is deze te beschermen tegen het risico van overlast of geweldpleging door andere bezoekers en dat deze plicht onder omstandigheden kan meebrengen dat de café-eigenaar gehouden is de betrokkenen de toegang tot het café te ontzeggen dan wel maatregelen dient te treffen ter voorkoming van dergelijke risico's.’ (r.o. 4.3)<sup>223</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Het verwijt van de bezoeker zag volgens het hof zowel op de algemene zorgplicht van de cafébaas om te zorgen voor de veiligheid van de bezoekers van zijn café als op de specifieke of bijzondere zorgplicht van de cafébaas en diens personeel om, nadat de bezoeker in het café was mishandeld, hem voldoende (na)zorg te verlenen (r.o. 4.2.1). Het hof maakte vervolgens in zijn verdere beoordeling ook onderscheid tussen deze algemene en bijzondere zorgplicht. Met betrekking tot de *algemene* zorgplicht zoomde het hof in op de vraag welke voorzorgsmaatregelen van de beheerder van een café kunnen worden verlangd ter bescherming van de veiligheid van de bezoekers van het café. Het hof concludeerde in deze zaak dat het personeel voldoende alert had gereageerd door 112 te bellen. Het hof nam daarbij in aanmerking dat uit de overgelegde verklaringen in deze procedure duidelijk naar voren was gekomen dat de mishandeling een chaotische situatie in het café veroorzaakte; dit verklaarde dat de handelingen van het personeel niet geheel op elkaar afgestemd waren (r.o. 4.3.8). Bovendien was van de mishandelaars, de primaire partijen, niet bekend dat zij eerder incidenten in het specifieke café had-

222 Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AS9440 (*Café La Berry*).

223 Zie hierover ook Van Rooij 2018, p. 176-177.

den veroorzaakt (r.o. 4.3.2) en hoefde van de portiers niet te worden verwacht dat de groep mishandelaars non-stop nauwlettend in de gaten werden gehouden (r.o. 4.3.3).

Met betrekking tot de *bijzondere* zorgplicht stelde het hof bij zijn beoordeling voorop:

‘De algemene zorgplicht van een exploitant van een café en zijn personeel verscherpt zich naar het oordeel van het hof in een bijzondere zorgplicht op het moment dat een bezoeker als gevolg van een mishandeling in het café (ernstig) gewond is geraakt. Op grond van die bijzondere zorgplicht is de cafébaas en diens personeel alsdan gehouden aan een gewonde bezoeker op zorgvuldige wijze hulp te verlenen. Nu [de cafébaas] stelt dat zijn personeel ten tijde van de mishandeling van [de bezoeker] voldoende was opgeleid, meer in het bijzonder dat hij zijn personeel een EHBO-cursus liet volgen (...) mag van [de cafébaas] en zijn personeel verwacht worden dat zij bij het verlenen van die zorg aan [de bezoeker] adequaat handelen en daarbij de EHBO-voorschriften in acht nemen.’ (r.o. 4.4) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Het hof benadrukte dus dat – zodra een bezoeker als gevolg van een mishandeling in die horecagelegenheid gewond is geraakt – de algemene zorgplicht als het ware ‘van kleur verschiet’ in een bijzondere zorgplicht. Naar mijn lezing meent het hof daar niet veel meer mee te zeggen dan dat van de personeelsleden van het café méér mag worden verwacht in termen van (het verlenen van) zorg: het houden van toezicht is niet meer voldoende om aan deze bijzondere zorgplicht te voldoen, maar verwacht mag worden dat de personeelsleden ook daadwerkelijk (en op een zorgvuldige wijze) actief hulp verlenen. Het hof concludeerde vervolgens, in een vrij uitvoerig gemotiveerd arrest, dat niet kon worden aangenomen dat het café in kwestie zijn secundaire – bijzondere – zorgplicht had geschonden met betrekking tot het feit dát de bezoeker schade had opgelopen doordat hij door de primaire partijen kon worden mishandeld. Wel kon het café aansprakelijk worden gehouden voor de schade veroorzaakt door het niet geven van de juiste nazorg direct na de mishandeling; voor de beantwoording van de vraag of dit handelen had bijgedragen aan de ernst van het letsel, achtte het hof een deskundigenonderzoek noodzakelijk (r.o. 4.5).

Ook is in dit verband relevant een uitspraak van het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch over de secundaire aansprakelijkheid van een camping.<sup>224</sup> In deze zaak was een campinggast in een stuk glas gestapt, waarvoor hij de campingbeheerder aansprakelijk stelde. Het hof oordeelde, net als de rechtbank, dat de camping redelijkerwijs voldoende maatregelen had getroffen om het niet volledig uit te sluiten risico tot een minimum te beperken (r.o. 3.5.5). Deze maatregelen bestonden uit het gehanteerde afvalbeleid, het houden van toezicht en het tweemaal per jaar laten

224 Hof ‘s-Hertogenbosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4356.

uitdiepen van de sloot (r.o. 4.2 eerste aanleg). Indachtig de *Kelderluik*-criteria, concludeerde het hof vervolgens:

‘Met de rechtbank komt het hof dan ook tot de slotsom dat de waarschijnlijkheid dat een campinggast blootvoets de sloot betreedt en daarbij letsel oploopt als in dit geval, gegeven de door de camping reeds getroffen maatregelen, zo gering was dat de camping daar redelijkerwijs niet méér rekening mee hoefde te houden dan zij deed. In dat geval kan de camping niet worden verweten dat zij heeft gehandeld in strijd met zorgvuldigheidseisen die voortvloeien uit hetgeen haar jegens [de bezoeker] in het maatschappelijk verkeer betaamt, noch door het nalaten van verdergaande veiligheidsmaatregelen, noch door het nalaten van een specifieke waarschuwing voor een ter plekke bestaand gevaar.’ (r.o. 3.5.5) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Daarbij wijs ik bovendien op het feit dat het hof in zijn overwegingen betrok dat ‘in dit geval niet is gesteld of is gebleken dat door of vanwege de overheid of de branche ter zake regels of voorschriften zijn opgesteld en/of niet in acht zijn genomen’ (r.o. 3.5.5). Zo is ook in deze uitspraak de (potentiële) relevantie van overheidswetgeving én zelfregulering in de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van een overige ruimte (opnieuw) zichtbaar (zie eerder hoofdstuk 2, paragraaf 3.4).

Qua casus is vergelijkbaar de uitspraak van de Rechtbank Overijssel, in een zaak waarin een discotheek aansprakelijk werd gesteld voor het voetletsel dat een bezoeker had opgelopen door in een stuk glas te stappen.<sup>225</sup> In het tussenvonniss oordeelde de rechtbank al dat de enkele omstandigheid dat er een stuk(je) glas op de vloer lag, niet voldoende was om onrechtmatig handelen aan te nemen. Daarvan is slechts dan sprake, aldus de rechtbank, indien komt vast te staan dat er sprake was van een, anders dan kort na een incident, dusdanig en onnodig langdurige hoeveelheid glas op de vloer in de discotheek dat zulks onrechtmatig handelen van de discotheek jegens de bezoeker opleverde (r.o. 4.1). In het eindvonnis oordeelde de rechtbank dat de bezoeker in dat bewijs was geslaagd. De discotheek had erop bedacht moeten zijn dat de bezoekers niet specifiek stevig schoeisel aan zouden doen en dat zij niet bedacht zouden zijn op glas op de grond. De discotheek had eenvoudig voorzorgsmaatregelen kunnen nemen, door bijvoorbeeld plastic in plaats van glas te gebruiken, glas op de dansvloer te verbieden of de vloer regelmatig schoon te maken (r.o. 2.25).

In de lagere rechtspraak zijn twee voorbeelden bekend van secundaire aansprakelijkheidsprocedures tegen een studentenvereniging.<sup>226</sup> In de eerste uitspraak van de Rechtbank ‘s-Gravenhage had een student tijdens een door zijn studentenver-

225 Zie het tussenvonnis Rb. Overijssel 30 september 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4539 en het eindvonnis Rb. Overijssel 7 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3592.

226 Voor een voorbeeld van een secundaire aansprakelijkheidsprocedure tegen een studentenvereniging tijdens een sportactiviteit, althans tijdens een zeilkamp, zij gewezen op de ook in hoofdstuk 4, paragraaf 5.3.2 besproken uitspraak HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Groot/lo Vivat*).

eniging georganiseerde maaltijd – waarbij het kennelijk gebruikelijk was om met het eten te gooien – oogletsel opgelopen doordat een medestudent een sparerib in zijn oog had gegooid.<sup>227</sup> Dit oogletsel was zodanig, dat het oog van de student moest worden verwijderd. De student stelde dat de vereniging aansprakelijk was voor zijn schade, in welke stelling hij door de rechtbank werd gevolgd. In het oordeel van de rechtbank speelde een rol dat (1) de vereniging wist dat tijdens deze maaltijden met eten werd gegooid, (2) er alcohol werd gedronken, (3) het in verband met de groepsdruk moeilijk is voor een lid om zich aan een dergelijke situatie te onttrekken en bovendien dat (4) in het verleden al eerder bij dergelijke eetgoofestijnen letsel was ontstaan (r.o. 4.3 en 4.4). Het ongeval was daarmee voorzienbaar – de vereniging had van dit eerdere incident moeten leren door de ten tijde van het ongeval genuttigde happen te vervangen door happen waarbij geen harde en scherpe resten overblijven (r.o. 4.4) – en de secundaire zorgplichtschending een feit. Wel achtte de rechtbank eigen schuld aan de zijde van de student aanwezig, omdat hij zich bewust zou hebben begeven in een situatie waarvan hij wist dat daar met harde en scherpe etensresten werd gegooid en ook wist dat er al eerder leden waren die daarbij verwondingen in het gezicht hadden opgelopen (r.o. 4.7).

In lijn met deze uitspraak is het vonnis van de Rechtbank Zwolle, in een zaak waarin een bezoeker van een studentensociëteit in niet tijdig opgeruimde glasscherven op de vloer was gevallen en bij die val ernstig letsel opliep.<sup>228</sup> De rechtbank achtte de studentenvereniging op grond van de onrechtmatige daad aansprakelijk. Daarbij verwierp zij het verweer dat de bezoekers in zekere mate het risico hadden aanvaard dat zij in de omstandigheden waarin zij verkeerden schade zouden kunnen oplopen, vanuit de gedachte dat:

‘Indien glaswerk valt ter plaatse waar veel mensen bijeen zijn – en waar derhalve altijd iets onverwachts kan gebeuren – zijn onmiddellijk maatregelen geboden, ten einde het gevaar dat iemand zich aan het glas zou kunnen verwonden te voorkomen. Indien en voor zover het dienstdoende personeel die maatregelen niet althans niet afdoende neemt, kan een dergelijk nalatig handelen als onrechtmatige daad aan de organisator van die soosavond worden toegerekend.’ (r.o. 4.2)

Nu de barvrouw de glazen had zien vallen, maar niet had kunnen opruimen omdat zij alleen stond, concludeerde de rechtbank dat door het dienstdoende personeel geen afdoende maatregelen waren genomen en dat dit nalaten als een onrechtmatige daad aan de vereniging kon worden toegerekend.

Anders oordeelde de rechtbank in een procedure omtrent de secundaire aansprakelijkheid van een (fastfood)restaurant (McDonald’s). In deze zaak was een bezoeker uitgedegen over ‘vloeistof’ op de vloer, waarvoor zij McDonald’s aansprakelijk

227 Rb. ‘s-Gravenhage 21 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9020, VR 2007/154 (*Sparerib gooiende medestudent*).

228 Rb. Zwolle 16 december 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AI8747, Prg. 1993/3810.

stelde.<sup>229</sup> Volgens de rechtbank was het voor bezoekers voorzienbaar en zichtbaar dat er etensresten of vloeistoffen op de grond zouden kunnen liggen, terwijl het voor McDonald's een niet te vermijden omstandigheid was (r.o. 4.9). McDonald's hoefde dus niet ieder risico uit te sluiten en de genomen voorzorgsmaatregelen, bestaande uit een uitvoerige schoonmaakplanning, waren voldoende (r.o. 4.10 en 4.13).

Tot slot, en in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid, zij gewezen op de uitspraak van de Rechtbank Utrecht, waarin een nachtportier van een hotel slachtoffer was geworden van een gewapende overval.<sup>230</sup> Hij stelde zijn werkgever, het hotel, aansprakelijk voor de schade die hij daardoor had geleden. De kantonrechter overwoog dat van het hotel kon worden verwacht dat het, naast het treffen van veiligheidsmaatregelen, zijn werknemers goed instrueerde over de veiligheidsmaatregelen en over de handelswijze in het geval van een overval, zéker nu de werknemer een nachtportier was en zich derhalve in een extra kwetsbare situatie bevond. Het hotel kreeg van de rechtbank een bewijsopdracht opgelegd om aan te tonen dat het zijn zorgplicht niet had geschonden (r.o. 4.6).

### 5.3.3 OVERIGE SPEL- EN RECREATIERUIMTEN

In dit verband zij in de eerste plaats gewezen op de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam, omtrent de aansprakelijkheid van (onder andere) de organisator van de Westfrieze Flora, waarbij vele bezoekers besmet raakten met legionella.<sup>231</sup> De whirlpoolhandelaars werden al eerder aansprakelijk gesteld voor deze schade, daar waar de legionella middels de whirlpool de ruimte 'binnen was gekomen'.<sup>232</sup> De eiser stelde in een collectieve actie tegen de organisator dat deze partij (ook) een veiligheidsnorm had geschonden door onvoldoende toezicht te houden op de door de standhouders getroffen maatregelen. Het hof oordeelde in deze uitspraak dat de organisator niet bekend was of behoorde te zijn met het gevaar van het tentoonstellen van whirlpools en dat er dus geen algemene zorgplicht gold om ter voorkoming van dat gevaar toezicht te houden op de standhouders. Evenmin kon volgens het hof worden aangenomen dat er toentertijd een ongeschreven veiligheidsnorm bestond die inhield dat de organisatie in kwestie verplicht was om ter voorkoming van gevaren die zij niet kende of behoorde te kennen, onderzoek te doen naar mogelijke risico's verbonden aan de activiteiten van de door haar toegelaten standhouders (r.o. 5.9).

229 Rb. Zwolle-Lelystad 8 september 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BO5031.

230 Rb. Utrecht (ktr.) 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BT8679 (*Bastion Hotel Groep/Aegon Schadeverzekering*).

231 Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (*Westfrieze Flora*).

232 Nu deze partij geen beheerder van een private ruimte betreft, wordt deze uitspraak niet in het onderhavige onderzoek betrokken. Ik verwijs daarom kortheidshalve naar HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, NJ 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella*), waarin de Hoge Raad tot aansprakelijkheid van deze partij oordeelt.



Ook wijs ik op een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam over de secundaire aansprakelijkheid van een museum, te weten het Rijksmuseum.<sup>233</sup> In deze zaak waren twee bezoekers door een andere bezoeker mishandeld, waarvoor zij het Rijksmuseum aansprakelijk stelden. De bezoekers legden aan hun vordering ten grondslag dat het Rijksmuseum jegens hen onrechtmatig zou hebben gehandeld omdat het 'is tekortgeschoten in [zijn] taak de veiligheid van personen binnen het museumgebouw te waarborgen'. Zo had de andere bezoeker vanwege zijn agressieve houding de toegang tot het Rijksmuseum ontzegd moeten worden, dan wel had hij door het personeel van het Rijksmuseum uit het gebouw moeten worden verwijderd, aldus de slachtoffers. Daarnaast stelden zij dat het Rijksmuseum had nagelaten voldoende preventieve veiligheidsmaatregelen te treffen teneinde incidenten als het onderhavige te voorkomen én dat de medewerkers van het Rijksmuseum onvoldoende adequaat hadden ingegrepen nadat de mishandeling was aangevangen (r.o. 6). De rechtbank oordeelde dat het Rijksmuseum niet tekort was geschoten in het nemen van maatregelen in het belang van de veiligheid van de bezoekers, daartoe overwegende:

'(..) De activiteiten die het Rijksmuseum ontplooit zijn op zichzelf niet van dusdanige aard dat het bedacht behoeft te zijn op gewelddadige confrontaties tussen bezoekers onderling. Het Rijksmuseum behoeft daarom geen bijzondere voorzorgsmaatregelen te nemen om een zo uitzonderlijk risico uit te sluiten of te verminderen. Ook de omstandigheid dat het Rijksmuseum een voor het publiek toegankelijke instelling is brengt een dergelijke zorgplicht nog niet mee. Daarbij komt nog dat een incident als het onderhavige zich nooit eerder heeft voorgedaan in het Rijksmuseum. Nu bovendien is gesteld noch gebleken dat bepaalde maatregelen ter voorkoming van incidenten als het onderhavige zijn aangewezen laat staan dat deze eenvoudig zijn te nemen, is de rechtbank van oordeel dat van het Rijksmuseum redelijkerwijs niet gevergd kon worden dat zij dergelijke veiligheidsmaatregelen zou treffen.' (r.o. 10) [mijn onderstreping, KLM]

De rechtbank wees de secundaire aansprakelijkheid van het Rijksmuseum, op grond van de hiervoor genoemde omstandigheden zoals de aard van de ontplooiende activiteiten, de waarschijnlijkheid van het ongeval in het licht van eerdere incidenten en de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen, van de hand.

Gewezen zij ook op een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch, in een zaak waarin – in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid – een partycentrum aansprakelijk werd gesteld voor de gevolgen van een overval.<sup>234</sup> De werkneemster in kwestie had daarbij een pistool tegen haar hoofd geplaatst gekregen en werd gedwongen om de kluis te legen en het geld te overhandigen. Zij raakte hierdoor arbeidsongeschikt en stelde het partycentrum, haar werkgever, aansprakelijk.

233 Rb. Amsterdam 11 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO9251, NJF 2004/245 (Rutt/Rijksmuseum).

234 Rb. 's-Hertogenbosch (ktr.) 2 augustus 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AU2069, JAR 2005/194, m.nt. M.S.A. Vegter (Nibbelke/Playland).

De werkgever zou onvoldoende hebben gedaan om de overval te voorkomen, en bovendien te weinig nazorg hebben verleend. De kantonrechter wees de vorderingen van de werkneemster af, nu van tekortschietend handelen van de werkgever geen sprake was. Zo was er een aantal bewakingscamera's in de ruimte geplaatst, waaronder bij de kassa, en was de overval geregistreerd. Bovendien functioneerde de alarmknop en was er kort voor de overval een risico-inventarisatie en -evaluatie ('RI&E') gemaakt door een veiligheidsdeskundige, welke RI&E ook was goedgekeurd. De werkneemster volgde daarnaast en ten tijde van de overval een speciale opleiding voor het personeel van amusementscentra, met daarbij specifieke instructies met betrekking tot de omgang met geweld en overvallen. Deze instructies stonden ook in het aan het personeel ter beschikking gestelde handboek. De werkgever had volgens de kantonrechter ook voldoende nazorg geboden: zo was er sprake van regelmatig telefonisch contact, had de werkgever haar tweemaal thuis bezocht en was op kosten van de werkgever het bedrijfsmaatschappelijk werk ingeschakeld. Bovendien was had de werkgever traumabegeleiding en een psycholoog ingeschakeld. De werkgever was om deze redenen niet aansprakelijk voor de schade van de werkneemster.

## 6 CONCLUSIE: DE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN DE OVERIGE RUIMTEN

### 6.1 DE (SECUNDAIRE) AANSPRAKELIJKHEID VAN DE OVERIGE RUIMTEN: ALGEMENE CONCLUSIES

'Veel mensen die gezelligheidsuitjes organiseren voor hun vereniging, club of anderszins – denk ook aan kinderfeestjes – realiseren zich meestal niet de risico's op aansprakelijkheid die zij lopen als er iets mis gaat. Misschien is dat ook maar beter zo. Het houdt in ieder geval de juridisering buiten de deur.'<sup>235</sup>

Uit de in paragraaf 5 besproken rechtspraak over de zorgplicht van beheerders van ruimten als winkels en winkelcentra, horeca- en verblijfsgelegenheden en andere spel- en recreatieruimten, volgt dat Vranken in het hiervoor weergegeven citaat terecht spreekt over 'risico's op aansprakelijkheid' bij (de organisatie van) evenementen of activiteiten. Bezoekers weten ook de 'verder verwijderde derden' in de vorm van de in dit hoofdstuk gedefinieerde overige ruimten te vinden, en dat leidt geregeld tot de aansprakelijkheid van deze toezichthoudende partijen tot vergoeding van de (door de primaire partij veroorzaakte) schade.

Wat aan de aansprakelijkheidsprocedures vooraf – of juist: achteraf – gaat, is het (on)veiligheidsgevoel dat bezoekers in deze ruimten ervaren. Uit de in paragraaf 2 besproken empirische onderzoeken blijkt dat veel bezoekers zich in subjectieve zin onveilig voelen op openbare evenementen, maar ook in en rondom horeca- en

<sup>235</sup> Vranken in zijn annotatie onder HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492, sub 14 (*De Groot/Jo Vivat*).

verblijfsgelegenheden en winkels en winkelcentra voelen mensen zich geregeld onveilig.<sup>236</sup> Ook blijkt uit de besproken onderzoeken dat in verreweg de meeste gevallen van agressie of geweldpleging alcohol in het spel was, en dat alcoholgebruik van medebezoekers van invloed is op de veiligheid van (andere) bezoekers.<sup>237</sup> Naast alcohol blijkt ook het gebruik van drugs door de primaire partij het risico op gevaarzettende handelingen te vergroten.<sup>238</sup> Nu de bezoekers van horeca- en verblijfsgelegenheden en een groot gedeelte van de overige spel- en recreatieruimten in vergelijking met de algemene bevolking gemiddeld meer alcohol en drugs gebruiken,<sup>239</sup> zullen met name deze ruimten zich bewust moeten zijn dat zij geacht worden hun bezoekers – in de woorden van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch – ‘te beschermen tegen het risico van overlast of geweldpleging door andere bezoekers’. Deze zorgplicht kan onder omstandigheden meebrengen dat de beheerder van een dergelijke ruimte andere bezoekers bijvoorbeeld de toegang tot de ruimte dient te ontzeggen dan wel concrete maatregelen treft ter voorkoming van bepaalde (voorzienbare) risico's.<sup>240</sup>

Zoals in paragraaf 3 van dit hoofdstuk is besproken, geldt dat de invloed van alcohol- en drugsgebruik op het potentieel te vertonen schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij in dergelijke horecagelegenheden meegewogen dient te worden bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht. Zo hebben de beheerders van horecagelegenheden kennis of behoren deze beheerders kennis te hebben van de feiten dat (1) met name drankgebruik binnen deze ruimte (relatief gezien) is genormaliseerd, maar ook drugsgebruik voor kan komen, en (2) drank- en/of drugsgebruik het risico op gevaarzettende handelingen door primaire partijen vergroot. De kenbaarheid (voorzienbaarheid) van de gemiddeld hogere risico's na het nuttigen van drank en/of drugs in horecagelegenheden, kan zich vertalen in hoge(re) verwachtingen in termen van toezicht en preventie. Voor de beheerders van deze ruimten kan vooraf immers gemiddeld beter in te schatten zijn tot welke (meer) specifieke gevaren de secundaire zorgplicht precies strekt. Bovendien wordt het gebruik van (vaak) alcohol en (minder vaak) drugs veelal door de ruimte gefaciliteerd (zij heeft daarbij een commercieel belang) en kan op het gebruik ervan dus ook invloed uitgeoefend worden. Ook dit kan verwachtingen met betrekking tot de inperking van daardoor ontstane hogere risico's op schade voor derden (mede-bezoekers) met zich meebrengen.<sup>241</sup> Bij het uitblijven van op die risico's geënte voorzorgsmaatregelen, zal de beheerder van de horecagelegenheid – als vast komt te staan dat de (beschonken) primaire partij (mede) daardoor schade aan een derde kon berokkenen – eerder voor die schade aansprakelijk zijn dan een beheerder van

236 CBS 2018, p. 104.

237 Trimbo's-instituut 2013, p. 61 en 114; WODC 2016, p. 22; VeiligheidNL 2019b, p. 15 e.v.

238 Vgl. Trimbo's-instituut 2017, p. 22.

239 Trimbo's-instituut 2016, p. 75.

240 Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AS9440, r.o. 4.3 (*Café La Berry*). Vgl. Van Rooij 2018, p. 176-177. Zie over de rol die alcohol- en drugsgebruik (ook) in de primaire zorgplichttoets speelt, de besproken uitspraak van Rb. Zeeland-West-Brabant 13 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4354 (*Gatorwagentje Concert at Sea*).

241 Vgl. Van Rooij 2017, p. 340.

een ruimte waarin de ontplooide activiteit naar haar aard géén verhoogde kans op schadeveroorzakend gedrag met zich meebrengt. Een en ander wordt ondersteund door de in paragraaf 3.2 besproken rechtspraak, waaruit volgt dat alcoholgebruik van bezoekers een omstandigheid is die door de rechter ook daadwerkelijk bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht wordt betrokken.

Tot slot geldt dat, op basis van de in paragraaf 4 besproken wet- en regelgeving, geconcludeerd kan worden dat zelfregulering een (meer) belangrijke rol lijkt te spelen in de rechtspraak gewezen over de secundaire zorgplicht van de overige ruimten.<sup>242</sup> Dit kwam reeds aan de orde in de rechtspraak en literatuur die werd besproken in hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2. Ook in diverse andere uitspraken, zoals deze werden besproken in paragraaf 5 van dit hoofdstuk, bleken de normen zoals die besloten liggen in door de betreffende branche opgestelde huisregels, gedragscodes, leidraden, samenwerkingsovereenkomsten en andere plannen of aan zelfregulering verwante normen, van waarde te kunnen zijn bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW. De hier besproken rechtspraak rechtvaardigt de conclusie dat het opstellen van dergelijk 'intern beleid' enerzijds tegemoetkomt aan bepaalde wettelijke verplichtingen of aan de algemene zorgplicht van een secundaire partij, maar anderzijds dus ook de (nieuwe) verplichtingen tot de handhaving ervan in het leven kan roepen (en de secundaire partij zodoende kan worden 'tegengeworpen').

## 6.2 DE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN DE OVERIGE RUIMTEN TEN OPZICHTE VAN DE PRIMAIRE ZORGPLICHT

In dit hoofdstuk is de rechtspraak over de secundaire zorgplicht van de uiteenlopende private ruimten van winkels en winkelcentra, horeca- en verblijfsgelegenheden en overige spel- en recreatieruimten besproken. Reeds om die reden, en nog los van de casuïstiek van de op zichzelf staande uitspraken, is het lastig(er) om gerechtvaardigde conclusies te trekken over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van de overige ruimte ten opzichte van haar primaire zorgplicht, op een manier vergelijkbaar zoals bij scholen, sportverenigingen en opvang- en zorginstellingen in de voorgaande hoofdstukken. Gegeven die nuance, merk ik het volgende op.

In zowel de uitspraken over de primaire als over de secundaire aansprakelijkheid van de overige ruimten komt het in essentie steeds neer op een – door de *Kelderluik*-factoren gestuurde – belangenafweging: hoe waarschijnlijk kan de niet-inachtneming van de vereiste onoplettendheid en voorzichtigheid van klanten worden

---

242 Zie over de rol van zelfregulering in secundaire aansprakelijkheidsprocedures eerder hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2. Mogelijk is de vrij eenvoudige verklaring voor deze 'grottere rol' van zelfregulering in de aansprakelijkheidsprocedures tegen de overige ruimten ten opzichte van de hiervoor besproken ruimten van scholen, sportverenigingen en opvang- en zorginstellingen, dat in dit hoofdstuk meer specifieke ruimten c.q. branches aan bod zijn gekomen, waarvoor dus simpelweg meer specifieke branchegerelateerde normen zijn opgesteld en gelden.

geacht? Hoe groot is de kans dat uit deze niet-inachtneming in of rondom de ruimte ongevallen ontstaan? Hoe ernstig kunnen de gevolgen zijn? Deze vragen worden in de beoordeling van de primaire en de secundaire aansprakelijkheidsvraag vaak 'samengenomen' en vervat in de voorzienbaarheidseis. In het verlengde daarvan speelt ook een rol, zo leerde de rechtspraakanalyse, de bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen door de beheerder van de ruimte. Een 'rode draad' of een 'princiële terughoudendheid' ten opzichte van primaire zorgplichten blijkt *in het algemeen* lastig te destilleren. Dit is, zoals gezegd, door het brede scala aan overige ruimten dat in dit hoofdstuk de revue is gepasseerd, evenals de in de rechtspraak besloten liggende casuïstiek, goed verklaarbaar.

Wel valt op dat, ondanks dat het onderhavige hoofdstuk een grotere en meer uiteenlopende 'groep' ruimten beslaat, er beduidend minder rechtspraak beschikbaar is over de (schending van de) *secundaire* zorgplicht van de beheerders van de overige ruimten ten opzichte van de rechtspraak over diens *primaire* zorgplicht. Ook in vergelijking met de secundaire zorgplicht van (de meer specifieke) ruimten besproken in de hoofdstukken hiervoor, is er minder rechtspraak over de secundaire zorgplicht van de te onderscheiden overige ruimten beschikbaar. Uit deze inventarisatie zou afgeleid kunnen worden dat bij incidenten in en rondom de overige ruimten het accent meer op de vervolging van de primaire partij (zowel straf- als civielrechtelijk) gelegd wordt dan op de consequenties voor de secundaire partij. Daarbij dient ook nog bedacht te worden dat de gevolgen van (herhalend) schadeveroorzakend gedrag van primaire partijen voor de overige ruimten veelal bestuursrechtelijk zullen zijn, zoals de sluiting van een gelegenheid of de intrekking van een vergunning. Onduidelijk blijft echter waarom secundaire aansprakelijkheidsprocedures tegen deze ruimten minder snel door slachtoffers geëntameerd lijken te worden, dan wel in een vroegere fase van de procedure geschikt worden. Een mogelijke verklaring zou kunnen zijn gelegen in eenzelfde rechterlijke 'terughoudendheid' bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van overige ruimten (in bijvoorbeeld tussenvonnissen), zoals deze in het algemeen in de literatuur en in de voorgaande hoofdstukken werd geconstateerd. Ook is het mogelijk dat de maatschappelijke verwachtingen (in termen van toezicht en preventie) bij deze groep zorgdragers relatief lager liggen dan bij scholen, sportverenigingen en opvang- en zorginstellingen het geval is.<sup>243</sup> Uit de besproken rechtspraak en literatuur is echter geen eenduidige verklaring af te leiden.

Tot slot: alhoewel, zoals gezegd, veel van de (wel gewezen, civielrechtelijke) uitspraken over de secundaire zorgplicht van overige ruimten op zichzelf staan en weinig principiële oordelen bevatten, bestaan hierop ook uitzonderingen. Zo is in paragraaf 5.3 een aantal uitspraken beschreven waarin de beheerders van de overige ruimten als secundaire partijen werden aangesproken, en de houding van de rechter als terughoudend kan worden bestempeld.

243 Zie hierover eerder hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.1.

Gewezen zij in de eerste plaats op een tweetal uitspraken waarin de rechter bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van achtereenvolgend een camping en een bouwmarkt een 'negatief vertrekpunt' hanteerde en voor aansprakelijkheid zeer concrete wet- of regelgeving vereiste waarin het specifieke handelen van de secundaire partij moest zijn gereguleerd. Zo werd de secundaire aansprakelijkheid van een camping voor het letsel van een bezoeker die in glas was gaan staan, afgewezen, omdat 'in dit geval niet is gesteld of gebleken dat door of vanwege de overheid of de branche ter zake regels of voorschriften zijn opgesteld en/of niet in acht zijn genomen'.<sup>244</sup> Hetzelfde gold voor de secundaire aansprakelijkheid van IKEA, waarbij een kind in een ballenbak werd geduwd door een ander kind en daarbij letsel opliep.<sup>245</sup> De rechtbank overwoog onder meer dat 'de rechtbank niet is gebleken dat er in 2014 een geschreven of ongeschreven norm bestond waaruit blijkt dat er minimaal twee toezichthouders vereist zijn bij een groepje van drie kinderen in de leeftijd van drie tot en met vijf jaar'. In de besproken uitspraak over de *primaire* aansprakelijkheid van een warenhuis werd door de rechtbank echter (andersom) overwogen dat het feit dat aan de veiligheidsvoorschriften was voldaan, niet aan de onrechtmatigheid (aansprakelijkheid) in de weg stond.<sup>246</sup>

Los van de vraag of de afwijzing van de aansprakelijkheid in de specifieke gevallen wel of niet te billijken was, valt op dat in de laatste uitspraak het *wel* bestaan van bepaalde regelgeving niet aan de toewijzing van de *primaire* aansprakelijkheid in de weg stond, terwijl (omgekeerd) het *niet* bestaan van bepaalde (zeer concrete) regelgeving in de eerste twee uitspraken juist een handvat voor de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid vormde. Ik concludeerde eerder al in de hoofdstukken 3 en 4, paragraaf 6.2 dat de principiële terughoudende beoordeling van secundaire zorgplichten haar uitwerking kan vinden in het opwerpen van (onrealistisch) hoge voorzienbaarheidsdrempels voor de aanname van de zorgplichtschending.<sup>247</sup> Uit deze eerste twee uitspraken blijkt dat die terughoudendheid óók haar uitwerking kan vinden in het vereiste dat zeer concrete wet- of regelgeving moet bestaan waarin het specifieke handelen van de secundaire partij is gereguleerd of gesanctioneerd (in die zaken: de verplichting tot het al dan niet opruimen van glas op een bepaalde locatie of de codificatie van de hoeveelheid toezichthouders in een ballenbak). Of de rechter met de gebezigde redenering daadwerkelijk de secundaire aansprakelijkheid buiten de deur heeft gepoogd te houden, valt niet uit de uitspraken (zelf) af te leiden.

Ook in andere uitspraken valt een (meer principiële) terughoudendheid te ontwaren. Zo kan worden gewezen op de uitspraak over de *secundaire* aansprake-

244 Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4356.

245 Rb. Limburg 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8016.

246 Rb. Haarlem 7 januari 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO1558, hetgeen correspondeert met de in hoofdstuk 2, paragraaf 3.4.2 besproken conclusie dat de schending van normen ontleend aan zelfregulering niet automatisch betekent dat er van onrechtmatig handelen sprake is. Vgl. Giesen 2007, p. 117.

247 Zoals dit nader wordt toegelicht in hoofdstuk 8, paragraaf 4.2.



lijkheid van het Rijksmuseum, waarin de rechtbank als een negatief vertrekpunt bezigde dat het ‘publiek toegankelijk zijn’ van een bepaalde ruimte nog niet per definitie betekende dat er dús een zorgplicht op deze ruimte rust om bijzondere voorzorgsmaatregelen te treffen om een confrontatie tussen twee bezoekers onderling te voorkomen (r.o. 10).<sup>248</sup> In eerdere rechtspraak over de *primaire* aansprakelijkheid van een museum vanwege een valpartij van een bezoeker, werd echter een ander, positief vertrekpunt gehanteerd. De Rechtbank Roermond overwoog in die zaak juist dat vooropgesteld moest worden dat het museum ‘eindverantwoordelijk is voor de veiligheid van haar bezoekers en derhalve op grond van het bepaalde in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek in beginsel aansprakelijk is voor de schade die deze bezoekers mochten lijden indien en doordat die veiligheid niet in acht is genomen’ (r.o. 5).<sup>249</sup>

Eenzelfde – in mijn optiek: niet als vanzelfsprekend – negatief vertrekpunt bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid werd gehanteerd in het arrest over de legionellabesmetting in de Westfriese Flora en de aansprakelijkheid van de organisator van het evenement.<sup>250</sup> Zo merkte het Gerechtshof Amsterdam bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van de laatstgenoemde partij meer in algemene zin op:

‘Omdat Flora niet bekend was of behoorde te zijn met het gevaar voor de gezondheid dat onder omstandigheden verbonden is aan vernevelaars en het tentoonstellen van whirlpools, kan niet worden aangenomen dat (...) een algemene zorgplicht van Flora bestond tot het houden van toezicht op de standhouders ter voorkoming van dat gevaar.’ (r.o. 5.9)

Alhoewel er – vgl. de hiervoor aangehaalde overweging van de Rechtbank Roermond over de aansprakelijkheid van een museum – goede argumenten zouden bestaan om te overwegen dat op de organisator van een (groot commercieel) evenement een plicht rust zich te verdiepen in en zorg te dragen voor de specifieke risico’s die de organisatie van dat bepaalde evenement (in casu: het tentoonstellen van whirlpools) met zich meebrengt, hanteerde het hof in den beginne dus juist een ander (negatief) vertrekpunt bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van de organisator. Secundaire aansprakelijkheid is met dergelijke negatieve uitgangspunten minder snel een gegeven.

De hiervoor genoemde secundaire partijen betreffen private ruimten die op zichzelf bezien weinig gevaarzettende activiteiten ontplooiën. In de uitspraken waarin de secundaire partij een ruimte betreft waarin in beginsel meer gevaarzettende activiteiten worden ontplooid, omdat er bijvoorbeeld alcohol in het spel is (studentenverenigingen, discotheken, cafés), lijkt de rechter in beginsel sneller tot de

248 Rb. Amsterdam 11 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO9251, NJF 2004/245 (Rutt/Rijksmuseum).

249 Rb. Roermond 14 juni 2001, ECLI:NL:RBROE:2001:AB2056.

250 Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (Westfriese Flora).



aanname van secundaire zorgplichten bereid te zijn. Desalniettemin kan ook in sommige van deze uitspraken een bepaalde terughoudendheid worden bespeurd.

Ten eerste wijs ik op de uitspraak over de secundaire zorgplicht van een studentenvereniging voor het letsel opgelopen gedurende een zeilweekend, waarin het hof meer in principiële zin overwoog dat:

'(...) dat in een geval als het onderhavige - waarin sprake is van een studentenvereniging met een gezelligheidskarakter (...) - geen al te hoge eisen mogen worden gesteld aan het toezicht en de aard daarvan op activiteiten van de vereniging. Daarbij speelt mee dat de organisatie van de vereniging (...) en de commissie (...) berust bij leden van die vereniging, zodat het de leden zelf zijn die verantwoordelijk zijn voor de organisatie van activiteiten en het toezicht daarop. Zulks brengt mee dat op de deelnemers aan activiteiten van de vereniging een grote mate van eigen verantwoordelijkheid rust.' (r.o. 3.4)<sup>251</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Goed kan betoogd worden dat in deze overwegingen<sup>252</sup> een meer principiële en abstracte uitspraak wordt gedaan over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van – in casu – een studentenvereniging. Met een verwijzing naar het hiervoor opgenomen citaat uit r.o. 3.4, brengt het 'gezelligheidskarakter van een studentenvereniging' én het feit dat 'de activiteiten door de studenten zelf worden georganiseerd' volgens het hof immers (kennelijk) mee dat bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van de studentenvereniging een bepaalde terughoudendheid betracht dient te worden (hetgeen ik lees in 'dat op de deelnemers aan activiteiten van de vereniging een grote mate van eigen verantwoordelijkheid rust'). Dat lijkt een oordeel te zijn onafhankelijk van de specifieke(re) omstandigheden van het geval: een studentenvereniging zal immers nagenoeg altijd een gezelligheidskarakter hebben – juist dat kenmerkt haar – waarbij de activiteiten stevast door de studenten zelf worden georganiseerd.<sup>253</sup>

251 HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Groot/lo Vivat*), zoals deze uitspraak ook in hoofdstuk 4, paragraaf 5.3.2 reeds aan de orde kwam.

252 En niet zozeer in de feiten die in deze casus tot afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid noopten; dat geldt ook voor de hiervoor besproken uitspraken.

253 Ook zij korthedshalve verwezen naar hoofdstuk 4, paragraaf 6.2, waarin ik wees op de strenge voorzienbaarheidseisen die in dit arrest opgeworpen lijken te worden. Dat de in deze uitspraak te bespeuren terughoudendheid bij de toetsing van de secundaire zorgplicht van studentenverenigingen overigens niet betekent dat een studentenvereniging nooit met succes secundair aansprakelijk kan worden gesteld voor het schadeveroorzakende handelen van een primaire partij, volgt echter uit de tevens in paragraaf 5.3.2 besproken (lagere) rechtspraak. Te wijzen valt op Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9020, VR 2007/154 (*Sparerib gooiende medestudent*), waarin de rechtbank omtrent de aansprakelijkheid van de studentenvereniging overwoog dat de vereniging in de geschetste situatie juist wel verantwoordelijkheid droeg. De 'terughoudende' lijn met betrekking tot deze secundaire aansprakelijkheid zou hooguit daarin kunnen zijn gelegen dat de rechtbank in deze uitspraak eigen schuld aan het ongeval aan de zijde van de student aanwezig achtte, omdat hij zich bewust zou hebben begeven in een situatie waarvan hij wist dat daar met harde en scherpe etensresten werd gegooid en ook wist dat er al eerder leden waren die daarbij verwondingen in het gezicht hadden opgelopen (r.o. 4.7).

Opvallend is in de tweede plaats de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in de procedure over de aansprakelijkheid van Café La Berry, waarin een bezoeker slachtoffer was geworden van een mishandeling door twee andere bezoekers.<sup>254</sup> Het hof onderscheidde hier de algemene en de bijzondere zorgplicht van het café, waarbij het hof opmerkte dat de algemene zorgplicht 'zich verscherpt in een bijzondere zorgplicht op het moment dat een bezoeker als gevolg van een mishandeling in het café (ernstig) gewond is geraakt'. Alhoewel ik al constateerde dat het hof met dit 'van kleur verschieten' naar mijn idee niet meer beoogde te zeggen dan dat van de personeelsleden van het café in termen van nazorg méér mag worden verwacht, is deze knip in 'soorten' zorgplichten niet in de andere besproken uitspraken gemaakt en blijft ook onduidelijk wat het hof met de 'bijzondere' zorgplicht precies bedoelt.<sup>255</sup> Los van het antwoord op die vraag, strekte deze 'bijzondere zorgplicht' in elk geval niet zo ver dat het café in kwestie door het hof secundair aansprakelijk werd gehouden voor het letsel van een bezoeker (het slachtoffer) die door andere bezoekers (de primaire partijen) was mishandeld. Het voorkomen van schadeveroorzakend gedrag van derde partijen viel immers niet onder de reikwijdte van de *bijzondere* zorgplicht, maar 'slechts' onder de reikwijdte van de *algemene* zorgplicht. Zodoende werd de secundaire aansprakelijkheid afgewezen.

Behoudens de voornoemde uitspraken, waarin de rechter niet tot de aanname van secundaire aansprakelijkheden genegen lijkt, zij – bij wijze van conclusie – herhaald dat het vanwege het casuïstische karakter van de secundaire aansprakelijkheidszaken überhaupt, maar zeker gezien de uiteenlopende ruimten die in dit hoofdstuk onder de noemer van 'de overige ruimten' zijn besproken, lastig is algemene conclusies te trekken over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht ten opzichte van de primaire zorgplicht. Binnen de geschetste (*Kelderluik*-)kaders en los van enkele aan de ruimte gerelateerde gevaarzettende factoren – zoals het gebruik van alcohol in horecagelegenheden – blijft de beantwoording van secundaire aan-

254 Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AS9440, r.o. 4.3.9 (*Café La Berry*).

255 De maatstaf van de 'bijzondere zorgplicht' werd, alhoewel met andere betekenissen (en dus niet zozeer met betrekking de plicht tot nazorg), wel her en der aangelegd in de uitspraken zoals deze in de vorige hoofdstukken zijn besproken. Gewezen zij ter illustratie op de uitspraak Rb. Noord-Nederland 3 juli 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4088, zoals deze uitspraak besproken werd in hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.3. Alhoewel de rechtbank ook hier over een 'bijzondere zorgplicht' sprak – in casu voor de instelling wegens seksueel gedrag van haar patiënten – had een en ander (ook) geen secundaire aansprakelijkheid van de private ruimte tot gevolg. De bijzondere zorgplicht reikte immers 'niet zover dat steeds op iedere patiënt permanent toezicht moest worden gehouden, in die zin dat een patiënt geen moment zonder toezicht mocht worden gelaten, dat elke onregelmatigheid direct opgemerkt zou worden en dat direct kon worden ingegrepen' (r.o. 2.9). Ook zij gewezen op de rechtspraak over de secundaire aansprakelijkheid van scholen voor het pestgedrag van hun leerlingen, in welke uitspraken de rechtbank (soms) over een 'bijzondere zorgplicht' van de school sprak (hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.3). Ik zie, gezien deze op zichzelf staande uitspraken en de onduidelijkheid over het (wisselend gebruik van het) onderscheid c.q. de definitie van de 'bijzondere zorgplicht', voornamelijk geen reden om dit onderscheid of deze term over te nemen.

sprakelijkheidsvragen afhankelijk van een sterk feitelijke beoordeling van de specifieke omstandigheden van het geval.

## 1 INLEIDING EN OPBOUW

In dit hoofdstuk wordt de Amerikaanse secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg geanalyseerd.<sup>1</sup> Meer in het bijzonder worden de theoretische kaders besproken waarbinnen de secundaire zorgplicht zich in het Amerikaanse recht beweegt. Daarbij zal met name de Restatement of Torts – waarin de ‘general principles’ van het aansprakelijkheidsrecht door het American Law Institute zijn beschreven – als leidraad worden gebruikt. Naast de vaststelling van deze theoretische kaders, worden in dit hoofdstuk ook de criteria onderzocht die in de Amerikaanse rechtspraak worden aangelegd ter invulling van die kaders. Daarvoor zal, naast de toelichting op de Restatement of Torts, bovendien acht worden geslagen op de Amerikaanse rechtspraak en literatuur.<sup>2</sup>

De onderzoeksbevindingen worden vervolgens vergeleken met de theoretische kaders en de criteria ter invulling van de secundaire zorgplicht in het Nederlandse recht, zodat conclusies over de (huidige) reikwijdte van ‘de Nederlandse secundaire zorgplicht’ ten opzichte van ‘de Amerikaanse secundaire zorgplicht’ gerechtvaardigd zijn. Naast dit eerste doel van de rechtsvergelijking, fungeren de conclusies over de omgang met de Amerikaanse secundaire zorgplicht bovendien op functioneel en argumentatief niveau ter illustratie en inspiratie voor de (wenselijke) omgang met secundaire aansprakelijkheden in het Nederlandse recht.<sup>3</sup>

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst wordt het Amerikaanse rechtssysteem ingeleid, door de Amerikaanse rechtsbronnen en de rechterlijke

- 
- 1 Zoals ik in hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.1 heb toegelicht en verantwoord, doel ik met de term ‘Amerikaans’ in dit onderzoek op alle Verenigde Staten van Amerika. Vgl. Klik 1994, p. 7; Pintens 1998, p. 185.
  - 2 Het in dit hoofdstuk weergegeven onderzoek pretendeert niet een volledig beeld te bieden van de Amerikaanse literatuur en/of rechtspraak. Voor de toelichting op de uitgangspunten van de rechtsvergelijking in dit hoofdstuk zij meer in het bijzonder verwezen naar hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.1.
  - 3 Voor een nadere toelichting op de functie, de keuze voor en de methode van het hier aangelegde rechtsvergelijkende onderzoek, verwijst ik korthedshalve naar hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2-3.2.3 en paragraaf 4.2.

organisatiestructuur op hoofdlijnen weer te geven (paragraaf 2). Vervolgd wordt met een bespreking van het juridisch kader van het Amerikaanse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in het algemeen (paragraaf 3) en van de Amerikaanse secundaire zorgplicht in het bijzonder (paragraaf 4). Daarna wordt de Amerikaanse jurisprudentie over de secundaire zorgplicht van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg weergegeven (paragraaf 5). Ik houd daarbij de definities aan zoals deze in de voorgaande hoofdstukken zijn aangelegd. Zo wordt achtereenvolgend besproken de jurisprudentie over de secundaire zorgplicht van scholen (paragraaf 5.2), sportverenigingen (paragraaf 5.3), opvang- en zorginstellingen (paragraaf 5.4) winkels en winkelcentra (paragraaf 5.5) en horeca- en verblijfsgelegenheden (paragraaf 5.6).<sup>4</sup> In de slotparagraaf worden de belangrijkste conclusies uit het Amerikaanse jurisprudentieonderzoek samengevat (paragraaf 5.7). De conclusies uit de paragrafen 2 t/m 5 vormen het fundament waarop in de daaropvolgende paragraaf de vergelijking tussen de reikwijdte van de Nederlandse secundaire zorgplicht ten opzichte van de Amerikaanse secundaire zorgplicht wordt gemaakt (paragraaf 6). Besloten wordt met een (samenvattende) conclusie (paragraaf 7).

## 2 EEN INLEIDING IN HET AMERIKAANSE RECHTSSYSTEEM

### 2.1 INLEIDING

In hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.1 werd al besproken dat Amerika een federale staat is en dat – naast het overkoepelende federale recht dat voor alle staten geldt – elk van de staten zijn eigen recht en rechtssysteem kent. In dat hoofdstuk is tevens toegelicht waarom het, ondanks die statelijke verschillen, wel verantwoord is om te spreken over (een rechtsvergelijking met) ‘Amerikaans recht’.<sup>5</sup> In het vervolg van dit hoofdstuk zal zoveel als mogelijk geabstraheerd worden van de statelijke verschillen en gefocust worden op de gemene deler tussen de staten.<sup>6</sup>

4 In hoofdstuk 6 zijn de laatstgenoemde private ruimten van winkels en winkelcentra en horeca- en verblijfsgelegenheden – met name vanwege de (relatief beperkte) hoeveelheid beschikbare Nederlandse rechtspraak – gebundeld besproken onder de noemer van ‘de overige ruimten’. Nu er wel voldoende (principiële) Amerikaanse rechtspraak over de secundaire zorgplicht van winkels en winkelcentra en horeca- en verblijfsgelegenheden beschikbaar is, bespreek ik deze twee categorieën in dit hoofdstuk afzonderlijk in paragraaf 5.5 en paragraaf 5.6. De rechtspraak gewezen over de secundaire zorgplicht van de ‘overige spel- en recreatieruimten’, zoals deze ruimten in hoofdstuk 6 tevens onder de noemer van ‘de overige ruimten’ werden gebracht, wordt in deze rechtspraakanalyse besproken bij die categorie die daarvoor het meest illustratief is. Voor de afbakening en de definities van de private ruimten verwijs ik voor het overige naar hoofdstuk 1, paragraaf 6, evenals naar hetgeen daarover in de inleidingen van de hoofdstukken 3 t/m 6 is opgemerkt.

5 Zie hierover ook Klik 1994, p. 7; Pintens 1998, p. 185.

6 Vgl. Klik 1994, p. 10-11 voor een uiteenzetting van de verhouding tussen het federale recht en het recht van de staten.

In deze paragraaf wordt een globale inleiding in het Amerikaanse rechtssysteem gegeven. Daartoe worden de hoofdlijnen van, achtereenvolgend, de Amerikaanse rechtsbronnen (paragraaf 2.2), de rechterlijke organisatiestructuur (paragraaf 2.3) en de Amerikaanse (jury)rechtspraak (paragraaf 2.4) besproken.

## 2.2 DE RECHTSBRONNEN

Het Amerikaanse rechtssysteem kent verschillende rechtsbronnen die tezamen het Amerikaanse (overheersende) 'common law systeem' kenmerken.<sup>7</sup> In het navolgende wordt een korte toelichting gegeven op de relevante rechtsbronnen, evenals op de betekenis daarvan voor de Amerikaanse rechtspraak.

In de eerste plaats zij gewezen op de rechtspraak ('case law') als belangrijke rechtsbron van het Amerikaanse recht. Voor het onderhavige onderzoek is van belang dat de aansprakelijkheid op grond van 'negligence' – de meest voor de hand liggende rechtsgrond voor de secundaire aansprakelijkheid (paragraaf 3.3.2.2) – domein is gebleven van de common law. Dat betekent dat met name de rechtspraak, zoals deze wordt weergegeven in paragraaf 5, relevant is voor de vaststelling van de reikwijdte van de secundaire zorgplicht in het Amerikaanse recht.<sup>8</sup>

Anders dan in het Nederlandse recht, kunnen de Amerikaanse rechters aan hun uitspraken een 'concurring opinion' (eens met het standpunt van de meerderheid, alleen niet met de redenering daartoe) of een 'dissenting opinion' (in het geheel niet eens met het meerderheidsstandpunt) verbinden. Het Amerikaanse rechtssysteem kent bovendien het zogenoemde precedentenstelsel: het uitgangspunt is dat een eerdere juridische beslissing 'generally binding' is. Dat wil zeggen dat alleen in uitzonderlijke omstandigheden van een bepaald standpunt mag worden afgeweken. Als een zaak identieke rechtsfeiten vertoont ten opzichte van een andere zaak, dan zal de Amerikaanse rechter in beginsel dus op eenzelfde wijze oordelen.<sup>9</sup>

Voor wat betreft de waarde van de case law is bovendien van belang de reeds in hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.1 besproken rechtsbron van de Restatement of Torts

---

7 Alhoewel Amerika de Engelse rechtstraditie van de common law na de koloniale periode aanvaard heeft, kan niet worden gezegd dat alle Amerikaanse staten een *uniform* common law systeem kennen. Ik besprak reeds in hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.1 dat er in Amerika desondanks sprake is van een zekere rechtseenheid en van een rechtsdenken dat zich in de geest van een *ius commue* plaatst. Pintens wijst daarbij op de juridische faculteiten die zich niet concentreren op het recht van de staat waarin ze gevestigd zijn, maar die juist de algemene beginselen en de methodiek van het Amerikaanse recht aanleren. Ook wijst hij op de codificatiepogingen langs modelwetten, de Restatements – denk aan de hierna te bespreken Restatement of Torts – en op de grote rol en het belang van de uitspraken van het Supreme Court. Zie hierover uitgebreid Pintens 1998, p. 185. Zie hierover ook Zweigert & Kötz 1998, p. 25, die wijzen op het feit dat op de Amerikaanse law schools geen les wordt gegeven in het recht van een van de staten, maar in het 'common American law'.

8 Pintens 1998, p. 190, met een verwijzing naar Blumenwitz 1998, p. 48-49. Zie ook meer in het algemeen over de acceptatie van de 'Civil Code' in Dakota, Fisch 1967, p. 485-517.

9 Vgl. Schirmeister 1996, p. 68-69.

uit te lichten.<sup>10</sup> De Restatements geven een samenvatting van de relevante jurisprudentie zoals deze door rechters in de diverse staten binnen het common law systeem is ontwikkeld. Uit de gewezen jurisprudentie zijn rechtsregels gedestilleerd en systematisch neergelegd in een vorm vergelijkbaar met wetsartikelen. Alhoewel de Restatements feitelijk dus geen wetten zijn, is zodoende wel een vorm van harmonisatie tussen de verschillende staten ontstaan. Daarbij dient bovendien bedacht te worden dat de Restatements in de Amerikaanse rechtspraak veel gezag hebben, hetgeen in het bijzonder volgt uit het feit dat zij worden aangehaald in de rechterlijke uitspraken van onder andere het Amerikaanse Hoogerechtshof (het 'Supreme Court').<sup>11</sup> In het vervolg van dit hoofdstuk zal met name worden verwezen naar de 'Restatement Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm'.<sup>12</sup>

Alhoewel deze case law, en de codificatie daarvan in de Restatements, de voorname wijze van rechtsvorming in het Amerikaanse common law systeem vormt, kent het Amerikaanse rechtssysteem ook nog diverse andere rechtsbronnen. Zo kan gedacht worden aan de Amerikaanse Grondwet, waarin de organisatie van het land en de rechten en vrijheden van de burger in met name de eerste tien amendementen zijn vervat (de zogenoemde 'Bill of Rights'). In de Grondwet zijn geen bepalingen opgenomen over de toetsing van de (hierna te bespreken) wetten aan de Grondwet. In de zaak *Marbury v. Madison* is toetsing van de wet aan de Grondwet desondanks aanvaard; een wet in strijd met de Grondwet kan dus buiten spel worden gezet.<sup>13</sup> Ook bestaan er diverse wetten en verordeningen. Te denken valt aan federale wetten ('Acts of Congress', 'Federal Statutes' of 'Codes' genoemd), die zijn uitgevaardigd door de president, regeringsleden of door diverse administratieve organen. Op statelijk niveau is er bovendien een bepaalde mate van codificatie ('State Legislation'). Deze codificatiebewegingen verschillen per staat. Zo kennen bijvoorbeeld de staten Californië, Noord- en Zuid-Dakota, Idaho, Louisiana en Montano een 'Civil Code'.<sup>14</sup>

Tot slot vormen ook internationale verdragen een belangrijke bron van recht in de Amerikaanse staten. Een en ander geldt temeer omdat de Amerikaanse Grondwet

10 Zoals deze Restatement in paragraaf 3.2 aan de orde komt. Daarnaast bestaan ook de Restatements of Agency, Conflict of Laws, Contracts, Foreign Relation Law, Judgements, Property, Restitution, Security en Trusts. Zie hierover Zweigert & Kötz 1998, p. 252.

11 Klik 1994, p. 57-58; Zweigert & Kötz 1998, p. 251. Voorbeelden zijn onder meer *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, 65 Cal.2d 114 (Cal. 1966); *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224 (Cal. 2005); *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260 (Cal. 2005). Zie voor meer voorbeelden de jurisprudentieanalyse in paragraaf 5.

12 Zie nader paragraaf 3.2 en Schwartz & Appel 2011 voor de relevantie en vernieuwingen voor de 'affirmative duties' in de sinds 2012 geldende 'Restatement Third of Torts' ten opzichte van de 'Restatement Second of Torts'.

13 *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (U.S. Dist. Col. 1803). Zie hierover Pintens 1998, p. 187-188.

14 Om deze versnippering tegen te gaan, werd ook op het gebied van de wetgeving naar een zekere eenmaking tussen de staten gestreefd. De 'National Conference of Commissioners on Uniform State Laws' speelt daarin een belangrijke rol en de 'Uniform Commercial Code' ('UCC') is daarvan een product. Dergelijke wetgeving blijft in het vervolg van dit onderzoek buiten bespreking.



bepaalt dat de (afgesloten of in de toekomst af te sluiten) verdragen – naast de Grondwet en federale wetten – tot de hoogste rechtsnormen van het land behoren.<sup>15</sup>

### 2.3 DE RECHTERLIJKE ORGANISATIESTRUCTUUR

De rechtbanken zijn in Amerika over de staten en de federatie verdeeld. Onderscheid dient daarom gemaakt te worden tussen de statelijke rechtbanken enerzijds<sup>16</sup> en de federale rechtbanken anderzijds.<sup>17</sup>

Voor wat betreft de organisatiestructuur van de deelstaten geldt dat deze per staat verschillend is. De meeste staten hebben drie instanties, sommige staten twee. In het algemeen geldt dat de rechtbanken in eerste aanleg bevoegd zijn in burgerlijke zaken en strafzaken, welke rechtbanken 'District Courts' of 'Circuit Courts', maar soms ook (verwarrend genoeg) 'Supreme Courts' worden genoemd.<sup>18</sup> Het merendeel van de aansprakelijkheidsprocedures wordt behandeld bij deze statelijke rechtbanken. Indien de eisende en de gedaagde partij uit verschillende staten afkomstig zijn, kan de civiele procedure ook bij de federale rechter worden aangebracht. Daarnaast bestaan er in eerste aanleg 'Specialised State Courts', voor bijvoorbeeld familierecht-, 'small claims'- en verkeerszaken. In hoger beroep zijn de 'Courts of Appeals' bevoegd om van de uitspraken in eerste aanleg kennis te nemen. Het Hooggerechtshof in een staat voert meestal de naam 'Supreme Court'.<sup>19</sup>

Het federale rechtssysteem bestaat, net als het statelijke rechtssysteem, op drie niveaus. Het gaat hier in eerste aanleg om de federale rechtbanken ('District Courts'), maar ook op federaal niveau bestaan er in eerste aanleg diverse 'Specialised Federal Courts', zoals de 'Tax Court', 'Claims Court' en de 'Court of International Trade'. In hoger beroep bestaan er gerechtshoven ('U.S. Courts of Appeal'), waar de uitspraken van de District Courts opnieuw worden beoordeeld.<sup>20</sup> Bovenaan de rechterlijke organisatie staat het Hooggerechtshof ('U.S. Supreme Court'), van welk hof de rechters op voordracht door de president worden benoemd.

15 Pintens 1998, p. 191.

16 De statelijke rechtbanken zijn in eerste aanleg bevoegd om kennis te nemen van alle onderwerpen die de Grondwet niet uitsluitend aan de federale rechtbanken heeft toegekend. Dat impliceert dus, in de gevallen waarin de Grondwet de federale rechtbank niet de exclusieve jurisdictie geeft, maar zij desondanks bevoegd is, een bepaalde keuzevrijheid voor de eiser om te kiezen voor een rechtbank van de federatie of de staat. Zie hierover nader Klik 1994, p. 15; Pintens 1998, p. 199; Zweigert & Kötz 1998, p. 254.

17 De federale rechtbanken zijn, kort gezegd, bevoegd om kennis te nemen van alle zaken waarin grondwettelijke, federale of interstatelijke geschillen rijzen. Bovendien beslechten deze rechtbanken de zaken waarin de eiser en gedaagde uit twee verschillende staten komen en de waarde van het geschil hoger ligt dan vijftigduizend dollar (de zogenoemde 'diversity cases'). Zie hierover (nader) Pintens 1998, p. 199.

18 Een voorbeeld vormt het Supreme Court van New York, dat geen Hooggerechtshof is, maar een rechtbank van eerste aanleg. Vgl. Pintens 1998, p. 200.

19 In New York wordt het Hooggerechtshof aangeduid als 'Court of Appeals' en in West-Virginia de 'Supreme Courts of Appeals'. Zie Klik 1994, p. 15; Pintens 1998, p. 200.

20 Zweigert & Kötz 1998, p. 253.

Het federale Hooggerechtshof is in feite een overkoepelend (statelijk en federaal) eindpunt: dit Hooggerechtshof is bevoegd te oordelen over de zaken in hoger beroep afkomstig van de federale Courts of Appeal, maar is ook bevoegd te oordelen over de uitspraken afkomstig van de Hooggerechtshoven van de staten. Het federale Hooggerechtshof is bovendien en rechtstreeks bevoegd in geschillen tussen staten en in geschillen tussen de federatie en een staat.<sup>21</sup> Wel zij bedacht dat dit Hooggerechtshof zelf bepaalt of een zaak in behandeling wordt genomen, waarbij gekeken wordt naar het belang voor de rechtsontwikkeling en het belang van de rechtseenheid.<sup>22</sup> Ik zal, vanwege het gezag dat van deze uitspraken uitgaat, in de rechtspraakanalyse van paragraaf 5 met name de uitspraken van de statelijke en federale Hooggerechtshoven (Supreme Courts) bespreken.<sup>23</sup>

#### 2.4 DE (JURY)RECHTSPRAAK

Tot slot is het van belang om kort aan te stippen dat Amerika, ook in burgerlijke zaken, juryrechtspraak kent. Dit recht op juryrechtspraak is in nagenoeg alle staten grondwettelijk geregeld.<sup>24</sup> Ter nuancering dient echter opgemerkt te worden dat niet in alle – kleine – geschillen het recht op een jury bestaat.<sup>25</sup>

De afbakening van de bevoegdheid van de jury en de rechter ziet op het onderscheid tussen de vaststelling van de feiten enerzijds en de toepassing van het recht anderzijds ('law versus fact'). De rechter leidt dus het proces en de jury velst uiteindelijk een oordeel over de feiten.<sup>26</sup> De rol van de rechter dient daarbij niet te worden onderschat: zo beslist de rechter over de omvang van de door de jury vast te stellen feiten, over de toelaatbaarheid, alsmede over de relevantie van het aangedragen bewijs en over de geloofwaardigheid van de afgelegde getuigenverklaringen.<sup>27</sup> Dat wil zeggen dat de jury zich enkel over de feitelijkheden heeft te buigen: was er toezicht op het schoolplein? Heeft de sportleraar ingegrepen toen een speler gevaarlijk gedrag vertoonde? Heeft de arts de naasten van een suïcidale patiënt geïnformeerd toen de situatie dreigde te escaleren? De rechters zullen deze feitelijkheden vervol-

21 Klik 1994, p. 13-14; Schirmeister 1996, p. 56; Pintens 1998, p. 199.

22 Uit art. 17 van de 'Revised Rules' van het Supreme Court volgt dat een 'judicial review' van het federale Hooggerechtshof geen 'matter of right' is, maar een 'matter of sound judicial discretion'.

23 Daar waar in het vervolg van dit onderzoek gerefereerd wordt aan het 'Supreme Court' of het 'Hooggerechtshof', zonder dat daaraan (eerder) de naam van een specifieke staat wordt toegevoegd (bijvoorbeeld: 'het Hooggerechtshof van Arizona'), wordt steeds bedoeld op het federale Hooggerechtshof (de hiervoor genoemde 'U.S. Supreme Court').

24 Schirmeister 1996, p. 93; Van Stekelenburg 2009, p. 137-138.

25 Zie, voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een recht op een jury, nader Van Stekelenburg 2009, p. 137-140. Nu de jury in de te analyseren rechtspraak over het algemeen geen (belangrijke) rol heeft in de bepaling van de reikwijdte van de secundaire zorgplicht, zoals toegelicht wordt in het vervolg van deze paragraaf, ontbreekt de relevantie voor een verdere uiteenzetting van de vraag wanneer het recht op jury bestaat. Ik volsta daarom met een verwijzing naar de voornoemde bijdrage.

26 Van Stekelenburg 2009, p. 140; Epstein & Sharkey 2016, p. 235-248.

27 Schirmeister 1996, p. 103 en 108; Van Stekelenburg 2009, p. 139.

gens in een juridisch 'vat' gieten, en de vraag beantwoorden of het vastgestelde gedrag (of nalaten) van deze actoren tot een secundaire zorgplichtschending leidt.

Nu de jury over de feitelijkheden oordeelt en niet over de zogenoemde 'matters of law', en de vraag naar de reikwijdte van de secundaire zorgplicht bij uitstek een matter of law is, zal in de rechtspraakanalyse van paragraaf 5 steeds gesproken worden over het oordeel van 'de rechter' en zal de rol van de jury daarbij in beginsel buiten beschouwing worden gelaten. In dat verband zij gewezen op hetgeen het Hoogerechtshof van Californië in de zaak *Delgado v. Trax Bar & Grill* overwoog: 'The existence of a legal duty is a question of law for the court to determine.'<sup>28</sup> Of de vaststelling van de feiten in de specifieke gevallen al dan niet terecht is geschied, is voor dat onderzoek in principe niet relevant. Bovendien geldt dat in de rechtspraakanalyse van paragraaf 5 – zoals in paragraaf 2.3 reeds werd toegelicht – met name de rechtspraak van de Courts of Appeal en van het (federale of statelijke) Hoogerechtshof aan de orde zullen komen. Nu in hoger beroep geen jury's meer zetelen, zal ook daarom de rol van de jury in deze rechtspraakanalyse veelal onbesproken blijven.<sup>29</sup>

### 3 DE GRONDSLAGEN VAN HET AMERIKAANSE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

#### 3.1 INLEIDING

In deze paragraaf worden de hoofdlijnen van het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht besproken. Daartoe komen allereerst de relevante bepalingen uit de Restatement of Torts, de 'leidraad' van het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht, aan bod (paragraaf 3.2). Vervolgd wordt met de bespreking van het juridisch kader van de Amerikaanse 'vestigingsfase' van het aansprakelijkheidsrecht (paragraaf 3.3). In dat verband wordt het zogenoemde 'torts systeem' (paragraaf 3.3.1) en de daarin besloten liggende grondslagen voor aansprakelijkheid (paragraaf 3.3.2) besproken. Tot slot worden enkele wijzen van toedeling of verdeling van de schadelast tussen de primaire en de secundaire partij in het Amerikaanse recht besproken (paragraaf 3.4).

#### 3.2 DE RESTATEMENT SECOND AND THIRD OF TORTS

In paragraaf 2.2 werd reeds geconstateerd dat met name de Restatement of Torts van belang is voor het onderhavige onderzoek naar de secundaire zorgplicht in het Amerikaanse recht. In deze Restatement zijn de 'general principles' van het aansprakelijkheidsrecht beschreven en is het aansprakelijkheidsrecht van de verschil-

28 *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 237 (Cal. 2005). Zie in gelijke zin ook de uitspraak *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 674 (Cal. 1993).

29 Schirmeister 1996, p. 93-94; Pintens 1998, p. 202.

lende staten in grote lijnen geharmoniseerd.<sup>30</sup> De Restatements worden bovendien veelvuldig aangehaald in de rechterlijke uitspraken van onder andere het statelijke of federale Hoogerechtshof, zo merkte ik al op. Alhoewel in de Amerikaanse rechtspraak ook wordt verwezen naar de toen geldende Restatement *Second of Torts* (hierna ook wel aanduid als '2nd'), is het van belang op te merken dat in 2012 (het tweede deel van) de Restatement *Third of Torts* is uitgebracht (hierna ook wel aangeduid als '3rd'<sup>31</sup>).<sup>32</sup> Nu vrijwel alle regels uit de Restatement *Second of Torts* in de Restatement *Third of Torts* een nagenoeg gelijke weerslag hebben gevonden, zal ik in het navolgende ook zijdelings aandacht besteden aan het bepaalde in de Restatement *Second of Torts*. Voor wat betreft de relevante hoofdstukken van de beide Restatements voor het onderhavige onderzoek naar de secundaire zorgplicht van private ruimten, geldt op hoofdlijnen het volgende.

De relevantie van de Restatement *Second of Torts* en de op basis van deze uitspraken gewezen jurisprudentie, is voor het onderhavige onderzoek met name gelegen in afdeling 2 ('Negligence'), hoofdstuk 12 ('General Principles'), onderwerp 7 ('Duties of Affirmative Action'). De binnen dit hoofdstuk vallende hoofddregels § 315-320 van titel A ('Duty to Control Conduct of Third Persons') markeren de hoofddregels van de Amerikaanse secundaire aansprakelijkheidsfiguur vanwege de schade veroorzaakt door de primaire partij, een en ander in aanvulling op de in § 314-314B neergelegde en meer algemene positieve verplichtingen tot handelen.

De relevantie van de meer in delen 'opgeknipte' en sinds 2012 geldende Restatement *Third of Torts* is voor het onderhavige onderzoek met name gelegen in de Restatement met betrekking tot het deel omtrent de 'Liability for Physical and Emotional Harm'. In het bijzonder is hoofdstuk 7 van dit deel relevant, genaamd 'Affirmative Duties'. De hierin neergelegde regels § 37-44 worden in paragraaf 4.2 en paragraaf 4.3 van dit hoofdstuk nader besproken.

### 3.3 DE VESTIGING VAN DE (SECUNDAIRE) AANSPRAKELIJKHEID

#### 3.3.1 HET TORTS SYSTEEM

In het Amerikaanse common law systeem worden verschillende soorten 'torts' onderscheiden, welke torts beschouwd kunnen worden als verschillende grond-

30 De verschillende delen worden in paragraaf 3.3.1 nader besproken. Zie over het belang van deze Restatements Klik 1994, p. 57-58; Schirmeister 1996, p. 17; Zweigert & Kötz 1998, p. 251.

31 Ten behoeve van de leesbaarheid geldt dat, daar waar in het vervolg van dit hoofdstuk enkel paragraafnummers worden aangehaald (zonder de toevoeging '2nd' of '3rd'), steeds wordt gedoeld op de paragrafen van de Restatement *Third of Torts*, Liability for Physical and Emotional Harm. Als een paragraaf uit de Restatement *Second of Torts*, Liability for Physical and Emotional Harm wordt aangeduid, wordt dit steeds expliciet aangegeven.

32 De Restatement *Third of Torts* is uitgebracht in twee fasen, het eerste deel in 2010 en het tweede deel in 2012. De bepalingen over 'affirmative duties', zoals deze in dit hoofdstuk centraal zullen staan, zijn gepubliceerd in 2012. Zie hierover ook Schwarz, Kelly & Partlett 2015, p. 155.

slagen voor aansprakelijkheid op uiteenlopende rechtsgebieden. Dobbs, Hayden en Bublick definiëren een ‘tort’ als volgt:

‘A tort is conduct that constitutes a legal wrong and causes harm for which courts will impose civil liability. The essence of torts is the defendant’s potential for civil liability to the victim for harmful wrongdoing and the victim’s corresponding potential for compensation or other relief.’<sup>33</sup>

Een tort is in feite een definitie van wat in de breedste zin van het woord geldt als een te sanctioneren ‘wrongdoing’. Het gaat dus om een overtreding die in het Amerikaanse recht tot aansprakelijkheid kan leiden.<sup>34</sup> Torts kunnen in de meest uiteenlopende kwesties worden aangenomen; zo is het bijvoorbeeld een tort om iemand anders te slaan, een botsing te veroorzaken of een operatie onzorgvuldig uit te voeren. De Amerikaanse rechters zijn niet gehouden aan een limitatief opgesomde lijst aan torts: er bestaat in specifiek voorkomende gevallen dus ruimte voor de erkenning van nieuwe soorten torts.<sup>35</sup> De gedefinieerde tort in kwestie bepaalt ook wat mogelijke verweren tegen de aansprakelijkheid zijn en hoe hoog de eventuele schadevergoeding dient te zijn. Zweigert en Kötz merken over deze verschillende soorten torts op:

‘Each of these separate torts is regarded as independent, each has its own constituent elements and its appropriate defences, and each protects a particular interest of the citizen against a specified form of invasion.’<sup>36</sup>

In de Restatement Third of Torts is voorgesorteerd op de te onderscheiden onderwerpen door deze, in tegenstelling tot de Restatement Second of Torts, in vijf delen ‘op te knippen’. Het gaat hier om de delen (1) ‘Apportionment of Liability’, (2) ‘Intentional Torts to Persons’, (3) ‘Liability for Economic Harm’,<sup>37</sup> (4) ‘Liability for Physical and Emotional Harm’ en (5) ‘Products Liability’. Voor het onderhavige onderzoek naar de secundaire zorgplicht zal, zoals opgemerkt, met name het vierde deel relevant zijn en besproken worden.<sup>38</sup>

33 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 3.

34 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 4 merken over de oorsprong van het woord ‘tort’ op: ‘The term tort is derived from Latin roots meaning “twisted”, as if to say tortious conduct is twisted conduct, conduct that departs from the existing norm.’

35 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 3-4.

36 Zweigert & Kötz 1998, p. 605.

37 In deze Restatement gaat het, aldus het American Law Institute, onder andere over ‘professional negligence, negligent misrepresentation, negligent performance of services, and public nuisance’. Daarbij wordt echter bedoeld op economische schade die niet voortvloeit uit ‘physical harm or physical contact to a person or property’. De secundaire aansprakelijkheid zoals in dit onderzoek is bedoeld – A houdt onvoldoende toezicht op B, en daardoor kan B schadeveroorzakend handelen jegens C – valt dus buiten de scope van deze Restatement. Deze Restatement blijft daarom in dit onderzoek buiten bespreking. Zie hierover (wel) Mann & Roberts 2016, p. 236.

38 Ook komt de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability aan bod. Ten behoeve van de leesbaarheid geldt dat, daar waar in het navolgende gesproken wordt over de ‘Restatement Third of Torts’ of, nog korter, over ‘de Restatement’, zonder dat daarbij de specifieke uitgave

In het overgrote deel van de zaken is een tort gebaseerd op de gedachte dat de aangesproken persoon een ‘fout’ beging in de breedste zin van het woord. Het is doorgaans immers niet genoeg voor (secundaire) aansprakelijkheid om aan te tonen dat de aangesprokene schade heeft veroorzaakt; de aangesprokene moet ook ‘at fault’ zijn.<sup>39</sup> Een juridische ‘fault’ binnen het torts systeem wordt onderscheiden naar opzet (‘intentional torts’), onzorgvuldigheid of nalatigheid (‘negligence’) en risicoaansprakelijkheid (‘strict liability’).<sup>40</sup> Deze grondslagen worden in paragraaf 3.3.2 kort besproken, waarna ik in paragraaf 4 meer in het bijzonder zal inzoomen op de voor secundaire aansprakelijkheid relevante categorie van ‘negligence’.

### 3.3.2 GRONDSLAGEN VOOR AANSPRAKELIJKHEID

#### 3.3.2.1 INTENTIONAL TORTS

Aansprakelijkheid kan in het Amerikaanse recht in de eerste plaats gebaseerd worden op een opzettelijke gedraging van de (secundaire) zorgdrager jegens de benadeelde, de zogenoemde ‘intentional torts’.<sup>41</sup> Ik schaar onder deze eerste categorie ook de lichtere variant waarin niet opzettelijk, maar roekeloos (‘recklessness’) is gehandeld. In hoofdstuk 1, § 1 van de Restatement Third of Torts wordt ‘intent’ als volgt gedefinieerd:

‘A person acts with the intent to produce a consequence if:

- (a) the person acts with the purpose of producing that consequence; or
- (b) the person acts knowing that the consequence is substantially certain to result.’

In hoofdstuk 1, § 2 van de Restatement Third of Torts wordt ‘recklessness’ bovendien als volgt gedefinieerd:

‘A person acts recklessly in engaging in conduct if:

- (a) the person knows of the risk of harm created by the conduct or knows facts that make the risk obvious to another in the person’s situation, and
- (b) the precaution that would eliminate or reduce the risk involves burdens that are so slight relative to the magnitude of the risk as to render the person’s failure to adopt the precaution a demonstration of the person’s indifference to the risk.’

‘Intentional wrongs’ vereisen dat aangetoond kan worden dat de aangesproken partij de intentie had om de schadeveroorzakende handeling te verrichten. Boven-

---

benoemd wordt, steeds wordt bedoeld op de uitgave betrekking hebbend op de ‘Liability for Physical and Emotional Harm’.

39 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 4.

40 Schirmeister 1996, p. 14-17. Zie ook Epstein & Sharkey 2016, hoofdstukken 1, 3 en 7 voor meer achtergrond.

41 Epstein & Sharkey 2016, p. 3-4.

dien dient de aangesprokene zich ten minste bewust zijn van het foutieve karakter van zijn handelen, bijvoorbeeld omdat de gedraging is verboden.<sup>42</sup>

### 3.3.2.2 NEGLIGENCE

De aansprakelijkheid kan in het Amerikaanse recht bovendien worden gebaseerd op een onzorgvuldig aan te merken gedraging, de zogenoemde 'tort of negligence'. De term 'negligence' heeft in de Amerikaanse rechtspraak een tweetal betekenissen.

Het gaat ten eerste om een 'cause of action', de grondslag waarop secundaire aansprakelijkheid wegens onzorgvuldig handelen kan worden gegrond, mits uiteraard ook aan de andere voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan. Zo moet op deze aangesproken, secundaire partij een 'duty of care' rusten, vrij vertaald: een zorgplicht, en wel ten opzichte van een groep mensen waar het slachtoffer er één van was.<sup>43</sup> Daarnaast moet de secundaire partij in strijd met ('in breach of') deze zorgplicht hebben gehandeld, hetgeen ook de voorzienbaarheid van de schade impliceert.<sup>44</sup> Ook zal er schade ('actual loss or damage') aangetoond moeten worden en moet de schade het gevolg ('a reasonably relevant consequence') zijn van de zorgplichtschending van de secundaire partij. Met het laatstgenoemde wordt bedoeld op het causale verband tussen de normschending en de schade ('causation').<sup>45</sup> Kortom, voor de aanvaarding van secundaire zorgplichten, gegrond op negligence, moet dus een (1) 'legally recognized duty', (2) 'breach of that duty', (3) 'causal connection' en (4) 'actual loss or damage' worden aangetoond.<sup>46</sup> Een en ander rechtvaardigt in mijn optiek de conclusie dat de 'negligent act' kan worden beschouwd als het Amerikaanse equivalent van de Nederlandse onrechtmatige daad van art. 6:162 BW.<sup>47</sup>

Deze vorm van onrechtmatigheid heeft zich ontwikkeld vanuit de al veel langer bestaande actie van 'trespass' (overtreding). De acceptatie van nalatigheid als grondslag voor aansprakelijkheid wordt in de Amerikaanse literatuur onder andere verklaard vanuit de industriële revolutie en de toename van ongelukken die daardoor ontstonden. Zweigert en Kötz merken over deze ontwikkeling op:

'Such accidents were normally not caused intentionally, and their proliferation brought people to see that their typical feature was the reprehensible neglect of the

42 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 4 en 200.

43 Epstein & Sharkey 2016, p. 138. De ontstaansvoorwaarden voor deze secundaire zorgplicht worden in paragraaf 4.2.2 en paragraaf 4.3 nader besproken.

44 Schirmeister 1996, p. 363.

45 Zie Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 140-141; Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 197-199 voor een heldere toelichting op deze te onderscheiden elementen.

46 Schirmeister 1996, p. 363; Zweigert & Kötz 1998, p. 609; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 140-141; Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 197-199; Epstein & Sharkey 2016, p. 138.

47 Zie voor het (vergelijkbare) Nederlandse juridische kader, hoofdstuk 2, paragraaf 3. Zie nader over deze overeenkomsten in het Nederlandse en Amerikaanse recht, paragraaf 6.3.



requisite care and that this fact was the real ground for holding the defendant liable.<sup>48</sup>

Er ontstond zodoende in toenemende mate behoefte aan een ‘meer passende’ grondslag tot schadevergoeding in de gevallen waarin de schade niet opzettelijk was veroorzaakt, maar aansprakelijkheid desondanks gewenst was.

In de tweede, in het vervolg van dit onderzoek gehanteerde betekenis,<sup>49</sup> ziet ‘negligence’ op één specifiek onderdeel van de aansprakelijkheidsvraag, te weten of de gedraging van de aangesprokene zorgvuldig was (of niet).<sup>50</sup> Met negligence in deze (tweede) betekenis wordt dus onredelijk risicovol gedrag aangeduid, zonder de gehele cause of action – de grondslag voor de aansprakelijkheid – aan te duiden.<sup>51</sup> In hoofdstuk 1, § 3 van de Restatement Third of Torts wordt negligence in deze zin van het woord als volgt gedefinieerd.

‘A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances.’<sup>52</sup>

Met deze tweede betekenis van het begrip negligence wordt dus bedoeld op de afwezigheid van zorg, op verwaarlozing, onoplettendheid of – zoals dat in de Nederlandse rechtspraktijk doorgaans gedefinieerd wordt – nalatigheid, zowel in de actieve als de passieve vorm. Een en ander impliceert bijzondere omstandigheden die maken dat een hogere mate van opmerkzaamheid van de (secundaire) zorgdrager mocht worden verwacht dan daadwerkelijk door hem is betracht. Daarbij moet in ogenschouw worden gehouden dat de te verwachten zorg onder alle omstandigheden ‘reasonable’ moet zijn. Die voorwaarde wordt in de praktijk ook wel op de aangesprokene zelf betrokken, door te vereisen dat deze partij als een ‘reasonable person’ aan te merken moet zijn.<sup>53</sup>

48 Zweigert & Kötz 1998, p. 608.

49 Daar waar in het vervolg van dit hoofdstuk op de aansprakelijkheidsgrondslag (de ‘cause of action’) wordt bedoeld, zal telkens gesproken worden over de ‘negligent act’. In alle andere gevallen wordt bedoeld op negligence in de hiervoor besproken, tweede betekenis van het woord.

50 Vergelijk in het Nederlandse recht de verschillende betekenissen van enerzijds de aansprakelijkheidsgrondslag van de ‘onrechtmatige daad’, hetgeen betrekking heeft op art. 6:162 BW in het geheel, en anderzijds de daarin besloten liggende ‘onrechtmatigheid’ in de zin van art. 6:162 lid 2 BW, hetgeen betrekking heeft op een van de voorwaarden voor de vestiging van de aansprakelijkheid op grond van de onrechtmatige daad.

51 Of, in andere woorden: ‘Negligence is conduct that creates or fails to avoid unreasonable risks of foreseeable harm to others.’ Vgl. Terry 1915.

52 Zie ook Epstein & Sharkey 2016, p. 139: ‘It is sometimes said that the study of negligence is the study of the mistakes a reasonable man might make.’

53 Met dien verstande dat aansprakelijkheid uitgesloten kan worden door ‘no duty rules’ en ‘immunity rules’. Zie hierover het vervolg van dit hoofdstuk en uitgebreid Epstein & Sharkey 2016, p. 139-160.

In beginsel kan elke gedraging als ‘negligent’ worden aangemerkt.<sup>54</sup> De belangrijkste gezichtspunten bij de beantwoording van de vraag of een gedraging of een nalaten zich als een ‘negligent act’ laat kwalificeren, zijn:

1. De vraag in welke mate waarschijnlijk – en daarmee voorzienbaar – was dat de verweten gedraging tot de betreffende schade zou leiden.
2. De aard en de ernst van de schade.
3. De vraag hoe bezwaarlijk het voor de aangesprokene was om voorzorgsmaatregelen te treffen, teneinde de ingetreden schade te voorkomen of in omvang te beperken.<sup>55</sup>

Deze criteria voor de invulling van het vereiste van de onzorgvuldigheid (negligence) vertonen sterke gelijkens met de Nederlandse criteria voor gevaarstelling, zoals deze zijn neergelegd in het *Kelderluik*-arrest en ook dienstig zijn bij de beoordeling van de (secundaire) zorgplichtschending.<sup>56</sup>

Tot slot dient opgemerkt te worden dat de vraag of de aangesprokene zich bewust is van zijn risicovolle gedrag in beginsel geen vereiste voor (secundaire) aansprakelijkheid is. Dobbs, Hayden en Bublick vatten dit kernachtig samen door op te merken dat aan de zijde van de aangesprokene geen ‘bad state of mind’ aangevoeld hoeft te worden, maar ‘slechts’ het gedrag dat zich als negligent laat definiëren. Zo is iemand die te hard rijdt negligent, ook al is hij zich niet bewust van zijn snelheid en doet hij zijn best om voorzichtig te rijden. Andersom is iemand die niet zijn best doet om voorzichtig te rijden, maar dat objectief gezien wel doet door zich onder andere aan de snelheid te houden, niet negligent.<sup>57</sup> Vereist wordt dus op zijn minst dat de aangesprokene, bewust of onbewust, in strijd met de ‘reasonableness standards’ heeft gehandeld.<sup>58</sup>

### 3.3.2.3 STRICT LIABILITY

De aansprakelijkheid kan in het Amerikaanse recht bovendien en tot slot worden gebaseerd op risico in plaats van op schuld of fout, welke risicoaansprakelijkheid als ‘strict liability’ wordt aangeduid. Het gaat hier, in tegenstelling tot de voornoemde gronden, om een aansprakelijkheid zonder dat de fout van de aangespro-

54 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 188 en 264-289.

55 Schwarz, Kelly & Partlett 2015, p. 155. Zie ook de tekst van § 3 (3rd): ‘Primary factors to consider in ascertaining whether the person’s conduct lacks reasonable care are the foreseeable likelihood that the person’s conduct will result in harm, the foreseeable severity of any harm that may ensue, and the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm.’

56 Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.1 Op deze gelijkenissen met het Nederlandse recht wordt meer in het bijzonder in paragraaf 6.4 van dit hoofdstuk ingegaan.

57 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 4 en 200.

58 Zie Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 5 en 187-190 voor een uiteenzetting en categorisering van de kenmerkende ‘negligent cases’.

kene bewezen kan worden.<sup>59</sup> Een veel terugkomende vorm van strict liability in de Amerikaanse rechtspraak betreft het geval waarin de aangesprokene de fabrikant van een defect product betreft.<sup>60</sup>

In de inleiding van hoofdstuk 4 van de Restatement Third of Torts wordt 'strict liability' als volgt omschreven:

'Strict liability is liability imposed without regard to the defendant's negligence or intent to cause harm. In a strict-liability case, the plaintiff need not prove the defendant's negligence or intent, and the defendant cannot escape liability by proving a lack of negligence or intent. Strict liability is hence an analytically important alternative to liability based on intent and on negligence. (...) Accordingly, liability for negligence or for intent is liability based on fault. By contrast, strict liability signifies liability without fault, or at least without any proof of fault.'

Aanvankelijk werd in de Amerikaanse uitspraken *Brown v. Collins*<sup>61</sup> en *Losee v. Buchanan*<sup>62</sup> risicoaansprakelijkheid in strijd met de algemene beginselen van het common law systeem bevonden, nu er geen verwijtbare gedraging aan deze aansprakelijkheid ten grondslag lag.<sup>63</sup> Tegenwoordig zijn diverse risicoaansprakelijkheden – waaronder de productaansprakelijkheid – expliciet in het Amerikaanse rechtstelsysteem erkend.

### 3.4 DE TOEDELING VAN DE FEITELIJKE SCHADELAST

#### 3.4.1 EEN OPMERKING VOORAF

In hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2 werd reeds toegelicht dat het onderhavige, rechtsvergelijkende onderzoek naar de reikwijdte van de Amerikaanse secundaire zorgplicht het (tweede)<sup>64</sup> referentiekader biedt ter bepaling van de *huidige* reikwijdte van de Nederlandse secundaire zorgplicht.<sup>65</sup> In hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.3 werd bovendien toegelicht dat het Amerikaanse recht ook ter illustratie en inspiratie voor de *wenselijke* omgang met secundaire aansprakelijkheden in het Nederlandse

59 Zie Epstein & Sharkey 2016, p. 539-641 voor een uiteenzetting en categorisering van de kenmerkende 'strict liability cases'.

60 Giesen 2005b, p. 42-44; Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 5; Epstein & Sharkey 2016, p. 641-747.

61 *Brown v. Collins*, 53 N.H. 442 (N.H. 1873).

62 *Losee v. Buchanan*, 51 N.Y. 476 (N.Y. 1873).

63 Schirmeister 1996, p. 16.

64 Het eerste toetsingskader is in de voorgaande hoofdstukken 3 t/m 6 gevormd door de Nederlandse rechtspraak over de secundaire zorgplicht van private ruimten af te zetten tegen de Nederlandse rechtspraak over de primaire zorgplicht van dezelfde ruimten. Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2.

65 Om deze reden werden in het voorgaande de theoretische kaders voor de vestiging van de Amerikaanse secundaire zorgplicht besproken, en wordt in paragraaf 5 in beginsel enkel de rechtspraak over (de inkleuring van de voorwaarden voor) de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid weergegeven.

recht kan dienen.<sup>66</sup> In het kader van dat wenselijkheidsvraagstuk kan de Amerikaanse (en in Nederland niet bekende) rechtsfiguur van 'several liability' interessant zijn. Hetzelfde geldt voor de ontwikkelingen in het Amerikaanse recht die tot de aanvaarding van de several liability aanleiding gaven. Om deze reden wordt deze rechtsfiguur – welke figuur in de zogenoemde toedelingsfase van het recht aan bod komt<sup>67</sup> – in het vervolg van deze paragraaf (ook) besproken.<sup>68</sup>

In het vervolg van deze paragraaf zal ik allereerst de genoemde toedelingswijzen van 'joint and several liability' en 'several liability' inleiden en toelichten (paragraaf 3.4.2). Vervolgens zal ik meer in het bijzonder de aanleiding voor de aanvaarding van de figuur van de several liability in het Amerikaanse recht bespreken (paragraaf 3.4.3). Ik besluit deze paragraaf met enkele opmerkingen omtrent de huidige toepassing van beide toedelingswijzen in de Amerikaanse rechtspraktijk (paragraaf 3.4.4).

### 3.4.2 DE TOEDELINGSWIJZEN 'JOINT AND SEVERAL LIABILITY' EN 'SEVERAL LIABILITY'

Als er naast een primaire partij ook een secundaire partij aansprakelijk is voor de schade, dan kent het Amerikaanse rechtssysteem – abstraherend van de statelijke toepassingsvormen – verschillende 'smaken' voor de verdeling of de toedeling van de schadelast die op de aansprakelijke partijen rust. De Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability onderscheidt op hoofdlijnen twee toedelingswijzen in geval van meerdere aansprakelijke partijen, met dien verstande dat op die toedelingswijzen diverse (statelijke) variaties en toepassingsvormen mogelijk zijn.<sup>69</sup>

66 Welk wenselijkheidsvraagstuk meer in het bijzonder in de analyse van hoofdstuk 8, paragraaf 3 t/m 6 wordt behandeld.

67 Zie over het door mij aangelegde onderscheid tussen de vestigingsfase, omvangsfase en toedelingsfase van het recht nader hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.3 en hoofdstuk 2, paragraaf 1.

68 Een onderzoek naar of een bespreking van alle mogelijke instrumenten waarop de secundaire zorgplicht in het Amerikaanse recht (na de vestiging ervan) mogelijkerwijze in omvang beperkt kan worden, naar de hoogte van de specifieke schadevergoeding in concrete gevallen of naar alle (andere) specifieke wijzen waarop de schade tussen (primaire en secundaire) partijen in het Amerikaanse recht (en de verschillende staten) verdeeld kan worden, gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten. Slechts zijdelings wordt hieraan in het vervolg van dit hoofdstuk gerefereerd.

69 Meer in het bijzonder wordt – abstraherend van de statelijke verschillen – in het commentaar van § 17 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability (zie over die bepaling paragraaf 3.4.4) een vijftal 'Independent Tracks' geformuleerd (track A t/m E), wat in feite neerkomt op een vijftal systemen. Busch 2011, p. 79 vat deze systemen samen als: (1) een systeem van pure hoofdelijkheid, (2) een systeem waarin ieder alleen aansprakelijk is voor het deel van de schade dat hij heeft veroorzaakt, (3) eventueel met verrekening van het insolventierisico, (4) een systeem waarin alleen hoofdelijkheid wordt aangenomen bij een bijdrage boven een zeker percentage en (5) een systeem waarin wordt onderscheiden naar soort schade (bij letselschade wel hoofdelijkheid, bij zuivere vermogensschade geen hoofdelijkheid). Voor een nadere toelichting op elk van deze systemen zij gewezen op het commentaar op de voornoemde bepaling in de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability. Zie ook Green 2004, p. 262-263; Epstein & Sharkey 2016, p. 363-364. In de Nederlandse literatuur schreef hierover onder meer Van Boom 1997, p. 143; Barendrecht 2003, p. 957 en Busch 2011. Zoals in paragraaf 3.4.1 van dit hoofdstuk is toegelicht, wordt in het vervolg van dit onderzoek (enkel) ingegaan op de systemen genoemd onder (1) en (2).

Als de (secundaire) partij ‘severally liable’ wordt gehouden, dan is zij aansprakelijk voor het eigen ‘aandeel’ in de veroorzaking van de schade. Het gaat daarbij om wat ook wel wordt genoemd een ‘proportionate liability’: het slachtoffer mag de aansprakelijke partij slechts aanspreken voor dát deel van de schade dat de (secundaire) partij heeft veroorzaakt, en zal zich voor het verhaal van het overige deel moeten richten tot de andere aansprakelijke partij(en).<sup>70</sup> Als de andere (primaire) partij geen verhaal biedt, dan komt dat (deel) dus feitelijk voor risico van het slachtoffer zelf.<sup>71</sup>

Herkenbaar uit het Nederlandse recht is met name de tweede toedelingsfiguur, te weten ‘joint and several liability’. Bij de toepassing van dit systeem zijn de aangesproken partijen tezamen, en ieder voor zich, aansprakelijk zijn voor het geheel, los van het specifieke aandeel dat de partijen in het veroorzaken de schade hebben gehad (vgl. het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem). De tot vergoeding aangesproken partij kan zich vervolgens verhalen op de andere aansprakelijke partijen (vgl. het Nederlandse regresrecht).<sup>72</sup> Het is dan de verantwoordelijkheid van de aansprakelijke partijen zelf om de relatieve ernst van de fouten vast te stellen en de onderlinge verdeling van de schadelast ‘uit te vechten’. Het slachtoffer blijft buiten die discussie en kan dus volstaan met het aanspreken van de (doorgaans meer liquide) secundaire partij, waarna het op het pad van de secundaire partij ligt om zich te verhalen op de primaire partij(en).

De consequenties van het type veroordeling kunnen, in termen van feitelijke schadelast, groot zijn. In een systeem van ‘several liability’ is elke medeveroorzaker (primaair/secundair) immers aansprakelijk voor dát deel van de schade dat een weerspiegeling vormt van zijn aandeel in de veroorzaking van de totale schade. Het gevolg daarvan is dat de schadelast niet voor het geheel op de secundaire partij

70 In het vervolg van dit onderzoek wordt niet steeds (ook) gerefereerd aan ‘proportionate liability’, maar wordt kortheidshalve gesproken over ‘several liability’. Overigens dient van de Amerikaanse rechtsfiguur van de several liability nadrukkelijk onderscheiden te worden de (wel) in het Nederlandse recht erkende rechtsfiguur van de proportionele aansprakelijkheid in het geval van onzeker causaal verband. Deze Nederlandse figuur van proportionele aansprakelijkheid komt niet in de toedelingsfase aan de orde, maar in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid en wel om de eisende partij tegemoet te komen in haar bewijsnood ten aanzien van het causaal verband tussen de tekortkoming en de schade. Daarnaast geldt dat de Nederlandse proportionele aansprakelijkheid ziet op de gevallen waarin een van de potentiële schadeoorzaken is gelegen in de risicosfeer van de benadeelde. De Nederlandse proportionele aansprakelijkheid wordt dus ingezet om de onzekerheid over het condicio sine qua non-verband tussen de normschending en de schade tussen aangesproken partij (gedaagde) en de benadeelde (eiser) te verdelen, in plaats van deze volledig voor risico van de benadeelde te laten komen. Zie eerder Giesen & Maes 2014, p. 225 en de standaardarresten HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*) en HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*).

71 Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393; Epstein & Sharkey 2016, p. 353. Zie ook § 11 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability.

72 Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 387-388; Epstein & Sharkey 2016, p. 353. Zie ook § 10 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability. Zie over het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem en het recht op regres nader hoofdstuk 2, paragraaf 5.

komt te rusten als de primaire partij insolvent of onvindbaar is. Als de secundaire partij echter jointly and severally liable is, dan zal de secundaire partij – hoe klein haar veroorzakingsaandeel in de schade ook is – de facto moeten opdraaien voor het geheel als zij met een insolvente of onvindbare (primaire) medeschuldenaar te maken heeft. In het eerste systeem draagt het slachtoffer dus het insolventie- of onvindbaarheidsrisico van de primaire partij, daar waar dat risico in het tweede systeem bij de secundaire partij rust. In de toelichting in de hierop betrekking hebbende Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability wordt dan ook – bij wijze van conclusie – opgemerkt:

‘Preliminarily, it is important to appreciate that the primary consequence of what form of joint and several or several liability is imposed is the allocation of the risk of insolvency of one or more responsible tortfeasors. Joint and several liability imposes the risk that one or more tortfeasors liable for the plaintiff’s damages is insolvent on the remaining solvent defendants, while several liability imposes this insolvency risk on the plaintiff.’<sup>73</sup> [mijn onderstreping, KLM]

In de volgende paragraaf worden de consequenties van de verschillende toedelingswijzen in de Amerikaanse rechtspraktijk met concrete voorbeelden geïllustreerd.

#### 3.4.3 DE ONTWIKKELING VAN DE TOEDELINGSWIJZEN BINNEN DE ‘TORT REFORM’

Het hiervoor geschetste systeem, waarin een alternatief voor de hoofdelijke aansprakelijkheid bestaat, heeft niet altijd in het Amerikaanse rechtssysteem gelding gehad. Decennialang was de zogenoemde ‘indivisibility doctrine’ leidend. Ingevolge deze doctrine, die haar weerslag vond in de eerste en tweede Restatement of Torts,<sup>74</sup> werd onderscheid gemaakt in de deelbaarheid en de ondeelbaarheid van de schade. Als de schade ondeelbaar (‘indivisible’) was, dan ontstond er aansprakelijkheid van elke medeveroorzaker (primair of secundair) voor het geheel. Slechts in het geval van deelbare schade (‘divisible harms’) bestond er deelaansprakelijkheid.

Van Boom wijst, ter illustratie van dit onderscheid, op een voorbeeld waarin twee automobilisten door onvoorzichtigheid een ongeval veroorzaken waardoor een derde partij gewond raakt. Onder de indivisibility doctrine was het voor de aansprakelijkheidsvraag een kwestie of er sprake was van deelbare of ondeelbare schade. Als automobilist A bijvoorbeeld over een been is gereden en automobilist B over een arm, dan is in feite afzonderlijk en dus deelbare schade toegebracht, los van de vraag hoe moeilijk het is om de herstelkosten afzonderlijk toe te rekenen

73 Zie het commentaar op § 10 van de Third of Torts, Apportionment of Liability. Zie ook Van Boom 1997, p. 142; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393.

74 Zie hierover de Restatement First of Torts, § 875, § 879 en § 881 en de Restatement Second of Torts, § 433a.

aan de verschillende oorzaken. Als het ongeval daarentegen de dood ten gevolge heeft gehad, dan wordt van een ondeelbare schade gesproken.<sup>75</sup>

In het geval van secundaire aansprakelijkheid, waarbij de aansprakelijkheid in de meeste gevallen gebaseerd zal zijn op negligence, bleek vanwege het wezen van deze aansprakelijkheid – nalatig handelen – de schade in de regel niet deelbaar te zijn. De veroorzaakte schade is in die gevallen immers een en dezelfde: door het gebrek aan toezicht van de secundaire partij heeft de primaire partij de specifieke schade kunnen veroorzaken. Het gebrek aan toezicht leidt dus juist niet tot andere schade dan de door de primaire partij veroorzaakte.<sup>76</sup> In deze gevallen van secundaire aansprakelijkheid gold onder de voornoemde leer dan ook in principe aansprakelijkheid voor het geheel. De traditionele vorm van schadeverdeling in het geval waarin er meerdere partijen werden aangesproken, betrof dan ook die van de hoofdelijke aansprakelijkheid.<sup>77</sup> Bij uitstek in secundaire aansprakelijkheidsprocedures bestond er daarom een groot risico voor de secundaire (doorgaans liquide) partij dat zij uiteindelijk voor de gehele schade diende in te staan, terwijl zij een veel kleiner aandeel in het veroorzaken van de schade had.<sup>78</sup>

Aansprakelijkheid voor het geheel was dus het uitgangspunt: een schadeverdeling tussen de primair en de secundair aansprakelijke partijen naar (ongelijke) aandelen in de veroorzaking van de (ondeelbare) schade, werd lange tijd in geen enkele staat toegepast.<sup>79</sup> Onder invloed van onder andere de zogenoemde ‘tort insurance crisis’ in de jaren tachtig van de vorige eeuw, kwam er echter (steeds) meer ruimte voor proportionele vormen van aansprakelijkheid, en wel onafhankelijk van de (on)deelbaarheid van de schade. Deze crisis kenmerkte zich door een dramatische verhoging van de premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen, waardoor voor bepaalde aansprakelijkheidsrisico’s geen adequate en betaalbare verzekeringen meer werden aangeboden en polissen werden opgezegd.<sup>80</sup> Met name de zogenoemde ‘deep pocket defendants’ – zoals (vaak) secundaire partijen<sup>81</sup> – waren in deze tort reform de grootste pleitbezorgers voor de afschaffing van de rechtsfiguur van de joint and several liability.<sup>82</sup> Dat de kritiek en roep om herziening van het aansprakelijkheidsrecht juist uit die hoek kwam, is niet verwonderlijk. Bedacht

75 Van Boom 1997, p. 137.

76 Zie over de (on)deelbaarheid van de schade en de relatie met de soort toedelingswijze in het Nederlandse recht, hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.1.

77 Epstein & Sharkey 2016, p. 353.

78 Dat een secundaire partij zich in haar regresrelatie met de primaire partij in een niet verwaarloosbaar aantal gevallen ook daadwerkelijk met een insolvente primaire partij geconfronteerd ziet, terwijl zij zelf (al dan niet door verzekeringsdekking) wel voldoende solvent zal zijn om het volledige schadebedrag te voldoen, is goed verklaarbaar. Zie daarover hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.1 en (met name) hoofdstuk 8, paragraaf 3.3.3.

79 Van Boom 1997, p. 138.

80 Schirmeister 1996, p. 437; Van Boom 1997, p. 139-141; Rogers 2004, p. 289.

81 Dat betreft immers vaak de overheid of een private onderneming. Zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.1 en (met name) hoofdstuk 8, paragraaf 3.3.3.

82 Schirmeister 1996, p. 514; Van Boom 1997, p. 139; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 389-390, 393 en 395; Klaassen 2017, p. 92.



dient immers te worden dat de vraag naar de secundaire aansprakelijkheid vaak juist in beeld komt in het geval dat het slachtoffer met het praktische probleem kampt dat de primaire partij niet (voldoende) solvent is.<sup>83</sup> Schirmeister noemt de primaire partijen in dat geval 'judgment proof'. In die gevallen wordt toevlucht gezocht bij de secundaire partij met een 'deep pocket'.<sup>84</sup> Het resultaat was dat de secundaire partijen, alhoewel zij een relatief klein aandeel in de veroorzaking van de schade konden hebben gehad, in feite moesten opdraaien voor de volle honderd procent van de schade, nu zij zich niet op de insolvente of onvindbare primaire partij konden verhalen.<sup>85</sup> Nu secundaire partijen op die manier structureel meer schade moesten vergoeden en dragen dan waarvoor zij in feite verantwoordelijk waren, werd hun aansprakelijkheid in toenemende mate onverzekerbaar, hetgeen als een belangrijke oorzaak van de tort insurance crisis en de tort reform wordt gezien.<sup>86</sup>

Dat het vestigen van de aansprakelijkheid voor een secundaire partij zodoende tot grote, en misschien wel onbillijke gevolgen kon leiden, illustreren de volgende uitspraken uit het Amerikaanse recht.

In de zaak *Zimmer v. City of Milwaukee* overleed een 10-jarige jongen bij een verkeersongeval, nadat de betrokken automobilist een stopbord én een verkeersregelaar negeerde.<sup>87</sup> Ook de verkeersregelaar werd door de nabestaanden aangesproken, nu aangenomen kon worden dat het verkeersongeval mogelijk voorkomen had kunnen worden als hij het kind van de straat had geplukt, in plaats van de auto tot stilstaan had gesommeerd. De schade werd aan de gemeente, als werkgever van de verkeersregelaar, slechts voor 1% toegerekend. Desondanks voldeed de gemeente uiteindelijk 100% van de schade, nu zij te kampen had met een insolvente primaire schadeveroorzaker (de automobilist) en zich dus voor het deel dat de verkeersregelaar niet had veroorzaakt (99%), niet op de primaire partij kon verhalen.

Een ander (soortgelijk) voorbeeld betreft de zaak *Walt Disney World Co. v. Wood* in een kwestie waarin een vrouw letsel opliep toen haar verloofde met een botsauto ruw tegen haar aanreed.<sup>88</sup> De vrouw sprak haar verloofde als primaire partij aan, maar zij hield ook het pretpark (Disneyland) – vanwege een gebrek aan toezicht – aansprakelijk als secundaire partij. Alhoewel de vrouw voor 14% verantwoordelijk en aansprakelijk werd gehouden voor haar eigen schade, haar verloofde voor 85% en Disneyland slechts voor 1%, moest de rechtspersoon Disneyland 86% van de schade aan de vrouw voldoen, omdat de verloofde niet in staat was om zijn aandeel in de schade te betalen.

83 Zie hierover nader Green 2004, p. 263-264 en hoofdstuk 8, paragraaf 3.3.3.

84 Schirmeister 1996, p. 513.

85 Schirmeister 1996, p. 514; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393-394; Epstein & Sharkey 2016, p. 363.

86 Van Boom 1997, p. 141; Klaassen 2017, p. 92.

87 *Zimmers v. City of Milwaukee*, 189 Wis. 269 (N.W. 1925).

88 *Walt Disney World Co. v. Wood*, 515 So.2d 198 (Fla. 1987).

Van Boom concludeert dan ook dat de solvente secundaire partij bij een hoofdelijke veroordeling (joint and several liability), in feite als een ‘verzekeraar’ van de benadeelde fungeert, om hem te beschermen tegen onvindbaarheid of insolventie van de primaire veroorzaker.<sup>89</sup> Hij merkt over de consequenties van deze joint and several liability voor de Amerikaanse secundaire partijen op:

‘Kenmerkend voor deze “peripheral tortfeasors” was dat ze veelal door weinig courante jury’s aansprakelijk werden geacht wegens nalatigheid, dat hun aandeel in de schadeveroorzaking minimaal was en zij door een verzekeringsdekking vrijwel altijd voldoende solvent waren om het volledige schadebedrag op te hoesten. (...) Regres op de “echte” dader, de “primaire” veroorzaker, was vaak illusoir. Dit weerhield jury’s er vrijwel nooit van om de “deep pocket defendant” medeaansprakelijk te achten.’<sup>90</sup>

Gevoed door de voornoemde rechtspraak waarin de secundaire partijen de volledige schadelast dienden te voldoen, terwijl het aandeel van deze partijen in de veroorzaking van de schade minimaal te noemen was, evenals de (mede daardoor) ontstane tort insurance crisis, kwam er in de jaren tachtig van de vorige eeuw daadwerkelijk verandering in de klassieke wijze van schadeverdeling naar hoofdelijkheid. Zo werd er in veel staten aansluiting gezocht bij een verdeling naar een meer proportionele wijze van aansprakelijkheid, waarbij de medeveroorzaker aansprakelijk kon worden gehouden voor dát deel van de (ondeelbare) schade dat een weerspiegeling vormde van zijn aandeel in de veroorzaking van de totale schade.<sup>91</sup> In die gevallen geldt dat, als de primaire partij onvindbaar of insolvent blijkt, de benadeelde zich voor dat deel van de schade dat door de primaire partij is veroorzaakt, niet op de secundaire partij kan verhalen.

Tegenstanders van deze hervorming, die aansluiting wensten te blijven zoeken bij het klassieke systeem van de joint and several liability, wezen echter op ‘full compensation’ als doel van het aansprakelijkheidsrecht, welk doel volgens hen juist gediend werd met de hoofdelijke aansprakelijkheid van alle schadeveroorzakers.<sup>92</sup> Daarnaast werd gewezen op het vereiste causale verband tussen handelen en schade, dat maakt dat een (secundaire) partij niet ‘zomaar’ secundair aansprakelijk is, en dat de afwenteling van de eventuele verhaalsproblemen op deze partijen dan ook gerechtvaardigd is.<sup>93</sup>

89 Van Boom 1997, p. 141.

90 Van Boom 1997, p. 140.

91 Van Boom 1997, p. 138, met een verwijzing naar Schwartz 1994, par. 16-1 en par. 16-2.

92 Zie ook Schirmeister 1996, p. 130, die als een van de belangrijkste doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht noemt ‘to award make-whole-compensation to a prevailing plaintiff’. Meer beschouwend is Green 2004, p. 263-264.

93 Zie voor de uitgebreide discussie, Schirmeister 1996, p. 513 en 515-516; Van Boom 1997, p. 141-144; Green 2004, p. 263-264; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 389-390. Zie nader over de voor- en tegenstanders van een dergelijke partiële wijze van toedelen in de Nederlandse literatuur, hoofdstuk 8, paragraaf 5.3.7.

#### 3.4.4 DE STATUS QUO VAN DE AMERIKAANSE TOEDELINGSWIJZEN

In het voorgaande kwam al aan de orde dat de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability is gewijd aan de verdeling van de aansprakelijkheid in het geval waarin er meerdere aansprakelijke partijen zijn. Met name (de toelichting op) § 10-17 beslaan de huidige stand van zaken met betrekking tot de verdeling van de schadelast tussen meerdere partijen (zoals de primaire en de secundaire).

Dat (een vorm van) joint and several liability op statelijk niveau nog altijd wordt toegepast, volgt uit § 10 van de Restatement. In deze paragraaf is het rechtsgevolg van deze wijze van toedeling neergelegd, daarop neerkomende dat het slachtoffer zich voor het geheel mag verhalen op een van de aansprakelijke partijen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij intentional torts; in dat geval schrijft § 12 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability een hoofdelijke aansprakelijkheid voor.<sup>94</sup> In § 11 is het rechtsgevolg van several liability neergelegd, te weten aansprakelijkheid naar het veroorzakingsaandeel, zoals in paragraaf 3.4.2 meer uitvoerig werd besproken.<sup>95</sup>

De voornoemde regels uit de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability, gelden echter alleen als de statelijke wetgeving dergelijke vormen van aansprakelijkheid erkent.<sup>96</sup> Benadrukt zij dat deze Restatement op hoofdlijnen richtlijnen biedt bij de toepassing en de rechtsgevolgen in de gevallen waarin meerdere partijen aansprakelijk zijn voor de schade. Hoe hier precies invulling aan wordt gegeven, wordt in grote mate overgelaten aan het statelijke recht.<sup>97</sup> Voor zover dat nog niet uit § 10 zou volgen, benadrukt immers ook § 17 van dezelfde Restatement expliciet ruimte te laten voor statelijke variaties.

‘If the independent tortious conduct of two or more persons is a legal cause of an indivisible injury, the law of the applicable jurisdiction determines whether those persons are jointly and severally liable, severally liable, or liable under some hybrid of joint and several and several liability.’

In de toelichting op § 10 en § 17 in de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability wordt benadrukt dat er geen ‘majority rule’ op dit vlak te destilleren is, maar er juist diverse statelijke invullingen van de voornoemde toedelingswijzen

<sup>94</sup> Zie ook Green 2004, p. 262.

<sup>95</sup> In dit verband verwijst ik in het bijzonder naar § 17, track B18 en B19, welke regelingen gelding vinden in het geval van several liability. Zie hierover ook Green 2004, p. 261; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 395. In het bijzonder wijs ik ook op § 14, welke paragraaf een regeling kent voor de gevallen waarin een (secundaire) partij heeft verzuimd maatregelen te treffen om een derde te beschermen tegen het opzettelijke schadeveroorzakende gedrag van een (primaire) partij.

<sup>96</sup> Zie het commentaar op § 14 in de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability.

<sup>97</sup> Zoals in paragraaf 3.4.2 reeds werd toegelicht, worden er in de toelichting bij § 17 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability, een vijftal ‘Independent Tracks’ geformuleerd, wat in feite neerkomt op een vijftal systemen. Zie Busch 2011, p. 79. Vgl. Green 2004, p. 262-263; Epstein & Sharkey 2016, p. 363-364.

bestaan en de specifieke toepasbaarheid en toepassingsvorm daarom per staat zal verschillen.<sup>98</sup> Green merkt hierover op dat er wel patronen gedestilleerd kunnen worden, maar dat er ook op die patronen op statelijk niveau weer een veelvoud aan 'exceptions, modifications and other variations' bestaan.<sup>99</sup> Het American Law Institute neemt in de toelichting bij de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability dan ook nadrukkelijk afstand van concrete codificatie van de vraag wanneer joint and several liability, several liability of een combinatie daarvan in een concrete zaak moet worden toegepast.<sup>100</sup>

Concluderend geldt dat het met name een statelijke kwestie zal blijven of en zo ja, in welke toepassingsvorm, joint and several liability of several liability haar toepassing vindt.<sup>101</sup> De conclusie na onderzoek van het Amerikaanse kantoor Wilson Elser naar de toepassing van de verschillende toedelingswijzen in de afzonderlijke staten, luidt:

'(...) While some states follow pure versions of either the several-only or the joint and several liability rules, most states have adopted a middle-of-the road approach. States have hybrid liability rules (where joint and several liability applies to some portion of damages, such as the economic loss, and several-only liability applies to the rest) or variable rules (where the type of liability turns on some aspect of the plaintiff's cause of action, such as joint and several liability being triggered only for intentional and environmental torts, or for a certain percentage of fault).'<sup>102</sup>

Van Boom concludeerde indertijd dat de meeste staten proportionele aansprakelijkheid (several liability) als instrument hanteren voor de gevallen waarin de secundaire partij de 'minimale medeveroorzaker' is, wiens aandeel in de veroorzaking minder dan vijftig procent bedraagt. Voor de veroorzaker met een aandeel groter dan vijftig procent is in de meeste staten joint and several liability blijven

98 Ik volsta voor het overige en voor de algemene regels te verwijzen naar hoofdstuk 2 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability (§ 10-17) en voor de verschillen op statelijk niveau naar Green 2004, p. 262; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393-396; Epstein & Sharkey 2016, p. 364 en het onderzoek van Wilson Elser 2013, waarover in het vervolg van deze paragraaf meer.

99 Green 2004, p. 262; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393; Epstein & Sharkey 2016, p. 356-357 over de 'pro rata liability' in Californië en Epstein & Sharkey 2016, p. 364, over de statelijke verschillen.

100 Door in het commentaar bij § 17 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability op te merken: 'The Institute takes no position on whether joint and several liability, several liability, or some combination of the two should be adopted for independent tortfeasors who cause an indivisible injury.'

101 'States are left with having to decide where to shift the risk created by the judgment-proof defendant. The choice of who (between the remaining defendants and the plaintiff) will ultimately bear the risk is one of policy, which the states pursue according to their own preferences. For states that choose to have defendants bear this burden, joint and several liability is the preferred option.' Wilson Elser 2013. Zie ook Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393-395; Epstein & Sharkey 2016, p. 364.

102 Wilson Elser 2013.

bestaan, aldus Van Boom.<sup>103</sup> Epstein en Sharkey concluderen meer recent dat uit de laatste tellingen in 2016 volgt dat veertien staten en het District of Columbia joint and several liability zuiver toepassen, daar waar zestien staten several liability zuiver toepassen. De overige staten duiden zij aan als 'hybrid systems'.<sup>104</sup>

## 4 DE AMERIKAANSE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

### 4.1 INLEIDING

In paragraaf 3.3.2.2 werden de vereisten voor de vestiging van de Amerikaanse secundaire aansprakelijkheid op grond van 'negligence' besproken. Een van die vereisten betreft de zorgplicht, de 'duty of care'. In deze algemeen geformuleerde zorgplicht kan ook de meer specifieke proactieve, secundaire zorgplicht ('affirmative duty') besloten liggen. De onderhavige paragraaf strekt tot de uitwerking van deze affirmative duty.

Daartoe zal ik allereerst de Amerikaanse secundaire zorgplicht in het specifieke juridische kader van de Restatement of Torts plaatsen (paragraaf 4.2). In dit verband zullen meer in het bijzonder de bepalingen van hoofdstuk 7 ('Affirmative Duties') van de Restatement Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm worden besproken.<sup>105</sup> In de daaropvolgende paragraaf worden de ontstaansvoorwaarden voor de Amerikaanse secundaire zorgplicht nader beschouwd (paragraaf 4.3), waarbij de vier hoofdregels in het algemeen (paragraaf 4.3.1) en de 'special relationship' in het bijzonder (paragraaf 4.3.2) worden besproken.

103 Van Boom 1997, p. 143. Zie ook het commentaar op § 10 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability en Green 2004, p. 262-263.

104 Epstein & Sharkey 2016, p. 364. Ik verwijs ook naar de website [mwl-law.com](http://mwl-law.com).

105 Voor de volledigheid wijs ik ook op de mogelijke relevantie van de (meer algemene) bepalingen in hoofdstuk 3 ('The Negligence Doctrine and Negligence Liability') van dezelfde Restatement. Zo bevat meer in het bijzonder § 19 van dit hoofdstuk een bepaling voor de gevallen waarin een partij wordt aangesproken op gedrag (handelen) dat een voorzienbaar effect heeft op het (daardoor) risicovolle handelen van een derde, bijvoorbeeld doordat hij het middel verschaft of de mogelijkheid creëert waarmee de schade door een derde wordt toegebracht. Over het onderscheid tussen hoofdstuk 3 en het hierna te bespreken hoofdstuk 7 ('Affirmative Duties') van deze Restatement, wordt in het commentaar bij § 19 opgemerkt: 'These cases, in which the defendant's conduct creates or increases the possibility of harm caused by third-party misconduct, can be contrasted to cases in which the defendant merely takes no action to protect the plaintiff against the possibility of third-party misconduct. Because, as a general rule, the law does not impose an obligation to protect or rescue, defendants are liable in such cases only if they are subject to some affirmative duty providing an exception to the general rule. The doctrines of affirmative duty are addressed in Chapter 7 of this Restatement.' Daarom zal in het navolgende, omwille van de omvang van het onderzoek en gezien de definitie van secundaire aansprakelijkheid zoals deze geformuleerd is in hoofdstuk 1, paragraaf 6.1, voornamelijk de bepalingen van hoofdstuk 7 worden besproken, namelijk de gevallen waarin de schade in beginsel is ontstaan door het handelen van de primaire partij en de secundaire partij nalatig handelen kan worden verweten. De bepalingen uit hoofdstuk 3 worden slechts zijdelings genoemd.

## 4.2 HET JURIDISCH KADER

### 4.2.1 HOOFDREGEL: NO (AFFIRMATIVE) DUTY

Binnen de grondslag van negligence bestaat, zowel onder de Restatement Second als Third, géén algemene plicht om het gedrag van een derde (proactief) te controleren, teneinde de belangen van het potentiële slachtoffer te beschermen.<sup>106</sup> De hoofdregel van § 37<sup>107</sup> luidt immers – vergelijk de strekking van § 314 en § 315 (2nd) – dat er in beginsel geen positieve plicht tot handelen bestaat, *tenzij* dat in de daaropvolgende paragrafen is bepaald. De titel van deze paragraaf luidt overeenkomstig: ‘No duty of care with respect to risks not created by actor.’ De (proactieve) ‘duty to exercise reasonable care’, zoals neergelegd en meer in het algemeen is gedefinieerd in § 7, geldt dus niet zomaar.<sup>108</sup> Zo rust bijvoorbeeld op een rijder in een auto die weet dat de bestuurder van de auto dronken is en daardoor een gevaar voor anderen vormt, geen zorgplicht om derden te beschermen tegen dat gevaar. Hij behoeft enkel zijn eigen veiligheidsbelang te dienen door de bestuurder te sommeren te stoppen met rijden.<sup>109</sup>

Nog anders gezegd: het vertrekpunt van het Amerikaanse (secundaire) aansprakelijkheidsrecht is dat op een partij geen rechtens afdwingbare of te sanctioneren zorgplicht rust om het gevaar dat een ander loopt, in te dammen of te voorkomen, ook al is de zorgdrager wel bij machte daartoe.<sup>110</sup> De regeling van § 37 wordt in de Amerikaanse literatuur, evenals in de toelichting in de Restatement, aangemerkt als een ‘no duty rule’: gevaarlijk handelen door de primaire partij brengt dus niet zonder meer een positieve plicht tot handelen voor de secundaire partij met zich mee.<sup>111</sup>

106 Vgl. Giesen 2005a, p. 56-57; Giesen 2014, p. 85-86.

107 Ik herhaal dat, daar waar in het vervolg van dit hoofdstuk enkel paragraafnummers worden aangehaald (zonder de toevoeging ‘2nd’ of ‘3rd’), steeds wordt gedoeld op de paragrafen uit de Restatement *Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*. Als een paragraaf uit de Restatement *Second of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm* wordt aangeduid, wordt dit steeds expliciet aangegeven met de toevoeging ‘2nd’. Ten behoeve van de leesbaarheid geldt bovendien dat, daar waar in het navolgende gesproken wordt over de ‘Restatement Third of Torts’ of (nog korter) ‘Restatement’, zonder daarbij het specifieke deel te expliciteren, steeds wordt gedoeld op de uitgave betrekking hebbend op de ‘Liability for Physical and Emotional Harm’. Zie paragraaf 3.2.

108 Epstein & Sharkey 2016, p. 467 e.v.

109 Dobbs, Hayden & Bublick 2016 p. 651, met een verwijzing naar *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, 65 Cal.2d 114 (Cal. 1966) en *Halvorsen v. Ford Motor Co.*, 132 A.D.2d 57 (N.Y.A.D. 3 Dept 1987).

110 Tenzij het gevaar direct voortvloeit uit ‘conduct’ (handelen). In het commentaar op § 37 wordt in de Restatement Third of Torts over het hier gebezigde vertrekpunt ten opzichte van ‘reasonable care’ van § 7 opgemerkt: ‘This Section states a complementary principle: there is no duty of care when another is at risk for reasons other than the conduct of the other, even though the actor may be in a position to help.’

111 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 188. Zie over deze ‘no duty rule’ meer uitgebreid Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 264-289.

#### 4.2.2 UITZONDERINGEN: WÉL EEN (AFFIRMATIVE) DUTY

In § 38-44 zijn uitzonderingen op de ‘no duty rule’ opgenomen. In de situaties die hier worden genoemd, wordt van de secundaire partij wél proactief handelen gevergd, teneinde een derde te beschermen tegen het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij. Zo wordt ook in het commentaar op deze bepalingen in de Restatement opgemerkt:

‘These exceptions impose a duty to take action to prevent or ameliorate the risk of harm created by others.’

Een positieve plicht tot handelen bestaat blijkens het vervolg van het hoofdstuk onder andere als er een wettelijke bepaling bestaat die dergelijk handelen vergt (§ 38), wanneer eerder gedrag van de aangesprokene tot schade kan leiden (§ 39) of wanneer er een speciale relatie bestaat tussen de secundaire partij en het slachtoffer of tussen de secundaire partij en de mogelijke primaire schadeveroorzaker (§ 40-41).<sup>112</sup>

In het onderhavige onderzoek staat de secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten jegens hun bezoekers centraal. Om die reden zal vooral de laatstgenoemde categorie, waarin een secundaire partij vanwege een speciale relatie met een ander secundair aansprakelijk kan zijn, in de rechtspraakanalyse de revue passeren, en in het vervolg van deze paragraaf worden uitgediept.

#### 4.3 DE ONTSTAANSVOORWAARDEN NADER BESCHOUWD

##### 4.3.1 EEN VIERTAL HOOFDREGELS

‘In many cases, the defendant himself does not directly injure the plaintiff but instead fails to prevent the risk of injury by another person. (...) The question is whether the defendant, who could have prevented the injury by a warning, or by exercising the control he had over the attacker or over the plaintiff herself, or otherwise, is under any duty to do so.’<sup>113</sup>

Uit de voorgaande paragrafen bleek reeds dat de secundaire zorgplicht ook in het Amerikaanse recht wordt erkend, maar dat er voor secundaire partijen onder het leerstuk van negligence geen *algemene* plicht bestaat om het gedrag van een derde te controleren, teneinde de belangen van het potentiële slachtoffer te beschermen. De daaraan ten grondslag liggende gedachte is dat er in het algemeen ‘no duty to control others’ bestaat, maar dat de secundaire partij juist een zekere autonomie tot (wel of niet) handelen wordt toegekend.<sup>114</sup>

112 Vgl. § 314a Restatement Second of Torts. Zie ook Epstein & Sharkey 2016, p. 467-468.

113 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 633.

114 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 634. Vgl. *Johnson v. State*, 553 N.W. 2nd 40 (Minn. 1996).



De regel dat de secundaire partij in beginsel niet aansprakelijk is voor de schade die ontstaat doordat zij het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij niet heeft voorkomen, leidt in een aantal situaties uitzondering. Dobbs, Hayden en Bublick onderscheiden – in lijn met en op basis van de hiervoor besproken Restatement Third of Torts – vier gevallen waarin dit vertrekpunt van de no duty rule in de Amerikaanse rechtspraak opzijgeschoven kan worden.<sup>115</sup>

**I. De situatie waarin ingevolge een wettelijke bepaling een zorgplicht op de secundaire partij rust (vgl. § 38 Restatement Third of Torts).**

Een eerste uitzondering op de no duty rule is gelegen in het geval waarin de secundaire zorgplicht op een wettelijke regeling is terug te voeren. Gedacht kan worden aan de meest uiteenlopende soorten wetgeving.<sup>116</sup> In hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.1 werd reeds besproken dat – alhoewel de secundaire aansprakelijkheid ook op de schending van een concrete wettelijke norm kan zijn gebaseerd – de secundaire zorgplicht in de meeste gevallen op de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm zal worden gestoeld. Om die reden volsta ik voor een verdere uitwerking van § 38 met een verwijzing naar de toelichting op deze bepaling in de Restatement Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm.

**II. De situatie waarin het actief handelen van de secundaire partij een substantieel risico in het leven roept dat de primaire partij schade veroorzaakt; het schadeveroorzakende gedrag wordt als het ware gefaciliteerd (vgl. § 39 Restatement Third of Torts).**<sup>117</sup>

Een tweede uitzondering op het vertrekpunt dat er geen algemene, proactieve plicht bestaat derden te beschermen tegen het schadeveroorzakende gedrag van een ander, betreft het geval waarin het (actief) handelen van de secundaire partij een risico op schade aan een derde partij in het leven roept. Dobbs, Hayden en Bublick merken hierover op:

‘Although perceptions may differ, it is possible to say that (...), when courts do in fact perceive the defendant’s conduct as actively creating an unreasonable risk of injury

115 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 634-635. Deze hoofdregels zijn door mij op die manier bewerkt dat deze op de *secundaire* aansprakelijkheidskwesties zijn toegespitst. De regels uit § 42 (‘Duty Based on Undertaking’), § 43 (‘Duty to Third Parties Based on Undertaking to Another’) en § 44 (‘Duty to Another Based on Taking Charge of the Other’) worden – voor zover deze regelingen niet al in de vier hierna te bespreken hoofdregels besloten liggen en bij gebrek aan (directe) relevantie – in het vervolg van deze paragraaf niet verder uitgewerkt.

116 Zoals bijvoorbeeld wetgeving die de politie verplicht om meldingen van kindermisbruik te onderzoeken. Zie *Sabia v. State*, 164 Vt. 293 (Vt. 1995); *District of Colombia v. Harris*, 770 A.2d 82 (D.C. 2001).

117 Dit is een logische consequentie van de regel dat ‘nonfeasance’ (niet-handelen) in beginsel geen zorgplicht in het leven roept. Het actief creëren van risico’s dús wel, aldus de toelichting op § 39 Restatement Third of Torts.

by third persons, they usually recognize a duty of care and liability based upon the active exposure to risks.<sup>118</sup>

Een voorbeeld in de Amerikaanse rechtspraak is te vinden in een zaak waarin een ijscoman met de verkoop van ijs, waarbij bovendien rondom zijn ijskar vrolijke muziek werd afgespeeld, kinderen aan de overkant van de straat naar zich toe lokte ('allegedly attempted to cross the street to get to the truck').<sup>119</sup> Deze ijscoman had uiteraard geen controle over de automobilisten als mogelijke primaire schadeveroorzakers die een gevaar voor de veiligheid van plots overstekende kinderen vormden. Uit dien hoofde – de mogelijkheid dit rijgedrag te controleren – rustte er geen zorgplicht op de ijscoman. Zoals toegelicht, bestaat er immers 'no duty to control others', zeker niet daar waar deze controle feitelijk niet uitgeoefend kán worden. Desondanks werd in deze zaak aangenomen dat op de ijsverkoper in kwestie een plicht rustte om 'reasonable care' jegens de (meer kwetsbare) kinderen te betrachten die hij – gezien de aantrekkingskracht van de ijsjes en de muziek, maar ook vanwege de gevaarlijke plek waarop hij zijn ijskar gestationeerd had – tot gevaarlijk gedrag aanzette. De ijscoman werd dan ook secundair aansprakelijk gehouden voor de schade die een kind opliep toen het de straat overstak en daarbij werd aangereken door een auto.<sup>120</sup>

In deze categorie vallen ook de situaties waarin door de secundaire partij een gevaar in het leven wordt geroepen door het afgeven van misleidende signalen. Een voorbeeld uit de Amerikaanse jurisprudentie is te vinden in een zaak waarin een automobilist een andere automobilist met slecht zicht aangaf veilig door te kunnen rijden, maar hem daardoor op een weg leidde waarop hij in botsing raakte met een derde persoon.<sup>121</sup> Ook kan gedacht worden aan de situatie waarin de secundaire partij ten onrechte (impliciet of expliciet) kwaliteiten of vaardigheden van de primaire partij bevestigt, waar een derde vervolgens op vaart, en – door het ontbreken van die kwaliteiten van de primaire partij – schade lijdt. Een voorbeeld uit de Amerikaanse jurisprudentie betreft een zaak waarin de secundaire partij een bepaalde (medische) behandeling door een primaire partij had aanbevolen, zonder daarbij te waarschuwen voor zijn ongebruikelijke en extreem gewelddadige manier van (be)handelen.<sup>122</sup>

118 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 635.

119 *Neal v. Shields, Inc.*, 166 Conn. 3 (Conn. 1974).

120 In *Neal v. Shields, Inc.*, 166 Conn. 3, 13 (Conn. 1974) werd immers overwogen: 'The operator of an ice cream truck, when he intentionally undertakes to attract children into streets, by such action assumes a legal duty to act with care in relation to children he has attracted to his area of business, which duty comprehends having in mind the often singleminded interest of children in his wares and their accompanying disregard for traffic.'

121 Voorbeeld ontleend aan de zaak *Lokey v. Breuner*, 358 Mont. 8 (Mont. 2010). Zie voor een soortgelijk voorbeeld de zaak *Fuhrman v. State*, 265 Neb. 176 (Neb. 2003).

122 Voorbeeld ontleend aan de zaak *Randi W. v. Muroc Joint Unified School District*, 14 Cal.4th 1066 (Cal. 1997).

**III. De situatie waarin de secundaire partij in een zodanige speciale relatie staat tot het slachtoffer, dat er 'reasonable care' door de secundaire partij betracht dient te worden ten behoeve van de veiligheid van het slachtoffer (vgl. § 40 Restatement Third of Torts).**

In de derde plaats kan een speciale relatie tussen de secundaire partij en het slachtoffer secundaire zorgplichten in het leven roepen. In § 40, sub b wordt een aantal voorbeelden van dergelijke relaties genoemd. Deze regeling wordt in paragraaf 4.3.2 nader besproken.

**IV. De situatie waarin de secundaire partij in een speciale relatie staat tot de primaire partij én zij in een positie verkeert om invloed uit te oefenen op het (potentiële) schadeveroorzakende gedrag, of zij op zijn minst op enigerlei wijze de risico's op schadeveroorzakend handelen van de primaire partij kan minimaliseren (vgl. § 41 Restatement Third of Torts).**

In de vierde plaats kan ook een speciale relatie tussen de secundaire partij en de primaire partij een secundaire zorgplicht in het leven roepen. In § 41, sub b wordt een aantal voorbeelden genoemd van dergelijke speciale relaties. Ook deze regeling wordt in paragraaf 4.3.2 nader besproken.

Tot slot zij opgemerkt dat, óók in de gevallen waarin zich geen van de hiervoor besproken uitzonderingen op de no duty rule voordoet, van de zorgplichten die tussen de secundaire en primaire partij gelden, op zichzelf bezien toch een beschermend effect naar een derde kan uitgaan. Dat geldt dan ondanks dat die zorgplicht daar niet op is gericht en er in beginsel geen algemene plicht bestaat om de belangen van de derde te dienen of te beschermen.<sup>123</sup> Zo is het bijvoorbeeld aannemelijk dat op de psychiater een zorgplicht rust om zijn patiënt te informeren over de bijwerkingen van medicatie die hij voorschrijft. Dat kan onder omstandigheden betekenen dat hij zijn patiënt dringend adviseert om, vanwege die bijwerkingen, geen auto te rijden. De zorgplicht is dan in principe gericht op de veiligheid van de patiënt, maar inherent daaraan worden ook de belangen van derden gediend die mogelijk het slachtoffer zouden kunnen worden van het gevaarlijke rijgedrag van de patiënt. Als de psychiater bij verwezenlijking van de schade vervolgens aansprakelijk wordt gesteld (als secundaire partij) door deze derden (slachtoffers), dan veronderstelt dat een geschonden zorgplicht die in de relatie met de patiënt (de primaire partij) op hem rustte. Als hij die zorgplicht wel had nageleefd, dan had de schade voorkomen kunnen worden, is dan het betoog.<sup>124</sup>

In de volgende (slot)paragraaf wordt nader ingezoomd op de gevallen genoemd onder III en IV, nu – zoals hiervoor al werd toegelicht – in het onderhavige onderzoek de secundaire aansprakelijkheid van private ruimten jegens hun bezoekers

123 De 'no duty rule', zoals toegelicht werd in paragraaf 4.2.1.

124 Oftewel: er bestaat causaal verband ('causation') tussen het overtreden van de zorgplicht en het intreden van de schade. Zie hierover Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 653.

centraal staat, hetgeen een relatie tussen (de beheerders van) deze ruimten en diens bezoekers impliceert. Het zijn immers juist die (in de voorgaande hoofdstukken besproken) relaties tussen de school en de leerling, de sportvereniging en de sporter, de opvang- en zorginstelling en de patiënt, etc., die een bepaalde mate van verantwoordelijkheid en zorg – ook jegens derden – rechtvaardigen.

#### 4.3.2 HET BELANG VAN DE (SPECIALE) RELATIE

##### 4.3.2.1 VAN TOEN NAAR NU

Aanvankelijk hechtte het Amerikaanse common law systeem enkel belang aan de relatie die tussen partijen ontstond vanuit ‘contract’ of ‘status’. Daarbij werd onderscheid gemaakt tussen ‘nonfeasance’ en ‘misfeasance’. Van het eerste geval, nonfeasance, was sprake als een partij zich had verbonden tot een bepaalde prestatie, en deze niet nakwam door in het geheel niet te presteren. Van het tweede geval, misfeasance, was sprake wanneer een andere prestatie werd geleverd dan tussen partijen was afgesproken. Aan de hand van deze soorten contractuele ‘tekortkomingen’ werd vervolgens aansprakelijkheid vastgesteld.<sup>125</sup>

Vanaf 1700 kregen ook de zogenoemde ‘strangers’ een steeds belangrijkere rol in het (werkend) leven van mensen, met als gevolg dat de rechters steeds vaker hadden te oordelen over aansprakelijkheidszaken waarin deze derden – waarmee de aansprakelijk gestelde partij dus geen contractuele relatie had – (in)direct schade veroorzaakten.<sup>126</sup> Er ontstond zodoende steeds meer behoefte aan en erkenning van aansprakelijkheden gebaseerd op de meer algemene grondslag negligence, zonder dat van een directe contractuele relatie tussen de aansprakelijke en het slachtoffer sprake was. In de negentiende eeuw werd het zelfs een normale gang van zaken om een derde (secundaire) partij aan te spreken op grond van dit buitencontractuele en weinig afgebakende principe.<sup>127</sup>

In de huidige Amerikaanse aansprakelijkheidsrechtspraktijk vormt meer in het bijzonder de (buitencontractuele) *speciale* relatie tussen twee partijen een bron van secundaire zorgplichten.<sup>128</sup> Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, wordt in de eerste plaats in § 40, sub a – getiteld ‘Duty Based on Special Relationship with Another’ – de relatie tussen de ‘actor’ (de secundaire partij) en ‘the other’ (het slachtoffer) aangemerkt als reden voor de aanvaarding van secundaire zorgplichten.<sup>129</sup> In § 40, sub b worden als voorbeelden van dergelijke ‘special relationships’ onder

125 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 192. Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 424 merken op dat nonfeasance in beginsel alleen tot een ‘contract action’ kan leiden, daar waar misfeasance ook tot een ‘tort action’ kan leiden.

126 Vergelijk de rol van de industriële revolutie, zoals al kort werd aangestipt in paragraaf 3.3.2.2.

127 Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 139 en 424; Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 192.

128 Epstein & Sharkey 2016, p. 518-537.

129 Ook in de inmiddels vervangen § 314(a) en § 315 van de Restatement Second of Torts werd deze ‘special relationship’ vooropgesteld en als rechtvaardiging gebezigd voor de aanvaarding van een secundaire zorgplicht(schending).

andere genoemd de relaties tussen vervoerders met hun passagiers, ‘grond- of vastgoedeigenaren’ met hun bezoekers, herbergiers met hun gasten, werkgevers met hun werknemers, scholen met hun studenten, verhuurders met hun huurders en bewakers met hun gevangenen.<sup>130</sup> De genoemde voorbeelden in de Restatement Third of Torts zijn echter niet limitatief; de rechter kan dus ook op basis van andersoortige relaties zorgplichten aannemen.<sup>131</sup>

In de tweede plaats kunnen er op grond van § 41 – getiteld ‘Duty to Third Parties Based on Special Relationship with Person Posing Risks’ – bovendien secundaire zorgplichten worden aangenomen in de situaties waarin er een bijzondere relatie bestaat tussen de secundaire en primaire zorgdrager.<sup>132</sup> Het gaat hier dus niet, zoals in § 40 wel, om de situatie waarin er een directe relatie bestaat tussen de zorgdrager (de secundaire partij) en de zorgontvanger (het slachtoffer), maar om de situatie waarin de secundaire partij vanuit haar relatie met de primaire partij de direct door deze laatste partij veroorzaakte schade had moeten voorzien en had moeten voorkomen. In § 41, sub b worden als voorbeelden van dergelijke relaties genoemd ouders met hun kinderen, bewakers met hun gevangenen, werkgevers met hun werknemers en – nieuw ten opzichte van de Restatement Second of Torts – artsen (‘mental health professionals’) met hun patiënten.<sup>133</sup> De in paragraaf 5.4 te bespreken *Tarasoff*-uitspraak vormt van de laatste categorie een goed voorbeeld.<sup>134</sup>

Benadrukt dient te worden, tot slot, dat de Amerikaanse rechter een discretionaire vrijheid geniet bij de aanname van secundaire zorgplichten. Zelfs als op grond van de voornoemde bepalingen een secundaire zorgplicht kan worden aangenomen, dan kan de rechter oordelen dat daarvan in het specifieke geval desondanks geen sprake is. Gewezen zij bijvoorbeeld op de in paragraaf 5.2 nader te bespreken uitspraak *Young v. Salt Lake City School District*, over de secundaire aansprakelijkheid van een school, waarin het Hoogerechtshof van Utah overwoog:

‘(...) Because a district has a special relationship with a student at school, does not mean that a special relationship exists at all times.’<sup>135</sup>

Andersom kan de rechter in andersoortige relaties, die in deze bepalingen niet worden genoemd, aanleiding zien om zorgplichten aan te nemen. Negligence law wordt daarom, zeker ten opzichte van de traditionele intentional torts, ‘opengesteld’ genoemd.<sup>136</sup> De vraag of een bepaalde relatie tussen de aangesprokene met het slachtoffer of een derde een zorgplicht met zich meebrengt, is bovendien en

130 Zie de letterlijke tekst van § 40, sub b voor de precieze omschrijving van deze relaties. Zie hierover nader Dobbs, Hayden & Bublick 2016, par. 26.5, 26.6 en 26.8.

131 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 637.

132 Deze regeling heeft § 315(a), § 316, § 317, en § 319 (2nd) vervangen.

133 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 651-652. Zie de letterlijke tekst van § 41, sub b voor de precieze omschrijving van deze relaties.

134 *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425 (Cal. 1976).

135 *Young v. Salt Lake City School District*, 52 P.3d 1230, 1234 (Utah. 2002).

136 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 188.

in beginsel een matter of law, waar een rechter en dus niet een jury zich over te buigen heeft.<sup>137</sup>

#### 4.3.2.2 DE 'ABILITY TO PROTECT'

De hiervoor besproken regelingen en criteria in onderling samenhang bezien, brengen Dobbs, Hayden en Bublick tot de conclusie dat een uitzondering op de 'no duty rule' in essentie mogelijk is als er een 'ability to protect' voor de secundaire partij bestaat. Deze ability ziet dan op de mogelijkheid om het slachtoffer te behoeden voor schade die voorzienbaar is, een en ander voor zover die ability geen buitensporige en onbetaalbare inzet van de secundaire zorgdrager impliceert. Ook uit de hiervoor in paragraaf 3.3.2.2 opgesomde 'Amerikaanse Kelderluik-factoren' bleek al dat de feitelijke mogelijkheid om in te grijpen en het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij te voorkomen, ten minste een gezichtspunt kan bieden bij de vraag of er in het specifieke geval een zorgplicht op een actor rust en geschonden is.<sup>138</sup>

De 'abilities' waar Dobbs, Hayden en Bublick op duiden, liggen wat mij betreft besloten in het vereiste van een 'special relationship' als een van de mogelijke 'ontstaansvoorwaarden' voor de secundaire zorgplicht (§ 40, § 41, 3rd). De mogelijkheid om het slachtoffer te beschermen zal immers in het bijzonder bestaan in het geval waarin er een speciale relatie tussen de secundaire zorgdrager en de primaire partij, dan wel het slachtoffer bestaat.<sup>139</sup> Zo werd in hoofdstuk 4 reeds bepleit dat een sportvereniging, meer dan een medesporter of een willekeurige voorbijganger, de mogelijkheid heeft om haar sporters te beschermen tegen schadeveroorzakend gedrag van de medesporters, door bijvoorbeeld voldoende scheidsrechters op het sportveld te plaatsen of veilig speelmateriaal te verschaffen. Ook werd in hoofdstuk 5 betoogd dat een opvang- en zorginstelling relatief meer invloed heeft op het schadeveroorzakende gedrag van de patiënt, bijvoorbeeld door op bepaalde (voorzienbare) gedragingen te anticiperen of de patiënt in vrijheden te beperken. Daarnaast, zo besprak ik in hoofdstuk 6, kan een horecagelegenheid invloed uitoefenen op de (hoeveelheid) alcohol die aan een bezoeker wordt geschonken.

Ter illustratie van hoe de special relationship, en de daarin besloten liggende 'abilities to protect' zijdens de secundaire partij, zich in de Amerikaanse rechtspraktijk verhouden tot het eerdergenoemde vertrekpunt van de 'no duty to control rule', zij gewezen op de zaak *Johnson v. State*.<sup>140</sup> In deze zaak was een veroordeelde voorwaardelijk in vrijheid gesteld, waarna hij zich niet op het afgesproken moment

137 Commentaar op § 40 (3rd), onder comments b, e en o. Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 189 wijzen desondanks op de grote rol van de jury in negligence zaken bij de vaststelling van het (al dan niet) laakbare gedrag. Zie over de Amerikaanse juryrechtspraak eerder paragraaf 2.4.

138 Zie hiervoor paragraaf 4.3.2.2 van dit hoofdstuk. Vgl. Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 634.

139 Zie hieromtrent ook Giesen 2005a, p. 56-57; Giesen 2014, p. 85-86.

140 *Johnson v. State*, 553 N.W. 2nd 40 (Minn. 1996); *State, Dept. of Corrections v. Cowles*, 151 P.3d 353 (Alaska 2006).

bij de reclasseringsambtenaar had gemeld en vervolgens een moord pleegde. De vraag die in deze zaak rees, was of op de reclasseringsambtenaar in dit geval een zorgplicht rustte, in feite inhoudende dat hij de gevangenis of de politie had moeten waarschuwen voor het niet-verschijnen van de veroordeelde, wetende dat hij al eerder strafbare feiten had begaan. De rechtbank nam in deze zaak geen secundaire zorgplicht aan op basis van het gegeven dat de reclasseringsambtenaar controle had of had moeten hebben over het gedrag van de veroordeelde. Ondanks dat er geen 'duty' op de reclasseringsambtenaar rustte 'to control over others', werd de zorgplicht door de rechtbank echter wél aangenomen vanwege de 'supervisory relationship' tussen de reclasseringsambtenaar en de veroordeelde.<sup>141</sup> Recapitulerend geldt dat de secundaire zorgplicht van de reclasseringsambtenaar dus niet werd gegrond op de plicht om de veroordeelde (de primaire partij) onder controle te houden, dan wel op een gelijksoortige gedachte of plicht inhoudende dat een derde beschermd dient te worden tegen schade.<sup>142</sup> De daartoe strekkende stelling van de eiser werd in deze en andere (in paragraaf 5 nader te bespreken) Amerikaanse rechtspraak van de hand gewezen; er bestaat immers 'no duty to control others'.<sup>143</sup> Dat betekent dat de secundaire partij niet zonder meer verantwoordelijk was voor het gedrag van de primaire partij; daarvoor is méér nodig, zoals (in casu) de bijzondere verhouding tussen de ambtenaar met de veroordeelde.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat, voor de bepaling van de (omvang van de) Amerikaanse secundaire zorgplicht als bedoeld is in dit onderzoek, met name de relaties van de bij het schadevoorval betrokken partijen onder de loep genomen moeten worden. In welke verhouding stond secundaire partij A ten opzichte van primaire partij B of slachtoffer C? Welk mogelijk gevaar scheidt A met haar handelen voor C? Welke praktische mogelijkheden, *abilities*, had A om het handelen van B te voorkomen? In de rechtspraakanalyse van paragraaf 5 wordt een en ander nader en aan de hand van concrete kwesties (per onderzochte, private ruimte) geïllustreerd.

#### 4.4 CONCLUSIE

In het Amerikaanse recht rust op de secundaire partij geen algemene proactieve plicht (*affirmative duty*) om het gedrag van een derde te controleren en zodoende de belangen van het potentiële slachtoffer te beschermen. Er bestaat immers *no duty to control others*, ook wel genoemd: de 'no duty rule', de 'no duty to control rule' of de 'no duty to care rule'.<sup>144</sup> De overeenkomstig luidende hoofdregel van § 37 van de Restatement Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm bepaalt dan ook dat er in beginsel geen positieve plicht tot handelen bestaat, tenzij dat in de daaropvolgende paragrafen is bepaald.

141 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 634.

142 Zie in gelijke zin *Fuhrman v. State*, 265 Neb. 176 (Neb. 2003).

143 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 633-635 en 656-661.

144 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 633-635 en 656-661.



In § 38-44 zijn uitzonderingen op de no duty rule opgenomen. In de hier genoemde gevallen wordt van de secundaire partij wél proactief handelen gevergd, teneinde een derde te beschermen tegen het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij. Met name de speciale relaties tussen de secundaire partij en het slachtoffer (§ 40) en tussen de secundaire partij en de primaire partij (§ 41) kunnen voor de Amerikaanse rechter een belangrijk aanknopingspunt vormen voor de aanvaarding van secundaire zorgplichten van private ruimten jegens hun bezoekers.

In de navolgende jurisprudentieanalyse wordt beoogd inzichtelijk te maken hoe de hiervoor in paragraaf 3 en paragraaf 4 geschetste kaders in de Amerikaanse rechtspraak haar uitwerking vinden. Meer in het bijzonder wordt met deze analyse beoogd de reikwijdte van de Amerikaanse secundaire zorgplicht van private ruimten (nader) bloot te leggen.

## 5 AMERIKAANSE JURISPRUDENTIEANALYSE

### 5.1 INLEIDING

In deze paragraaf wordt op argumentatief niveau en per private ruimte in de sectoren educatie, recreatie en zorg de relevante Amerikaanse jurisprudentie besproken, nadat de specifieke zorgplicht in kwestie in elke subparagraaf kort is ingeleid. Daarbij houd ik de volgorde en de definities aan zoals deze in de voorgaande hoofdstukken zijn gehanteerd, te weten de secundaire zorgplicht van scholen (paragraaf 5.2), sportverenigingen (paragraaf 5.3), opvang- en zorginstellingen (paragraaf 5.4) winkels en winkelcentra (paragraaf 5.5) en horeca- en verblijfsgelegenheden (paragraaf 5.6).<sup>145</sup> In de slotparagraaf worden de belangrijkste conclusies uit het Amerikaanse jurisprudentieonderzoek geanalyseerd en samengevat (paragraaf 5.7).

### 5.2 DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN SCHOLEN

De Restatement Third of Torts kent, in tegenstelling tot de Restatement Second of Torts, in § 40, sub b, onder 5 een expliciete regeling met betrekking tot de relatie tussen de school en de leerling.<sup>146</sup> Ter aanvulling op hetgeen daarover in hoofdstuk 3 met betrekking tot de Nederlandse secundaire zorgplicht van scholen is opgemerkt, benadruk ik dat de beoordeling van de secundaire zorgplicht van de scholen bij uitstek contextgebonden is en daarmee sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Niet alleen hebben de verschillende schoolsta-

145 Met dien verstande dat de laatste twee private ruimten (winkels en winkelcentra en horeca- en verblijfsgelegenheden) in hoofdstuk 6, vanwege de beperkte(re) beschikbare Nederlandse jurisprudentie, gebundeld zijn besproken en in het onderhavige hoofdstuk afzonderlijk worden besproken. Ik verwijs korthedshalve naar de eerdere toelichting hierop in paragraaf 1.

146 Deze relatie was volgens het commentaar op § 320, sub b (2nd) wel te scharen onder de oude bepaling, maar een expliciete bepaling daartoe ontbrak in de Restatement Second of Torts.

dia,<sup>147</sup> de levensfasen van de leerlingen, het opleidingsniveau, de activiteiten binnen het schoolprogramma en de aanwezigheid op de school (een schoolcampus of niet) invloed op de beoordeling van deze secundaire zorgplicht, ook zijn de Amerikaanse rechtbanken – los van die verschillen en meer in het algemeen – verdeeld over de (principiële) reikwijdte van de secundaire zorgplicht van scholen. In de toelichting bij § 40, sub b, onder 5 wordt daarover opgemerkt:

‘Courts are split on whether a college owes an affirmative duty to its students. Some of the cases recognizing such a duty are less than ringing endorsements, often relying on other aspects of the relationship between the college and its student to justify imposing a duty. Conversely, a number of the cases declining to recognize a duty speak in narrow, fact-specific terms that do not rule out the possibility of recognizing a duty in other contexts.’

Dát op scholen een secundaire zorgplicht *kan* rusten om de bezoekers van hun ruimten (veelal studenten) te beschermen tegen schadeveroorzakend handelen van derden, volgt allereerst uit de uitspraak *Jesik v. Maricopa County Community College District*.<sup>148</sup> In deze zaak werd een student tijdens het inschrijven voor de lessen doodgeschoten, nadat hij een paar uur eerder door de schutter was bedreigd. De student had de bedreiging kenbaar gemaakt aan een beveiligiger van de school, hem zelfs gewezen op de koffer waar het pistool van de schutter naar zijn verwachting in zou zitten – hetgeen later een juiste inschatting bleek te zijn – waarna de beveiligiger de student garandeerde dat hij onder zijn hoede veilig zou zijn. Met een verwijzing naar § 40, sub b, onder 5 Restatement Third of Torts, oordeelde het Hooggerechtshof van Arizona – met name vanwege de informatie die de student aan de beveiligiger had verschaft – dat op de school<sup>149</sup> een secundaire zorgplicht rustte om ‘reasonable care’ jegens de studenten te betrachten, in welke plicht de school tekort was geschoten. Met een impliciete verwijzing naar de voorzienbaarheid van de schade als relevante omstandigheid bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht, overwoog het Hooggerechtshof:

‘Ordinarily a third party’s intentional tort or criminal act is not part of the recognizable risk, liability will be imposed if the school realized or should have realized the likelihood that such a situation might be created, and that a third person might avail himself of the opportunity to commit such a tort or crime.’<sup>150</sup> [mijn onderstreping, KLM]

147 Bij de weergave van de rechtspraak in deze paragraaf is – vgl. ook de Nederlandse rechtspraak-analyse in hoofdstuk 3, paragraaf 5 – geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende schoolstadia en de daaraan inherente omvang van de secundaire zorgplicht. Zie hoofdstuk 3, paragraaf 1 voor de nadere definiëring en afbakening van de ruimten van ‘scholen’.

148 *Jesik v. Maricopa County Community College District*, 125 Ariz. 543 (Ariz. 1980).

149 Meer in het bijzonder het zogenoemde ‘Community College District’. Dit betreft de beheerder van het openbare gemeenschapsonderwijs in het betreffende district, gemakshalve hier en in het vervolg van dit hoofdstuk aangeduid als ‘de school’.

150 *Jesik v. Maricopa County Community College District*, 125 Ariz. 543, 546 (Ariz. 1980).

In de zaak *Peterson v. San Fransisco Community College District* werd een studente in het trappenhuis bij de parkeerplaats van de campus van het City College van San Francisco op klaarlichte dag aangevallen door een man, die zich verschuilde achter (niet gesnoeide) struiken, en haar vervolgens poogde te verkrachten.<sup>151</sup> De studente stelde de school aansprakelijk voor de lichamelijke en emotionele schade die zij daardoor had geleden. Zo zou de school zich ervan bewust zijn geweest dat zich in dat gedeelte van de campus andere aanvallen van vergelijkbare aard hadden voorgedaan, maar waren deze incidenten niet bekendgemaakt, noch waren de studenten op een andere manier gewaarschuwd dat zij in dat deel van de campus mogelijk gevaar liepen.

Het Hooggerechtshof van Californië beantwoordde vervolgens de vraag of de school een (secundaire) zorgplicht had geschonden. Daarbij werd de algemene 'no duty rule' vooropgesteld, door te overwegen dat 'in general, one has no duty to control the conduct of another and no duty to warn those who may be endangered by such conduct'. Desondanks vond het Hooggerechtshof in de onderhavige zaak genoeg aanknopingspunten om, gegeven de speciale relatie tussen de school en de studente, te oordelen dat op de school een zorgplicht rustte om de studenten te beschermen tegen redelijkerwijs voorziene aanvallen van derden op de campus, in welke plicht de school volgens het Hooggerechtshof had gefaald. De redenen voor secundaire aansprakelijkheid in deze zaak waren hoofdzakelijk gelegen in de feiten dat de school (1) de studenten niet had gewaarschuwd voor bekende gevaren en dat zij (2) de struiken rond de schadelocatie niet had gesnoeid. Daarmee had de school een 'risico-object' in stand gehouden, welk object een rol speelde in het ontstaan van het uiteindelijk verwezenlijkte gevaar. Daarnaast speelde bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van de school een rol het feit dat (3) de studenten collegegeld betaalden in ruil voor bepaalde faciliteiten, waaronder het gebruik van de ruimte van de school. In het verlengde daarvan ligt dat de studenten ook mochten verwachten dat dit *veilige* faciliteiten betroffen c.q. de school zorgdroeg voor een *veilige* leefomgeving. Bovendien werd in de beoordeling betrokken dat (4) de studenten een groot deel van hun tijd op de campus doorbrachten.

Tot slot zij nog gewezen op de expliciete overweging van het Hooggerechtshof in deze uitspraak, waarin – met een verwijzing naar de uitspraak *Jesik v. Maricopa County Community College District* – het Hooggerechtshof expliciteerde dat de studenten in de relatie tot de school als 'bezoekers' aangemerkt kunnen worden, die binnen de ruimte van de school beschermd dienen te worden tegen schadeveroorzakend gedrag van derden.

'(...) Students were characterized as invitees to whom a duty was owed to make the premises reasonably safe. In both *Jesik* and *Relyea* the danger to the students arose because of criminal conduct by a third party.'<sup>152</sup>

151 *Peterson v. San Francisco Community College District*, 36 Cal.3d 799 (Cal. 1984).

152 *Peterson v. San Francisco Community College District*, 36 Cal.3d 799, 808 (Cal. 1984).

In dezelfde lijn past de uitspraak *Hayes v. State of California*.<sup>153</sup> In deze zaak werden twee studenten op het bij de universiteit(scampus) behorende strand om het leven gebracht. De ouders van de studenten spraken onder andere de verantwoordelijken binnen de universiteit aan, stellende dat zij een gevaarlijke situatie hadden gecreëerd door hun studenten niet te waarschuwen dat 'ongewenste personen' het strand bezochten en daar mogelijk strafbare feiten pleegden. Het Hooggerichtshof van Californië overwoog, met een verwijzing naar vaste rechtspraak, dat:

'Liability for injury caused by a dangerous condition of property has been imposed when an unreasonable risk of harm is created by a combination of defect in the property and acts of third parties.'<sup>154</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Het Hooggerichtshof concludeerde in deze zaak echter tot afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid van de school, daar waar (onder meer) het strand niet als gevaarlijk kon worden aangemerkt, en bovendien kwam vast te staan dat de leerlingen wel degelijk op de hoogte waren van c.q. gewaarschuwd waren voor het feit dat op de betreffende locatie eerder criminele activiteiten hadden plaatsgevonden.

Dat er grenzen bestaan aan de secundaire aansprakelijkheid van de school, bewijst ook de uitspraak *Vreeland v. State of Arizona Board of Regents*.<sup>155</sup> In deze zaak had een derde (primaire) partij punaises op de trap van het universiteitsgebouw geplaatst, waarover een student was uitgedegen en daardoor letsel opliep. Het verwijt dat de student de universiteit maakte was onder meer dat een deugdelijke trapleuning had ontbroken. Het verwijt leidde echter niet tot aansprakelijkheid van de school. Alhoewel de Court of Appeals van Arizona overwoog dat, 'State University, although not an insurer of student's safety, was under a duty to make premises reasonably safe for student's use',<sup>156</sup> was het ontbreken van de trapleuning op zichzelf gezien onvoldoende om secundaire aansprakelijkheid aan te nemen.

Dat op scholen ook de zorgplicht rust studenten te beschermen tegen seksuele intimidatie van medewerkers en medestudenten, volgt onder meer uit de zaak *Franklin v. Gwinnett County Public Schools*.<sup>157</sup> De studente verweet de middelbare school in kwestie niet ingegrepen te hebben daar waar zij 'voortdurend' zou zijn blootgesteld aan seksuele intimidatie en misbruik door een leraar. Het federale Hooggerichtshof oordeelde in deze zaak, kort gezegd en meer principieel, dat een student die te maken heeft met seksuele intimidatie door een leraar, recht heeft op schadevergoeding van de school.

Dat ook de voorzienbaarheid en de door de school getroffen maatregelen een rol spelen bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van de school

153 *Hayes v. State of California*, 11 Cal.3d 469 (Cal. 1974).

154 *Hayes v. State of California*, 11 Cal.3d 469, 472 (Cal. 1974).

155 *Vreeland v. State of Arizona Board of Regents*, 9 Ariz. App. 61 (Ariz. 1969).

156 *Vreeland v. State of Arizona Board of Regents*, 9 Ariz. App. 61, 62 (Ariz. 1969).

157 *Franklin v. Gwinnett County Public Schools*, 503 U.S. 60 (U.S.Ga. 1992).

wegens seksuele intimidatie door leraren, volgt uit de nadien gewezen uitspraak *Gebser v. Lago Vista Independent School District*.<sup>158</sup> Het ging in deze kwestie om de vraag of de school had moeten ingrijpen in een situatie waarin een leraar een seksuele relatie met een leerling onderhield. Het federale Hooggerechtshof stelde voorop dat het bij de beoordeling van secundaire aansprakelijkheid gaat om 'actual notice and deliberate indifference to the teacher's misconduct'.<sup>159</sup> Van deze vereiste daadwerkelijke bekendheid was echter geen sprake, althans deze bekendheid kon niet enkel worden afgeleid uit klachten van ouders van studenten dat de leraar ongepaste opmerkingen tijdens de les had gemaakt, aldus het Hooggerechtshof.

Door het federale Hooggerechtshof werd een vergelijkbare maatstaf aangelegd in een zaak waarin het ging om seksuele intimidatie door een medestudent, zo blijkt uit de zaak *Davis Next Friend LaShonda D. v. Monroe County Bd. of Educ.*<sup>160</sup> Aan de vereiste 'actual notice' werd door het Hooggerechtshof in deze zaak inkleuring gegeven door tevens het moment en de plaats waarop de intimidatie plaatsvond van belang te achten. Het Hooggerechtshof benadrukte dat aansprakelijkheid van de school kan volgen in de gevallen waarin het gaat om seksuele intimidatie die *tijdens schooltijd en binnen het schoolterrein* plaatsvindt. Het Hooggerechtshof koppelde deze parameters aan de zeggenschap van de school; daar waar het schadeveroorzakende gedrag buiten het schoolterrein en schooltijden plaatsvond, kon van de school immers niet of minder snel verwacht worden in te grijpen. Overwogen werd:

'Where, as here, the misconduct occurs during school hours and on school grounds—the bulk of G.F.'s misconduct, in fact, took place in the classroom—the misconduct is taking place "under" an "operation" of the funding recipient. (...) In these circumstances, the recipient retains substantial control over the context in which the harassment occurs.'<sup>161</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Dat de secundaire zorgplicht van scholen kan worden gerelateerd aan (en daarmee kan worden beperkt tot) de ruimte van het schoolterrein en de schooltijden, blijkt ook uit de uitspraak *Kimberly S.M. by Mariann D.M. v. Bradford Cent. School*.<sup>162</sup> In deze zaak verweten de ouders van Kimberly dat haar leraar, die op de hoogte was van het seksueel misbruik door de oom van Kimberly, dat niet aan de ouders had gemeld. Het Hooggerechtshof van New York overwoog vervolgens dat:

'School must act when child, while in its charge, is threatened by negligence of third party, and school must make reasonable efforts to anticipate such threats.' [mijn onderstreping, KLM]

158 *Gebser v. Lago Vista Independent School District*, 524 U.S. 274 (U.S.Tex. 1998).

159 *Gebser v. Lago Vista Independent School District*, 524 U.S. 274, 277, 285, 289 (U.S.Tex. 1998).

160 *Davis Next Friend LaShonda D. v. Monroe County Bd. of Educ.*, 526 U.S. 629 (U.S. 1999).

161 *Davis Next Friend LaShonda D. v. Monroe County Bd. of Educ.*, 526 U.S. 629, 646 (U.S. 1999).

162 *Kimberly S.M. by Mariann D.M. v. Bradford Cent. School*, 226 A.D.2d 85 (N.Y.A.D. 4 Dept. 1996).

Uit het hiervoor aangehaalde citaat volgt dus eveneens dat de secundaire zorgplicht geldt in de periode dat het kind 'onder de hoede' van de school is. Daar waar het seksueel misbruik in de zomer had plaatsgevonden en buiten het schoolterrein, rustte op de school geen 'common-law duty' om het misbruik te melden. Meer in het bijzonder overwoog het Hooggerechtshof van New York:

'In the instant case, the reported acts of sexual abuse did not occur while Kimberly was in the custody and control of school officials and the threatened harm posed to her by continued acts of a third party did not involve foreseeable conduct that could occur while the child was in the custody and control of school officials. The reported acts of sexual abuse, which occurred in another state during school vacations, were well beyond the supervisory responsibility of the school. Thus, the court properly determined that the teacher owed no common-law duty to report the suspected case of child sexual abuse to anyone.'<sup>163</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Dat er geen 'common-law duty' op de school rustte het misbruik te melden, betekende overigens niet dat de secundaire aansprakelijkheid van de school werd afgewezen. Naar het recht van New York waren 'school officials, including teachers' verplicht om vermoedens van seksueel misbruik van kinderen te melden. De secundaire aansprakelijkheid op grond van de zogenoemde 'statutory duty to report' was bovendien onafhankelijk van de vraag of het misbruik daadwerkelijk had plaatsgevonden, aldus het Hooggerechtshof in deze zaak.

De vraag naar de locatie van de schadeveroorzakende handeling van de primaire partij speelde bovendien een rol in de zaak *Young v. Salt Lake City School District*.<sup>164</sup> In deze zaak had een moeder van een student de school aansprakelijk gesteld voor de schade die de student had opgelopen toen de student naar een schoolbijeenkomst fietste, en op het zebrapad naast de school door een auto werd geschept. Het Hooggerechtshof van Utah wees de aansprakelijkheid van de school van de hand, daar waar er op het moment van het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij geen speciale relatie tussen de school en de student bestond. Het schadevoorzakende geval vond immers plaats op een moment waarop de student niet onder toezicht van de school stond en buiten het schoolterrein. Het Hooggerechtshof overwoog:

'Given that the District did not have custody of Young at the time he suffered his injury, it lacked a special relationship with him at that time. The general rule that one has no affirmative common law duty to protect another from harm thus remained in effect. Consequently, we conclude that the District had no common law duty to inform Salt Lake City of dangerous conditions existing at or near the crosswalk, to request a crossing guard, or to provide flashing warning lights.'<sup>165</sup> [mijn onderstreping, KLM]

163 *Kimberly S.M. by Mariann D.M. v. Bradford Cent. School*, 226 A.D.2d 85, 88 (N.Y.A.D. 4 Dept. 1996).

164 *Young v. Salt Lake City School District*, 52 P.3d 1230 (Utah. 2002).

165 *Young v. Salt Lake City School District*, 52 P.3d 1230, 1234 (Utah. 2002).

In dit verband wijs ik er tot slot op dat de in hoofdstuk 2, paragraaf 2.4 besproken aansprakelijkheidsgrondslag van ‘in loco parentis’ in de ‘common law landen’, waaronder (en van oudsher) Amerika, haar oorsprong vindt.<sup>166</sup> Illustratief is de uitspraak *Gott v. Berea College*.<sup>167</sup> In deze zaak nam de Court of Appeals van Kentucky tot uitgangspunt dat de school optrad ‘in loco parentis’ met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke gezondheid van haar leerlingen en dat daaruit voortkwam de zeggenschap die een school had over haar leerlingen. Overwogen werd:

‘College authorities stand in loco parentis concerning the physical and moral welfare and mental training of the pupils, and we are unable to see why, to that end, they may not make any rule or regulation for the government or betterment of their pupils that a parent could for the same purpose.’<sup>168</sup>

In paragraaf 6.2 kom ik op dit ‘grondbeginsel’ van de Nederlandse en Amerikaanse secundaire zorgplicht van scholen nader terug.

### 5.3 DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN SPORTVERENIGINGEN

De (bijzondere) relatie tussen de sportvereniging en de bezoekers van haar terrein (veelal sporters en toeschouwers) wordt in de Restatement Third of Torts niet met zoveel woorden benoemd, althans niet zoals bijvoorbeeld de relatie tussen de school en haar studenten in § 40 wel geëxpliciteerd wordt.<sup>169</sup> Ik besprak al eerder dat de genoemde relaties in de Restatement niet limitatief zijn. De Amerikaanse rechter kan dus desondanks, en ook op basis van de relatie tussen de sportvereniging en haar bezoeker, secundaire zorgplichten aannemen. Dat dit in de Amerikaanse rechtspraak ook daadwerkelijk gebeurt, volgt uit de hierna te bespreken jurisprudentie.<sup>170</sup>

Alhoewel de onderhavige paragraaf niet strekt tot een uitputtende analyse van het Amerikaanse sportrecht, wijs ik vanwege de inkleuring die dit concept aan de hierna te bespreken uitspraken geeft, op het – in de meeste staten in sportsituaties geïmplementeerde – concept van ‘assumption of the risk’. Dit concept houdt in dat (onder meer) bezoekers van sportverenigingen, die weten dat zij zich met

166 Zie over de ontwikkeling en de relevantie van de grondslag van ‘in loco parentis’ in het Amerikaanse recht, Pajmans 2013, p. 112. Zie verder over deze grondslag hoofdstuk 2, paragraaf 2.4 en hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.

167 *Gott v. Berea College*, 161 S.W. 204 (Ky.App. 1913). Zie hierover ook Pajmans 2013, p. 112.

168 *Gott v. Berea College*, 161 S.W. 204, 206 (Ky.App. 1913).

169 Zie hoofdstuk 4, paragraaf 1 voor de definiëring en de afbakening van het begrip ‘sportverenigingen’. Afhankelijk van de specifieke aangesproken ruimte, kan met betrekking tot de secundaire zorgplicht van sportverenigingen onder omstandigheden overigens wel worden aangeknoopt bij de relatie van een ‘grond- of vastgoedeigenaar’ met zijn bezoekers, zoals deze relatie genoemd is in § 40, sub b, onder 3 Restatement Third of Torts en hierna wordt toegelicht in paragraaf 5.5. Vgl. de te bespreken uitspraken *Turcotte v. Fell*, 68 N.Y.2d 432, 439 (N.Y. 1986) en *Friedman v. Houston Sports Association*, 731 S.W.2d 572, 575-576 (Tex.App.-Hous. (1 Dist.) 1987).

170 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 637.



hun bezoek aan die ruimte in een gevaarlijke situatie of in de buurt van gevaarlijke activiteiten begeven, de risico's verbonden aan die activiteiten in een bepaalde mate accepteren en dus ook moeten tolereren. De secundaire zorgdrager draagt met betrekking tot die risico's dan ook geen bijzondere verantwoordelijkheden (zorgplichten).<sup>171</sup> In de uitspraak *Perez v. McConkey* definieerde het Supreme Court van Tennessee dit concept als volgt:

'In its primary sense, implied assumption of the risk focuses not on the plaintiff's conduct in assuming the risk, but on the defendant's general duty of care. The doctrine of primary implied assumption of the risk technically is not a defence, but rather a legal theory which relieves a defendant of the duty which he might otherwise owe to the plaintiff with respect to particular risks.<sup>172</sup> [mijn onderstreping, KLM]

In de uitspraak *Murphy v. Steeplechase Amusement Co.* werd de gedachte achter dit concept blootgelegd. De Court of Appeals van New York overwoog:

'One who takes part in such a sport accepts the dangers that inhere in it so far as they are obvious and necessary, just as a fencer accepts the risk of a thrust by his antagonist or a spectator at a ball game the chance of contact with the ball.<sup>173</sup>

Ik wijs, ter aanvulling en nadere definiëring van dit concept, tot slot op de volgende overweging uit de hierna te bespreken uitspraak *Foronda ex rel. Estate of Foronda v. Hawaii Intern. Boxing Club*, waarin de Superior Court van Pennsylvania overwoog:

'Assumption of the risk is generally categorized as either express, in the sense of an express contract to relieve the defendant of certain duties, or implied, where relief from liability is implied from the plaintiff's act of electing to participate in the underlying activity despite known or reasonably foreseeable risk.<sup>174</sup> [mijn onderstreping, KLM]

In de voornoemde *Perez*-zaak werd als voorbeeld van een situatie waarin 'a plaintiff has assumed known risks inherent in a particular activity' genoemd het geval waarin een toeschouwer besluit een honkbalwedstrijd te bekijken op een deel van de tribune dat niet afgeschermd is ('an unscreened seat').<sup>175</sup> De voor deze gevallen ontwikkelde 'baseball rule' is dan ook een uitwerking van het concept van 'assumption of the risk', net als de hierna te bespreken 'contact sports exception'. Het gevolg van deze in sportsituaties van toepassing zijnde concepten of regels is, zo zal ook in het navolgende blijken, dat de bezoekers (sporters en toeschouwers) een (kennelijk grote) mate van eigen verantwoordelijkheid wordt toegedicht.

171 Zie voor een nadere toelichting op dit concept James 1952.

172 *Perez v. McConkey*, 872 S.W.2d 897, 902 (Tenn. 1994).

173 *Murphy v. Steeplechase Amusement Co.*, 250 N.Y. 479, 482 (N.Y. 1929).

174 *Foronda ex rel. Estate of Foronda v. Hawaii Intern. Boxing Club*, 96 Hawai'i 51, 59 (Hawai'i App. 2001).

175 *Perez v. McConkey*, 872 S.W.2d 897, 900 (Tenn. 1994).

Illustratief in dit verband is ten eerste de zaak *Petrongola v. Comcast-Spectacor, L.P.*, in welke kwestie een toeschouwer van een ijshockeywedstrijd door een puck werd geraakt en daardoor letsel opliep.<sup>176</sup> Alhoewel de ijshockeybaan afgeschermd was met een wand van plexiglas, waren daarin wel openingen gemaakt om de hockeyspelers vanaf het ijs toegang tot de kleedkamer te verschaffen. Precies door deze opening vloog de puck, waarna de toeschouwer werd geraakt. De rechtbank in Pennsylvania had reeds eerder al geoordeeld dat op de eigenaren van hockeyarena's geen zorgplicht rustte de toeschouwers te beschermen tegen risico's die inherent zijn aan de sport, waaronder begrepen een dolende puck.<sup>177</sup> In het licht van de hiervoor besproken no duty rule, stelde de toeschouwer zich op het standpunt dat – alhoewel de eigenaar van de hockeyclub de toeschouwers wellicht niet behoefde te beschermen tegen alle aan ijshockey verbonden gevaren – op hem wél een secundaire zorgplicht rustte om het ijshockeyveld *in het geheel* met een wand van plexiglas te omheinen, hetgeen hij had nagelaten.

De vordering van de toeschouwer in kwestie werd door de Superior Court van Pennsylvania afgewezen. In duidelijke bewoordingen overwoog de rechter ten aanzien van de secundaire aansprakelijkheid van de eigenaar van de ijshockeyclub:

‘We hold that Appellees had “no duty” to protect Appellant from an errant puck entering the seating portion of the arena, as such instances are a common, frequent, and expected occurrence at a hockey game; the Spectrum hockey facility did not deviate from any established custom of safety that would give rise to liability for the injuries sustained by Appellant; Appellees did not assume a duty to protect Appellant merely by erecting a plexiglass shield around the ice surface (...).<sup>178</sup> [mijn onderstreping, KLM]

In dit verband zij ook gewezen op de literatuur en jurisprudentie met betrekking tot de secundaire aansprakelijkheid van honkbalverenigingen voor de schade geleden door toeschouwers van honkbalwedstrijden. In de Amerikaanse literatuur wordt daarover opgemerkt dat ‘gewonde fans’ weinig mogelijkheden hebben hun schade te verhalen op de sportverenigingen of sportorganisaties.<sup>179</sup> Naast de statelijke wetgeving geldt immers meer in het algemeen de zogenoemde ‘baseball rule’, zoals deze regel is ontwikkeld in (en in latere jurisprudentie is overgenomen van) de zaak *Akins v. Glens Falls City School District*.<sup>180</sup> In deze zaak stond de aansprakelijkheid van een middelbare school centraal, in een kwestie waarin een toeschouster een bal in haar oog had gekregen. De Court of Appeals van New York

176 *Petrongola v. Comcast-Spectacor, L.P.*, 789 A.2d 204 (Pa.Super 2001).

177 Zie hierover de toelichting bij § 37 (comment g) van de Restatement Third of Torts.

178 *Petrongola v. Comcast-Spectacor, L.P.*, 789 A.2d 204, 207 (Pa.Super 2001).

179 Zie hierover meer uitgebreid Ludden 2013; Breton 2016.

180 *Akins v. Glens Falls City School District*, 53 N.Y.2d 325 (N.Y. 1981). Onder meer overgenomen in *Davidoff by Davidoff v. Metropolitan Baseball Club, Inc.*, 61 N.Y.2d 996 (N.Y. 1984); *Friedman v. Houston Sports Association*, 731 S.W.2d 572 (Tex.App.-Hous. (1 Dist.) 1987).

overwoog hier, meer in het algemeen ter zake van de secundaire zorgplicht van de beheerder van het honkbalveld:

‘We hold that, in the exercise of reasonable care, the proprietor of a ball park need only provide screening for the area of the field behind home plate where the danger of being struck by a ball is the greatest. Moreover, such screening must be of sufficient extent to provide adequate protection for as many spectators as may reasonably be expected to desire such seating in the course of an ordinary game.’<sup>181</sup>

Daarmee was de basis voor de baseball rule gelegd. Deze regel vult de secundaire zorgplicht van de eigenaar van het honkbalveld als het ware in door het enkele afschermen van het meest gevaarlijke gedeelte van het veld – te weten achter de thuisplaat – als voldoende zorg aan te merken. De rechtvaardiging voor deze regel is gelegen in de eigen verantwoordelijkheid c.q. risicoaanvaarding (‘assumption of the risk’) van de toeschouwers, zoals eerder in deze paragraaf werd toegelicht.

De baseball rule is in vele, daarna gewezen uitspraken overgenomen. Zo werd in de zaak *Davidoff by Davidoff v. Metropolitan Baseball Club, Inc.* een 14-jarig meisje, zittend in de buurt van het eerste honk, door een bal in haar oog geraakt, waardoor zij aan dat oog blind raakte.<sup>182</sup> Het meisje verweet de exploitant van de honkbalclub dat het gedeelte van de tribune waar zij zat niet was afgeschermd en, in het kader van zijn (secundaire) zorgplicht, wel had moeten afschermen. De Court of Appeals van New York wees dit betoog van de hand en wees op de feiten (1) dat er ook beschermde zitplaatsen beschikbaar waren, waar het meisje kennelijk niet was gaan zitten en (2) dat de honkbalvereniging deze onbeschermd plekken – kennelijk gerechtvaardigd – in stand had gehouden om aan de behoefte van fans tegemoet te komen om zonder een hek voor het veld naar de honkbalwedstrijd te kunnen kijken. Overwogen werd:

‘The rule suggested by plaintiff would require a baseball field proprietor to operate as an insurer of spectators unless there was a protective screen shielding every seat. We held in *Akins* that a proprietor should be allowed to satisfy the desires of the many spectators who prefer to view the game from a seat unobstructed by fences or protective screening.’<sup>183</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Dezelfde redenering bezigde de Court of Appeals van Texas in de zaak *Friedman v. Houston Sports Association*, in welke kwestie een 11-jarig meisje op een soortgelijke onbeschermd positie op de tribune door een honkbal was geraakt. Met een verwijzing naar de baseball rule overwoog de rechter dat de eigenaar van het honkbalveld ‘has no duty to warn spectators of the danger of foul balls. The sta-

181 *Akins v. Glens Falls City School District*, 53 N.Y.2d 325, 331 (N.Y. 1981).

182 *Davidoff by Davidoff v. Metropolitan Baseball Club, Inc.*, 61 N.Y.2d 996 (N.Y. 1984).

183 *Davidoff by Davidoff v. Metropolitan Baseball Club, Inc.*, 61 N.Y.2d 996, 998 (N.Y. 1984).

dium owner's duty is to provide "adequately screened seats" for all those desiring them'.<sup>184</sup>

Een met de baseball rule te vergelijken redenering is bovendien te vinden in de hiervoor al even genoemde 'contact sports exception', zoals deze onder meer tot uitdrukking kwam in de zaak *Karas v. Strevell*.<sup>185</sup> Ook dit concept kan beschouwd worden als een uitwerking van de hiervoor beschreven gedachte van 'assumption of the risk'.<sup>186</sup> In deze kwestie stond de secundaire aansprakelijkheid van (onder meer) de ijshockeyvereniging centraal, voor de schade geleden door een van de hockeyers, nadat hij door twee tegenstanders van achteren werd aangereiden (het zogenoemde 'checking from behind'). Het slachtoffer kwam daardoor ten val en liep ernstig hoofdletsel op. Daarbij is van belang op te merken dat er een nadrukkelijk verbod op deze wijze van benaderen bestond, te weten de zogenoemde 'no checking from behind rule'. De vader van de gewonde ijshockeyer verweet de ijshockeyvereniging de voornoemde regel niet goed genoeg gehandhaafd, gecontroleerd en gesanctioneerd te hebben.

De Court of Appeals van Illinois knoopte bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van de ijshockeyvereniging aan bij de contact sports exception. Deze uitzondering ziet op sporters die vrijwillig aan een contactsport deelnemen en – vergelijk de ratio van het concept van assumption of the risk – daarom een bepaalde mate van negligent gedrag jegens hen moeten tolereren, als zijnde inherent verbonden aan het wezen van de contactsport. Meer precies werd deze regel door de Court of Appeals van Illinois in de onderhavige zaak als volgt gedefinieerd:

'(...) Under a judicially created exception to the standard of ordinary care, voluntary participants in contact sports are not liable for injuries caused by simple negligent conduct. (...) Instead, they owe each other a duty to refrain only from willful and wanton or intentional misconduct, and they are liable for injuries resulting from a breach of that limited duty.' [mijn onderstreping, KLM]

Deze uitzondering zal met name haar gelding vinden in de, in dit onderzoek niet centraal staande, relatie van sporter tot sporter.<sup>187</sup> De Court of Appeals overwoog in de onderhavige zaak immers nadrukkelijk dat deze regel niet een algehele uitsluiting van de aansprakelijkheid van de sportorganisatie tot gevolg kan hebben. De Court of Appeals waakte zodoende voor een te restrictieve toepassing van de uitzonderingsregel in de relatie van de sporter tot de sportvereniging of organisatie, door te overwegen:

184 *Friedman v. Houston Sports Association*, 731 S.W.2d 572, 575-576 (Tex.App.-Hous. (1 Dist.) 1987).

185 *Karas v. Strevell*, 369 Ill.App.3d 884, 889 (Ill.App. 2 Dist. 2006).

186 Meer specifiek wordt in de onderhavige zaak over die relatie overwogen: '(...) the contact sports exception finds partial justification in the doctrine of assumption of the risk.' Zie uitgebreid *Karas v. Strevell*, 369 Ill.App.3d 884, 902 (Ill.App. 2 Dist. 2006).

187 Ter illustratie zij gewezen op de uitspraken *Atcovitz v. Gulph Mills Tennis Club, Inc.*, 571 Pa. 580 (Pa. 2002) en *Patton v. United States of America Rugby Football*, 381 Md. 627 (Md. 2004).

'For clarity, we note that we hold that the contact sports exception precludes liability only for negligence associated with an injury caused by a risk associated with engaging in a contact sport—i.e., a risk inherent in the sport. It does not insulate defendants from negligence liability for injuries arising from circumstances that are outside the context of physical play and are not inherent in the play of the game.

(...)

Of course, a coach's negligence directly leading to injury (...) may fall outside the protection of the contact sports exception where it creates a risk not inherent in the game. The exception also does not protect third parties (such as the organizational defendants here) from claims that their negligence caused a participant to engage in willful and wanton conduct that led to an injury, because willful and wanton conduct falls outside the scope of the risks assumed by contact sports participants, (...), and thus outside the scope of the contact sports exception.<sup>188</sup> [mijn onderstreping, KLM]

In de uitvoerige afweging die volgde, ter beantwoording van de vraag of het gedrag van de ijshockeyorganisatie in kwestie ertoe had geleid dat de sporter (de primaire partij) zich 'willful and wanton' had gedragen, werden de feiten van de onderhavige zaak afgezet tegen eerdere uitspraken, evenals tegen andere sporten. De genoemde uitzonderingsregel werd bovendien geplaatst in het licht van de specifieke sport die hier beoefend werd (ijshockey) en de daarmee gepaard gaande intensiteit van het contact. Hoe ruwer de sport, hoe groter de opgeworpen drempels voor (secundaire) aansprakelijkheid, aldus de Court of Appeals.<sup>189</sup> Het Hooggerechtshof van Illinois oordeelde uiteindelijk in laatste instantie toch dat de ijshockeyvereniging secundair aansprakelijk was:

'We cannot legitimately ignore younger athletes' greater physical vulnerability or their limited autonomy from their coaches and sporting organizations in assessing the propriety of their conduct toward their young athletes.'<sup>190</sup>

In een andere context, te weten de secundaire aansprakelijkheid van de beheerder van een paardenracebaan, wijs ik op de uitspraak *Turcotte v. Fell*.<sup>191</sup> In deze zaak raakte een professionele jockey geblesseerd door toedoen van (het paard van) een andere jockey. De jockey stelde (onder meer) de eigenaar en tevens exploitant van de paardenracebaan aansprakelijk vanwege de slechte conditie van de baan ('cupping conditions'). Alhoewel de Court of Appeals van New York vooropstelde dat de eigenaar van de raceclub 'owed the same general duty to those using its property as to owners of real property generally, the duty to exercise reasonable care under the circumstances', vond ook in deze uitspraak het concept van assumption of the risk zijn weerslag. Meer concreet werd overwogen:

188 *Karas v. Strevell*, 369 Ill.App.3d 884, 915 (Ill.App. 2 Dist. 2006).

189 *Karas v. Strevell*, 369 Ill.App.3d 884, 894 (Ill.App. 2 Dist. 2006).

190 *Karas v. Strevell*, 227 Ill.2d 440, 473 (Ill. 2008).

191 *Turcotte v. Fell*, 68 N.Y.2d 432 (N.Y. 1986).

'Defendant's duty under such circumstances is a duty to exercise care to make the conditions as safe as they appear to be. If the risks of the activity are fully comprehended or perfectly obvious, plaintiff has consented to them and defendant has performed its duty.'<sup>192</sup> [mijn onderstreping, KLM]

De aansprakelijkheid van de secundaire zorgdrager (de beheerder van de racebaan) werd vervolgens van de hand gewezen, daar waar het slachtoffer het genoemde risico van de ongeschikte racebaan had aanvaard. Ter onderbouwing daarvan wees de Court of Appeals op de feiten dat het slachtoffer (1) al eerder die dag op dezelfde baan had gereden, (2) in de mogelijkheid had verkeerd om de baan voor zijn race te analyseren en (3) kennis had van en ervaring had met de betreffende omstandigheden van de baan.

In de zaak *Foronda ex rel. Estate of Foronda v. Hawaii Intern. Boxing Club* stond de aansprakelijkheid van een boksvereniging centraal.<sup>193</sup> In deze zaak was een jonge amateurbokser tijdens een training door een andere bokser in de maag geraakt, op de touwen van de boksring gaan zitten om op adem te komen en vervolgens achteruit (tussen de touwen door) op de grond gevallen. Daarbij viel de bokser op zijn hoofd, verloor het bewustzijn en overleed een paar dagen later aan de gevolgen daarvan. De ouders van de overleden bokser stelden de (beheerder van de) boksvereniging aansprakelijk, en wel vanwege de gebrekkige constructie van de boksring, evenals het achterstallige onderhoud en het gebrek aan toezicht.

De Intermediate Court of Appeals van Hawaï betrok in haar beoordeling '(...) the nature of the activity, the relationship of the defendant to the activity, and the relationship of the defendant to the plaintiff'. Ook werd het bijzondere ('unique') karakter van boksen, evenals het doel om de tegenpartij daarbij knock-out te slaan betrokken. Geoordeeld werd vervolgens dat de betreffende val tussen de touwen 'an inherent risk of sport' is, in het bijzonder daar waar het hier een bokswedstrijd betrof. Vervolgens beantwoordde de Court of Appeals de vraag of de boksvereniging het vastgestelde (inherente) risico verbonden aan boksen met haar handelen, of het gebrek daaraan, vergroot had, in dier voege dat:

'A defendant may be held liable to the plaintiff for creating or countenancing risks other than risks inherent in the sport, or for increasing inherent risks, and in any event will be held liable for recklessly or intentionally injurious conduct totally outside the range of ordinary activity involved in the sport, but liability should not place unreasonable burdens on the free and vigorous participation in the sport.'<sup>194</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Nu er door de ouders geen bewijs was geleverd van het feit dat de boksvereniging het risico op de dood van de bokser op enigerlei wijze had verhoogd, werd

192 *Turcotte v. Fell*, 68 N.Y.2d 432, 439 (N.Y. 1986).

193 *Foronda ex rel. Estate of Foronda v. Hawaii Intern. Boxing Club*, 96 Hawai'i 51 (Hawai'i App. 2001).

194 *Foronda ex rel. Estate of Foronda v. Hawaii Intern. Boxing Club*, 96 Hawai'i 51, 66 (Hawai'i App. 2001).

de secundaire aansprakelijkheid van de boksvereniging van de hand gewezen. Er was immers niet gebleken dat het materiaal of de constructie van de boksring afwijkend was, noch dat er onvoldoende toezicht op de bokkers was gehouden, dan wel dat er door de coach na de klap anders geacteerd had moeten worden (daar waar zijn instructies door de bokser genegeerd waren). Het argument dat aansprakelijkheid van de sportclub geen 'onredelijke belasting' mag vormen voor de vrije en fanatieke deelname aan de sport door de sporters, speelde daarbij ook een rol.

In dezelfde lijn ligt de zaak *Allen v. Dover Co-Recreational Softball League*, in welke kwestie een softbalspeelster letsel had opgelopen toen zij een (foutief gegooide) bal tegen haar hoofd had gekregen.<sup>195</sup> Zij hield onder meer de eigenaar van het softbalveld aansprakelijk voor haar schade, stellende dat aan de softbalspelers een verplichting opgelegd had moeten worden een helm te dragen, dan wel gespeeld diende te worden met een zachtere softball of een andere man-vrouwverdeling. Het Hooggerechtshof van New Hampshire wees de secundaire aansprakelijkheid van de exploitant van het softbalveld van de hand, daar waar niet kon worden aangenomen dat de eigenaar:

'(...) unreasonably created a new risk outside the ordinary risks or unreasonably increased the inherent risk that [the victim] would be injured when struck by a softball while participating in an adult co-recreational softball game.'<sup>196</sup> [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Gewezen zij bovendien op de uitspraak *Taylor v. Churchill Valley Country Club*, met betrekking tot de secundaire aansprakelijkheid van een golfclub.<sup>197</sup> In deze zaak werd de exploitant van een golfclub aansprakelijk gesteld voor de schade die een 'caddie' – de persoon die de golfer assisteert tijdens een golfwedstrijd – had opgelopen toen hij werd geraakt door een golfbal van een andere golfer. De caddie verweet de exploitant dat er, op de specifieke hole waar hij werd geraakt, geen schermen of andersoortige bescherming stond, daar waar dat op andere golfbanen wel het geval was. Daarnaast verweet hij de golfclub nalatig te zijn geweest in de manier waarop de golfbaan was aangelegd, hetgeen tot consequentie had dat de caddies onvoldoende afstand konden nemen van de golfers (en de ronddwalende ballen). Ter onderbouwing van zijn stellingen bracht de caddie een verklaring van een expert in het geding, waaruit volgde dat het gebrek aan bescherming (met behulp van schermen) op de betreffende locatie als nalatig kwalificeerde. Het Hooggerechtshof van Pennsylvania oordeelde desondanks dat deze nalatigheid op grond van de betreffende verklaring onvoldoende was komen vast te staan. Bovendien diende, aldus het Hooggerechtshof, bedacht te worden dat de sportclub in kwestie geen 'verzekeraar' van de publieke veiligheid is.

195 *Allen v. Dover Co-Recreational Softball League*, 148 N.H. 407 (N.H. 2002).

196 *Allen v. Dover Co-Recreational Softball League*, 148 N.H. 407, 423 (N.H. 2002).

197 *Taylor v. Churchill Valley Country Club*, 425 Pa. 266 (Pa. 1967).



Een soortgelijke kwestie betrof, tot slot, de zaak *Happe v. Kenney*, waarin een golfer bij de dertiende hole door een golfbal van een medegolfer was geraakt.<sup>198</sup> Ook hier verweet het slachtoffer de exploitant van de golfclub gefaald te hebben ‘to properly design and construct its golf course’ en betoogde dat de golfclub er evenmin in was geslaagd om, met welke voorzorgsmaatregelen dan ook, haar golfers op de specifieke plek te beschermen tegen golfballen van medegolfers. De golfclub verweerde zich door te verwijzen naar het concept van assumption of the risk: de golfer had met het betreden van de golfbaan zelf het risico aanvaard door een golfbal geraakt te worden. De Court of Common Pleas van Pennsylvania stelde de vraag voorop of de golfer ‘fully understands a specific risk but, nevertheless, chooses to encounter it’ – welke kwestie zij aan de jury ter beoordeling voorlegde – en wees (ook in deze zaak) op de bewijslast van de golfer.<sup>199</sup>

#### 5.4 DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN OPVANG- EN ZORGINSTELLINGEN

De secundaire zorgplicht van ‘mental health professionals’ – in dit onderzoek gedefinieerd als opvang- en zorginstellingen<sup>200</sup> – wordt in de Amerikaanse rechtspraak en in § 41 sub b, onder 4 van de Restatement Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm, expliciet erkend.<sup>201</sup> In de toelichting bij de voornoemde paragraaf wordt over deze secundaire zorgplicht opgemerkt:

‘Virtually all courts confronting the issue have decided that mental-health professionals owe some affirmative duty to third parties with regard to patients who are recognized as posing dangers.’

Het in dit verband meest bekende en illustratieve voorbeeld is de uitspraak *Tarasoff v. The Regents of the University of California*.<sup>202</sup> Dit betrof de eerste zaak waarin aangenomen werd dat op therapeuten een zorgplicht kan rusten inhoudende het waarschuwen van derden voor het mogelijk schadeveroorzakende gedrag van hun patiënten. In deze zaak had een student, genaamd Poddar, zijn intentie om Tatiana Tarasoff te vermoorden aan de psycholoog van de Universiteit van California kenbaar gemaakt. Tarasoff had Poddar niet veel eerder afgewezen, hetgeen voor Poddar klaarblijkelijk moeilijk te verkroppen was. De psycholoog had geconstateerd dat Poddar aan acute en ernstige schizofrenie leed en werd door hem aangemerkt als een ‘gevaarlijk persoon’, waarvan hij de politie op de hoogte had gebracht. Toen

198 *Happe v. Kenney*, 1992 WL 554206 (Pa.Com.Pl. 1992).

199 *Happe v. Kenney*, 1992 WL 554206, 1 (Pa.Com.Pl. 1992). Waartoe door de rechtbank een ‘bewijsopdracht’ werd gegeven. Het eindvonnis in deze zaak is niet bekend of niet gepubliceerd.

200 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 1 voor de nadere definiëring en afbakening van het begrip ‘opvang- en zorginstellingen’.

201 Bovendien zij opgemerkt dat ook, meer specifiek met betrekking tot de instellingen waarin tbs-gestelden verblijven, de in § 40, sub b, onder 7 en § 41, sub b, onder 2 Restatement Third of Torts genoemde relatie bovendien van belang kan zijn, te weten (kort gezegd) de relatie tussen de gevangenis(bewaker) met haar gevangenen.

202 *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425 (Cal. 1976). Zie over de implicaties van deze uitspraak: Weinstock e.a. 2006; Epstein & Sharkey 2016, p. 528-534.

Poddar uiteindelijk vanwege het vertonen van rationeel gedrag door de politie werd vrijgelaten, liet de psycholoog na Tarasoff of haar familie te informeren over de bedreigingen die Poddar eerder had geuit. Twee maanden later werd Tarasoff door Poddar vermoord, geheel overeenkomstig zijn vrij expliciet uitgesproken voornemen daartoe. De ouders van Tarasoff stelden de psycholoog als secundaire partij aansprakelijk voor de door hen geleden schade. Centraal in deze zaak stond de vraag naar de reikwijdte van de waarschuwingsplicht van de psycholoog, mede in het licht van diens geheimhoudingsplicht.

Met een verwijzing naar de eerdere rechtspraak over dit thema,<sup>203</sup> overwoog het Hoogerechtshof van Californië dat de vraag naar de voorzienbaarheid van de mogelijke schade voor de zorgdrager (hier: de psycholoog) bepalend was voor de vraag of op hem een zorgplicht in de zin van een ‘duty of care’ rustte.<sup>204</sup> Bedacht dient immers te worden dat, zoals ook in paragraaf 4.3 is besproken, het Amerikaanse recht zoekt naar een rechtvaardiging voor het aannemen van secundaire zorgplichten, zoals een speciale relatie (special relationship) tussen de secundaire zorgdrager en de primaire dader, dan wel tussen de secundaire zorgdrager en het slachtoffer.<sup>205</sup> Het Hoogerechtshof van Californië merkte hierover op:

‘Although, as we have stated above, under the common law, as a general rule, one person owed no duty to control the conduct of another (...), nor to warn those endangered by such conduct (...), the courts have carved out an exception to this rule in cases in which the defendant stands in some special relationship to either the person whose conduct needs to be controlled or in a relationship to the foreseeable victim of that conduct.’<sup>206</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Het Hoogerechtshof van Californië sloot met deze bepaling aan bij de toen geldende § 315 van de Restatement Second of Torts, waarin was bepaald dat er een zorgplicht op zorgdragers rustte uit hoofde van (i) ‘a special relation (...) between the actor and the third person which imposes a duty upon the actor to control the third person’s conduct’, dan wel (ii) ‘a special relation (...) between the actor and the other which gives to the other a right of protection’. Onder de sinds 2012 geldende Restatement Third of Torts zou door het Hoogerechtshof waarschijnlijk zijn aangesloten bij hetgeen – mede naar aanleiding van deze uitspraak – bepaald

203 *Dillon v. Legg*, 68 Cal.2d 728 (Cal. 1968); *Rodriguez v. Bethlehem Steel Corp.*, 12 Cal.3d 382 (Cal. 1974); *Weirum v. RKO General, Inc.*, 15 Cal.3d 40 (Cal. 1975).

204 *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 434-435 (Cal. 1976): ‘As a general principle, a defendant owes a duty of care to all persons who are foreseeably endangered by his conduct, with respect to all risks which make the conduct unreasonably dangerous.’ Zie hierover ook Zweigert & Kötz 1998, p. 609.

205 *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 434 (Cal. 1976): ‘(...) when the avoidance of foreseeable harm requires a defendant to control the conduct of another person, or to warn of such conduct, the common law has traditionally imposed liability only if the defendant bears some special relationship to the dangerous person or to the potential victim.’

206 Vgl. § 40-41 Restatement Third of Torts. Zie *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 435 (Cal. 1976).

is in § 41, sub b, onder 4. Hierin is, zoals besproken, de positieve plicht tot handelen voor de mental health professional jegens derden voor gedrag van patiënten met zoveel woorden geëxpliciteerd en dus juridisch gedefinieerd als een 'special relationship'.<sup>207</sup>

Uit de special relationship tussen de secundaire zorgdrager (de psycholoog) en de primaire dader (Poddar) werd, geheel conform § 315 (2rd) en § 41, sub b, onder 4 (3rd), een positieve plicht tot handelen ('affirmative duty') van de psycholoog aangenomen. Het Hoogerechtshof van Californië overwoog ter zake:

'Although plaintiffs' pleadings assert no special relation between Tatiana and defendant therapists, they establish as between Poddar and defendant therapists the special relation that arises between a patient and his doctor or psychotherapist. Such a relationship may support affirmative duties for the benefit of third persons. Thus, for example, a hospital must exercise reasonable care to control the behavior of a patient which may endanger other persons.'<sup>208</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Nu van een speciale relatie tussen de psycholoog en de patiënt wel degelijk sprake was, rustte op de psycholoog niet alleen een zorgplicht in de verhouding tot de patiënt, maar had hij zich ook te bekommeren om de individuen (hier Tarasoff) die in het bijzonder bedreigd werden door die patiënt. De op de psycholoog rustende 'duty' en de schending van de vertrouwensrelatie met Poddar, werd gerechtvaardigd vanuit het belang van het te beschermen leven van Tarasoff (vgl. het hiervoor in § 315 (2nd) genoemde 'right of protection'). De vertrouwensrelatie tussen de psycholoog en Poddar werd in dit geval opzijgeschoven voor het grotere belang: 'the protective privilege ends where the public peril begins', aldus het Hoogerechtshof.<sup>209</sup>

Dat de *Tarasoff*-overwegingen in de nadien gewezen rechtspraak zijn opgevolgd, volgt onder andere expliciet uit de overweging in de zaak *Currie v. United States*:

'Finally, the court notes that the vast majority of courts that have considered the issue have accepted the Tarasoff analysis.'<sup>210</sup>

In de nadien gewezen jurisprudentie wordt zelfs gesproken over de '*Tarasoff-duty*', refererend aan de zorgplicht rustend op de zorgverlener om onder omstandigheden een derde partij te waarschuwen die door zijn patiënt mogelijk in gevaar kan worden gebracht. Ook in de Amerikaanse literatuur is de grote impact van

207 Zie hierover ook Schwartz & Appel 2011, p. 322-323; Giesen 2014, p. 85 en 95.

208 *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 436 (Cal. 1976).

209 In hetzelfde kader wordt verwezen naar § 9 van de 'Principles of Medical Ethics of the American Medical Association': 'A physician may not reveal the confidence entrusted to him in the course of medical attendance (...) unless he is required to do so by law or unless it becomes necessary in order to protect the welfare of the individual or of the community.'

210 *Currie v. United States*, 644 F. Supp. 1074, 1078 (M.D.N.C. 1986). Vgl. *Munstermann v. Alegent Health-Immanuel Med. Ctr.*, 716 N.W.2d 73, 81 (Neb. 2006).

de *Tarasoff*-zaak niet onopgemerkt gebleven. Zo wordt over de *Tarasoff*-duty opgemerkt dat deze:

‘(...) widely accepted (and rarely rejected [is]) by courts and legislators in the United States as a foundation for establishing a duty of reasonable care among psychotherapists.’<sup>211</sup> [mijn bewerking, KLM]

Tot slot zij gewezen op de praktische gevolgen van de *Tarasoff*-zaak voor de scholing van hulpverleners, zoals is beschreven in de toelichting bij § 41 van de Restatement Third of Torts.

‘The Tarasoff duty is widely taught to therapist students; texts and clinical guidelines provide guidance on how to comply, professional ethical codes take account of it, and the mental-health professional who does not know of the general concept is unusual.’

Diverse Amerikaanse rechtbanken hebben de algemene zorgplicht van opvang- en zorginstellingen dus onderschreven. In het navolgende geef ik enkele (andere) uitspraken weer die, in verschillende contexten, een beeld schetsen van de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen.

Zo blijkt uit de uitspraak *Isaacs v. Huntington Memorial Hospital* meer in het bijzonder dat de voorzienbaarheid bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen van cruciaal belang is.<sup>212</sup> In deze kwestie werd een ziekenhuis aangesproken door een dokter die in de parkeergarage van het ziekenhuis was beschoten. De dokter meende dat het ziekenhuis onvoldoende veiligheidsmaatregelen had getroffen om het schietincident te voorkomen. Alhoewel de dokter erin slaagde om eerdere dreigende incidenten in deze parkeergarage aan te tonen, slaagde hij er niet in om het bewijs van daadwerkelijk voltrokken incidenten te leveren. Het Hooggerechtshof van Californië maakte in deze zaak duidelijk dat het niet voordoen van (althans: het niet kunnen bewijzen van) eerdere incidenten aan de vaststelling van de voorzienbaarheid van de schade niet in de weg hoeft te staan. Het Hooggerechtshof concludeerde dan ook dat in eerste aanleg ten onrechte was aangenomen dat het schietincident voor het ziekenhuis onvoldoende voorzienbaar was. Refererend aan deze uitspraak overwoog het Hooggerechtshof van Californië in de (in paragraaf 5.5 nader te bespreken) zaak *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center* vervolgens:

‘We held that foreseeability, for tort liability purposes, could be established despite the absence of prior similar incidents on the premises. We explained that foreseeability is determined in light of all the circumstances and not by a rigid application of a mechanical “prior similars” rule.’<sup>213</sup>

211 Lake 1994, p. 98.

212 *Isaacs v. Huntington Memorial Hospital*, 38 Cal.3d 112, 125 (Cal. 1985).

213 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 677 (Cal. 1993).

Gewezen zij bovendien op de zaak *Boulanger v. Pol*.<sup>214</sup> In deze zaak werd een opvang- en zorginstelling, evenals de behandelend psychiater, aansprakelijk gesteld door de oom van een patiënt, die na de vrijlating van de patiënt door hem was beschoten. In deze kwestie oordeelde het Hooggerechtshof van Kansas, kort gezegd, dat er geen reden bestond een secundaire zorgplicht aan te nemen inhoudende de verplichte opname van de patiënt, daar waar een waarschuwing aan de bedreigde oom zou hebben volstaan om het risico af te wenden. Doorslaggevend voor het afwijzende oordeel van het Hooggerechtshof was dat 'there is no duty to warn when the victim is fully aware of the potential danger'.<sup>215</sup> Het Hooggerechtshof stelde de voorzienbaarheid van de schade voor het slachtoffer centraal, in plaats van de voorzienbaarheid van de schade voor de psychiater of de instelling, en wees daarmee de secundaire aansprakelijkheid van de hand.

Dat ook de goede trouw van de therapeut bij de beslissing tot het afzien van een gedwongen opname – en bij de beoordeling van de daartoe strekkende zorgplicht – een belangrijke rol speelt, volgt uit de hiervoor al kort genoemde zaak *Currie v. United States*.<sup>216</sup> In deze kwestie was een Vietnamveteraan betrokken, genaamd Avery, die aan een posttraumatische stressstoornis leed en daarvoor onder behandeling was in een kliniek gespecialiseerd in oorlogstrauma's. Nadat enkele incidenten in de privé- en werksfeer tot nader onderzoek aanleiding hadden gegeven, constateerde de groepsleider van Avery dat er een aanzienlijk risico op moorddadig gedrag bestond ('significant homicidal risk'). Een van de redenen voor deze conclusie was dat Avery had toegegeven een geweer te dragen met als doel 'iemand pijn te doen die zijn bezittingen zou wegnemen'. Nadat Avery zich vrijwillig had laten opnemen in het ziekenhuis, werd hij de volgende dag op zijn eigen verzoek ook weer vrijgelaten, kort waarna hij, gekleed in legerkleding, een man doodschoot en diverse andere personen verwondde.

Alhoewel de overheid in deze zaak aansprakelijk werd gesteld (en dus niet de kliniek zelf), stond het handelen van de therapeuten centraal. Hadden zij een zorgplicht geschonden door Avery niet gedwongen op te laten nemen, om zodoende het schadeveroorzakende gedrag te voorkomen? Het District Court van North Carolina overwoog dat de vraag naar de goede trouw van de therapeut onder andere afhankelijk is van de vraag naar diens opleiding en achtergrond, evenals de vraag hoe zorgvuldig en onafhankelijk de beslissing tot geen verplichte opname van de therapeut is geweest. Ook de inspanningen die de therapeut heeft getroost om zijn beslissing met andere therapeuten te bespreken, zijn bij die beoordeling van belang. Het District Court benadrukte bovendien dat psychotherapeuten het publieke belang moeten laten meewegen in hun beslissing om een patiënt al dan niet gedwongen op te laten nemen, en concludeerde vervolgens (althoewel negatief geformuleerd) dat – gezien in het licht van de genoemde omstandigheden – sprake was van goede trouw (en geen aansprakelijkheid) van de therapeuten.

214 *Boulanger v. Pol*, 258 Kan. 289 (Kan. 1995).

215 *Boulanger v. Pol*, 258 Kan. 289, 289 (Kan. 1995).

216 *Currie v. United States*, 644 F. Supp. 1074 (M.D.N.C. 1986).

Uit de zaak *Emerich v. Philadelphia Center for Human Development, Inc.* volgde bovendien dat een specifieke bedreiging door de patiënt, dan wel de feitelijke kennis over het gevaar van de patiënt voor een ander, vereist is voor het aannemen van secundaire zorgplichten van opvang- en zorginstellingen.<sup>217</sup> Mededelingen van de patiënt zijn in dat kader cruciaal. Overwogen werd:

‘(...) The predicate for a duty to warn is the existence of a specific and immediate threat of serious bodily injury that has been communicated to the professional. We believe that in light of the relationship between a mental health professional and patient, a relationship in which often vague and imprecise threats are made by an agitated patient as a routine part of the relationship, that only in those situations in which a specific and immediate threat is communicated can a duty to warn be recognized.’<sup>218</sup> [mijn onderstreping, KLM]

In gelijke zin volgde uit de zaak *Doe v. Marion* dat de specifieke dreiging van schade vereist is voor het aannemen van secundaire zorgplichten; een algemeen gevaar van kindermishandeling is onvoldoende om het bestaan van een positieve plicht tot handelen aan te nemen, aldus het Hoogerechtshof van South Carolina.<sup>219</sup>

Dat een en ander geen wet van Meden en Perzen is en statelijke verschillen hier opspelen, volgt – tot slot – uit de zaak *Estates of Morgan v. Fairfield Family Counseling Ctr.*<sup>220</sup> In deze zaak oordeelde het Hoogerechtshof van Ohio dat, alhoewel een specifieke dreiging een sterke indicatie van gevaar kan vormen, ook andere omstandigheden van het geval (zoals de ervaring van een therapeut) kunnen rechtvaardigen dat de therapeut had behoren te voorzien dat de patiënt een gevaar vormde voor anderen of voor zichzelf. Ter onderbouwing daarvan overwoog het Hoogerechtshof:

‘(...) there are obviously circumstances where, despite the lack of a specific threat, it can nevertheless be ascertained that the patient presents a danger to others and who the likely victims will be.’<sup>221</sup>

De conclusie luidt dat op opvang- en zorginstellingen in de breedste zin van het woord secundaire zorgplichten rusten. De kenbaarheid (voorzienbaarheid) van het gevaar en de schade zijn daarbij (met name) cruciaal.

217 *Emerich v. Philadelphia Center for Human Development, Inc.*, 554 Pa. 209 (Pa. 1998).

218 *Emerich v. Philadelphia Center for Human Development, Inc.*, 554 Pa. 209, 226 (Pa. 1998).

219 *Doe v. Marion*, 373 S.C. 390 (S.C. 2007).

220 *Estates of Morgan v. Fairfield Family Counseling Ctr.*, 77 Ohio St.3d 284 (Ohio, 1997).

221 *Estates of Morgan v. Fairfield Family Counseling Ctr.*, 77 Ohio St.3d 284, 309 (Ohio, 1997).

## 5.5 DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN WINKELS EN WINKELCENTRA

De Restatement Third of Torts kent geen expliciete regeling met betrekking tot de speciale relatie tussen winkels en winkelcentra met hun bezoekers.<sup>222</sup> De zorgplicht van winkels en winkelcentra zou echter wel op de relatie genoemd in § 40, sub b, onder 3 Restatement Third of Torts gestoeld kunnen worden: '(...) a business or other possessor of land that holds its premises open to the public with those who are lawfully on the premises'. Dit blijkt onder meer uit de hierna te bespreken uitspraak *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*<sup>223</sup> en de toelichting op de Restatement.<sup>224</sup> Bovendien geldt dat, voor zover de secundaire zorgplicht van een specifieke winkel niet op de voornoemde grondslag gebaseerd zou kunnen worden, de in de Restatement genoemde relaties niet limitatief zijn.<sup>225</sup> Dat op een winkel of winkelcentrum in het Amerikaanse recht secundaire zorgplichten kunnen rusten, volgt meer in het bijzonder uit de volgende uitspraken.

Zo werd in de uitspraak *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center* de eigenaar van een winkelcentrum aangesproken door een winkelmedewerkster die in een van de winkels was verkracht door een klant.<sup>226</sup> De verkrachting vond plaats rond 8.00 uur 's morgens, op een moment waarop het slachtoffer zich alleen in de winkel bevond. In de procedure kwam er bewijs op tafel waaruit volgde dat de huurders van de winkels – waaronder de werkgever van het slachtoffer – eerder bij de eigenaar van het winkelcentrum hadden geklaagd over een gebrek aan beveiliging in het winkelcentrum, maar dat er desondanks besloten was om geen beveiligers in te huren. De voornaamste reden daarvoor was dat de huurders van de bedrijfsruimten de daardoor ontstane huurverhoging niet zouden kunnen betalen. In plaats daarvan werd een alternatief gevonden in het inschakelen van een beveiligingsbedrijf dat drie à vier keer per dag langs het winkelcentrum reed, en daarmee een minder adequate vorm van beveiliging bood.

Het Hooggerechtshof van Californië besteedde in de overwegingen in aanloop naar de uitspraak aandacht aan de secundaire zorgplicht van het winkelcentrum. Expliciet werd in deze zaak overwogen dat de zorgplicht van een secundaire partij als de onderhavige inhoudt dat deze zorgdrager, vrij vertaald, moet zorgen voor een veilig leefklimaat binnen de private ruimte. Deze zorgplicht 'includes the duty to take reasonable steps to secure common areas against foreseeable criminal acts of third parties that are likely to occur in the absence of such precautionary measures'.<sup>227</sup> Dit vertrekpunt wordt in latere jurisprudentie ook wel de 'well established

222 Zoals de hieronder vallende ruimten meer in het bijzonder afgebakend en gedefinieerd zijn in hoofdstuk 6, paragraaf 1.

223 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 674 (Cal. 1993).

224 Zie de toelichting onder comment j van § 40 Restatement Third of Torts, waarin als voorbeeld de zorgplicht van een specifieke kledingwinkel als aansprakelijke partij behandeld wordt.

225 Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 3-4.

226 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666 (Cal. 1993).

227 *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 229 (Cal. 2005).



rule' genoemd.<sup>228</sup> De secundaire zorgplicht van beheerders van winkelcentra om hun bezoekers te beschermen tegen het gevaarzettende gedrag van derden, wordt dus uitdrukkelijk erkend en bovendien gekoppeld aan de voorzienbaarheid van de schade. Zo werd de voorzienbaarheid van de schade in deze uitspraak – en in velen daarna – een 'crucial factor' genoemd bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht in kwestie.<sup>229</sup>

Dat niet alleen de voorzienbaarheid van belang is bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht, benadrukt het Hooggerechtshof in het vervolg van zijn overwegingen. Als andere (met die voorzienbaarheid verband houdende) relevante omstandigheden worden, naast de voorzienbaarheid van de schade, ook genoemd:

'(...) the degree of certainty that the plaintiff suffered injury, the closeness of the connection between the defendant's conduct and the injury suffered, the moral blame attached to the defendant's conduct, the policy of preventing future harm, the extent of the burden to the defendant and consequences to the community of imposing a duty to exercise care with resulting liability for breach, and the availability, cost, and prevalence of insurance for the risk involved.'<sup>230</sup>

Het voorgaande kan, gezien de vele uitspraken waarin deze omstandigheden zijn genoemd, als vaste rechtspraak worden aangemerkt.<sup>231</sup> Een en ander rechtvaardigt de conclusie dat voor de beoordeling van de secundaire zorgplicht van (onder meer) winkelcentra van belang is:

1. De mate van waarschijnlijkheid dat een derde schade zal lijden.
2. Het verband tussen het gedrag van de secundaire partij en de geleden schade.
3. De mate van schuld van de secundaire partij aan het vertoonde gedrag.
4. Het (mogelijk bestaande) beleid ter zake van het voorkomen van de geleden schade.
5. De bezwaarlijkheid van de te nemen (voorzorgs)maatregelen voor de secundaire partij.
6. De specifieke maatschappelijke consequenties van het opleggen en sanctioneren van secundaire zorgplichten.
7. De mogelijkheden, kosten en de gangbaarheid van een verzekering die de ingetreden schade dekt.

228 Zie bijvoorbeeld *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 237 (Cal. 2005).

229 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 676 (Cal. 1993), met een verwijzing naar *Isaacs v. Huntington Memorial Hospital*, 38 Cal.3d 112 (Cal. 1985) en *Lopez v. McDonald's Corp.*, 193 Cal.App.3d 495 (Cal.App. 4 Dist. 1987).

230 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 675 (Cal. 1993).

231 Onder meer de in dit hoofdstuk besproken zaken *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 434 (Cal. 1976); *Alvarez v. Behniwal*, 2005 WL 236835 (Cal.App. 2 Dist. 2005); *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 237 (Cal. 2005); *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260, 276 (Cal. 2005).

In andere uitspraken waarin deze overweging werd aangehaald, werd echter benadrukt dat ‘the most important of these considerations in establishing duty, is foreseeability’.<sup>232</sup> In het concrete geval dat in de zaak van *Ann M.* voorlag, oordeelde het Hoogerechtshof van Californië met een verwijzing naar (het gebrek aan) deze voorzienbaarheid van de schade, afwijzend. Meer in het bijzonder overwoog het Hoogerechtshof:

‘A high degree of foreseeability is required in order to find that the scope of a landlord’s duty of care includes the hiring of security guards. We further conclude that the requisite degree of foreseeability rarely, if ever, can be proven in the absence of prior similar incidents of violent crime on the landlord’s premises. To hold otherwise would be to impose an unfair burden upon landlord’s and, in effect, would force landlords to become the insurers of public safety, contrary to well established policy in this state.’<sup>233</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Kort en goed werd de secundaire aansprakelijkheid van het winkelcentrum in deze zaak van de hand gewezen, omdat de mate van voorzienbaarheid van de uiteindelijk ingetreden schade te beperkt was. De vereiste voorzienbaarheid kan immers, zo volgt uit deze uitspraak, in principe niet worden aangenomen daar waar soortgelijke incidenten eerder zijn uitgebleven.<sup>234</sup> Er rust dus geen algemene plicht op het winkelcentrum om beveiliging in zijn ruimte te stationeren. Dat zou immers een onredelijke last op het winkelcentrum hebben gelegd en tot gevolg hebben gehad dat deze partijen in feite als ‘verzekeraars’ hebben in te staan voor de publieke veiligheid, aldus het Hoogerechtshof.

In lijn met deze *Ann M.*-uitspraak is het oordeel in de zaak *Nicole M. v. Sears, Roebuck & Co.*<sup>235</sup> In deze kwestie werd een winkeleigenaar aangesproken door bezoekers die op de parkeerplaats van die winkel werden benaderd door een man die hen poogde aan te randen. De Court of Appeals van California betrok in haar oordeel omtrent de secundaire aansprakelijkheid van de winkeleigenaar de vraag hoe voorzienbaar het incident voor hem was, en in het verlengde daarvan, de vraag of zich eerder soortgelijke incidenten hadden voorgedaan. Geoordeeld werd dat de winkel in redelijkheid niet had behoeven te anticiperen op de poging tot aanranding, daar waar het incident de eerste geregistreerde criminele aanval op die parkeerplaats was. Immers: ‘property owners have no duty to prevent unexpected and random crimes’, aldus de Court of Appeal.<sup>236</sup> De hier bedoelde ‘onmogelijkheid’ om

232 *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 434 (Cal. 1976) is illustratief.

233 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 678 (Cal. 1993).

234 Een voorbeeld waarin de schadeveroorzakende handeling voor de secundaire partij (wel) voorzienbaar was, is de in paragraaf 5.6 te bespreken zaak *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 238 (Cal. 2005). Een andere kwestie waarin de voorzienbaarheid wel een gegeven was, althans waarin in een eerste instantie ten onrechte werd geoordeeld dat het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij niet voorzienbaar was, is de in paragraaf 5.4 besproken uitspraak *Isaacs v. Huntington Memorial Hospital*, 38 Cal.3d 112 (Cal. 1985).

235 *Nicole M. v. Sears, Roebuck & Co.*, 76 Cal.App.4th 1238 (Cal.App. 6 Dist. 1999).

236 *Nicole M. v. Sears, Roebuck & Co.*, 76 Cal.App.4th 1238, 1247 (Cal.App. 6 Dist. 1999).

op al het willekeurige schadeveroorzakende gedrag van primaire partijen te anticiperen, markeert wat mij betreft de (redelijke) grenzen van secundaire aansprakelijkheid, en tegelijkertijd de aan de secundaire zorgplicht inherente complexiteit van het (al dan niet) moeten voorkomen van speculatief en onvoorspelbaar gedrag van een ander.

In de zaak *Lisa P. v. Bingham* werden twee winkelmedewerkers beroofd, mishandeld en verkracht.<sup>237</sup> Deze medewerkers spraken (kort gezegd) de huurder van de winkel aan tot vergoeding van hun schade, daar waar er geen redelijke maatregelen waren getroffen om het winkelcentrum te beveiligen. Ook in deze zaak refereerde de Court of Appeals van California aan de voorzienbaarheid van de schade in relatie tot het al dan niet hebben voorgedaan van eerdere, vergelijkbare incidenten. Het verschil tussen deze en de hiervoor besproken zaken *Ann M.* en *Nicole M.* is dat in de onderhavige zaak zich wél gelijksoortige incidenten hadden voorgedaan. Overwogen werd:

‘Unlike *Ann M.* here there was undisputed evidence of a number of incidents of violent criminal assault—more specifically armed robberies—in stores in the Peppertree Plaza of which the landlord should have known.’<sup>238</sup>

In het vervolg van de overwegingen werd gewezen op de eerdere overvallen die zich in het winkelcentrum hadden voorgedaan, waarna tot een positief secundair aansprakelijkheidsoordeel werd gekomen:

‘Using the formula announced by the Supreme Court in *Ann M.* we conclude that a high degree of foreseeability has been established by the proof of the prior similar incidents of violent crime set forth above and that therefore the duty of care owed to plaintiffs includes the hiring of security guards.’<sup>239</sup>

Een soortgelijk voorbeeld vormt de zaak *Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.*<sup>240</sup> In deze zaak werd een klant van een supermarkt op de parkeerplaats ontvoerd en vermoord. De executeur van het testament van de overleden klant sprak vervolgens de eigenaar van de supermarkt aan als secundaire partij, stellende dat hij nalatig was geweest door beveiliging of waarschuwingsborden op de parkeerplaats achterwege te laten. Het Hooggerechtshof van New Jersey wees in de overwegingen vervolgens op de volgende relevante omstandigheden bij de beoordeling van de vraag of de schade voor de eigenaar van de supermarkt als secundaire partij, (volgende) voorzienbaar was:

237 *Lisa P. v. Bingham*, 50 Cal.Rptr.2d 646 (Cal.App. 1 Dist. 1996). Naar Nederlands recht zou de grondslag voor de aansprakelijkheid in deze zaak de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW kunnen zijn. Zie voor de relevantie van de werkgeversaansprakelijkheid voor het onderhavige onderzoek hoofdstuk 1, paragraaf 6.3.

238 *Lisa P. v. Bingham*, 50 Cal.Rptr.2d 646, 650 (Cal.App. 1 Dist. 1996).

239 *Lisa P. v. Bingham*, 50 Cal.Rptr.2d 646, 650 (Cal.App. 1 Dist. 1996).

240 *Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.*, 149 N.J. 496 (N.J. 1997).

- ‘all the criminal acts that have occurred on Foodtown’s property and those that occurred in close proximity to its property;
- the property’s size and location;
- the absence of any security;
- the architectural design of the building in relation to the area of the parking lot where the crime occurred;
- the size of the parking lot;
- the type of business defendant operates;
- the nature and circumstances of nearby businesses;
- the increasing level of crime in the general neighborhood.’<sup>241</sup>

[mijn bewerking, KLM]

Van belang in deze zaak waren dan ook met name de (bewezen) feiten (1) dat de criminaliteit in de omgeving de twee jaar voor het incident aanzienlijk was toegenomen, en dat de supermarkt daar geen enkele actie op had ondernomen, en (2) dat de parkeerplaats (voor een deel) niet zichtbaar was vanuit de winkel. Een en ander bracht het Hoogerechtshof van New Jersey tot de slotsom dat de eigenaar van de supermarkt voor de schade aansprakelijk was, daar waar redelijkerwijze te voorzien was dat – bij het uitblijven van enige ‘passieve of actieve beveiliging’ – de klant op de parkeerplaats letsel kon oplopen. Op de eigenaar rustte dan ook de plicht om enige vorm van beveiliging te bieden (‘some level of security to the customer’).

Dat uit het al dan niet voordoen van criminele activiteiten in of nabij een winkelcentrum overigens niet kan worden afgeleid dat een eigenaar van een winkelcentrum ook daadwerkelijk verantwoordelijk is voor de overdracht van die gegevens, volgt uit de zaak *Lefmark Management Co. v. Old*.<sup>242</sup> De secundaire aansprakelijkheid van een winkelcentrum zal dus niet worden toegewezen vanwege de gebrekkige overdracht van dergelijke informatie aan opvolgende eigenaren: secundaire aansprakelijkheid kent ook in het Amerikaanse recht haar grenzen.

Tot slot de uitspraak *Alvarez v. Behniwal*.<sup>243</sup> In deze (gecompliceerde) zaak, waarin bij een gewapende overval een winkelbediende werd doodgeschoten, werd de eigenaar van de winkel onder meer verweten – naast het gebrek aan beveiliging – te grote hoeveelheden geld in de winkel te bewaren. Nu op de betreffende dag cheques verzilverd konden worden, werd de winkel een aantrekkelijk doelwit voor roofovervallen. Een beveiligingsdeskundige had de winkel zelfs als een ‘almost a daring-to-be-robbed store’ aangemerkt.<sup>244</sup> Daar waar uit andere deskundigenrapporten bleek dat de overval niet te voorzien en hoogst ongebruikelijk was, en de chequeservice van de winkel evenmin uniek was – een en ander onder vermelding en afweging van de hiervoor genoemde gezichtspunten uit de *Ann M.*-zaak –

241 *Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.*, 149 N.J. 496, 516-517 (N.J. 1997).

242 *Lefmark Management Co. v. Old*, 946 S.W.2d 52 (Tex. 1997).

243 *Alvarez v. Behniwal*, 2005 WL 236835 (Cal.App. 2 Dist. 2005).

244 *Alvarez v. Behniwal*, 2005 WL 236835, 1 (Cal.App. 2 Dist. 2005).

oordeelde de Court of Appeals van California desondanks dat de winkeleigenaar geen (secundaire) zorgplicht had geschonden.

## 5.6 DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT VAN HORECA- EN VERBLIJFSGELEGENHEDEN

De Restatement Third of Torts kent in § 40, sub b, onder 2 een regeling met betrekking tot de secundaire zorgplicht van 'an innkeeper' – letterlijk vertaald: 'een herbergier' – ten opzichte van zijn gasten. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat horecagelegenheden als restaurants, bars, etc., ook onder de noemer van een 'innkeeper' gebracht kunnen worden.<sup>245</sup> Zo werd meer in het bijzonder en met betrekking tot deze zorgplicht in de zaak *Catlett v. Stewart* door het Hooggerechtshof van Arkansas overwogen:

'(...) a hotel is not an insurer of the safety of its guests, but (...) it is charged with the duty of taking all precautions for the protection of its guests which reasonable prudence and ordinary care would suggest.'<sup>246</sup>

Dat op de horeca- en verblijfsgelegenheden, zoals bedoeld is in dit onderzoek,<sup>247</sup> proactieve *secundaire* zorgplichten kunnen rusten om hun bezoekers tegen schadeveroorzakend handelen van derden te beschermen, volgt bovendien uit de volgende uitspraken uit de Amerikaanse rechtspraak.

Ten eerste valt te denken aan de zaak *Delgado v. Trax Bar & Grill*, in welke zaak een restaurant aansprakelijk werd gesteld voor de schade die klanten hadden geleden toen zij op de parkeerplaats door derden werden aangevallen.<sup>248</sup> Het verwijt aan het adres van het restaurant bestond daaruit dat de uitsmijter niet was meegelopen naar de auto van de slachtoffers. Het Hooggerechtshof van Californië kwam in deze zaak tot een uitvoerige analyse van de 'ontwikkeling' van de secundaire zorgplicht van beheerders van dergelijke ruimten en vatte de reeds hierover gewezen jurisprudentie kernachtig samen. Daarbij wees het Hooggerechtshof meer in het bijzonder op de relatie tussen de vereiste mate van voorzienbaarheid en de bezwaarlijkheid, duidelijkheid en functionaliteit van de preventieve maatregel die de secundaire partij had behoren te treffen om de schade te voorkomen. Het Hooggerechtshof overwoog vervolgens:

'In cases where the burden of preventing future harm is great, a high degree of foreseeability may be required. (...) On the other hand, in cases where there are strong policy reasons for preventing the harm, or the harm can be prevented by simple

245 Zie bijvoorbeeld *Catlett v. Stewart*, 304 Ark. 637 (Ark. 1991) en *Virginia D. v. Madesco Inv. Corp.*, 648 S.W.2d 881 (Mo. 1983). Afhankelijk van de specifieke private ruimte, kan ook worden aangeknoopt bij de relatie van een '(grond)eigenaar' met zijn bezoekers, zoals genoemd is in § 40, sub b, onder 3 Restatement Third of Torts en hiervoor is toegelicht in paragraaf 5.5.

246 *Catlett v. Stewart*, 304 Ark. 637, 642 (Ark. 1991).

247 Zoals de hieronder vallende ruimten meer in het bijzonder afgebakend en gedefinieerd zijn in hoofdstuk 6, paragraaf 1.

248 *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224 (Cal. 2005).

means, a lesser degree of foreseeability may be required. (...) Or, as one appellate court has accurately explained, duty in such circumstances is determined by a balancing of “foreseeability” of the criminal acts against the “burdensomeness, vagueness, and efficacy” of the proposed security measures.<sup>249</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Duidelijk volgt uit deze overweging dus dat, hoe bezwaarlijker het voor de secundaire partij is om veiligheidsmaatregelen te treffen ter voorkoming van het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij, hoe hoger de mate van voorzienbaarheid van de schade dient te zijn, wil de secundaire partij voor het uitblijven van deze maatregelen aansprakelijk zijn. In gelijke zin dienen gemiddeld eenvoudige maatregelen sneller getroffen te worden (het treffen van die maatregelen wordt eerder verwacht). Als de secundaire partij deze maatregelen niet treft, kan er sneller (lees: bij een lagere graad van voorzienbaarheid) aansprakelijkheid worden aangenomen. Het Hoogerechtshof concludeerde in deze specifieke zaak tot aansprakelijkheid van het restaurant, nu deze secundaire partij het dreigende gevaar voor de bezoeker van haar restaurant had waargenomen:

(...) because defendant [de secundaire partij] had actual notice of an impending assault involving Joseph [de primaire partij] and plaintiff [het slachtoffer], its special-relationship based duty included an obligation to take reasonable, relatively simple, and minimally burdensome steps to attempt to avert that danger.<sup>250</sup> [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Aan de voorzienbaarheidsdrempel werd in deze zaak dus voldaan, omdat door het slachtoffer aangetoond kon worden dat de restaurantmedewerkers wetenschap hadden van het (potentieel) aanstaande gevecht en zij de meest voor de hand liggende maatregelen om dat risico te voorkomen, ondanks die wetenschap, niet hadden getroffen.

In de zaak *Morris v. De La Torre* speelde een soortgelijke situatie als in de hiervoor besproken zaak, in een kwestie waarin een gast op de parkeerplaats van een restaurant met een mes door een derde partij werd aangevallen. Deze ‘aanvaller’, de primaire partij, had het mes vlak daarvoor uit het restaurant gestolen.<sup>251</sup> Het verwijt dat het slachtoffer het restaurant als secundaire partij maakte, bestond daaruit dat de werknemers van het restaurant het noodnummer niet hadden gebeld toen de primaire partij het restaurant binnendrong en het mes stal. Met een verwijzing naar de zaak *Delgado v. Trax Bar & Grill*, overwoog het Hoogerechtshof van Californië wederom dat op de beheerder van het restaurant in kwestie niet zonder meer de verplichting rustte om veiligheidsmaatregelen of andere voorzorgsmaatregelen te treffen om ‘future criminal conduct’ te voorkomen. Het treffen van deze maatregelen wordt slechts dan verlangd als er een hoge mate of graad van voorzienbaar-

249 *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 237-238 (Cal. 2005).

250 *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 250 (Cal. 2005).

251 *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260 (Cal. 2005).

heid ('heightened foreseeability') bestaat dat de schade in dat specifieke geval zal intreden. Een en ander ligt anders indien het om 'imminent' of 'ongoing' crimineel gedrag gaat (het schadeveroorzakende gedrag voltrekt zich al daadwerkelijk). In dat geval rust op de eigenaar van een restaurant de verplichting om minimale en redelijke maatregelen te treffen.

In deze *Morris*-zaak werd de beheerder van het restaurant als secundaire partij door het Hooggerechtshof van Californië aansprakelijk gehouden, aangezien hij redelijke maatregelen ter bescherming van het slachtoffer achterwege had gelaten. Daarbij werd mede van belang geacht dat, alhoewel het een openbaar parkeerterrein betrof, de klanten de parkeerplaats vaker gebruikten (waarvan de beheerder zich bewust was), dat de parkeerplaats goed zichtbaar was vanuit het restaurant en dat de beheerder bovendien een financieel belang had bij het gebruik van de parkeerplaats door zijn klanten.

In beide zaken faalden de restaurants dus om de benodigde minimale en redelijke maatregelen te treffen om het slachtoffer te beschermen tegen schadeveroorzakend gedrag van derden. Aansprakelijkheid volgde: het feit dat de incidenten buiten het terrein van de private ruimte plaatsvonden, deed daar niets aan af.<sup>252</sup>

De reden waarom het Hooggerechtshof van Californië in de twee laatstgenoemde uitspraken over de secundaire aansprakelijkheid van de beheerder van de private ruimte wél een zorgplicht aannam en in de eerder besproken zaak *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center* niet, is volgens de Amerikaanse literatuur daarin gelegen dat het in de eerste twee zaken ging om een reactie op crimineel gedrag dat reeds dreigend of gaande was. In de *Ann M.*-zaak ging het daarentegen om de vraag of er preventieve maatregelen getroffen moesten worden, teneinde het toekomstige schadeveroorzakende gedrag van een derde te voorkomen.<sup>253</sup> Zo ook het Hooggerechtshof van Californië in de zaak *Morris v. De La Torre*:

'In any event, as the Court of Appeal below observed, foreseeability analysis in a case such as this - involving a proprietor's duty to respond reasonably to criminal conduct that is imminent or even ongoing in his or her presence - contrasts fundamentally with the type of foreseeability at issue in cases such as *Ann M.*, which involve a proprietor's duty to take preventative measures to guard against possible future criminal conduct.'<sup>254</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Nu de vraag of de secundaire partij preventieve maatregelen had moeten treffen in deze uitspraken sterk gekoppeld werd aan de voorzienbaarheid van de schade, zal het gemaakte onderscheid tussen 'future criminal conduct' (ingrijpen is alleen ver-

252 'It is well established that a proprietor's special relationship-based duty to customers or invitees extends beyond the structure of a premises to areas within the proprietor's control', ontleend aan *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260, 274 (Cal. 2005).

253 Zie hierover de analyse van Epstein & Sharkey 2016, p. 527-528.

254 *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260, 271 (Cal. 2005).



eist mits 'heightened foreseeability') en 'imminent or ongoing criminal assaultive conduct' (ingrijpen is zonder verhoogde voorzienbaarheidsdrempel vereist) steeds cruciaal zijn.<sup>255</sup>

Gewezen zij in dit kader bovendien op de zaak *Johnston v. Fontana*, in een zaak waarin een klant werd aangevallen door een andere klant en de restaurantmedewerkers nalieten de politie in te schakelen. Ook hier gold dat het feit dat het criminele gedrag van een derde (primaire) partij 'ongoing' was, een cruciale rol speelde bij de vraag naar de secundaire aansprakelijkheid van de manager van het restaurant. Meer concreet oordeelde de Court of Appeals van Louisiana dat op hem een zorgplicht rustte om de politie te bellen.<sup>256</sup>

Dat er grenzen aan de secundaire zorgplicht van beheerders van restaurants bestaan, volgt uit de zaak *Kentucky Fried Chicken of Cal., Inc. v. Superior Court*.<sup>257</sup> In deze zaak werd het fastfoodrestaurant aansprakelijk gesteld door een klant, vanwege de vermeende nalatigheid van de medewerkers tijdens een gewapende overval. Meer concreet verweet de klant de caissière geen opvolging te hebben gegeven aan het bevel van de overvaller om de sleutels van de kluis te geven, waarna de overvaller geïrriteerd raakte en dreigde de klant neer te schieten als de caissière de kluis niet onmiddellijk zou openen. Pas nadat de klant de caissière toeschreeuwde de kluis te openen, ging zij hiertoe met tegenzin over. Alhoewel de Court of Appeals van Californië in eerdere instantie oordeelde dat een winkelmedewerker een zorgplicht heeft 'to comply with an armed robber's demand for money in order to avoid increasing the risk of harm to patrons', oordeelde het Hooggerechtshof van Californië daarentegen dat een dergelijke zorgplicht te ver gaat. Alhoewel het Hooggerechtshof erkende dat op een restaurant een zorgplicht rust om zijn klanten te beschermen tegen het schadeveroorzakende handelen van een derde, concludeerde het dat deze zorgplicht niet impliceert 'an obligation to comply with an armed robber's unlawful demand that property be surrendered'.<sup>258</sup>

De grenzen van secundaire aansprakelijkheid worden minder strak getrokken in de uitspraak *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, in een zaak waarin de secundaire aansprakelijkheid van een exploitant van een bowlingcentrum centraal stond.<sup>259</sup> Het slachtoffer was een bezoeker van de bar van het bowlingcentrum, die daar op uitnodiging van de exploitant aanwezig was. Toen zij (seksueel) werd benaderd door een andere bezoeker van de bar, wees zij deze (dwingende) avances van de hand. Alhoewel de exploitant hiervan op de hoogte was en hij haar bij vertrek nog gewaarschuwd had voor de opdringerige medebezoeker, liet hij haar toch

255 In dat laatste geval is het immers geen 'kwestie van hogere wiskunde' dat er een serieus risico op schade voor een derde partij bestaat, aldus de Court of Appeals van Californië in de zaak *Marois v. Royal Investigation & Patrol, Inc.*, 162 Cal.App.3d 193, 202 (Cal.App. 4 Dist. 1984).

256 *Johnston v. Fontana*, 610 So.2d 1119, 1122 (La.App. 2 Cir. 1992).

257 *Kentucky Fried Chicken of Cal., Inc. v. Superior Court*, 14 Cal.4th 814 (Cal. 1997).

258 *Kentucky Fried Chicken of Cal., Inc. v. Superior Court*, 14 Cal.4th 814, 820-822 (Cal. 1997).

259 *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, 65 Cal.2d 114 (Cal. 1966).

alleen naar de auto lopen. Op de parkeerplaats stond de opdringerige bezoeker de vrouw op te wachten, waarna hij haar met een mes aanviel en ernstige verwondingen toebrengt. In rechte rees de vraag naar de reikwijdte van de zorgplicht van de exploitant jegens de bezoeker van de bar. Alhoewel het Hooggerechtshof van Californië ook in deze zaak vooropstelde dat de exploitant van een bowlingcentrum geen verzekeraar is van het slachtoffer, rustte op hem wel:

‘(...) the duty to take affirmative action to control the wrongful acts of third persons which threaten invitees where the occupant has reasonable cause to anticipate such acts and the probability of injury resulting therefrom.’<sup>260</sup>

In de overweging die daarop volgde, werd in het bijzonder in aanmerking genomen het feit dat de exploitant de vrouw wel had gewaarschuwd om niet te vertrekken, maar dat zij deze waarschuwing van de hand had gewezen, omdat zij de dag erna moest werken. Het lag niet in de rede dat een volgende waarschuwing had voorkomen dat de vrouw naar haar auto zou gaan. Met deze argumentatie in de hand concludeerde het Hooggerechtshof van Californië echter niet tot afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid op causaliteitsgronden, maar zette het juist een extra stap, door te oordelen dat de exploitant juist dáárom niet met een waarschuwing had mogen volstaan en mee naar de auto van de vrouw had moeten lopen, althans haar in elk geval niet alleen had mogen laten gaan.<sup>261</sup>

In de zaak *Lopez v. McDonald's Corp.* verwierp de Court of Appeals van Californië de secundaire aansprakelijkheid van een exploitant van McDonald's. Het ging hier om de (later zogenoemde) 'McDonald's massacre', waarin een 41-jarige schutter 21 bezoekers van McDonald's om het leven bracht.<sup>262</sup> Nabestaanden en slachtoffers hielden de eigenaar van deze McDonald's-vestiging voor de geleden schade aansprakelijk, in essentie omdat er geen of onvoldoende bewakers op het terrein gestationeerd waren.

De Court of Appeals wees de secundaire aansprakelijkheid van McDonald's af, met name omdat de uitgebleven veiligheidsmaatregelen niet in causaal verband stonden tot de uiteindelijk geleden schade.<sup>263</sup> Los van de causaliteitsvraag was de massamoord, zoals deze door de primaire partij (de schutter) werd gepleegd, voor de eigenaar van het restaurant in redelijkheid niet voorzienbaar. Overwogen werd:

260 *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, 65 Cal.2d 114, 121 (Cal. 1966).

261 *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 229 (Cal. 2005). Met een verwijzing naar de eerder gewezen jurisprudentie *McFadden v. Bancroft Hotel Corp.*, 313 Mass. 56 (Mass. 1943); *Winn v. Holmes*, 143 Cal.App.2d 501 (Cal.App. 1956).

262 *Lopez v. McDonald's Corp.*, 193 Cal.App.3d 495 (Cal.App. 4 Dist.1987).

263 Geconcludeerd wordt: 'Under the circumstances here, it cannot be reasonably urged that had McDonald's provided an unarmed, uniformed licensed security guard, the massacre would have been prevented or its extent diminished.' *Lopez v. McDonald's Corp.*, 193 Cal.App.3d 495, 516 (Cal.App. 4 Dist. 1987).

'Rather, the likelihood of this unprecedented murderous assault was so remote and unexpected that, as a matter of law, the general character of McDonald's nonfeasance did not facilitate its happening. Huberty's [de schutter] deranged and motiveless attack, apparently the worst mass killing by a single assailant in recent American history, is so unlikely to occur within the setting of modern life that a reasonably prudent business enterprise would not consider its occurrence in attempting to satisfy its general obligation to protect business invitees from reasonably foreseeable criminal conduct.'<sup>264</sup> [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Tot slot zij gewezen op een omstandigheid die bij uitstek bij de aansprakelijkheid van horecagelegenheden speelt, te weten het alcoholgebruik van haar bezoekers. De zaak *Saatzer v. Smith* is daarvoor illustratief.<sup>265</sup> In deze uitspraak werd een caféhouder aangesproken door een van de bezoekers die met een andere bezoeker in gevecht was geraakt. De omstandigheid dat het café zijn bezoekers alcohol verschaft, werd door het Hooggerechtshof van Californië expliciet meegewogen in de beoordeling van de reikwijdte van de secundaire aansprakelijkheid.

'(...) the proprietor of a place where intoxicating liquors are dispensed owes a duty of exercising reasonable care to protect his patrons from injury at the hands of fellow guests.'<sup>266</sup>

Aangezien de werknemers van het café adequaat hadden ingegrepen toen het gevecht ontstond en er voor het overige ook voldoende personeel en beveiliging aanwezig was, werd de secundaire aansprakelijkheid van de caféhouder in deze zaak – ondanks de op hem rustende zorgplicht – van de hand gewezen.

## 5.7 SAMENVATTENDE ANALYSE VAN DE AMERIKAANSE JURISPRUDENTIE

Op basis van de hiervoor besproken theoretische en jurisprudentiële kaders kan betoogd worden dat de criteria ter beoordeling van de vraag of er een secundaire zorgplicht is geschonden, pas aan de orde komen als er een grondslag voor de aanvaarding van een secundaire zorgplicht van de private ruimte in kwestie bestaat. Deze grondslagen zijn in het bijzonder neergelegd in § 38-44 (3rd) en zijn besproken in paragraaf 4.3 van dit hoofdstuk.<sup>267</sup> In de zaak *Tarasoff v. The Regents of the University of California* benadrukte het Hooggerechtshof van Californië deze volgorde, door op te merken:

'(...) when the avoidance of foreseeable harm requires a defendant to control the conduct of another person, or to warn of such conduct, the common law has traditio-

<sup>264</sup> *Lopez v. McDonald's Corp.*, 193 Cal.App.3d 495, 509-510 (Cal.App. 4 Dist. 1987).

<sup>265</sup> *Saatzer v. Smith*, 122 Cal.App.3d 512 (Cal.App. 2 Dist. 1981).

<sup>266</sup> *Saatzer v. Smith*, 122 Cal.App.3d 512, 518 (Cal.App. 2 Dist. 1981).

<sup>267</sup> Waarbij ik nogmaals benadruk dat de genoemde voorbeelden in de Restatements niet limitatief zijn; de rechter kan dus ook op basis van andersoortige relaties zorgplichten aannemen. Vgl. Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 637.

nally imposed liability only if the defendant bears some special relationship to the dangerous person or to the potential victim.<sup>268</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Alhoewel deze fases in de rechtspraak niet (altijd) zo strikt van elkaar te scheiden zijn of worden, dient in elk geval in theoretische zin eerst beoordeeld te worden of er een bijzondere reden is om van de 'no duty rule' af te wijken door een secundaire zorgplicht aan te nemen: rust er ingevolge een wettelijke bepaling een zorgplicht op de secundaire partij (§ 38)? Heeft de secundaire partij het schadeveroorzakende handelen gefaciliteerd (§ 39)? Bestaat er een speciale relatie tussen de betrokken partijen (§ 40, § 41)? Vervolgens wordt door de rechter bekeken hoe ver die zorgplicht strekt c.q. of die zorgplicht ook daadwerkelijk is geschonden: welk handelen mag van de secundaire zorgdrager, gegeven de op hem rustende zorgplicht en de overige omstandigheden van het geval, in redelijkheid worden verwacht?<sup>269</sup>

Dat gezegd hebbende, en gegeven het casuïstische karakter van de uitspraken en de verschillen tussen de private ruimten onderling, geldt dat op basis van de besproken rechtspraak wat mij betreft een drietal overkoepelende 'stelregels' kan worden gededuceerd met betrekking tot de reikwijdte van de Amerikaanse secundaire zorgplicht. Deze regels of vertrekpunten hebben meer in het bijzonder betrekking op de omstandigheden die bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van de onderzochte private ruimten een rol spelen.

### **I. De secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg wordt (princiëel) erkend en de schending ervan (secundaire aansprakelijkheid) onder omstandigheden door de Amerikaanse rechter aanvaard.**

Met dien verstande dat er in beginsel een 'no duty rule' geldt (paragraaf 4.2.1), kan op basis van de besproken rechtspraak en literatuur geconcludeerd worden dat er in het Amerikaanse recht met betrekking tot de meest uiteenlopende private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg, secundaire zorgplichten worden aangenomen. Alhoewel de erkenning van deze secundaire zorgplicht in feite in

268 *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 435 (Cal. 1976). Zie over de implicaties van deze uitspraak Weinstock e.a. 2006; Epstein & Sharkey 2016, p. 528-534.

269 De vraag is of het Nederlandse systeem op dit punt voldoende doordacht is. Mijn (eerste) gedachte daarover zou zijn dat dit in het Nederlandse recht in theorie hetzelfde werkt als in het Amerikaanse. Zo is bijvoorbeeld de onrechtmatigheid na de toets uit het *Struikelende broodbezorger*-arrest nog geen gegeven. Binnen het daarmee vastgestelde kader (van bijvoorbeeld de bijzondere relatie) wordt immers vervolgens door de rechter bekeken in hoeverre de schade voorzienbaar was, de (uitgebleven) maatregelen bezwaarlijk, etc., en wordt dus in feite gekeken naar de *Kelderluik*-factoren. In die zin lijken beide standaardarresten elkaar dus 'op te volgen'. Een en ander overigens voor zover het eerstgenoemde arrest überhaupt al aan bod komt, nu uit de Nederlandse rechtspraakanalyse bleek dat het *Struikelende broodbezorger*-arrest zelden als toetsingskader bij de beoordeling van secundaire zorgplichten wordt gebruikt. Zie over het voorgaande eerder (en meer uitvoerig) hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.2.

alle besproken uitspraken en in de daarin aangelegde toets besloten ligt, licht ik de voor deze conclusie meest illustratieve overwegingen uit.

Zo zij ten eerste gewezen op de 'well established rule', zoals deze regel onder andere is ontwikkeld in de zaak *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, rustend op de eigenaar van een winkelcentrum.

'In the case of a landlord, this general duty of maintenance, which is owed to tenants and patrons, has been held to include the duty to take reasonable steps to secure common areas against foreseeable criminal acts of third parties that are likely to occur in the absence of such precautionary measures.'<sup>270</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Ten tweede zij gewezen op de uitspraak *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, in een zaak waarin het Hooggerechtshof van Californië overwoog dat op de exploitant van een bowlingcentrum de volgende zorgplicht rust.

'(...) the duty to take affirmative action to control the wrongful acts of third persons which threaten invitees where the occupant has reasonable cause to anticipate such acts and the probability of injury resulting therefrom.'<sup>271</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Ten derde zij gewezen op de uitspraak *Lopez v. McDonald's*, waarin het Hooggerechtshof van Californië over de secundaire zorgplicht van de beheerder van het fastfoodrestaurant overwoog:

'The relationship between a business establishment and its customers requires the proprietor to protect its patrons from third person misconduct on the business premises when there is reasonable cause to anticipate such acts and resulting harm.'<sup>272</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Uiteraard kent deze Amerikaanse secundaire zorgplicht haar grenzen: enkel de maatregelen die onder de definitie van 'reasonable steps' gebracht kunnen worden, zullen van de secundaire zorgdrager worden gevergd.<sup>273</sup> Van de secundaire partij kan niet verwacht worden maatregelen te treffen als het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij zo onwaarschijnlijk is ('so unlikely to occur'), dat daar onmogelijk op te anticiperen valt.<sup>274</sup> De zaak *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.* noopt wat mij betreft tot de conclusie dat de genoemde 'reasonable steps' onder omstandigheden wel een proactieve vorm van zorg kunnen impliceren.<sup>275</sup> In deze

270 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 674 (Cal. 1993).

271 *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, 65 Cal.2d 114, 120 (Cal. 1966).

272 *Lopez v. McDonald's Corp.*, 193 Cal.App.3d 495, 506 (Cal.App. 4 Dist. 1987).

273 Zie over de grenzen van de secundaire zorgplicht onder meer de in paragraaf 5.6 besproken zaak *Kentucky Fried Chicken of Cal., Inc. v. Superior Court*, 14 Cal.4th 814, 820-822 (Cal. 1997).

274 *Lopez v. McDonald's Corp.*, 193 Cal.App.3d 495, 509 (Cal.App. 4 Dist. 1987).

275 *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, 65 Cal.2d 114 (Cal. 1966), omtrent de reikwijdte van de secundaire zorgplicht van de exploitant van een bowlingcentrum jegens zijn bezoekers.

zaak werd over het enkel waarschuwen voor schadeveroorzakend gedrag van een derde opgemerkt:

'It is quite clear that a warning of danger will not always fulfill a land occupier's duty owed to his invitee.'<sup>276</sup>

Ook bleek de reikwijdte van de secundaire zorgplicht zich niet enkel uit te strekken tot de private ruimte zelf, maar ook daarbuiten. Zo werd in de uitspraak *Morris v. De La Torre* door het Hooggerechtshof van Californië overwogen:

'It is well established that a proprietor's special relationship-based duty to customers or invitees extends beyond the structure of a premises to areas within the proprietor's control.'<sup>277</sup>

Een afbakening van de secundaire zorgplicht naar de (geografische) ruimte is daarentegen wel te vinden in de rechtspraak over de secundaire zorgplicht van scholen. Daar waar het schadeveroorzakende handelen zich na schooltijd en buiten het schoolterrein voordoet, kan door de rechter geoordeeld worden dat er op dat moment en op die plaats geen 'special relationship' tussen de school en de student bestond, uit hoofde waarvan de school maatregelen had moeten treffen om de student te beschermen.<sup>278</sup> Zo overwoog het Hooggerechtshof van Utah in de zaak *Young v. Salt Lake City School District*:

'(...) because a district has a special relationship with a student at school, does not mean that a special relationship exists at all times.'<sup>279</sup>

Een duidelijke afbakening is tot slot af te leiden uit de rechtspraak over de secundaire zorgplicht van sportverenigingen. In de besproken uitspraken wordt de eigen verantwoordelijkheid van de sporters en toeschouwers, evenals het belang van een 'free and vigorous participation in the sport', vooropgesteld.<sup>280</sup> Daar waar de geleden schades tijdens sportwedstrijden 'common, frequent, and expected' zijn, wordt de secundaire aansprakelijkheid bij een 'inherent risk of sports' afgevoerd. Een en ander ligt slechts anders indien het slachtoffer kan bewijzen dat het gedrag van de secundaire partij tot 'willful and wanton conduct' aan de zijde van de primaire partij heeft geleid, dan wel kan aantonen dat de secundaire partij met haar nalatige handelen 'countenancing risks other than risks inherent in the sport' heeft gecreëerd. De achterliggende gedachte betreft 'assumption of the risk'. Deze ratio vertoont sterke gelijkenis met de Nederlandse rechtvaardiging voor de

276 *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, 65 Cal.2d 114, 124 (Cal. 1966).

277 *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260, 274 (Cal. 2005).

278 *Kimberly S.M. by Mariann D.M. v. Bradford Cent. School*, 226 A.D.2d 85, 88 (N.Y.A.D. 4 Dept. 1996); *Young v. Salt Lake City School District*, 52 P.3d 1230, 1234 (Utah. 2002).

279 *Young v. Salt Lake City School District*, 52 P.3d 1230, 1234 (Utah. 2002).

280 Zie onder meer *Foronda ex rel. Estate of Foronda v. Hawaii Intern. Boxing Club*, 96 Hawai'i 51, 66 (Hawai'i App. 2001).

verhoogde aansprakelijkheidsdrempel in sport- en spelsituaties, zoals in paragraaf 6.2 nader wordt toegelicht.

## II. De voorzienbaarheid van de schade speelt een sleutelrol bij het aannemen van secundaire zorgplichten van beheerders van private ruimten.

Eveneens kwam uit de jurisprudentieanalyse naar voren dat de vraag of de schade of het gevaar voor de secundaire partij voorzienbaar was,<sup>281</sup> een doorslaggevende rol speelt bij de beoordeling en aanvaarding van secundaire zorgplichten. Op basis van de jurisprudentie over de rol van de voorzienbaarheid van de schade en de relatie tot andere relevante omstandigheden, zijn wat mij betreft de volgende conclusies of stelregels gerechtvaardigd.

- a) De voorzienbaarheid van de schade is cruciaal bij de beoordeling van secundaire zorgplichten.

Uit de hiervoor aangehaalde zaak *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center* volgt dat de voorzienbaarheid van de schade bepalend is voor de vraag of door de beheerder van de private ruimte 'reasonable steps' genomen hadden moeten worden om de schade te voorkomen. Het Hooggerechtshof van Californië overwoog in deze zaak dat de voorzienbaarheid een 'crucial factor' is bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht.<sup>282</sup> In (onder andere) de *Tarasoff*-zaak is het Hooggerechtshof van Californië nog stellig over de rol van de voorzienbaarheid, door deze voorzienbaarheid aan te merken als 'de meest belangrijke' toetssteen.<sup>283</sup> Dat ook de voorzienbaarheid van de schade voor het slachtoffer een rol kan spelen bij de vraag naar de reikwijdte van de zorgplicht van secundaire partijen, bleek uit de uitspraken in de zaken *Boulanger v. Pol*<sup>284</sup> en *Hayes v. State of California*.<sup>285</sup>

In de gevallen waarin de voorzienbaarheid door de Amerikaanse rechter niet expliciet benoemd wordt, ligt dit vereiste veelal in andere in de Amerikaanse rechtspraak gehanteerde toetsstenen besloten. Als voorbeeld daarvoor dient in de eerste plaats de uitspraak *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*<sup>286</sup> In deze zaak werd

281 In hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.1 merkte ik reeds op dat de voorzienbaarheid van het gevaar of de schade – dat wil zeggen: het gehele feitenrelaas dat aan het ontstaan van de schade voorafgaat, waaronder dus ook (en in het bijzonder) wordt verstaan de voorzienbaarheid van het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij – in dit onderzoek ook wel verkort wordt aangeduid als de 'voorzienbaarheid van de schade'.

282 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 676 (Cal. 1993) met een verwijzing naar *Isaacs v. Huntington Memorial Hospital*, 38 Cal.3d 112 (Cal. 1985) en *Lopez v. McDonald's Corp.*, 193 Cal. App.3d 495 (Cal.App. 4 Dist. 1987).

283 'The most important of these considerations in establishing duty is foreseeability.' Zie *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 434 (Cal. 1976). In gelijke zin *Dillon v. Legg*, 68 Cal.2d 728 (Cal. 1968); *Rodriguez v. Bethlehem Steel Corp.*, 12 Cal.3d 382 (Cal. 1974); *Weirum v. RKO General, Inc.*, 15 Cal.3d 40 (Cal. 1975).

284 *Boulanger v. Pol*, 258 Kan. 289 (Kan. 1995).

285 *Hayes v. State of California*, 11 Cal.3d 469 (Cal. 1974).

286 *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, 65 Cal.2d 114, 121 (Cal. 1966).



door het Hooggerechtshof van Californië een secundaire zorgplicht aangenomen, daar waar er voor de exploitant van het bowlingcentrum aanleiding bestond om te anticiperen ('reasonable cause to anticipate') op het schadeveroorzakende gedrag van de derde. De mogelijkheid om op dit schadeveroorzakende gedrag te anticiperen vergt kennis van de (aanstaande) schadeveroorzakende handeling, hetgeen in feite dus betrekking heeft op de voorzienbaarheid van de schade. In dezelfde zin achtte het Hooggerechtshof het in de zaken *Gebser v. Lago Vista Independent School District* en *Delgado v. Trax Bar & Grill* van belang in hoeverre de secundaire zorgdrager 'actual notice' had van het dreigende gevaar.<sup>287</sup> Ook hier draait het dus in essentie om de voorzienbaarheid van het gevaar of de schade: in hoeverre heeft de secundaire partij daadwerkelijk kennisgenomen van de mogelijkheid op (aanstaand) schadeveroorzakend gedrag van de primaire partij? In de zaak *Jesik v. Maricopa County Community College District* ging het bovendien om de vraag of de school 'realized or should have realized the likelihood that such a situation might be created'.<sup>288</sup> Ook hier kan betoogd worden dat in de realisatie van een bepaald feit een zekere mate van voorzienbaarheid besloten ligt. Illustratief is tot slot de uitspraak *Currie v. United States*, in een zaak waarin de goede trouw van een therapeut centraal stond.<sup>289</sup> De goede trouw werd in deze uitspraak (onder meer) ingevuld door te bekijken in hoeverre het schadeveroorzakende handelen van de patiënt voorzienbaar was. Dit verband lijkt evident: hoe meer voorzienbaar het schadeveroorzakende gedrag van de patiënt voor de therapeut was, hoe sneller hij door de rechter als te kwader trouw aangemerkt zal worden.

Tot slot zij in de sportcontext ook gewezen op de overweging in de uitspraak *Turcotte v. Fell*, waarin de Court of Appeals van New York in de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid van de eigenaar van de racebaan het feit betrof dat de jockey al eerder op de betreffende baan had gereden. De condities waren voor hem kenbaar – voorzienbaar – en dus was secundaire aansprakelijkheid van de eigenaar van de racebaan *vanwege* die (slechte) condities, niet gerechtvaardigd.<sup>290</sup> Ook zij gewezen op het wezen van de hiervoor besproken concepten van 'assumption of the risk' (en de daarop gebaseerde 'baseball rule' en 'contact sports exception'). De aanvaarding van de voorzienbare risico's verbonden aan de sport, meer in het bijzonder door de deelname daaraan, vormen in die concepten immers de rechtvaardiging om een hogere drempel voor (secundaire) aansprakelijkheid op te werpen op het moment dat deze risico's zich verwezenlijken.

Duidelijk is dus dat de voorzienbaarheid een sleutelrol speelt bij de beoordeling van secundaire zorgplichten in het Amerikaanse recht. Bij de beoordeling van de vraag of de schade voor de secundaire partij voorzienbaar was, zijn blijkens de

287 *Gebser v. Lago Vista Independent School District*, 524 U.S. 274, 285, 289 (U.S.Tex. 1998); *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224 (Cal. 2005).

288 *Jesik v. Maricopa County Community College District*, 125 Ariz. 543, 546 (Ariz. 1980).

289 *Currie v. United States*, 644 F. Supp. 1074 (M.D.N.C. 1986).

290 *Turcotte v. Fell*, 68 N.Y.2d 432 (N.Y. 1986).

uitspraak *Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.* de volgende concrete omstandigheden van belang:

1. De criminele activiteiten die zich op en in de nabijheid van het terrein van de secundaire zorgdrager hebben voorgedaan.
2. De grootte en de locatie van de private ruimte.
3. De aanwezigheid van enige vorm van beveiliging.
4. Het architectonische ontwerp van het gebouw in relatie tot de schadelocatie.
5. De grootte (inrichting) van de schadelocatie.
6. Het type bedrijfsactiviteit dat de secundaire zorgdrager ontplooit.
7. De aard en de omstandigheid van bedrijvigheid in de buurt.
8. Het toenemende niveau van criminaliteit in de nabije omgeving.<sup>291</sup>

In het vervolg van deze paragraaf (b t/m d) zal ik, op basis van de hiervoor besproken rechtspraak, drie omstandigheden uitwerken die van invloed zijn op de vraag of de schade door de Amerikaanse rechter als voorzienbaar wordt aangemerkt. Op voorhand zij daarover opgemerkt dat de rechter aan de hand van dergelijke 'objectieve' omstandigheden een zo zuiver mogelijke beoordeling van de voorzienbaarheidseis kan aanleggen, waardoor deze eis een reële wordt, waaraan de secundaire partij ondanks haar secundaire aard – waaraan de onzekerheid van het gedrag van de primaire partij inherent is (zie nader hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.1) – kan voldoen. Illustratief daarvoor is de in paragraaf 5.5 besproken zaak *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, over de secundaire aansprakelijkheid van een winkelcentrum voor de verkrachting van een winkelmedewerkster.<sup>292</sup> Bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid in kwestie – meer in het bijzonder: de voorzienbaarheid van de schade – werd door het Hooggerechtshof van Californië allereerst een zevental relevante (feitelijke) omstandigheden besproken. De secundaire aansprakelijkheid werd vervolgens van de hand gewezen. Dit deed het hof in het bijzonder door in zijn overwegingen terug te grijpen naar een van deze omstandigheden, te weten: de mate van waarschijnlijkheid dat een derde schade zal lijden, 'ingevuld' door de omstandigheid dat soortgelijke incidenten eerder waren uitgebleven (zie hierna onder b). Deze uitspraak kan zodoende als voorbeeld fungeren van een zaak waarin de voorzienbaarheid door het Hooggerechtshof niet principieel werd 'gebruikt' voor de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid, maar objectieve en realistische voorwaarden werden aangelegd om die voorzienbaarheid (en daarmee de secundaire aansprakelijkheid) in een specifiek geval te beoordelen. Ook de hiervoor besproken zaak *Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.* biedt een soortgelijk voorbeeld. In deze zaak leidden de aangelegde (feitelijke) omstandigheden ter invulling van de voorzienbaarheidseis echter wél tot de toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid in kwestie.<sup>293</sup>

291 *Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.*, 149 N.J. 496, 516-517 (N.J. 1997).

292 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 676 (Cal. 1993).

293 *Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.*, 149 N.J. 496, 516-517 (N.J. 1997).

- b) Er is een relatie tussen de voorzienbaarheid van de schade en de omstandigheid dat zich eerder soortgelijke incidenten hebben voorgedaan.

Hoewel de relatie tussen de voorzienbaarheid en het al dan niet voordoen van eerdere incidenten wellicht een open deur lijkt – hoe vaker voorvallen zich voordoen, hoe meer voorzienbaar deze op den duur worden – verdient opmerking dat het Hooggerechtshof van Californië deze relatie tamelijk scherp formuleert in de uitspraak *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*. Overwogen werd immers dat de vereiste mate van voorzienbaarheid ‘rarely, if ever’ wordt aangenomen in het geval er zich geen gelijksoortige incidenten als het schadeveroorzakende incident hebben voorgedaan. Het feit dat er zich eerdere incidenten hebben voorgedaan, lijkt dus méér dan een positieve indicatie te vormen dat een nieuw incident (en daaruit voortvloeiende schade) voor de secundaire partij voorzienbaar was. Het oordeel in de zaak *Nicole M. v. Sears, Roebuck & Co.* bevestigt deze relatie. Nu er zich (onder meer) geen eerdere, soortgelijke incidenten op de parkeerplaats voor de winkel hadden voorgedaan, was de uiteindelijk ingetreden schade niet of onvoldoende voorzienbaar voor de secundaire partij, en was de secundaire aansprakelijkheid dus geen gegeven.<sup>294</sup> In dit verband zij ook gewezen op de maatstaf voor secundaire aansprakelijkheid die in het sportrecht wordt aangelegd, te weten of de geleden schades tijdens sportwedstrijden ‘common, frequent, and expected’ zijn.<sup>295</sup>

De uitspraak *Lisa P. v. Bingham* leert bovendien dat, als door het slachtoffer wél aangetoond kan worden dat zich eerder soortgelijke incidenten hebben voorgedaan, de voorzienbaarheid van de schade en de secundaire aansprakelijkheid wordt aangenomen.<sup>296</sup> Ook uit de uitspraak *Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.* volgt dat ‘the increasing level of crime in the general neighborhood’ een winkeleigenaar tot ‘actie’ had moeten doen bewegen: bij het uitblijven van enige vorm van beveiliging, volgde ook in deze zaak secundaire aansprakelijkheid.<sup>297</sup> Hetzelfde geldt voor de zaak *Peterson v. San Francisco Community College District*, in welke kwestie geoordeeld werd dat de school naar aanleiding van eerdere, soortgelijke incidenten op de campus preventieve maatregelen had behoren te treffen.<sup>298</sup>

Een tweetal nuanceringen ten aanzien van de importantie van deze factor lijkt op zijn plaats. Ten eerste geldt dat, hoewel het feit dat zich eerdere incidenten hebben voorgedaan belangrijk is, dit niet doorslaggevend hoeft te zijn bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid. Een en ander volgt uit de uitspraak *Isaacs v. Huntington Memorial Hospital*.<sup>299</sup> Blijkens deze uitspraak gaat het bij de beoordeling van de vraag of bepaalde schade voorzienbaar is, om alle omstandigheden van

294 *Nicole M. v. Sears, Roebuck & Co.*, 76 Cal.App.4th 1238 (Cal.App. 6 Dist. 1999).

295 *Petrongola v. Comcast-Spectacor, L.P.*, 789 A.2d 204, 207 (Pa.Super 2001).

296 *Lisa P. v. Bingham*, 50 Cal.Rptr.2d 646 (Cal.App. 1 Dist. 1996).

297 *Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.*, 149 N.J. 496, 517 (N.J. 1997).

298 *Peterson v. San Francisco Community College District*, 36 Cal.3d 799 (Cal. 1984), alhoewel de causaliteit tussen de uitgebleven maatregelen en de in casu centraal staande schade in deze procedure door het Hooggerechtshof niet werd aangenomen.

299 *Isaacs v. Huntington Memorial Hospital*, 38 Cal.3d 112 (Cal. 1985).

het geval en niet slechts om de vraag of de schadeveroorzakende gebeurtenis zich al eerder heeft voorgedaan. Zo beperkt dient de secundaire zorgplicht dus niet te worden toegepast en zo'n (doorslaggevende) rol dient dit criterium dus niet te krijgen. Samenvattend overwoog het Hooggerechtshof van Californië in deze zaak:

'(...) prior similar incidents are helpful to determine foreseeability but they are not necessary.'<sup>300</sup>

Ten tweede wijs ik erop dat de secundaire zorgplichten in de hiervoor besproken *Ann M.*- en *Nicole M.*-kwesties zagen op uitgebleven voorzorgsmaatregelen (meer specifiek: het inhuren en stationeren van beveiliging). Dit zijn relatief vergaande vormen van proactief handelen, althans verdergaand dan bijvoorbeeld (enkel) waarschuwen of ter plekke ingrijpen. De vraag hoe proactief de secundaire partij had behoren op te treden om de schade, veroorzaakt door de primaire partij, te voorkomen – en dus de soort maatregel die de secundaire partij had behoren te treffen – kan dus mede (en naast de vraag of zich eerdere incidenten hebben voorgedaan) de vereiste hogere graad of mate van voorzienbaarheid in de voornoemde zaken verklaren.

- c) Er is een relatie tussen de voorzienbaarheid van de schade en het soort c.q. de bezwaarlijkheid van de maatregel die de secundaire partij had behoren te treffen om de schade te voorkomen.

De conclusie dat het soort maatregel die de secundaire partij had behoren te treffen (in het bijzonder: de bezwaarlijkheid, de duidelijkheid en de functionaliteit daarvan) een rol speelt bij de beoordeling van de voorzienbaarheid, lijkt gerechtvaardigd in het licht van de overwegingen in de zaak *Delgado v. Trax Bar & Grill*. In deze uitspraak werd – kort gezegd – overwogen dat hoe bezwaarlijker het voor de secundaire partij is om een bepaalde maatregel te treffen, hoe hoger de mate van voorzienbaarheid van de schade dient te zijn, wil de secundaire partij voor het uitblijven van deze maatregel aansprakelijk gehouden worden. In gelijke zin mag worden verwacht dat gemiddeld eenvoudige maatregelen sneller worden getroffen. Als de secundaire partij deze maatregelen niet treft, kan er sneller (lees: bij een lagere mate van voorzienbaarheid) aansprakelijkheid worden aangenomen.<sup>301</sup>

In dat verband is het relevant te benadrukken dat de uitspraak *Nicole M. v. Sears, Roebuck & Co.* het gegeven markeert dat (ook) in het Amerikaanse recht niet met de wijsheid achteraf geoordeeld wordt. Het enkele feit dat er vooraf een mogelijkheid tot ingrijpen bestond, betekent niet dat er automatisch ook een zorgplicht op een secundaire partij tot het treffen van die maatregel rust. De Court of Appeals van Californië overwoog in deze zaak:

300 *Isaacs v. Huntington Memorial Hospital*, 38 Cal.3d 112, 127 (Cal. 1985).

301 *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 237-238 (Cal. 2005).

'Creation of a legal duty requires more than a mere possibility of occurrence since, through hindsight, everything is foreseeable.'<sup>302</sup>

- d) Er is een relatie tussen de voorzienbaarheid van de schade en de vraag of het gevaarzettende gedrag van de primaire partij toekomstig of al gaande is.

Bij de beantwoording van de vraag of de betreffende schade voor de beheerder van de private ruimte voorzienbaar was, is bovendien de vraag relevant of het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij zich al feitelijk voltrekt (of op zijn minst dreigend aanwezig is) of nog puur toekomstig en potentieel is.

Ik wees in de jurisprudentieanalyse van paragraaf 5.6 al op de verschillende uitkomsten in de zaken *Morris v. De La Torre*<sup>303</sup> en de hiervoor genoemde zaak *Ann M.*<sup>304</sup> In de eerste zaak werd door het Hooggerechtshof van Californië een secundaire zorgplicht aangenomen, in de tweede zaak niet. Het verschil tussen beide uitkomsten valt te verklaren door het feit dat het in de eerstgenoemde zaak ging om een reactie op schadeveroorzakend gedrag dat zich al had voorgedaan (het mes was reeds door de primaire partij uit het restaurant gestolen), terwijl het in de tweede zaak ging om de vraag of er preventieve maatregelen getroffen hadden moeten worden vanwege mogelijk *toekomstig* schadeveroorzakend handelen van een derde (er was nog geen enkele dreiging van de aanstaande verkrachting).<sup>305</sup>

In de Amerikaanse literatuur en jurisprudentie wordt dan ook geconcludeerd dat, in het geval van 'future criminal conduct', voorzorgsmaatregelen alleen dán van de secundaire zorgdrager verwacht kunnen worden indien het schadeveroorzakende gedrag in hoge mate voorzienbaar voor hem is (vgl. de *Ann M.*-zaak). Bij 'imminent or ongoing criminal assaultive conduct' is ingrijpen daarentegen ook zonder die drempel van een 'hoge' mate van voorzienbaarheid vereist (vgl. de *Morris*-zaak).<sup>306</sup> In het geval waarin het schadeveroorzakende gedrag zich reeds voltrekt, vereist het voor de secundaire zorgdrager immers 'no mastery of metaphysical philosophy or economic risk analysis' om te voorzien dat er een serieuze mogelijkheid bestaat dat de primaire partij de derde schade zal toebrengen, aldus het Hooggerechtshof van Californië in de zaak *Marois v. Royal Investigation & Patrol, Inc.*<sup>307</sup>

302 *Nicole M. v. Sears, Roebuck & Co.*, 76 Cal.App.4th 1238, 1245 (Cal.App. 6 Dist. 1999).

303 *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260 (Cal. 2005).

304 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666 (Cal. 1993).

305 Ook in de zaak *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 250 (Cal. 2005) zijn sporen zichtbaar van de relatie tussen de voorzienbaarheid van de schade en het stadium waarin het schadeveroorzakende gedrag verkeert. Het Hooggerechtshof van Californië houdt de aangesproken partij in deze zaak immers aansprakelijk, daar waar de secundaire partij 'an impending assault' had waargenomen. Hetzelfde geldt voor de zaak *Johnston v. Fontana*, 610 So.2d 1119 (La.App. 2 Cir. 1992), waarin bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van belang werd geacht dat het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij 'ongoing' was.

306 Epstein & Sharkey 2016, p. 527-528. Zie ook expliciet de in paragraaf 5.6 aangehaalde overweging uit de zaak *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260 (Cal. 2005), maar ook de zaak *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224 (Cal. 2005).

307 *Marois v. Royal Investigation & Patrol, Inc.*, 162 Cal.App.3d 193, 202 (Cal.App. 4 Dist.1984).

### III. Andere omstandigheden dan de voorzienbaarheid kunnen een serieuze bijrol spelen bij de beantwoording van de vraag of er een secundaire zorgplicht is geschonden.

Alhoewel de voorzienbaarheid van de schade een sleutelrol lijkt te spelen bij het aannemen van secundaire zorgplichten, heeft de Amerikaanse rechter ook oog voor de andere omstandigheden van het geval. Uit hetgeen hiervoor werd besproken, volgde reeds dat het vereiste van de voorzienbaarheid flexibel is en de mate van deze voorzienbaarheid afhankelijk kan zijn van daarmee verband houdende omstandigheden om al dan niet een secundaire zorgplicht aan te nemen. Ook kunnen bepaalde omstandigheden meer 'op zichzelf bezien' – en dus niet direct verband houdende met de voorzienbaarheidsvraag – een rol spelen bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht.

In het bijzonder kan in dit verband gedacht worden aan de omstandigheden zoals deze door het Hoogerechtshof van Californië in *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center* op een rijtje zijn gezet, en welke omstandigheden ook zijn genoemd in andere uitspraken.<sup>308</sup> Korthedshalve zij verwezen naar de opsomming in paragraaf 5.5, waaruit onder meer volgt dat de mate van schuld, het mogelijk bestaande beleid van de secundaire partij, de bezwaarlijkheid van de te nemen (voorzorgs)-maatregelen, de maatschappelijke consequenties van het opleggen van secundaire zorgplichten en de vraag of de schade al dan niet verzekerd is, als relevante omstandigheden worden aangemerkt.

In het verlengde van de laatstgenoemde omstandigheid zij ook gewezen op de overweging dat secundaire partijen niet 'als een verzekeraar van de publieke veiligheid hebben te gelden', aldus het Hoogerechtshof van Californië expliciet in de *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*-zaak.<sup>309</sup> Dat zou immers een onredelijke last op de private ruimte leggen. Ook in de zaak *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.* werd door het Hoogerechtshof van Californië vooropgesteld dat de exploitant van het bowlingscentrum 'is, of course, not an insurer of the safety of his invitees',<sup>310</sup> net als in de zaak *Vreeland v. State of Arizona Board of Regents* met betrekking tot een universiteit<sup>311</sup> en in de zaak *Davidoff by Davidoff v. Metropolitan Baseball Club, Inc.* met betrekking tot een honkbalvereniging.<sup>312</sup> Met dergelijke overwegingen wordt de 'no duty rule' door de Amerikaanse rechter (nog maar eens) bevestigd.

Naast de opgesomde, meer abstracte vereisten, volgt uit de besproken jurisprudentie meer concreet dat alcoholgebruik van de bezoekers een rol speelt bij de

308 Ook genoemd in de besproken uitspraken *Rowland v. Christian*, 69 Cal.2d 108, 113 (Cal. 1968); *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 434 (Cal. 1976); *Alvarez v. Behnival*, 2005 WL 236835, 3 (Cal.App. 2 Dist. 2005); *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224, 257 (Cal. 2005); *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260, 276 (Cal. 2005).

309 *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 679 (Cal. 1993).

310 *Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, 65 Cal.2d 114, 121 (Cal. 1966).

311 *Vreeland v. State of Arizona Board of Regents*, 9 Ariz. App. 61, 62 (Ariz. 1969).

312 *Davidoff by Davidoff v. Metropolitan Baseball Club, Inc.*, 61 N.Y.2d 996, 999 (N.Y. 1984).



beoordeling van de secundaire zorgplicht,<sup>313</sup> net als de goede trouw bij het beoordelen van (achteraf: verkeerde) beslissingen.<sup>314</sup> Hetzelfde geldt voor de vraag of er voor de private ruimte een financieel gewin bestaat bij het gebruik van bepaalde (bij het schadevooral betrokken) faciliteiten.<sup>315</sup> Het feit dat er (college)geld betaald wordt voor het verblijf binnen de private ruimte is, evenals de duur van het verblijf binnen die ruimte, van belang.<sup>316</sup> Tot slot wijs ik, in de sportcontext, op de kennis en de ervaring die reeds door de sporter met de (omstandigheden van de) sportaccommodatie (zoals een racebaan) is opgedaan<sup>317</sup> en de rol van de 'nature of the activity' in de uitoefening waarvan de schade is opgelopen.<sup>318</sup>

## 6 DE REIKWIJDTE VAN DE NEDERLANDSE SECUNDAIRE ZORGPLICHT TEN OPZICHTE VAN DE AMERIKAANSE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

### 6.1 INLEIDING

Als de Nederlandse en Amerikaanse theoretische kaders waarbinnen de aansprakelijkheid van secundaire partijen beoordeeld dient te worden, naast elkaar worden gelegd, dan kom ik tot de conclusie dat deze grondslagen en vertrekpunten flink wat overeenkomsten vertonen. Hetzelfde geldt voor de criteria die in de rechtspraak worden gehanteerd ter invulling of afbakening van die theoretische kaders. Ik licht deze conclusies in het navolgende aan de hand van een aantal voorbeelden toe.

### 6.2 DE GRONDSLAG EN DE RATIO VAN DE (SECUNDAIRE) ZORGPLICHT

Het onderhavige onderzoek strekt er niet toe de grondbeginselen van de secundaire zorgplicht in het Amerikaanse en Nederlandse recht te analyseren en te vergelijken. Desondanks maak ik naar aanleiding van de bevindingen uit het jurisprudentieonderzoek in deze paragraaf een enkele opmerking over de overeenkomsten tussen enkele (theoretische) grondslagen, althans over de ratio achter de aansprakelijkheidsbeoordeling in beide rechtssystemen.

Ten eerste zij gewezen op de in hoofdstuk 2 en 3, in het kader van de secundaire zorgplicht van scholen besproken grondslag van 'in loco parentis'. Alhoewel deze grondslag in de Nederlandse rechtspraak nog niet expliciet lijkt te worden erkend, besprak ik dat in de Nederlandse literatuur (door onder andere Paijmans in haar proefschrift) wel expliciet wordt betoogd dat de zorgplicht van de school voortkomt uit en haar rechtvaardiging vindt in de specifieke rechtsverhouding tussen

313 *Saatzer v. Smith*, 122 Cal.App.3d 512, 518 (Cal.App. 2 Dist. 1981).

314 *Currie v. United States*, 644 F. Supp. 1074 (M.D.N.C. 1986).

315 *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260, 274 (Cal. 2005).

316 *Peterson v. San Francisco Community College District*, 36 Cal.3d 799, 813 (Cal. 1984).

317 *Turcotte v. Fell*, 68 N.Y.2d 432 (N.Y. 1986).

318 *Foronda ex rel. Estate of Foronda v. Hawaii Intern. Boxing Club*, 96 Hawai'i 51, 65 (Hawai'i App. 2001).



de school en de leerling. De basisgedachte van deze op de zorgplicht van scholen geënte grondslag is dat de grondslag van scholen in wezen een afgeleide is, namelijk afgeleid van – en bijgevolg: niet verder strekt dan – de zorg van de ouders jegens hun kinderen.<sup>319</sup> Paijmans ontleent deze grondslag onder meer aan het Amerikaanse recht. Meer in het bijzonder zij gewezen op de in paragraaf 5.2 besproken uitspraak *Gott v. Berea College*, waarin de Court of Appeals van Kentucky bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van de school expliciet tot uitgangspunt nam dat de school optrad ‘in loco parentis’ met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke gezondheid van haar leerlingen, en dat daaruit de zeggenschap van een school over haar leerlingen voortkwam.<sup>320</sup>

Ten tweede zij gewezen op de in hoofdstuk 4, in het kader van de Nederlandse secundaire zorgplicht van sportverenigingen besproken verhoogde aansprakelijkheidsdrempel in de verhouding tussen sporters en (primair aan te spreken) medesporters, maar ook met betrekking tot toeschouwers die zich in een ‘gevaarzone’ begeven. Deze drempel komt erop neer dat schade in het kader van sport en spel in rechte minder snel als onrechtmatig zal worden aangemerkt.<sup>321</sup> De ideologie van deze aansprakelijkheidsdrempel is, kort gezegd, dat sporters met de deelname aan de sport tot op zekere hoogte bepaalde aan de sport verbonden risico’s accepteren. Een gelijksoortige ideologie is te vinden in het Amerikaanse sportrecht, te weten in het in paragraaf 5.3 besproken concept van ‘assumption of the risk’. Het gaat hier om eenzelfde terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheden in geval van sport en spel. Deze terughoudendheid wordt in de besproken uitspraak *Murphy v. Steeplechase Amusement Co.* op een soortgelijke wijze gerechtvaardigd als de in Nederland aangelegde verhoogde aansprakelijkheidsdrempel:

‘One who takes part in such a sport accepts the dangers that inhere in it so far as they are obvious and necessary, just as a fencer accepts the risk of a thrust by his antagonist or a spectator at a ball game the chance of contact with the ball.’<sup>322</sup>

Daarnaast zij gewezen op de rechtvaardiging die de Court of Appeals van Hawaiï bezigde ter onderbouwing van de terughoudendheid in sportsituaties:

‘(...) liability should not place unreasonable burdens on the free and vigorous participation in the sport.’<sup>323</sup>

Ook kwam ter sprake dat het concept van ‘assumption of the risk’ zijn uitwerking vindt in het concept van de ‘baseball rule’. Deze regel normeert het handelen van

319 Paijmans 2013, p. 111-118 en 460-461.

320 *Gott v. Berea College*, 161 S.W. 204, 206 (Ky.App. 1913). Zie over de ontwikkeling en relevantie van de grondslag van ‘in loco parentis’ in het Amerikaanse recht ook Paijmans 2013, p. 112.

321 Sieburgh 2004, p. 87; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/59. Zie hierover nader hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.1.

322 *Murphy v. Steeplechase Amusement Co.*, 250 N.Y. 479, 482 (N.Y. 1929).

323 *Foronda ex rel. Estate of Foronda v. Hawaii Intern. Boxing Club*, 96 Hawaiï 51, 66 (Hawaiï App. 2001).

de eigenaars van honkbalvelden door de vereiste zorg – het afschermen van ‘the most dangerous section of the field’ – vooraf te bepalen en daarmee de secundaire zorgplicht sterk af te bakenen. Méér dan het op die wijze afschermen van het veld kan van de secundaire zorgdrager in verhouding tot zijn bezoekers – en ter vervulling van zijn secundaire zorgplicht – in beginsel niet worden verwacht. In de Amerikaanse literatuur wordt dan ook geconcludeerd dat dit in feite neerkomt op een aansprakelijkheidsdrempel:

‘This duty of care owed to fans is generally lower than the reasonable duty of care most owners are held to in a business-invitee tort standard.’<sup>324</sup>

Een andere (meer algemene) uitwerking van het concept van ‘assumption of the risk’ is te vinden in de zogenoemde ‘contact sports exception’, welke regel erop neerkomt dat een bepaalde mate van onzorgvuldig gedrag (‘negligent conduct’) tijdens contactsporten getolereerd dient te worden. De ‘contact sports exception’ vindt in beginsel slechts toepassing in de relatie tussen de sporters onderling, zo blijkt uit de uitspraak *Karas v. Strevell*.<sup>325</sup> In hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.2, lichtte ik reeds toe dat de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel in het Nederlandse recht evenmin in de verhouding tussen de sportvereniging en de sporter of de toeschouwer geldt. In tegenstelling tot het Nederlandse recht, lijkt het Amerikaanse concept van de ‘contact sports exception’ wel een doorwerking te vinden in het, in die gevallen, door de eiser (de sporter) te leveren bewijs van de secundaire zorgplichtschending van de sportvereniging.

Het concept van ‘assumption of the risk’ vindt, naast deze twee concrete concepten van de ‘baseball rule’ en de ‘contact sports exception’, tot slot ook meer in het algemeen zijn weerslag in de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheden van uiteenlopende sportverenigingen. Zo werd in paragraaf 5.3 gewezen op de secundaire aansprakelijkheid van ijshockeyverenigingen, golfclubs, paardenraceverenigingen en boksvverenigingen.

Het voorgaande rechtvaardigt de conclusie dat de gedachte achter bepaalde vertrekpunten ter vaststelling of beoordeling van de Amerikaanse secundaire zorgplicht, gelijkenissen vertoont met het Nederlandse recht. Een en ander wordt ondersteund door het feit dat (ook) de theoretische kaders en de criteria ter invulling van die kaders in beide rechtsstelsels goed met elkaar te vergelijken zijn, zoals in het vervolg van deze paragraaf wordt besproken.

324 Breton 2016, p. 2.

325 *Karas v. Strevell*, 369 Ill.App.3d 884, 915 (Ill.App. 2 Dist. 2006): ‘The exception also does not protect third parties (such as the organizational defendants here) from claims that their negligence caused a participant to engage in willful and wanton conduct that led to an injury, because willful and wanton conduct falls outside the scope of the risks assumed by contact sports participants, (...), and thus outside the scope of the contact sports exception.’

### 6.3 DE ONRECHTMATIGE DAAD VERSUS DE NEGLIGENT ACT

Er bestaan, zoals gezegd, (grote) overeenkomsten tussen de Amerikaanse en de Nederlandse theoretische kaders voor secundaire aansprakelijkheid. In paragraaf 3.3.2.2 kwam ik zelfs tot de conclusie dat de Amerikaanse ‘negligent act’ kan worden beschouwd als het equivalent van de Nederlandse onrechtmatige daad van art. 6:162 BW.

Zo kan een Amerikaanse secundaire partij vanwege een onzorgvuldige of nalatige gedraging aansprakelijk worden gehouden voor de (daardoor) direct door de primaire partij veroorzaakte schade, mits is voldaan aan de (overige) vereisten van de ‘negligent act’, zoals deze is gedefinieerd in § 3 van de Restatement Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm. Voor aansprakelijkheid wegens een ‘negligent act’ dient immers vast komen te staan dat op de Amerikaanse secundaire partij (1) een ‘duty of care’ rust, of meer volledig: een ‘duty to take reasonable care’. Daarnaast moet de secundaire partij (2) in strijd met (‘in breach of’) deze zorgplicht hebben gehandeld, hetgeen ook de voorzienbaarheid van de schade impliceert.<sup>326</sup> Ook zal er schade (‘actual loss or damage’) aangetoond moeten worden en moet de schade het gevolg (‘a reasonably relevant consequence’) zijn van de zorgplichtschending van de secundaire partij. Met het laatstgenoemde wordt bedoeld op het causale verband tussen de normschending en de schade (‘causation’).<sup>327</sup>

De vereisten van de ‘negligent act’ en de ‘onrechtmatige daad’ bevatten dus – met een verwijzing naar de in hoofdstuk 2, paragraaf 3 besproken Nederlandse onrechtmatige daad – grote overeenkomsten. Een ‘verschil’ zou wel gevonden kunnen worden in de meer specifieke grondslagen voor de Amerikaanse secundaire zorgplicht (‘duty of care’) in de Restatement Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm. Zoals in paragraaf 4.2.2 werd besproken, bevatten § 37-44 van deze Restatement regelingen over de aansprakelijkheid van de secundaire partij voor schade die is ontstaan door het directe handelen van een derde (primaire) schadeveroorzaker. Zo bepaalt § 41 bijvoorbeeld expliciet dat op een (secundaire) partij die een speciale relatie heeft met een primaire partij (‘the other’), een zorgplicht rust ten opzichte van ‘third parties with regard to risks posed by the other that arise within the scope of the relationship’. De ontstaansvoorwaarden voor de Amerikaanse secundaire zorgplichten zijn in deze paragrafen (alhoewel niet limitatief) geëxpliciteerd, terwijl in het Nederlandse recht teruggevallen dient te worden op (met name) de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW. Alhoewel de Nederlandse rechtspraak (ook) concrete handvatten biedt voor de invulling van deze zorgvuldigheidsnorm, is van (enige vorm van) codificatie van de hiervoor genoemde rechtsregels of criteria in het Nederlandse BW geen sprake.

326 Schirmeister 1996, p. 363.

327 Zie Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 140-141; Dobbs, Hayden & Bublick 2016, p. 197-199 voor een heldere toelichting op deze te onderscheiden elementen.

## 6.4 DE NEDERLANDSE EN AMERIKAANSE CRITERIA VOOR GEVAARZETTING

Wordt vervolgens (nader) ingezoomd op de invulling of toepassing van de Nederlandse zorgvuldigheidsnorm en de Amerikaanse ‘tort of negligence’, dan zijn de volgende conclusies gerechtvaardigd.

Kort gezegd is van een schending van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW naar Nederlands recht sprake indien de secundaire partij een dermate gevaarlijke situatie heeft gecreëerd of toegelaten, dat zulks naar maatstaven van het ongeschreven recht ontoelaatbaar is.<sup>328</sup> Bij de inkleuring daarvan is met name het op gevaarzetting geënte *Kelderluik*-arrest van belang.<sup>329</sup> De *Kelderluik*-criteria vertonen overeenkomsten met de (in paragraaf 3.3.2.2 besproken) Amerikaanse gezichtspunten bij de beoordeling van de vraag of een gedraging of een nalaten zich als ‘negligent’ laat kwalificeren. In deze paragraaf werd gewezen op de volgende Amerikaanse voorwaarden:

1. De mate waarin waarschijnlijk – en daarmee voorzienbaar – was dat de verweeten gedraging tot de betreffende schade zou leiden.
2. De aard en ernst van de schade.
3. De bezwaarlijkheid van het treffen van voorzorgsmaatregelen, teneinde de ingetreden schade te voorkomen of te beperken.<sup>330</sup>

Dat deze omstandigheden ook daadwerkelijk een belangrijke rol spelen bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht, volgde onder andere uit de besproken zaken *Delgado v. Trax Bar & Grill*,<sup>331</sup> *Morris v. De La Torre*<sup>332</sup> en *Tarasoff v. The Regents of the University of California*.<sup>333</sup> Ook constateerde ik op basis van de rechtspraak-analyse dat vergelijkbare factoren een rol spelen bij de invulling van de hiervoor besproken (*Kelderluik*-)criteria in het Nederlandse en Amerikaanse recht. Ik wijs in dit verband op het alcoholgebruik van de bezoekers (paragraaf 5.7),<sup>334</sup> maar ook op

328 Zoals deze Nederlandse zorgvuldigheidsnorm nader is uitgewerkt in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.

329 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*), zoals deze voorwaarden zijn uitgewerkt in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.1.

330 Schwarz, Kelly & Partlett 2015, p. 155. Zie ook de tekst van § 3 (3rd): ‘Primary factors to consider in ascertaining whether the person’s conduct lacks reasonable care are the foreseeable likelihood that the person’s conduct will result in harm, the foreseeable severity of any harm that may ensue, and the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm.’

331 *Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224 (Cal. 2005).

332 *Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260 (Cal. 2005).

333 *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425 (Cal. 1976).

334 *Saatzer v. Smith*, 122 Cal.App.3d 512, 518 (Cal.App. 2 Dist. 1981). Zie hierover in het Nederlandse recht hoofdstuk 6, paragraaf 3.2 en meer in het bijzonder de uitspraken Rb. ‘s-Gravenhage 21 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9020, r.o. 4.4, VR 2007/154 (*Sparerib gooïende medestudent*); Rb. Groningen 5 september 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB3122, r.o. 3.3; Rb. Zeeland-West-Brabant 13 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4354, r.o. 4.4.3 (*Gatorwagentje Concert at Sea*).

de vraag of de bezoekers een bepaald risico op gevaarzettend gedrag van andere partijen hebben aanvaard (paragraaf 6.2).<sup>335</sup>

Alhoewel deze tamelijk open normen uiteraard in de beide rechtsstelsels anders ingekleurd kunnen worden – temeer daar waar het antwoord op de vraag wat ‘voorzienbaar’ en ‘bezwaarlijk’ is cultureel bepaald zal zijn – concludeer ik dat de theoretische kaders én de criteria ter invulling van die kaders, en daarmee de *vertrekpunten* bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht, sterke gelijkenissen vertonen.

## 6.5 DE ROL VAN DE SPECIALE RELATIE

In paragraaf 4.3.2 van dit hoofdstuk werd toegelicht dat een ‘special relationship’ met ofwel het potentiële slachtoffer (§ 40), ofwel de potentiële primaire partij (§ 41), in het Amerikaanse recht aanleiding kan geven om een positieve plicht tot handelen (‘affirmative duty’) voor de secundaire partij aan te nemen. Zo is een veelvuldig terugkerende overweging in de Amerikaanse rechtspraak over secundaire zorgplichten:

‘(...) one will not be held liable for failing to control third-party conduct or to warn those who may be endangered by that conduct, unless (a) a special relation exists between the actor and the third person which imposes a duty upon the actor to control the third person’s conduct, or (b) a special relation exists between the actor and the other which gives the other a right to protection.’<sup>336</sup>

In hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.2 werd besproken dat een ‘speciale relatie’ op grond van het *Struikelende broodbezorger*-arrest ook in het Nederlandse recht tot secundaire aansprakelijkheid kan leiden.<sup>337</sup> Kort gezegd oordeelde de Hoge Raad in dit standaardarrest dat in geval van zuiver nalaten alleen dán een rechtsplicht tot handelen voor de (secundaire) partij bestaat – bestaande uit bijvoorbeeld het waarschuwen, het beveiligen of het houden van toezicht – indien (1) de ernst van het gevaar voor derden tot het bewustzijn van deze waarnemer is doorgedrongen, of (2) er een bijzondere verplichting tot zorg en oplettendheid voortvloeit uit een speciale relatie met (2.1) het slachtoffer of (2.2) de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet. Dat het Nederlandse recht zich hier mogelijk heeft laten inspireren door

335 Vgl. de hiervoor in paragraaf 6.2 uiteengezette concepten van de ‘assumption of the risk’, ‘baseball rule’ en ‘contact sports exception’, evenals de daarbij genoemde literatuur en rechtspraak.

336 *Lopez v. McDonald’s Corp.*, 193 Cal.App.3d 495, 505-506 (Cal.App. 4 Dist. 1987), met een verwijzing naar *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425 (Cal. 1976); *Davidson v. City of Westminster*, 32 Cal.3d 197 (Cal. 1982); *Marois v. Royal Investigation & Patrol, Inc.*, 162 Cal.App.3d 193, 202 (Cal.App. 4 Dist. 1984); *Peterson v. San Francisco Community College District*, 36 Cal.3d 799, 808 (Cal. 1984).

337 HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149, m.nt. G.J. Scholten (*Struikelende broodbezorger*).

het Amerikaanse recht, lijkt ook de annotator Scholten in het *Struikelende broodbezorger*-arrest te concluderen.<sup>338</sup>

In het *Struikelende broodbezorger*-arrest wordt, in tegenstelling tot het Amerikaanse recht in § 41 van de Restatement Third of Torts, de speciale relatie tussen de secundaire en de *primaire partij* echter niet benoemd als reden voor het aannemen van een rechtsplicht tot handelen voor de eerstgenoemde partij.<sup>339</sup> Dat de relatie tussen de secundaire partij en de primaire partij in de Nederlandse rechtspraak (daarom) – en in tegenstelling tot het Amerikaanse recht – (nog) niet (uitdrukkelijk) als handvat voor een mogelijke aansprakelijkheid van de secundaire partij wordt gebezigd, volgt meer in het bijzonder uit de uitspraak tegen de ouders van Tristan van der V., naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn.<sup>340</sup> De nabestaanden stelden zich in deze procedure op het standpunt dat de ouders verwijtbaar nalatig hadden gehandeld, door talrijke ernstige waarschuwingssignalen van hun zoon te negeren en niets te ondernemen om het schietincident te voorkomen, terwijl zij zich wel van de gevaren bewust waren.

De speciale relatie van de secundaire partij (hier: de ouders) tegenover de primaire partij (hier: Tristan van der V.) kreeg in deze uitspraak geen rol als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid, althans wat daaraan voorafgaat ('een rechtsplicht tot handelen').<sup>341</sup> De rechtbank overwoog daarover als volgt.

'De relatie tussen ouders en hun volwassen kind, zoals in het geval van Tristan die ten tijde van de schietpartij 24 jaar oud was, roept niet in het algemeen een bijzondere zorgplicht in het leven. (...) Ook uit het ongeschreven recht vloeit uit de relatie tussen ouders en volwassen kinderen niet in algemene zin een bijzondere zorgplicht of aansprakelijkheid voort.' (r.o. 4.8) [mijn onderstreping, KLM]

Wel gaat de rechtbank in deze overweging in op de 'bijzondere positie' van de ouders, maar dat (slechts) ter inkleuring van de eerste grondslag uit het *Struikelende broodbezorger*-arrest, te weten of de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van

338 Scholten in zijn annotatie onder HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149 (*Struikelende broodbezorger*). Gewezen zij op de parallellen die de annotator in sub 7 en 10 van zijn annotatie legt tussen de uitspraak van de Hoge Raad en het Amerikaanse recht.

339 Ter nuancering van het feitelijke belang voor de Nederlandse rechtspraak van de secundaire zorgplicht, zij herhaald dat dit arrest zelden als toetsingskader bij de beoordeling van die zorgplichten wordt aangelegd. De *Kelderluik*-criteria zijn daarentegen leidend. Zie daarover eerder (en meer uitvoerig) hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.2.

340 Rb. Den Haag 14 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6371, bevestigd in Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1351.

341 Bedacht dient te worden dat de verhouding tussen de ouders en het kind in het Nederlandse recht wel besloten ligt in de kwalitatieve aansprakelijkheden van art. 6:169-6:183 BW. De rol van de (secundaire) zorgdrager ten opzichte van primaire partijen – ouders versus kinderen, werkgevers versus werknemers, opdrachtgevers versus ondergeschikten, etc. – zit als het ware in deze risicoaansprakelijkheden ingebakken.

de ouders is doorgedrongen. De vordering van de nabestaanden werd vervolgens afgewezen.<sup>342</sup>

## 6.6 DE TOEDELING VAN DE FEITELIJKE SCHADELAST

Tot slot zij gewezen op de verschillen in de toedeling van de feitelijke schadelast in het Nederlandse en Amerikaanse rechtssysteem, zoals dit meer in het bijzonder in paragraaf 3.4 reeds aan de orde kwam.

In hoofdstuk 2, paragraaf 5.2 werd het Nederlandse hoofdelijke aansprakelijkheidsregime besproken. Kort en goed komt dit systeem hierop neer dat, als de primaire en de secundaire partij aansprakelijk zijn voor 'dezelfde schade', zij op grond van art. 6:102 lid 1 BW tot vergoeding van die schade hoofdelijk zijn verbonden.<sup>343</sup> Het resultaat van dit systeem is dat de relatieve ernst van de fouten van de primaire en de secundaire partij pas een rol speelt in hun onderlinge regresverhouding (conform art. 6:10-6:14 BW).<sup>344</sup> Voor de secundaire partij is dit regresrecht in feite een lege huls als de primaire partij insolvent is.<sup>345</sup> Het slachtoffer heeft in dit systeem daarentegen geen last van insolventieproblemen van een van beide aansprakelijke partijen.

Het Amerikaanse recht kent verschillende wijzen van toedeling van de schadelast in het geval de schade is veroorzaakt door meerdere partijen, zo lichtte ik in paragraaf 3.4.2 toe.<sup>346</sup> Zo kent het Amerikaanse recht deels een vergelijkbaar systeem: een partij die 'jointly and severally liable' is, is in feite op dezelfde wijze hoofdelijk aansprakelijk als in het Nederlandse recht. Regres ('contribution') biedt dan, net als in het Nederlandse recht, de secundaire partij de mogelijkheid om het aansprakelijkheidsaandeel te verhalen op de primaire partij.<sup>347</sup> In het geval waarin de secundaire partij zich met een insolvente primaire partij geconfronteerd ziet, leidt

342 Zie voor een (meer uitgebreide) analyse van deze uitspraak en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen, eerder Maes 2017a.

343 In hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.1 plaatste ik enkele nuances op de strikte toepassing van het hoofdelijkheidssysteem in het Nederlandse recht, waarnaar ik kortheidshalve verwijs.

344 Van der Wiel 2005, p. 158; Van Boom 2016, p. 33.

345 Of als de primaire partij onvindbaar is of om andere redenen niet-uitwinbaar blijkt, hetgeen tot hetzelfde (in dit onderzoek beschreven) resultaat leidt als in het geval waarin de primaire partij insolvent is. Ook dan kan de secundaire partij haar regresvordering immers niet verhalen, en dient zij per saldo de gehele schade (alleen) te vergoeden. Bedacht dient dus steeds te worden dat, daar waar ik in dit onderzoek spreek over een *insolvente* primaire partij, hetzelfde geldt in de situatie waarin de primaire partij onvindbaar is.

346 Zoals in paragraaf 3.4.2 werd toegelicht, gelden er statelijke verschillen in de toedelingswijzen. In de toelichting bij § 17 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability worden – abstraherend van die verschillen – een vijftal 'Independent Tracks' geformuleerd, wat in feite neerkomt op een vijftal systemen. Vgl. Green 2004, p. 262-263; Busch 2011, p. 79; Epstein & Sharkey 2016, p. 363-364. Ik besprak in dit hoofdstuk de twee 'hoofdsystemen', te weten 'joint and several liability' en 'several liability'.

347 Green 2004, p. 264; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 409 e.v.; Epstein & Sharkey 2016, p. 353-354. Met uitzondering van opzettelijk veroorzaakte schade, zie § 12 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability (paragraaf 3.4.4).



dit hoofdelijkheidssysteem dus tot dezelfde risico's voor de secundaire partij als in het Nederlandse recht. De secundaire partij dient dan (alleen) voor de gehele schadelast in te staan.<sup>348</sup>

Het Amerikaanse recht kent echter ook een alternatief voor hoofdelijke aansprakelijkheid, in de vorm van wat wel 'several liability' of 'proportionate liability' – kort gezegd: een verdeling van de schade naar het veroorzakingsaandeel – wordt genoemd.<sup>349</sup> Als de secundaire partij severally liable is, dan is elke medeveroorzaker (primair/secundair) aansprakelijk voor dát deel van de schade dat een weerspiegeling vormt van zijn aandeel in de veroorzaking van de totale schade. Het hiervoor genoemde onvindbaarheids- of insolventierisico ligt dan dus niet bij de secundaire partij, maar bij het slachtoffer.<sup>350</sup> Dat betekent dat de daadwerkelijke consequenties van een secundaire aansprakelijkstelling in beide rechtssystemen sterk uiteen kunnen lopen.

Van Boom verklaarde deze verschillen in toedelingswijzen tussen beide rechtssystemen in 1997 vanuit het feit dat de omstandigheden die tot de Amerikaanse 'tort reform' aanleiding gaven – met name de in paragraaf 3.4.3 geschetste 'insurance crisis'<sup>351</sup> – zich tot dan toe niet in vergelijkbare hevigheid in Nederland hadden voorgedaan.<sup>352</sup> De Amerikaanse (statelijke) alternatieven voor hoofdelijke aansprakelijkheid zouden echter wel voor het Nederlandse recht interessant kunnen worden, aldus Van Boom indertijd, indien de secundaire aansprakelijkheidsclaims richting toezichthouders – veelal secundaire partijen – (blijven) toenemen.<sup>353</sup> Ik kom hier in de analyse van hoofdstuk 8, paragraaf 5.3 nader op terug.

## 7 CONCLUSIE

### 7.1 INLEIDING

In paragraaf 5.7 werd de balans van de Amerikaanse literatuur- en rechtspraak-analyse opgemaakt, door de belangrijkste en overkoepelende conclusies ('stelregels') over de reikwijdte van de Amerikaanse secundaire zorgplicht te formuleren. In paragraaf 6 werden deze conclusies afgezet tegen de conclusies over de reikwijdte van de Nederlandse secundaire zorgplicht. Een en ander leidt tot

348 Epstein & Sharkey 2016, p. 363.

349 Zie ook Rogers 2004, p. 273, 275 en 278. Overigens dient van de Amerikaanse rechtsfiguur van 'several liability' nadrukkelijk onderscheiden te worden de (wel) in het Nederlandse recht erkende proportionele aansprakelijkheid in het geval van onzeker causaal verband. Zie eerder paragraaf 3.4.2.

350 'Several liability imposes the insolvency risk on the plaintiff', aldus het commentaar op § 10 in de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability. Zie ook Van Boom 1997, p. 142; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393; Epstein & Sharkey 2016, p. 363.

351 Schirmeister 1996, p. 437.

352 Van Boom 1997, p. 151; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 395.

353 Van Boom 1997, p. 151-152.

de slotsom dat de *vestiging* van de Amerikaanse secundaire zorgplicht in gelijke zin als de Nederlandse secundaire zorgplicht begrensd is, maar het concept van de secundaire zorgplicht in de Amerikaanse literatuur en rechtspraak wel meer (expliciete) erkenning geniet. Bovendien bleek dat de Amerikaanse rechter in de *toedelingsfase* – de verdeling van de feitelijke schadelast aan de secundaire partij – de secundaire partij een stuk gunstiger gezind kan zijn. Deze twee belangrijkste conclusies worden in deze slotparagraaf (bij wijze van samenvatting) besproken.

## 7.2 DE VESTIGING VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

De reikwijdte van de Amerikaanse secundaire zorgplicht is in gelijke zin als de Nederlandse secundaire zorgplicht begrensd. Ook het Amerikaanse recht zoekt immers naar een reden of rechtvaardiging voor het aannemen van een rechtsplicht tot handelen, inhoudende het voorkomen van schadeveroorzakend gedrag van een derde. In beide rechtssystemen rust er dus niet zonder meer een daartoe strekkende proactieve plicht tot handelen (*'affirmative duty'*) op de secundaire partij. De daaraan ten grondslag liggende gedachte van het Amerikaanse recht komt erop neer dat er in het algemeen *'no duty to control others'* bestaat, maar dat de secundaire partij juist een zekere autonomie tot (wel of niet) handelen wordt toegekend. Dit is ook het algemeen gedragen vertrekpunt bij de beoordeling van de Nederlandse secundaire zorgplicht.

Daarnaast zijn de voorwaarden die in de Nederlandse en de Amerikaanse rechtssystemen worden gesteld om secundaire aansprakelijkheid aan te nemen, op hoofdlijnen vergelijkbaar. Zo wees ik op de vergelijkbare vereisten van de Nederlandse onrechtmatige daad en de Amerikaanse *'negligent act'* (paragraaf 6.3). Ook de criteria die in de Amerikaanse rechtspraak worden gehanteerd ter invulling of ter beoordeling van de vraag of de secundaire zorgplicht is geschonden, vertonen veel overeenkomsten met het Nederlandse recht (paragraaf 6.4).<sup>354</sup> Het gaat hier met name om de gezichtspunten zoals deze in Nederland zijn ontwikkeld in het *Kelderluik*-arrest. Daarbij speelt de voorzienbaarheid van de schade in beide rechtssystemen een sleutelrol. Specifieke conclusies over de al dan niet terughoudende *toepassing* van die criteria zijn lastig te trekken, daar waar deze toepassing (überhaupt al sterk casuïstisch, en daarnaast) cultuurgebonden zal zijn.<sup>355</sup> Bovendien bestaan er verschillen in de toepassing van die criteria tussen de te onderscheiden private ruimten.<sup>356</sup> Op basis van de Amerikaanse rechtspraak is wel een aantal

354 Sterker nog: in paragraaf 6.5 concludeerde ik, in navolging van annotator Scholten bij het *Struikelende broodbezorger*-arrest, dat het goed mogelijk is dat het Nederlandse recht zich voor wat betreft deze kaders voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten heeft laten inspireren door het Amerikaanse recht.

355 Zie hierover al eerder paragraaf 6.4, waarin ik opmerkte dat het antwoord op de vraag wat *'voorzienbaar'* en *'bezwaarlijk'* is, cultureel bepaald zal zijn. Bovendien zullen andere (buiten de reikwijdte van dit onderzoek vallende) aspecten van het aansprakelijkheidsrecht, zoals de omvang van de schadevergoedingen in specifieke gevallen, daarbij een rol kunnen spelen.

356 Denk bijvoorbeeld aan door de *'assumption of the risk'* gestuurde toepassingen van bijvoorbeeld het voorzienbaarheids criterium bij de beoordeling van de (secundaire) aansprakelijkheid van

algemene of overkoepelende ‘stelregels’ te destilleren, die – gegeven de hiervoor geschetste nuances – in de basis een soortgelijke toepassing als de Nederlandse *Kelderluik*-factoren lijken te impliceren.<sup>357</sup>

De alomvattende conclusie van de rechtsvergelijking op systematisch niveau is dus dat de voorwaarden voor de vestiging van de Nederlandse en de Amerikaanse secundaire aansprakelijkheid, evenals de criteria voor de rechterlijke inkleuring van de secundaire zorgplicht als een van die voorwaarden, grote gelijkenissen vertonen. In zoverre – in elk geval voor wat betreft die theoretische kaders – is de reikwijdte van de Nederlandse en de Amerikaanse secundaire zorgplicht vergelijkbaar.

Het voorgaande dient hooguit in dier voege genuanceerd te worden dat de Amerikaanse secundaire zorgplicht in bepaalde opzichten meer erkenning geniet dan de Nederlandse secundaire zorgplicht. Zo zij in de eerste plaats gewezen op het feit dat het Amerikaanse recht specifieke grondslagen voor secundaire aansprakelijkheid kent in § 37-44 van de Restatement Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm. De ontstaansvoorwaarden voor secundaire zorgplichten (waaronder de ‘special relationships’) zijn in deze paragrafen (alhoewel niet limitatief) geëxpliciteerd. In het Nederlandse recht geldt daarentegen dat voor de aanvaarding van secundaire zorgplichten in de regel teruggevallen dient te worden op de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW. Hoewel de Nederlandse jurisprudentie concrete handvatten biedt voor de invulling van deze zorgvuldigheidsnorm – denk meer in het bijzonder aan de *Kelderluik*-factoren – is van (enige vorm van) codificatie van de hiervoor genoemde voorwaarden voor de aanvaarding van secundaire zorgplichten in het Nederlandse recht geen sprake.<sup>358</sup>

In de tweede plaats geldt dat, naast de speciale relatie met het *slachtoffer*, de speciale relatie met de potentiële *primaire schadeveroorzaker* (‘person posing risks’) in het Amerikaanse recht in § 41 van de Restatement Third of Torts uitdrukkelijk en bij wijze van rechtsregel wordt geëxpliciteerd als rechtvaardiging voor het aannemen van secundaire zorgplichten. De relatie tussen de secundaire zorgdrager en het slachtoffer vormt in het Nederlandse recht, op grond van het *Struikelende broodbezorger*-arrest, ook een rechtvaardiging voor het aannemen van secundaire zorgplichten.<sup>359</sup> De relatie tussen de secundaire zorgdrager en de schadeveroorzaker (de primaire partij) wordt in de Nederlandse jurisprudentie echter (nog) niet (uitdrukkelijk) als zelfstandige grondslag voor de aanvaarding van secundaire zorgplichten gebezigd. Deze relatie wordt in het Nederlandse recht wel gebruikt

---

sportverenigingen (paragraaf 5.3) versus de toepassingen van dit criterium bij de beoordeling van de (secundaire) zorgplicht van scholen (paragraaf 5.2) of opvang en zorginstellingen (paragraaf 5.4). Zie hierover nader paragraaf 5.7.

357 Zoals deze stelregels zijn weergegeven in paragraaf 5.7.

358 Met dien verstande dat in de Nederlandse literatuur en rechtspraak inmiddels wel ook wordt gesproken over de ‘secundaire partij’. Zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 6.1.

359 Zie over deze verschillen paragraaf 6.5 en al eerder over dit arrest hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.2.

ter inkleuring van de concrete kennis die de secundaire partij had of toegerekend mocht worden.<sup>360</sup>

Betogd zou dus kunnen worden dat het Amerikaanse recht in deze opzichten 'ontvankelijker' is voor het concept van de secundaire aansprakelijkheid. Een en ander laat echter de conclusie onverlet dat voor de aanvaarding van de Nederlandse en de Amerikaanse secundaire zorgplicht vergelijkbare kaders en criteria gelden, en het (theoretische) vertrekpunt bij de beoordeling van die secundaire zorgplicht daarom hetzelfde zal zijn.

### 7.3 DE TOEDELING VAN DE (FEITELIJKE) SCHADELAST AAN DE SECUNDAIRE PARTIJ

Voor wat betreft de verdeling van de feitelijke schadelast tussen de primaire en de secundaire partij – de zogenoemde toedeling van de schadelast – geldt dat het Nederlandse recht de secundaire partij ongunstiger gezind kan zijn in het geval waarin zij tezamen met een insolvente primaire 'mededader' aansprakelijk wordt gehouden voor de gehele schade van het slachtoffer.<sup>361</sup> In het Nederlandse recht geldt immers dat, als de primaire en de secundaire partij aansprakelijk zijn voor 'dezelfde schade', zij op grond van art. 6:102 lid 1 BW tot vergoeding van die schade hoofdelijk zijn verbonden.<sup>362</sup> Het Amerikaanse recht kent daarentegen ook een alternatief voor hoofdelijke aansprakelijkheid, in de vorm van de rechtsfiguur van 'several liability'.<sup>363</sup> Elke partij (primaire/secundaire) is dan aansprakelijk voor dat deel van de schade dat een weerspiegeling vormt van haar aandeel in de veroorzaking van die totale schade, met als gevolg dat het slachtoffer dus niet zijn gehele schade kan verhalen als een van de medeveroorzakers insolvent blijkt te zijn.<sup>364</sup> Het insolventierisico van de primaire partij kan daardoor in beide rechtssystemen door een andere actor worden gedragen (door de secundaire partij, dan wel door het slachtoffer). Dat betekent dat de daadwerkelijke consequenties van de secundaire aansprakelijkheid – wie draagt de feitelijke schadelast? – in beide rechtssystemen sterk uiteen kunnen lopen. In termen van effectieve schadelast kan de Neder-

360 Vereist voor de vraag of het betreffende gevaar is doorgedrongen tot het bewustzijn van de waarnemer, de eerste grondslag uit het *Struikelende broodbezorger*-arrest. Een en ander met dien verstande dat uit de rechtspraakanalyse in de voorgaande hoofdstukken bleek dat de rechter de secundaire zorgplicht van private ruimten in de regel toetst aan de *Kelderluik*-factoren, terwijl het *Struikelende broodbezorger*-arrest in die gevallen zelden als toetsingskader gebruikt wordt. Zie hierover eerder hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.2.

361 Zo kwam al in paragraaf 6.6 ter sprake. Zie voor de nuances en statelijke verschillen meer in het bijzonder (ook) paragraaf 3.4.

362 In hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.1 plaatste ik enkele nuances op de strikte toepassing van het hoofdelijkheidssysteem in het Nederlandse recht, waarnaar ik korthedshalve verwijst.

363 Zie ook Rogers 2004, p. 273, 275 en 278.

364 Van Boom 1997, p. 139; Wilson Elser 2013, p. 4; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393-395. In § 11 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability wordt over het rechtsgevolg van de Amerikaanse several liability bovendien opgemerkt: 'When, under applicable law, a person is severally liable to an injured person for an indivisible injury, the injured person may recover only the severally liable person's comparative-responsibility share of the injured person's damages.'

landse secundaire zorgplicht dus verder reiken dan de Amerikaanse. Ik benadruk het woord 'kan', want het Amerikaanse recht kent naast deze 'several liability', ook de figuur van 'joint and several liability' (hoofdelijke aansprakelijkheid). De Amerikaanse rechter kan de secundaire partij dus ook tezamen met de insolvente primaire partij (hoofdelijk) tot de vergoeding van de schade veroordelen, maar heeft hierbij – in tegenstelling tot de Nederlandse rechter – wel enige keuzevrijheid.

## 1 DE KERN EN OPBOUW VAN DIT HOOFDSTUK

In het onderhavige hoofdstuk wordt de balans opgemaakt. De onderzoeksbevindingen, zoals deze in de slotparagrafen van de voorgaande hoofdstukken met betrekking tot de reikwijdte van de Nederlandse en de Amerikaanse secundaire zorgplicht zijn beschreven, worden in dit hoofdstuk nader onder de loep genomen en geanalyseerd. Vervolgens worden er conclusies getrokken over (1) de feitelijke (huidige) reikwijdte van de secundaire zorgplicht van private ruimten,<sup>1</sup> alsmede over (2) de wenselijke reikwijdte van deze zorgplicht.

In paragraaf 2 wordt aangevangen met een bespreking van de belangrijkste constatering met betrekking tot de *huidige* reikwijdte van de secundaire zorgplicht van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg.<sup>2</sup> In deze paragraaf worden de overkoepelende conclusies van zowel de Nederlandse sectorvergelijking als de Amerikaanse rechtsvergelijking (samenvattend) besproken.

In de daaropvolgende paragrafen wordt een antwoord gegeven op de vraag naar de *wenselijke* reikwijdte van de secundaire zorgplicht. Daartoe wordt in paragraaf 3 allereerst een inventarisatie gemaakt van de specifieke kenmerken van en de mogelijke bezwaren tegen de (ruime) aanvaarding van secundaire aansprakelijkheden. Meer in het bijzonder wordt in deze paragraaf de problematiek van de gebrekkige voorzienbaarheid van de schade voor de secundaire partij besproken (paragraaf 3.2).<sup>3</sup> Vervolgens, en in het verlengde daarvan, worden de in de litera-

1 Zoals in hoofdstuk 1, paragraaf 3.1 en paragraaf 3.2.2 is toegelicht, is de vraag naar de feitelijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht beantwoord door in de hoofdstukken 3 t/m 6 de *huidige* of de *daadwerkelijke* reikwijdte te onderzoeken zoals deze in de rechtspraak is aangelegd. Een en ander wordt in dit onderzoek ook wel verkort aangeduid als 'de huidige reikwijdte'.

2 In het vervolg van dit hoofdstuk ook wel verkort aangeduid als 'de private ruimten' of 'de onderzochte ruimten'.

3 Ik herhaal dat met de '(gebrekkige) voorzienbaarheid van de schade' hier en in het vervolg van dit onderzoek wordt bedoeld op het gehele feitenrelaas dat aan het ontstaan van de schade voorafgaat, waaronder dus ook (en in het bijzonder) wordt verstaan het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij. Zie nader hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.1. Wat in dit specifieke geval onder de '(gebrekkige) voorzienbaarheid' wordt verstaan, wordt in paragraaf 3.2.1 nader besproken.

tuur en rechtspraak geconstateerde (andere) bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden beschreven, mede gezien in het licht van de mogelijke consequenties van het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem (paragraaf 3.3). In dat verband wordt ook acht geslagen op de oorzaken van de Amerikaanse 'tort insurance crisis' in de jaren tachtig van de vorige eeuw. De geschetste bezwaren werpen de vraag op of de rechter de secundaire aansprakelijkheid categorisch van de hand zou moeten wijzen of ten minste een principiële terughoudendheid zou moeten betrachten bij de beoordeling van de zorgplichten van deze secundaire partijen, zo bespreek ik vervolgens in paragraaf 3.4.

In paragraaf 4 wordt een (ontkennend) antwoord gegeven op deze vraag, gezien in het licht van (de dogmatische grenzen van) de regels van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Tevens worden in deze paragraaf morele vragen naar de verantwoordelijkheid van secundaire partijen opgeworpen.

In paragraaf 5 worden concrete suggesties gedaan waarmee aan de geschetste bezwaren tegemoet kan worden gekomen, zonder een principieel terughoudende beoordeling van de secundaire zorgplicht aan te leggen. Zo wordt in paragraaf 5.2 de mogelijkheid besproken om (binnen het geldende Nederlandse recht) de omvang van de secundaire aansprakelijkheid te reguleren met de leer van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW. Vervolgens wordt, geïnspireerd door het Amerikaanse recht,<sup>4</sup> in paragraaf 5.3 partiële aansprakelijkheid als alternatief voor het huidige (hoofdelijkheids)systeem geïntroduceerd.<sup>5</sup> De toepassing hiervan komt in de toedelingsfase aan de orde.<sup>6</sup> In paragraaf 6 volgt een conclusie.

Tot slot verdient aantekening dat de aansprakelijkheidsprocedures ingesteld tegen de politie in eerste aanleg, hoger beroep en cassatie naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn, als een rode draad door dit hoofdstuk lopen.<sup>7</sup> De uitspraken in deze procedures leggen immers goed de worsteling van de rechter met de secundaire aansprakelijkheidsproblematiek bloot. Daarnaast kan

---

4 In hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.1 lichtte ik reeds toe waarom het verantwoord is om over 'Amerikaans recht' of over een 'Amerikaanse rechtsvergelijking' te spreken. Ik verwijs daarom kortheidshalve naar deze paragraaf.

5 Ik spreek bewust over *partiële* en niet over *proportionele* aansprakelijkheid, om de door mij in dit hoofdstuk te introduceren rechtsfiguur van partiële aansprakelijkheid (in de toedelingsfase) nadrukkelijk te onderscheiden van de reeds in de Nederlandse rechtspraak aanvaarde rechtsfiguur van de proportionele aansprakelijkheid in geval van onzeker causaal verband (in de vestigingsfase). Zie over dit verschil nader hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.2.

6 Zoals ook al in de hoofdstukken 1 (paragraaf 4.2.3) en 2 (paragraaf 1) werd beschreven, maak ik – om zodoende het verschil tussen en de volgorde van de verschillende omgangswijzen duidelijk te kunnen weergeven – een onderscheid tussen de vestigingsfase (art. 6:162 BW), de omvangsfase (art. 6:98 BW) en de door mij genoemde toedelingsfase (art. 6:102 BW) van het aansprakelijkheidsrecht, in welke laatste fase de toedeling of verdeling van de feitelijke schadelast wordt bepaald. Ik ben mij bij het maken van dat onderscheid terdege bewust dat ook wel wordt bepleit dat art. 6:98 BW onderdeel is van de vestigingsfase. Zie hierover hoofdstuk 2, paragraaf 4.1.

7 In het navolgende ook wel verkort aangeduid als 'de Alphen-kwestie'. Zie al eerder over de procedures naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn, Maes 2017a; Maes 2018.



uit deze uitspraken ook de toegevoegde waarde van de toepassing van art. 6:98 BW in secundaire aansprakelijkheidsprocedures worden afgeleid. Ondanks dat het in deze zaak om overheidsaansprakelijkheid gaat – de politie wordt immers aansprakelijk gesteld voor het (ten onrechte) verstrekken van een wapenvergunning aan de schutter – en de kwestie daarmee in beginsel buiten de reikwijdte van mijn onderzoek valt, acht ik het vanwege de illustratieve en daarmee toegevoegde waarde opportuun om in dit hoofdstuk óók aan de genoemde uitspraken inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn te refereren.<sup>8</sup>

## **2 DE HUIDIGE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT: DE BELANGRIJKSTE (SECTOR- EN RECHTSVERGELIJKENDE) CONCLUSIES**

### **2.1 EEN KORTE TERUGBLIK**

In de onderhavige paragraaf wordt teruggeblikt op de resultaten van de analyses uit de voorgaande hoofdstukken. De belangrijkste (overkoepelende) onderzoeksresultaten met betrekking tot de huidige reikwijdte van de secundaire zorgplicht worden samengevat. Daarbij zijn bepaalde nuances, zoals deze in de voorafgaande hoofdstukken wel zijn geschetst, weggelaten. Voor een volledig beeld per individuele private ruimte verwijst ik daarom naar de slotparagrafen van de hoofdstukken 3 t/m 6.

In aanloop naar de samenvattende conclusies in paragraaf 2.2, herhaal ik dat het referentie- of toetsingskader voor de beoordeling van de huidige reikwijdte van de secundaire zorgplicht in de eerste plaats is gevormd door de primaire zorgplicht van de private ruimten in dezelfde sectoren educatie, recreatie en zorg (zie nader hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2). Nu deze toetsing bij alle onderzochte ruimten is aangelegd, ontstaan er ‘setjes’ (de secundaire zorgplicht van scholen versus de primaire zorgplicht van scholen, de secundaire zorgplicht van sportverenigingen versus de primaire zorgplicht van sportverenigingen, etc.). Deze setjes van de verschillende ruimten zijn in de voorgaande hoofdstukken ook met elkaar vergeleken.

Het tweede ijkpunt of toetsingskader om de huidige reikwijdte van de secundaire zorgplicht in het Nederlandse recht te bepalen, betrof de secundaire zorgplicht in het Amerikaanse recht. In het rechtsvergelijkende onderdeel van het onderzoek zijn de theoretische kaders van de secundaire zorgplicht in beide rechtssystemen en de invulling daarvan in de Nederlandse en Amerikaanse rechtspraak geana-

---

<sup>8</sup> Om dezelfde redenen zullen ook uitspraken of doctrine (direct) gerelateerd aan overheidsaansprakelijkheid de revue passeren, een en ander ter nadere illustratie van bepaalde standpunten. Zie hierover eerder in hoofdstuk 1, paragraaf 6.2. Zoals ik in die paragrafen toelichtte, ben ik mij bewust van het feit dat er in dergelijke overheidsaansprakelijkheidskwesties argumenten voor of tegen aansprakelijkheid pleiten, die bij de aansprakelijkheid van private partijen niet of minder gelden. Denk aan de specifieke positie van de overheid en het bezwaar om ten laste van de niet-onuitputtelijke financiële middelen een grote secundaire aansprakelijkheidslast van de overheid aan te nemen. Zie hierover eerder Maes 2017b, p. 45-46 en ook Van Dam 2020, p. 378 e.v.

lyseerd. Deze conclusies worden samenvattend weergegeven in paragraaf 2.3. In het vervolg van dit hoofdstuk worden deze onderzoeksresultaten betrokken bij de beantwoording van de vraag naar de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht in het Nederlandse recht.

## 2.2 DE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT OP SECTORNIVEAU

In de slotparagrafen van de hoofdstukken 3 t/m 6 werden de belangrijkste conclusies op sectorniveau en per individuele ruimte reeds besproken. De belangrijkste 'sectorvergelijkende' of 'sectoroverstijgende' onderzoeksresultaten laten zich als volgt samenvatten.

- I. Alhoewel de beschikbare empirische onderzoeken een wisselend beeld laten zien per ruimte, is de algemene tendens dat er voor wat betreft de veiligheid(sbeleving) in en rondom de private ruimten (flink) terrein te winnen valt. Uit deze onderzoeken spreekt bovendien de brede maatschappelijke relevantie van secundaire zorgplichten.
- II. Uit de beschikbare rechtspraak blijkt dat er op de uiteenlopende terreinen van de sectoren educatie, recreatie en zorg geregeld secundaire partijen in rechte worden betrokken. De grote hoeveelheid rechtspraak bevestigt ook de in de literatuur geconstateerde (toenemende) belangstelling voor secundaire aansprakelijkheden.<sup>9</sup>
- III. Secundaire aansprakelijkheidskwesties zijn (bij uitstek) sterk casuïstisch. De beoordeling van de secundaire zorgplicht wordt gekenmerkt door sterk door de feiten en omstandigheden gestuurde afwegingen, afhankelijk van het soort ruimte en de daarin ontplooiende (kern)activiteit. Het is daarom niet steeds mogelijk een rode draad te destilleren of overkoepelende conclusies te trekken over de reikwijdte van de verschillende secundaire zorgplichten.<sup>10</sup>
- IV. De voorzienbaarheid van de schade speelt een sleutelrol bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van de private ruimten. Andere (op de *Kelderluik*-factoren terug te voeren) omstandigheden kunnen een serieuze bijrol spelen bij de beantwoording van de vraag of er een secundaire zorgplicht is geschonden.<sup>11</sup>

---

9 Zie over deze tendens en de mogelijke verklaringen daarvoor eerder en uitgebreid hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.1.

10 Slechts in bepaalde mate, en per besproken ruimte verschillend, bleken in abstracto (en dus 'casuoverstijgend') bepaalde conclusies gerechtvaardigd te zijn. Zie daarover hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2. Deze conclusies zijn, zoals gezegd, in de slotparagrafen van de hoofdstukken 3 t/m 6 weergegeven.

11 Zie al eerder Giesen 2005a, p. 217; Giesen 2014, p. 108-109 en Giesen 2018b, p. 2321 ('De mate van voorzienbaarheid is namelijk een belangrijke factor bij het bepalen van de aansprakelijkheid in concreto, zo blijkt al uit eerder onderzoek (...)'). Zie met betrekking tot specifiek de zorgplicht van scholen ook Pajmans 2019, p. 20.

- V. Ook in de uitspraken waarin door de rechter de professionele beroepsnorm voorop wordt gesteld, komt de beoordeling van de secundaire zorgplicht in feite neer op een afweging van de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest. Onvoldoende valt dus uit de rechtspraak af te leiden dat het aangelegde toetsingskader van ofwel de beroepsnorm, ofwel de algemene zorgvuldigheidsnorm, consequenties heeft voor de uitkomst van de secundaire zorgplichttoets.
- VI. In overheidswetgeving en in zelfregulering neergelegde normen of afspraken kunnen een belangrijke rol spelen bij de inkleuring van de secundaire zorgplicht, met name bij de meer branchegerelateerde ruimten. Het opstellen van 'intern beleid' komt enerzijds tegemoet aan de secundaire zorgplicht en daarmee samenhangende verantwoordelijkheden, maar kan anderzijds juist ook de (nieuwe) verplichting tot de handhaving ervan in het leven roepen (en de secundaire partij zodoende worden 'tegengeworpen').
- VII. In het algemeen lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de secundaire zorgplicht van de private ruimten terughoudender wordt beoordeeld dan de primaire zorgplicht van dezelfde ruimten.<sup>12</sup> In zoverre wordt ook deze in de literatuur geconstateerde tendens bevestigd.<sup>13</sup> Wel lijkt de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen ten opzichte van haar primaire zorgplicht relatief gezien minder terughoudend beoordeeld te worden dan de secundaire zorgplicht van de andere private ruimten.<sup>14</sup> Deze verschillen zijn mogelijk te herleiden tot de bijzondere kenmerken die aan de secundaire zorgplicht van de verschillende private ruimten zijn verbonden (zie nader paragraaf 3.2.2).
- VIII. De principieel terughoudende beoordeling van secundaire zorgplichten in de rechtspraak kan meer in het bijzonder haar uitwerking vinden in het opwerpen van (onrealistisch) hoge voorzienbaarheidsdrempels voor de aanvaarding van secundaire aansprakelijkheid, dan wel in het vereiste dat zeer concrete wet- of regelgeving moet bestaan waarin het specifieke handelen van de secundaire partij is gereguleerd of gesanctioneerd.<sup>15</sup>
- IX. De precieze (achterliggende) oorzaak van de terughoudendheid bij de beoordeling van secundaire zorgplichten valt niet steeds expliciet uit de besproken rechtspraak af te leiden. De 'angst voor een uitdijend aansprakelijkheidsrecht'

12 Daarmee bedoel ik hier en in de rest van het onderzoek aan te geven dat de uitkomst van de beoordeling van de secundaire zorgplicht relatief – ten opzichte van de primaire zorgplicht – streng of terughoudend is (hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2) en niet dat de secundaire zorgplicht niet volledig zou worden getoetst.

13 Zie over die terughoudende lijn eerder en uitgebreid hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.2. Zie nader paragraaf 4.1.

14 Althans, voor zover deze kwesties het toezichthouderdilemma niet raken. Zie daarover hoofdstuk 5, paragraaf 3.3 en het vervolg van dit hoofdstuk.

15 Zoals dit nader wordt toegelicht en geïllustreerd in paragraaf 4.2.

– het verliezen van de grip op secundaire aansprakelijkheden – kan een reden voor deze terughoudendheid zijn (zie nader paragraaf 3.3.4).

- X. Uit de onderzoeksresultaten volgt het belang voor de betrokken partijen om in de procedure te anticiperen op de kenmerken van de secundaire zorgplicht (zie nader paragraaf 3.2) en de mogelijke behoefte bij de rechter om terughoudendheid te betrachten bij de beoordeling daarvan. De noodzaak om (het verweer tegen) de schending van de secundaire zorgplicht in de procedure goed en gedetailleerd te onderbouwen, met oog voor de (on)voorzienbaarheid van het door de primaire partij vertoonde gedrag, is dus groot.

### 2.3 DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT IN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

De resultaten van de rechtsvergelijking met het Amerikaanse recht zijn in hoofdstuk 7 (paragraaf 5.7, 6 en 7) uitvoerig besproken. Bij wijze van samenvatting, merk ik hierover het volgende op.

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek blijkt dat de reikwijdte van ‘de Amerikaanse secundaire zorgplicht’ in gelijke zin begreemd is als ‘de Nederlandse secundaire zorgplicht’. Ook het Amerikaanse recht zoekt immers naar een reden of rechtvaardiging voor het aannemen van een rechtsplicht tot handelen, inhoudende het voorkomen van schadeveroorzakend gedrag van een derde. In beide rechtssystemen rust er dus niet zonder meer een daartoe strekkende proactieve plicht tot handelen (*‘affirmative duty’*) op de secundaire partij.

Daarnaast zijn de voorwaarden die in de Nederlandse en de Amerikaanse rechtssystemen worden gesteld om secundaire aansprakelijkheid aan te nemen, op hoofdlijnen vergelijkbaar. Ook voor het Amerikaanse equivalent van de onrechtmatige daad (*‘negligent act’*) is immers vereist dat op de secundaire partij een zorgplicht (*‘duty to take reasonable care’*) rust en er gehandeld is in strijd met (*‘in breach of’*) deze zorgplicht, hetgeen ook de voorzienbaarheid van de schade impliceert. Ook zal er schade (*‘actual loss or damage’*) aangetoond moeten worden en moet de schade het gevolg (*‘a reasonably relevant consequence’*) zijn van de zorgplichtschending van de secundaire partij. Met het laatstgenoemde wordt bedoeld op het causale verband tussen de normschending en de schade (*‘causation’*). Ook de criteria die in de Amerikaanse rechtspraak worden gehanteerd ter invulling of ter beoordeling van de vraag of de secundaire zorgplicht is geschonden, vertonen veel overeenkomsten met het Nederlandse recht. Het gaat hier met name om de gezichtspunten zoals deze in Nederland zijn ontwikkeld en zijn neergelegd in het *Kelderluik*-arrest. Daarbij speelt de voorzienbaarheid van de schade bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht in beide rechtssystemen een sleutelrol.

De alomvattende conclusie van de rechtsvergelijking op systematisch niveau is dus dat de voorwaarden voor de vestiging van de Nederlandse en de Amerikaanse secundaire aansprakelijkheid, evenals de criteria voor de rechterlijke inkleuring van de secundaire zorgplicht als een van die voorwaarden, grote gelijkenissen ver-

tonen.<sup>16</sup> In zoverre – in elk geval voor wat betreft die theoretische kaders – is de reikwijdte van de Nederlandse en de Amerikaanse secundaire zorgplicht vergelijkbaar.<sup>17</sup>

Uit de rechtsvergelijking blijkt echter ook dat de Nederlandse en de Amerikaanse juridische kaders voor aansprakelijkheid afwijken in wat ik al vaker in dit onderzoek de ‘toedelingsfase’ noemde. Naar Nederlands recht geldt dat, als de primaire en de secundaire partij aansprakelijk zijn voor ‘dezelfde schade’, zij op grond van art. 6:102 lid 1 BW tot vergoeding van die schade hoofdelijk zijn verbonden.<sup>18</sup> Het Amerikaanse recht kent daarentegen verschillende wijzen van toedeling van de schadelast in het geval de schade is veroorzaakt door meerdere partijen. Zo kent het Amerikaanse recht ook een alternatief voor hoofdelijke aansprakelijkheid (‘joint and several liability’), in de vorm van wat wel ‘several liability’ of ‘proportionate liability’ wordt genoemd.<sup>19</sup> In een dergelijk systeem zijn alle partijen (primair/secundair) aansprakelijk voor dát deel van de schade dat een weerspiegeling vormt van haar aandeel in de veroorzaking van de totale schade. Het slachtoffer mag de aansprakelijke partij dus slechts aanspreken voor het deel van de schade dat de (secundaire) partij heeft veroorzaakt, en zal zich voor het verhaal van het overige deel moeten richten tot de andere aansprakelijke partij(en).

Het risico op een insolvente primaire partij kan door deze verschillende systemen in de beide rechtsstelsels door een andere actor worden gedragen (door de secundaire partij, dan wel door het slachtoffer). Dat betekent dat de daadwerkelijke consequenties van een secundaire aansprakelijkstelling – wie draagt de feitelijke schadelast? – in beide rechtsstelsels sterk uiteen kunnen lopen. Voor zover de Amerikaanse rechter de rechtsfiguur van de ‘several liability’ toepast, kan, in termen van effectieve schadelast, de Nederlandse secundaire zorgplicht dus verder reiken dan de Amerikaanse.

---

16 Met die nuance dat het concept van de secundaire zorgplicht onder bepaalde voorwaarden in de Amerikaanse literatuur en jurisprudentie wel meer (expliciete) erkenning geniet dan de Nederlandse zorgplicht. Zie daarover hoofdstuk 7, paragraaf 7.2.

17 Daarmee bedoel ik dus: voor de aanvaarding van de Nederlandse en de Amerikaanse secundaire zorgplicht gelden vergelijkbare kaders en criteria, waardoor het (theoretische) vertrekpunt bij de beoordeling van die secundaire zorgplicht eenzelfde zal zijn, en niet dat de (al dan niet terughoudende) toepassing van die criteria per definitie dezelfde is. Zie daarover hoofdstuk 7, paragraaf 7.2.

18 Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 2, paragraaf 5. In hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.1 plaatste ik bovendien enkele nuances op de strikte toepassing van het hoofdelijkheidssysteem in het Nederlandse recht (in andere gevallen dan die in dit onderzoek worden bedoeld).

19 Zie ook Rogers 2004, p. 273, 275 en 278. In navolging van hoofdstuk 7 wordt in het vervolg van dit hoofdstuk evenmin gerefereerd aan ‘proportionate liability’, maar steeds korthedshalve gesproken over ‘several liability’.

### 3 DE KENMERKEN VAN (EN DE BEZWAREN TEGEN) DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

#### 3.1 INLEIDING

De bevindingen uit de Nederlandse rechtspraakanalyse en de Amerikaanse rechtsvergelijking (paragraaf 2) hangen nauw samen met de kenmerken van en de bezwaren tegen de (ruime) aanvaarding van secundaire zorgplichten en aansprakelijkheden in het Nederlandse recht.<sup>20</sup> In de onderhavige paragraaf worden deze kenmerken en bezwaren nader besproken.

Allereerst wordt de problematiek van de gebrekkige voorzienbaarheid van de schade voor de secundaire partij besproken (paragraaf 3.2). Vervolgens, en in het verlengde daarvan, worden de in de literatuur en rechtspraak geconstateerde (andere) bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden beschreven (paragraaf 3.3). De geschetste bezwaren vragen om een debat over de *wenselijke* reikwijdte van de secundaire zorgplicht, zo concludeer ik vervolgens (paragraaf 3.4).

#### 3.2 DE (GEBREKKIGE) VOORZIENBAARHEID

##### 3.2.1 OVERKOEPELENDE BESCHOUWINGEN EN VERTREKPUNTEN

Aansprakelijkheid wegens nalaten veronderstelt een (rechts)plicht tot handelen. Zoals al eerder werd besproken, vindt deze plicht in het bijzonder haar rechtsgrond in de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW, bij de invulling waarvan bij de factoren uit het *Kelderluik*-arrest wordt aangesloten. In essentie volgt uit deze kaders dat een rechtsplicht tot handelen – een primaire of secundaire zorgplicht – slechts dan kan bestaan als er een bepaalde zorgrelatie tussen de ‘zorgdrager’ (de primaire of de secundaire partij) en de ‘zorgontvanger’ (de derde) bestaat, die bepaalde ‘zorgdaden’ met zich meebrengt (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4).

In het onderzoek naar de kenmerken van deze zorgdaden van de secundaire partij, zijn de verschillen met de zorgdaden van de primaire partij inzichtelijk geworden. Deze verschillen zijn in het algemeen besproken in hoofdstuk 2, en per type ruimte in paragraaf 3 van de hoofdstukken 3 t/m 6. In aanvulling daarop en abstraheerend van de per individuele ruimte bestaande bijzonderheden, concludeer ik met betrekking tot de kenmerken van de secundaire zorg(daden) van alle onderzochte ruimten als volgt.

Dé bijzonderheid en het vertrekpunt bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht is dat de secundaire partij heeft te kampen met, en moet anticiperen op, schadeveroorzakend gedrag van een ander (de primaire partij). Secundaire zorg-

<sup>20</sup> Met de ‘bezwaren tegen secundaire zorgplichten’ en de ‘bezwaren tegen (de toewijzing of de vestiging van) secundaire aansprakelijkheden’ bedoel ik hier en in het vervolg van dit onderzoek steeds dezelfde, in paragraaf 3.2 en 3.3 te bespreken bezwaren.

plichten bestaan dus bij een gratie van onzekerheid: de belangen van de derde (A) zullen door de secundaire partij (C) in de regel niet vooraf concreet gekend (voorzien) kunnen worden, aangezien de schending van die belangen per definitie afhankelijk is van het niet (altijd of precies) voorspelbare en gekende handelen van de primaire partij (B). Het gevolg hiervan is dat het voor de secundaire partij relatief onduidelijk blijft:

- I. wie de concrete zorgontvangers zijn en tegen welke primaire partij zij beschermd moeten worden, en;
- II. ter bescherming van welke specifieke gevaren de secundaire zorgplicht strekt (wat de precieze zorgbehoefte van die zorgontvangers is) en welke zorg dus specifiek betracht moet worden om de potentiële gevaren te voorkomen (wat de secundaire zorgdaden precies moeten inhouden).

De secundaire partij heeft dus, ten opzichte van de primaire partij, te kampen met een *relatief gebrekkige voorzienbaarheid* van de uiteindelijke (door de primaire partij veroorzaakte) schade waarvoor zij aansprakelijk wordt gehouden.

#### Voorbeeld

Van de school wordt verwacht rekening te houden met de kans dat leerling X een medeleerling fysiek letsel toebrengt en vice versa. Of leerling X medeleerling Y van het klimrek duwt, hem met een schep op zijn hoofd slaat, of tot heel ander schadeveroorzakend gedrag overgaat, en of het wel medeleerling Y is die bescherming door de secundaire partij (de school) tegen leerling X nodig heeft, of dat een totaal andere medeleerling het potentiële slachtoffer is, blijft echter onbekend totdat leerling X de schadeveroorzakende handeling daadwerkelijk verricht.

De 'gebrekkige voorzienbaarheid van de schade' wordt dan ook als een belangrijk bezwaar tegen secundaire aansprakelijkheid beschouwd.<sup>21</sup> Daarnaast, zo zal uit paragraaf 3.3 blijken, vormt deze gebrekkige voorzienbaarheid een voedingsbodem voor andere morele bezwaren, preventieve bezwaren en 'claimcultuur-bezwaren' (althans, deze bezwaren zijn daar in bepaalde mate toe te herleiden).

De gebrekkige voorzienbaarheid vindt haar weerslag in de formulering van de zorgdaden rustend op de secundaire partij. Waar de zorg van de secundaire partij immers precies op ziet, is vanwege het (haast per definitie) onvoorspelbare gedrag van de primaire partij op voorhand onduidelijk. Die zorg zal daarom moeten worden gebaseerd op wat naar ervaringsregels de gewenste handelswijze zou zijn. Met andere woorden: bij gebrek aan kennis van het concrete belang van de zorgontvanger, moeten de secundaire zorgdaden noodzakelijkerwijs *veralgemeniseerd* en *afgeleid* worden van wat de secundaire partij wél bekend is of had moeten zijn. Dit betreft de potentieel geraakte belangen van de zorgontvangers (derden) en de

21 Vgl. Giesen 2014, p. 108-109; Giesen 2018b, p. 2321. Zie over deze terminologie ook hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.3.1 en de toelichting in paragraaf 1 van dit hoofdstuk.



naar ervaringsregels door de zorgontvangers gewenste handswijze tegenover die belangen ('de algemene risico's').<sup>22</sup>

### Voorbeeld

Voor de politie was niet duidelijk dat zij Tristan van der V. geen wapenvergunning had behoren te verstrekken met het oog op de veiligheidsbelangen van de specifieke bezoekers (uiteindelijke slachtoffers) van het winkelcentrum in Alphen aan den Rijn op 9 april 2011. Wél was duidelijk dat de politie met het oog op de algemene veiligheid van de maatschappij geen wapens mocht verstrekken aan geesteszieke personen.

Een en ander rechtvaardigt de tussenconclusie dat de zorg, te betrachten door secundaire zorgdragers als de onderhavige, zich als *afgeleide zorg* kenmerkt, zo besprak ik al in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4. Van afgeleide zorg is immers sprake als de betreffende belangen niet concreet gekend worden, maar wel duidelijk is dat enige zorg voor die belangen nodig is.<sup>23</sup> Deze 'afgeleidheid' ziet dan op de relatie met een (wel) bekend belang (zoals de algemene veiligheid), waarop de vereiste zorgdaden van de secundaire partij gebaseerd moeten worden.

### Voorbeeld

De zorg die winkelcentra, supermarkten, hotels, musea, speelparadijzen, etc. moeten betrachten, is in eerste instantie niet gericht op concreet gekende personen wegens een concreet gekend gevaar. Deze secundaire zorgplicht bestaat er daarom onder meer uit de algemene veiligheid te waarborgen, door bijvoorbeeld op voldoende plaatsen nooduitgangen te realiseren en beveiligen binnen en rondom hun ruimten te stationeren.

Het voorgaande – de kwalificatie als 'afgeleide zorg' – heeft tot consequentie dat het bij de formulering van de verantwoordelijkheden van secundaire partijen ten opzichte van haar bezoekers doorgaans zal gaan om relatief *zwakke zorgrelaties* en daaruit voortvloeiende *algemene of abstracte zorgdaden* die ten grondslag liggen aan de secundaire zorgplicht.<sup>24</sup> Deze algemeen geformuleerde secundaire zorgdaden betreffen bijvoorbeeld de verplichting tot het treffen van maatregelen om de veiligheid te waarborgen, de verplichting tot het organiseren van toezicht om onbekende ongevallen c.q. aanslagen te voorkomen en de verantwoordelijkheid tot het lokaliseren van afdoende politie en/of beveiliging om tijdig te kunnen ingrijpen. De hierin gelegen mate van abstractie (en de zwakte van de zorgrelatie) beoogde ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4 al aan te tonen door – in navolging van Tjong Tjin Tai – de secundaire zorgdaden te vergelijken met de primaire zorgdaden van een ziekenhuis tegenover zijn patiënt (bijvoorbeeld: behandeling gericht op de genezing van ziekte A) of een bank tegenover zijn klant (bijvoorbeeld: sparen of beleg-

22 Tjong Tjin Tai 2006a, p. 69.

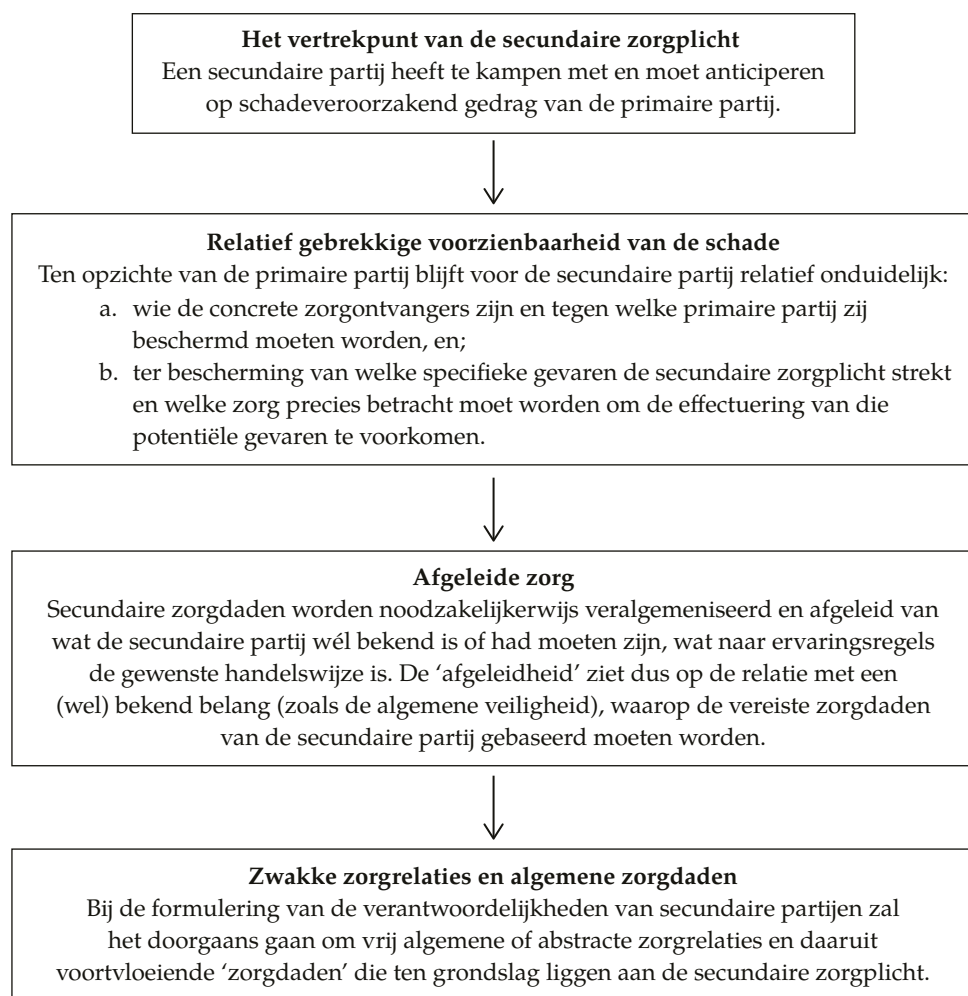
23 Waarbij ik, zoals ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4 heb toegelicht, voor wat betreft de term 'afgeleide zorg' de definitie volg van Tjong Tjin Tai 2006a, p. 69.

24 Zie hierover Tjong Tjin Tai 2006a, p. 69.

gen met als streven het behalen van maximaal rendement). Het verschil is dat bij de primaire zorgdaden (1) de groep zorgontvangers duidelijk afgebakend is en te concretiseren valt en (2) de behoefte van de zorgontvangers, en dus hetgeen waar de zorgrelatie zich op richt (geneeskundige behandeling, winstmaximalisatie), concreet en vooraf kenbaar is. Daarentegen is bij secundaire zorgdaden van private ruimten (1) de groep zorgontvangers niet afgebakend, maar strekt deze zich uit tot alle bezoekers en kan (2) de behoefte van de zorgontvangers slechts worden afgeleid uit hetgeen in het algemeen als zorgvuldig gedrag wordt beschouwd in relatie tot de belangen van deze bezoekers.

Schematisch weergegeven, komt deze analyse van de kenmerken van de secundaire zorgdaden op het volgende neer.

**Figuur 8.1 Conclusies kenmerken secundaire zorgdaden**



Het gevolg van dit alles is dat het, juist in dit soort secundaire aansprakelijkheidsprocedures, veelal onmogelijk zal zijn om bij voorbaat alle door de secundaire partij te beschermen belangen (specifiek) te formuleren, laat staan achteraf te construeren dat de gevolgen precies in die vorm en mate voor de secundaire partij voorzienbaar waren. Ik kom hier in paragraaf 4.2 nader op terug.

### 3.2.2 ENKELE AANTEKENINGEN OP DE GESCHETSTE VERTREKPUNTEN

In paragraaf 3.2.1 werd reeds besproken dat de door de primaire partij veroorzaakte schade voor de secundaire partij relatief gezien slecht voorzienbaar is. Deze 'gebrekkige voorzienbaarheid' kan bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van de private ruimten worden meegewogen.

Als wordt ingezoomd op de verschillende onderzochte private ruimten, dan geldt dat bepaalde secundaire partijen – onverminderd de onvoorspelbaarheid van het specifieke gedrag van de primaire partij – wél kennis hebben of behoren te hebben van bepaalde 'risicoverhogende omstandigheden'. Deze omstandigheden kunnen meer in het bijzonder zijn gelegen in de activiteit die de potentiële primaire partij uitoefent (sport en spel), in de aard of in het risicovolle karakter van de potentiële primaire partij (psychiatrische problematiek en/of een strafrechtelijk verleden) of in de middelen die de potentiële primaire partij binnen die specifieke ruimte nuttigt (drank en/of drugs). Dergelijke omstandigheden zullen (in die volgorde) met name bij de secundaire aansprakelijkheid van sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen en horecagelegenheden opspelen.<sup>25</sup>

De kenbaarheid van de gemiddeld hogere risico's bij de uitoefening van de sport, na het nuttigen van drank en/of drugs en bij de opname van psychiatrische patiënten en tbs-gestelden, kan zich vertalen in hoge(re) verwachtingen in termen van toezicht en preventie. Voor de beheerders van deze ruimten kan vooraf immers gemiddeld beter in te schatten zijn tot welke (meer) specifieke gevaren de secundaire zorgplicht precies strekt. Daardoor is voor deze partijen ook beter te voorspellen welke zorg van hun verwacht wordt. De te betrachten zorgdaden zijn, met andere woorden, concreter.<sup>26</sup> Alhoewel de beheerders van deze ruimten – net als de andere secundaire partijen – hebben te kampen met het weinig voorspelbare gedrag van de primaire partij (paragraaf 3.2.1), kan het gegeven dat het gedrag van de bezoekers van hun ruimten gemiddeld risicovoller zal zijn, meebrengen dat sneller aan de voorzienbaarheidseis is voldaan.

Deze 'bijzondere' omstandigheden die invloed hebben op de voorzienbaarheid van de schade voor een specifieke secundaire partij, zullen in het vervolg van deze paragraaf – in het verlengde van de analyses van de hoofdstukken 4, 5 en 6 – nader

---

25 En werden in paragraaf 3 van de hoofdstukken 3 t/m 6 daarom ook wel de 'kenmerken' van de te betrachten zorg genoemd.

26 Zie eerder paragraaf 3.2.1. Zie over (onder meer) de begrippen 'zorgdrager' en 'zorgdaden' eerder hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.4.

worden toegelicht. Daarbij zij op voorhand benadrukt dat de ruimten waarin de geschetste 'risicoverhogende omstandigheden' zich *niet* voordoen, daarmee niet automatisch op één lijn geplaatst kunnen worden. De essentie van deze paragraaf is om de meest opvallende 'kenmerken' van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen en horecagelegenheden te bespreken, om daarmee meer in het algemeen te laten zien dat dergelijke (aan de bezoekers te relateren) omstandigheden een doorwerking kunnen vinden in de beoordeling van de secundaire zorgplicht van private ruimten. Of dat ook daadwerkelijk het geval is, zal uiteraard per ruimte en per kwestie verschillen.

In de eerste plaats constateerde ik in hoofdstuk 4 met betrekking tot *sportverenigingen* dat de beheerders kennis hebben of behoren te hebben van het feit dat binnen deze ruimte een bepaalde mate van schadeveroorzakend gedrag (duwen, trekken, slaan met sticks of rackets, trappende bewegingen) in het kader van sport en spel genormaliseerd is. Met andere woorden: de sportvereniging tolereert gedrag, waarvan zij weet dat dit gedrag buiten de sport- en spelcontext en in het normale maatschappelijk verkeer (zoals in de andere onderzochte ruimten) niet getolereerd zou worden. Bovendien geldt dat de gemiddeld meer gevaarzettende activiteit van sport en spel door de beheerders van de ruimte om haar moverende redenen wordt gefaciliteerd (en zij geacht wordt daartoe dan ook de capaciteiten te hebben), waardoor op de precieze uitoefening dus ook invloed uitgeoefend kan worden. Zo heeft de sportvereniging invloed op het aanstellingsbeleid, de inschakeling van werknemers of vrijwilligers (trainers, scheidsrechters, coaches), de stationering van toezicht, de kwaliteit van het materiaal, etc. Dit brengt verwachtingen met betrekking tot de inperking van de gemiddeld hogere risico's voor derden (medesporters of bezoekers) met zich mee.

#### Voorbeeld

Als een sportvereniging een boksring op haar terrein plaatst, mogen de sporters die de boksring vervolgens betreden er tot op zekere hoogte op vertrouwen dat de vereniging heeft gezorgd voor voldoende (voorzorgs)maatregelen en toezicht. Alhoewel de sporters met het betreden van de boksring in verhouding tot de medesporter (de primaire partij) wellicht een aan sport en spel verbonden gevaar aanvaarden – hetgeen de ratio van de besproken verhoogde aansprakelijkheidsdrempel betreft<sup>27</sup> – verwachten zij daarmee in de verhouding tot de sportvereniging (de secundaire partij) juist dat zij die gemiddeld hogere risico's zoveel als mogelijk inperkt door te zorgen voor duidelijke spelregels, scheidsrechters, veilig materiaal, medische (na)zorg, etc.

Daarbij verdient aantekening dat met name sportverenigingen die in de hoedanigheid van secundaire partij worden aangesproken, zich bewust moeten zijn van de *effectiviteit* van de zorg – hoe doeltreffend en doortastend zijn de getroffen

27 Zie hierover hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.1, welke verhoogde aansprakelijkheidsdrempel er kort gezegd op neerkomt dat schade opgelopen in het kader van sport en spel in rechte minder snel als onrechtmatig zal worden aangemerkt.

maatregelen of gedane waarschuwingen nu eigenlijk? – die zij onder de besproken omstandigheden dienen te betrachten. De reden daarvoor is gelegen in de sport- en spelactiviteit die in de ruimte wordt ontplooid, waardoor de daadwerkelijke effectiviteit van (spel)instructies en andere veiligheidsmaatregelen (zoals beschermingsmiddelen) sneller onderwerp van de (secundaire) aansprakelijkheidsprocedure zullen zijn. Dat zal met name het geval zijn – zo bleek uit de in hoofdstuk 4 besproken rechtspraak – in die zaken waarin er waarschuwingsverplichtingen in het gedrang zijn.

Uit hoofdstuk 5 bleek bovendien dat de beheerders van *opvang- en zorginstellingen*, in de tweede plaats, in de regel kennis hebben of behoren te hebben van het type ‘bezoeker’ (de specifieke problematiek van de patiënt of de tbs-gestelde en de gevaren die daaruit voortvloeien). Daarnaast hebben deze beheerders kennis of behoren zij kennis te hebben van het feit dát er een verhoogd risico bestaat op het vertonen van schadeveroorzakend gedrag door deze partijen (in verband met in het verleden vertoond (strafrechtelijk) gedrag of de psychische instabiliteit).<sup>28</sup> Wellicht was niet duidelijk dat de psychiatrische patiënt of de tbs-gestelde dit concrete schadeveroorzakende gedrag zou vertonen, maar in elk geval was de potentie tot enig schadeveroorzakend gedrag wel aanwezig.

#### Voorbeeld

Voor de forensisch psychiatrische kliniek waarin Michael P. verbleef, was niet concreet te voorzien dat hij het specifieke slachtoffer in de persoon van Anne Faber op 29 september 2017 in Den Dolder zou verkrachten en vermoorden. Gezien de psychiatrische problemen van Michael P., die bovendien in 2010 reeds twee minderjarige meisjes had verkracht, was de kans op herhaling van (enig of soortgelijk) schadeveroorzakend gedrag voor de kliniek echter wel kenbaar.

Ook constateerde ik dat het in essentie de taak van de opvang- en zorginstelling is om de maatschappij en de patiënt zelf te beschermen tegen het schadeveroorzakende gedrag zoals de patiënt of tbs-gestelde dat eerder heeft vertoond en in potentie weer kan gaan vertonen. Het primaire (of in elk geval: een belangrijk) doel van de opvang- en zorginstellingen is immers gericht op het genezen van de geestesziekte van de primaire partij die tot schadeveroorzakend gedrag kan leiden (anders dan de kerntaken van scholen, sportverenigingen, winkelcentra, restaurants, etc.). Het voorgaande heeft invloed op de vraag of het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij voor de opvang- en zorginstelling (in retrospectief) voorzienbaar was, zo lichtte ik al toe.

Zoals in hoofdstuk 5, paragraaf 3.3 is beschreven, kan de (afgeleide) zorg van opvang- en zorginstellingen in specifieke gevallen (nog) verder worden gecompliceerd door de notie van het toezichthouderdilemma.<sup>29</sup> Het toezichthouderdilemma

28 Zo bleek ook uit de in hoofdstuk 5, paragraaf 2 besproken empirische onderzoeken.

29 Dit dilemma is, zoals in hoofdstuk 5, paragraaf 3.3 is beschreven, kort gezegd daarin gelegen dat de betreffende ‘toezichthouder’ (denk aan de therapeut) bij de beoordeling van een ontslag

markeert de complexiteit van de belangenafweging die opvang- en zorginstellingen dienen te maken bij het verstrekken van vrijheden of verloven aan hun patiënten of tbs-gestelden. De relevantie van dit dilemma voor de beoordeling van de secundaire zorgplicht is met name daarin gelegen dat opvang- en zorginstellingen min of meer 'gerechtvaardigd' – want resocialisatie is, haast paradoxaal, (ook) in het belang van de maatschappij – risico's mogen nemen door patiënten of tbs-gestelden bepaalde vrijheden te bieden, ondanks dat het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij in een bepaalde mate voorzienbaar is (zie hiervoor). Deze complexiteit wordt in die specifieke gevallen vervolgens in de aansprakelijkheidstoets verwerkt, in die zin dat de opvang- en zorginstelling enige beoordelingsvrijheid wordt gegund bij het maken van de keuzes tot verlof. De keuzes worden dan dus minder snel (in termen van aansprakelijkheid) afgestraft, althans het inherent risicovolle karakter van verlofverlening wordt in de beoordeling van de aansprakelijkheid van de opvang- en zorginstelling verdisconteerd.

In vergelijkbare zin kan, zo bleek uit hoofdstuk 6, met betrekking tot *horecagelegenheden* (zoals cafés, bars, restaurants en daarmee vergelijkbare ruimten met horecavoorzieningen) gesteld worden dat door de (mede)bezoekers in potentie gemiddeld gevaarlijker gedrag vertoond kan worden, en dat dit (vooraf) kenbaar is voor de beheerders van deze ruimten. Zo hebben de beheerders van horecagelegenheden kennis of behoren deze beheerders kennis te hebben van de feiten dat (1) met name drankgebruik binnen deze ruimte (relatief gezien) is genormaliseerd, maar ook drugsgebruik voor kan komen, en (2) drank- en/of drugsgebruik het risico op gevaarzettende handelingen door primaire partijen vergroot.<sup>30</sup> Bovendien wordt het gebruik van (vaak) alcohol en (minder vaak) drugs veelal door de ruimte gefaciliteerd en kan op het gebruik dus ook invloed uitgeoefend worden. Dit brengt – in gelijke zin als hiervoor werd beschreven – verwachtingen met betrekking tot de inperking van daardoor ontstane hogere risico's op schade voor derden (mede-bezoekers) met zich mee.<sup>31</sup>

### Voorbeeld

Als een café een feestavond organiseert, waarbij bekend is dat er alcohol gedronken wordt en dit ook door het café aangeboden wordt, dan dient het rekening te houden met een relatieve onvoorzichtigheid van de bezoekers van dit feest. Hoewel van tevoren niet kenbaar is of, en zo ja, welke specifieke gevaren zich zullen manifesteren, en welke bezoekers daarvan de mogelijke slachtoffers zullen worden, zal het café op het aan (overmatig) alcoholgebruik klevende risico wel moeten anticiperen. Dit kan het café doen door bijvoorbeeld op voorhand bepaalde risicovolle activi-

---

of proefverlof voor een keuze staat, die in alle mogelijke varianten nadelen met zich meebrengt. Zo kan het inperken van de vrijheid van de patiënt zijn genezingsproces belemmeren, maar kan het geven van diezelfde vrijheid tot schade bij derden leiden. Overigens geldt dat dit dilemma enkel in de financiële context als zodanig in de rechtspraak is erkend, zie hierover hoofdstuk 5, paragraaf 3.3.2.

30 Zo bleek ook uit de in hoofdstuk 6, paragraaf 2 besproken onderzoeken naar het verband tussen het gebruik van alcohol/drugs en geweld.

31 Zie ook Van Rooij 2017, p. 340.

teiten te verbieden – althans deze niet te initiëren – en (te) dronken bezoekers de toegang tot het feest te ontzeggen.<sup>32</sup>

Tussen de secundaire zorgplicht van sportverenigingen en horecagelegenheden enerzijds en de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen anderzijds, zijn verschillen aan te wijzen in de reden of 'de aanleiding' voor de gemiddeld hogere voorzienbaarheidsgraad, zo lichtte ik al toe. Meer in het bijzonder kan bovendien in abstracto worden betoogd dat bij sportverenigingen en horecagelegenheden de invloed op het *ontstaan* van het schadeveroorzakende gedrag in de regel groter is, omdat de beheerders degenen zijn die de gevaarzettende sportactiviteit faciliteren c.q. de alcohol schenken. De invloed van opvang- en zorginstellingen op het ontstaan van agressie en andersoortig schadeveroorzakend gedrag van patiënten of tbs-gestelden is daarentegen beperkter. Uit de in hoofdstuk 5, paragraaf 2 besproken empirische onderzoeken bleek de aanleiding tot agressie bij deze potentiële primaire partijen immers significant vaak in het ziektebeeld te liggen en bleek ook dat de invloed van opvang- en zorginstellingen op het ontstaan van agressie en andersoortig schadeveroorzakend gedrag, beperkt is.<sup>33</sup> De aan de patiënt of tbs-gestelde verbonden risico's zijn dus veeleer gerelateerd aan de geestesziekte van deze 'bezoeker'. Deze risico's zijn al in den beginne ('voor het bezoek') een gegeven, sterker nog: vormen een reden van het 'bezoek' (de opname). Bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van opvang- en zorginstellingen wegens schadeveroorzakend gedrag van patiënten, zal dus vooral moeten worden beoordeeld of – gegeven de kenbaarheid van het risico op dit schadeveroorzakend gedrag – zij er alles aan hebben gedaan om het *gevolg* of de *herhaling* van dat gedrag te voorkomen of in omvang te beperken.<sup>34</sup> Bij de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid van sportverenigingen en horecagelegenheden zal het daarentegen veelal gaan om de vraag of zij invloed op *het ontstaan* of de *oorzaak* van het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij hebben uitgeoefend of hadden behoren uit te oefenen. Alhoewel dat uit de beschikbare rechtspraak niet af te leiden valt – en het daarom speculatie blijft – zou het hiervoor geschetste, vooraf reeds kenbare 'gegeven' dat de bezoekers van opvang- en zorginstellingen risicovol gedrag kunnen gaan vertonen, een van de mogelijke verklaringen kunnen vormen voor de in paragraaf 2.2, onder VII besproken conclusie dat de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen gemiddeld met minder terughoudendheid benaderd lijkt te worden.<sup>35</sup>

Recapitulerend geldt dat sportverenigingen waarin sport- en spelactiviteiten ont-plooid worden, opvang- en zorginstellingen waarin psychiatrische patiënten en

32 Voorbeeld ontleend aan de in hoofdstuk 6, paragraaf 3.2 besproken uitspraken Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AS9440 (*Café La Berry*) en Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9020, VR 2007/154 (*Sparerib gooiende medestudent*).

33 Nijman & Geurkink 2004, p. 604. Vgl. Van Marle 2012, p. 407.

34 Zie over het beperken van de schade 'naar omvang', Keirse 2017, p. 73.

35 Zie nader hoofdstuk 5, paragraaf 3.2 met daarin een verwijzing naar de relatie die ook Van Marle 2012, p. 407 legt tussen de verantwoordelijkheid van opvang- en zorginstellingen en de constatering dat geweld bij het ziektebeeld van de patiënten hoort.



tbs-gestelden worden opgenomen en horecagelegenheden waarin alcohol wordt gedronken en/of waar drugs worden gebruikt, te maken hebben met een groep bezoekers waarbij het meer te verwachten is dat zij in potentie schade zal veroorzaken. Kenbaarder en daarom meer voorzienbaar voor deze ruimten is dát hun bezoekers – eerder dan de gemiddelde andere bezoekers van een supermarkt, ziekenhuis, school of kledingwinkel – risicovol gedrag kunnen gaan vertonen. De op deze beheerders rustende zorgplichten kunnen daarom (reeds vooraf) meer toegespitst worden op het meer specifieke potentieel in gevaar komende belang (en zijn dus concreter). Het gevolg daarvan is dat deze ruimten, in de regel meer dan de andere onderzochte ruimten, kunnen en moeten anticiperen op gevaarlijk gedrag, ook al weten zij nog niet precies of, en zo ja, welk schadeveroorzakend gedrag precies vertoond zal worden. Een en ander kan de conclusie rechtvaardigen dat deze ruimten, bij het uitblijven van op die risico's geënte voorzorgsmaatregelen, in beginsel sneller dan de andere onderzochte ruimten secundair aansprakelijk zullen zijn voor de door de primaire partij veroorzaakte schade, althans dat deze omstandigheden 'in het voordeel van' het slachtoffer in de aansprakelijkheidstoets verdisconteerd zullen worden.<sup>36</sup>

Twee opmerkingen zijn, tot slot, op zijn plaats.

Ten eerste blijft het vertrekpunt, óók van de secundaire zorgplicht van sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen en horecagelegenheden, dat de secundaire partij heeft te kampen met en moet anticiperen op onvoorspelbaar gedrag van de primaire partij. Alhoewel de zorgdaden van die secundaire partijen relatief gezien concreter kunnen zijn dan de zorgdaden van de beheerders van de (andere) besproken ruimten waarin zich geen 'risicoverhogende omstandigheden' voordoen, geldt dat zij nog steeds (anders dan de primaire partij) moeten anticiperen op vooraf niet kenbaar gedrag van een andere partij. De uiteindelijk verwezenlijkte schade blijft dus ook voor deze secundaire partijen, in vergelijking met de primaire partij, relatief gezien onvoorzienbaar.<sup>37</sup>

### Voorbeeld

In het kader van een door een sportvereniging georganiseerde hockeywedstrijd is voor de primaire partij (de medesporter) duidelijk dat zij niet rücksichtslos met haar hockeystick mag zwaaien en ook niet met gestrekt been op de medespelers in mag komen. Voor de sportvereniging is vooraf duidelijk dat tijdens de hockeywedstrijd relatief gevaarzettend gedrag vertoond gaat worden. Niet is echter te voorspellen of, en zo ja, welk schadeveroorzakend gedrag de primaire partij precies gaat vertonen (rücksichtslos met de hockeystick zwaaien? Met gestrekt been op de medespeler inkomen?) en waar de sportvereniging (denk aan de scheidsrechter) de medespeler dus precies tegen heeft te beschermen, door bijvoorbeeld op tijd in te grijpen.

36 Zie ook Van Rooij 2017, p. 341.

37 En alle daaraan in paragraaf 3.2.1 verbonden consequenties.

Bovendien dient bedacht te worden dat de hiervoor besproken uitgangspunten bij uitstek gelden voor de genoemde ruimten van sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen en horecagelegenheden, maar dat er natuurlijk óók met betrekking tot de andere private ruimten nuances te bedenken zijn. Zo zal de kenbaarheid van een verhoogd risico op schadeveroorzakend gedrag onder omstandigheden ook gelden voor scholen (tijdens pauzes en gymlessen) of voor de ruimten waarin een sportelement besloten ligt (zoals een escaperoom of pretpark). Ook zijn combinaties denkbaar: bijvoorbeeld een horecagelegenheid in een sportkantine. Daarnaast kan de zorgplicht van scholen verschillen van – bijvoorbeeld – supermarkten of winkels, in die zin dat van scholen in de regel een meer intensieve mate van zorg voor en toezicht op de (minderjarige) leerlingen verwacht zal worden dan van supermarkten of winkels jegens hun bezoekers. Ik stipte al aan dat, ten behoeve van de hoofdlijn, in deze paragraaf is geabstraheerd van dergelijke (wel in de hoofdstukken 3 t/m 6 besproken) nuances. De essentie is dat in al die (wisselende) gevallen waarin er voor de onderzochte ruimten (meer) aanleiding bestaat om te anticiperen op het (vooraf kenbaar) risicovoller gedrag dat binnen of rondom de ruimte vertoond kan worden, deze gemiddeld 'hogere voorzienbaarheidsgraad' zich vertaalt in hogere verwachtingen in termen van toezicht en preventie. Dit kan zodoende een belangrijk aanknopingspunt zijn bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht. Het blijft echter in elke specifieke secundaire aansprakelijkheids-casus – dus ook voor de besproken ruimten van sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen en horecagelegenheden – een afweging van de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij op voorhand slechts in abstracto bepaalde conclusies te trekken zijn.<sup>38</sup>

### 3.3 ANDERE BEZWAREN TEGEN SECUNDAIRE AANSPRAKELIJKHEDEN

#### 3.3.1 INLEIDING

Naast de in paragraaf 3.2.1 beschreven gebrekkige voorzienbaarheid van de schade, bestaan er ook andere bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden. In het navolgende kom ik, zonder naar volledigheid te streven van alle in de literatuur (ooit) geuite bezwaren tegen de toewijzing van secundaire of toezichthoudende aansprakelijkheden, tot een samenvattende weergave hiervan.

#### 3.3.2 MORELE BEZWAREN

Zo passeren in de eerste plaats de meer morele bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden de revue, veelal direct of indirect te herleiden tot de besproken kenmerken van secundaire zorgplichten. Het gaat hier om het feit dat de secundaire partij niet de (meest) directe veroorzaker van de schade is (zij heeft de trekker niet overgehaald), maar wel aansprakelijk wordt gehouden vanwege (het niet voorkomen van) het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij (die de trekker

---

38 Vgl. specifiek met betrekking tot de zorgplicht van scholen, Pajmans 2019, p. 26.

dus wel overhaalde). De vervolgens rijzende bezwaren komen daarop neer dat de rekening dan ten onrechte terecht zou komen bij de secundaire partij, als hooguit zijdelingse laedens, in plaats van bij de primaire schadeveroorzaker.<sup>39</sup> Zo merkt Spier in zijn annotatie onder een uitspraak over de secundaire aansprakelijkheid van een gemeente op dat:

(...) vorderingen al spoedig zullen afstuiten op de doctrine dat een slachtoffer zich moet wenden tot de “echte dader”.<sup>40</sup>

Ook door andere auteurs wordt in verschillende contexten gesproken over de secundaire partij als de ‘relatieve buitenstaander’<sup>41</sup> de ‘zijdelingse dader of laedens’<sup>42</sup> de niet-echte veroorzaker<sup>43</sup> en de ‘afgeleide aansprakelijke persoon’.<sup>44</sup> In het verlengde daarvan wordt meermaals de vraag gesteld of een terughoudende opstelling bij de beoordeling van secundaire aansprakelijkheden niet ‘gewoon terecht’ is, nu ‘de primaire dader – in elk geval moreel bezien – de meest gereede partij is om verantwoordelijk en aansprakelijk gehouden te worden’.<sup>45</sup> Deze morele bezwaren liggen in het verlengde van de constatering dat de door de primaire partij veroorzaakte schade voor de secundaire partij niet steeds (goed) voorzienbaar is (de primaire partij was immers de ‘echte schurk’).

39 Zie hierover in het kader van overheidsaansprakelijkheid Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 6 (*Vuurwerkramp Enschede*). Zie ook: Bolt & Ceulen 2016, p. 18: ‘Haar kan hooguit worden verweten dat zij een door de ander in het leven geroepen gevaarlijke situatie heeft laten voortbestaan.’

40 Spier in zijn annotatie onder HR 7 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, NJ 2017/73, sub 7 (*Electriciteitskabels marktkramen*).

41 Giesen 2014, p. 108. Zie ook Van Boom 1997, p. 139 e.v.

42 Van Boom & Giesen 2001, p. 1676; Hartlief & Tjittes 2004, p. 1583; Hartlief 2005b, p. 1128; Van Rossum 2005, p. 92; Hartlief 2006a, p. 99; Hartlief 2006c, p. 799; Van Ravels 2007, par. 6; Polak e.a. 2008, par. 6; Busch 2010, p. 1001; Franssen e.a. 2014, par. 2.1; Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 7 (*Vuurwerkramp Enschede*); Van Ravels 2015, p. 677; Bolt & Ceulen 2016, p. 18; Tjong Tjin Tai 2019, p. 31.

43 Althans, Van Boom 1997, p. 139 merkt de primaire partij aan als ‘de echte veroorzaker’, in tegenstelling tot de secundaire partij. Hetzelfde geldt voor Verheij 2019, p. 91. Van der Wiel 2005, p. 158, noemt de primaire partij ‘de grote boosdoener’.

44 Of: het ‘slechts’ dader in de tweede graad zijn. Zie ook Van Boom & Giesen 2001, p. 1676; Giesen 2005a, p. 45.

45 Giesen 2014, p. 108, welke vraag hij in het vervolg van zijn bijdrage ontkennend beantwoordt (zie hierover nader paragraaf 4.1). Ook wijs ik, alhoewel in de context van de overheidsaansprakelijkheid, op de uitspraak van het Hof Den Haag van 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591. De Staat bezigt in deze procedure (overigens met weinig succes) het argument dat hij ‘slechts’ een zijdelingse laedens is en aansprakelijkheid daarom afgewezen zou moeten worden: ‘De Staat heeft nog aangevoerd (...) dat de Staat niet kan worden aangemerkt als de “primaire laedens” (aansprakelijke/veroorzaker) maar als “zijdelingse laedens” (...)’ (r.o. 61). Het hof overwoog echter dat deze en de andere aangevoerde argumenten niet van dien aard zijn dat zij het uitblijven van verdergaande daadwerkelijke actie rechtvaardigen. A-G Wissink en P-G Langemeijer bevestigden dit oordeel van het hof in de conclusie (sub 4.190) van 13 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:887. Vgl. ook het arrest HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Klimaatzaak Urgenda*), waarin de Hoge Raad het arrest van het hof bekrachtigde.

Door verschillende auteurs wordt er bovendien op gewezen dat het niet de bedoeling kan zijn dat degene die het schadevooral niet voorkomt, op dezelfde wijze aansprakelijk zou zijn als degene die het veroorzaakt.<sup>46</sup> De ‘ellende begint immers met het handelen of nalaten van een ander’.<sup>47</sup> Dit morele argument ‘tegen’ de aanname van secundaire aansprakelijkheden wordt in de Angelsaksische literatuur aangeduid met de frase: ‘Why pick on me?’<sup>48</sup>

### 3.3.3 HET HUIDIGE HOOFDELIJKHEIDSSYSTEEM

De hiervoor besproken bezwaren klemmen temeer daar waar (of worden gevoed door het feit dat) het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem tot gevolg heeft dat de secundaire partij voor de volledige schade aangesproken kan worden en vervolgens voor het vaak aanwezige risico op een insolvente primaire partij heeft in te staan. In aanloop naar paragraaf 5.3.2, merk ik daarover alvast het volgende op.

In hoofdstuk 2, paragraaf 3.5 besprak ik al dat de vestigingsfase van de aansprakelijkheidstoets enkel een ‘alles-of-niets’-antwoord geeft: wel aansprakelijk of niet aansprakelijk.<sup>49</sup> Ook in het vervolg van de procedure van de benadeelde tegen de secundaire partij wordt, behalve correcties in de toerekening van de schadeposten ex art. 6:98 BW, het relatieve ‘veroorzakingsaandeel’<sup>50</sup> van de secundaire partij ten opzichte van de primaire partij niet vertaald in een percentage tussen 0% en 100%.<sup>51</sup> Het in art. 6:102 BW neergelegde hoofdelijkheidssysteem bepaalt immers

46 Giesen 2005a, p. 51. Jurgens 2000, p. 1281 bepleit een terughoudendheid gezien het ‘secundaire karakter van de fout’.

47 Hartlief 2010, p. 603.

48 Ontleend aan Kortmann 2014, p. 117.

49 Vanwege het gebrek aan grijstinten wordt deze uitkomst van de vestigingsfase door Kortmann ook wel genoemd: ‘zero shades of grey’. Zie zijn annotatie onder HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, AB 2020/1, sub 2 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Vgl. Haazen 2019, p. 144. Een en ander wordt ook als probleem aangeduid in de context van de proportionele aansprakelijkheid (causaliteitsproblematiek). Zie hierover Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 61 (‘Van belang is niet alleen dat een systeem van “alles of niets” de schijn van onrechtvaardigheid tegen heeft, maar ook dat een proportionele oplossing daarentegen juist als billijk wordt ervaren.’). Vgl. ook Akkermans 1997, p. 85 (‘“alles-of-niets” voert tot een patstelling’); Hartlief 2000, p. 15-16; Tjong Tjin Tai, 2006b, p. 99; Klaassen 2007, p. 1347. Zie hierover, tot slot, ook Barendrecht 2004a, p. 2180 (‘De juridische, organisatorische of politieke verantwoordelijkheid voor dingen die fout gaan komt meestal bij een of meer personen terecht, die de gehele “schuld” krijgen. Tusseloplossingen, waarbij de verantwoordelijkheid wordt verdeeld, komen minder vaak voor. Het is meestal “alles of niets”’).

50 Zijnde dat deel van de schade dat correspondeert met het aandeel van een partij in de veroorzaking van de totale schade. Deze term en de verhouding tot de voorwaarden voor partiële aansprakelijkheid worden in paragraaf 5.3.5 nader uitgewerkt. Ik hanteer deze term in navolging van onder meer Akkermans 1997, p. 85-86; Van Boom 1997; Hartlief 2010; Scheltema & Scheltema 2013, p. 428.

51 Figuren als matiging (art. 6:109 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) en eigen schuld (art. 6:101 BW, maar ook in de context van art. 6:102 lid 2 BW) worden hier en in het vervolg van dit hoofdstuk buiten beschouwing gelaten, zo merkte ik al op in hoofdstuk 2, paragraaf 4.1. In het geval van matiging (art. 6:109 BW) geldt immers een tot terughoudendheid nopende maatstaf (‘kennelijk onaanvaardbare gevolgen’), waaraan stringente motiveringseisen zijn verbonden.

dat als de primaire en secundaire partij voor dezelfde schade aansprakelijk zijn, zij tegenover de benadeelde tot de vergoeding daarvan hoofdelijk zijn verbonden.<sup>52</sup> De benadeelde kan ieder van hen dus voor de gehele schade aanspreken, en niet slechts voor het door elke partij specifiek veroorzaakte gedeelte daarvan ('pick and choose').<sup>53</sup> Op die manier – en dat is op zich een groot goed – heeft de benadeelde geen last van insolventieproblemen van een van beide aansprakelijke partijen.

Als de secundaire partij in relatie tot het slachtoffer aansprakelijk wordt gesteld en de schade vergoedt (100%), dan kan zij vervolgens regres nemen op de andere medeveroorzaker (de primaire partij) naar rato van het aandeel van de aansprakelijke partijen in de veroorzaking van de schade. De door elk van de partijen te betalen som wordt dan (wel) vertaald in een percentage van 0% tot 100%.<sup>54</sup> Het resultaat van dit systeem is dat de relatieve ernst van de fouten van de primaire en de secundaire partij pas een rol speelt in hun onderlinge regresverhouding (conform art. 6:10-6:14 BW).<sup>55</sup> Voor de secundaire partij is dit regresrecht echter in feite een lege huls als de primaire partij insolvent is.<sup>56</sup> Giesen e.a. merken over deze situatie op:

'Daardoor krijgt de interne regresmogelijkheid waarover de toezichthouder theoretisch beschikt tegenover de primaire aansprakelijke, in de praktijk wellicht geen nut

---

den, waardoor deze in de praktijk van de secundaire aansprakelijkheid niet snel van betekenis zal zijn. Zie hierover ook Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 449 en de conclusie van A-G Hartkamp (sub 6) voor HR 25 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2913, NJ 1999/510: 'Blijkens de parlementaire geschiedenis is de matigingsbevoegdheid zo geformuleerd dat zij de rechter noopt tot een mate van terughoudendheid die belet dat zij door de schuldenaar als chicane gehanteerd kan worden; de in het artikel gekozen maatstaf noopt tot voorzichtigheid (...). Die terughoudendheid geldt te meer bij solvabele c.q. goed verzekerde partijen, zoals de secundaire partij bij uitstek zal zijn. Zie over de (beperkte) betekenis van het matigingsleerstuk in de praktijk in gelijk zin Schreuder 2017, p. 240 ('een bescheiden rol'). Vgl. Verheij 2019, p. 218. De leerstukken van de voordeelstoe-rekening en eigen schuld zien op andere situaties dan die hier worden bedoeld, namelijk die waarin het slachtoffer ook voordeel bij de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft gehad, dan wel een eigen bijdrage daaraan heeft geleverd. Zie hoofdstuk 2, paragraaf 4.1.

- 52 Met de in hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.1 gemaakte nuances met betrekking tot de gevallen waarin de schade 'deelbaar' is en van sterk ongelijksoortige vormen van samenloop sprake is, zoals bij secundaire aansprakelijkheid niet het geval zal zijn.
- 53 Onder meer Van Boom 1997, p. 136; Van Boom 2000a, p. 27; Giesen 2005a, p. 39; Klaassen 2008, p. 177-178; Hartlief 2010, p. 603; en meer in het algemeen Van Boom 2016, p. 53; Van Dam 2020, p. 574-575. Buiten beschouwing gelaten de eigen schuld: wanneer de benadeelde immers wel part of deel heeft aan zijn eigen schade, dan deelt hij om die reden op grond van art. 6:102 lid 2 BW wél mee in het risico dat een van de medeaansprakelijke partijen onvindbaar, insolvent of anderszins niet-uitwinbaar blijkt. Deze situatie blijft, zoals gezegd, in dit onderzoek verder buiten bespreking. Zie hierover Van Boom 1999, p. 83; Keirse 2003, p. 62-63; Roelofs 2010, p. 52-55.
- 54 Van Boom 1997, p. 136 en meer in het algemeen Van Boom 2016.
- 55 Van der Wiel 2005, p. 158; Van Boom 2016, p. 33.
- 56 Of als de primaire partij onvindbaar is of om andere redenen niet-uitwinbaar blijkt, hetgeen tot hetzelfde (in dit onderzoek beschreven) resultaat leidt als in het geval waarin de primaire partij insolvent is. Ook dan kan de secundaire partij haar regresvordering immers niet verhalen, en dient zij per saldo de gehele schade (alleen) te vergoeden. Bedacht dient dus steeds te worden dat, daar waar ik in het vervolg van dit onderzoek spreek over een 'insolvente' primaire partij, hetzelfde geldt in de situatie waarin de primaire partij onvindbaar is.

tige uitwerking. In dat geval blijft de schade dus bij de toezichthouder liggen, voor zover diens aansprakelijkheid aangenomen wordt.<sup>57</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Het voorgaande heeft tot gevolg dat de secundaire partij die wel aansprakelijk wordt bevonden, maar een relatief beperkt veroorzakingsaandeel in de schade heeft, naar het Nederlandse recht de gehele schadelast dient te dragen als de primaire partij insolvent is.<sup>58</sup> Het vestigen van de aansprakelijkheid kan voor een secundaire partij zodoende tot grote, en misschien wel *onbillijke* gevolgen leiden, zo concludeert ook Barendrecht.

‘Er zijn immers situaties waarin de dader het ongeval wel had kunnen voorkomen, maar geen zodanige mate van onzorgvuldig handelen kan worden vastgesteld dat hij alle schade zou moeten dragen. Want een dader die weinig onzorgvuldigheid kan worden verweten alle schade te laten dragen is ook onredelijk.<sup>59</sup> [mijn onderstreping, KLM]

In gelijke zin luidt de conclusie van Busch, die – gegeven de hoofdelijke veroordeling van de primaire en de secundaire partij – opmerkt:

‘Dit is een eindsituatie die bezien vanuit het perspectief van een rechtvaardige schadeverdeling als gezegd niet per se optimaal is als de regresvordering op de primaire partij onverhaalbaar is.<sup>60</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Dat een secundaire partij zich in haar regresrelatie met de primaire partij in een niet verwaarloosbaar aantal gevallen ook daadwerkelijk met een insolvente primaire partij geconfronteerd ziet – terwijl zij zelf (al dan niet door een genoten verzekeringsdekking)<sup>61</sup> wel voldoende solvent zal zijn om het volledige schadebedrag te voldoen – is goed verklaarbaar.<sup>62</sup> Secundaire partijen betreffen immers de partijen die met toezichthoudende taken en verantwoordelijkheden zijn belast

57 Giesen e.a. 2009, p. 49.

58 Of, in de woorden van Verheij 2019, p. 91: ‘Het is dus mogelijk dat iemand die een gering verwijt treft voor 100% kan worden aangesproken en zich om genoemde redenen niet kan verhalen op degene die een zeer ernstig verwijt te maken valt.’

59 Barendrecht 2004a, p. 2186. Vgl. Barendrecht 2003, p. 957: ‘Artikel 6:102 lid 1 BW kan zo worden gelezen dat de toezichthouder voor het geheel aansprakelijk is, terwijl de causale afweging lijkt mee te brengen dat de (vaak insolvabele) primaire dader vanuit de grootste bijdrage aan het ontstaan van de schade heeft geleverd. Dat is wel een heel vergaande bescherming van het slachtoffer ten koste van de toezichthouder, die misschien maar voor 3 of 5% draagplichtig is ten opzichte van de hoofddader, maar wel 100% moet vergoeden.’

60 Busch 2011, p. 67.

61 In hoofdstuk 1, paragraaf 6.2 lichtte ik al toe dat ik vanwege het gebrek aan relevantie voor de materiële aansprakelijkheidsvraag (als bedoeld is in dit onderzoek) niet steeds inga op de vraag of de secundaire partij voor de aangesproken schade verzekerd is. Zie over de rol en de betekenis van aansprakelijkheidsverzekeringen, Van Dam 2006, p. 155-157.

62 Zie hierover ook Van Boom & Giesen 2001, p. 1676; Van Dijk 2003, p. 188; Hartlief 2003, p. 43; Giesen 2005a, p. 40; Van Rossum 2005, p. 92 en 94; Verheij 2019, p. 91; Van Dam 2020, p. 179 en 412 e.v.

(veelal de overheid of private ondernemingen), daar waar de schade veelal direct veroorzaakt zal zijn door een natuurlijk persoon (de primaire partij). Het zal voor de benadeelde dan ook in de meeste gevallen aantrekkelijker zijn de secundaire partij naast of in plaats van de primaire partij aan te spreken: de eerstgenoemde partij zal bij toewijzing van de aansprakelijkheidsvordering in de regel ook daadwerkelijk tot vergoeding van de schade in staat blijken.<sup>63</sup> Sterker nog: de insolventie van de primaire partij en de solventie van de secundaire partij kan voor de benadeelde in de regel nu juist de aanleiding of in elk geval een belangrijke reden<sup>64</sup> zijn geweest om de complexere secundaire aansprakelijkheidsdiscussie te starten.<sup>65</sup> De hiervoor geschetste situatie – een beperkt veroorzakingsaandeel leidt desondanks tot de plicht om de volledige schadelast te betalen – heeft dus niet op een zeldzaam aantal gevallen betrekking.

Een en ander betekent dat de al genoemde bezwaren van de gebrekkige voorzienbaarheid en het ‘niet de echte dader zijn’ (welk laatste, morele argument vooral zal spelen als de secundaire partij een beperkt verwijt treft<sup>66</sup>) door het hoofdelijkheidssysteem worden ‘gevoed’ in de gevallen dat de primaire partij insolvent is of om een of andere reden niet-uitwinbaar blijkt. De feitelijke consequentie zal dan immers zijn dat de secundaire partij de volledige schadelast dient te dragen, terwijl de ernst van haar fout mogelijk beperkt is. Ik kom in paragraaf 5.3.2 op deze consequentie van het hoofdelijkheidssysteem voor de secundaire partij terug.

63 Hartlief 2010, p. 603. Vgl. Giesen 2005a, p. 40; Van Rossum 2005, p. 92; Di Bella 2016, p. 131 en 132; Verheij 2019, p. 91.

64 Uiteraard zal ook een belangrijke rol kunnen spelen dat de eisende partij meent dat de secundaire partij (mede)verantwoordelijk is en daarom moet boeten. Vgl. Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 4 (*Vuurwerkkramp Enschede*). Zie ook Hartlief 2005b, p. 1127.

65 Zie in gelijke zin Giesen 2005a, p. 8: ‘De belangrijkste reden waarom de toezichthouder uiteindelijk wordt aangesproken, is een financiële: de toezichthouder is solvent, de eigenlijke laedens vaak niet of niet voldoende.’ Zie ook Giesen 2014, p. 82: ‘(...) de reden daarvoor laat zich raden. De primaire dader blijkt onvindbaar of een “kale kip”’. Vgl. Giesen e.a. 2009, p. 49: ‘De voornaamste reden om ook de toezichthouder aan te spreken zal hierin gelegen zijn dat de primaire dader niet meer te traceren is of failliet is.’ Van Rossum 2005, p. 94: ‘In de praktijk zal het erop neer komen dat veelal de toezichthouder als zijdelingse laedens door derden aansprakelijk wordt gesteld omdat de toezichthouder solvabel is en de primaire veroorzaker dat veelal niet of in onvoldoende mate is.’ Hartlief 2010, p. 603: ‘Toezichthouders komen (...) meer en meer in beeld in plaats van de primaire daders. Dat heeft uiteraard alles te maken met het feit dat toezichthouders, anders dan vaak de primaire daders, de solvabele debiteur zijn.’ Verheij 2019, p. 91: ‘Hij kan zich weliswaar verhalen op degene die de schade “echt” heeft veroorzaakt, maar deze is vaak onvindbaar of insolvent.’ In gelijke zin Kortmann 2014, p. 115: ‘Van een kale kip kun je geen veren plukken.’ Van Boom & Giesen 2001, p. 1676: ‘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.’ Zie in gelijke zin ook Di Bella 2016, p. 131 en 132; Van Dam 2020, p. 412.

66 De vraag wanneer van een ‘beperkt verwijt’ precies sprake is, wordt in paragraaf 5.3.5.3 (in de context van partiële aansprakelijkheid) nader uitgewerkt. Ten behoeve van de consistentie wordt deze term – in de aanloop daartoe – al op enkele plaatsen in dit hoofdstuk aangehaald.



### 3.3.4 DE ONTWIKKELING VAN EEN CLAIMCULTUUR

Vanuit het hiervoor geschetste perspectief zijn ook de in de literatuur genoemde angsten voor een claimcultuur (beter) te begrijpen: met een ruime reikwijdte van de secundaire aansprakelijkheid zou het 'hek van de dam' zijn.<sup>67</sup> De vrees dat de aanvaarding en sanctionering van (secundaire) zorgplichten de sluizen van aansprakelijkheid wagenwijd open zal zetten, wordt ook wel aangeduid als het 'floodgates-argument'.<sup>68</sup> Als de rechter (te snel of te vaak) tot de aanvaarding van secundaire zorgplichten overgaat, zouden we af kunnen stevenen op een onhoudbaar aantal claims jegens secundaire partijen, is dan de gedachte. Of, aldus Spier, dan zal 'de geest uit de fles' zijn, waarbij de geest in dit verband 'een niet onaanzienlijke hoeveelheid claims' aan het adres van de secundaire partij betreft.<sup>69</sup> Deze toename van secundaire aansprakelijkheidsvorderingen is, zo lichtte ik in het voorgaande reeds toe, goed te verklaren vanuit het hoofdelijkheidssysteem waarin de (vaak wel solvente) secundaire partij een aantrekkelijke partij is om in rechte te betrekken.<sup>70</sup> De solvente secundaire partij kan in het hoofdelijkheidssysteem zodoende als een 'verzekeraar' van de benadeelde fungeren, om hem te beschermen tegen de insolventie van de primaire veroorzaker.<sup>71</sup> Het is vanuit dat perspectief ook niet vreemd dat de 'toezichthouder claims aantrekt als een lottowinnaar vrienden'.<sup>72</sup>

Dat een toenemend aantal secundaire aansprakelijkheidsvorderingen daadwerkelijk tot (claimcultuur)problemen zou kunnen leiden, illustreert de Amerikaanse 'tort insurance crisis' in de jaren tachtig van de vorige eeuw.<sup>73</sup> Deze crisis kenmerkte zich door een dramatische verhoging van de premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen, waardoor voor bepaalde aansprakelijkheidsrisico's geen adequate en betaalbare verzekeringen meer werden aangeboden en polissen werden opgezegd.<sup>74</sup> Een belangrijke oorzaak van deze crisis – en de daaropvolgende

67 A-G Spier in zijn conclusie (sub 5.39 en 5.52) voor HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*). Hartlief 2005a, p. 830; Keirse 2007, p. 2418 e.v. Zie ook Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 7, laatste liggend streepje ('koudwatervrees') (*Vuurwerkcramp Enschede*). Ook Giesen 2005a, p. 224-225; Giesen 2014, p. 90: '(...) omdat de eerste sporen van een overwaaiende claimbeweging zichtbaar beginnen te worden', waarbij hij de aansprakelijkheden naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn als voorbeeld neemt. Tot slot zij gewezen op Bolt & Spier 1996, p. 393; Vermolen & Van Boom 2017. Dat deze angst serieus genomen wordt, volgt uit de brief van de Minister van Justitie over de toenemende 'claimcultuur' in Nederland, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26630, nr. 1, p. 1-21.

68 Giesen 2005a, p. 50; Van Rossum 2005, p. 93; Van Dam 2006, p. 152-153; Verheij 2020, p. 125.

69 A-G Spier in zijn conclusie (sub 4.42) voor HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*). Zie over die 'geest' ook Albers 2005.

70 Giesen 2005a, p. 224-225.

71 Van Boom 1997, p. 141 in de context van het Amerikaanse hoofdelijkheidssysteem. Zie hierover hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.3.

72 Van der Wiel 2005, p. 158.

73 Zie daarover hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.3.

74 Schirmeister 1996, p. 437; Rogers 2004, p. 289.

‘tort reform’ – was gelegen in het feit dat benadeelde partijen hun toevlucht steeds meer zochten bij (wel) solvante secundaire partijen, en het Amerikaanse (toen nog uitsluitend) hoofdelijkheidssysteem meebracht dat zij meer schade moesten vergoeden dan waarvoor zij in feite verantwoordelijk waren. Zodoende werden risico’s op termijn onverzekerbaar, met de in hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.3 geschetste gevolgen van dien.<sup>75</sup>

### 3.3.5 PREVENTIEVE BEZWAREN

Tot slot worden er ook vraagtekens geplaatst bij de preventieve werking van secundaire aansprakelijkheden.<sup>76</sup> Zo kan de besproken beperkte voorzienbaarheid van de schade (ook) consequenties hebben voor de vraag of de secundaire zorgplicht überhaupt wel een preventief (afschrikkend) effect genereert. De preventiedoelstelling veronderstelt immers dat een partij op de hoogte is van de norm die moet worden nageleefd,<sup>77</sup> terwijl het aansprakelijkheidsrecht – zo betoogde ik in paragraaf 3.2.1 – juist relatief slecht aangeeft hoe secundaire partijen zich moeten gedragen om schade te voorkomen.<sup>78</sup> Ook vanuit het preventieperspectief van de primaire partij valt er bovendien wat tégen het bestaan van een zorgplicht van secundaire partijen te zeggen. In het voorgaande lichtte ik al toe dat de benadeelde in het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem de primaire partij kan overslaan en de secundaire partij voor de gehele schade aansprakelijk kan houden: de primaire partij ontsnapt en louter de secundaire partij ‘boet’. Een dergelijke sanctie zou een mogelijk prikkelende werking op de secundaire partij kunnen hebben – waardoor het toezicht op de primaire partij wordt aangescherpt – maar jegens de primaire partij zelf sorteert die sanctie in beginsel geen preventief effect. Deze partij wordt er bij gebrek aan consequenties immers niet (voldoende) van weerhouden de schadeveroorzakende handeling nog eens te verrichten, is dan het betoog.<sup>79</sup>

75 Van Boom 1997, p. 141. Zie ook Klaassen 2017, p. 92.

76 Ik volsta op deze plaats met een signalering van het feit dat er in de literatuur bovendien twijfels zijn geuit over de (daadwerkelijke) preventieve effecten van het aansprakelijkheidsrecht op zich. Zie hierover onder meer Hartlief 1997, p. 20; Van Boom 2006, p. 14-16 en 19-21; Kortmann 2009, p. 19-24; Havinga 2010; Giesen 2013, p. 506-508.

77 Vansweevelt & Weyts 2009, p. 8.

78 Van Boom 2003a, p. 20; Engelhard & Van Maanen 2008, p. 14. Ook kritisch is Hartlief 2010, p. 603.

79 Hartlief 2010, p. 603. Zie ook Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, sub 7, derde liggend streepje (*Vuurverkramp Enschede*). Deze redenering is tegengesproken door onder meer Giesen 2005a, p. 150. Zo kan volgens Giesen juist ook een mogelijke aansprakelijkheid van een secundaire partij consequent en goed toezicht bevorderen, waardoor ook de potentieel primaire partij zich gedwongen voelt om zorgvuldig(er) te werk te gaan om schade te voorkomen. Vgl. Van Rossum 2005, p. 93. Ik werp bovendien de vraag op in hoeverre de omstandigheid dat een secundaire partij wordt aangesproken überhaupt van invloed is op de preventieve werking van de primaire zorgplicht. Immers: de primaire partij ‘met geld’ kan in een regresprocedure worden aangesproken en wordt dan alsnog gesanctioneerd, en voor een primaire partij ‘zonder geld’ – of die met de noorderzon is vertrokken – maakt het vanuit de preventiegedachte in wezen niet uit, want bij haar valt toch (of de secundaire partij nu wordt aangesproken of niet) ‘niets te halen’. Deze primaire partij is, met andere woorden, ‘judgement proof’. Een primaire partij kan dus niet aan haar aansprakelijkheid ontsnappen *doordat* de secundaire partij wordt aangesproken; zij was of in eerste instantie door haar insolventie al

### 3.4 TUSSENCONCLUSIE: BEZWAREN VRAGEN OM EEN DEBAT OVER DE WENSELIJKE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

De secundaire zorgplicht vertoont bepaalde kenmerken die aan haar secundaire aard inherent zijn en haar onderscheiden van de primaire zorgplicht. Deze kenmerken hebben tot in de kern teruggebracht tot gevolg dat in secundaire zorgplichten veelal een gebrekkige voorzienbaarheid besloten ligt.<sup>80</sup> Deze gebrekkige voorzienbaarheid leidt tot of staat in verband met diverse andere bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden.

Duidelijk werd ook dat deze bezwaren in de zorgplichttoets in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid niet op een genuanceerde manier verdiscontereerd kunnen worden, nu deze zorgplichttoets tot een 'alles-of-niets'-antwoord leidt. Het in potentie verstrekkende gevolg van de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid – het dragen van de *volledige* schadelast, waartoe de secundaire partij met een eventuele primaire partij hoofdelijk wordt veroordeeld – wordt voor wat betreft de feitelijke schadelast in de regresrelatie met de veelal insolvente primaire partij niet naar het specifieke veroorzakingsaandeel gecorrigeerd. De (wel) solvente secundaire partij dient dan, als consequentie van het hoofdelijkheidssysteem, de gehele schadelast te dragen. Het vestigen van de aansprakelijkheid kan voor een secundaire partij die een beperkt verwijt treft zodoende tot grote (schadelast)gevolgen leiden.<sup>81</sup> Of, in de woorden van Van der Wiel: 'Men zou kunnen menen dat de positie van de toezichthouder als secundaire laedens ongunstiger is dan het aan een toezichthouder te maken verwijt in de regel kan rechtvaardigen.'<sup>82</sup> Een en ander kan in de rechtspraak tot de behoefte aan terughoudendheid (voorzichtigheid) bij de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid leiden, hetgeen ook bleek uit de literatuur (hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.2) en de rechtspraakanalyse (paragraaf 2.2, onder VII-IX).<sup>83</sup>

---

'ontsnapt' of zij ontsnapt niet en wordt in een regresprocedure betrokken bij de afwikkeling van de schade.

80 Van Rossum 2005, p. 94.

81 Uiteraard treft de secundaire partij wel 'een' verwijt dat in causaal verband staat tot de schade. Als dat niet het geval is, dan komen we aan de vraag naar de verdiscontering van de voorzienbaarheidsbezwaren niet toe en wordt de secundaire aansprakelijkheid (uiteraard en terecht) in de vestigingsfase van het aansprakelijkheidsrecht van de hand gewezen. Zie over de term 'beperkt verwijt' nader paragraaf 5.3.5.3.

82 Van der Wiel 2005, p. 159.

83 Verheij 2019, p. 91 suggereert, in de context van de overheidsaansprakelijkheid, óók dat het misschien wegens de hoofdelijkheid is dat de rechter terughoudend schijnt om de toezichthoudende partij aansprakelijk te houden voor gebrekkige controle of gebrekkig toezicht. Zoals eerder is opgemerkt, is uit de betreffende uitspraken niet (steeds) te achterhalen welke redenen de rechter nu precies tot een bepaald oordeel hebben bewogen en in hoeverre in een specifiek geval de consequentie van het hoofdelijkheidssysteem daadwerkelijk invloed heeft gehad op het (terughoudende) aansprakelijkheidsoordeel. Daarvoor is nader empirisch onderzoek vereist. Ondanks dat uit de overwegingen van de rechter niet steeds precies achterhaald kan worden welk bezwaar tot terughoudendheid leidt, lijkt het wel aannemelijk dat één of een combinatie van de in paragraaf 3 besproken bezwaren met die terughoudendheid verband houdt (zie hierover eerder paragraaf 3.4). Abstraherend van de feitelijke situatie in de rechtspraak kan in elk

De besproken bezwaren werpen de vraag op of de bestaande terughoudende beoordeling van de secundaire zorgplicht in de huidige rechtspraak terecht is. Is het, met andere woorden, wenselijk dat de rechter een principiële terughoudendheid betracht bij de toetsing van de secundaire zorgplicht, althans deze secundaire aansprakelijkheid categorisch van de hand wijst in de vestigingsfase, om zodoende tegemoet te komen aan de in deze paragraaf geschetste bezwaren tegen de toewijzing van secundaire aansprakelijkheden?

In paragraaf 4 kom ik tot een (ontkennende) beantwoording van deze vraag. In paragraaf 5 draag ik alternatieven aan om aan de (op zichzelf bezien valide) bezwaren tegemoet te komen, zonder dat er reeds in de vestigingsfase op een principieel terughoudende wijze getoetst hoeft te worden.

#### 4 TERUGHOUDENDHEID BIJ DE BEOORDELING VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

##### 4.1 IS EEN PRINCIPIËLE TERUGHOUDENDHEID OF CATEGORISCHE AFWIJZING VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT GEWENST?

Zoals ik in hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.2 al toelichtte, betreft de vraag naar de principiële terughoudendheid bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht in feite de vraag naar de beoordeling van de secundaire zorgplicht *ten opzichte* van de primaire zorgplicht.<sup>84</sup> In paragraaf 2 (onder VII) werd voorts besproken dat de secundaire zorgplicht van de private ruimten in de huidige rechtspraak terughoudender wordt beoordeeld dan de primaire zorgplicht van dezelfde ruimten. In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord of een dergelijke terughoudendheid – in het licht van de hiervoor geschetste bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden – wenselijk is.

Als de vraag naar de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht beoordeeld wordt in het licht van de huidige regels van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, dan luidt het antwoord in mijn optiek dat het dogmatisch niet te verantwoorden is om principieel en louter vanwege de hoedanigheid van de aan-

---

geval de vraag gesteld worden – en die poog ik in het vervolg van dit hoofdstuk te beantwoorden – hoe de in paragraaf 3 geconstateerde (valide) bezwaren een weerslag kunnen vinden in de secundaire aansprakelijkheidstoets, zonder de secundaire aansprakelijkheid volledig af te wijzen (de secundaire partij trof immers wel ‘een’ verwijt). Als ik daarbij in het navolgende spreek over de ‘behoefte’ van de rechter tot een al dan niet terughoudende toetsingswijze, dan doel ik dus zowel op de mogelijke daadwerkelijke behoefte van de rechter om deze consequenties van het hoofdelijkheidssysteem te ondervangen, als – abstraherend daarvan – op de vraag of er niet ook een behoefte toe zou moeten bestaan (of dat wenselijk is).

84 Voor de volledigheid zij herhaald dat, daar waar ik over een principiële terughoudendheid in de beoordeling of toetsing van de secundaire zorgplicht spreek, ik steeds abstraheer van de specifieke omstandigheden van het geval en doel op terughoudendheid ten opzichte van het aangelegde toetsingskader bij primaire zorgplichten.

gesproken secundaire partij een terughoudende beoordeling van haar zorgplicht aan te leggen, laat staan dat de secundaire zorgplicht categorisch van de hand wordt gewezen.<sup>85</sup> Het gaat in secundaire aansprakelijkheidsprocedures immers steeds om zelfstandig te maken verwijten aan het adres van de secundaire partij, waarbij art. 6:162 BW of art. 6:74 BW het relevante toetsingskader zal vormen.<sup>86</sup> Een verschil in intensiteit bij de beoordeling van de primaire en de secundaire zorgplicht is in mijn optiek niet te rechtvaardigen: geen van de te toetsen criteria bij de vaststelling van de onrechtmatigheid of tekortkoming is immers of er al dan niet nog een andere (primaire) partij ook of zelfs méér aansprakelijk te houden is. Of, in de woorden van Verheij (met betrekking tot art. 6:162 BW):

‘Nergens staat in dat artikel namelijk dat de aansprakelijkheid van degene die voldeet aan alle vereisten voor aansprakelijkheid wordt verminderd indien de schade mede het gevolg is van een ander.’<sup>87</sup>

Het gevoel dat ‘vooral de primaire partij moet bloeden’, vindt dus geen weerklank in het geldende recht.<sup>88</sup> Ons aansprakelijkheidsrecht kent als uitgangspunt dat meerdere personen jegens de benadeelde volledig aansprakelijk kunnen zijn voor dezelfde schade, als maar voor ieder van hen aan de geldende aansprakelijkheidsvoorwaarden is voldaan. De vraag of een primaire partij een groter veroorzakingsaandeel in de schade heeft dan de secundaire partij, zou dus geen rol mogen spelen bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht als een van de aansprakelijkheidsvoorwaarden.<sup>89</sup>

Dat betekent dat de secundaire partij die onzorgvuldig heeft gehandeld op haar eigen merites voor de schadelijke gevolgen daarvan aansprakelijk gehouden moet kunnen worden, want dat is wat het huidige wettelijke systeem verlangt. Dat de onzorgvuldigheid van een ander evenzeer aan de schade heeft bijgedragen en mogelijk een ernstiger verwijt oplevert, doet, in de woorden van Kortmann, ‘aan

85 Met dien verstande dat ik art. 6:98 BW – in welk verband wel rekening gehouden kan worden met de aard van de aansprakelijkheid – beschouw als een onderdeel van de omvangsfase van de aansprakelijkheid en niet als een onderdeel van de vestigingsfase, in tegenstelling tot sommige andere auteurs. Zie hierover eerder hoofdstuk 2, paragraaf 4.1 en nader paragraaf 5.2.1 van dit hoofdstuk. Zie met betrekking tot de vraag of een terughoudende toetsing van secundaire zorgplichten te verenigen is met de regels van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht eerder Maes 2016; Maes 2017b, p. 46-51.

86 Vgl. Giesen 2005a, p. 45; Hartlief 2010, p. 603 en (eerder) Hartlief & Tjittes 2004, p. 1583, zoals deze bijdragen in het vervolg van dit hoofdstuk aan bod komen. Zie over deze en de mogelijke andere grondslagen die aan de secundaire aansprakelijkheidsvordering ten grondslag kunnen worden gelegd, evenals de (ir)relevantie daarvan voor het onderhavige onderzoek; hoofdstuk 1, paragraaf 6.1 en hoofdstuk 2, paragraaf 3.1.

87 Verheij 2019, p. 92.

88 Van der Wiel 2005, p. 158. Zie hierover ook Van Boom & Giesen 2001, p. 1679.

89 Uiteraard spelen wel een rol de vragen of de schade voor de secundaire partij voorzienbaar was, in welke causale relatie haar normschending tot de schade staat, etc. Ik doel hier (enkel) op het principiële punt dát het een secundaire partij betreft, en er dus een primaire partij in het spel is, los van de hiervoor genoemde criteria voor aansprakelijkheid.

de eigen verantwoordelijkheid niet af – niet in ons strafrecht – en niet in ons aansprakelijkheidsrecht.<sup>90</sup>

In de tweede plaats en in het verlengde hiervan, zij gewezen op het Nederlandse hoofdelijkheidsregime. Dit systeem biedt benadeelden de ruimte om de primaire partij links te laten liggen en zich in hun verhaal (uitsluitend) te concentreren op de secundaire partij, zo besprak ik al in paragraaf 3.3.3. Hierdoor kan de benadeelde één van de twee aansprakelijke partijen naar keuze tot betaling van de door hem geleden schade aanspreken ('pick and choose').<sup>91</sup> Als de benadeelde ervoor kiest om de secundaire partij en niet de primaire partij aan te spreken – waarschijnlijk in verband met de eerder genoemde liquiditeitsproblemen van de primaire partij – dan heeft de rechter alleen dát vraagstuk te beantwoorden. Door (de ernst van) het verwijt dat de primaire partij treft een rol bij de beoordeling van de secundaire zorgplichtschending te laten spelen (en de secundaire partij vanwege het grotere veroorzakingsaandeel van de primaire partij te ontzien), wordt de keuzevrijheid van het slachtoffer – en daarmee het systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid – ten onrechte omzeild. Het resultaat van het hoofdelijkheidssysteem is immers juist, en daarin ligt de essentie, dat de relatieve ernst van de fouten van de primaire en de secundaire partij pas een rol zou mogen spelen in hun onderlinge regresverhouding, en dus niet óók al verdisconteerd kan worden in een (strengere of restrictievere) toetsing van de zorgplichtschending van de secundaire partij ten opzichte van de benadeelde.<sup>92</sup> Dit blijkt ook uit de volgende overweging van de Hoge Raad:

'Onderdeel b van het eerste middel gaat uit van de opvatting dat indien een schade het gevolg is van onrechtmatige daden van meer dan een persoon, diegene van de daders wiens schuld, vergeleken met de schuld van de andere dader of daders, in het niet valt, althans is te verwaarlozen, niet door de benadeelde tot vergoeding van die schade kan worden aangesproken. Deze opvatting vindt echter geen steun in het recht. In verband daarmee behoeft het Hof zich niet uit te laten over de stelling van [A], volgens welke de schuld van [B] aan het ongeval, vergeleken met die van [C], in het niet valt, althans is te verwaarlozen.'<sup>93</sup> [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

Alhoewel de in paragraaf 3.2.1 besproken voorzienbaarheidsproblematiek en de daarmee samenhangende (morele) bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden plausibel en goed te volgen zijn, is er voor een principiële terughoudende beoordeling van de secundaire zorgplicht in de regels van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht geen (goede) rechtvaardiging te vinden. Dat betekent uiteraard dat er kritisch naar het huidige systeem gekeken kan worden (zie nader paragraaf 5.3),

90 Hij noemt dit zelfs 'zó vanzelfsprekend'. Kortmann 2014, p. 117. Zie ook Giesen 2005a, p. 216; Van Rossum 2005, p. 92.

91 Onder meer Van Boom 1997, p. 136; Giesen 2005a, p. 39; Klaassen 2008, p. 177-178; Hartlief 2010, p. 603 en meer in het algemeen Van Boom 2016, p. 53. Zie over het hoofdelijkheidssysteem in het algemeen hoofdstuk 2, paragraaf 5.

92 Vgl. Van der Wiel 2005, p. 159.

93 HR 20 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4154, r.o. 2, NJ 1981/418 (FRAM BV/Bedrijfsvereniging Bank- & Verzekeringswezen).

maar zolang het hiervoor geschetste hoofdelijkheidssysteem geldend recht is, zal er geroeid moeten worden met de riemen die de wetgever biedt. Giesen komt vanwege deze regels van het hoofdelijkheidssysteem, maar ook vanwege het ‘zelfstandige’ verwijt dat de secundaire partij treft, tot dezelfde conclusie:

“Afgeleide aansprakelijkheid” heeft in die zin de schijn tegen dat het gevoelsmatig lastig is te verkopen dat de afgeleide aansprakelijke persoon evenzeer de schade dient te dragen als de primaire dader. De regels van hoofdelijkheid leiden daar echter wel toe. Daar de toezichhouder als afgeleide aansprakelijke uiteindelijk een zelfstandig verwijt treft, is dat ook juist.<sup>94</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Los van (of naast) de discussie of het huidige aansprakelijkheidsrecht een terughoudende toetsing of categorische afwijzing van secundaire aansprakelijkheden toelaat, kunnen ook vraagtekens worden geplaatst bij de in paragraaf 3.3.2 weergegeven morele argumenten. Deze bezwaren kwamen daarop neer dat de secundaire partij niet ‘de echte dader’ zou zijn en dat secundaire aansprakelijkheid ‘slechts’ een afgeleide aansprakelijkheid betreft. De vraag is echter of de secundaire partij (private partij of overheidsorgaan) niet ook gewoon een ‘echte dader’ kan zijn als – zoals bleek bij het ongeval met de monstertruck in Haaksbergen,<sup>95</sup> het schietincident in Alphen aan den Rijn<sup>96</sup> en bij de klinische opname en verlofverlening van de verantwoordelijke voor de moord op Anne Faber<sup>97</sup> – de secundaire partij écht steken heeft laten vallen of grove fouten heeft gemaakt. Is het nog wel terecht om

94 Giesen 2005a, p. 45. Ook in het verlengde van de constatering dat secundaire aansprakelijkheid een ‘gewone’ schuld aansprakelijkheid is, merkt hij op p. 223 op: ‘Bij dit alles past het dan echter niet om de aansprakelijkheid (ook nog eens) extra terughoudend te benaderen, omdat het bijvoorbeeld om een vorm van afgeleide aansprakelijkheid gaat of omdat het vaak om een nalaten gaat.’ Vgl. Giesen 2018b, p. 2320-2321.

95 De bestuursrechter oordeelde in Rb. Overijssel 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4794 dat de Gemeente Haaksbergen niet alleen een te beperkte c.q. onzorgvuldige beoordeling van het evenement had uitgevoerd, maar dat vooral laakbaar was dat de gemeente voorafgaand aan de verlening van de evenementenvergunning helemaal geen risico-inschatting ten aanzien van de stunt met de monstertruck had gemaakt. Zie hierover nader hoofdstuk 1, paragraaf 1.

96 Zowel in eerste aanleg, hoger beroep als in cassatie werd geoordeeld dat het feit dat de politie Tristan van der V. een wapenverlof verleende, zonder in de beoordeling te betrekken de weigering van het wapenverlof in 2005 en de gedwongen opname van Tristan van der V. in het psychiatrische ziekenhuis in 2006 (en de in dat verband opgemaakte Bopz-mutatie), kwalificeerde in strijd met de wettelijke plicht van de Wet wapens en munitie (‘WWM’). Zie hierover nader Maes 2017b, p. 44-45; Maes 2018, p. 77-78 en ook Giesen 2018b, p. 2320-2321; Verheij 2020.

97 Zie in dit verband in het bijzonder de conclusies uit het rapport *Forensische zorg en veiligheid. Lessen uit de casus Michael P.* van de Onderzoeksraad voor Veiligheid (‘OVV’). De OVV concludeert onder meer: ‘De eerste stappen van Michael P. in vrijheid waren niet het resultaat van een weloverwogen, gezamenlijke beslissing van alle betrokken partijen, maar van een routinematig uitgevoerde administratieve procedure’ (OVV 2019, p. 84). Zie over dit rapport ook (samenvattend) Efting, Feenstra & Huisman 2019: ‘De kliniek werd bij de overplaatsing van P. vanuit de gevangenis onvoldoende geïnformeerd over zijn zedenachtergrond, maar deed bij zijn komst ook zelf nauwelijks onderzoek naar zijn risicoprofiel.’ En: ‘Aan P. werden te snel en onvoldoende zorgvuldig vrijheden toegekend. De OVV concludeert dat met de toekenning van vrijheden is gestart zonder dat de reclassering was ingeschakeld.’ Zie hierover eerder hoofdstuk 1, paragraaf 1.



de secundaire partij te (dis)kwalificeren als de ‘niet echte dader’,<sup>98</sup> als blijkt dat juist door haar (nalatig) handelen de primaire partij de ruimte en gelegenheid kreeg om zich (opzettelijk of onopzettelijk) ‘schadeveroorzakend’ te gaan gedragen? Dat antwoord luidt in mijn optiek ontkenkend: óók vanuit dit perspectief is een principieel terughoudende beoordeling van de secundaire zorgplicht ongewenst.

Hartlief lijkt de ‘zelfstandige schuldbenadering’ te onderstrepen. Hij stelt dat hij ‘de neiging heeft te benadrukken dat de toezichthouder wanneer hij zijn plicht verzaakt, *juist* een zelfstandig verwijt kan worden gemaakt’.<sup>99</sup> Hij meent dan ook dat het niet meer dan terecht is dat de secundaire partij opdraait voor de door de primaire partij direct veroorzaakte schade. De toezichthouder is immers aangewezen om te voorkomen dat de primaire partij verkeerde keuzes maakt (‘het gaat om een cruciale bijdrage van degene die juist opdracht had gekregen in te grijpen wanneer primaire daders over de schreef zouden gaan’). Wanneer de toezichthouder daadwerkelijk een fout kan worden verweten, mag deze civielrechtelijk volgens hem niet vrijuit gaan.<sup>100</sup>

Giesen merkt bovendien op dat ‘het wezen van toezicht uitoefenen nu eenmaal is dat gelet wordt op het handelen van een ander’, en dat ‘accepteren dat afgeleide verantwoordelijkheid niet tot aansprakelijkheid leidt, zal betekenen dat een toezichthouder eigenlijk nooit op zijn foutieve gedrag zal kunnen worden aangesproken, omdat deze zich steeds weer zal kunnen verschuilen achter die afgeleide verantwoordelijkheid’.<sup>101</sup> In de context van het schietincident in Alphen aan den Rijn merkt hij op: ‘(...) de overheid is ook, secundair weliswaar, maar toch, een *zelfstandig verwijt* te maken: men heeft Tristan in de positie gebracht om te kunnen handelen zoals hij deed.’<sup>102</sup> Giesen noemt het dan ook ‘onzeker’ in hoeverre aan de besproken terughoudendheid vastgehouden zou moeten (en kunnen) worden.<sup>103</sup>

Onafhankelijk van het antwoord op de vraag of het huidige aansprakelijkheidsrecht een dergelijke terughoudende toetsing of categorische afwijzing van secundaire zorgplichten toelaat, kan dus ook de vraag worden opgeworpen in hoeverre het wenselijk is om reeds in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid de spreekwoordelijke deur (relatief sneller) dicht te gooien en de secundaire partij zodoende (relatief sneller) aan haar aansprakelijkheid (verantwoordelijkheid) te laten ‘ontsnappen’. De secundaire partij kan immers, en geheel los van de zorgplichtschen-

98 Zoals de secundaire partij door Spier werd genoemd in zijn annotatie onder HR 7 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, NJ 2017/73, sub 7 (*Elektriciteitskabels marktkramen*). Zie over het argument dat aansprakelijkheid van toezichthouders afleidt van de ‘werkelijke schuldigen’, ook Busch 2011, p. 86.

99 Hartlief 2010, p. 603 en eerder Hartlief & Tjittes 2004, p. 1583. Zie vergelijkbaar over overheidsaansprakelijkheid Albers & Heinen 2010, p. 510. Dat secundaire partijen ook wel als ‘toezichthouders’ worden aangeduid, beschreef ik reeds in hoofdstuk 1, paragraaf 6.1.

100 Hartlief 2010, p. 603. Vgl. Giesen 2005a, p. 152.

101 Giesen 2005a, p. 41.

102 Giesen 2018b, p. 2320-2321.

103 Giesen 2014, p. 108.

ding van de primaire partij, het verwijt worden gemaakt dat zij onvoldoende toezicht heeft gehouden of onvoldoende voorzorgsmaatregelen heeft getroffen, en dat dáárdor de primaire partij schadeveroorzakend heeft kunnen handelen. Met het voorgaande bedoel ik nadrukkelijk niet, zo zal uit het vervolg van dit hoofdstuk blijken, dat ik van de huidige toepassing van het hoofdelijkheidssysteem, althans de gevolgen daarvan in de specifieke context van de secundaire aansprakelijkheidsproblematiek, een voorstander ben. Ik bedoel hiermee slechts aan te geven dat ik de uitkomst van een gelijkwaardige (niet principiële terughoudende) beoordeling van de aansprakelijkheid *in de gevallen waarin de secundaire partij een zelfstandig en geen beperkt verwijt treft*, ook om meer morele redenen bevredigend vind. Ik kom hierop, en op de situatie waarin de secundaire partij wél een ‘beperkt verwijt’ treft, in paragraaf 5.3 uitvoerig terug. Hetzelfde geldt voor de uitwerking van deze maatstaf.

Tot slot zij aangetekend dat óók de andere voorwaarden voor aansprakelijkheid dan de zorgplichtschending – en dan bedoel ik met name het relativiteitsvereiste – in gelijke zin instrumenten voor de rechter kunnen vormen om de secundaire aansprakelijkheid vanwege de geschetste bezwaren ‘buiten de deur’ te houden.<sup>104</sup> Alhoewel dit buiten de reikwijdte van het onderhavige onderzoek valt, en voorzichtigheid daarom op zijn plaats is, geldt de conclusie dat een principiële terughoudendheid van de secundaire zorgplicht niet gerechtvaardigd is, in mijn optiek óók met betrekking tot de andere vereisten voor de vestiging van de aansprakelijkheid. Met andere woorden: een principiële terughoudende beoordeling van het relativiteitsvereiste in secundaire aansprakelijkheidszaken<sup>105</sup> – met de uitspraak van de rechtbank inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn als sprekend voorbeeld<sup>106</sup> – lijkt mij ook en om dezelfde (besproken) redenen onverenigbaar met de (hoofdelijkheids)regels van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

104 Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.1 en Van Geleijn Vitringa 1919, p. 29, die, als grondlegger van de relativiteit, ook de inperking van de aansprakelijkheid als een van de ratio's achter de relativiteitsleer blootlegde. Bloembergen 1965, p. 176 constateerde indertijd ook deze functie van relativiteitsbeginselen. Vgl. Hartlief 1997, p. 47; Giesen 2005a, p. 168; Van Rossum 2005, p. 81 en 82; Vranken in zijn annotatie onder HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, sub 7 (*Iraanse vluchtelingen*); Van Maanen 2013, p. 158; Verheij 2014, par. 3.3; Verheij 2019, p. 40; Kortmann in zijn annotatie onder HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, AB 2020/1, sub 13 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Zie over deze afgrenzende werking ook Van der Kooij 2019, p. 79 e.v. en 104.

105 Welke terughoudendheid bij de toepassing van het relativiteitsvereiste – ingegeven door rechtspolitieke redenen – ‘vaste prik’ wordt genoemd sinds de arresten HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*) en HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*), met die aantekening dat het in het laatste arrest niet om een secundair aansprakelijke partij ging. Zie ook Kortmann & Van der Grinten 2012, p. 273 en 274 en de annotatie van Kortmann onder HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, AB 2020/1, sub 9-13 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.3.1.

106 Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061, welke uitspraak vanwege de afwijzing op relativiteitsgronden in de daarover verschenen literatuur kritisch is ontvangen. Ik kom daar in paragraaf 5.2.1 op terug.

#### 4.2 CONSEQUENTIES VOOR DE TE STELLEN VOORZIENBAARHEIDSEISEN

De hiervoor beschreven, twee belangrijkste conclusies – de schade is voor de secundaire partij slecht voorzienbaar (paragraaf 3.2) en een principiële terughoudendheid of categorische afwijzing van secundaire zorgplichten is niet wenselijk (paragraaf 4.1) – leiden tot de gevolgtrekking dat de rechter bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht geen onrealistisch hoge voorzienbaarheidseisen dient op te werpen.<sup>107</sup> Stelt de rechter wel hoge voorzienbaarheidseisen als voorwaarde voor de secundaire aansprakelijkheid – bijvoorbeeld bij de beoordeling van de zorgplichtschending of het relativiteitsvereiste – dan kan dit tot een categorische afwijzing, althans een principiële terughoudende toetsing van de secundaire zorgplicht en aansprakelijkheid leiden.<sup>108</sup> Een bepaalde mate van onvoorzienbaarheid ligt immers, zoals in paragraaf 3.2.1 is geschetst, in de secundaire zorgplicht besloten. Afwijzing op basis van onrealistische voorzienbaarheidseisen is daarom in feite een afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid *an sich*, in plaats van dat die voorzienbaarheid als argument fungeert dat in een specifiek voorliggend geval de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid kan rechtvaardigen.

Uit de conclusies van de rechtspraakanalyse blijkt echter dat die voorzienbaarheid in voorkomende gevallen juist wel als ‘stok om mee te slaan’ wordt gebruikt om de secundaire aansprakelijkheid af te wijzen (paragraaf 2.2, onder VIII). Illustratief is de uitspraak in eerste aanleg inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn.<sup>109</sup> Deze uitspraak dient als voorbeeld van een geval waarin de rechtbank (wat mij betreft ten onrechte) hoge voorzienbaarheidsdrempels opwierp in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid (zowel bij de beoordeling van de relativiteit, als bij de beoordeling van de zorgplichtschending).<sup>110</sup> Blijkens de overwegingen van de rechtbank moest vast komen te staan dat de politie voor haar kenbare belangen van derden had veronachtzaamd. Nu de politie bij de verlening

107 ‘Men kan niet verwachten dat iedereen op elk moment op alle belangen van eenieder let. Dit uitgangspunt lijkt weleens uit het oog te worden verloren doordat men met de wijsheid van achteraf naar de concrete casus kijkt (wetende wat van belang is), en dan vergeet dat mensen in werkelijkheid niet zo gemakkelijk kunnen weten waar zij op moeten letten’, aldus Tjong Tjin Tai 2019, p. 34.

108 Overigens kan hetzelfde gelden voor de gevallen waarin de rechter voor het aannemen van secundaire aansprakelijkheid zeer concrete regelgeving vereist waarin het (nalatig) handelen van de secundaire partij gereguleerd of gesanctioneerd is. Zie de conclusie onder VIII in paragraaf 2.2.

109 Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061.

110 Eisers hadden in deze procedure immers gesteld dat de politie bij het verlenen van de wapenvergunning aan Tristan van der V. zowel gehandeld had in strijd met de wet (de Wet wapens en munitie, ‘WWM’) – in welk verband de relativiteitsvraag van belang werd – als in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De voorzienbaarheidsvraag betrof de rechtbank, naast de beoordeling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, ook in haar relativiteitsoordeel over de vraag of de wettelijke norm (WWM) strekte ter bescherming van de schade zoals deze door de eisers was geleden, zodat hetgeen ik in het navolgende met betrekking tot de zorgplicht opmerk, ook op die overwegingen slaat. Zie voor een nadere analyse, Maes 2018, p. 80-84.

van het wapenverlof aan Tristan van der V. niet over geobjectiveerde informatie beschikte die wees op een veiligheidsrisico voor willekeurige derden, oordeelde de rechtbank dat de politie geen ongeschreven zorgvuldigheidsnorm jegens de eisers had geschonden.

De vraag is of de rechtbank in dit vonnis wel terecht oordeelde dat niet aan deze voorzienbaarheidseis was voldaan. Daar waar de rechtbank eerder vaststelde dat de politie het wapenverlof niet had behoren te verlenen aangezien zij had moeten vrezen voor misbruik van het wapen, en daarmee de normschending vaststelde (r.o. 5.10, 5.13 en 5.23), kan in mijn optiek ook betoogd worden dat de voorzienbaarheid van het uiteindelijk gerealiseerde misbruik juist wél een gegeven was. Wellicht was niet voorzienbaar er een schietincident van deze omvang plaats zou vinden – wanneer wel? – maar op zijn minst was voorzienbaar dat het vergunnen van een wapenverlof aan een geesteszieke en instabiele jongen als Tristan van der V. met een zekere mate van waarschijnlijkheid tot ‘misbruik’ van het wapen zou kunnen leiden.<sup>111</sup>

Het gevolg van de hier gebezigde redenering van de rechtbank – waarbij het feit dat voor de politie voorzienbaar was dat er ‘misbruik van het wapen’ door Tristan van der V. zou kunnen worden gemaakt, voor aansprakelijkheid niet voorzienbaar ‘genoeg’ was – is dan in feite dat (bijna) nooit secundaire aansprakelijkheid kan volgen, hoe grof de vastgestelde normschending ook is. Incidenten als de onderhavige zijn immers altijd in een bepaalde mate onvoorzienbaar. Dat de zorgplicht van de politie strekte ter bescherming van vooraf relatief gezien onbekende gevaren, is, zo concludeerde ik in paragraaf 3.2, immers verklaarbaar door de kenmerken van secundaire zorgplichten – de secundaire ‘aard’ – waarbij de precieze zorgontvanger én diens zorgbehoefte vooraf niet kenbaar zijn. Dergelijke redeneringen kunnen dus veeleer tot een principiële afwijzing van de secundaire zorgplicht leiden.

Dergelijke hoge voorzienbaarheidseisen werden ook in de rechtspraakanalyses in de hoofdstukken 3 t/m 6 geconstateerd, zo concludeerde ik al in paragraaf 2, onder VIII.<sup>112</sup> Ter illustratie licht ik de in hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.3 besproken uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland uit.<sup>113</sup> In deze zaak werd een school voor

---

111 Overigens meenden ook andere auteurs dat misbruik van het wapen in dit geval een voor de politie algemeen voorzienbaar gevolg was, ondanks dat niet op voorhand duidelijk was op welke manier precies misbruik van het wapen zou worden gemaakt. Zie Franssen & Van Tilborg 2015, p. 64. Giesen 2015, p. 278 merkt in dit verband treffend op: ‘Vuurwapens zijn om te schieten, toch? Oké, je kunt er ook iemand mee slaan, maar dat is zeker niet het primair beoogde gebruik.’ Ook Meijer 2015, p. 79 merkt op dat hij toch ‘zou menen dat als er een indicatie bestaat dat iemand zelfmoordneigingen heeft, wat moet leiden tot weigering van een wapenvergunning, er toch ook redelijkerwijs geobjectiveerde twijfel kan bestaan of deze persoon wel de beschikking moet hebben over een wapen in verband met de risico’s voor derden, ook als dit gevaar voor derden (nog) niet expliciet is vastgesteld’.

112 Verwezen zij naar de slotparagrafen (paragraaf 6.2) van de hoofdstukken 3 t/m 6, waarin verschillende voorbeelden uit de rechtspraak zijn besproken.

113 Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3230.

leerlingen met gedragsproblemen ('moeilijk opvoedbaar') secundair aansprakelijk gesteld, nadat leerlingen van deze school bij een schoolreisje naar een pretpark een leerling van een andere school op het parkeerterrein hadden mishandeld. Vastgesteld werd dat de docenten wisten dat bepaalde leerlingen vooruit waren gelopen, dat het vertrek uit het park niet erg strak gecoördineerd was, dat de docenten beduidend later op de parkeerplaats aanwezig waren dan het verzameltijdstip en dat de docenten geen verdere actie hadden ondernomen toen zij wisten dat twee leerlingen vooruit waren gelopen (r.o. 4.3 en 4.4). Uiteraard wisten de docenten ook van de gedragsproblemen van de leerlingen. Ondanks deze door de rechtbank vastgestelde 'tekortkomingen', vereiste zij in haar vonnis dat voor de school specifiek voorzienbaar moest zijn geweest dat de leerlingen met gedragsproblemen iemand zouden gaan mishandelen. Aan de hand van die – in mijn optiek: te hoge of te concrete – voorzienbaarheidseis, wees de rechtbank de secundaire aansprakelijkheid van de school vervolgens van de hand.

'Op het moment dat de docenten erachter kwamen dat een aantal leerlingen al vooruit was gelopen naar het parkeerterrein, was het voor hen niet voorzienbaar dat deze leerlingen op het parkeerterrein iemand zouden mishandelen. Dat wil niet zeggen dat de mishandeling niet voorkomen had kunnen worden als [de school] anders had gehandeld, maar dat is niet waar het hier om gaat. Het gaat er om dat de mate van waarschijnlijkheid van dit ongeval niet zo groot was dat [de school] om 15.30 uur anders had moeten handelen dan zij heeft gedaan.' (r.o. 4.5) [mijn bewerking en onderstreping, KLM]

In gelijke zin als bij de hiervoor besproken uitspraak in de Alphen-kwestie, kan ook deze uitspraak als een principiële afwijzing van de secundaire zorgplicht worden beschouwd. Dat de zorgplicht van de school strekte ter bescherming van vooraf niet precies gekende gevaren, is immers verklaarbaar door de kenmerken van secundaire zorgplichten – en dus inherent aan haar secundaire 'aard' – waarbij geanticipeerd moet worden op onvoorspelbaar gedrag van een ander.<sup>114</sup> Dat heeft haast per definitie tot gevolg dat de precieze zorgontvanger én diens zorgbehoefte vooraf niet kenbaar zijn (zie paragraaf 3.2.1).

Tot slot, en ter nuance, merk ik nog het volgende op. Ondanks dat een principiële terughoudendheid of categorische afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid op onrealistische voorzienbaarheidsgronden niet gerechtvaardigd is, dienen in de beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid uiteraard wel – naast de andere relevante omstandigheden van

114 Vgl. de in hoofdstuk 5, paragraaf 3.3.2 besproken uitspraak HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, r.o. 3.4, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefvoerlief tbs-gestelde*), waarin de Hoge Raad het betoog van de secundaire partij (de inrichting) verwierp dat maatregelen die verdergingen dan het gebruikelijke toezicht uitsluitend konden worden geveerd indien de inrichting ernstig rekening had moeten houden met het specifieke en concrete schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij in kwestie (de brandstichting). Uit dit arrest volgt dat voor secundaire aansprakelijkheid van de inrichting in kwestie voldoende is als redelijkerwijze voorzienbaar was dat de primaire partij in *enigerlei vorm* schade aan derden zou kunnen veroorzaken.

het geval – de hiervoor besproken kenmerken van de secundaire zorgplicht meegewogen te worden. De gebrekkige voorzienbaarheid van de schade kán dus in een specifiek voorliggend geval de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid wel rechtvaardigen, mits de voorzienbaarheidseis maar zo (realistisch) is geformuleerd dat de voorzienbaarheid niet per definitie – gezien de secundaire ‘aard’ van de aansprakelijkheid en los van de specifieke omstandigheden van het geval – ontbreekt.<sup>115</sup> Sterker nog: júíst omdat de voorzienbaarheidsproblemen geen goede weerslag kunnen vinden in de daadwerkelijke schadelast van de secundaire partij, maar daarin wél betrokken dienen te worden als de secundaire partij daardoor een beperkt verwijt treft, doe ik in paragraaf 5.2 en paragraaf 5.3 suggesties om (op een andere wijze dan via een principiële terughoudende toetsing) aan dergelijke bezwaren tegemoet te komen.

## 5 ALTERNATIEVE OMGANGSWIJZEN MET SECUNDAIRE ZORGPLICHTEN

### 5.1 TERUGBLIK EN PROBLEEMSTELLING

In paragraaf 2.2, onder VII werd, op basis van de Nederlandse rechtspraakanalyse, geconcludeerd dat de rechter een principiële terughoudendheid lijkt te betrachten bij de beoordeling van secundaire zorgplichten. Om een antwoord te kunnen geven op de vraag naar de *wenselijke* reikwijdte van de secundaire zorgplicht van private ruimten, werden in paragraaf 3 de bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden blootgelegd. Geconstateerd werd dat in de secundaire zorgplicht een bepaalde mate van onvoorzienbaarheid besloten ligt, hetgeen in feite de voedingsbodem vormt voor andere morele, preventieve en claimcultuurbezwaren.

Duidelijk werd ook dat deze bezwaren tegen het toewijzen van de secundaire aansprakelijkheid in de vestigingsfase niet op een genuanceerde manier verdisconteerd kunnen worden, nu de daarbij aangelegde zorgplichttoets tot een ‘alles-of-niets’-antwoord leidt. De precieze intensiteit van het verwijt en de daarmee samenhangende voorzienbaarheid worden na de toetsing van de zorgplichtschending (de beoordeling van de *Kelderluik*-factoren) niet in het aansprakelijkheids-

---

115 Een goed voorbeeld uit de Amerikaanse rechtspraak betreft de in hoofdstuk 7, paragraaf 5.5 besproken uitspraak *Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal.4th 666, 677 (Cal. 1993). Zoals in hoofdstuk 7, paragraaf 5.7 reeds is toegelicht, kan deze uitspraak als voorbeeld fungeren van een zaak waarin de voorzienbaarheid door het Hoogerechtshof niet principieel werd ‘gebruikt’ voor de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid. Daarentegen werden door het Hoogerechtshof van Californië objectieve en realistische voorwaarden aangelegd – onder meer of eerder soortgelijke incidenten hadden plaatsgevonden – om die voorzienbaarheid (en daarmee de secundaire aansprakelijkheid) in een specifiek geval te beoordelen. De weging van deze omstandigheden leidde tot een afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid. Ook de in hoofdstuk 7 besproken zaak *Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.*, 149 N.J. 496 (N.J. 1997) biedt een soortgelijk voorbeeld. In deze zaak leidden de aangelegde (feitelijke) omstandigheden ter invulling van de voorzienbaarheidseis echter wel tot een toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid. Zie nader hoofdstuk 7, paragraaf 5.5 en 5.7.



antwoord vertaald: ook een *beperkte* mate van verwijtbaarheid leidt in de relatie tot de benadeelde tot de vestiging van de volledige aansprakelijkheid ('alles'). In het huidige hoofdelijkheidssysteem wordt dit verstrekkende gevolg van de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid – het dragen van de volledige schadelast – in de regresrelatie met de veelal insolvente primaire partij feitelijk niet naar het veroorzakingsaandeel gecorrigeerd. Het vestigen van de aansprakelijkheid kan voor een secundaire partij zodoende tot grote, en misschien wel onbillijke gevolgen leiden.<sup>116</sup>

Een en ander leidde tot de vraag of de huidige terughoudende secundaire zorgplichttoets terecht is, althans of een dergelijke (princiële) voorzichtigheid in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid gewenst is, om zo aan de geschetste bezwaren tegemoet te komen. In paragraaf 4.1 werd deze vraag ontkenkend beantwoord, omdat een principiële terughoudende toetsing niet te verenigen is met de regels van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Gezien het zelfstandige karakter van het verwijt dat de secundaire partij treft, is het bovendien moreel niet steeds gerechtvaardigd de secundaire partij (volledig, en ten koste van het slachtoffer) uit de wind te houden.

Kortom, de zorgplichttoets biedt geen bevredigende uitkomst in die gevallen waarin de geschetste bezwaren aan de volledige toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid ('alles') in de weg staan, terwijl een volledige afwijzing ('niets') ook onwenselijk is. 'Alles-of-niets' doet dan dus geen recht aan het specifieke verwijt dat de secundaire partij treft.<sup>117</sup> Een genuanceerder antwoord op de veelal complexe secundaire aansprakelijkheidsvragen is daarom geboden.

In deze paragraaf worden de mogelijkheden geschetst om tegemoet te komen aan de besproken bezwaren die tegen (gehele) toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid pleiten, zonder de secundaire zorgplicht in de vestigingsfase principiële terughoudend te toetsen. Het gaat hier om de toepassing van instrumenten binnen én buiten het geldende Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, waarmee de geconstateerde bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden op een genuanceerde en representatieve wijze in de toedeling van de feitelijke schadelast van de secundaire partij verdisconteerd kunnen worden. Het betreffen in potentie ook alternatieven, zo lichtte ik in paragraaf 4.1 al toe, voor de principiële terughoudende toetsing van

116 Barendrecht 2004a, p. 2186; Busch 2011, p. 67, zoals eerder is besproken in paragraaf 3.3.3.

117 Zoals in het slot van paragraaf 4.2 reeds werd opgemerkt, kunnen de bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid in een specifiek voorliggend geval uiteraard de (volledige) afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid wel rechtvaardigen, ook zonder dat een terughoudende beoordeling van de secundaire zorgplicht wordt aangelegd. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij voor de secundaire partij in het geheel niet voorzienbaar was. Hier en in het vervolg van deze paragraaf wordt echter bedoeld op de gevallen waarin de secundaire partij wel 'een verwijt' treft, maar de geschetste bezwaren aan de (volledige) aansprakelijkheid ('alles') in de weg staan, terwijl een principiële afwijzing ('niets') dan dus ook niet gewenst is.



de andere voorwaarden voor aansprakelijkheid dan alleen de zorgplichtschending (zoals het relativiteitsvereiste).

In paragraaf 5.2 wordt in de eerste plaats de mogelijkheid besproken om (binnen het thans geldende Nederlandse recht) de secundaire aansprakelijkheid te reguleren met de leer van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW, zoals deze in de omvangsfase aan de orde komt. Om op een meer representatieve wijze dan alleen op schadepostniveau te kunnen toerekenen, wordt – geïnspireerd door het Amerikaanse recht – in paragraaf 5.3 vervolgens partiële aansprakelijkheid als alternatieve rechtsfiguur voor het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem geïntroduceerd in die gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft. Deze rechtsfiguur komt in de toedelingsfase aan de orde.<sup>118</sup>

## 5.2 DE OMVANG VAN DE AANSPRAKELIJKHEID: DE REDELIJKE TOEREKENING VAN ART. 6:98 BW

### 5.2.1 HET (NIET) TOEREKENEN VAN BEPAALDE SCHADEPOSTEN

In deze paragraaf bespreek ik de mogelijkheid om, binnen de kaders van het geldende aansprakelijkheidsrecht, bepaalde schadeposten buiten de schadevergoedingsplicht van de secundaire partij te houden. Zodoende kan (deels) recht worden gedaan aan de bezwaren die tegen secundaire aansprakelijkheid bestaan, zónder dat de secundaire zorgplicht in de vestigingsfase restrictief getoetst hoeft te worden.<sup>119</sup>

Daarbij doel ik op de mogelijkheden die de redelijke toerekening van art. 6:98 BW in de omvangsfase van de secundaire aansprakelijkheid biedt.<sup>120</sup> Bij toepassing van dit artikel moet worden bepaald welke schadeposten in voldoende verband staan met de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid is aangenomen, zo kwam al in hoofdstuk 2, paragraaf 4.2.1 ter sprake.<sup>121</sup> Het is dus een causaliteitskwestie. Onder het oude recht werd voor deze toerekeningsvraag het criterium van de voorzienbaarheid gebruikt.<sup>122</sup> Naar huidig recht ziet de toerekeningsvraag niet meer op één

118 Voor de volledigheid herhaal ik – om zodoende het verschil tussen en de volgorde van de verschillende omgangswijzen duidelijk te kunnen weergeven – dat in dit onderzoek een onderscheid wordt gemaakt tussen (achtereenvolgend) (1) de vestigingsfase, (2) de omvangsfase en (3) de toedelingsfase van het aansprakelijkheidsrecht, waarin de toedeling of verdeling van de feitelijke schadelast wordt bepaald. Zie hierover eerder dit hoofdstuk en de hoofdstukken 1 (paragraaf 4.2.3) en 2 (paragraaf 1).

119 Welke terughoudende toetsing, zo bleek uit paragraaf 2.2, onder VII, in de rechtspraak met betrekking tot de onderzochte ruimten nu wel aangelegd wordt.

120 Zoals in hoofdstuk 2, paragraaf 4.1 reeds werd toegelicht, realiseer ik mij dat ook wel wordt bepleit dat art. 6:98 BW onderdeel is van de vestigingsfase, maar beschouw ik art. 6:98 BW als onderdeel van de omvangsfase.

121 In hoofdstuk 2, paragraaf 4.1 wees ik er bovendien al op, in het verlengde van de voorgaande opmerking, dat in de literatuur discussie bestaat over de vraag tussen het onderscheidend vermogen c.q. de verhouding tussen art. 6:98 BW en het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.

122 Verheij 2019, p. 196-197. Zie ook Van der Kooij 2019, p. 54-67.

causaliteitscriterium, maar komt het neer op een afweging van relevante gezichtspunten, zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade, de aard van de gedraging én de voorzienbaarheid (culminerend in de zogenoemde deelregels van Brunner).<sup>123</sup> In dit verband wordt ook wel gesproken over een ‘multifactorbenadering’. Motivering is daarbij steeds het toverwoord.<sup>124</sup>

Het ‘alles’ waartoe de secundaire partij in de vestigingsfase veroordeeld wordt, kan door toepassing van art. 6:98 BW in de omvangfase gecorrigeerd worden. De secundaire partij wordt op grond van dit artikel immers enkel veroordeeld tot betaling van die schadeposten die in redelijkheid aan haar zijn toe te rekenen en die een voorzienbaar gevolg van haar normschending waren. Daarbij kan de voorzienbaarheid van de schade – welke factor bij de beoordeling van art. 6:98 BW met name van belang lijkt te zijn<sup>125</sup> – een dienstig criterium (handvat) zijn om bepaalde schadeposten al dan niet aan de secundaire partij toe te rekenen. Betoogd kan worden dat niet de gehele door de primaire partij veroorzaakte schade voor de secundaire partij in de normale lijn der verwachting lag, en – hoewel zij wel aansprakelijk is vanwege het verwijt dat haar treft – niet alle schade aan haar kan worden toegerekend. De secundaire partij wordt dan enkel hoofdelijk met de primaire partij veroordeeld tot betaling van die schadeposten die in redelijkheid wél aan haar zijn toe te rekenen en die een voorzienbaar gevolg van haar normschending zijn. Zodoende vormt de oorzaak van het in dit onderzoek geïntroduceerde probleem (in essentie: de gebrekkige voorzienbaarheid (paragraaf 3.2.1)), tegelijkertijd de oplossing om, in termen van meer of minder te vergoeden schadeposten, aan de bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden tegemoet te komen.

Ook Giesen merkte eerder op – nadat ook hij de principiële terughoudendheid ten opzichte van secundaire aansprakelijkheid verwierp<sup>126</sup> – dat art. 6:98 BW mogelijkheden biedt om tegemoet te komen aan de (morele) bezwaren tegen de aansprakelijkheid van de toezichthouder:

‘Het meest wezenlijke is naar mijn mening dat de rechter via de toerekening een goede uitlaatklep lijkt te hebben gekregen om zijn morele oordeel te verdisconten dat de toezichthouder toch niet even zwaar gestraft zou mogen worden als de “echte” dader. Tot uitsluiting van aansprakelijkheid kan dat niet leiden, maar het kan wel aanleiding zijn om de grenzen van de toerekening iets minder ruim te trekken in vergelijking met hoe die grens ten opzichte van de primaire dader getrokken zou worden.<sup>127</sup> [mijn onderstreping, KLM]

123 Brunner 1981, p. 210 e.v. en 233 e.v. Zie hierover Hartlief 2014c, p. 2917; Hartlief 2015b, p. 924; Klaassen 2017, 51-52; Haazen 2019, p. 147. Zie verder ook: Asser/Sieburgh 6-II 2017/63 en Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 345.

124 Dijkshoorn 2011, p. 257 e.v.; Holthuijsen-van der Kop 2015; Hartlief 2018, p. 294; Haazen 2019, p. 147; Van der Kooij 2019, p. 518.

125 Klaassen 2017, p. 51-52; Haazen 2019, p. 147.

126 Giesen 2005a, p. 41.

127 Giesen 2005a, p. 176.

Giesen noemt de toerekeningsvraag van art. 6:98 BW zelfs ‘typisch een moment waarop nog meegewogen zou kunnen worden dat het hier om een vorm van afgeleide aansprakelijkheid gaat’.<sup>128</sup> Hij wijst er daarbij op dat binnen de afweging van art. 6:98 BW ook de aard van de aansprakelijkheid meegewogen dient te worden.<sup>129</sup> Alhoewel het dan meestal gaat om de vraag of de aansprakelijkheid in kwestie een schuld- of risicoaansprakelijkheid is, een eigen of andermans daad betreft, dan wel een contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid is, zou onder die noemer volgens hem evenzeer meegenomen kunnen worden dat het hier een *secundaire* aansprakelijkheid betreft. Dat betekent dat dit gezichtspunt er dan toe zal kunnen leiden dat de schade minder ruim kan worden toegerekend aan de toezichthouder.<sup>130</sup>

Ook Di Bella meent dat er via art. 6:98 BW rekening gehouden kan worden met de aard van de aansprakelijkheid, waardoor de secundaire rol kan worden meegewogen, zónder dat dit direct tot een ‘alles-of-niets’-antwoord in de vestigingsfase van het aansprakelijkheidsrecht behoeft te leiden. Ter onderbouwing van de noodzaak van de toepassing van art. 6:98 BW wijst ook zij op de consequenties van het hoofdelijkheidssysteem voor de secundaire partij.<sup>131</sup> Bovendien wijzen Kortmann en Van der Grinten op art. 6:98 BW als goed alternatief voor een restrictieve toetsing in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid.<sup>132</sup>

‘Hier merken wij vast op dat het “instrument” van de causaliteit juist door de veelheid aan gezichtspunten die bij haar beoordeling kunnen worden betrokken, een subtieler instrument lijkt te zijn voor indamming of uitbreiding van de aansprakelijkheid dan de botte bijl der relativiteit. (...) Deze “alles of niets” benadering leidt mogelijk tot minder redelijke uitkomsten dan die welke kunnen worden bereikt via de “meer of minder” benadering, waarvoor artikel 6:98 BW goede aanknopingspunten biedt.’<sup>133</sup> [mijn onderstreping, KLM]

128 Zie hierover ook en onder meer Jurgens 1996, p. 203; Klaassen 2017, p. 56-57. Zie ook Schutgens in zijn annotatie onder Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061, *JB* 2015/158, sub 5 en 7.

129 Dit gezichtspunt voegt wat mij betreft niet veel meer toe aan het hiervoor genoemde gezichtspunt van de voorzienbaarheid, daar waar in de aard van de secundaire zorgplicht een bepaalde mate van onvoorzienbaarheid besloten ligt (zie hierover paragraaf 3.2.1). Toepassing van beide criteria zou zodoende tot hetzelfde resultaat moeten leiden.

130 Giesen 2005a, p. 175-176.

131 Di Bella 2016, p. 131-132. Zij introduceert vervolgens een nieuw figuur, zie daarover nader paragraaf 5.3.4.3 en paragraaf 5.4.

132 Deze auteurs spreken dus meer in het bijzonder over de relativiteit, maar de genoemde argumenten gelden wat mij betreft ook voor de andere voorwaarden voor de vestiging van de aansprakelijkheid (zoals de zorgplichtschending). Zie over die ‘inwisselbaarheid’ van deze voorwaarden eerder paragraaf 4.1 en paragraaf 5.1. Zie ook Kortmann & Van der Grinten 2012, p. 274, 277 en 294.

133 Zodoende kan art. 6:98 BW als een ‘aanknopingspunt bij de vaststelling van het causale verband in overheidsaansprakelijkheidszaken worden gebruikt om richting te geven aan de schadevergoedingsplicht’ in plaats van de restrictieve toepassing van de relativiteit, aldus Kortmann & Van der Grinten 2012, p. 274, 277 en 294. Specifiek in de Alphen-kwestie merkt Kortmann in zijn annotatie onder HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *AB* 2020/1, sub 13 (*Schietincident*

Een fraaie illustratie van de wijze waarop art. 6:98 BW een antwoord kan geven op de bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid in een specifiek geval, bieden de uitspraken in eerste aanleg, hoger beroep<sup>134</sup> én in cassatie inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn.<sup>135</sup> Ter sprake kwam al dat de rechtbank de aansprakelijkheid van de politie in eerste aanleg (naar werd aangenomen, uit angst voor een uitdijend aansprakelijkheidsrecht) afwees op relativiteitsgronden.<sup>136</sup> Het hof zette de deur van de relativiteit daarentegen wel open. Het hof kwam in r.o. 9.8 van zijn arrest tot een bevestigend antwoord in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid, maar maakte vervolgens aan de hand van art. 6:98 BW een tweedeling in de voor vergoeding in aanmerking komende schades (wel vergoeding van letsel- en overlijdensschade, geen vergoeding van zaak- en zuivere vermogensschade). Alhoewel ik het bevestigende aansprakelijkheidsoordeel van het hof al eerder toejuichte,<sup>137</sup> evenals het alternatief dat door het hof in art. 6:98 BW werd gevonden, werd deze ‘knip’ in de voor vergoeding in aanmerking komende schades wel (erg) summier gemotiveerd, zo meende ook de Hoge Raad in cassatie.<sup>138</sup> Interessanter dan

---

*Alphen aan den Rijn* nogmaals (en met een verwijzing naar Verheij 2014) op: ‘In die twijfelgevallen (...) biedt art. 6:98 BW (toerekeningsverband) overigens een veel geschikter, hanteerbaarder en genuanceerder instrumentarium om de omvang van de aansprakelijkheid te bepalen, dan art. 6:163 BW.’

134 Zie eerder (en meer uitvoerig) over de uitspraak in hoger beroep, Maes 2018.

135 Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061; Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541 en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Zoals ik in het slot van paragraaf 1 reeds toelichtte, betreft dit een overheidsaansprakelijkheidskwestie, maar acht ik dit arrest (de wijze waarop de toepassing van art. 6:98 BW aan de bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden tegemoet kan komen) eveneens illustratief voor het onderhavige onderzoek naar private aansprakelijkheden.

136 Nota bene in een geval waarin door de secundaire partij (de politie) een grove normschending was begaan. Zie nader paragraaf 5.3.5.3. Deze uitspraak is vanwege de afwijzing op relativiteitsgronden zeer kritisch in de daarover verschenen literatuur ontvangen. Gewezen zij op Giesen 2015, p. 277 die zich naar aanleiding van de overwegingen van de rechtbank op dit punt hardop afvroeg ‘hoe onbegrijpelijk (...) rechtspraak – en het relativiteitsvereiste – [kan] zijn’. Giesen 2015, p. 279 verklaarde de terughoudendheid van de rechtbank ‘uit angst voor een ongehoord groot aantal claims, van grote groepen claimanten, tegen de overheid die daarvoor dan te snel aansprakelijk kan worden gehouden’. En later: ‘Ik was zelf eerder verbijsterd dan verrast door deze uitspraak’, in Giesen 2018c, p. 241. Zie daarnaast (met dezelfde strekking) Giesen 2018b. Daarnaast is Di Bella 2016, p. 130 kritisch over de afwijzing op relativiteitsgronden, en verklaart zij deze terughoudendheid zodoende dat ‘het relativiteitsvereiste wordt ingezet om een (te) vergaande overheidsaansprakelijkheid te voorkomen’. Schutgens verbindt aan het relativiteitsoordeel van de rechtbank in zijn annotatie onder het vonnis de conclusie dat de wet ‘kennelijk weinig tot geen aanspraken voor individuen schept, als we de rechtbank in haar redenering zouden volgen’. Zie de annotatie van Schutgens onder Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061, *JB* 2015/158, sub 4. Kritisch zijn bovendien Franssen & Van Tilborg 2015, p. 60 en 66. Tot slot was ook ik kritisch over de afwijzing van de aansprakelijkheid van de politie op relativiteitsgronden, zie hierover Maes 2017a, p. 127; Maes 2018, p. 82. Anders: Den Hollander 2015, p. 125 en 126; Meijer 2015, p. 75-80; Den Hollander 2019, p. 128 en 130.

137 Zie hierover eerder Maes 2018, p. 79 en 80. Vgl. ook Den Hollander 2019, p. 129 en 130.

138 Zo volgt uit r.o. 4.2.2. Zie voor de onderbouwing van deze stelling uitgebreid Maes 2018, p. 87. In gelijke zin Hulst 2018, p. 26. Den Hollander 2019, p. 130 meent dat het oordeel van het hof ‘wel degelijk (in elk geval) mede gebaseerd is op voorzienbaarheid’, maar merkt ook op dat ‘het oordeel van het hof niet geheel duidelijk is’.

de motivering van het hof in dit specifieke geval, althans het gebrek eraan, is de nadruk die de Hoge Raad in het arrest legt op de mogelijkheid om aan de hand van art. 6:98 BW aan de (secundaire) voorzienbaarheidsbezwaren tegemoet te komen:

‘Dat neemt niet weg dat het wel mogelijk is om die schade op een andere grond niet toe te rekenen, bijvoorbeeld op de grond dat deze in een te ver verwijderd verband staat met de gedraging waarop de aansprakelijkheid berust of niet of minder voorzienbaar was.’ (r.o. 4.2.2)<sup>139</sup>

Betoogd kan worden dat de Hoge Raad, in navolging van het hof, het accent in deze secundaire aansprakelijkheidsprocedure subtiel verschuift van de relativiteit (vestigingsfase) naar de redelijke toerekening (omvangsfase), om zodoende tegemoet te komen aan de bezwaren die tegen secundaire aansprakelijkheid bestaan, zonder de aansprakelijkheid (van de politie) volledig af te wijzen.<sup>140</sup> In elk geval illustreren de arresten van het hof en de Hoge Raad op welke wijze er (ook) met de bezwaren tegen (een volledige toewijzing van) secundaire aansprakelijkheid omgesprongen kan worden, zonder een restrictieve toets in de vestigingsfase aan te leggen.<sup>141</sup>

Tjong Tjin Tai constateert in zijn kroniek van het vermogensrecht dat de toerekening naar redelijkheid ‘een tamelijk kleurloos leerstuk is gebleken’.<sup>142</sup> Ik concludeer dat art. 6:98 BW voor de secundaire aansprakelijkheidsproblematiek zeer wel dienstig kan zijn. Via de toepassing van art. 6:98 BW kan recht worden gedaan aan de bezwaren die aan de secundaire zorgplicht verbonden zijn, door bepaalde schadeposten wel en bepaalde schadeposten niet toe te rekenen. Secundaire aansprakelijkheidsvragen geven – zo bleek ook uit de uitspraken naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn – art. 6:98 BW dus in potentie weer (meer) kleur.

## 5.2.2 TUSSENCONCLUSIE: BIEDT ART. 6:98 BW EEN VOLDOENDE TEGEMOETKOMING AAN DE GESCHETSTE BEZWAREN?

De accentverschuiving van (een terughoudendheid in) de vestigingsfase naar regulering van de secundaire aansprakelijkheid in de omvangsfase door middel van art. 6:98 BW, is een goede (maar) eerste stap. De bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid kunnen er met toepassing van dit artikel immers toe leiden dat

<sup>139</sup> HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).

<sup>140</sup> Vgl. Van Dam 2020, p. 125, die constateert dat de Hoge Raad de causaliteit gebruikt ter correctie van een ruime relativiteit. Met dien verstande dat deze uitspraak, alleen al vanwege de tragische feiten, in bepaalde mate op zichzelf staat. Den Hollander 2019, p. 131 constateert ook een ‘soepelere opstelling’, maar concludeert vervolgens dat ‘deze zaak geen structurele verschuiving oplevert in de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen’.

<sup>141</sup> Zie over het arrest en de overwegingen van de Hoge Raad meer in het algemeen Haazen 2019; Den Hollander 2019; Franssen & Van de Sande 2020, p. 28; Kortmann in zijn annotatie onder HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, AB 2020/1 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*); Van Dam 2020, p. 123-125; Opdam 2020; Verheij 2020.

<sup>142</sup> Tjong Tjin Tai 2011, p. 2269.

bepaalde schadeposten buiten de schadevergoedingsplicht van de secundaire partij worden gehouden, zónder dat de secundaire aansprakelijkheid in haar geheel behoeft te worden afgewezen.

De vraag is echter of de toepassing van dit artikel *voldoende* tegemoetkomt aan de bezwaren die tegen de secundaire aansprakelijkheden pleiten, meer in het bijzonder als de secundaire partij een beperkt verwijt treft.<sup>143</sup> Doet de toewijzing dan wel de afwijzing van bepaalde schadeposten in die gevallen voldoende recht aan de secundaire aansprakelijkheidsproblematiek, zoals samenvattend geformuleerd is in paragraaf 5.1? Of korter gezegd: is deze 'oplossing' van art. 6:98 BW genuanceerd en bevredigend genoeg?

Bij de beantwoording van die vraag dient bedacht te worden dat de toepassing van art. 6:98 BW er niet toe kan leiden dat slechts een deel of een bepaald percentage van de schadepost voor rekening van de (secundair) aansprakelijke partij komt. Het gaat om toerekening van de respectievelijke schadeposten in het geheel en niet om toerekening van een bepaald gedeelte ervan. Het beperkte verwijt dat de secundaire partij treft, leidt er bij toepassing van art. 6:98 BW dus toe dat bepaalde schadeposten wel en bepaalde schadeposten niet toegerekend kunnen worden (bijvoorbeeld: letselschade wel, zaakschade niet).<sup>144</sup> Binnen de dan toegerekende schadepost(en) kan vervolgens niet gedifferentieerd worden.<sup>145</sup> Deze behoefte kan echter wel bestaan in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft: in dat geval zullen er immers bij uitstek bezwaren tegen de volledige toewijzing van de geclaimde schadepost(en) rijzen en zal de rechterlijke behoefte tot terughoudendheid met name bestaan.<sup>146</sup> Daarbij dient bovendien bedacht te worden dat er niet zelden in een procedure in wezen maar één of enkele (grote) schadeposten ter discussie staan (denk bijvoorbeeld aan letselschade). Deze schadepost

143 Welke norm in paragraaf 5.3.5.3 wordt uitgewerkt. Ten behoeve van de leesbaarheid zij op deze plaats reeds opgemerkt dat van een beperkt verwijt geen sprake zal zijn als de secundaire partij een evidente of grove norm- of zorgplichtschending heeft begaan.

144 Ik herhaal dat, in een zaak waarin er bijvoorbeeld meerdere letselschadeposten gevorderd worden, het in theorie ook mogelijk zou moeten zijn om aan de hand van art. 6:98 BW de ene letselschadepost wel en de andere letselschadepost niet toe te rekenen. Een en ander zolang een schadepost maar in het geheel (al dan niet) toegerekend wordt en niet een percentage daarvan. Vgl. ook HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, r.o. 4.2.2, *NJ* 2018/115. Zie hierover eerder hoofdstuk 2, paragraaf 4.2.2.

145 Dat kan wel met figuren als matiging (art. 6:109 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) en eigen schuld (art. 6:101 BW). Ik herhaal echter dat deze figuren in het onderhavige onderzoek buiten beschouwing worden gelaten, nu in geval van matiging (art. 6:109 BW) een tot terughoudendheid nopende maatstaf ('kennelijk onaanvaardbare gevolgen') geldt, waaraan stringente motiveringseisen zijn verbonden, waardoor deze in de praktijk niet snel van betekenis zal zijn. De leerstukken van de voordeelstoerekening en eigen schuld zien bovendien op andere situaties dan die hier worden bedoeld, namelijk die waarin het slachtoffer ook voordeel bij de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft gehad, dan wel een eigen bijdrage daaraan heeft geleverd. Zie nader paragraaf 3.3.3 en eerder hoofdstuk 2, paragraaf 4.1.

146 Zoals nader wordt toegelicht in paragraaf 5.3.4.3.



komt na toerekening vervolgens alsnog *geheel* voor rekening van de secundaire partij als de primaire partij insolvent is.

De intensiteit van het secundaire verwijt of de voorzienbaarheid van de schade kan er bij toepassing van art. 6:98 BW dus enkel toe leiden dat schadeposten *in het geheel* wel of niet aan de secundaire partij worden toegerekend, maar het leidt er niet toe dat de secundaire partij precies dát deel van de schade dient te vergoeden dat zij heeft veroorzaakt. Zo constateert ook Kortmann in zijn annotatie onder de uitspraak van de Hoge Raad inzake de Alphen-kwestie:

‘De taak van de rechter is temeer lastig, omdat ons aansprakelijkheidsrecht relatief weinig ruimte biedt voor grijstinten. (...) Bij elk van deze criteria is het alles of niets; wel of geen aansprakelijkheid. Wat meer ruimte voor nuance dan de zojuist besproken vestiging van de aansprakelijkheid biedt de beoordeling van de omvang van de aansprakelijkheid op grond van afdeling 6.1.10 BW. Op grond van allerlei gezichtspunten (...) bepaalt de rechter in hoeverre de geleden schade aan de onrechtmatige daad kan worden toegerekend (art. 6:98 BW). Zo oordeelde het hof dat, gelet op de strekking van de vuurwapenwetgeving, alleen letsel- en overlijdensschade aan de fout van de politie kon worden toegerekend, overige schade niet. Die letsel- en overlijdensschade moet de politie wel integraal vergoeden; ruimte om een deel van die schade voor rekening van de slachtoffers te laten omdat de politie nu eenmaal ook niet foutloos kan werken, biedt afdeling 6.1.10 BW in dit geval niet. Dat kan op grond van ‘eigen schuld’ (art. 6:101 BW), maar in deze zaak hadden de slachtoffers part noch deel aan het incident.’<sup>147</sup> [mijn onderstreping, KLM]

De uitkomst na toepassing van art. 6:98 BW in de omvangsfase (‘schadepost A wel, schadepost B niet’) is dus een beter antwoord dan het ongenueanceerde ‘alles-of-niets’-antwoord in de vestigingsfase van het aansprakelijkheidsrecht, althans het corrigeert dat ‘alles’-antwoord in zekere zin. Het resulteert echter niet in een nauwkeurige en representatieve vertaling van de schadelast naar een veroorzakingspercentage in termen van 0% tot 100%.

Om op een meer representatieve en genuanceerde wijze dan alleen op schadepost-niveau te kunnen toedelen in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, wordt in paragraaf 5.3 partiële aansprakelijkheid als alternatieve rechtsfiguur voor het hoofdelijkheidssysteem geïntroduceerd. Deze partiële aansprakelijkheid (in de toedelingsfase) kan in theorie los van of na toepassing van art. 6:98 BW (in de omvangsfase) aan de orde komen.<sup>148</sup> In dit onderzoek bepleit ik

147 Kortmann in zijn annotatie onder HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, AB 2020/1, sub 2 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).

148 In theorie zijn er dus drie systemen mogelijk: (1) een systeem waarbij alleen art. 6:98 BW aan de bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid tegemoetkomt, (2) een systeem waarbij alleen partiële aansprakelijkheid met datzelfde doel toepassing vindt, dan wel (3) een systeem waarbij eerst art. 6:98 BW en vervolgens partiële aansprakelijkheid toegepast wordt, uiteraard voor zover er aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan.



echter een systeem waarbij partiële aansprakelijkheid ná toepassing van art. 6:98 BW aan de orde komt.<sup>149</sup> De introductie van partiële aansprakelijkheid heeft in het door mij voorgestelde systeem dus nadrukkelijk niet tot gevolg dat art. 6:98 BW in die gevallen buiten toepassing blijft. Partiële aansprakelijkheid in de toedelingsfase van het recht biedt in het geval waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft een (nodige) aanvulling op de toepassing van art. 6:98 BW in de voorafgaande omvangsfase, maar vervangt dit leerstuk niet. Ik kom op dit pleidooi c.q. deze verhouding in paragraaf 5.4 uitvoerig terug.

### 5.3 DE TOEDELING VAN DE SCHADELAST: PARTIËLE AANSPRAKELIJKHEID NAAST HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID

#### 5.3.1 INLEIDING EN OPBOUW

In de onderhavige paragraaf introduceer ik een partieel toedelingsstelsel naast het huidige hoofdelijkheidssysteem. Meer in het bijzonder bepleit ik de toepassing van partiële aansprakelijkheid in de gevallen waarin de secundaire partij een *beperkt* verwijt treft.

Teneinde de noodzaak van een partieel systeem in het Nederlandse recht te benadrukken, wordt in paragraaf 5.3.2 de keerzijde van het huidige hoofdelijkheidssysteem in secundaire aansprakelijkheidsprocedures nader belicht.<sup>150</sup> Ter inspiratie en in aanloop naar de verdere uitwerking van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse recht, wordt in paragraaf 5.3.3 de Amerikaanse figuur van 'several liability' besproken.<sup>151</sup> In paragraaf 5.3.4 worden de voordelen van een (soortgeleijk) partieel systeem in het Nederlandse recht toegelicht en uitgewerkt. Inzichtelijk wordt gemaakt dat dit systeem de genuanceerde oplossing biedt waar in dit onderzoek naar wordt gezocht. In deze paragraaf wordt ook de noodzaak van het 'voortbestaan' van het huidige hoofdelijkheidssysteem besproken in de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt, maar een zwaarder verwijt treft.

Nadat de noodzaak en de toegevoegde waarde van een partieel systeem zijn besproken, wordt de precieze uitwerking van dit systeem in de daaropvolgende paragrafen beschreven. Zo worden in paragraaf 5.3.5 de criteria voor toepassing van partiële aansprakelijkheid toegelicht en uitgewerkt. Vervolgens worden in paragraaf 5.3.6 de specifieke incorporatiemogelijkheden en -wijzen van een partieel systeem in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht besproken. In deze paragrafen wordt onder meer acht geslagen op de rechtsontwikkeling naar een meer proportioneel denken, evenals op de thans bestaande en aanvaarde uitzonderingen op het hoofdelijkheidssysteem.

149 Los van de vraag of toepassing van art. 6:98 BW ook daadwerkelijk tot het (niet) toerekenen van bepaalde schadeposten heeft geleid.

150 In aanvulling op hetgeen daarover reeds in paragraaf 3.3.3 is opgemerkt.

151 Ter samenvatting van hetgeen daarover meer uitvoerig in hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.2 is beschreven.

Vervolgd wordt in paragraaf 5.3.7 met een bespreking van de voor- en tegenstanders van een partieel systeem in de Nederlandse literatuur, waarbij de argumenten worden besproken die voor en tegen de toepassing van partiële aansprakelijkheid pleiten. In het verlengde daarvan wordt in paragraaf 5.3.8 de positie van het slachtoffer in een dergelijk systeem nader onder de loep genomen. In paragraaf 5.4 wordt, tot slot, de precieze verhouding tussen art. 6:98 BW in de omvangfase en partiële aansprakelijkheid in de toedelingsfase van het Nederlandse recht besproken.

### 5.3.2 DE KEERZIJDE VAN HET NEDERLANDSE HOOFDELIJKHEIDSSYSTEEM VOOR SECUNDAIRE PARTIJEN NADER BELICHT

In de voorgaande paragrafen, met name in paragraaf 3.3, werden de problemen van en de bezwaren tegen 'uitdijende' secundaire aansprakelijkheden geschetst, bezien in het licht van de consequenties van het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem (art. 6:102 BW). Het 'alles' waartoe de secundaire partij in de vestigingsfase in de relatie tot de benadeelde wordt veroordeeld, zal voor wat betreft de feitelijke schadelast in de regresrelatie met de veelal insolvente primaire partij niet gecorrigeerd worden naar haar specifieke veroorzakingsaandeel, zo lichtte ik toe. De secundaire partij moet in die gevallen dus meer betalen dan het haar te maken (beperkte) verwijt of haar aandeel in de schade, kan rechtvaardigen.<sup>152</sup>

#### **Voorbeeld 1**

Nadat een automobilist een stopbord en een verkeersregelaar negeerde, kwam hij in botsing met een 10-jarige jongen die aan de gevolgen daarvan overleed. In de aansprakelijkheidsprocedure werd deze automobilist als primaire partij aansprakelijk gesteld. Daarnaast werd ook de gemeente als werkgever van de betrokken verkeersregelaar (secundair) aansprakelijk gesteld, nu aangenomen kon worden dat het verkeersongeval mogelijk voorkomen had kunnen worden als de verkeersregelaar het kind van de straat had geplukt, in plaats van de auto tot stilstaan had gesommeerd. De rechter meende dat het veroorzakingsaandeel van deze secundaire partij slechts 1% was. Door toepassing van het hoofdelijkheidssysteem voldeed de secundaire partij in feite 100% van de schade, nu zij te kampen had met een insolvente primaire schadeveroorzaker (de automobilist) en zich dus niet (voor het deel dat haar niet toekwam) op deze primaire partij kon verhalen.

#### **Voorbeeld 2**

Een vrouw in een botsauto liep ernstig letsel op toen haar verloofde in een andere botsauto ruw tegen haar aanreed. De vrouw sprak haar verloofde als primaire partij aan, maar zij hield ook het pretpark (Disneyland) – vanwege een gebrek aan toezicht – aansprakelijk als secundaire partij. Alhoewel de vrouw voor 14% verantwoordelijk en aansprakelijk werd gehouden voor haar eigen schade, haar verloofde voor

---

152 Zie ook Van der Wiel 2005, p. 159.

85% en het pretpark slechts voor 1%, moest het pretpark 86% van de schade voldoen, omdat de verloofde niet in staat was om zijn aandeel in de schade te betalen.<sup>153</sup>

Het hoofdelijkheidssysteem heeft dus consequenties voor de feitelijke verdeling van de schade tussen de primaire en de secundaire partij in de toedelingsfase, zo besprak ik al in paragraaf 3.3.3. Dit systeem draagt meer in het bijzonder het bezwaar in zich dat op de secundaire partij het insolventierisico van de primaire partij rust, en zij dus voor de gehele schade dient in te staan, óók als haar maar een (zeer) beperkt verwijt treft, zo illustreren de voorgaande voorbeelden. Ook Van Dam concludeert in gelijke zin:

‘Indien de toezichthouder aansprakelijk is wegens inadequaat handhavingstoezicht is zij met de andere aansprakelijke (rechts)personen (veelal degenen op wie toezicht dient te worden gehouden) hoofdelijk aansprakelijk voor de schade. Dat wil zeggen dat zij extern (door de benadeelden) voor de gehele schade kan worden aangesproken. Intern zal de draagplicht vooral op de primair aansprakelijke (rechts)persoon rusten, maar in de praktijk zal diens draagkracht beperkt zijn en komt het er op neer dat de toezichthouder het leeuwendeel van de schade betaalt. In dit kader kunnen de nadelen van hoofdelijkheid zich met name doen gevoelen indien de bijdrage van de toezichthouder slechts beperkt is, de schade erg groot is en de mededaders geen verhaal bieden.’<sup>154</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Het hoofdelijkheidssysteem kan vanwege de hieraan verbonden, in potentie verstrekkende (schadelast)gevolgen voor de secundaire partij, bij de rechter bovendien tot de behoefte aan terughoudendheid in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid leiden.<sup>155</sup> Zo merkt ook Verheij in de context van de secundaire overheidsaansprakelijkheid op:

153 Deze twee voorbeelden zijn ontleend aan de Amerikaanse rechtspraak – achtereenvolgend de uitspraken *Zimmers v. City of Milwaukee*, 189 Wis. 269 (N.W. 1925) en *Walt Disney World Co. v. Wood*, 515 So.2d 198 (Fla. 1987) – zoals deze in hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.3 zijn besproken. In het vervolg van deze paragraaf, meer in het bijzonder in paragraaf 5.3.5.3, zullen diverse voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak worden besproken ter illustratie van de toegevoegde waarde van een partieel systeem en ter invulling van de voorwaarden voor toepassing ervan.

154 Van Dam 2006, p. 171.

155 Zoals reeds in paragraaf 3.4 werd toegelicht, zal empirisch onderzoek nodig zijn om de precieze relatie tussen de terughoudendheid bij de secundaire aansprakelijkheidsbeoordeling en de verstrekkende aansprakelijkheidsgevolgen in een hoofdelijkheidssysteem vast te kunnen stellen. Ondanks dat uit de overwegingen van de rechter niet steeds precies achterhaald kan worden welk bezwaar tot terughoudendheid leidt, lijkt het wel aannemelijk dat één of een combinatie van de in paragraaf 3 besproken bezwaren met die terughoudendheid verband houdt. Daar waar ik in dit hoofdstuk zal bepleiten dat partiële aansprakelijkheid aan al deze bezwaren tegemoet kan komen, althans deze bezwaren in de toedeling van de feitelijke schadelast verdisconteerd kunnen worden, kan wat mij betreft ook aangenomen worden dat toepassing van een partieel systeem invloed zal hebben op de (thans) bestaande terughoudendheid in de rechtspraak, onafhankelijk van de vraag welk bezwaar de rechter in voorkomende gevallen nu precies tot die terughoudendheid noopt.

‘Het is misschien wegens de hoofdelijke aansprakelijkheid dat de rechter terughoudend schijnt om de overheid aansprakelijk te houden voor gebrekkige controle of gebrekkig toezicht.’<sup>156</sup>

De balans opmakend, voedt het huidige hoofdelijkheidssysteem de bezwaren tegen de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid, meer in het bijzonder in de gevallen waarin de secundaire partij (vgl. de verkeersregelaar en Disneyland) een beperkt verwijt treft. Maatwerk of differentiatie – in elk geval een meer genuanceerd antwoord dan ‘alles’ (100%) of ‘niets’ (0%) – is in die gevallen dus nodig.<sup>157</sup>

### 5.3.3 HET AMERIKAANSE ALTERNATIEF VAN ‘SEVERAL LIABILITY’

In hoofdstuk 7 werd geconstateerd dat het Amerikaanse recht, in tegenstelling tot het Nederlandse recht, meer wijzen van aansprakelijkheidstoedeling kent in de gevallen waarin de schade is veroorzaakt door meerdere partijen.<sup>158</sup> Het Amerikaanse recht kent immers een alternatief voor hoofdelijke aansprakelijkheid in een vorm van wat ook wel ‘several liability’ wordt genoemd.<sup>159</sup>

156 Verheij 2019, p. 91. Vgl. ook meer in het algemeen Giesen 2005a, p. 40-41: ‘Het (...) instinctieve gevoel “de verkeerde te pakken te hebben” zal met zich (kunnen) meebrengen dat de aansprakelijkheid van toezichthouders en andere tweedegraads daders minder snel aanvaard wordt. En dat komt dan nog bovenop de nog te bespreken terughoudende opstelling die aansprakelijkheid wegens nalaten (nog steeds) met zich lijkt te brengen.’ Zie over die terughoudendheid ook Hartlief 2003, p. 43.

157 Vgl. in de context van proportionele aansprakelijkheid: Akkermans 1997, p. 85-86. Akkermans merkt op dat het ‘alles-of-niets’-systeem tot een patstelling voert, in die zin dat geen van beide oplossingen (aansprakelijkheid ja of nee) méér voor de hand ligt dan de ander. Zie ook Busch 2011, p. 67-68.

158 Zie voor de uitwerking van dit systeem, evenals de nuances op statelijk niveau, hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.

159 Zoals ik in hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.4 toelichtte, zal het met name een statelijke kwestie blijven of, en zo ja wanneer, de rechter het hoofdelijkheidssysteem (‘joint and several liability’) of (een variant op) het proportionele systeem (‘several liability’) toepast. Uit de toelichtingen op § 10 en § 17 in de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability blijkt bovendien dat er voor wat betreft de specifieke toepassingsvormen van de voornoemde toedelingswijzen geen ‘majority rule’ op dit gebied te destilleren is, maar er juist diverse statelijke invullingen bestaan en de toepasbaarheid daarmee per staat zal verschillen (hetgeen zal samenhangen met de specifieke statelijke wetgeving). Green 2004, p. 262 merkt hierover op dat er wel patronen gedestilleerd kunnen worden, maar dat er ook op die patronen weer een veelvoud aan ‘exceptions, modifications and other variations’ bestaan. Het American Law Institute neemt in de toelichting bij de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability dan ook nadrukkelijk afstand van de concrete codificatie van de vraag wanneer joint and several liability, several liability of een combinatie daarvan in een concrete zaak moet worden toegepast (zie het commentaar op § 17 van de Restatement Third of Torts, Apportionment of Liability). Zie voor verdere nuances hoofdstuk 7, paragraaf 3.4, Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393-395 en Epstein & Sharkey 2016, p. 364. In de Nederlandse literatuur schreef hierover onder meer Van Boom 1997, p. 143; Barendrecht 2003, p. 957 en Busch 2011, p. 79. In dit hoofdstuk worden, in navolging van hoofdstuk 7, de ‘klassieke’ toepassingsvormen van joint and several liability en several liability beschreven, waarbij wordt geabstraheerd van de eventuele statelijke verschillen.

Het instrument van de several liability verschaft de Amerikaanse rechter de mogelijkheid om de secundaire partij enkel aansprakelijk te houden voor dát deel van de schade dat een weerspiegeling vormt van haar aandeel in de veroorzaking van de totale schade.<sup>160</sup> Het gevolg daarvan is dat de schadelast niet in het geheel op de secundaire partij komt te rusten als de primaire partij insolvent is. Deze toedelingwijze bezigt dan ook een principiële ander vertrekpunt dan het hiervoor geschetste Nederlandse hoofdelijkheidssysteem: de vraag wat ieders aandeel in de schade is, is in de Nederlandse procedure tussen de benadeelde en de secundaire partij irrelevant, maar komt slechts bij de vraag naar het onderlinge regres tussen de primaire en secundaire partij aan de orde.<sup>161</sup> Zoals in hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.3 is besproken, heeft het Amerikaanse recht op die manier een antwoord gegeven op de toenemende secundaire aansprakelijkheidsclaims (wat leidde tot de 'tort insurance crisis' en de daaropvolgende 'tort reform'). De feitelijke consequenties van de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid kunnen daardoor in beide rechtstelsels sterk uiteenlopen, evenals de behoefte of de noodzaak om bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht terughoudendheid te betrachten (zie paragraaf 2.3).<sup>162</sup>

Een en ander werpt de vraag op of het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht zich zou kunnen laten inspireren door de Amerikaanse rechtsfiguur van de several liability, door aansluiting te zoeken bij een meer partiële wijze van verdeling van de aansprakelijkheid. De concreet voorliggende en hierna te beantwoorden vraag is dus of (een variant op) het Amerikaanse systeem van de several liability ook in Nederland (als uitzondering op het bestaande hoofdelijkheidssysteem) een oplossing kan bieden voor de toenemende aansprakelijkheidsclaims jegens secundaire partijen en de daaraan verbonden bezwaren. Het Nederlandse equivalent van several liability wordt door mij in het navolgende aangeduid als 'aansprakelijkheid naar het veroorzakingsaandeel' of 'partiële aansprakelijkheid' in de toedelingsfase van het recht.<sup>163</sup>

#### 5.3.4 DE TOEGEVOEGDE WAARDE VAN PARTIËLE AANSPRAKELIJKHEID IN HET NEDERLANDSE RECHT

##### 5.3.4.1 INLEIDING

Van Dam merkte in 2006 op:

160 Van Boom 1997, p. 139; Wilson Elser 2013, p. 4; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 393-395.

161 Op de gedachte achter dit hoofdelijkheidssysteem – kort gezegd: slachtofferbescherming – wordt in paragraaf 5.3.7 en paragraaf 5.3.8 ingegaan.

162 Ik benadruk het woord 'kunnen', daar waar het Amerikaanse recht óók een toedelingwijze gelijk aan het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem kent ('joint and several liability'). Zie hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.2.

163 Herhaald zij dat van 'partiële aansprakelijkheid' nadrukkelijk onderscheiden dient te worden de reeds in het Nederlandse recht bekende vormen van proportionele aansprakelijkheid in geval van onzeker causaal verband in de vestigingsfase van het aansprakelijkheidsrecht. Zie hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.2.

‘Afschaffing van de hoofdelijkheid en invoering van een proportionele aansprakelijkheid voor mededaders in geval van adequaat toezicht zou een breuk met het huidige recht betekenen, waarvoor overtuigende argumenten dienen te bestaan, mede omdat hoofdelijkheid in het algemeen pijn doet voor schuldenaars die slechts zijdelingse veroorzakers van de schade zijn.’<sup>164</sup>

Ik bepleit in het vervolg van deze paragraaf dat deze ‘overtuigende argumenten’ in de door Van Dam genoemde gevallen bestaan. Meer in het bijzonder zal ik bepleiten dat de introductie van de rechtsfiguur van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht noodzakelijk en wenselijk, maar ook mogelijk is, met dien verstande dat toepassing van partiële aansprakelijkheid wat mij betreft alleen aan de orde is in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft. In de andere gevallen dient het huidige hoofdelijkheidssysteem onverkort toepassing te vinden. Mijn pleidooi ziet daarom op de implementatie van een partieel systeem als uitzondering op het bestaande hoofdelijkheidssysteem.

#### 5.3.4.2 DE VOORDELEN VAN EEN PARTIEEL SYSTEEM IN HET NEDERLANDSE RECHT

Zoals al in paragraaf 5.3.3 werd toegelicht, is in een partieel systeem elke partij (primaair/secundair) aansprakelijk voor dat deel van de schade dat correspondeert met haar aandeel in de veroorzaking van de totale schade (haar veroorzakingsaandeel), in plaats van dat zij samen met een medeveroorzaker hoofdelijk tot vergoeding van alle schade gehouden is. Het gevolg daarvan is dat de schadelast niet in het geheel (voor 100%) op de secundaire partij komt te rusten indien de primaire partij insolvent is.

De belangrijkste reden voor de introductie van dit systeem in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, is daarin gelegen dat de in paragraaf 3 geconstateerde bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid in een partieel systeem op een nauwkeurige wijze vertaald kunnen worden in de toedeling van de feitelijke schadelast van de secundaire partij. In de bepaling van het veroorzakingsaandeel waarvoor de secundaire partij uiteindelijk verantwoordelijkheid draagt, kunnen alle relevante omstandigheden (zoals de gebrekkige voorzienbaarheid van de schade) worden meegenomen. Op die manier kan in de toedelingsfase in de relatie tussen de secundaire partij en de benadeelde een genuanceerder en representatiever aansprakelijkheidsantwoord worden gegeven (0% tot 100%) dan dat in de vestigingsfase (0% of 100%) of met toepassing van art. 6:98 BW in de omvangsfase (schadepost A of schadepost B) kan.<sup>165</sup> Zodoende wordt meer recht

164 Van Dam 2006, p. 172. Hij concludeert vervolgens: ‘Het huidige onderzoek heeft deze overtuigende argumenten echter niet aan het licht gebracht.’

165 Met dien verstande, zoals ik al opmerkte en hierna in paragraaf 5.4 wordt toegelicht, dat ik met de introductie van partiële aansprakelijkheid nadrukkelijk niet bepleit dat art. 6:98 BW in secundaire aansprakelijkheidsprocedures buiten toepassing dient te blijven. Partiële aansprakelijkheid vormt een aanvulling op de mogelijke toepassing van art. 6:98 BW in voorkomende gevallen. Ook besprak ik in paragraaf 3.3.3 en paragraaf 5.2.2 reeds dat figuren als matiging, eigen schuld en voordeelstoerekening buiten beschouwing zijn gelaten.

gedaan aan het beperkte verwijt dat de secundaire partij treft, zonder dat de secundaire partij geheel wordt ontzien.

Bovendien – en in het verlengde daarvan – zal met de incorporatie van dit systeem geen noodzaak meer bestaan om de secundaire zorgplicht principieel terughoudend te toetsen, althans om de secundaire aansprakelijkheid categorisch af te wijzen.<sup>166</sup> Het in potentie verstrekkende gevolg van de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid – het dragen van de volledige schadelast – kan in de toedelingsfase immers worden ondervangen door de feitelijke schadelast te corrigeren naar het specifieke veroorzakingsaandeel van de secundaire partij. De secundaire partij die een beperkt verwijt treft, draait zodoende niet op voor een groter deel van de schade dan het (beperkte) deel dat zij heeft veroorzaakt. De rechter hoeft zijn toevlucht dus niet meer te zoeken in ‘kunstgrepen’ in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid, om zo de onwenselijke situatie te voorkomen dat de (wel liquide) secundaire partij geen verhaalsmogelijkheden heeft – geen regres kan nemen – en daardoor feitelijk de gehele schadelast draagt, terwijl haar slechts een beperkt verwijt treft. Dat er in die gevallen bij de rechter geen of minder behoefte tot voorzichtigheid of afwijzing in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheden zal bestaan, kan (juist) ook de belangen van het slachtoffer dienen (zie nader paragraaf 5.3.8).

De secundaire aansprakelijkheid wordt met de introductie van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse recht dus beter beheersbaar, waardoor ook de geschetste claimcultuurangsten minder reëel zijn. De rechter heeft in een partieel systeem immers meer ‘grip’ op de secundaire aansprakelijkheid en de omvang ervan, nu de uiteindelijke secundaire schadelast representatiever is voor het (beperkte) verwijt dat de secundaire partij treft. De schadelast ‘schiet niet door’ naar 100% als de primaire partij insolvent is, waardoor ook aan de beschreven ‘morele bezwaren’ tegen secundaire aansprakelijkheden tegemoet wordt gekomen. In paragraaf 5.3.7 en paragraaf 5.3.8 komt aan de orde dat een partieel toedelingssysteem bovendien een goede ‘incentive’ voor het slachtoffer kan vormen om zich niet te gemakkelijk tot enkel de secundaire partij als liquide partij te wenden en ook de verhaalsmogelijkheden met betrekking tot de primaire partij uit te putten, terwijl de (preventieve) prikkel voor de secundaire partij om adequaat toezicht te houden, in dit systeem behouden blijft.<sup>167</sup>

Kortom, en daarin ligt de essentie: met een partieel systeem kan (wel) recht worden gedaan aan de specifieke bezwaren die enerzijds tegen volledige toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid (‘alles’) bestaan en aan de argumenten die anderzijds tegen een terughoudendheid of afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid (‘niets’) pleiten. In dit systeem hoeft de secundaire partij die een beperkt verwijt treft immers niet voor een groter deel van de schade in te staan dan haar (beperkte)

166 Zie over de relatie tussen deze terughoudendheid en de consequenties van het hoofdelijkheidsstelsel al eerder paragraaf 3.4, paragraaf 5.3.2 en Verheij 2019, p. 91.

167 Zie hierover ook Busch 2011, p. 68-71.



aandeel in de schade kan rechtvaardigen, maar wordt zij ook niet ten koste van het slachtoffer beschermd. Het biedt dus het genuanceerde antwoord waar de secundaire aansprakelijkheidsproblematiek om vraagt, waardoor de geest in de fles blijft en het hek niet van de dam gaat.

#### 5.3.4.3 DE WENSELIJKHEID VAN DE HANDHAVING VAN (ÓÓK) EEN HOOFDELIJKHEIDSSYSTEEM

Het voorgaande noopt tot de beantwoording van de vraag naar de resterende waarde van het hoofdelijkheidssysteem in secundaire aansprakelijkheidsprocedures. Als de partiële toedelingsfiguur de secundaire aansprakelijkheidsproblematiek zo dienstig is, waarom kan het hoofdelijkheidssysteem in secundaire aansprakelijkheidsprocedures dan niet geheel losgelaten te worden, en rekenen we – ook in de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft – niet gewoon áltijd partieel toe?

In deze paragraaf bepleit ik dat het wenselijk en noodzakelijk is om het huidige hoofdelijkheidssysteem van art. 6:102 BW (als hoofdregel) te handhaven in de gevallen waarin de secundaire partij *geen* beperkt verwijt treft. Deze argumenten vormen tevens de rechtvaardiging voor het aanleggen van het onderscheidende criterium van het ‘beperkte verwijt’ – en dus het maken van een ‘knip’ in de van toepassing zijnde ‘toedelingsfiguren’ – welk criterium in paragraaf 5.3.5.3 nader wordt uitgewerkt.

Vooropgesteld dient te worden dat het vanuit het perspectief van het in dit onderzoek geïntroduceerde probleem (paragraaf 5.1) ‘niet nodig’ is om, in de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft (en waarin de besproken bezwaren minder opspelen), heil te zoeken in partiële aansprakelijkheid. Een alternatieve omgangswijze is nodig in de gevallen waarin er bezwaren tegen de volledige toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid bestaan – de secundaire partij treft een verwijt, maar een beperkt verwijt<sup>168</sup> – terwijl de volledige afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid ook ongewenst is. In het bijzonder kan daarbij gedacht worden aan de situatie waarin de schade voor de secundaire partij gebrekkig voorzienbaar was. Een meer genuanceerde secundaire schadelast dan ‘alles-of-niets’ is in die gevallen gewenst. In de procedures waarin deze bezwaren niet of minder opspelen – de secundaire partij treft *geen* beperkt verwijt – is een partiële oplossing niet noodzakelijk.<sup>169</sup>

168 Welke bezwaren worden versterkt in de niet zeldzame gevallen waarin de primaire partij insolvent is. Ik licht in paragraaf 5.3.5.1 nader toe dat de insolventie van de primaire partij een belangrijk argument voor de introductie van het partiële systeem in het Nederlandse recht is, maar geen voorwaarde voor toepassing van partiële aansprakelijkheid vormt.

169 Vgl. Busch 2011, p. 65 en 69, die ook bepleit dat de rechter de *mogelijkheid* zou moeten hebben de door hem genoemde proportionele benadering toe te passen (bijvoorbeeld als de toezichthouder bij het accepteren van hoofdelijke aansprakelijkheid opgescheept zou worden met een onverhaalbare regresvordering op de primaire dader en de proportionele benadering bovendien redelijk acht), en dus niet *altijd*.

Ook de vragen die dan vervolgens, na de introductie van de 'partiële oplossing', opspelen (is het niet onwenselijk dat de secundaire partij in een partieel systeem beschermd wordt, en is een partieel systeem dan niet bezwaarlijk voor het slachtoffer?) kunnen ontkenkend beantwoord worden, júst vanwege de handhaving van het bestaande hoofdelijkheidssysteem in de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft. Vooruitlopend op hetgeen besproken wordt in de paragrafen 5.3.7 en 5.3.8, merk ik daarover op deze plaats alvast het volgende op.

De handhaving van het hoofdelijkheidssysteem in de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft, is in de eerste plaats vanuit het perspectief van de verantwoordelijkheid van de secundaire partij te rechtvaardigen. Deze rechtvaardiging ligt besloten in de eerder door mij opgeworpen, meer morele vraag (en het antwoord daarop) of secundaire partijen wel als de 'niet echte' of slechts 'afgeleide vader' beschouwd kunnen worden als zij een substantiële norm- of zorgplichtschending hebben begaan. In de gevallen waarin deze secundaire partijen écht steken hebben laten vallen of waarin er zelfs grove fouten zijn gemaakt (en hen dus géén 'beperkt' verwijt treft), is het immers niet steeds terecht de secundaire partij te (dis)kwalificeren als de 'niet echte vader'. De consequentie van het hoofdelijkheidssysteem (de secundaire partij draagt het insolventierisico van de primaire partij) is wat mij betreft in die gevallen passend en terecht. Of andersom geredeneerd: de consequentie van een partieel systeem (het slachtoffer draagt het insolventierisico van de primaire partij) is in die gevallen waarin de secundaire partij een dermate grove normschending heeft begaan, ongewenst.<sup>170</sup>

Ook bezien vanuit het perspectief van het slachtoffer is de toepassing van een voorwaardelijk partieel systeem, naast het hoofdelijkheidssysteem, te rechtvaardigen. Deze rechtvaardiging overlapt deels met het voorgaande perspectief (het belicht de andere kant van dezelfde medaille). Ik stipte al aan dat het slachtoffer, gezien de in potentie verstrekkende consequenties van het hoofdelijkheidssysteem, zich met een terughoudende rechter geconfronteerd kan zien in de procedures waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft. De gedachte is dan dat, als de bezwaren

---

170 Denk bijvoorbeeld aan de normschending van de politie inzake de aansprakelijkheidsprocedure in de Alphen-kwestie. Zowel in eerste aanleg, hoger beroep als in cassatie werd immers aangenomen dat de verlening van het wapenverlof in 2008, zonder daarbij relevante informatie als de eerdere weigering van het wapenverlof in 2005 en de gedwongen opname van Tristan van der V. in het psychiatrische ziekenhuis in 2006 (en de in dat verband opgemaakte Bopz-mutatie) te betrekken, kwalificeerde als een handelen in strijd met een wettelijke plicht (WWM), zo besprak ik al in paragraaf 4.1 en paragraaf 4.2 van dit hoofdstuk. De noodzaak en wenselijkheid van het (voort)bestaan van het hoofdelijkheidssysteem is er in dergelijke zaken in gelegen dat de secundaire partij (de politie) – die mijns inziens geen beperkt verwijt trof, zie nader paragraaf 5.3.5.3 – de schade in het geheel dient te vergoeden. De slachtoffers worden zodoende niet met de onverhaalbaarheid van (een deel van) de schade op de primaire partij opgezadeld, omdat het hoofdelijkheidssysteem dan onverkort toepassing vindt. Een en ander met dien verstande dat art. 6:98 BW in de Alphen-kwestie en daarmee te vergelijken gevallen, waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft, wel kan worden toegepast om een terughoudende toets in de vestigingsfase van het aansprakelijkheidsrecht te voorkomen, zo licht ik in paragraaf 5.4 nader toe.

tegen secundaire aansprakelijkheden ondervangen kunnen worden met een partieel systeem, de behoefte van de rechter tot terughoudendheid in de vestigingsfase 'wegvalt' of verminderd wordt (zie nader paragraaf 5.3.4). De secundaire aansprakelijkheidsvorderingen die in de huidige rechtspraak worden afgewezen – te weten in de procedures waarin de rechter een (meer) principieel terughoudende zorgplichttoets aanlegt<sup>171</sup> – kunnen dan wél tot een toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid leiden. Hierin ligt in mijn optiek ook een goede rechtvaardiging besloten om partiële aansprakelijkheid enkel toe te passen in de 'risicogevalLEN' waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft (de bezwaren opspelen), en voor de overige gevallen het bestaande hoofdelijkheidssysteem te handhaven.<sup>172</sup> Alleen in die gevallen waarin het verwijt aan het adres van de secundaire partij beperkt is – en de rechter de in potentie verstrekkende schadelastgevolgen van de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid daarom (erg) onwenselijk acht – is het slachtoffer immers bij een partieel systeem gebaat.

Concluderend geldt dat met een partieel systeem als uitzondering op het thans bestaande hoofdelijkheidssysteem tegemoet wordt gekomen aan de specifieke bezwaren die in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure opspelen, zonder de secundaire partij ten onrechte te ontzien of het slachtoffer ten onrechte te benadelen.<sup>173</sup> Gegeven de bezwaren tegen toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid enerzijds en tegen een terughoudende toetsing anderzijds, wordt zodoende de gulden middenweg bereikt, althans kan in deze gevallen in elk geval een bevredigender resultaat worden bereikt dan bij de toepassing van (enkel) het huidige hoofdelijkheidssysteem het geval is.

---

171 Zie paragraaf 2.2, onder VII.

172 Vgl. Van Boom 1997, p. 143.

173 Het is dan ook mede om deze gewenste 'balans' dat ik geen aansluiting zoek bij de figuur van 'de gedeeltelijke toerekening naar redelijkheid in de zin van art. 6:98 BW', dat Di Bella 2016, p. 131-132 voor overheidsaansprakelijkheid heeft geïntroduceerd. In het voorstel van Di Bella wordt immers niet alleen partieel toegerekend als de secundaire partij een beperkt verwijt treft, maar steeds als het een (secundaire) overheidsaansprakelijkheid betreft. Hierdoor zullen secundaire partijen als de politie in de Alphen-kwestie (en andere secundaire partijen die een grove norm- of zorgplichtschending hebben begaan) bij toepassing van deze rechtsfiguur (ten onrechte en ten koste van het slachtoffer) óók 'beschermd' worden tegen het insolventierisico van de primaire partij. Bovendien ontbreekt bij toepassing van deze rechtsfiguur ten opzichte van de door mij bepleite partiële toedeling een extra 'filter': haar rechtsfiguur vervangt de huidige toepassing van art. 6:98 BW immers wel, waardoor er na de vestigingsfase niet twee, maar één fase (correctiemogelijkheid) bestaat. Ik beoog echter niet te tornen aan de huidige werking van art. 6:98 BW. Zie hierover nader paragraaf 5.4. Dit is ook de reden dat ik over partieel *toedelen* spreek en Di Bella over gedeeltelijk *toerekenen*. De redenen die Di Bella aan de introductie van deze alternatieve figuur ten grondslag legt, te weten dat zij ook een meer genuanceerde (secundaire) aansprakelijkheidsomvang in termen van 0%-100% wenst te bereiken, deel ik wel.

### 5.3.5 DE UITWERKING VAN DE VOORWAARDEN VOOR PARTIËLE AANSPRAKELIJKHEID

#### 5.3.5.1 INLEIDING

Uit het voorgaande bleek reeds dat ik een toedelingssysteem bepleit waarbij hoofdelijkheid het vertrekpunt is, en waarin de rechter de schade alleen dan partieel aan de secundaire partij zal toedelen als haar een beperkt verwijt treft. De insolventie van de primaire partij werd daarbij niet genoemd als vereiste voor toepassing van partiële aansprakelijkheid. In paragraaf 3.3.3 besprak ik dat het vaak zal voorkomen dat de primaire partij onvoldoende solvent is om de (gehele) schade te dragen, en dat de secundaire partij dan voor de volledige schadelast dient in te staan. Dat betekent echter niet dat de insolventie van de primaire partij een voorwaarde is voor de toepassing van partiële aansprakelijkheid. Nog los van de vragen naar de praktische complicaties van zulk een voorwaarde in de secundaire aansprakelijkheidsprocedure,<sup>174</sup> geldt dat een dergelijk vereiste geen toegevoegde waarde heeft. Als de primaire partij (toch) wél solvent is, dan zal het toe te passen toedelingssysteem (hoofdelijk of partieel) immers geen consequenties hebben voor de uiteindelijke verdeling van de schadelast, want dan kan de secundaire partij regres nemen (hoofdelijk systeem), althans dan kan de benadeelde zijn (rest)vordering verhalen (partieel systeem). Bovendien kan betoogd worden dat – in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, en het partiële systeem van toepassing is – het vanuit de (andere) besproken bezwaren (paragraaf 3.2 en paragraaf 3.3) de voorkeur verdient dat de secundaire partij in dat geval niet met de verhaalsactie wordt belast, maar (en wellicht ook efficiënter) de benadeelde geprikkeld wordt om de (dan solvente) primaire partij ook in dezelfde procedure te betrekken.<sup>175</sup> Bedacht dient daarbij steeds te worden dat het voorgaande enkel geldt in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft (en de bezwaren tegen toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid sterker zullen opspelen). Als de secundaire partij een grovere normschending heeft begaan, geldt het hoofdelijkheidssysteem en zal de secundaire partij zich wel (zelf) tot de primaire partij dienen te richten.

In het vervolg van deze paragraaf worden de voorwaarden voor partiële aansprakelijkheid nader gedefinieerd en uitgewerkt (paragraaf 5.3.5.2 en paragraaf 5.3.5.3), waarna ook op de bezwaarlijkheid van de open norm (‘een beperkt verwijt’) wordt ingegaan (paragraaf 5.3.5.4).

174 Hoe ver moet en vooral *kan* een partij die zich op de partiële aansprakelijkheid beroept gaan om die verhaalsmogelijkheden met betrekking tot een (op dat moment nog: hypothetische) vordering uit te zoeken? En wat als de primaire partij gedurende de procedure – of erna – insolvent(er) wordt? Een dergelijk vereiste compliceert (en vertraagt) de procedure onnodig, zoals hierna wordt toegelicht.

175 Waarbij bedacht dient te worden dat de primaire partij in die gevallen veelal (wel) een groot verwijt treft (en het dus ook voor de hand ligt om de primaire partij aan te spreken). Bovendien kan door de benadeelde worden volstaan met een enkele dagvaarding, waarin allebei de partijen (primair/secundair) worden aangesproken, omdat het feitencomplex grotendeels hetzelfde zal zijn. Vgl. Busch 2011, p. 70, die opmerkt ‘niet in te zien’ waarom het dagvaarden van meerdere partijen voor de benadeelde bezwaarlijk zou zijn.

### 5.3.5.2 DE SECUNDAIRE PARTIJ

Vooropgesteld dient te worden dat partiële aansprakelijkheid als hiervoor is omschreven, alleen aan de orde is als er (ook) een ‘secundaire partij’ wordt aangesproken.<sup>176</sup> De bezwaren die in dit hoofdstuk zijn besproken en die de aanleiding vormden voor de introductie van de partiële toedelingswijze (zie paragraaf 5.1), gelden immers met betrekking tot *secundaire* aansprakelijkheden. Zo zullen de geschetste voorzienbaarheidsproblemen bijvoorbeeld niet (op die manier) opspelen als er geen andere partij dan de aangesprokene de schade direct in het leven heeft geroepen. Nog los daarvan geldt dat het bovendien niet mogelijk is om een aandeel in de schade vast te stellen (anders dan 100%) als er maar één partij feitelijk bij de veroorzaking van de schade betrokken is geweest.<sup>177</sup>

Het voorgaande betekent dat voor toepassing van partiële aansprakelijkheid in de aansprakelijkheidsprocedure in de eerste plaats in feitelijke zin vast dient komen te staan dat er (ook) een primaire partij is aan te wijzen die de schade direct in het leven heeft geroepen. Dit geldt ongeacht de vraag of deze primaire partij door de benadeelde daadwerkelijk in de procedure is betrokken of anderszins aansprakelijk is gehouden. De situatie waarin de secundaire partij tezamen met de primaire partij wordt aangesproken, zal voor wat betreft de feitelijke uitkomst – de verdeling van de concrete schadelast en het op de secundaire partij rustende risico op een insolvente primaire partij – immers niet verschillen van de situatie waarin de benadeelde alleen de secundaire partij aanspreekt.<sup>178</sup> De in paragraaf 5.3.4 bespro-

176 De definitie en het onderscheidend vermogen van ‘de secundaire partij’ ten opzichte van de primaire partij kwamen reeds in hoofdstuk 1, paragraaf 6.1 aan de orde. Het onderscheid tussen de secundaire partij en de primaire (directe) schadeveroorzaker wordt bovendien ook in de literatuur en rechtspraak gemaakt, zo lichtte ik in de voornoemde paragraaf al toe. Ik ga in dit onderzoek overigens steeds uit van één secundaire partij. Denkbaar is dat er in uitzonderingsgevallen meerdere secundaire partijen voor de schade aansprakelijk zijn. De conclusies in deze paragraaf gelden in die situatie in gelijke zin: per individuele secundaire partij zal bekeken dienen te worden of zij een beperkt of geen beperkt verwijt treft, met het daaraan verbonden toedelingssysteem van dien. Ik wijs er echter op dat het rechtspraakonderzoek in de hoofdstukken 3 t/m 6 uitwees dat deze situatie zich in de praktijk niet vaak voordoet.

177 Herhaald zij dat figuren als matiging, eigen schuld en voordeelstoerekening niet op de in dit onderzoek bedoelde situaties zien c.q. om andere redenen buiten beschouwing zijn gelaten. Zie eerder paragraaf 3.3.3 en hoofdstuk 2, paragraaf 4.1.

178 Zie hierover eerder hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.2. Bedacht dient daarbij te worden dat het feitenrelaas met betrekking tot de secundaire aansprakelijkheid zo verweven is met de normschending van de primaire partij – haar aandeel in de schade, het handelen dat de secundaire partij had moeten voorkomen – dat bij de beoordeling van de feiten in de secundaire aansprakelijkheidsprocedure ook de oorzaak van de schade (het schadeveroorzakend handelen van de primaire partij) zal blijken en voor de rechter dus ook duidelijk zal worden in welke mate deze schade door een derde (primaire partij) is veroorzaakt. Het feit dat de primaire partij in die procedure niet betrokken is en de rechter, zonder daarbij de standpunten van de primaire partij te betrekken, een secundair veroorzakingsaandeel vaststelt (en daarmee impliciet dus ook iets zegt over het veroorzakingsaandeel van de primaire partij), zal in de praktijk geen (zwaarwegend) bezwaar zijn. De benadeelde zal de primaire schadeveroorzaker in de regel immers slechts dan niet ook in dezelfde procedure als tegen de secundaire partij betrekken, als deze partij (zeker) geen verhaal biedt (insolvent of onvindbaar is). Dat geldt temeer aangezien er alleen partieel wordt toegedeeld

ken argumenten om partieel te kunnen toedelen, gelden dus óók en in gelijke zin in de situatie waarin alleen een secundaire partij in rechte wordt betrokken en deze partij ofwel de primaire partij zelf in vrijwaring oproept, ofwel een aparte regresprocedure start, ofwel de primaire partij (ook) buiten beeld laat.<sup>179</sup>

### 5.3.5.3 EEN BEPERKT VERWIJFT

In paragraaf 5.3.4.3 werd reeds toegelicht waarom het wenselijk en noodzakelijk is om het huidige hoofdelijkheidssysteem van art. 6:102 BW in stand te houden in de gevallen waarin de secundaire partij *geen* beperkt verwijft treft. De in die paragraaf besproken argumenten vormden de rechtvaardiging om het criterium van het 'beperkte verwijft' aan te leggen als voorwaarde voor de toepassing van partiële aansprakelijkheid. In deze paragraaf volgt de nadere uitwerking en de inkleuring van dit criterium.

Daarbij stel ik voorop dat de precieze invulling van de voorwaarden voor partiële aansprakelijkheid uiteindelijk in de rechtspraak uitgekristalliseerd zullen moeten worden, evenals de (eventueel) daarbij aan te leggen gezichtspunten.<sup>180</sup> Met het genoemde criterium van een 'beperkt verwijft' en de hierna beschreven suggesties voor de uitwerking daarvan, poog ik daartoe een aanzet te doen en enkele handvatten aan te reiken. Daarbij heb ik aansluiting gezocht bij de voorwaarden voor partiële aansprakelijkheid die eerder in de literatuur zijn genoemd<sup>181</sup> en bij de voorwaarden die worden gehanteerd in het Amerikaanse recht, waarin de rechtsfiguur van de 'several liability' daadwerkelijk wordt toegepast.<sup>182</sup>

---

in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijft treft, en het dus voor de hand ligt dat de primaire partij een groot verwijft treft. Het specifieke veroorzakingsaandeel van de primaire partij zal door de secundaire partij in de praktijk dan ook veelal niet verhaald kunnen worden; dat lag al besloten in de keuze van de benadeelde om, ondanks dat de primaire partij een (groot) verwijft trof, deze (insolvente) partij niet in rechte te betrekken, althans in de keuze van de secundaire partij om de primaire partij niet in vrijwaring in dezelfde procedure op te roepen.

179 Zodoende wordt dus ook in die gevallen recht gedaan aan het specifieke veroorzakingsaandeel van de secundaire partij en wordt een principiële terughoudendheid in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid voorkomen. Het zou bovendien onwenselijk zijn als de benadeelde het partiële systeem desgewenst zou kunnen omzeilen door alleen de secundaire partij aan te spreken.

180 Vgl. ook de suggestie van de wetgever met betrekking tot de vraag of het hoofdelijkheidssysteem in ongelijksoortige gevallen van samenloop toepassing dient te vinden: T-M, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 91 (nr. 5): '(...) moet aan de wetenschap en rechtspraak worden overgelaten'.

181 Zie Van Boom 1997, p. 151-152 en in navolging daarvan Van Rossum 2005, p. 97 ('minimaal aandeel'); Busch 2011, p. 66 ('geringe schuld'); Verheij 2019, p. 91 ('gering verwijft'). Ik kom op hetgeen deze auteurs hebben bepleit in paragraaf 5.3.7 uitvoerig terug. Ook zij gewezen op Van Dam 2006, p. 171, die betoogt dat de nadelen van het hoofdelijkheidssysteem met name opspelen in de gevallen waarin de bijdrage van de toezichthouder 'slechts beperkt' is.

182 Waarbij zij opgemerkt dat de voorwaarde voor partiële aansprakelijkheid wat mij betreft in een woordelijk criterium vervat kan worden, en vervolgens in de rechtspraak ingekleurd en afgebakend kan worden. Vgl. de toepassing van proportionele aansprakelijkheid (wanneer de kans 'niet zeer klein, noch zeer groot is', zoals gehanteerd werd in het *Nefalit/Karamus*-arrest,



Bedacht dient te worden dat aan de toedelingsfase pas wordt toegekomen als de secundaire aansprakelijkheid gevestigd is. Vóór de toedelingsfase is dus reeds vast komen te staan dat de secundaire partij 'een' verwijt treft dat in causaal verband staat tot de schade en dat (een deel van) de schadeposten aan haar zijn toe te rekenen. De vraag die dan in de toedelingsfase aan de orde komt, te weten of een verwijt zich al dan niet als 'beperkt' kwalificeert, vergt een beoordeling van de specifieke omstandigheden van het geval.<sup>183</sup> Meer in het bijzonder gaat het bij de beoordeling van de mate van verwijtbaarheid om de *intensiteit van de norm- of zorgplichtschending*.<sup>184</sup>

Zo zal het bij evidente en grove overtredingen van (wettelijke) normen niet aanmerkelijk zijn dat de rechter het verwijt van een secundaire partij als beperkt aanmerkt.<sup>185</sup> Ter illustratie wijs ik op de in hoofdstuk 4, paragraaf 5.3.2 besproken

---

HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, r.o. 3.13, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai). Zie hierover ook het vervolg van deze paragraaf. Denkbaar is echter ook dat er aan het 'beperkte verwijt' een percentage verbonden wordt. Ook de meeste Amerikaanse staten hanteren immers (ter invulling van het criterium van een 'minimale schadeveroorzaker') een percentage voor toepassing van *several liability*: partiële aansprakelijkheid wordt toegepast als de secundaire partij een kleiner veroorzakingsaandeel dan 50% heeft (wat in mijn optiek overigens nog als een hoog percentage voorkomt; is 49% wel 'minimaal' te noemen?). Zie over dit criterium in het Amerikaanse recht Van Boom 1997, p. 143; Green 2004, p. 262-263. Mocht aan een dergelijk percentage in de Nederlandse rechtspraktijk behoefte blijken te bestaan, dan zal onderzoek gedaan moeten worden naar het 'kantelpunt' (wanneer is iets nog een beperkt verwijt te noemen?), om te voorkomen dat dit percentage (te) arbitrair wordt. Ik verwijs voor de (goed volgbare) argumenten *tegen* dergelijke percentages in de context van proportionele aansprakelijkheid op Tjong Tjin Tai 2006b, p. 98-100 en op de conclusie van A-G Spier (sub 3.10.1) voor HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*). Deze standpunten en argumenten tegen het gebruik van dergelijke percentages (en de argumenten vóór een 'open norm') zullen in paragraaf 5.3.5.4 nader aan de orde komen.

- 183 Waarvan de stelplicht en bewijslast logischerwijze op de partij rust die een beroep op de rechtsgevolgen van partiële aansprakelijkheid – als uitzondering op de hoofdregel van hoofdelijkheid – doet. Dit zal veelal een subsidiair betoog zijn, nadat primair door de *secundaire* partij is betoogd dat de vordering volledig afgewezen dient te worden, dan wel primair door de *benadeelde* is betoogd dat de vordering volledig (en met een hoofdelijke veroordeling) toegewezen dient te worden. Subsidiair kan dan betoogd worden – voor zover al van aansprakelijkheid sprake is (secundaire partij) of voor zover de aansprakelijkheid niet volledig kan worden toegewezen (benadeelde) – dat de secundaire partij (maximaal of op zijn minst) een beperkt verwijt treft, en voor dat deel jegens de benadeelde aansprakelijk is. Een en ander wordt nader toegelicht in het vervolg van dit hoofdstuk in paragraaf 5.3.6.3 en paragraaf 5.3.8.
- 184 In navolging van hetgeen in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2.1 reeds werd opgemerkt, beoog ik met de norm- en zorgplichtschending hier en in de rest van het onderzoek alle mogelijke wijzen van 'onrechtmatig handelen' in de zin van art. 6:162 lid 2 BW aan te duiden, dus een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Daar waar een specifieke norm is overtreden (zoals de WWM) zal ik veeleer spreken over een normschending.
- 185 Vgl. Busch 2011, p. 69, die betoogt het door hem voorgestelde proportionele systeem niet (en hoofdelijkheid wel) toe te passen in gevallen waarin 'de toezichthouder in een zeer uitzonderlijk geval opzettelijk onrechtmatig heeft gehandeld'. Overigens leid ik uit de door hem gebruikte bewoordingen 'uitzonderlijk geval' en later 'meest extreme geval' wel af dat er wat hem betreft minder snel van hoofdelijkheid in de door hem genoemde (financiële) toezichthoudersaanspra-



uitspraak waarin een kartbaan onrechtmatig had gehandeld door een kartwedstrijd te laten plaatsvinden op een baan waarvoor de licentie was onthouden. De reden van de onthouding was gelegen in het feit dat er een aantal gevaarlijke bochten in het circuit zat, hetgeen ook de oorzaak van de uiteindelijk schade vormde.<sup>186</sup> Hetzelfde geldt voor de uitspraak over de secundaire aansprakelijkheid van een voetbalvereniging die een wegens wangedrag door de bond geschorste speler toch had laten deelnemen aan de competitie. De geschorste speler veroorzaakte vervolgens letsel bij een tegenstander.<sup>187</sup> Het verwijt aan het adres van de politie in de Alphen-kwestie, waarbij in geen enkele instantie ter discussie stond dat de politie bij de verlofverlening in strijd had gehandeld de Wet wapens en munitie, zal zich evenmin als beperkt kwalificeren.<sup>188</sup> Bij het hiervoor aangehaalde voorbeeld over de secundaire aansprakelijkheid van de verkeersregelaar, zoals besproken is in paragraaf 5.3.2, zal van een dergelijke grove norm- of zorgplichtschending daarentegen geen sprake zijn.

Om de (beperkte) intensiteit van het verwijt of de zorgplichtschending in een concrete casus (en dus ook in de minder evidente gevallen) te kunnen bepalen, kunnen de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest dienstig zijn.<sup>189</sup> Daarbij zal de voorzienbaarheid van de schade in het bijzonder een belangrijke indicatie vormen.<sup>190</sup> Zo kan bij de beoordeling van de vraag of de secundaire partij een ernstig verwijt treft als verzwarende factor gelden het geval waarin de secundaire partij in zelfregulering neergelegde normen of afspraken heeft geschonden, die de ingetreden schade juist beoogden te voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan veiligheidsnormen die in de branche gelden ter bescherming van de bezoekers van de betreffende ruimten en

---

kelijkheden afgeweken kan worden dan in de door mij bepleite gevallen van 'geen beperkt verwijt' bij private secundaire aansprakelijkheden.

186 HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9994, NJ 2012/405, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Van den Hoek/Pots*). Vgl. de uitspraak Rb. 's-Gravenhage 28 oktober 1998, ECLI:NL:RBSGR:1998:AK3959, VR 2000/156 (*X/Haagse Rugby Club*) in hoofdstuk 4, paragraaf 5.3.1, in een zaak waarin een rugbyvereniging aansprakelijk werd gesteld vanwege onvoldoende, of eigenlijk onjuiste, instructies gegeven aan een onervaren jeugdspeler. Deze jeugdspeler was door zijn trainer in een risicovolle positie op het veld geplaatst, waarna hij door een inkomende tegenstander werd geraakt. De rechtbank oordeelde dat rugby op zichzelf wel een geschikte sport is om als onervaren (jeugd)speler te beoefenen, maar niet op deze positie. Een grote rol speelde het (niet opgevolgde) advies van de Nederlandse Rugby Bond om spelers met minder dan een jaar ervaring – deze jongen zat een krappe vier maanden op rugby – niet op de betreffende positie op te stellen. De rugbyvereniging had onder meer door het negeren van dit advies – mede in het licht van de geschetste risico's in 'The Handbook of Rugby' – in strijd met haar zorgvuldigheidsplicht gehandeld.

187 Rb. Amsterdam, 9 juli 1992, ECLI:NL:RBAMS:1992:AJ5951, VR 1993/103.

188 Zie over de ernst van diens normschending nader paragraaf 4.1 en paragraaf 4.2 en het vervolg van deze paragraaf.

189 Net als in de vestigingsfase dient overigens ook in de toedelingsfase bedacht te worden dat deze relevante omstandigheden niet in beton zijn gegoten, en dat in een concrete casus ook andere factoren een rol zouden kunnen spelen.

190 Met dien verstande dat, gegeven de relatief gebrekkige voorzienbaarheid van de schade die aan de secundaire zorgplicht is verbonden (paragraaf 3.2), er bij die beoordeling van de vraag of de secundaire partij een beperkt verwijt treft wel een *realistische* voorzienbaarheidsmaatstaf aangelegd zal moeten worden (zie paragraaf 4.2).

gericht zijn op een specifiek gevaar. Kennelijk bestond er voor de secundaire partij in dat geval op voorhand aanleiding om op deze risico's te anticiperen door bepaalde regels op te stellen (en was de schade dus in een bepaalde mate voor haar te voorzien), maar heeft de secundaire partij desondanks nagelaten haar 'eigen' regels na te leven. Van een beperkt verwijt zal dan niet snel sprake zijn.

### Voorbeeld

In hoofdstuk 4, paragraaf 5.3.1 kwam de uitspraak over de aansprakelijkheid van ADO Den Haag ter sprake, vanwege het niet ingrijpen van 'regelmatig en bij herhaling ontoelaatbare antisemitische spreekkoren' tijdens thuiswedstrijden.<sup>191</sup> Alhoewel volgens de KNVB-regels én de eigen huisregels van ADO Den Haag op haar de plicht rustte om tegen langdurige, dan wel – in geval van kortstondigheid – herhaalde antisemitische spreekkoren 'onmiddellijk op te treden', had zij dat nagelaten. Sterker nog: op grond van de uitlatingen van ADO Den Haag in de procedure moest worden aangenomen dat zij ook in de toekomst niet zou ingrijpen. De rechter kwalificeerde dat nalaten niet alleen op grond van de maatschappelijke betamelijkheid van art. 6:162 lid 2 BW, maar juist óók op grond van de KNVB-regels en de eigen huisregels als onrechtmatig. Het ligt in de rede dat de rechter het verwijt van ADO Den Haag, in het licht van deze overwegingen, (daarom) niet als beperkt zou kwalificeren.

Als de schade wel voorzienbaar (genoeg) was om de aansprakelijkheid te vestigen, maar er óók plausibele argumenten bestaan waarom de secundaire partij met het intreden van de schade desondanks minder rekening hield of kon houden, althans daarop in de gegeven omstandigheden niet voldoende anticepeerde, zou dat aanleiding kunnen zijn om het verwijt als beperkt te kwalificeren.

### Voorbeeld 1

In navolging van hetgeen daarover is opgemerkt in hoofdstuk 5, paragraaf 3.3, riep ik in paragraaf 3.2.2 al kort het toezichthouderdilemma in herinnering. Kort gezegd komt dit dilemma erop neer dat opvang- en zorginstellingen als het ware klem kunnen zitten tussen verschillende te dienen belangen bij het verstrekken van vrijheden aan hun patiënten of tbs-gestelden (bescherming van de maatschappij versus het belang van resocialisatie). Dat er risico's bestaan bij het verstrekken van vrijheden aan deze patiënten of tbs-gestelden – lees: dat de kans op schade in zekere zin voorzienbaar is – is in een bepaalde mate onvermijdelijk.<sup>192</sup> In de gevallen waarin aansprakelijkheid desondanks gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld omdat de opvang- en zorginstelling bepaalde afwegingen anders had moeten maken, is denkbaar dat de rechter het verwijt – gezien de complexe omstandigheden waaronder de opvang- en zorginstelling haar afweging diende te maken – als beperkt kwalificeert. Partiële aansprakelijkheid zou zodoende een goed alternatief kunnen vormen voor de in

191 Zie Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4406 (*Stichting BAN/ADO Den Haag*). Zie hierover nader Nij Bijvank 2012, p. 17.

192 Zie HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*).

hoofdstuk 5, paragraaf 6.2 geconstateerde (principeel) terughoudende lijn in deze secundaire aansprakelijkheidszaken.<sup>193</sup>

### Voorbeeld 2

Zoals hierna in paragraaf 5.3.8 nader aan de orde komt, geldt dat de rechter tot op heden geen aansprakelijkheid van scholen wegens pestgedrag van leerlingen heeft aangenomen.<sup>194</sup> Ook hier wordt een ingewikkelde kwestie geraakt: de invloed van scholen op pestgedrag van haar leerlingen is beperkt. Desondanks zijn er wel uitspraken waarin 'een' fout van de school is aan te wijzen die in enig causaal verband staat tot de schade.

Ter illustratie wijs ik ten eerste op de in hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.3 besproken uitspraak waarin een school aansprakelijk werd gesteld voor de schade die een jongen had geleden, nadat hij – na afloop van een schoolreisje naar een pretpark – was mishandeld door leerlingen van die school.<sup>195</sup> Het ging hier om een school voor leerlingen 'met gedragsproblemen, die moeilijkheden hebben met leren en moeilijk opvoedbaar zijn'. De Rechtbank Midden-Nederland wees de aansprakelijkheid van deze school af, met als belangrijkste argument dat het voor de docenten niet voorzienbaar was dat de leerlingen iemand zouden mishandelen (r.o. 4.5). De docenten, en daarmee de school, viel volgens de rechtbank echter wel 'een' verwijt te maken. Zo was het vertrek uit het park niet erg strak gecoördineerd, waren de docenten beduidend later op de parkeerplaats aanwezig dan het verzameltijdstip en hadden zij geen verdere actie ondernomen toen zij wisten dat twee leerlingen vooruit waren gelopen (r.o. 4.3 en 4.4).

In de tweede plaats zij gewezen op de in hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.3 besproken uitspraak van de Rechtbank Arnhem, waarin een school secundair aansprakelijk werd gesteld, omdat zij (achteraf waarschijnlijk onjuiste) roddels van andere ouders over afwijkend seksueel gedrag van een kleuter op een dermate wijze had opgepakt dat er veel commotie (ook in de pers) ontstond.<sup>196</sup> De ouders van deze kleuter voelden zich daardoor genooddaakt om te verhuizen. Ondanks dat de rechtbank in r.o. 3.7 expliciet overwoog dat het handelen van de school 'geen schoonheidsprijs verdiende', was het handelen van de school – waar volgens de rechtbank dus 'het nodige op

193 Zie over de terughoudendheid uitgebreid hoofdstuk 5, paragraaf 6.2. Ik benadruk dat, in het geval waarin er op de afweging van de opvang- en zorginstelling tot het verlenen van verlof niets aan te merken is, en de patiënt of tbs-gestelde desondanks schade berokkent, uiteraard afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid dient te volgen. Gedoeld wordt echter op de gevallen waarin de opvang- en zorginstelling wel een (beperkt) verwijt treft, maar het, gezien de complexe omstandigheden waarin zij haar afweging diende te maken, niet gerechtvaardigd is dat zij de *volledige* schadelast draagt. In die situatie dient immers bedacht te worden dat het niet zelden zal voorkomen dat de tbs-gestelde of de psychiatrische patiënt (de primaire partij) de middelen niet heeft om de schade te vergoeden.

194 Zie over deze terughoudendheid uitgebreid hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.3 en paragraaf 6.2. Vgl. Paijmans 2019, p. 24.

195 Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3230.

196 Rb. Arnhem 21 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5344.

aan te merken' viel (r.o. 3.7) – voor de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid niet onrechtmatig 'genoeg', zo bleek uit de afwijzing van de aansprakelijkheid van de school in kwestie.

In gelijke zin kan – ten derde – gewezen worden op de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem in hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.3, waarin aansprakelijkheid van de school voor pestgedrag van haar leerlingen werd afgewezen, ondanks dat 'het de voorkeur had verdiend eerder een pestbeleid te ontwikkelen' en 'het wellicht had geschort aan de communicatie met de ouders' (r.o. 2.7).<sup>197</sup>

In een partieel systeem is denkbaar dat de rechter de in de voornoemde uitspraken wel vastgestelde fouten – respectievelijk het niet opvolgen van eigen afspraken, het niet adequaat handelen of ingrijpen en het niet opstellen van pestbeleid – als beperkt kwalificeert. Zodoende kan partiële aansprakelijkheid ook een alternatief bieden voor deze afwijzende lijn in de huidige jurisprudentie, door in uitspraken als de voornoemde een meer genuanceerd oordeel te geven waarin het specifieke verwijt van de school tot uitdrukking wordt gebracht, zonder – zoals de slotsom in deze uitspraken luidde – de fouten wel te erkennen, maar de secundaire aansprakelijkheid desondanks volledig af te wijzen.<sup>198</sup>

Ik concludeer dat aan de hand van de (op de *Kelderluik*-criteria gebaseerde) aanknopingspunten zoals deze hiervoor zijn omschreven en geïllustreerd, door de rechter een zuivere en zoveel mogelijk consistente beoordeling van de mate van verwijtbaarheid aangelegd kan worden. De *Kelderluik*-factoren zijn in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid immers ook dienstig om de zorgplichtschending vast te stellen, met dat verschil dat de toetsing van die criteria dan alleen tot een 'ja'- of 'nee'-antwoord op de secundaire aansprakelijkheidsvraag kan leiden (paragraaf 5.1). In de toedelingsfase zouden deze criteria gehanteerd kunnen worden om (vervolgens) de specifieke mate, hoegroetheid of intensiteit van de zorgplichtschending vast te stellen. Daarvoor was, zoals beschreven, in de vestigingsfase immers geen ruimte: alles op een schaal van 'een beetje verwijtbaar' tot 'ernstig verwijtbaar' leidt dan tot de vestiging van de (volledige) aansprakelijkheid ('ja'). De botte bijl waarmee in de vestigingsfase, aan de hand van de *Kelderluik*-factoren, wordt gehakt, kan zodoende in de toedelingsfase met diezelfde criteria geslepen worden. De vraag of de secundaire partij een beperkt verwijt treft of niet komt daardoor in feite neer op een casuïstische beoordeling van de al dan niet opspelende bezwaren tegen de toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid (zie paragraaf 3), waarbij maatwerk troef en rechterlijke motivering cruciaal is.

Tot slot dient benadrukt te worden dat de beantwoording van de vraag of het verwijt van de secundaire partij zich als beperkt kwalificeert of niet, een op zichzelf

197 Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417 (*Pestbeleid*).

198 Zoals ook in paragraaf 5.3.8 nader wordt toegelicht, en met een verwijzing naar de opmerking die ik hiervoor met betrekking tot het toezichthouderdilemma van opvang- en zorginstellingen maakte (zie voorbeeld 1).

staande beoordeling van de intensiteit van de zorgplichtschending vergt, los van de mate van verwijtbaarheid van de primaire partij. In de toets óf er partieel kan worden toegedeeld, wordt dus niet het veroorzakingsaandeel van de primaire en/of de secundaire partij betrokken. Als aan de voorwaarden voor partiële aansprakelijkheid is voldaan, zal (vervolgens) bij de *begroting* van het partiële aandeel in de schade dat de secundaire partij dient te vergoeden, het veroorzakingsaandeel van de aansprakelijke partijen uiteraard wél het aan te leggen toetsingskader vormen.<sup>199</sup>

### Toelichting

Het zal vaak zo zijn dat de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, haar veroorzakingsaandeel ten opzichte van de primaire partij ook beperkt is, en de beoordeling en onderbouwing daarom gelijklopend zal zijn. Dat hoeft echter niet noodzakelijkerwijs altijd zo te zijn. Het veroorzakingsaandeel zegt immers iets over het aandeel van de secundaire partij in de schade in verhouding tot het veroorzakingsaandeel van de primaire partij, terwijl de 'beperktheid' van het verwijt iets zegt over de mate van de verwijtbaarheid van de secundaire partij aan sich. Ter illustratie wijs ik op de Alphen-kwestie, met betrekking tot welk feitenrelaas in mijn optiek goed betoogd kan worden dat de politie ten opzichte van Tristan van der V. – de schutter die zes mensen vermoordde en zestien mensen verwondde – een beperkt veroorzakingsaandeel in de schade heeft. Het ten onrechte verlenen van een wapenvergunning aan een geestesziek persoon is immers van een andere orde dan het opzettelijk vermoorden en verwonden van een grote groep mensen. Als de normschending – de overtreding van de Wet wapens en munitie – op zichzelf beoordeeld wordt, en dus niet vergeleken wordt met de normschending van Tristan van der V., kan in mijn optiek echter moeilijk volgehouden worden dat deze overtreding zich als een 'beperkt verwijt' laat kwalificeren (zie nader paragraaf 4.2). In deze secundaire aansprakelijkheidsprocedure tegen de politie (en alle 'andere' gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft), zal het partiële systeem daarom (terecht) geen toepassing vinden, zo beschreef ik al.

In de relatie tot de primaire partij (de directe schadeveroorzaker) zal het veroorzakingsaandeel van de secundaire partij dus beperkt kunnen zijn, terwijl de zorgplichtschending (het verwijt) van de secundaire partij op zichzelf gezien wel (heel) substantieel kan zijn. Om te voorkomen dat de omvang van het veroorzakingsaandeel van de primaire partij in plaats van de mate van verwijtbaarheid van de secundaire partij leidend wordt bij de beoordeling van de vraag of de schade aan de secundaire partij partieel toegedeeld dient te worden, zal de rechter de verwijtbaarheid van de secundaire partij dus op zichzelf dienen te beoordelen.

<sup>199</sup> Nu de term 'veroorzakingsaandeel' een verhouding aanduidt ten opzichte van de primaire partij, hanteer ik deze term dus niet als criterium voor een partiële toedeling, maar wel als instrument om het partiële aandeel (vervolgens) te begroten. Zie hierover nader het vervolg van deze paragraaf.

Als vastgesteld wordt dát de secundaire partij een beperkt verwijt treft, dan dient de secundaire partij precies dát deel van de schade te voldoen dat correspondeert met haar aandeel in de veroorzaking van de totale schade (het eigen veroorzakingsaandeel).<sup>200</sup> Bij deze begroting komt dus ook het veroorzakingsaandeel van de primaire partij in beeld. Immers, het totaal (100%) van de schadeposten die de toets van de vestigings- en omvangsfase doorstonden, dient vergoed en tussen beide partijen verdeeld te worden.<sup>201</sup> In feite wordt de vraag die normaliter in de regresrelatie tussen primaire en secundaire partij wordt beantwoord – wat is de relatieve ernst van de fouten van de secundaire partij ten opzichte van de primaire partij? – in een partieel systeem al in de procedure met het slachtoffer betrokken (en dus in zekere zin ‘naar voren gehaald’).

#### 5.3.5.4 DE BEZWAARLIJKHEID VAN EEN OPEN NORM

De ‘openheid’ die in de norm van een ‘beperkt verwijt’ besloten ligt, biedt de rechter de mogelijkheid om maatwerk te verrichten, zo werd in de voorgaande paragrafen geïllustreerd. Ik onderken echter dat de keuze van de rechter voor één van de twee toedelingssystemen op basis van een open norm in zekere zin arbitrair is en de uitkomst ervan onzeker kan zijn. Hoe vager de norm, hoe geringer immers de voorspellende kracht van de norm zal zijn. ‘Open’ of ‘vage’ normen brengen dus in potentie een verlies aan rechtszekerheid met zich mee.<sup>202</sup> Desondanks meen ik dat er voldoende argumenten bestaan om de open norm van een beperkt verwijt aan te leggen als rechtvaardiging voor de keuze tussen een partiële en een hoofdelijke toedeling van de aansprakelijkheid.

In de eerste plaats wijs ik op de argumenten die pleiten voor een systeem waarin hoofdelijkheid de hoofdregel en toepassing van partiële aansprakelijkheid een voorwaardelijke is, afhankelijk is van de vraag of de secundaire partij een beperkt verwijt treft (paragraaf 5.3.4.3). Het is dan ook, naar ik aanneem, om vergelijkbare redenen dat Verheij (‘gering verwijt’), Busch (‘geringe schuld’), Van Boom en Van Rossum (‘minimaal aandeel’) soortgelijke criteria formuleerden voor toepassing van partiële aansprakelijkheid, óndanks de open norm die daarin besloten ligt.<sup>203</sup>

200 Vgl. het Amerikaanse leerstuk van de several liability, zoals hiervoor en in hoofdstuk 7, paragraaf 3.4.2 is besproken. Omdat alleen de secundaire partij die een beperkt verwijt treft ‘in aanmerking komt’ voor partiële toedeling, zal dit veelal tot de toedeling van een beperkt percentage van de schade leiden. Zie over de begroting van het veroorzakingsaandeel het vervolg van deze paragraaf en paragraaf 5.4.

201 Als alleen de secundaire partij wordt aangesproken en haar een beperkt verwijt treft, dan zal dat deel van de schade door de secundaire partij vergoed dienen te worden dat zij heeft veroorzaakt (zie paragraaf 5.3.5.2).

202 Zie over dit verlies van ‘rechtszekerheid’ Barendrecht 1992, p. 66-68. In de opvolgende paragrafen bespreekt hij ook de andere nadelen. Ik kom hier in het vervolg van deze paragraaf nog kort op terug.

203 Zie Van Boom 1997, p. 152 en Van Rossum 2005, p. 97, die het hebben over een ‘minimaal aandeel’. Verheij 2019, p. 91 spreekt van een ‘gering verwijt’. Ook Busch 2011, p. 66 en 76-77 plaatst vraagtekens bij het hoofdelijkheidssysteem, ‘in het bijzonder als het veroorzakingsaandeel van

In de tweede plaats zij gewezen op het feit dat het aansprakelijkheidsrecht vele ‘vage’ en open normen kent, meer in het bijzonder (ook) ter rechtvaardiging van pro rato toedelingen van schades aan aansprakelijke partijen. Te denken valt met name aan het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid in geval van causaliteitsonzekerheid, waarbij ook gebruik wordt gemaakt van een open norm als toepassingsvoorwaarde (wanneer de kans ‘niet zeer klein, noch zeer groot is’).<sup>204</sup> Alhoewel proportionele aansprakelijkheid aan een ander probleem tegemoetkomt dan partiële aansprakelijkheid, illustreert deze rechtsfiguur dat het gebruik van dergelijke (weinig afgebakende) open normen als voorwaarde om proportionaliteitsverdelingen toe te passen, het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht niet vreemd is.<sup>205</sup>

Akkermans, die reeds in zijn proefschrift uit 1997 de proportionele oplossing in geval van causaliteitsproblemen bepleitte, erkende destijds ook dat er voor deze pro rato oplossing geen algemeen geldende grenzen konden worden aangewezen, waardoor van geval tot geval moest worden beslist. Dat stond de toepassing van proportionele aansprakelijkheid wat hem betreft echter niet in de weg:

‘Het gaat hier weliswaar niet om “harde criteria”, maar die moeten wij in het recht zo vaak ontberen. In de praktijk kunnen zo veel onzekerheden op een rationele, verantwoorde wijze worden genegeerd.’<sup>206</sup>

In zijn kritiek op het *Fortis/Bourgonje*-arrest,<sup>207</sup> wijst ook Giesen op de gebruikelijkheid van minder scherpe onderscheidingen in het aansprakelijkheidsrecht:

‘Ons aansprakelijkheidsrecht hanteert nu eenmaal minder scherpe, minder strakke onderscheidingen en begrippen. Zelfs als het om de toepassing van proportionaliteit

---

de dader klein is’, en spreekt ook over ‘geringe schuld’. Zoals gezegd kom ik op hetgeen deze auteurs hebben bepleit in paragraaf 5.3.7 uitvoerig terug.

204 HR 31 maart 2006 ECLI:NL:HR:2006:AU6092, r.o. 3.13, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*).

205 De ‘vaagheid’ van dit criterium wordt ook door andere auteurs onderkend. Zie onder meer Hartlief 2006b, par. 1; Nieuwenhuis 2006, p. 178; Giesen 2011, p. 149-150; Lindenberg & Pape 2011, p. 724-725; A-G Spier in zijn conclusie (sub 4.21 en 4.22) voor HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, *NJ* 2014/98, m.nt. T. Hartlief (*SVB/Van de Wege*).

206 Akkermans 1997, p. 462. In zijn conclusie voor HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, *NJ* 2014/98, m.nt. T. Hartlief (*SVB/Van de Wege*) sluit A-G Spier zich in sub 5.52 en 5.53 aan bij de conclusie die Akkermans trekt: ‘De automatische piloot is hier, zoals meestal in het recht, m.i. evenwel niet de juiste raadgever. Immers ware in beginsel te onderscheiden tussen gevallen waarin iets zinnigs over een bepaalde kans valt te zeggen (bijvoorbeeld dat deze 20%, 50% of 80% is) en die waarin dat niet het geval is en waarin de rechter meer intuïtief tot het oordeel komt dat, al met al, een bepaald feit als bewezen mag/moet worden aangenomen.’ Vgl. ook Akkermans & Van Dijk 2012, p. 172, welke auteurs concluderen dat het criterium van de ‘zeer kleine kans’ in de praktijk voldoende werkbaar is en een voldoende drempel is om speculatieve claims te voorkomen.

207 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).



gaat, wordt een “onscherp” onderscheid gemaakt; wanneer is immers een kans “zeer klein” in plaats van “klein”?<sup>208</sup>

In gelijke zin en in dezelfde context wijst Klaassen op de afwezigheid van een harde scheidslijn. Ook zij ziet daarin geen direct probleem voor de toepassing van proportionele aansprakelijkheid:

‘(...) zal de redelijk ervaren en redelijk bekwame civilist veelal wel aan zijn water voelen in welke gevallen vanwege het ontbreken van een dergelijke reële, alternatieve oorzaak in elk geval buiten het terrein zijn gelegen waar de traditionele leerstukken tekortschieten en ten behoeve van de billijkheid ten opzichte van zowel de aansprakelijke als de benadeelde persoon met reden een debat over de toepassing van proportionele aansprakelijkheid gevoerd kan worden.<sup>209</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Voorts geeft A-G Spier in zijn conclusie voor het *Deloitte/Hassink*-arrest aan dat het wenselijk is dat van geval tot geval moet worden beoordeeld hoe de bij proportionele aansprakelijkheid gebezigde open norm moet worden ingevuld:

‘Zowel in het arrest *Nefalit/Karamus* als in het arrest *Fortis/Bourgonje* laat Uw Raad wijselijk in het midden bij welke grootte van een kans in een concreet geval proportionele aansprakelijkheid niet aangewezen is. Ten aanzien van de minimaal vereiste omvang van de kans in een concreet geval geldt, denk ik, hetzelfde als ten aanzien van de zojuist besproken terughoudendheid. Deze grootte zal van geval tot geval kunnen verschillen. (...) Zoveel is duidelijk: zeer kleine kansen dat een condicio sine qua non-verband aanwezig is, *zijn in het algemeen onvoldoende*, ongeacht de verdere omstandigheden.<sup>210</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Spier lijkt de terminologie van de ‘zeer kleine kans’ toe te juichen, hetgeen goed aansluit bij de voorkeur die hij vaker heeft uitgesproken voor open normen in plaats van ‘hard en fast rules’.<sup>211</sup>

208 Giesen 2011, p. 150. Lindenbergh 2006, p. 740 geeft bijvoorbeeld aan dat hij 25% wel als een kleine kans ziet, maar niet als zeer klein. Hij vraagt zich vervolgens af waar dan de grens moet komen – bij 15%, 10% of 5%? – en benadrukt daarbij niet alleen de rol van de rechtspraak, maar ook die van deskundigen. Kortmann 2012, p. 37 merkt op dat: ‘Hoewel van geval tot geval kan verschillen wat ‘zeer klein’ inhoudt en bovendien ieder percentage iets willekeurigs heeft, zou ik menen dat in gevallen waarin meerdere slachtoffers schade an enig omvang hebben geleden, een percentage van 5% al niet meer “zeer klein” te noemen is.’

209 Klaassen 2012, p. 20.

210 A-G Spier in zijn conclusie (sub 3.10.1) voor HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*). Ook Tjong Tjin Tai 2006b juicht de beslissing van de Hoge Raad toe om niet aan te geven wanneer er een zeer grote of zeer kleine kans is: ‘Het is niet passend dat voor alle gevallen een vast drempelpercentage wordt aangenomen.’ Anders: Nieuwenhuis 2006, p. 178, die kritisch is op het gebruik van de vage norm van de ‘zeer kleine kans’ en over de proportionele aansprakelijkheid in het geheel.

211 Zie bijvoorbeeld A-G Spier in zijn conclusie (sub 4.2) voor HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1065, NJ 2001/572, m.nt. M.M. Mendel; A-G Spier in zijn conclusie (sub 3.4.2) voor HR

De essentie van het probleem – en de rechtvaardiging van het gebruik van een open norm als voorwaarde voor partiële aansprakelijkheid – wordt wat mij betreft benoemd door Van Dijk. Hij merkt immers op dat de onnauwkeurigheid van de proportionele oplossing veeleer in het probleem zelf besloten ligt:

‘De onnauwkeurigheid die de proportionele oplossing wordt verweten zit echter niet primair in de oplossing, maar in het probleem zelf. De kern van het probleem is dat niet kan worden vastgesteld hoe het met het causaal verband zit, en aan dit niet-weten is de onnauwkeurigheid dus inherent.’<sup>212</sup>

Deze opmerking raakt (ook) de kern van mijn pleidooi voor de introductie van een open norm (als een ‘beperkt verwijt’) als voorwaarde voor partiële aansprakelijkheid. Hoewel, zoals gezegd, partiële aansprakelijkheid aan een ander probleem tegemoetkomt dan proportionele aansprakelijkheid, ligt (in gelijke zin) de ‘onnauwkeurigheid’ van de toepassing van een partiële toedeling besloten in de complexiteit van de secundaire aansprakelijkheid zelf, zoals in de voorgaande paragrafen is geschetst. De secundaire partij treft immers een verwijt, dat (bijvoorbeeld vanwege de gebrekkige voorzienbaarheid van de schade) de volledige toewijzing van de aansprakelijkheid niet rechtvaardigt, terwijl volledige afwijzing van de aansprakelijkheid vanwege dat verwijt ook ongewenst is. Hierdoor zal de vaststelling van de ‘beperktheid’ van het verwijt,<sup>213</sup> inherent aan het probleem (‘een beetje verwijt- of voorzienbaar’), een (rechts)onzeker element bevatten.

In de derde plaats wijs ik erop dat het gebruik van (open) *verwijtbaarheidsnormen ter afwijking van wettelijke regelingen*<sup>214</sup> – zoals ik dat in feite met het criterium van een ‘beperkt verwijt’, ter afwijking van de huidige hoofdelijkheidsregeling, ook beoog – óók in andere contexten in het Nederlandse recht is aanvaard.<sup>215</sup> Zo vormt de mate of intensiteit van de verwijtbaarheid in asbestzaken ingevolge het *Van Hese/De Schelde*-arrest een van de criteria om van de lange verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW af te kunnen wijken.<sup>216</sup> In een naar aanleiding van dit arrest

14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7196; annotatie van Spier onder HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, NJ 2017/313, sub 4 (*Heijnen/Maersk*). Vgl. Verheij 2013, p. 115 (‘Het trekken van harde grenzen past niet goed meer in het huidige aansprakelijkheidsrecht’).

212 Van Dijk 2006.

213 En in het verlengde daarvan: de vaststelling van het precieze veroorzakingsaandeel. Zie daarover het vervolg van deze paragraaf.

214 En dus niet alleen *ter invulling* van wettelijke normen, zoals onder meer bij art. 6:98 BW het geval is.

215 Ik wijs er meer in het algemeen op dat ‘opzet’ en ‘bewuste roekeloosheid’ aan de zijde van de aangesproken partij – termen die maten van verwijtbaarheid aanduiden – een ruimere toerekening van schade mogelijk maken. Een bespreking van de wijzen waarop de precieze maten van verwijtbaarheid invloed kunnen hebben op de reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht, gaat het bestek van het onderzoek te buiten. Zie daarover onder meer Van der Kooij 2019, p. 495-513.

216 Via art. 6:2 lid 2 BW. Zie HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese/De Schelde*). Ik wijs erop dat er veel kritiek is gekomen op de gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad in dit arrest heeft opgesteld, waaronder op de (relevantie van de) mate van verwijtbaarheid. Voor een weergave van deze kritiek verwijs ik naar de conclusie

opgesteld advies voor het Instituut Asbestslachtoffers door Hartlief, Hijma en Snijders wordt vervolgens ook onderscheid gemaakt naar de intensiteit van het verwijt:

‘In dit verband ligt het volgende denkpatroon naar het oordeel van de Commissie voor de hand: bij een lichte mate van verwijtbaarheid aan de werkgever zal eiser (of zullen zijn nabestaanden) het moeten hebben van de andere gezichtspunten, terwijl een hoge mate van verwijtbaarheid een duidelijke indicatie oplevert voor doorbreking.’<sup>217</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Ondanks dat de auteurs slechts een beperkte betekenis weggelegd zien voor dit gezichtspunt, hanteren ook zij verschillende maten van verwijtbaarheid (een hoge, dan wel een lichte).<sup>218</sup> In dezelfde context zij gewezen op een rechtspraakonderzoek van Wolters met betrekking tot de relevante gezichtspunten ter afwijking van de verjaring in dergelijke asbestzaken. Wolters concludeert dat er een significante correlatie bestaat tussen de mate van verwijtbaarheid en de beperking van verjaring:

‘De omstandigheden “geen verwijtbaarheid”, “zeer beperkte verwijtbaarheid” en “lichte verwijtbaarheid” vormen de eerste harde barrière (gezichtspunt C). In dertien uitspraken oordeelde de rechter dat er sprake was van één van deze graden van verwijtbaarheid. Deze omstandigheden gingen steeds gepaard met de conclusie dat de verjaring niet onaanvaardbaar was.’<sup>219</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Het voorgaande illustreert dat het werken met (in de rechtspraak ontwikkelde) open normen waarin de intensiteit van de verwijtbaarheid besloten ligt, wordt geaccepteerd en gebruikt ter afwijking van wettelijke normen zoals verjaring. Het gebruik van een soortgelijke (open) verwijtbaarheidsnorm ter afwijking van de wettelijke hoofdelijkheidsregeling, ligt in mijn optiek in het verlengde hiervan.

Tot slot, en met betrekking tot de rechtsonzekere uitkomst van een open norm voor het slachtoffer in het algemeen, wijs ik op Barendrecht die in zijn proefschrift – naast de nadelen van het gebruik van vage normen<sup>220</sup> – ook de voordelen van

---

(sub 4.24 en 4.25) van A-G Hartlief voor HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, NJ 2017/313, m.nt. J. Spier (*Heijnen/Maersk*). Zie ook Van Boom 2000b, p. 66; Smeehuijzen 2008, p. 260; Hartlief, Hijma & Snijders 2009, p. 25-36; Van Dijk 2011, p. 15; Van Dam 2020, p. 640. Voor de volledigheid zij nog opgemerkt dat de Hoge Raad een belangrijke betekenis heeft toegekend aan dit gezichtspunt van de mate van verwijtbaarheid, te weten in het hiervoor genoemde arrest HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, NJ 2017/313, m.nt. J. Spier (*Heijnen/Maersk*). Ook het onderzoek van Knigge, Van Boom & De Keijser 2018 wijst uit dat onder respondenten de mate van verwijtbaarheid een zeer belangrijke rol speelde in de beslissing tot doorbreking van de verjaringstermijn.

217 Hartlief, Hijma & Snijders 2009, p. 26.

218 Hartlief, Hijma & Snijders 2009, p. 34. Vgl. Van Boom 2000b, p. 66; Hartlief 2001, p. 65.

219 Wolters 2015, p. 19 en 20. Zie ook Hebly & Lindenbergh 2013, par. 5.2.

220 Barendrecht 1992, p. 66-77. Barendrecht wijst op een aantal nadelen van een rechtsstelsel met veel vage normen, waarvan het gebrek aan rechtszekerheid de bekendste is. Ook wijst hij onder meer op de rechtsstatelijkheid, de democratische legitimatie van het recht en de rechtsontwikkeling die in gevaar kunnen komen. Barendrecht concludeert, mede vanuit deze nadelen: ‘(...) een rechtsstelsel met scherpe normen heeft de voorkeur’ (p. 283). Zie in gelijke zin Barendrecht

‘vage’ normen beschrijft.<sup>221</sup> Het gaat daarbij onder meer om het feit dat de vage norm een kader biedt waarbinnen naar een ‘passende’ oplossing kan worden gezocht. Er kan zodoende een billijk resultaat worden bereikt, zonder dat een scherpe norm de rechter daarbij in de weg zit. Zoals dit in mijn optiek ook geldt voor het criterium van een ‘beperkt verwijt’ ter afwijking van het hoofdelijkheidssysteem, merkt Barendrecht op:

‘De vage normen kunnen worden beschouwd als sluiproutes naar een billijke oplossing in die gevallen waarin de wettelijke oplossing onbevredigend is.’<sup>222</sup>

In dat verband wijs ik (nogmaals) op Spier die, met betrekking tot de (on)wenselijkheid van open normen, ook het belang van maatoplossingen benadrukt:

‘(...) dat is niet anders voor allerlei – vaak onvermijdelijk – vage wettelijke en jurisprudentiële regels zoals de redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke zorgvuldigheid en hetgeen van de werkgever wordt gevergd op grond van art. 7:658 lid 1 BW. Dergelijke regels zijn mijns inziens vaak te verkiezen boven hard en fast rules die in de weg staan aan maat-oplossingen.’<sup>223</sup>

Voor de volledigheid merk ik op dat ook het bezwaar dat het in voorkomende gevallen niet altijd eenvoudig zal zijn de veroorzakingsaandelen (exact) vast te (laten) stellen, in mijn optiek aan de toepassing van een partieel systeem niet in de weg staat. Zoals ik reeds opmerkte, wordt in een partieel systeem de vraag die normaliter in de regresrelatie tussen de aansprakelijke partijen op grond van art. 6:102 lid 1 jo. 6:101 BW wordt beantwoord – wat is de relatieve ernst van de fouten van de secundaire partij ten opzichte van de primaire partij (lees: wat is het precieze veroorzakingsaandeel van beide partijen)? – in een partieel systeem al in de procedure met het slachtoffer betrokken (en dus ‘naar voren gehaald’).<sup>224</sup> De rechter hoeft in een partieel systeem dus geen nieuwe, andere of complexere vragen over het ver-

---

1995, p. 169, waarin hij concludeert dat ‘er veel te winnen is bij het ontwikkelen van scherpere normen, in ieder geval voor categorieën vergelijkbare gevallen die zich frequent voordoen, zodat rechtvaardiger en gemakkelijker toe te passen recht ontstaat’. Ik wijs ook op Wolters 2013, p. 236-238 en 253-259, in welke bijdrage de auteur voornamelijk de omstandigheden vaststelt die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden (in tegenstelling tot Barendrecht die een meer uitdrukkelijker standpunt inneemt over open en striktere normen). Wolters neemt wel een standpunt in over de invloed van de redelijkheid en billijkheid op de rechtszekerheid, en lijkt optimistischer dan Barendrecht over mogelijke remedies (zoals een duidelijke rechterlijke motivering).

221 Waarbij Barendrecht met name verwijst naar Wiarda 1988.

222 Barendrecht 1992, p. 7.

223 Spier in zijn annotatie onder HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, NJ 2017/313, sub 4 (*Heijnen/Maersk*). Hetzelfde geldt voor Busch 2011, p. 81, die in de context van partiële aansprakelijkheid opmerkt dat een absolute indeling van een partieel of hoofdelijkheidssysteem niet de voorkeur verdient: ‘Uiteindelijk zal de civiele rechter zijn oordeel moeten baseren op alle omstandigheden van het concrete geval. Ik geloof namelijk niet dat we de illusie moeten hebben dat we de praktijk in al haar grilligheid kunnen voorspellen.’

224 Zie hierover hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.2.

oorzakingsaandeel van beide partijen te beantwoorden dan dat hij in het huidige systeem in de regresprocedure reeds doet.<sup>225</sup> Daarnaast dient bedacht te worden dat er in de dagelijkse rechtspraktijk talloze schades – hoe ingewikkeld ook – zo goed en kwaad als het kan door deskundigen worden begroot en door de rechter worden geschat (bijvoorbeeld in het kader van matiging, eigen schuld, proportionele aansprakelijkheid en kansschade). Art. 6:97 BW staat de rechter bovendien expliciet toe om de schade te schatten: een exacte benadering is dus niet vereist.<sup>226</sup> In dit verband wijs ik ook op een reactie van Giesen op het hiervoor geformuleerde (tegen)argument in het kader van de (causale) proportionele aansprakelijkheid, dat evengoed geldt voor de door mij bepleite partiële aansprakelijkheid:

‘Dit is echter geen argument tegen de proportionele benadering als zodanig, zoals al vaker is aangegeven, want als dit probleem werkelijk een probleem is, speelt het bij traditionele “alles of niets”-beslissingen evenzeer (ook daar moeten immers waarschijnlijkheden worden bepaald) en dan ook nog eens met verstrekkender gevolgen, omdat 1% afwijking of onnauwkeurigheid in dat geval het verschil kan betekenen tussen “alles” of toch “niets” ontvangen.’<sup>227</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Concluderend geldt dat een criterium dat als ‘open’ is aan te merken, zowel in de Nederlandse rechtspraak als in de literatuur ten behoeve van proportionaliteitsverdelingen is aanvaard, en door sommige auteurs zelfs wordt toegejuicht. Ook het gebruik van *verwijfbaarheids*normen ter afwijking van wettelijke regelingen (zoals verjaring) is in het Nederlandse recht niet nieuw. Mede gezien in dat licht, kan de noodzaak en de wenselijkheid van het aanleggen van een norm als ‘een beperkt verwijt’ óók als voorwaarde voor partiële aansprakelijkheid gerechtvaardigd worden. Daarbij benadruk ik dat de houdbaarheid van een open norm als de onderhavige valt of staat met de rechterlijke motivering. Een goede onderbouwing van het oordeel dat de secundaire partij in een concreet geval (g)een beperkt verwijt treft, kan de belangrijkste (rechtsonzekere) bezwaren tegen de hantering van een dergelijk criterium wegnemen, zeker als deze afgezet worden tegen de argumenten die vóór toepassing van partiële aansprakelijkheid pleiten (zie paragraaf 5.3.4.2).

225 Een en ander kan hooguit complexer zijn als de primaire partij niet daadwerkelijk in rechte is betrokken. Zie over die situatie reeds paragraaf 5.3.5.2.

226 Akkermans 1997, p. 182; Van Dijk 1999, p. 40. Zie bijvoorbeeld Hof ‘s-Hertogenbosch 15 juni 1983, ECLI:NL:GHSHE:1983:AJ4994, VR 1984/80, waarin verschillende partijen aansprakelijk werden gesteld voor een val van een cameraman uit een hoogwerker nadat een vrachtwagen daartegenaan was gebotst. Overwogen werd: ‘Het Hof acht de schuld van de directe veroorzakers van het ongeval, IJspaleis en Potgieter, groter dan die van degenen die het ongeval hadden gediend te voorkomen, Proftour, Wagtmans en Rucpen, en wel in de verhouding 70 : 30. (...) Voorts acht het Hof de schuld van IJspaleis ten opzichte van die van Potgieter drie maal zo groot en de schuld van Proftour, Wagtmans en Rucpen even groot, zodat een schuldverhouding resulteert van IJspaleis 52,5%, Potgieter 17,5% en Proftour, Wagtmans en Rucpen elk 10%.’

227 Giesen 2008, p. 73. Vgl. Emaus & Keirse 2013, p. 137 (‘Uiteraard gaat het hier niet om exacte meetkunde. Dat proportionele aansprakelijkheid noopt tot het hanteren van percentages die niet met mathematische exactheid kunnen worden vastgesteld, is evenwel minder problematisch dan mogelijk op het eerste gezicht lijkt’).

### 5.3.6 DE INCORPORATIE VAN PARTIËLE AANSPRAKELIJKHEID IN HET NEDERLANDSE RECHTSSYSTEEM

#### 5.3.6.1 INLEIDING

De vragen óf het partiële systeem en de geïntroduceerde voorwaarden (systematisch) in het Nederlandse recht in te passen zijn (los van de formulering van de ontstaansvoorwaarden), evenals de specifieke wijzen *waarop* partiële aansprakelijkheid en haar voorwaarden in het Nederlandse recht geïncorporeerd kunnen worden, resteren. Deze vragen worden achtereenvolgend in paragraaf 5.3.6.2 en paragraaf 5.3.6.3 beantwoord.

#### 5.3.6.2 DE INCORPORATIEMOGELIJKHEDEN

In de voorgaande paragrafen kwam de wenselijkheid van een partieel toedelingsfiguur in het Nederlandse recht aan bod. Naast de toegevoegde waarde van deze rechtsfiguur voor het Nederlandse recht, kan in mijn optiek goed betoogd worden dat de implementatie van een partieel toedelingsleerstuk systematisch past in een rechtsontwikkeling van meer proportioneel denken. Bovendien is partiële aansprakelijkheid goed te voegen naast thans bestaande en aanvaarde leerstukken in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (die deels in de vorige paragraaf al aan de orde kwamen).<sup>228</sup> Ik licht dit als volgt toe.

De incorporatie van een partieel systeem past in de eerste plaats in een tendens in het aansprakelijkheidsrecht waarin ook bij de toepassing van andere leerstukken steeds meer partiële of proportionele benaderingswijzen worden gehanteerd. Meer in het bijzonder zij gewezen op het proportionaliteitsdenken dat sinds de expliciete aanvaarding ervan in het *Nefalit/Karamus*-arrest in 2006 in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht zijn ingang heeft gevonden.<sup>229</sup> Akkermans noemde proportionele aansprakelijkheid echter al in 1997 minder 'systemfremd' dan toen werd verondersteld.<sup>230</sup>

---

228 Ik verwijs korthedshalve, en ter aanvulling op de argumenten die in deze paragraaf worden genoemd, naar de (volledige) bespreking van de (bevestigend beantwoorde) vraag of een partiële of proportionele aansprakelijkheid valt in te passen in het systeem van het Nederlandse burgerlijk recht, naar Busch 2011, p. 71-79, in de context van de aansprakelijkheid van (met name) financiële toezichthouders.

229 HR 31 maart 2006 ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*). Deze rechtsfiguur is nader begrensd in HR 24 december 2010, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*). Betoogd wordt ook wel dat de Hoge Raad proportionaliteit eerder aanvaardde in HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/H.*). Zie hierover Giesen 2016, p. 35. Zie over de tendens van het (steeds meer aanvaarde) proportionaliteitsdenken uitgebreid (en onder meer) Spier 1990; Akkermans 1997; Giesen & Tjong Tjin Tai 2008 en Busch 2011, p. 71-74.

230 Akkermans 1997, p. 431-436.

Het proportioneel of het naar het veroorzakingsaandeel toedelen of verminderen van de schade wordt in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht in verschillende contexten geaccepteerd, zo bleek al uit de vorige paragraaf. Naast de in de jurisprudentie ontwikkelde figuren van proportionele aansprakelijkheid en kansschade,<sup>231</sup> zien we een dergelijke manier van toedelen of verminderen van de schade ook in de wettelijke bepalingen van voordeelstoerekening ex art. 6:100 BW, eigen schuld ex art. 6:101 BW en matiging ex art. 6:109 BW.<sup>232</sup> Het naar ‘percentage’ (proportioneel) toedelen of verminderen van de schade zijn dus benaderingswijzen die het Nederlandse recht al langer kent en ook omarmt.<sup>233</sup> Indachtig de bestaande mogelijkheden van ‘partieel denken’, werpt Rogers naar aanleiding van zijn bevindingen uit een rechtsvergelijkend onderzoek naar vijftien landen (waaronder Nederland en Amerika) de vraag op:

‘If we are prepared, as between the victim and one defendant, to “apportion” an “indivisible” loss by reference to the relative responsibilities of those two parties in terms of fault and causation, why, it is asked, are we not prepared to do the same where a number of defendants contribute to the harm?’<sup>234</sup>

De systematische rechtvaardiging voor de implementatie van een partieel systeem kan in de tweede plaats worden gevonden in het feit dat het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht voor wat betreft de afwijking van het hoofdelijkheidssysteem in daartoe nopende gevallen ook eerder flexibel is geweest. Ik wijs bijvoorbeeld op art. 6:170 lid 3 BW, waarin met betrekking tot de werkgeversaansprakelijkheid is bepaald dat – in het geval de werkgever en werknemer beiden voor de schade aansprakelijk zijn – de werknemer in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding hoeft bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Ook valt te denken aan de groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW, waarbij in lid 2 een uitzondering is opgenomen ten opzichte van de hoofdelijkheidsregel van lid 1, te weten ‘als in de omstandigheden van het geval de billijkheid een andere verdeling vordert’. In hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.1 wees ik er bovendien op dat de wetgever in bepaalde gevallen van sterk ongelijksoortige vormen van samenlopende oorzaken ook ruimte heeft geboden om deze gevallen niet onder het hoofdelijkheidsregime te laten vallen.<sup>235</sup> In de parlementaire geschiedenis wordt daarover opgemerkt:

231 Zie over deze twee leerstukken eerder Giesen & Maes 2014, p. 225-231. Zie over proportionele aansprakelijkheid in het bijzonder – ter aanvulling op de reeds genoemde auteurs en zonder een poging te doen om elke auteur die over de proportionele aansprakelijkheid heeft geschreven te noemen – Klaassen 2007, p. 1353; Giesen 2008; Akkermans & Van Dijk 2012, in navolging van al eerder Akkermans 1997, p. 244; Kortmann 2012.

232 Zie ook Barendrecht 2004a, p. 2184, die een vijftal voorbeelden noemt bij zijn stelling: ‘In de praktijk van het privaatrecht vindt intussen steeds vaker een verdeling van ontstaan nadeel plaats over meerdere partijen.’ Vgl. Busch 2011, p. 65.

233 In gelijke zin: Busch 2011, p. 71-79.

234 Rogers 2004, p. 276.

235 In geval van gelijksoortige vormen van samenloop, zoals bij de klassieke secundaire aansprakelijkheidskwesities het geval zal zijn, geldt wel hoofdelijkheid. Zie voor de toelichting en nuances



‘In de overblijvende gevallen van samenloop, die zo ongelijksoortig zijn dat zij niet voor een uniforme regeling vatbaar zijn, moet aan wetenschap en rechtspraak worden overgelaten om te beslissen in hoeverre de bepalingen van de hoofdelijkheid naar analogie toepassing vinden.’<sup>236</sup>

Van Boom wijst voorts op een tweetal uitspraken uit het vennootschapsrecht, ter illustratie van het feit dat de Hoge Raad hoofdelijkheid onder omstandigheden inruilt voor een deelschuldvariant.<sup>237</sup> Daarnaast wijst Busch op rechtspraak van de Hoge Raad waaruit blijkt dat het ‘het toepassen van een proportionaliteitsgedachte niet beperkt is tot gevallen van onzeker causaal verband’.<sup>238</sup> Ook Barendrecht noemt ‘inpassing van aansprakelijkheid voor een deel (...) zonder meer mogelijk’, met een verwijzing naar diverse bepalingen in het Burgerlijk Wetboek.<sup>239</sup> Zonder verder uitvoerig op (de gedachten achter) deze bepalingen en uitspraken in te gaan, illustreren deze regelingen en uitspraken in elk geval dát er in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht reeds op diverse plaatsen voorwaarden voor of uitzonderingen op de toepassing van hoofdelijkheid zijn opgeworpen, en dat hoofdelijkheid niet steeds een wet van Meden en Perzen behoeft te zijn. Een voorwaardelijke incorporatie van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse recht is dus niet alleen wenselijk, maar ook mogelijk.<sup>240</sup>

---

hoofdstuk 2, paragraaf 5. Zie hierover nader Akkermans 1996, p. 48 e.v.; Van Boom 2003b, p. 91; Asser/Sieburgh 6-I 2016/102.

236 T-M, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 91 (nr. 5). Zie voor een voorbeeld HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2790 (*X/Encare Arbozorg B.V.*) en in het bijzonder A-G Wissink in zijn conclusie voor dit arrest (sub 2.13).

237 Van Boom 2016, p. 56-58 wijst op de uitspraken HR 24 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5021, *NJ* 1970/406, m.nt. G.J. Scholten (*Romano Import*); HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, *NJ* 2015/241, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hoekzema/Bedrijfstaking Pensioenfondsen*), waarin de Hoge Raad een minder ingrijpende sanctieering dan die van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle verbintenissen van de commanditaire vennootschap aanneemt. De hoofdelijkheid kan, zo concludeert Van Boom, ‘kennelijk worden beperkt tot bepaalde soort verbintenissen, een bepaald tijdsbestek of zelfs tot een bepaald bedrag’. In zijn proefschrift wijst Van Boom op nog twee andere gevallen, zie Van Boom 1999, p. 82 en 83.

238 HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, *NJ* 2006/378, m.nt. M.M. van Mendel (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*). Zie hierover Busch 2011, p. 75-76. Hij concludeert dat de reeds bestaande rechtspraak voldoende aanknopingspunten biedt voor een proportionele benadering bij toezichthoudersaansprakelijkheid (ook op andere terreinen dan bij onzeker causaal verband).

239 Barendrecht 2004a, p. 2190-2191 met een verwijzing naar art. 6:2 BW (vgl. Vranken 1994, p. 453), maar ook art. 6:98, 6:101, 6:102 en 6:109 BW maken verdeling volgens Barendrecht mogelijk.

240 Na de bespreking van de wijze waarop een dergelijke proportionele aansprakelijkheid van financiële toezichthouders in het systeem van het burgerlijk recht te passen valt, concludeert ook Busch 2011, p. 81: ‘Het huidige recht biedt naar mijn mening voldoende aanknopingspunten voor de civiele rechter om de proportionele benadering binnen en buiten gevallen van onzeker causaal verband onmiddellijk in te zetten als hij dat gezien de omstandigheden van het geval geraden acht.’

### 5.3.6.3 DE SPECIFIEKE INCORPORATIEWIJZEN

In deze paragraaf worden – tot slot – de specifieke wijzen besproken waarop partiële aansprakelijkheid (en haar voorwaarden) in het Nederlandse recht geïncorporeerd of geïmplementeerd kan worden. Deze wijzen hangen samen met, of zijn een logisch gevolg van hetgeen ik hiervoor besprak met betrekking tot de (systematische) incorporatiemogelijkheden.

De meest verstrekken incorporatiewijze van partiële aansprakelijkheid komt van de hand van Busch. Hij noemt wijziging van art. 6:102 BW als mogelijkheid, in dier voege dat de rechter niet langer gebonden is aan hoofdelijkheid en ook kan kiezen voor een vorm van proportionele (partiële) aansprakelijkheid.<sup>241</sup> De voorwaarden voor toepassing van partiële aansprakelijkheid zullen dan integraal in art. 6:102 BW verwerkt moeten worden, bijvoorbeeld in de vorm van een tenzij-clausule.<sup>242</sup> Ook is een nieuw lid mogelijk, waarbij een andere toedeling dan een hoofdelijke wordt toegestaan in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft. Ter illustratie wijs ik op lid 2 van art. 6:166 BW (groepsaansprakelijkheid), waarin een uitzondering is opgenomen met betrekking tot de hoofdelijkheidsregel van lid 1.

Busch merkt in het vervolg van zijn bijdrage echter op dat wijziging van art. 6:102 BW onnodig kan zijn, omdat het begrip ‘dezelfde schade’ in dit artikel ook ‘herijkt’ kan worden, zodat, in die nieuwe interpretatie, de primaire en de secundaire partij niet ‘dezelfde schade’ zouden veroorzaken. Daardoor wordt de kwestie met ‘open vizier’ benaderd, wat de inzichtelijkheid van de rechterlijke uitspraken ten goede zou komen, aldus Busch.<sup>243</sup>

Van Boom wijst er in zijn proefschrift op dat uitzonderingen op de hoofdelijkheidsregel in de rechtspraak gegrond worden op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ter onderbouwing daarvan wijst hij op het *NPRC/Atlas en Milchsack*-arrest, waarin, aldus Van Boom, de Hoge Raad daartoe ‘enige aankno-

241 Busch 2011, p. 79.

242 Ik merkte in paragraaf 5.3.5.3 al op dat hoofdelijkheid de hoofdregel en dus het vertrekpunt is, en dat de partij die zich op de rechtsgevolgen van de partiële toedelingswijze beroept, gehouden is om de voorwaarden daartoe te stellen en bij betwisting te bewijzen. In de praktijk zal de secundaire partij – die vreest dat de vordering volledig wordt toegewezen – subsidiair het verwijt kunnen voeren dat haar *maximaal* een beperkt verwijt treft, dat partieel aan haar toegedeeld dient te worden. Ook de benadeelde partij – die vreest voor een volledige afwijzing van de vordering – zal subsidiair het argument kunnen voeren dat de secundaire partij *op zijn minst* een beperkt verwijt treft dat partieel aan haar toegedeeld dient te worden. Een nadeel van de incorporatie van partiële aansprakelijkheid in een tenzij-clausule is echter dat op die manier mogelijk niet helder wordt dat partiële toedeling ook kan gelden indien alleen de secundaire partij in rechte is betrokken (paragraaf 5.3.5.2). De eerste zin van art. 6:102 lid 1 BW luidt immers: ‘Rust op ieder van twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade (...)’.

243 Busch 2011, p. 77-79. Nog los van de vraag in hoeverre deze tamelijke ‘extensieve’ redenering überhaupt houdbaar is, kleeft – gezien de hiervoor geciteerde eerste zin van art. 6:102 BW – hieraan echter hetzelfde nadeel als bij de tenzij-clausule, zoals in de vorige voetnoot is beschreven.

pingspunten heeft gegeven.<sup>244</sup> Dat met de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid de onverkorte toepassing van een vrij fundamenteel wettelijk ver-eiste (zoals verjaring) verhinderd kan worden, blijkt bovendien uit het in paragraaf 5.3.5.4 besproken *Van Hese/De Schelde*-arrest.<sup>245</sup>

Het ligt in mijn optiek het meest voor de hand om de incorporatie van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, zoals de wet-gever dat blijktens de parlementaire geschiedenis ook bij andere afwijkingen op het hoofdelijkheidssysteem heeft gewenst, 'aan de rechtspraak over te laten'.<sup>246</sup> Op die manier kunnen de grenzen en de reikwijdte van de partiële aansprake-lijkheidsfiguur bepaald worden en met meer woorden worden omkleed dan dat dit in een wettelijke bepaling kan. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid – vgl. de voornoemde arresten – kan de grondslag of de rechtvaardiging bieden om in voorkomende gevallen van art. 6:102 BW af te wijken.<sup>247</sup> Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentiële wijzen waarop onder meer de leerstukken proportionele aansprakelijkheid en kansschade in het Nederlandse recht zijn aanvaard, zonder dat tot een grondige wetwijziging werd overgegaan. Een jurisprudentiële aanvaarding van een partieel systeem in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, is wat mij betreft (ook) in dit geval een meer pragmatische en minder verstrekkende wijze om het partiële systeem te incorporeren dan de wijziging van de tekst van art. 6:102 BW.<sup>248</sup> Daarbij dient tot slot bedacht te worden dat, in de woorden van Hartlief, 'de wetgever niet erg actief is op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht'.<sup>249</sup> Giesen concludeert daarom 'dat het daarmee dus vooral aan de rechter is om de spanning erin te houden'.<sup>250</sup>

### 5.3.7 DE LITERATUUR: VOOR- EN TEGENSTANDERS VAN PARTIËLE AANSPRAKELIJKHEID

Alhoewel het alternatief van partiële aansprakelijkheid in secundaire aansprake-lijkheidsprocedures in de literatuur nog niet als een serieuze optie is uitgediept en uitgewerkt, hebben verschillende auteurs zich wel over de mogelijkheid van partiële aansprakelijkheid uitgelaten. In deze paragraaf worden de voor- en tegenstan-ders van een partieel systeem in de Nederlandse literatuur weergegeven, zonder naar een volledige weergave te streven van alle auteurs die hier (veelal zijdelings)

244 HR 15 februari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC4005, NJ 1980/327, m.nt. G.J. Scholten (*NPRC/Atlas en Milchsack*). Zie nader Van Boom 1999, p. 82-83.

245 HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese/De Schelde*).

246 T-M, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 91 (nr. 5), zoals besproken is in paragraaf 5.3.6.2.

247 Zie ook Vranken 1994, p. 453; Barendrecht 2004a, p. 2190-2191.

248 Met voorts als voordeel dat in de overwegingen in de rechtspraak (wel) voldoende duidelijk gemaakt kan worden dat partiële aansprakelijkheid bovendien geldt als alleen de secundaire partij wordt aangesproken, en in de overwegingen bovendien direct handvatten geboden kun-nen worden bij de inkleuring van een 'beperkt verwijt' als voorwaarde van partiële aansprake-lijkheid.

249 Hartlief 2015a, noot 2.

250 Giesen 2018c, p. 242.

over hebben geschreven. Daarbij worden, in het licht van hetgeen hierover in het voorgaande reeds is opgemerkt, de argumenten besproken die voor en tegen de toepassing van partiële aansprakelijkheid pleiten.

In de eerste plaats zij gewezen op Van Boom, die in 1997 een wat mij betreft scherpe en ook deels vooruitziende blik had.<sup>251</sup> Ook hij wijst naar de kritiek die onder meer in Amerika is geuit op de hoofdelijkheidsregel. Van Boom werpt vervolgens de vraag op of – in navolging van de ontwikkelingen in Amerika – de leer van de hoofdelijkheid in Nederland moet worden heroverwogen. Deze vraag beantwoordde hij in 1997 ontkennend, waarbij een belangrijke rol speelde dat het Amerikaanse verschijnsel van de secundaire aansprakelijkheid ('peripheral tortfeasor') indertijd nog niet de rol van betekenis had die het in mijn optiek inmiddels wel heeft ('Thans lijkt het verschijnsel van de "peripheral tortfeasor" in ons recht echter weliswaar te bestaan, maar het trekt weinig aandacht').<sup>252</sup> Van Boom voorspelde vervolgens wel dat dit in de toekomst kon gaan veranderen, waaraan hij de volgende consequentie verbond:

'Zouden in de toekomst min of meer vastomlijnde groepen van personen structureel aansprakelijk worden geacht voor schade, in de veroorzaking waarvan zij slechts minimale aandelen hebben, dan zal ongetwijfeld behoefte ontstaan aan opheffing of aanpassing van het stelsel van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Met name de oplossingen die in de verschillende Amerikaanse deelstaten zijn aanvaard, kunnen daarbij als voorbeeld dienen.'<sup>253</sup>

Dat Van Boom gelijk kreeg – in die zin dat er in het huidige aansprakelijkheidsrecht een tendens lijkt te bestaan waarin steeds verder verwijderde (secundaire) partijen worden aangesproken<sup>254</sup> – kwam in hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.1 reeds aan de orde. Uit de rechtspraakanalyses in de hoofdstukken 3 t/m 6 bleek bovendien dat er inmiddels op diverse terreinen secundaire aansprakelijkheden worden aanvaard.<sup>255</sup> Daar waar Van Boom destijds met name dacht aan de groeiende aansprakelijkheden van accountants, notarissen en financiële instellingen, blijken vandaag de dag ook private partijen als scholen, sportverenigingen, zorginstellingen, supermarkten, kledingwinkels, restaurants en de meest uiteenlopende recreatieruimten aan secundaire aansprakelijkheidsvorderingen onderworpen te worden. Dat secundaire aansprakelijkheden – ruim twintig jaar later – nu (wel) de aandacht trekken, kan in mijn optiek met recht worden geconcludeerd. Dat er nu dus ook verandering nodig is in de vorm van de introductie van een (voorwaar-

251 Van Boom 1997. Van Boom heeft na zijn proefschrift (Van Boom 1999) in diverse boekbijdragen en artikelen over dit onderwerp geschreven (zie bijvoorbeeld Van Boom 2003b; Van Boom 2004; Van Boom 2016). Een volledige weergave van alle (relevante) bijdragen gaat deze paragraaf te buiten.

252 Van Boom 1997, p. 151.

253 Van Boom 1997, p. 151-152.

254 Zo wordt ook in de literatuur geconstateerd. Zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.1.

255 Zie ook een van de beschreven conclusies uit de rechtspraakanalyses in paragraaf 2, onder II.

delijke) partiële wijze van toedelen, is in essentie wat ik in dit sluitstuk van mijn onderzoek bepleit.

Ik wijs in dit verband ook op Barendrecht. Hij bepleit deelaansprakelijkheden als alternatief voor hoofdelijke aansprakelijkheid, omdat op die manier een (preventie)prikkel behouden blijft, zonder dat grote hoeveelheden geld gaan stromen van plaatsen waar het geld misschien wel meer nodig is dan op de plaatsen waar het via aansprakelijkheid naartoe vloeit.<sup>256</sup> Hij concludeert vervolgens dat bij uitstek in complexe situaties verdeling van verantwoordelijkheid als hoofdregel redelijker is en beter lijkt aan te sluiten bij opvattingen over rechtvaardigheid.<sup>257</sup> Barendrecht herhaalt in een latere bijdrage dat onder meer in het geval van toezichthoudersaansprakelijkheid, 'waarin het vooral schort aan de onderlinge afstemming van handelingen, exclusieve toedeling minder voor de hand ligt'.<sup>258</sup> Hij concludeert dat er 'steeds sterker wordende argumenten' bestaan voor 'verdeling van verantwoordelijkheid als hoofdregel in complexere situaties':

'Dan is verdeling vaak redelijker, lijkt beter aan te sluiten bij opvattingen over rechtvaardigheid en vergemakkelijkt het vinden van oplossingen. Verdeling van verantwoordelijkheid hoeft niet ten koste te gaan van preventie, en hoeft ook geen "sorry-cultuur" te betekenen waarin verantwoordelijken er af komen met alleen een excuus.'<sup>259</sup>

In de context van de aansprakelijkheid van de politie in de Alphen-kwestie bepleit ook Di Bella, in het licht van de geschetste consequenties van het hoofdelijkheidsstelsel, een alternatief voor hoofdelijkheid in de vorm van een gedeeltelijke aansprakelijkheid.<sup>260</sup> Schutgens spreekt naar aanleiding van dezelfde uitspraak de behoefte aan een meer genuanceerde benadering uit, en noemt daarbij als suggestie de proportionele aansprakelijkheid.<sup>261</sup> Ook Verheij plaatst vraagtekens bij het hoofdelijkheidsstelsel, in het bijzonder in de gevallen waarin iemand een gering verwijt treft en de primaire partij insolvent is.<sup>262</sup> In de bestuursrechtelijke

256 Barendrecht 2003, p. 957. Zie hierover ook Van Rossum 2005, p. 96.

257 Barendrecht 2003, p. 957; Barendrecht 2004b, p. 81.

258 Barendrecht 2004a, p. 2180-2191. Hij merkt vervolgens op dat nader onderzoek nodig is om te bekijken hoe een dergelijk systeem zou zijn in te passen in het huidige recht. Zie hierover ook Van Dam 2006, p. 172.

259 Barendrecht 2004a, p. 2180.

260 Di Bella bepleit een 'nieuw' figuur van de gedeeltelijke toerekening naar redelijkheid in de zin van art. 6:98 BW voor overheidsaansprakelijkheid. Voor het bepalen van de omvang van de overheidsaansprakelijkheid kan naar haar mening goed worden aangesloten bij de gebruikelijke elementen die een rol spelen bij de toepassing van art. 6:98 BW. Dit betekent, aldus Di Bella, dat het percentage van overheidsaansprakelijkheid groter zal zijn naarmate de schade een normaal, typisch gevolg van de normschending is. Zie Di Bella 2016. Op deze figuur ging ik in paragraaf 5.3.4.3 reeds in en de figuur zal ook in paragraaf 5.4 besproken worden.

261 Daar waar het hem 'minder aanspreekt om de overheid volledig aansprakelijk te houden voor andermans misdadig gedrag'. Schutgens in zijn annotatie onder Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061, JB 2015/158, sub 7.

262 Verheij 2019, p. 91.

context wordt voorts door Scheltema en Scheltema een alternatief voor het hoofdelijkheidssysteem besproken in het geval van toezichthoudersaansprakelijkheid.<sup>263</sup>

Een gelijkgestemde vind ik bovendien in Busch. Hij concludeert dat de rechter in de gevallen van (onder meer financiële) toezichthoudersaansprakelijkheid<sup>264</sup> aan het hoofdelijkheidssysteem van art. 6:102 BW voorbij zou moeten kunnen gaan, door een aansprakelijkheid voor het veroorzakingsaandeel aan te nemen. Ter onderbouwing daarvan stelt hij:

‘Sinds de inwerkingtreding van het huidige BW hebben zich allerlei maatschappelijke ontwikkelingen voorgedaan waarmee men bij het opstellen van de toelichting redelijkerwijs geen rekening heeft kunnen houden. Een van die maatschappelijke ontwikkelingen is het fenomeen van aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders, met diepe zakken en niet zelden (maar niet per definitie) een relatief klein veroorzakingsaandeel. Bovendien is de wetsgeschiedenis op art. 6:102 lid 1 BW nogal eenzijdig gericht op de positie van de benadeelde en wordt bijvoorbeeld met geen woord gerept over de vraag waarom het nu zo redelijk is om uit te gaan van hoofdelijke aansprakelijkheid als regres op een mededader onmogelijk is, in het bijzonder als het veroorzakingsaandeel van de dader klein is in verhouding tot het veroorzakingsaandeel van zijn mededader.’<sup>265</sup> [mijn onderstreping, KLM]

Een auteur die in dit verband ook niet onbenoemd kan blijven, is Van Rossum.<sup>266</sup> De zijdelingse verantwoordelijkheid van de toezichthouder rechtvaardigt volgens Van Rossum een zekere terughoudendheid in het aannemen van diens aansprakelijkheid. Nadat Van Rossum de optie van subsidiaire aansprakelijkheid als alternatief voor hoofdelijke aansprakelijkheid (terecht) wegschrijft,<sup>267</sup> bespreekt zij de

263 Scheltema & Scheltema 2013, p. 428, die opmerken: ‘Toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid brengt daarom mee dat in afwijking van de regel van art. 6:102 BW geen hoofdelijke aansprakelijkheid moet worden aangenomen, maar een aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel. Deze afwijking vindt haar rechtvaardiging mede daarin dat de aansprakelijkheid voor toezicht een afgeleide aansprakelijkheid is’.

264 Busch bespreekt proportionele aansprakelijkheid in de situaties waarin een financiële toezichthouder een beperkt verwijt treft, maar deze beschouwingen zijn wat hem betreft van toepassing over de volle breedte van het vermogensrecht, waarbij hij ook scholen, ziekenhuizen en inrichtingen noemt. Zie Busch 2011, p. 70-71.

265 Busch 2011, p. 76-77.

266 Van Rossum 2005, p. 92-97 en 106. Alhoewel haar preadvies over de aansprakelijkheid van toezichthouders is geschreven in de context van de *overheidstoezichthouders*, zoals de Arbeidsinspectie, de Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit, kunnen haar constatering in gelijke zin relevant zijn voor de in dit onderzoek onderzochte ruimten (zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.2).

267 Terecht, omdat deze figuur in feite neerkomt op een principieel terughoudende toetsing van secundaire aansprakelijkheden, die ik om de in paragraaf 4.1 omschreven redenen onwenselijk acht. Vgl. Van der Wiel 2005, p. 159. Zie over deze figuur van de subsidiaire aansprakelijkheid ook kritisch Van Rossum 2005, p. 95. Ook zij gewezen op Van Dijk 2008, par. 3b (‘Zelf voel ik niet zoveel voor dit systeem juist vanwege het zelfstandige verwijt dat bij aansprakelijkheid aan de toezichthouder kan worden gemaakt.’). Ook kritisch is Van Dam 2006, p. 169 (‘Een dergelijke subsidiaire aansprakelijkheid lijkt niet erg efficiënt en kan voor de benadeelde tijdrovend zijn,

optie van een aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel.<sup>268</sup> Verwijzend naar de hiervoor weergegeven analyse van Van Boom over het Amerikaanse recht, en het alternatief van partiële aansprakelijkheid dat daar na de 'tort reform' opkwam ('de notie van hoofdelijke aansprakelijkheid moest op de schop'), concludeert (ook) zij dat er behoefte aan opheffing of aanpassing van het stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat als bepaalde toezichthouders – die een minimaal aandeel in de schade hebben – structureel aansprakelijk worden gesteld. Van Rossum concludeert vervolgens:

'De oplossing van de aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel kan daarbij als voorbeeld dienen.'<sup>269</sup>

Hartlief is niet overtuigd door deze analyse van Van Rossum, en plaatst vraagtekens bij de toepassing van proportionele of partiële aansprakelijkheid in geval van toezichthoudersaansprakelijkheden. Hij wijst met name op de preventieve werking als argument tegen een dergelijk alternatief voor hoofdelijke aansprakelijkheid.

'Zo kan men zich afvragen of een dergelijke inrichting van het aansprakelijkheidsrecht bijdraagt aan de kwaliteit van het toezicht en daarmee aan de zorgvuldigheid van het handelen van de potentiële primaire veroorzakers. In geval van rampspoed bijvoorbeeld zijn er inderdaad vaak meerdere personen die een bijdrage hebben geleverd aan de gebeurtenis en daarmee aan de schade – het is heel vaak een samenloop van omstandigheden – maar worden al deze personen voldoende geprikkeld door de mogelijkheid van een gedeeltelijk (wellicht zelfs in procenten genomen zeer beperkte) aansprakelijkheid ter zake van een gebeurtenis waarvan de kans toch al relatief klein is dat zij plaatsvindt?'<sup>270</sup>

Dat Hartlief vijf jaar later niet van gedachten is veranderd, volgt uit de kritische kanttekeningen die hij dan (opnieuw) bij de optie van 'het offeren van het hoofdelijkheidsregime' plaatst:

'Wat mij betreft is het beeld van de beperkte bijdrage vooral retorisch: is die niet veelal cruciaal, al was het maar omdat de toezichthouder juist is aangewezen om te voorkomen dat primaire daders verkeerde keuzes maken? Willen we slachtoffers die hun schade volledig vergoed willen zien bovendien werkelijk dwingen alle (mogelijke) betrokkenen aan te spreken?'<sup>271</sup>

---

zonder dat daar voor hem duidelijke voordelen tegenover staan. In de huidige situatie voelt de primaire dader de prikkel van het aansprakelijkheidsrecht sowieso reeds, omdat de medeaansprakelijke toezichthouder een verhaalsrecht jegens hem heeft. Subsidiaire aansprakelijkheid kan daardoor bezwaarlijk als nuttige optie worden gezien.'). Onder omstandigheden zijn positiever Van Boom & Giesen 2001, p. 1677; Giesen 2005a, p. 40-47.

268 Van Rossum 2005, p. 97. Zie hierover ook Klaassen 2017, p. 92-94.

269 Van Rossum 2005, p. 97.

270 Hartlief 2005b, p. 1130.

271 Hartlief 2010, p. 603.



Hartlief heeft een terecht punt.<sup>272</sup> Ook ik meen immers, zo bepleitte ik al eerder (paragraaf 4.1), dat een principiële terughoudendheid met betrekking tot secundaire aansprakelijkheden (ook moreel gezien) niet op zijn plaats is. Secundaire partijen treffen een zelfstandig verwijt en dienen dan ook op hun eigen merites beoordeeld te worden. Hoewel Hartlief hieraan de consequentie verbindt dat een hoofdelijkheidssysteem dús gewenst is, meen ik dat een partieel systeem, *in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft*, juist kan leiden tot toewijzing van secundaire aansprakelijkheden voor een bepaald percentage, daar waar deze aansprakelijkheden nu nog geheel worden afgewezen. Dat zou én de door Hartlief beschreven preventieve werking vanuit het perspectief van de secundaire partij,<sup>273</sup> én de feitelijke uitkomst voor de benadeelden dan juist wel dienen ('iets is beter dan niets').<sup>274</sup> Bovendien (en los van het belang van het slachtoffer) doet de uitkomst in termen van feitelijke schadelast dan (meer) recht aan het specifieke verwijt – en de ook door Hartlief erkende bezwaren tegen de aanvaarding van secundaire aansprakelijkheden<sup>275</sup> – dat de secundaire partij treft. In de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft, en een gehele afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid minder reëel is,<sup>276</sup> sluit ik mij bij Hartlief aan,

272 Met een verwijzing naar de argumenten genoemd door Hartlief, noemt overigens ook Van Dijk vanwege die cruciale rol van toezichthouders 'de proportionele oplossing als hoofdregel niet aangewezen'. Van Dijk 2008, par. 3b. In deze bijdrage van Van Dijk wordt – alhoewel in de context van overheidsaansprakelijkheid – ter nuancering wel ook erkend dat de benadeelde doorgaans vele hoge horden moet overwinnen teneinde een toerekenbare onrechtmatige daad van een toezichthouder ten aanzien van toezicht en handhaving te kunnen vaststellen en dat vervolgens nog het relativiteitsvereiste of de causaliteit aan toewijzing van de vordering in de weg kunnen staan.

273 Zonder uitgebreid op dit preventieonderwerp in te gaan – dan zou immers ook en eerst de meer empirische vraag beantwoord moeten worden of het aansprakelijkheidsrecht überhaupt wel een preventief effect genereert, zie daarover paragraaf 3.3.5 – merk ik op dat bij het door Hartlief aangelegde perspectief van de secundaire partij vraagtekens geplaatst kunnen worden als het gaat om de daadwerkelijke preventieve werking die van secundaire zorgplichten uitgaat. De preventiedoelstelling veronderstelt immers dat een partij op de hoogte is van de norm die moet worden nageleefd, terwijl secundaire partijen vooraf relatief slecht kunnen voorzien hoe zij zich moeten gedragen om schade te voorkomen. Zie eerder paragraaf 3.2.1. Busch 2011, p. 70 is ook kritisch over dit standpunt van Hartlief: 'Al zou het civiele aansprakelijkheidsrecht de enige althans een belangrijke prikkel voor de toezichthouder zijn om adequaat toezicht te houden, dan blijft deze prikkel in de proportionele benadering bestaan, aangezien een toezichthouder op voorhand natuurlijk niet weet of de rechter zal kiezen voor aansprakelijkheid voor het geheel of een vorm van proportionele aansprakelijkheid.' Het voorgaande kan dan ook een (extra) argument vormen om het hoofdelijkheidssysteem te handhaven als de secundaire partij geen beperkt verwijt treft, zie daarover paragraaf 5.3.4.3.

274 Zie over de positie van het slachtoffer nader paragraaf 5.3.8.

275 Zo merkt Hartlief 2010, p. 603 op: 'Ook in andere gevallen gaat de aandacht uit naar wat wel secundaire daders worden genoemd, terwijl de ellende begint met handelen of nalaten van anderen.' Over het hoofdelijkheidssysteem merkt hij op: 'De pijn zit in ons hoofdelijkheidsregime. Toepassing hiervan – eiser toe de primaire dader overslaan en de toezichthouder voor het volle pond aanspreken – leidt er toe dat de schurk ontsnapt en degene die maar een kleine bijdrage heeft geleverd moet boeten.' Bovendien duidt hij de primaire partij niet voor niets aan als 'de echte schurken', en de secundaire partijen (neutraal) als toezichthouders.

276 En voor zover de mogelijke terughoudendheid (ondanks het substantiële verwijt) wel reëel is, kan deze worden ondervangen door art. 6:98 BW (vgl. de Alphen-kwestie en paragraaf 5.2.2).

en dient het hoofdelijkheidssysteem niet geofferd te worden (zie hierover paragraaf 5.3.4.3).

Ook Van der Wiel is kritisch, althans is – in zijn eigen woorden – ‘niet van de gedachte van proportionele aansprakelijkheid gecharmeerd’. Net als Hartlief meent hij dat tijd- en kostenfactoren tegen een dergelijke toepassing pleiten. De benadeelde zal immers meerdere personen moeten aanspreken, en zijn betoog zal bovendien meer moeite vergen.<sup>277</sup> Hij zal niet alleen de aansprakelijkheidsvraag zelf moeten bepleiten, maar ook de mate waarin aan de toezichthouder toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen. Zo zal de procedure per saldo langer duren en zullen er dus ook meer kosten met een dergelijke procedure gemoeid zijn dan met een (hoofdelijke) procedure.<sup>278</sup> Busch pareert dit argument, stellende dat in secundaire aansprakelijkheidsprocedures veelal kan worden volstaan met een enkele dagvaarding, omdat het feitencomplex grotendeels hetzelfde zal zijn.<sup>279</sup> Ook Barendrecht is niet overtuigd door deze argumenten tegen de verdeling van aansprakelijkheid tussen schadeveroorzakers:

‘Mogelijke nadelen als verminderde preventie, diffuus worden van verantwoordelijkheid, onvoldoende compensatie en verhoogde complexiteit lijken mee te vallen, of zijn beheersbaar.’<sup>280</sup>

Een belangrijk (en beter volgbaar) argument tegen toepassing van partiële aansprakelijkheid in Nederland, is dat – in de woorden van Klaassen – de secundaire partij ‘uit de wind wordt gehouden’ ten koste van het slachtoffer.<sup>281</sup> Het insolventierisico van de primaire partij wordt in een partieel systeem immers in feite verplaatst van de secundaire partij naar het slachtoffer. Zoals hiervoor uiteen is gezet, is in een partieel systeem elke partij (primaair/secundair) slechts aansprakelijk voor haar specifieke aandeel in het ontstaan van de schade. De consequentie daarvan is dat de benadeelde zich voor dat deel niet op de secundaire partij kan verhalen

---

Zie over de toegevoegde waarde van art. 6:98 BW in het geval de secundaire partij *geen* beperkt verwijt treft, ook paragraaf 5.4.

277 Hartlief 2005b, p. 1130; Van der Wiel 2005, p. 159. Zie over dit bezwaar ook Van Boom 1999, p. 81. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 354.

278 Van der Wiel 2005, p. 159.

279 Busch 2011, p. 70. Aanvullend merkt hij nog op: ‘Niettemin, als het dagvaarden van twee tot vier partijen onverhoopt wel zeer bezwaarlijk mocht zijn (ik zie niet onmiddellijk in wanneer dat het geval zou kunnen zijn), kan de rechter daar bij het maken van zijn keuze voor aansprakelijkheid voor het geheel of een vorm van proportionele aansprakelijkheid uiteraard rekening mee houden.’

280 Barendrecht 2004a, p. 2190-2191.

281 Klaassen 2017, p. 92-94. Hartlief stelt bovendien de vraag of deze slachtoffers in een partieel stelsel – waarin zij diverse personen tot vergoeding van de schade moeten aanspreken – niet afgeschrikt worden. Vgl. Hartlief 2005b, p. 1130. Zie ook Neerhof 2007, die proportionele aansprakelijkheid – in het kader van de overheidsaansprakelijkheid – eerst als een begaanbare weg aanduidt, maar vervolgens de vraag stelt of het nadeel van dit stelsel (dat de benadeelden de kans lopen deels bot te vangen, omdat de overtreders niet voldoende solvabel is), niet op gespannen voet staat met een of meer bepalingen van het EVRM (meer in het bijzonder art. 2 EVRM).

als de primaire partij insolvent of onvindbaar is. Volledige compensatie als doel van het aansprakelijkheidsrecht, wordt met partiële aansprakelijkheid dus mogelijk ondermijnd.<sup>282</sup>

In lijn met deze gedachte is in hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.1 reeds gewezen op de uitspraak *The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*.<sup>283</sup> De Hoge Raad benadrukte in deze secundaire aansprakelijkheidskwestie de ideologie van het hoofdelijkheidssysteem:

‘(...) dat derhalve de benadeelde een hunner tot vergoeding van de gehele schade kan aanspreken; dat daarin voor den aangesprokene persoon ook hierom niets onredelijks is gelegen, omdat tussen degenen die jegens den benadeelde tot vergoeding verplicht zijn, onderling verhaalsrecht bestaat; dat weliswaar bij dit verhaalsrecht het risico van onvermogen van een regresplichtige op den regresgerechtigde drukt, doch zulks minder onbevredigend is dan dat – gelijk de opvatting der Rb. medebrengt – dit risico door den benadeelde zou worden gedragen.’<sup>284</sup> [mijn onderstreping, KLM]

De Hoge Raad stelt de aansprakelijkheid voor het geheel in deze uitspraak in het teken van het beginsel van ‘full compensation’: de benadeelde dient zoveel als mogelijk schadeloos gesteld te worden.<sup>285</sup> De gedachte van het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem is immers dat het redelijker geacht wordt de secundair aansprakelijke in plaats van het slachtoffer met de mogelijke incassoproblemen op te zadelen, nu deze laatstgenoemde partij part noch deel aan het toebrengen van de schade heeft gehad.<sup>286</sup> Dat is (ook) wat mij betreft een logische gedachtegang.<sup>287</sup> Feit is immers dat het slachtoffer in elk geval geen blaam treft en de secundaire partij – hoe gering haar aandeel ook is geweest – kennelijk wel heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade. De slachtoffervriendelijke benadering van het

282 Zie ook Schirmeister 1996, p. 130, die als een van de belangrijkste doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht ‘whole compensation’ noemt. Meer beschouwend is Green 2004, p. 263-264.

283 HR 4 november 1955, ECLI:NL:HR:1955:157, NJ 1956/1, m.nt. L.E.H. Rutten (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*). Zie hierover ook uitgebreid Van Boom 2003b, p. 89-103, die in dit kader ook de uitspraak HR 30 oktober 1925, ECLI:NL:HR:1925:302, NJ 1926/57, m.nt. P. Scholten (*Aldebaran*) bespreekt. In dezelfde lijn zijn de overwegingen in het arrest HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535, m.nt. C.J.H. Brunner (*DES*), waarin de Hoge Raad een hoofdelijke aansprakelijkheid aannam voor de producenten in plaats van marktaandeelaansprakelijkheid ten behoeve van de slachtoffers. De Hoge Raad overwoog met betrekking tot de marktaandeelaansprakelijkheid: ‘Het is immers niet bevredigend dat in dit stelsel het risico van geldelijk onvermogen van één der producenten, alsmede het risico dat deze niet meer bestaat of niet meer te traceren is, op de slachtoffers wordt gelegd en niet op de producenten. (...)’ (r.o. 3.8).

284 HR 4 november 1955, ECLI:NL:HR:1955:157, NJ 1956/1, m.nt. L.E.H. Rutten (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*).

285 Van Boom 1997, p. 149.

286 Uiteraard behoudens de buiten beschouwing gelaten gevallen van eigen schuld ex art. 6:101 BW (hoofdstuk 2, paragraaf 4.1). Zie hierover in geval van medeaansprakelijkheid Keirse & Jongeneel 2013, p. 145-151.

287 Welke gedachte ook ten grondslag ligt aan het huidige hoofdelijkheidssysteem. Zie Klaassen 2008, p. 177-178; Van Boom 2016, p. 24.

Nederlandse aansprakelijkheidsrecht kan daarom aan de incorporatie van partiële aansprakelijkheid in de toedelingsfase in de weg staan.<sup>288</sup> Vanuit deze gedachte verdient het volgens Van Boom dan ook 'op zijn minst nadere uitleg waarom het risico min of meer volledig naar het slachtoffer overgaat als er niet een, maar twee of meer aansprakelijken zijn'.<sup>289</sup>

Nadere uitleg is dus gewenst.

### 5.3.8 DE POSITIE VAN HET SLACHTOFFER NADER BELICHT

De in paragraaf 3 geschetste en aan secundaire aansprakelijkheden inherente (voorzienbaarheids)problematiek, versterkt door de consequenties van het hoofdelijkheidssysteem, maakt dat in mijn optiek goed betoogd kan worden dat een partieel toedelingsstelsel (juist wel) het belang van de slachtoffers kan dienen. De gedachte is immers dat, als de bezwaren tegen de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid verdisconteerd kunnen worden in de toedeling van de feitelijke schadelast van de secundaire partij, de behoefte van de rechter aan terughoudendheid in de vestigingsfase 'wegvalt' of verminderd wordt.<sup>290</sup> Het in potentie verstrekkende gevolg van de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid – het dragen van de volledige schadelast – kan door de rechter in de toedelingsfase immers worden ondervangen door de feitelijke schadelast te corrigeren naar het specifieke veroorzakingsaandeel van de secundaire partij. De gevallen die nu tot afwijzing leiden – het 'alles' doet geen recht aan het beperkte verwijt dat de secundaire partij treft – kunnen in een partieel systeem dan wél tot een toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid leiden.<sup>291</sup> Een gedeeltelijke toewijzing van de schadevergoedingsplicht van de secundaire partij (bijvoorbeeld: 20%), is voor het slachtoffer nog altijd beter dan een afwijzing van diens aansprakelijkheid in de vestigingsfase (0%), is dan de gedachte.<sup>292</sup>

288 Van der Wiel 2005, p. 159. Zie over de wijze van incorporatie, al dan niet via de rechtspraak, hetgeen ik daarover in paragraaf 5.3.6.3 opmerkte.

289 Van Boom 1997, p. 143.

290 Zie over de geconstateerde terughoudendheid paragraaf 2.2, onder VII en eerder hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.2 en over het 'voordeel' dat het bepleite systeem de behoefte of neiging tot terughoudend toetsen weg kan nemen, al eerder uitgebreid paragraaf 5.3.4.2.

291 Zie over de waarschijnlijkheid van deze relatie Verheij 2019, p. 91. Zoals in paragraaf 3.4 en paragraaf 5.3.2 reeds werd toegelicht, zal empirisch onderzoek nodig zijn om de precieze relatie tussen de terughoudendheid en de verstrekkende aansprakelijkheidsgevolgen in een hoofdelijkheidssysteem vast te kunnen stellen. Ook lichtte ik in die paragrafen toe waarom in mijn optiek desondanks aangenomen kan worden dat toepassing van een partieel systeem invloed zal hebben op de (thans) bestaande terughoudendheid bij de rechter.

292 In de context van de overheidsaansprakelijkheid, alhoewel impliciet, bezigt ook Di Bella het argument dat partiële aansprakelijkheid juist tot de toewijzing van secundaire aansprakelijkheden kan leiden in de gevallen waar deze nu worden afgewezen (en dus in het voordeel van de benadeelde kan zijn). Di Bella 2016, p. 131 en 132.

### Voorbeeld

In hoofdstuk 3 en eerder in deze paragraaf kwam aan de orde dat de afwijzingsgraad van de secundaire aansprakelijkheid van scholen vanwege pestgedrag van (mede)leerlingen tot op heden 100% is. Tot een secundaire aansprakelijkstelling van een school op die grond is geen Nederlandse rechter tot nu toe gekomen, ondanks dat deze kwesties toch zeer geregeld aan de rechter worden voorgelegd, zo bleek uit in de in hoofdstuk 3 besproken rechtspraak.<sup>293</sup> Hier wordt een ingewikkelde kwestie geraakt: de invloed van scholen op pestgedrag van haar leerlingen is beperkt. Desondanks bleek uit de rechtspraakanalyse ook dat er gevallen aan te wijzen zijn waarin het wel degelijk aan (pest)beleid of communicatie schortte<sup>294</sup> of de school anderszins op een verkeerde manier met het pestgedrag omging.<sup>295</sup> Via een partiële toedeling van de aansprakelijkheid zou wellicht een oplossing kunnen worden gevonden voor deze gevallen waarin (volledige) aansprakelijkheid van de school niet gewenst is, maar de rechter toch het (beperkte) verwijt van de school tot uitdrukking wenst te brengen, zonder dat de school direct voor de volledige (direct door haar andere leerling veroorzaakte) schade dient op te draaien. Daar waar het slachtoffer in de huidige rechtspraak nul op het rekest krijgt, zou met de toepassing van partiële aansprakelijkheid een toewijzing van een gedeelte van de vordering kunnen volgen.<sup>296</sup>

De secundaire partij die vreest dat de vordering van het slachtoffer volledig wordt toegewezen, kan, veelal subsidiair ten opzichte het primaire betoog dat haar aansprakelijkheid in het geheel afgewezen dient te worden, het betoog voeren dat – voor zover haar al een verwijt treft – haar *maximaal* een beperkt verwijt treft dat partieel aan haar toegedeeld dient te worden. Uit het voorgaande volgt bovendien dat óók het slachtoffer, dat vreest dat de vordering volledig wordt afgewezen, subsidiair het standpunt in kan nemen dat – voor zover de volledige toewijzing van de aansprakelijkheid al niet gerechtvaardigd zou zijn – de secundaire partij *ten minste* een beperkt verwijt treft, waarvoor zij (partieel) aansprakelijk is.<sup>297</sup> Dat zal

293 Van der Putt-van Vessem 2007, p. 2 en Paijmans 2019, p. 24. Zie hierover nader hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.3 en paragraaf 6.2.

294 Zie de besproken uitspraken Rb. Arnhem 21 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5344 en Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417 (*Pestbeleid*).

295 Rb. Arnhem 21 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5344. Zie hierover ook Paijmans 2013, p. 392 en Paijmans 2019, p. 23-24. Ter illustratie wijs ik op de vragen die rezen naar aanleiding van de steekpartij in 2014 op een school in Voorburg, waarbij een gepeste leerling zijn medeleerling doodstak. Zie over dat incident nader hoofdstuk 1, paragraaf 1.

296 Hetzelfde kan meer in het bijzonder gelden voor de in paragraaf 5.3.5.3 besproken terughoudende lijn met betrekking tot de aansprakelijkheid van een instelling, in de gevallen waarin een psychiatrische patiënt of tbs-gestelde schade berokkent tijdens zijn of haar verlof. Zie hierover meer uitgebreid hoofdstuk 5, paragraaf 6.2.

297 Hetgeen betekent dat het materiële recht in deze gevallen niet bij voorbaat bepaalt op wie de bewijslast van de voorwaarden van partiële aansprakelijkheid rust, maar dat een en ander gestuurd wordt door de processuele positie van partijen. De bewijslastverdeling is dan immers afhankelijk van het antwoord op de vraag wie van de twee partijen (de benadeelde of de secundaire partij) een beroep op de rechtsfiguur van de partiële aansprakelijkheid doet, zoals hiervoor ook al in paragraaf 5.3.5.3 en paragraaf 5.3.6.3 werd besproken.

bijvoorbeeld het geval kunnen zijn in de gevallen waarin de school wordt aangesproken voor het pestgedrag van haar leerlingen (zie hiervoor) of waarin de opvang- en zorginstelling wordt aangesproken voor onterecht geboden vrijheden aan patiënten of tbs-gestelden, en de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid op basis van de terughoudende lijn in de huidige rechtspraak reël is.<sup>298</sup>

Betoogd kan dus worden dat (ook) de belangen van het slachtoffer gediend worden met een (flexibel) systeem waarin én partiële aansprakelijkheid én hoofdelijke aansprakelijkheid tot de toedelingsmogelijkheden behoren. Immers, in de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft – de bezwaren minder opspelen en een gehele afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid dus minder reël is, althans eventuele bezwaren zijn ondervangen door art. 6:98 BW – wordt het hoofdelijkheidssysteem onverkort toegepast. In dat geval wordt het slachtoffer, net als in het huidige systeem, beschermd tegen het insolventierisico van de primaire partij. In de ‘risicogevoeren’ waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, wordt het slachtoffer met de mogelijkheid van het partiële systeem beschermd tegen een terughoudende toetsing van de secundaire aansprakelijkheid in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid. Uiteindelijk geldt immers dat ‘full compensation’ een nastrevenswaardig beginsel van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is, maar ‘proportionate responsibility’ evengoed,<sup>299</sup> zeker als het alternatief ‘no compensation’ is.<sup>300</sup>

Alhoewel een en ander nader empirisch onderzoek vergt, meen ik dat het hiervoor geschetste verband tussen het hoofdelijkheidssysteem en de rechterlijke terughoudendheid – op basis van de geanalyseerde rechtspraak en literatuur en in het licht van de geschetste bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden (paragraaf 3.2 en 3.3) – aannemelijk is.<sup>301</sup> Maar zelfs als niet aangenomen kan worden dat het slachtoffer daadwerkelijk en in alle gevallen bij het alternatief van partiële aansprakelijkheid gebaat is, kan wat mij betreft (tot slot) de vraag worden gesteld of het slachtoffergedachtegoed van het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem steeds dient te prevaleren boven het feit dat een dergelijke partiële toedeling (ook in Nederland) een antwoord kan bieden op de toenemende secundaire aansprakelijkheidsclaims en de bezwaren tegen de vestiging van een dergelijke aansprakelijkheid. Misschien kan (nog steeds) niet gezegd worden dat de in hoofdstuk 7 beschreven redenen die tot de Amerikaanse ‘tort reform’ aanleiding gaven – waarmee er verandering kwam in de klassieke wijze van schadetoedeling naar hoofdelijkheid –

298 Zoals hiervoor werd besproken in paragraaf 5.3.5.3.

299 Want, aldus de rechtvaardiging van proportionaliteitsdenken volgens Tjong Tjin Tai, ‘het gelijke moet gelijk behandeld worden, het ongelijke ongelijk’. Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 3.

300 Van Boom 1997, p. 142; Van Rossum 2005, p. 97. Vgl. ook Akkermans 1997, p. 109, die bij de bespreking van de mogelijkheid van kansschade (en dus in de context van causaliteitsonzekerheid), in dezelfde lijn opmerkt: ‘De alles-of-niets benadering laat de benadeelde dan mogelijk met lege handen staan, terwijl de waardering op geld van kansen in elk geval een vergoedbare schade oplevert.’

301 Zoals meer in het bijzonder al werd toegelicht in paragraaf 3.4 en paragraaf 5.3.2. Vgl. Verheij 2019, p. 91.



zich in vergelijkbare hevigheid in Nederland voordoen of hebben gedaan,<sup>302</sup> en zijn er bovendien ook andere verschillen tussen het Amerikaanse en Nederlandse recht aan te wijzen.<sup>303</sup> Maar dat er ook in het Nederlandse recht, op z'n zachtst gezegd, op een vergelijkbare wijze 'geworsteld' wordt met (toenemende) secundaire aansprakelijkheden en de omgangswijzen daarmee, is in mijn optiek in het onderhavige onderzoek wel duidelijk geworden. Bij die afweging wijs ik er voorts op, in de woorden van Van Boom en Barendrecht, dat het aansprakelijkheidsrecht niet alleen een middel is om leed met financiële tegemoetkomingen te verzachten, maar ook een gedragstoets gericht tot de (secundaire) dader.<sup>304</sup>

#### 5.4 DE VERHOUDING TUSSEN ART. 6:98 BW EN PARTIËLE AANSPRAKELIJKHEID

Tot slot: in het voorgaande kwam al aan de orde dat ik met de introductie van partiële aansprakelijkheid in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, nadrukkelijk niet ook bepleit dat art. 6:98 BW buiten toepassing dient te blijven. Partiële aansprakelijkheid in de toedelingsfase van het recht vormt daarentegen juist de noodzakelijke aanvulling op de toepassing van art. 6:98 BW in de voorafgaande omvangsfase (paragraaf 5.2), en vervangt dit leerstuk niet.<sup>305</sup> In die zin zijn de twee besproken 'alternatieve omgangswijzen' voor de terughoudende beoordeling van secundaire zorgplichten, geen losstaande mogelijkheden.<sup>306</sup> Over

302 Van Boom 1997, p. 151, alhoewel Van Boom toen al opmerkte dat 'een zekere vergelijkbaarheid niet kan worden ontkend: ook in Nederland zijn bepaalde aansprakelijkheidsrisico's niet langer verzekeraar of dreigen zulks te worden'. Zie ook Schirmeister 1996, p. 437-530; Schwartz, Kelly & Partlett 2015, p. 395.

303 Denk bijvoorbeeld aan het systeem van de 'punitive damages' in Amerika. Ik verwijs kortheids-halve naar Meurkens 2014, p. 102-124 ('It is not only high and sometimes excessive punitive damages awards that trouble the observer from outside the United States. The ordinary compensation awards US courts grant – in particular but not only in personal injury cases – tend to be rather high too as compared to European standards', p. 108). Zie over de verschillen tussen het Nederlandse en Amerikaanse recht ook Schirmeister 1996. Bovendien wijst Bauw 2015 op het feit dat '[d]e Amerikaanse claimpraktijk moet worden gezien tegen de achtergrond van de grote culturele, economische en sociale verschillen tussen Nederland (en Europa) en de VS. Zo beschikken de VS niet over een sociaal vangnet zoals wij dat in Nederland gewend zijn en is het geloof in de zelfregulerende markt (de "invisible hand" van Adam Smith) traditioneel erg groot.'

304 Van Boom & Barendrecht 2000, p. 48.

305 Ik lichtte al eerder in paragraaf 5.3.4.3 toe dat ik geen aansluiting zoek bij de toerekeningsfiguur van Di Bella 2016, p. 131-132 in de context van overheidsaansprakelijkheid. De redenen daarvoor waren kort gezegd dat met deze figuur (1) niet alleen partieel toegerekend wordt als de secundaire partij een beperkt verwijt treft, maar ook in de gevallen waarin de secundaire partij een grove normschending heeft begaan en (2) de door Di Bella bepleite toerekeningsfiguur art. 6:98 BW vervangt, waardoor er na de vestigingsfase niet twee, maar één fase (correctiemogelijkheid) bestaat. Dit is ook de reden dat ik over partieel *toedelen* spreek en Di Bella over gedeeltelijk *toerekenen*.

306 Met dien verstande dat partiële aansprakelijkheid (in tegenstelling tot art. 6:98 BW) alleen aan de orde is als de secundaire partij een beperkt verwijt treft. In de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft, kan art. 6:98 BW wel worden toegepast (gevolgd door een hoofdelijke toedeling in plaats van een partiële). Aan de huidige werking van art. 6:98 BW beoog ik dus niet te tornen. Bedacht dient uiteraard wel te worden dat, daar waar er sprake is van een grove zorgplichtschending, de gezichtspunten van art. 6:98 BW tot een snellere toerekening van



de precieze verhouding tussen art. 6:98 BW en partiële aansprakelijkheid merk ik in deze slotparagraaf nog het volgende op.

In paragraaf 5.2 en paragraaf 5.3 besprak ik al dat art. 6:98 BW een causaliteitsvraag beantwoordt (welke gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis kunnen nog aan de secundaire partij worden toegerekend?), terwijl de vraag of er partieel kan worden toegedeeld ziet op (a) de (feitelijke) aard van de aansprakelijkheid (secundair of niet) en (b) de mate van verwijtbaarheid (beperkt of niet). Bij toepassing van art. 6:98 BW zijn dan ook andere (meerdere) gezichtspunten relevant.<sup>307</sup> Bovendien selecteert art. 6:98 BW op schadepostniveau en is dit leerstuk óók van toepassing als de secundaire partij geen beperkt verwijt treft (vgl. de beschreven Alphen-kwestie). Art. 6:98 BW behoudt dus – zowel in de situatie waarin de secundaire partij wel een beperkt verwijt treft, als in de situatie waarin dat niet het geval is – zijn waarde.<sup>308</sup> Het voorgaande laat zich in de verschillende ‘fases’ van de secundaire aansprakelijkheidsbeoordeling als volgt illustreren.

Allereerst dient in de *vestigingsfase* de vraag beantwoord te worden of aan de voorwaarden voor secundaire aansprakelijkheid – (meestal) op grond van art. 6:162 BW – is voldaan. De precieze intensiteit van de voorzienbaarheid en de daarmee samenhangende verwijtbaarheid worden na de toetsing van de zorgplichtschending (de beoordeling van de *Kelderluik*-factoren) niet in het aansprakelijkheidsantwoord vertaald. Ook een beperkte mate van verwijtbaarheid leidt in de relatie tot de benadeelde dus tot de vestiging van de (volledige) aansprakelijkheid.

Om recht te doen aan het specifieke verwijt dat de secundaire partij treft, kunnen correcties op het ‘alles’ in de opvolgende fases van de aansprakelijkheidsbeoordeling nodig zijn.<sup>309</sup> Met deze correcties wordt beoogd de specifieke bezwaren tegen de toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid in het aansprakelijkheidsantwoord te verdisconteren, in plaats van dat deze bezwaren tot voorzichtigheid of terughoudendheid in de vestigingsfase (daarvoor) leiden.

---

de schadeposten aan de secundaire partij zullen leiden. De intensiteit van de zorgplichtschending zal dus bij toepassing van beide leerstukken een rol spelen.

307 In hoofdstuk 2, paragraaf 4.2.1 en in dit hoofdstuk in paragraaf 5.2.1 besprak ik al dat bij toepassing van art. 6:98 BW de deelregels van Brunner relevante gezichtspunten bieden. Bij de invulling van een ‘beperkt verwijt’ (de intensiteit van de zorgplichtschending) kan, zoals werd toegeelicht, aangesloten worden bij de (voorzienbaarheids)criteria van het *Kelderluik*-arrest. Alhoewel daartussen gedeeltelijk overlap kan bestaan, heeft art. 6:98 BW in elk geval op meer factoren betrekking dan alleen op de (intensiteit van de) verwijtbaarheid. Te denken valt bijvoorbeeld aan de aard van de schade (zoals letsel- of zaakschade) en de aard van de normschending (zoals verkeers- of veiligheidsnormen).

308 En ongeacht de toepassing van art. 6:98 BW daadwerkelijk tot een filter – het niet toerekenen van bepaalde schadeposten – heeft geleid.

309 Ik herhaal dat figuren als matiging (art. 6:109 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) en eigen schuld (art. 6:101 BW, maar ook in de context van art. 6:102 lid 2 BW) in dit onderzoek buiten beschouwing zijn gelaten. Zie paragraaf 3.3.3 en eerder hoofdstuk 2, paragraaf 4.1.

Art. 6:98 BW komt vervolgens in de *omvangsfase* van de secundaire aansprakelijkheid aan de orde, onafhankelijk van de vraag of de secundaire partij een beperkt verwijt treft of niet. Daarbij zal aan de hand van gezichtspunten (de deelregels van Brunner) beoordeeld worden welke schadeposten aan de secundaire partij toegerekend kunnen worden en welke niet. Een eerste correctie van het ongenueanceerde ‘alles’ is bij toepassing van art. 6:98 BW dus mogelijk.<sup>310</sup>

Zoals in paragraaf 5.2.2 is omschreven, kan toepassing van art. 6:98 BW er enkel toe leiden dat schadeposten in het geheel wel of niet aan de secundaire partij worden toegerekend. Toepassing van art. 6:98 BW leidt er niet toe dat de secundaire partij precies dát deel van de schadepost betaalt dat zij heeft veroorzaakt.<sup>311</sup> Deze behoefte zal echter wel (vaak) bestaan, nu er in de praktijk niet altijd verschillende schadeposten worden gevorderd, althans er veelal maar één of twee grote schadeposten zijn waar de procedure (het geschil) werkelijk om draait. Een tweede (aanvullende) correctie in de *toedelingsfase* is dus nodig en wenselijk, maar enkel in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft.<sup>312</sup> Deze (mogelijke) tweede correctie in de toedelingsfase bestaat er dan uit dat de secundaire partij precies dát deel van de aan haar toegerekende schadepost (0%-100%) vergoedt dat zij heeft veroorzaakt en voor het overige deel niet voor het insolventierisico van de primaire partij heeft in te staan.

Het overslaan van het ‘tweede deel’ van het causaliteitsvereiste (art. 6:98 BW) in de gevallen waarin er partieel toegedeeld wordt, is dus niet nodig en niet wenselijk. Juist het samenspel tussen art. 6:98 BW in de omvangsfase en een partieel systeem in de toedelingsfase kan het genuanceerde en daarmee bevredigende antwoord bieden op de vraag naar aansprakelijkheid in de complexe gevallen waarin

310 Zo illustreert de Alphen-kwestie (althans, de arresten in hoger beroep en cassatie). Zie paragraaf 5.2.1.

311 De schadepost kan zodoende in het geheel worden toegerekend, maar kan natuurlijk ook in het geheel van de vergoedingsplicht van de secundaire aansprakelijke partij worden uitgesloten. De deur gaat dan alsnog in de tweede fase, en wellicht te snel, dicht. In zoverre kan dus bovendien betoogd worden dat ‘het vooruitzicht’ op een partiële toedelingswijze benodigd is, omdat het – in gelijke zin als in dit onderzoek met betrekking tot de beoordeling van de secundaire zorgplicht in de vestigingsfase is beschreven – kan voorkomen dat de rechter art. 6:98 BW ‘te snel’ gebruikt om gehele (grote) schadeposten van de secundaire vergoedingsplicht uit te sluiten (en de terughoudendheid zich dan in feite van de vestigingsfase naar de omvangsfase verplaatst). Illustratief is in dat kader de uitspraak van het Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541 in de Alphen-kwestie, waarin (ook) volgens de Hoge Raad onvoldoende gemotiveerd werd waarom het hof zaak- en zuivere vermogensschade aan de hand van art. 6:98 BW buiten de reikwijdte van de secundaire aansprakelijkheid hield. Zie HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, r.o. 4.2.1-4.2.3 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Zie voor de onderbouwing van deze stelling – en de vraagtekens die geplaatst kunnen worden bij de uitsluiting van deze schadeposten van de secundaire aansprakelijkheid van de politie – eerder Maes 2018, p. 87. In gelijke zin Hulst 2018, p. 26.

312 Zoals is toegelicht in paragraaf 5.3.4.3. Ik herhaal dat het criterium van een ‘beperkt verwijt’ aan de partiële toedeling van de schade aan de politie in de Alphen-kwestie in de weg staat, om de redenen zoals genoemd zijn in die paragraaf. In paragraaf 5.3.5.3 besprak ik bovendien voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak die wel voor partiële toedeling in aanmerking komen.

de secundaire partij een beperkt verwijt treft, zonder dat dit tot een categorische afwijzing of een principieel terughoudende beoordeling van de zorgplicht behoeft te leiden. In de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft, zal partiële aansprakelijkheid geen toepassing vinden. Alhoewel de (rechterlijke) behoefte tot terughoudendheid dan minder snel zal opspelen, kan – als er desondanks bezwaren bestaan om de volledige schade ten laste van de secundaire partij te brengen – art. 6:98 BW uitkomst bieden, zo illustreerde ik aan de hand van de Alphen-kwestie in paragraaf 5.2.1.

## 6 CONCLUSIE

Het aansprakelijkheidsrecht leerde ons al eerder: ‘Wat in Amerika gebeurt, blijft daar niet’.<sup>313</sup> De hoop is dat dit met betrekking tot het partiële toedelingssysteem ook blijkt te kloppen.

Mijn conclusie is immers dat de bezwaren tegen (toenemende) secundaire aansprakelijkheden in het door mij bepleite partiële systeem op een nauwkeurige wijze vertaald kunnen worden in de begroting van het veroorzakingsaandeel waarvoor de secundaire partij aansprakelijk is. De secundaire partij zal daardoor niet meer schade vergoeden dan het haar te maken (beperkte) verwijt – haar aandeel in de schade – kan rechtvaardigen. Daarnaast zal in een partieel systeem geen of minder rechterlijke behoefte tot terughoudendheid bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht bestaan, hetgeen (juist) ook de belangen van het slachtoffer kan dienen. Door partiële aansprakelijkheid bovendien in enkel die gevallen toe te passen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, wordt een gulden middenweg bereikt. Met een partieel systeem náást het thans bestaande hoofdelijkheids-systeem wordt immers tegemoetgekomen aan de specifieke bezwaren die in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure opspelen, zónder de secundaire partij ten onrechte te ontzien of het slachtoffer ten onrechte te benadelen.

De invulling van de voorwaarden voor partiële aansprakelijkheid dient in de rechtspraktijk uitgekristalliseerd te worden, waarbij de *Kelderluik*-criteria dienstig zullen zijn en de rechterlijke motivering cruciaal is. Daarbij dient bedacht te worden dat de ‘openheid’ die in de norm van een beperkt verwijt besloten ligt, de rechter de mogelijkheid biedt om maatwerk te verrichten. De onoverkomelijke (rechts)onzekerheid van de rechterlijke invulling van deze open norm stond eerder niet in de weg aan de werkbaarheid van open normen ten behoeve van proportionaliteitsverdelingen én wenselijke afwijkingen van het geldende recht. Dat zal bij partiële aansprakelijkheid niet anders (hoeven) zijn. Bovendien bleek dat een voorwaardelijke incorporatie van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse recht niet alleen wenselijk is, maar ook (i) past bij een rechtsontwikkeling van meer proportioneel denken en (ii) systematisch inpasbaar is.

313 Giesen 2014, p. 109, welke ‘wijsheid’ hij ontleent aan Meurkens 2014. Zie over de invloed van het Amerikaanse recht op het Nederlandse recht eerder hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.3.

Concluderend geldt dat de complexe rechtsfiguur van de secundaire aansprakelijkheid met de incorporatie van een partieel toedelingsstelsel in het Nederlandse recht beter beheersbaar wordt, waardoor ook de geschetste angsten dat het hek met toewijzing van dergelijke aansprakelijkheden van de dam zou zijn, althans de geest uit de fles zou raken, grotendeels weggenomen zullen worden. De 'Amerikaanse toestanden' zijn wat de partiële toedelingsmogelijkheden betreft dus zo gek nog niet.

Tot slot merk ik op dat, los van de gewenste omgangswijzen met secundaire aansprakelijkheden, het vergoeden van de schade door de secundaire partij natuurlijk geen doel op zich is. Er hoeft niet telkens iemand te boeten en niet alle onheil is afwendbaar. Soms is er gewoon sprake van 'pech'. Daarom is het in mijn optiek belangrijk een flexibele, maar wel een zo zuiver mogelijke beoordeling van de (bezwaren tegen) secundaire aansprakelijkheid aan te leggen. Een principieel terughoudende beoordeling van secundaire zorgplichten is daarbij onwenselijk, en heroverweging van het huidige hoofdelijkheidssysteem noodzakelijk.

# SAMENVATTING

## HET ONDERWERP EN DOEL VAN HET ONDERZOEK

De afgelopen jaren zijn diverse aansprakelijkheidsprocedures de revue gepasseerd, waarin het slachtoffer niet de primaire (eigenlijke) schadeveroorzaker, maar in plaats daarvan de zogenoemde secundair verantwoordelijke partij aansprakelijk hield voor het intreden van de schade. Zo'n 'secundaire partij' wordt in essentie steeds verweten het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij niet voorkomen te hebben.

In de literatuur wordt een toenemende belangstelling voor secundaire aansprakelijkheden geconstateerd. Het gaat hier om een tendens waarbij steeds verder verwijderde (secundaire) partijen worden aangesproken tot vergoeding van schade die door een ander is veroorzaakt. Secundaire aansprakelijkheid lonkt met name als die ander – de primaire partij – insolvent of onvindbaar is. In de literatuur wordt echter ook een terughoudendheid bij de beoordeling van secundaire aansprakelijkheden geconstateerd. Deze terughoudendheid lijkt zich te vertalen in een restrictieve toets van de zorgplicht in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheid.

Deze twee constatering roepen vragen op over de rekbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht en over de reikwijdte van de 'secundaire zorgplicht' in het bijzonder. In dit rechtsvergelijkende onderzoek is de reikwijdte van de Nederlandse civielrechtelijke, secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten onderzocht, waarbij ook acht is geslagen op de omgangswijzen met secundaire aansprakelijkheden in het Amerikaanse recht. Beoogd is om zodoende de volgende onderzoeksvraag te beantwoorden:

'Wat is de feitelijke en wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht van de beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg in het Nederlandse recht en hoe kan die wenselijke reikwijdte zo goed mogelijk worden vormgegeven?'

Het onderzoek is ‘uitgesplitst’ in de volgende deelvragen:

- (I) Wat is de feitelijke (*huidige*) reikwijdte van de secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg?
- (II) Wat is de *wenselijke* reikwijdte van de secundaire zorgplicht van beheerders van private ruimten in de sectoren educatie, recreatie en zorg?

In het verlengde van de tweede deelvraag, is bovendien een antwoord gegeven op de volgende vraag:

- (III) Zijn er alternatieve omgangswijzen of instrumenten waarmee de bezwaren tegen (de volledige) toewijzing van secundaire aansprakelijkheden op een genuanceerde wijze in het Nederlandse recht verdisconteerd kunnen worden?

In het onderzoek zijn concreet betrokken de secundaire zorgplicht van de beheerders van (1) scholen (educatie), (2) sportverenigingen (recreatie), (3) opvang- en zorginstellingen (zorg) en (4) overige private ruimten (educatie, recreatie en zorg). Bij deze laatste categorie is onderscheid gemaakt tussen (4a) winkels en winkelcentra, (4b) horeca- en verblijfsgelegenheden en (4c) overige spel- en recreatieruimten. De belangrijkste conclusies met betrekking tot de bovengenoemde onderzoeksvragen worden in het navolgende samenvattend weergegeven.

## (I) DE HUIDIGE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT

### INLEIDING

Een relevant oordeel over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht – hoe streng of juist mild wordt deze zorgplicht in de rechtspraak getoetst? – vergt een vertrekpunt of ijkpunt om de secundaire zorgplicht tegen ‘af te zetten’. Een uitspraak over de toepassing van een zorgplicht krijgt immers pas waarde en context als aangegeven kan worden hoe deze zorgplicht zich *ten opzichte* van een andere zorgplicht verhoudt. Voor de vaststelling van de huidige reikwijdte van de secundaire zorgplicht in de Nederlandse rechtspraak is in dit onderzoek een tweetal referentie- of toetsingskaders aangelegd. Het betreft (i) de primaire zorgplicht van de Nederlandse private ruimten (per sector) en (ii) de secundaire zorgplicht van de Amerikaanse private ruimten.

### DE BELANGRIJKSTE SECTORVERGELIJKENDE CONCLUSIES

In de slotparagrafen van de hoofdstukken 3 t/m 6 werden de belangrijkste conclusies op sectorniveau en per individuele ruimte besproken. De belangrijkste ‘sectorvergelijkende’ of ‘sectoroverstijgende’ onderzoeksresultaten laten zich als volgt samenvatten.

- I. Alhoewel de beschikbare empirische onderzoeken een wisselend beeld laten zien per ruimte, is de algemene tendens dat er voor wat betreft de veiligheid(sbeleving) in en rondom de private ruimten (flink) terrein te winnen valt. Uit deze onderzoeken spreekt bovendien de brede maatschappelijke relevantie van secundaire zorgplichten.
- II. Uit de beschikbare rechtspraak blijkt dat er op de uiteenlopende terreinen van de sectoren educatie, recreatie en zorg geregeld secundaire partijen in rechte worden betrokken. De grote hoeveelheid rechtspraak bevestigt ook de in de literatuur geconstateerde (toenemende) belangstelling voor secundaire aansprakelijkheden.
- III. Secundaire aansprakelijkheidskwesities zijn (bij uitstek) sterk casuïstisch. De beoordeling van de secundaire zorgplicht wordt gekenmerkt door sterk door de feiten en omstandigheden gestuurde afwegingen, afhankelijk van het soort ruimte en de daarin ontplooiende (kern)activiteit. Het is daarom niet steeds mogelijk een rode draad te destilleren of overkoepelende conclusies te trekken over de reikwijdte van de verschillende secundaire zorgplichten.
- IV. De voorzienbaarheid van de schade speelt een sleutelrol bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht van de private ruimten. Andere (op de *Kelderluik*-factoren terug te voeren) omstandigheden kunnen een serieuze bijrol spelen bij de beantwoording van de vraag of er een secundaire zorgplicht is geschonden.
- V. Ook in de uitspraken waarin door de rechter de professionele beroepsnorm voorop wordt gesteld, komt de beoordeling van de secundaire zorgplicht in feite neer op een afweging van de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest. Onvoldoende valt dus uit de rechtspraak af te leiden dat het aangelegde toetsingskader van ofwel de beroepsnorm, ofwel de algemene zorgvuldigheidsnorm, consequenties heeft voor de uitkomst van de secundaire zorgplichttoets.
- VI. In overheidswetgeving en in zelfregulering neergelegde normen of afspraken kunnen een belangrijke rol spelen bij de inkleuring van de secundaire zorgplicht, met name bij de meer branchegerelateerde ruimten. Het opstellen van 'intern beleid' komt enerzijds tegemoet aan de secundaire zorgplicht en daarmee samenhangende verantwoordelijkheden, maar kan anderzijds juist ook de (nieuwe) verplichting tot de handhaving ervan in het leven roepen (en de secundaire partij zodoende worden 'tegenegeworpen').
- VII. In het algemeen lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de secundaire zorgplicht van de private ruimten terughoudender wordt beoordeeld dan de primaire zorgplicht van dezelfde ruimten. In zoverre wordt ook deze in de literatuur geconstateerde tendens bevestigd. Wel lijkt de secundaire zorgplicht van opvang- en zorginstellingen ten opzichte van haar primaire



zorgplicht relatief gezien minder terughoudend beoordeeld te worden dan de secundaire zorgplicht van de andere private ruimten. Deze verschillen zijn mogelijk te herleiden tot de bijzondere kenmerken die aan de secundaire zorgplicht van de verschillende private ruimten zijn verbonden.

- VIII. De principieel terughoudende beoordeling van secundaire zorgplichten in de rechtspraak kan meer in het bijzonder haar uitwerking vinden in het opwerpen van (onrealistisch) hoge voorzienbaarheidsdrempels voor de aanvaarding van secundaire aansprakelijkheid, dan wel in het vereiste dat zeer concrete wet- of regelgeving moet bestaan waarin het specifieke handelen van de secundaire partij is gereguleerd of gesanctioneerd.
- IX. De precieze (achterliggende) oorzaak van de terughoudendheid bij de beoordeling van secundaire zorgplichten valt niet steeds expliciet uit de besproken rechtspraak af te leiden. De 'angst voor een uitdijend aansprakelijkheidsrecht' – het verliezen van de grip op secundaire aansprakelijkheden – kan een reden voor deze terughoudendheid zijn.
- X. Uit de onderzoeksresultaten volgt het belang voor de betrokken partijen om in de procedure te anticiperen op de kenmerken van de secundaire zorgplicht en de mogelijke behoefte bij de rechter om terughoudendheid te betrachten bij de beoordeling daarvan. De noodzaak om (het verweer tegen) de schending van de secundaire zorgplicht in de procedure goed en gedetailleerd te onderbouwen, met oog voor de (on)voorzienbaarheid van het door de primaire partij vertoonde gedrag, is dus groot.

#### DE BELANGRIJKSTE RECHTSVERGELIJKENDE CONCLUSIES

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek (hoofdstuk 7) blijkt dat de reikwijdte van 'de Amerikaanse secundaire zorgplicht' in gelijke zin begrensd is als 'de Nederlandse secundaire zorgplicht'. Ook het Amerikaanse recht zoekt immers naar een reden of rechtvaardiging voor het aannemen van een rechtsplicht tot handelen, inhoudende het voorkomen van schadeveroorzakend gedrag van een derde. In beide rechtssystemen rust er dus niet zonder meer een daartoe strekkende proactieve plicht tot handelen ('affirmative duty') op de secundaire partij.

Daarnaast zijn de voorwaarden die in de Nederlandse en de Amerikaanse rechtssystemen worden gesteld om (wel) secundaire aansprakelijkheid aan te nemen, op hoofdlijnen vergelijkbaar. Meer in het bijzonder zij gewezen op de vergelijkbare vereisten van de Nederlandse onrechtmatige daad en de Amerikaanse 'negligent act'. Ook de criteria die in de Amerikaanse rechtspraak worden gehanteerd ter invulling of ter beoordeling van de vraag of de secundaire zorgplicht is geschonden, vertonen veel overeenkomsten met het Nederlandse recht. Het gaat hier met name om de gezichtspunten zoals deze in Nederland zijn neergelegd in het *Kelderluik*-arrest. Daarbij speelt de voorzienbaarheid van de schade bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht in beide rechtssystemen een sleutelrol.

De alomvattende conclusie van de rechtsvergelijking op systematisch niveau is dus dat de voorwaarden voor de vestiging van de Nederlandse en de Amerikaanse secundaire aansprakelijkheid, evenals de criteria voor de rechterlijke inkleuring van de secundaire zorgplicht, grote gelijkenissen vertonen. In zoverre – in elk geval voor wat betreft die theoretische kaders – is de reikwijdte van de Nederlandse en de Amerikaanse secundaire zorgplicht vergelijkbaar.

Uit de rechtsvergelijking blijkt echter ook dat de Nederlandse en de Amerikaanse juridische kaders voor aansprakelijkheid kunnen afwijken in 'de toedelingsfase' van het aansprakelijkheidsrecht. Naar Nederlands recht geldt dat, als de primaire en de secundaire partij aansprakelijk zijn voor 'dezelfde schade', zij op grond van art. 6:102 lid 1 BW tot vergoeding van die schade hoofdelijk zijn verbonden. Het Amerikaanse recht kent daarentegen verschillende wijzen van toedeling van de schadelast in het geval de schade is veroorzaakt door meerdere partijen. Zo kent het Amerikaanse recht ook een alternatief voor hoofdelijke aansprakelijkheid ('joint and several liability'), in de vorm van wat wel 'several liability' of 'proportionate liability' – kort gezegd: een verdeling naar het veroorzakingsaandeel – wordt genoemd. In een dergelijk systeem is elke partij (primair/secundair) aansprakelijk voor dát deel van de schade dat een weerspiegeling vormt van haar aandeel in de veroorzaking van de totale schade. Het slachtoffer mag de aansprakelijke partij dus slechts aanspreken voor het deel van de schade dat de (secundaire) partij heeft veroorzaakt, en zal zich voor het verhaal van het overige deel moeten richten tot de andere aansprakelijke partij(en).

Het risico op een insolvente primaire partij kan door deze verschillende systemen in de beide rechtsstelsels door een andere actor worden gedragen (door de secundaire partij, dan wel door het slachtoffer). Dat betekent dat de daadwerkelijke consequenties van de secundaire aansprakelijkheid – wie draagt de feitelijke schadelast? – in beide rechtsstelsels sterk uiteen kunnen lopen. Voor zover de Amerikaanse rechter de rechtsfiguur van de 'several liability' toepast, kan, in termen van effectieve schadelast, de Nederlandse secundaire zorgplicht dus verder reiken dan de Amerikaanse.

## **(II) DE WENSELIJKE REIKWIJDTE VAN DE SECUNDAIRE ZORGPLICHT**

### BEZWAREN TEGEN SECUNDAIRE AANSPRAKELIJKHEDEN

#### *Inleiding*

Bij de beantwoording van de vraag naar de wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht is acht geslagen op de bezwaren die tegen een (ruime) aanvaarding van secundaire zorgplichten en aansprakelijkheden in het Nederlandse recht pleiten. Deze in de literatuur genoemde bezwaren dienen bovendien als mogelijke verklaring voor de geconstateerde terughoudendheid in de rechtspraak bij de beoordeling van secundaire zorgplichten.

*De voorzienbaarheidsproblematiek*

De secundaire zorgplicht vertoont bepaalde kenmerken die aan haar secundaire aard inherent zijn en haar onderscheiden van de primaire zorgplicht. Het gaat hier in essentie om het feit dat de secundaire partij heeft te kampen met, en moet anticiperen op, schadeveroorzakend gedrag van een ander (de primaire partij). Secundaire zorgplichten bestaan dus bij een gratie van onzekerheid: de belangen van de derde (A) zullen door de secundaire partij (C) in de regel niet vooraf concreet gekend (voorzien) kunnen worden, aangezien de schending van die belangen per definitie afhankelijk is van het niet (altijd of precies) voorspelbare en gekende handelen van de primaire partij (B). Deze kenmerken hebben tot in de kern teruggebracht tot gevolg dat in secundaire zorgplichten veelal een gebrekkige voorzienbaarheid van de uiteindelijke (door de primaire partij veroorzaakte) schade besloten ligt.

*Andere bezwaren*

De aan secundaire aansprakelijkheden 'verbonden' voorzienbaarheidsproblemen vormen een voedingsbodemp voor andere bezwaren, althans deze andere bezwaren zijn daar in bepaalde mate toe te herleiden. Gewezen zij allereerst op de zogenoemde 'morele bezwaren' tegen secundaire aansprakelijkheid. De secundaire partij is immers niet de (meest) directe veroorzaker van de schade (zij heeft de trekker niet overgehaald), maar wordt wel aansprakelijk gehouden vanwege (het niet voorkomen van) het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij (die de trekker dus wel overhaalde). De vervolgens rijzende bezwaren komen hierop neer dat de rekening dan ten onrechte terecht zou komen bij de secundaire partij, als hooguit zijdelingse laedens, in plaats van bij de primaire (eigenlijke) schadeveroorzaker.

Deze bezwaren klemmen temeer daar waar (of worden gevoed door het feit dat) het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem tot gevolg heeft dat de secundaire partij voor de volledige schade aangesproken kan worden en vervolgens voor het vaak aanwezige risico op een insolvente primaire partij heeft in te staan. Het in art. 6:102 BW neergelegde hoofdelijkheidssysteem bepaalt immers dat als de primaire en de secundaire partij voor dezelfde schade aansprakelijk zijn, zij tegenover de benadeelde tot de vergoeding daarvan hoofdelijk zijn verbonden. De benadeelde kan ieder van hen dus voor de gehele schade aanspreken, en niet slechts voor het door elke partij specifiek veroorzaakte gedeelte daarvan. De relatieve ernst van de fouten van de primaire en de secundaire partij speelt pas een rol in hun onderlinge regresverhouding. Voor de secundaire partij is dit regresrecht echter in feite een lege huls als de primaire partij insolvent of onvindbaar is. Een secundaire partij dient naar het Nederlandse recht dus de gehele schadelast te dragen als de primaire schadeveroorzaker geen verhaal biedt, hoe beperkt haar aandeel in de schade misschien ook was.

Een ander bezwaar tegen secundaire aansprakelijkheden is gelegen in de 'angst voor een uitdijend aansprakelijkheidsrecht', oftewel het verliezen van de grip op

(steeds meer) secundaire aansprakelijkheden. Het gaat hier om de vrees voor een claimcultuur. Zo zou met een ruime reikwijdte van de secundaire aansprakelijkheid het 'hek van de dam' zijn. Als de rechter (te snel of te vaak) tot de aanvaarding van secundaire zorgplichten overgaat, zouden we af kunnen stevenen op een onhoudbaar aantal claims jegens secundaire partijen, is dan de gedachte. Het schrikbeeld kan in dit verband worden geboden door de Amerikaanse 'tort insurance crisis'. Deze crisis kenmerkte zich door een dramatische verhoging van de premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen, waardoor voor bepaalde aansprakelijkheidsrisico's geen adequate en betaalbare verzekeringen meer werden aangeboden en polissen werden opgezegd. Een belangrijke oorzaak van deze crisis was gelegen in het feit dat benadeelde partijen hun toevlucht steeds meer zochten bij (wel) solvante secundaire partijen, en dat het (toen nog uitsluitend) geldende Amerikaanse hoofdelijkheidssysteem meebracht dat deze partijen meer schade moesten vergoeden dan waarvoor zij in feite verantwoordelijk waren. In de daaropvolgende 'tort reform' werd, als reactie daarop, in veel staten aansluiting gezocht bij een verdeling naar meer proportionele wijzen van aansprakelijkheid.

Tot slot worden er ook vraagtekens geplaatst bij het preventieve effect dat de secundaire zorgplicht genereert. De preventiedoelstelling veronderstelt immers dat een partij op de hoogte is van de norm die moet worden nageleefd, terwijl het aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van potentiële secundaire partijen juist relatief slecht aangeeft hoe zij zich moeten gedragen om schade – veroorzaakt door een ander – te voorkomen.

#### *De botte bijl van de vestigingsfase*

Deze bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden kunnen niet op een genuanceerde manier in de zorgplichttoets in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid worden verdisconteerd, nu deze zorgplichttoets tot een 'alles-of-niets'-antwoord leidt. De precieze intensiteit van het verwijt en de daarmee samenhangende voorzienbaarheid worden na de toetsing van de zorgplichtschending (de beoordeling aan de hand van de *Kelderluik*-factoren) dus niet in het antwoord op de secundaire aansprakelijkheidsvraag vertaald: ook een *beperkte* mate van verwijtbaarheid leidt in de relatie tot de benadeelde tot de vestiging van de *volledige* aansprakelijkheid.

Het in potentie verstrekkende gevolg van de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid – het dragen van de volledige schadelast – wordt voor wat betreft de feitelijke schadelast in de regresrelatie met de veelal insolvente primaire partij niet naar het specifieke veroorzakingsaandeel gecorrigeerd. Dat de secundaire partij zich in de regel met insolvente primaire partijen geconfronteerd zal zien, is goed verklaarbaar. De insolventie van de primaire partij en de solventie van de secundaire partij zal voor de eisende partij in de regel nu juist de aanleiding of in elk geval een belangrijke reden zijn geweest om de meer complexe secundaire aansprakelijkheidsdiscussie te starten. De consequentie van het hoofdelijkheidssysteem is dus niet zelden dat de solvante secundaire partij heeft in te staan voor de insolvente primaire partij en dus, ondanks het beperkte verwijt dat de secundaire

partij kan treffen, de gehele schadelast dient te dragen. Het vestigen van de aansprakelijkheid kan voor een secundaire partij zodoende tot grote, en misschien wel tot onbillijke gevolgen leiden.

De geschetste bezwaren tegen de toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid, meer in het bijzonder de in potentie verstrekkende (schadelast)gevolgen voor de secundaire partij, kunnen in de rechtspraak tot de behoefte aan terughoudendheid (voorzichtigheid) bij de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid leiden. Ook abstraherend van de daadwerkelijke omgangswijze in de Nederlandse rechtspraak, kan de vraag worden gesteld of een terughoudende beoordeling van de secundaire zorgplicht – in het licht van de (valide) bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid – terecht is, althans of een dergelijke (principiële) voorzichtigheid gewenst is.

#### PRINCIPIEEL TERUGHOUDENDE BEOORDELING SECUNDAIRE AANSPRAKELIJKHEDEN?

Een categorische afwijzing of principiële terughoudende beoordeling of toetsing van de secundaire zorgplicht, louter vanwege de hoedanigheid van de aangesproken partij (een secundaire), is naar mijn mening niet te verenigen met de regels van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Zo gaat het in secundaire aansprakelijkheidsprocedures steeds om zelfstandig te maken verwijten aan het adres van de secundaire partij. Een verschil in intensiteit bij de beoordeling van de primaire en de secundaire zorgplicht is in mijn optiek niet te rechtvaardigen: geen van de te toetsen criteria bij de vaststelling van de onrechtmatigheid of tekortkoming is immers of er al dan niet nog een andere (primaire) partij ook of zelfs méér aansprakelijk te houden is. Het gevoel dat ‘vooral de primaire partij moet bloeden’, vindt dus geen weerklank in het geldende recht.

In de tweede plaats en in het verlengde hiervan, biedt het Nederlandse hoofdelijkheidsregime benadeelden de ruimte om de primaire partij links te laten liggen en zich in hun verhaal (uitsluitend) te concentreren op de secundaire partij. Het hoofdelijkheidsregime heeft tot gevolg dat de benadeelde één van de twee aansprakelijke partijen naar keuze tot betaling van de door hem geleden schade kan aanspreken. Door (de ernst van) het verwijt dat de primaire partij treft een rol bij de beoordeling van de secundaire zorgplichtschending te laten spelen (en de secundaire partij vanwege het grotere veroorzakingsaandeel van de primaire partij te ontzien), wordt de keuzevrijheid van het slachtoffer – en daarmee het systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid – ten onrechte omzeild. Het resultaat van het hoofdelijkheidssysteem is immers juist dat de relatieve ernst van de fouten van de primaire en de secundaire partij pas een rol zou mogen spelen in hun onderlinge regresverhouding, en dus niet óók al verdisconteerd kan worden in een (strengere of restrictievere) toetsing van de zorgplichtschending van de secundaire partij ten opzichte van de benadeelde.

Onafhankelijk van het – mijns inziens ontkennende – antwoord op de vraag of het huidige aansprakelijkheidsrecht een dergelijke terughoudende beoordeling of categorische afwijzing van secundaire zorgplichten toelaat, kan ook de vraag wor-

den opgeworpen in hoeverre het wenselijk is om reeds in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid de spreekwoordelijke deur (relatief sneller) dicht te gooien en de secundaire partij zodoende (relatief sneller) aan haar aansprakelijkheid (verantwoordelijkheid) te laten 'ontsnappen'. De secundaire partij kan immers, en geheel los van de zorgplichtschending van de primaire partij, het verwijt worden gemaakt dat zij onvoldoende toezicht heeft gehouden of onvoldoende voorzorgsmaatregelen heeft getroffen en dat dáárhoor de primaire partij schadeveroorzakend heeft kunnen handelen. Gezien het zelfstandige karakter van het verwijt dat de secundaire partij treft, is het dus ook moreel gezien niet gerechtvaardigd de secundaire partij categorisch uit de wind te houden.

Deze conclusies leiden tot de gevolgtrekking dat de rechter bij de beoordeling van de secundaire zorgplicht geen onrealistisch hoge voorzienbaarheidseisen dient op te werpen. Een bepaalde mate van onvoorzienbaarheid van de door de primaire partij veroorzaakte schade ligt, zo werd hiervoor al bij de bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden beschreven, in de aard van de secundaire zorgplicht besloten. Afwijzing van deze aansprakelijkheid op basis van onrealistische voorzienbaarheidseisen is daarom in feite een afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid *an sich*, in plaats van dat die voorzienbaarheid als argument fungeert dat in een specifiek voorliggend geval de afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid kan rechtvaardigen.

#### TUSSENCONCLUSIE

De secundaire zorgplichttoets biedt geen bevredigende uitkomst in die gevallen waarin de geschetste bezwaren aan de volledige toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid ('alles') in de weg staan, terwijl een volledige afwijzing ('niets') ook onwenselijk is. 'Alles-of-niets' doet dan dus geen recht aan het specifieke verwijt dat de secundaire partij treft. Een genuanceerder aansprakelijkheidsantwoord op de veelal complexe secundaire aansprakelijkheidsvragen is daarom geboden.

### **(III) ALTERNATIEVE OMGANGSWIJZEN MET SECUNDAIRE ZORGPLICHTEN**

#### INLEIDING

Er zijn enkele mogelijkheden om tegemoet te komen aan de bezwaren die tegen (gehele) toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid pleiten, zonder de secundaire zorgplicht in de vestigingsfase principieel terughoudend te toetsen. Het gaat hier om de toepassing van instrumenten binnen én buiten het thans geldende Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, waarmee de geconstateerde bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden op een genuanceerde en representatieve wijze in de feitelijke schadelast van de secundaire partij verdisconteerd kunnen worden.

## DE REDELIJKE TOEREKENING (ART. 6:98 BW) IN DE OMVANGSFASE

Het 'alles' waartoe de secundaire partij in de vestigingsfase veroordeeld wordt, kan in de eerste plaats met toepassing van de leer van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW in de omvangsfase gecorrigeerd worden. De secundaire partij wordt op grond van dit artikel immers enkel veroordeeld tot betaling van die schadeposten die in redelijkheid aan haar zijn toe te rekenen en die een voorzienbaar gevolg van haar normschending zijn. De (voorzienbaarheids)bezwaren kunnen er via het huidige art. 6:98 BW dus toe leiden dat bepaalde schadeposten buiten de schadevergoedingsplicht van de secundaire partij worden gehouden, zónder dat de secundaire aansprakelijkheid in haar geheel in de vestigingsfase behoeft te worden afgewezen. Betoogd kan worden dat in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad een accentverschuiving waarneembaar is van (een terughoudendheid in) de vestigingsfase naar regulering van de secundaire aansprakelijkheid in de omvangsfase door middel van art. 6:98 BW.

De genoemde accentverschuiving naar art. 6:98 BW, als alternatief voor een principiële terughoudendheid in de vestigingsfase, is voor secundaire aansprakelijkheidskwesties een goede (maar) eerste stap. De vraag is namelijk of de toepassing van dit artikel voldoende tegemoetkomt aan de bezwaren die tegen de toewijzing van secundaire aansprakelijkheden pleiten, meer in het bijzonder als de secundaire partij (bijvoorbeeld vanwege de gebrekkige voorzienbaarheid van de schade) een beperkt verwijt treft. Bij de beantwoording van die vraag dient bedacht te worden dat toepassing van art. 6:98 BW leidt tot toerekening van de respectieve schadeposten *in het geheel* (of niet) en niet tot toerekening van een bepaald gedeelte ervan. Binnen de toegerekende schadepost(en) kan immers niet gedifferentieerd worden. De intensiteit van het secundaire verwijt of de voorzienbaarheid van de schade kan er bij toepassing van art. 6:98 BW dus niet toe leiden dat de secundaire partij precies dát deel van de schade dient te vergoeden dat zij heeft veroorzaakt.

De uitkomst na toepassing van art. 6:98 BW in de omvangsfase ('schadepost A wel, schadepost B niet') is dus een beter antwoord dan het ongenueanceerde 'alles-of-niets'-antwoord in de vestigingsfase van het aansprakelijkheidsrecht, althans het corrigeert dat 'alles'-antwoord in zekere zin. Het resulteert echter niet in een nauwkeurige en representatieve vertaling van de schadelast naar een veroorzakingspercentage in termen van 0% tot 100%. Die behoefte kan wel bestaan in de veelvoorkomende gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft en er slechts één of enkele grote schadeposten worden gevorderd, althans er maar één of twee grote schadeposten zijn waar de procedure (het geschil) werkelijk om draait. Deze (grote) schadepost komt na toerekening vervolgens alsnog geheel voor rekening van de secundaire partij als de primaire partij insolvent is. Om op een meer representatieve en genuanceerde wijze dan alleen op schadepostniveau te kunnen toedelen in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, wordt in het navolgende partiële aansprakelijkheid als alternatieve rechtsfiguur voor het hoofdelijkheidssysteem geïntroduceerd.



## PARTIËLE AANSPRAKELIJKHEID

*Introductie partieel systeem*

In het onderzoek is, geïnspireerd op de Amerikaanse rechtsfiguur van de 'several liability', een partieel systeem ontwikkeld en bepleit. In een dergelijk systeem is elke partij (primair/secundair) aansprakelijk voor dát deel van de schade dat een weerspiegeling vormt van haar aandeel in de veroorzaking van de totale schade (het 'veroorzakingsaandeel'), in plaats van dat partijen samen hoofdelijk tot vergoeding van de gehele schade gehouden zijn. Het gevolg daarvan is dat de schadelast niet in het geheel op de secundaire partij komt te rusten als de primaire partij insolvent of onvindbaar is.

De partiële aansprakelijkheid vervangt het hoofdelijkheidssysteem niet in alle gevallen. In dit onderzoek is betoogd dat een partieel systeem *naast* het huidige hoofdelijkheidssysteem in het Nederlandse recht het genuanceerde antwoord biedt waar de complexiteit van de secundaire aansprakelijkheid om vraagt. De toepassing van partiële aansprakelijkheid wordt meer in het bijzonder bepleit in de gevallen waarin de secundaire partij *een beperkt verwijt* treft. Het gaat dus in feite om een uitzondering op het bestaande hoofdelijkheidssysteem. Benadrukt zij dat met de introductie van partiële aansprakelijkheid in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, nadrukkelijk niet ook bepleit wordt dat art. 6:98 BW buiten toepassing moet blijven. Partiële aansprakelijkheid in de toedelingsfase van het recht vormt daarentegen juist de noodzakelijke aanvulling op de (huidige) toepassing van art. 6:98 BW in de voorafgaande omvangsfase, en vervangt dit leerstuk niet.

*De toegevoegde waarde van een partieel systeem*

De belangrijkste reden voor de introductie van de (variant op de Amerikaanse) partiële aansprakelijkheid in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, is daarin gelegen dat de geconstateerde bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid op die manier op een nauwkeurige wijze vertaald kunnen worden in de toedeling van de feitelijke schadelast van de secundaire partij. In de begroting van het veroorzakingsaandeel waarvoor de secundaire partij uiteindelijk verantwoordelijk draagt, kunnen alle relevante omstandigheden (zoals de gebrekkige voorzienbaarheid van de schade) worden meegenomen. Op deze wijze kan in de toedelingsfase in de relatie tussen de secundaire partij en de benadeelde een genuanceerder en representatiever aansprakelijkheidsantwoord worden gegeven (0% tot 100%) dan dat in de vestigingsfase (0% of 100%) of met toepassing van art. 6:98 BW in de omvangsfase (schadepost A of schadepost B) kan. Kortom, en daarin ligt de essentie: met een partieel systeem kan (wel) recht worden gedaan aan de specifieke bezwaren die enerzijds tegen volledige toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid ('alles') bestaan en aan de argumenten die anderzijds tegen een terughoudendheid of afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid ('niets') pleiten.

Bovendien zal in een partieel systeem geen of minder noodzaak meer bestaan om de secundaire zorgplicht principieel terughoudend te toetsen. Het in potentie verstrekkende gevolg van de vestiging van een secundaire aansprakelijkheid – het dragen van de volledige schadelast – kan in de toedelingsfase immers worden ondervangen door de feitelijke schadelast te corrigeren naar het specifieke veroorzakingsaandeel van de secundaire partij. De secundaire partij die een beperkt verwijt treft, draait zodoende niet op voor een groter deel van de schade dan het (beperkte) deel dat zij heeft veroorzaakt. Dat er in die gevallen bij de rechter geen of minder behoefte tot voorzichtigheid of afwijzing in de vestigingsfase van de secundaire aansprakelijkheden zal bestaan, kan (juist) ook de belangen van het slachtoffer dienen.

De secundaire aansprakelijkheid wordt met de introductie van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse recht dus beter beheersbaar. De rechter heeft in een partieel systeem immers meer 'grip' op de secundaire aansprakelijkheid en de daadwerkelijke omvang ervan, waardoor ook aan de beschreven morele bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden tegemoet wordt gekomen. Een partieel toedelingssysteem kan bovendien een goede 'incentive' voor het slachtoffer vormen om zich niet te gemakkelijk tot enkel de secundaire partij als liquide partij te wenden en ook de verhaalsmogelijkheden met betrekking tot de primaire partij uit te putten, terwijl de (preventieve) prikkel voor de secundaire partij om adequaat toezicht te houden, in dit systeem behouden blijft.

#### *De handhaving van óók een hoofdelijkheidssysteem*

In het onderhavige onderzoek is bovendien bepleit dat het wenselijk en noodzakelijk is om het huidige hoofdelijkheidssysteem van art. 6:102 BW (als hoofdregel) te handhaven in de gevallen waarin de secundaire partij *geen* beperkt verwijt treft.

Vooropgesteld dient immers te worden dat het vanuit het perspectief van het in dit onderzoek geïntroduceerde probleem 'niet nodig' is om, in de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft, heil te zoeken in partiële aansprakelijkheid. Een alternatieve omgangswijze is benodigd in de gevallen waarin er bezwaren tegen de volledige toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid bestaan – de secundaire partij treft een verwijt, maar een beperkt verwijt – terwijl de volledige afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid ook ongewenst is. In de procedures waarin deze bezwaren niet of minder opspelen – de secundaire partij treft *geen* beperkt verwijt – is een partiële oplossing niet noodzakelijk.

De handhaving van het hoofdelijkheidssysteem in de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft, is bovendien vanuit het perspectief van de verantwoordelijkheid van de secundaire partij te rechtvaardigen. Toepassing van het hoofdelijkheidssysteem is immers aan de orde in de gevallen waarin de secundaire partij écht steken heeft laten vallen of zelfs grove fouten heeft gemaakt. In die procedures zal de rechter minder snel tot (een principiële) voorzichtigheid geneigd zijn en is de consequentie van het hoofdelijkheidssysteem (de secundaire

partij draagt het insolventierisico van de primaire partij) wat mij betreft passend en terecht. Of andersom geredeneerd: de consequentie van een partieel systeem (het slachtoffer draagt het insolventierisico van de primaire partij) is in die gevallen waarin de secundaire partij een dermate grove normschending heeft begaan, ongewenst.

Ook bezien vanuit het perspectief van het slachtoffer is een voorwaardelijke toepassing van een partieel systeem te rechtvaardigen. Zoals in het navolgende wordt toegelicht, is het slachtoffer immers alleen in die 'risicogeveallen' waarin het verwijt aan het adres van de secundaire partij beperkt is – en de rechter de in potentie verstrekkende schadelastgevolgen van een vestiging van de secundaire aansprakelijkheid daarom (erg) onwenselijk acht – bij een partieel systeem gebaat.

Concluderend geldt dat, júíst door partiële aansprakelijkheid in enkel die gevallen toe te passen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, een gulden middenweg kan worden bereikt. Met een partieel systeem *naast* het thans bestaande hoofdelijkheidssysteem wordt tegemoetgekomen aan de specifieke bezwaren die in een secundaire aansprakelijkheidsprocedure opspelen, zónder de secundaire partij ten onrechte te ontzien of het slachtoffer ten onrechte te benadelen.

#### *De positie van het slachtoffer nader belicht*

In het voorgaande ligt de gedachte besloten dat het slachtoffer in een partieel systeem tegen een in potentie principieel terughoudende beoordeling van de secundaire aansprakelijkheid beschermd kan worden. Als de rechter de geschetste bezwaren op een meer genuanceerde manier in de daadwerkelijke schadelast van de secundaire partij kan vertalen in plaats van in 'alles-of-niets', kunnen de redenen voor terughoudendheid bij de vestiging van de secundaire aansprakelijkheid wegvallen. De vorderingen die nu tot afwijzing leiden – het 'alles' doet geen recht aan het beperkte verwijt dat de secundaire partij treft – kunnen in een partieel systeem dan wél tot een toewijzing van de secundaire aansprakelijkheid leiden. Daar kan dus ook juist het belang van het slachtoffer mee gediend zijn. Uiteindelijk geldt immers dat 'full compensation' een nastrevenswaardig beginsel van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is, maar 'proportionate responsibility' evengoed, zeker als het alternatief 'no compensation' is.

Alhoewel een en ander nader empirisch onderzoek vergt, meen ik dat het hiervoor geschetste verband tussen het hoofdelijkheidssysteem en de rechterlijke terughoudendheid – op basis van de geanalyseerde rechtspraak en literatuur en in het licht van de geschetste bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheden – aannemelijk is. Maar zelfs als niet aangenomen kan worden dat het slachtoffer daadwerkelijk en in alle gevallen bij het alternatief van partiële aansprakelijkheid gebaat is, kan wat mij betreft – indachtig de oorzaken die tot de Amerikaanse 'tort reform' aanleiding gaven – de vraag worden gesteld of het slachtoffergedachtegoed van het Nederlandse hoofdelijkheidssysteem steeds dient te prevaleren boven het feit dat een dergelijke partiële toedeling (ook in Nederland) een antwoord kan bieden op de

toenemende secundaire aansprakelijkheidsclaims, evenals de bezwaren tegen de vestiging van een dergelijke aansprakelijkheid. Bij de beantwoording van de voornoemde vraag dient bovendien bedacht te worden dat het aansprakelijkheidsrecht niet alleen een middel is om leed met financiële tegemoetkomingen te verzachten, maar ook een gedragstoets gericht tot de (secundaire) dader.

#### *Uitwerking voorwaarden partiële aansprakelijkheid*

Partiële aansprakelijkheid is in mijn voorstel aan de orde als de secundaire partij een beperkt verwijt treft, zo bleek al uit het voorgaande. Bij de formulering van deze voorwaarden is zowel aansluiting gezocht bij de voorwaarden voor partiële aansprakelijkheid die eerder in de literatuur zijn genoemd, als bij de voorwaarden die worden gehanteerd in het Amerikaanse recht, waarin de rechtsfiguur van de 'several liability' daadwerkelijk wordt toegepast.

Bij de beoordeling van de 'beperkte' van het verwijt zal het in essentie om de *intensiteit van de zorgplichtschending* gaan. Zo zal het bij evidente en grove overtredingen van (wettelijke) normen niet aannemelijk zijn dat de rechter het verwijt van een secundaire partij als beperkt aanmerkt. Om de (beperkte) intensiteit van het verwijt of de zorgplichtschending in een concrete casus (en dus ook in de minder evidente gevallen) te kunnen bepalen, zouden de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest dienstig kunnen zijn. Daarbij zal de voorzienbaarheid van de schade in het bijzonder een belangrijke indicatie vormen. Zo kan bij de beoordeling van de vraag of de secundaire partij een ernstig verwijt treft, als verzwarende factor gelden het geval waarin de secundaire partij in zelfregulering neergelegde normen of afspraken heeft geschonden, die de ingetreden schade juist beoogden te voorkomen. Als de schade wel voorzienbaar (genoeg) was om de aansprakelijkheid te vestigen, maar er óók plausibele argumenten bestaan waarom de secundaire partij met het intreden van de schade desondanks minder rekening hield of kon houden, althans daarop in de gegeven omstandigheden niet voldoende anticipeerde, zou dat aanleiding kunnen zijn om het verwijt als beperkt te kwalificeren. De besproken uitspraken over onder meer de secundaire aansprakelijkheid van scholen wegens het pestgedrag van hun leerlingen, evenals de uitspraken over het 'toezichthouderdilemma' waarmee opvang- en zorginstellingen zich geconfronteerd zien, dienen ter illustratie van zaken waarin partiële aansprakelijkheid bij uitstek een goed alternatief voor de huidige terughoudende lijn in de rechtspraak zou kunnen bieden.

De 'openheid' die in de norm van een beperkt verwijt besloten ligt, biedt de rechter de mogelijkheid om maatwerk te verrichten. Ik onderken dat de keuze van de rechter voor één van de twee toedelingssystemen op basis van een open norm in zekere zin arbitrair en de uitkomst ervan (rechts)onzeker kan zijn. Dit bezwaar stond echter eerder niet in de weg aan de werkbaarheid van open normen ten behoeve van proportionaliteitsverdelingen én wenselijke afwijkingen van het geldende recht (zoals verjaring). Dat zal bij partiële aansprakelijkheid niet anders (hoeven) zijn. Bovendien kan een goede onderbouwing van het oordeel dat de

secundaire partij in een concreet geval (g)een beperkt verwijt treft, de belangrijkste (rechtsonzekere) bezwaren tegen het gebruik van een dergelijk 'open' criterium wegnemen, zeker als deze afgezet worden tegen de argumenten die vóór toepassing van partiële aansprakelijkheid pleiten. De rechterlijke motivering is voor de levensvatbaarheid van de norm van een 'beperkt verwijt' dus cruciaal.

### *De mogelijke incorporatiewijzen*

Een voorwaardelijke incorporatie van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse recht is niet alleen wenselijk, maar ook mogelijk. De implementatie van een partieel toedelingsleerstuk in de door mij geopperde gevallen past immers in de rechtsontwikkeling naar een meer proportioneel denken in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Bovendien is partiële aansprakelijkheid systematisch goed te voegen naast de thans bestaande en aanvaarde leerstukken in het aansprakelijkheidsrecht.

Voor wat betreft de specifieke incorporatiewijze van partiële aansprakelijkheid in het Nederlandse recht, ligt het in mijn optiek het meest voor de hand om dit – zoals de wetgever dat blijktens de parlementaire geschiedenis ook bij andere afwijkingen op het hoofdelijkheidssysteem heeft gewenst – aan de rechtspraak over te laten. Op die manier kunnen de grenzen en de reikwijdte van de partiële aansprakelijkheidsfiguur bepaald worden en met meer woorden worden omkleed dan dat in een wettelijke bepaling kan. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan de grondslag of de rechtvaardiging bieden om in voorkomende gevallen van art. 6:102 BW af te wijken. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentiële wijzen waarop onder meer de leerstukken proportionele aansprakelijkheid en kansschade in het Nederlandse recht zijn aanvaard, zonder dat tot een grondige wetwijziging werd overgegaan. Een jurisprudentiële aanvaarding van een partieel systeem in de gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft, is wat mij betreft (ook) in dit geval een meer pragmatische en minder verstrekkende wijze om het partiële systeem te incorporeren dan een wijziging van de tekst van art. 6:102 BW.

## **CONCLUSIE**

De aanvaarding van een partieel systeem kan een bevredigende oplossing bieden in de complexe gevallen waarin de secundaire partij een beperkt verwijt treft. De bezwaren tegen (toenemende) secundaire aansprakelijkheden kunnen in het door mij bepleite partiële systeem op een nauwkeurige wijze vertaald worden in de begroting van het veroorzakingsaandeel waarvoor de secundaire partij aansprakelijk is. De secundaire partij zal daardoor niet meer schade vergoeden dan het haar te maken (beperkte) verwijt – haar aandeel in de schade – kan rechtvaardigen. Daarnaast zal in een partieel systeem geen of minder rechterlijke behoefte tot terughoudendheid bij de beoordeling van secundaire zorgplichten in de vestigingsfase bestaan, hetgeen (juist) ook de belangen van het slachtoffer

kan dienen. In de gevallen waarin de secundaire partij geen beperkt verwijt treft – de bezwaren minder opspelen en een gehele afwijzing van de secundaire aansprakelijkheid dus ook minder reëel is – wordt het hoofdelijkheidssysteem onverkort toegepast. Zodoende biedt de incorporatie van een voorwaardelijk partieel toedelingssysteem in het Nederlandse recht het genuanceerde antwoord waar de secundaire aansprakelijkheidsproblematiek om vraagt.

## SUMMARY

Peripheral Tortfeasor Liability  
*A comparative law study into the scope of  
private area owners' duty of care*

### THE SUBJECT AND PURPOSE OF THE STUDY

In recent years, various liability procedures have been reviewed in which the victim did not hold the immediate (actual) tortfeasor liable, but, instead, held the so-called 'peripheral tortfeasor' liable for damage caused. This peripheral tortfeasor is essentially blamed for not having prevented the actions by the immediate tortfeasor that caused the damage.

A growing interest can be observed in the literature for peripheral tortfeasor liability. This is a trend towards increasingly distant (peripheral) tortfeasors being held liable for damages caused by another party. Peripheral tortfeasor liability is especially interesting for the victim if this other party – the immediate tortfeasor – is either insolvent or untraceable. However, some level of restraint can be observed in the literature where the assessment of peripheral tortfeasor liability is concerned. This restraint appears to manifest itself in a restrictive assessment of the duty of care during the establishment phase of peripheral tortfeasor liability.

These two observations raise concerns about the flexibility of Dutch liability law and the scope of the so-called 'peripheral tortfeasor duty of care' specifically. This comparative law study examines the scope of private area owners' peripheral tortfeasor duty of care in Dutch civil law, where attention is given to the way peripheral tortfeasor liability is treated in American law. It is the intention to answer the following research question:

'What is the actual and the desirable scope of private area owners' peripheral tortfeasor duty of care in the fields of education, recreation and care in Dutch law, and how can the desirable scope best be designed?'

The study is further divided into the following subquestions:

- (I) What is the *actual* (current) scope of private area owners' peripheral tortfeasor duty of care in the fields of education, recreation and care?
- (II) What is the *desirable* scope of private area owners' peripheral tortfeasor duty of care in the fields of education, recreation and care?



In answering the second subquestion, an answer is also given to the question:

(III) Are there alternative ways or instruments in Dutch law, which take into account a way of handling the objections against the (full) allocation of peripheral tortfeasor liability in a well-balanced way?

The focus of this study is on the peripheral tortfeasor duty of care of owners of (1) schools (education), (2) sports clubs (recreation), (3) healthcare facilities and care institutions (care) and (4) other private areas (education, recreation and care). In this last category a distinction is made between (4a) shops and shopping malls, (4b) the hotel and catering industry and (4c) other game and recreational areas. The main conclusions with respect to the above-mentioned research questions are summarized below.

## **(I) THE CURRENT SCOPE OF THE PERIPHERAL TORTFEASOR DUTY OF CARE**

### INTRODUCTION

A relevant judgment on the scope of the peripheral tortfeasor duty of care – how strictly or flexibly is the duty of care assessed in case law? – requires a specific starting point or benchmark to compare the peripheral tortfeasor duty of care to. After all, a judgment about the application of a duty of care will acquire value and context only if it is possible to indicate how this duty of care relates to another duty of care. To determine the current scope of the peripheral tortfeasor duty of care in Dutch case law, two frames of reference have been set up in this study. These are (i) the immediate tortfeasor duty of care of the Dutch private areas (per sector) and (ii) the peripheral tortfeasor duty of care of American private areas.

### THE MAIN CONCLUSIONS OF COMPARING SECTORS

In the final sections of the chapters 3 through 6, the main conclusions were discussed at sector level and for each individual area. The main ‘sector-comparative’ or ‘sector-transcending’ research results can be summarized as follows.

- I. Although the available empirical studies show a varying picture per area, the general tendency is that there is room for improvement with regard to the safety (or safety perception) in and surrounding the private areas. These studies also show the broad social relevance of peripheral tortfeasor duty of care.
- II. The available case law shows that in various areas of the education, recreation and care sectors, peripheral tortfeasors are brought before court. The large number of cases also confirms the observed (growing) interest for liability claims concerning peripheral tortfeasors.

- III. Matters concerning peripheral tortfeasor liability are (pre-eminently) highly casuistic. The assessment of the peripheral tortfeasor duty of care is characterized by considerations that are strongly guided by facts and circumstances, depending on the type of area and the (core) activity taking place there. It is therefore still not possible to distil a common thread or draw overarching conclusions about the scope of the peripheral tortfeasor duty of care.
- IV. The foreseeability of the damage plays a key role in assessing the peripheral tortfeasor duty of care of the private areas. Different circumstances (which can be linked to the so-called *Kelderluik* factors), can play a significant ancillary role in answering the question whether a peripheral tortfeasor duty of care has been breached.
- V. In the judgments where the court has prioritized the professional standard, the assessment of the peripheral tortfeasor duty of care is essentially tantamount to a consideration of the points of view in the *Kelderluik* judgement. It cannot be conclusively deduced from case law that the frame of reference of either the professional standard or the general standard of due diligence has consequences for the outcome of the peripheral tortfeasor duty of care assessment.
- VI. The standards or agreements set out in governmental law and self-regulation may play an important part in interpreting the peripheral tortfeasor duty of care, especially in the more sector-related areas. Formulating 'internal policy' in one respect meets the peripheral tortfeasor duty of care and the accompanying responsibilities, yet it can also create (new) obligations since compliance with this policy then needs to be enforced (and can thus be used as an argument against the peripheral tortfeasor).
- VII. In general, the conclusion seems justified that the private areas' peripheral tortfeasor duty of care is assessed with more restraint than the immediate tortfeasor duty of care of the same areas. This confirms the trend observed in the literature. It does appear, however, that the peripheral tortfeasor duty of care of healthcare facilities and care institutions are, relatively speaking, assessed with less restraint compared to the immediate tortfeasor duty of care than the peripheral tortfeasor duty of care of other private areas. These differences may be linked to the special characteristics associated with the peripheral tortfeasor duty of care of the different private areas.
- VIII. The fundamentally cautious assessment of the peripheral tortfeasor duty of care in case law may, in particular, be reflected in the raising of (unrealistically) high foreseeability thresholds for accepting peripheral tortfeasor liability, or in the requirement that very specific laws or regulations have to exist in which the specific actions of the peripheral tortfeasor are regulated or sanctioned.

- IX. The exact (underlying) cause of the restraint in the assessment of the peripheral tortfeasor duty of care cannot always be explicitly deduced from the case law in question. The ‘fear of an ever-expanding liability law’ – losing control over peripheral tortfeasor liability – can be a reason for exercising this restraint.
- X. The research results show how important it is for the parties involved to be able to anticipate the characteristics of the peripheral tortfeasor duty of care in the proceedings and the possible need for the court to exercise restraint in its assessment. Given the (un)foreseeability of the conduct of the immediate tortfeasor, it is essential to carefully and thoroughly substantiate (the defence against) the breach of the peripheral tortfeasor duty of care in the proceedings.

#### THE MAIN CONCLUSIONS OF COMPARING LAWS

The comparative law study (Chapter 7) shows that the scope of ‘the American peripheral tortfeasor duty of care’ is similarly defined as ‘the Dutch peripheral tortfeasor duty of care.’ After all, American legislation also seeks a reason or justification for assuming a legal duty to act, i.e. to prevent damage-causing behaviour of a third party. In neither system of law does the peripheral tortfeasor have an unconditional affirmative duty to prevent damage-causing behaviour.

In addition, the conditions set out in the Dutch and American legal systems for assuming peripheral tortfeasor liability are broadly similar. More specifically, there are similarities between the requirements of the Dutch ‘wrongful act’ [*onrechtmatige daad*] and the American ‘negligent act’. The criteria used in American case law for interpreting or assessing the question whether the peripheral tortfeasor duty of care is breached, show many similarities with Dutch law as well. This mainly concerns the points of view as they are set out in the Netherlands in the *Kelderluik* judgment. Furthermore, the foreseeability of the damage plays a key role in both legal systems in assessing the peripheral tortfeasor duty of care.

The overall conclusion of the comparative law at a systemic level is that the conditions for establishing the Dutch and the American peripheral tortfeasor liability, as well as the criteria used by the courts to assess the peripheral tortfeasor duty of care, show great similarities. In this respect – at least as far as these theoretical frameworks are concerned – the scope of the Dutch and the American peripheral tortfeasor duty of care is comparable.

However, the comparative law also shows that the Dutch and the American legal frames for liability differ in the ‘allocation phase’ of liability law. According to Dutch law, if the immediate tortfeasor and the peripheral tortfeasor are liable for ‘the same damage’, they are jointly and severally liable for this damage pursuant to Article 6:102 paragraph 1 Dutch Civil Code. Conversely, American law has various ways of allocating the total amount of cost of claims in the event the damage was caused by multiple tortfeasors. American law has an alternative for the Dutch system of joint and several liability [*hoofdelijke aansprakelijkheid*], which is called ‘several liability’

or 'proportionate liability'. In short, this means allocation according to the share of causation. In such a system, each party (immediate/peripheral tortfeasor) is liable only for that part of the damage reflecting its own responsibility in causing the total damage. The victim may hold the liable party responsible only for the share of the damage caused by this (peripheral) tortfeasor and will have to approach the other liable party or parties for the recovery of the remaining part.

Because of the different concepts in these legal systems, the risk of an insolvent immediate tortfeasor can be borne by a different party (either the peripheral tortfeasor or the victim). This means that the actual consequences of the peripheral tortfeasor liability – who covers the actual cost of claims? – can vary greatly in both legal systems. Insofar as the American court applies the legal concept of 'several liability', the Dutch peripheral tortfeasor duty of care may extend beyond the American one in terms of effective cost of claims.

## **(II) THE DESIRABLE SCOPE OF THE PERIPHERAL TORTFEASOR DUTY OF CARE**

### OBJECTIONS AGAINST PERIPHERAL TORTFEASOR LIABILITY

#### *Introduction*

In answering the question about the desirable scope of the peripheral tortfeasor duty of care, attention is given to the objections which argue against a (broad) acceptance of a peripheral tortfeasor duty of care and liability under Dutch law. The objections mentioned in the literature serve furthermore as a possible explanation for the observed restraint in the case law when assessing peripheral tortfeasor duty of care.

#### *The issue of foreseeability*

The peripheral tortfeasor duty of care has certain inherent characteristics that distinguish it from the immediate tortfeasor duty of care. Essentially, this concerns the fact that the peripheral tortfeasor is faced with and must anticipate the damage-causing behaviour of the other party (the immediate tortfeasor). A peripheral tortfeasor duty of care therefore exists merely by the grace of uncertainty: the interests of the third party (A) will generally not be known in advance (unforeseeable) to the peripheral tortfeasor (C) since the breach of these interests are by definition dependent upon the (usually and largely) unpredictable and unknown actions of the immediate tortfeasor (B). Fundamentally, these characteristics have the effect that a peripheral tortfeasor duty of care usually entails a poor foreseeability of the ultimate damage (caused by the immediate tortfeasor).

*Other objections*

The foreseeability problems ‘associated’ with the peripheral tortfeasor liability form a breeding ground for other objections; at least these other objections can, to a certain extent, be linked to it. First of all, the so-called ‘moral objections’ against the peripheral tortfeasor liability should be noted. The peripheral tortfeasor is, after all, not the (most) direct causer of damage (this party is not the one that ‘pulled the trigger’), but is being held liable for (not preventing) the damage-causing behaviour of the immediate tortfeasor (the one that did pull the trigger). The subsequently arising objections are that the bill, undeservedly, will ultimately end up being paid by the peripheral tortfeasor (the indirectly injuring party) instead of the (actual) tortfeasor.

These objections are all the more compelling where (or are linked to the fact that) the Dutch joint and several liability system results in the fact that the peripheral tortfeasor can be held liable for the full damage and subsequently bears responsibility for the often present risk of an insolvent immediate tortfeasor. After all, the joint and several liability system, as set out in Article 6:102 Dutch Civil Code, provides that – if the tortfeasor and peripheral tortfeasor are both liable for the same damage – they are jointly and severally liable for its compensation towards the injured party. The injured party can therefore claim the full extent of the damage from each party, and not just the part of the damage caused by the party in question. The degree of seriousness of an error made by the immediate and peripheral tortfeasor plays a part only in their recourse actions towards each other. The right of recourse for the peripheral tortfeasor is, however, not more than an empty promise if the immediate tortfeasor is either insolvent or untraceable. According to Dutch law, a peripheral tortfeasor, regardless of its limited part in the damage, bears the full cost of claims if the immediate tortfeasor does not offer recourse.

Another objection against peripheral tortfeasor liability results from the ‘fear of an ever-expanding liability law’, in other words: losing control over (increasing) peripheral tortfeasor liability. This concerns the fear of a claims culture. Having a broad scope of peripheral tortfeasor liability would open the floodgates for future claims. The idea is that, should the court accept peripheral tortfeasor duty of care (too soon or too quickly), we could head straight towards an unsustainable number of claims against peripheral tortfeasors. The American ‘tort insurance crisis’ may serve as inspiration of such a frightful prospect. This crisis was characterized by a dramatic increase of liability insurance premiums, which meant that for certain liability risks adequate and affordable insurance policies were no longer offered and existing policies were cancelled. An important cause of this crisis was the fact that injured parties increasingly sought cover with solvent peripheral tortfeasors, and that the American system of joint and several liability (the only system that existed at that time), meant that these parties had to compensate more damage than they were actually responsible for. During the tort reform that followed in

response to this, many states looked for an allocation system that allowed for a more proportional approach to liability.

Finally, the validity of the assumption that peripheral tortfeasor duty of care generates a preventive effect is also questioned. The prevention objective supposes that a party is aware of the standard that must be complied with, while liability law is relatively unclear in setting out how potential peripheral tortfeasors must act in order to prevent damage caused by another party.

*The imprecise results of the establishment phase*

Since the duty of care assessment leads to an ‘all-or-nothing’ answer, these objections to peripheral tortfeasor liability cannot be taken into account in a nuanced way in the duty of care assessment in the establishment phase of the liability. The exact extent of the blame and the related foreseeability are therefore not reflected in the answer to the question which of the tortfeasors bears peripheral tortfeasor liability after reviewing the breach of the duty of care (the assessment on the basis of the *Kelderluik* factors): even a *limited* degree of culpability leads to the establishment of full liability in the relationship to the injured party.

The potentially far-reaching consequences of the establishing of peripheral tortfeasor liability – the bearing of full responsibility for the total cost of claims – is not corrected for the specific share of causation, since the immediate tortfeasor is often insolvent. The fact that the peripheral tortfeasor will generally be faced with insolvent immediate tortfeasors, can be easily explained. It is exactly the insolvency of the immediate tortfeasor and the solvency of the peripheral tortfeasor that will in general be the cause, or at least an important reason, for the victim to start the more complex discussion of peripheral tortfeasor liability. One of the consequences of the joint and several liability system is not infrequently that the solvent peripheral tortfeasor has to pay for the insolvent immediate tortfeasor and therefore must recover the full cost of claims regardless of the limited blame that is borne by the peripheral tortfeasor. This way, establishing the liability can lead to major and perhaps unfair consequences for a peripheral tortfeasor.

The outlined objections against the allocation of peripheral tortfeasor liability, or more specifically the potentially far-reaching consequences in terms of cost of claims for the peripheral tortfeasor, may lead to the need for restraint (caution) in establishing peripheral tortfeasor liability in case law. The question can also be asked, abstracting from the actual way in which Dutch case law is dealt with, whether a cautious assessment of the peripheral tortfeasor duty of care – in light of the (valid) objections against peripheral tortfeasor liability – is justified, or at least whether such (fundamental) restraint is desirable.

## FUNDAMENTALLY CAUTIOUS ASSESSMENT OF PERIPHERAL TORTFEASOR LIABILITY?

A categorical rejection or fundamentally cautious assessment of the peripheral tortfeasor duty of care, purely based on the capacity of the party held liable (a peripheral party), is, in my opinion, not compatible with the rules of Dutch liability law. The object in peripheral tortfeasor liability procedures is that the peripheral tortfeasor is blamed for its self-standing actions. In my view, it is not justifiable to make a different assessment when assessing the immediate and peripheral tortfeasor duty of care: the criteria to be assessed in establishing the breach of the duty of care or the breach of contract do not include the criterion whether or not another (immediate) tortfeasor can also be held liable or be held more liable. The idea that 'especially the immediate tortfeasor must pay' does not resonate in the applicable law.

Secondly, and by extension, the Dutch joint and several liability regime offers injured parties the possibility to ignore the immediate tortfeasor and to concentrate (exclusively) on the peripheral tortfeasor in seeking compensation. The joint and several liability regime results in the injured party being able to choose which of the two liable parties to seek compensation from. If (the degree of seriousness of) the blame borne by the immediate tortfeasor is allowed to play a role in the assessment of the breach of the peripheral tortfeasor duty of care (and if the peripheral tortfeasor is spared because of the immediate tortfeasor's greater share of causation), the victim's freedom of choice – and thus the system of joint and several liability – is wrongly circumvented. After all, the result of the joint and several liability system is that the degree of seriousness of the errors of the immediate and peripheral tortfeasors should only play a role in their mutual recourse relationship, and therefore cannot also be taken into account in a (stricter or more restrictive) assessment of the peripheral tortfeasor's breach of the duty of care in relation to the injured party.

Regardless of the – in my opinion negative – answer to the question whether the current liability law would allow for such a cautious assessment or categorical rejection of the peripheral tortfeasor duty of care, the question can also be asked to what extent it is desirable to (relatively quickly) close the metaphorical door as early as the establishment phase of liability and, in doing so, to let the peripheral tortfeasor (relatively faster) 'escape' its liability (responsibility). After all, the peripheral tortfeasor can be blamed – fully separate from the immediate tortfeasor breaching its duty of care – for maintaining insufficient supervision or taking insufficient precautions and that this was what made the damaging actions of the immediate tortfeasor possible in the first place. Given the self-standing nature of the blame borne by the peripheral tortfeasor, it is also not justified from a moral perspective to categorically protect the peripheral tortfeasor.

These conclusions lead to the view that the court must not raise unrealistically high foreseeability requirements in assessing the peripheral tortfeasor duty of care. A certain level of foreseeability of the damage caused by the immediate



tortfeasor is, as described above under the objections against peripheral tortfeasor liabilities, inherent to the nature of peripheral tortfeasor duty of care. Rejection of this liability based on unrealistic foreseeability requirements is therefore a rejection of the peripheral tortfeasor liability as such, rather than this foreseeability functioning as an argument to justify the rejection of peripheral tortfeasor liability in a specific case.

#### INTERIM CONCLUSION

The assessment of peripheral tortfeasor duty of care does not offer a satisfactory outcome in those cases where the outlined objections prevent a full allocation of peripheral tortfeasor liability ('all'), where at the same time a complete rejection ('nothing') is also undesirable. 'All or nothing' in this case does not do justice to the specific blame that can be attributed to the peripheral tortfeasor. A more nuanced answer to the often complex questions of peripheral tortfeasor liability is therefore needed.

### **(III) ALTERNATIVE WAYS TO HANDLE PERIPHERAL TORTFEASOR DUTY OF CARE**

#### INTRODUCTION

There are some ways to meet the objections that argue against the (full) allocation of peripheral tortfeasor liability, without the necessity to assess the peripheral tortfeasor duty of care with fundamental restraint during the establishment phase. This regards the application of instruments, both within and outside of the Dutch liability law currently in effect, with which the established objections against peripheral tortfeasor liability can be incorporated in a nuanced and representative manner in the peripheral tortfeasor's actual cost of claims.

#### THE THEORY OF OBJECTIVE ATTRIBUTION (ARTICLE 6:98 DUTCH CIVIL CODE) IN THE APPORTIONMENT PHASE

The 'all' to which the peripheral tortfeasor is held liable in the establishment phase, can first of all be corrected in the subsequent phase where the apportionment of damages takes place by applying the theory of objective attribution from Article 6:98 Dutch Civil Code. The peripheral tortfeasor is after all, on the basis of this Article, ordered to pay for only those items of loss which in all reasonableness can be attributed to it and which are a foreseeable consequence of its breach of the standard. Via the current Article 6:98 Dutch Civil Code, the described objections can lead to specific items of loss being disregarded from the peripheral tortfeasor obligation to pay compensation without the peripheral tortfeasor liability being fully rejected in the establishment phase. It can be argued that in the recent case law of the Supreme Court a shift in emphasis can be detected from (exercising

restraint in) the establishment phase towards regulating the peripheral tortfeasor liability in the apportionment phase by means of Article 6:98 Dutch Civil Code.

The aforementioned shift in emphasis towards Article 6:98 Dutch Civil Code as an alternative to the fundamental restraint during the establishment phase is a favourable but first step for peripheral tortfeasor liability issues. The question is whether the application of this article sufficiently meets the objections against the allocation of peripheral tortfeasor liability, more specifically if the peripheral tortfeasor bears only limited blame (for example due to the poor foreseeability of the damage). In answering this question, it must be considered that applying Article 6:98 Dutch Civil Code leads to attribution of the respective items of loss *in its entirety* (or not at all) and not to attribution of a part of it. After all, no further differentiation can be made within the attributed item(s) of loss. Therefore, the extent of the peripheral tortfeasor's blame or the foreseeability of the damage cannot, in applying Article 6:98 Dutch Civil Code, lead to the fact that the peripheral tortfeasor must compensate exactly that part of the damage it was responsible for.

The outcome after application of Article 6:98 Dutch Civil Code during the apportionment phase (item of loss A does apply, item of loss B does not) is therefore a more fitting answer than the unnuanced 'all-or-nothing' answer during the establishment phase of liability law, or at least it corrects the 'all' answer. However, it does not result in an accurate and representative translation of the total cost of claims into a percentage of damage caused on a scale of 0% to 100%. This necessity may, however, exist in frequently occurring cases where the peripheral tortfeasor bears limited blame and only one or a few substantial items of loss are claimed, or if the proceedings (about the dispute) are essentially centred around one or two large items of loss. This (substantial) item of loss is still fully for the account of the peripheral tortfeasor if the immediate tortfeasor is insolvent. In order to be able to provide a more representative and nuanced allocation rather than solely at the level of item of loss in the cases in which the peripheral tortfeasor bears limited blame, partial liability is introduced in the below section as an alternative legal concept for the joint and several liability system.

## PARTIAL LIABILITY

### *Introduction partial system*

Inspired by the American legal concept of 'several liability', a partial system is developed and argued in this study. In such a system, each party (immediate/peripheral tortfeasor) is liable for only that part of the damage that reflects the party's responsibility of the total damage (share of causation), rather than both parties being jointly and severally liable for the entire damage. The result of this system is that the cost of claims does not have to be compensated entirely by the peripheral tortfeasor when the immediate tortfeasor is insolvent or untraceable.

The partial liability does not in all cases replace the joint and several liability system. This study argues that a partial system *alongside* the current joint and several liability system in Dutch law will offer the nuanced answer the complexity of peripheral tortfeasor liability requires. The application of partial liability is argued especially in those cases in which the peripheral tortfeasor bears *limited blame*. It is in fact an exception to the existing joint and several liability system. It should be emphasized that the introduction of partial liability in those cases where the peripheral tortfeasor bears limited blame does not also expressly advocate not to apply Article 6:98 Dutch Civil Code. On the contrary, partial liability in the allocation phase of the law constitutes the necessary addition to the (current) application of Article 6:98 Dutch Civil Code in the preceding apportionment phase, and does not replace this doctrine.

#### *The added value of a partial system*

The main reason for the introduction of the (variant of the American) partial liability in the cases in which the peripheral tortfeasor bears limited blame, lies in the fact that the established objections against peripheral tortfeasor liability can be carefully translated into the allocation of the actual cost of claims of the peripheral tortfeasor. In estimating the share of causation for which the peripheral tortfeasor ultimately bears responsibility, all relevant circumstances (such as the poor foreseeability) can be considered. This makes it possible in the allocation phase to give a more nuanced and representative answer to the question of liability in the relationship between the peripheral tortfeasor and the injured party (0% up to 100%) than in the establishment phase (0% or 100%) or in applying Article 6:98 Dutch Civil Code during the apportionment phase (loss item A or loss item B). Essentially: a partial system can (indeed) do justice to the specific objections that, on the one hand, argue against the full allocation of peripheral tortfeasor liability ('all') and that, on the other hand, argue against a restraint or a rejection of the peripheral tortfeasor liability ('nothing').

Moreover, in a partial system there will be no or less reason to assess the peripheral tortfeasor duty of care with fundamental restraint. The potentially far-reaching implications of establishing a peripheral tortfeasor liability – bearing full responsibility for the total cost of claims – can after all be obviated in the allocation phase by correcting the actual damage costs for the specific share of causation of the peripheral tortfeasor. The peripheral tortfeasor that bears limited blame, is therefore not liable for a larger share of the damage than the (limited) share it has caused. The fact that the court in those cases has less or no need for restraint or rejection in the establishment phase of peripheral tortfeasor liability can also serve the interests of the victim.

The introduction of partial liability will make the peripheral tortfeasor liability more manageable in Dutch law. In a partial system, the court has more 'control' over the peripheral tortfeasor liability and the actual extent of this liability, which also meets the described moral objections against peripheral tortfeasor liability.

While this system preserves the (preventive) incentive for the peripheral tortfeasor to maintain adequate supervision, a partial allocation system can also provide an effective incentive towards the victim not to turn solely – and all too readily – to the peripheral tortfeasor as liquid party but to also exhaust recovery options with respect to the immediate tortfeasor.

*Also maintaining the current joint and several liability system*

This study also advocates that it is desirable and necessary to maintain the current joint and several liability system of Article 6:102 Dutch Civil Code (as a main rule) in the cases where the peripheral tortfeasor *does not* bear a limited blame.

First and foremost, it is ‘not necessary’ from the perspective of the problem introduced in this study to seek refuge in partial liability in those cases where the peripheral tortfeasor does not bear limited blame. An alternative concept is required in those cases where there are objections against full allocation of the peripheral tortfeasor liability – i.e. where the peripheral tortfeasor bears only a limited blame – while full rejection of peripheral tortfeasor liability is also undesirable. In procedures where these objections do not play a role, or to a lesser extent, – the peripheral tortfeasor *does not* bear a limited blame – a partial solution is not necessary.

Maintaining the joint and several liability system in cases where the peripheral tortfeasor does not bear limited blame can also be justified from the perspective of the peripheral tortfeasor. The joint and several liability system is after all applied when the peripheral tortfeasor has made real mistakes or committed serious errors. The court will be less inclined to practice (fundamental) restraint in those procedures, and, in my opinion, the consequences of the joint and several liability system (the peripheral tortfeasor bears the insolvency risk of the immediate tortfeasor) are appropriate and justified in this situation. The argument can also be reversed: the consequences of a partial system (the victim bears the insolvency risk of the immediate tortfeasor) is undesirable in those cases where the peripheral tortfeasor has committed a grave or serious breach of standards.

A conditional application of a partial system can also be justified from the perspective of the victim. As further detailed below, the victim would benefit from a partial system only in the cases where there is the risk that the blame borne by the peripheral tortfeasor is limited, and where the court therefore considers the far-reaching consequences on the cost of claims of establishing peripheral tortfeasor liability to be (very) undesirable.

In conclusion, by applying partial liability precisely in those cases in which the peripheral tortfeasor bears a limited blame, an appropriate trade-off can be achieved. With a partial system alongside the currently existing joint and several liability system, the specific objections raised in a peripheral tortfeasor liability

procedure can be met without the peripheral tortfeasor being unfairly spared or the victim being unfairly disadvantaged.

*The position of the victim in more detail*

The above contains the idea that, in a partial system, the victim can be protected against a potentially, fundamentally cautious assessment of peripheral tortfeasor liability. If the court can provide a more nuanced translation of the described objections into actual peripheral tortfeasor cost of claims rather than into an 'all-or-nothing' assessment, the reasons for restraint may dissolve when establishing the peripheral tortfeasor liability. The claims that currently lead to rejection – the 'all' does not justify the limited blame borne by the peripheral tortfeasor – may in a partial system lead to an allocation of the peripheral tortfeasor liability. This can therefore specifically benefit the interests of the victim. After all, 'full compensation' is a principle of the Dutch liability law that is worth pursuing, but so is 'proportionate responsibility', especially if the alternative is 'no compensation' at all.

Although it requires further empirical research, there is in my opinion – based on the analysed case law and literature and in the light of the outlined objections against peripheral tortfeasor liability – a credible relationship between the joint and several liability system and the restraint practiced by the court as outlined above. But even if it cannot be assumed that the victim actually and always benefits from the alternative to partial liability, in my opinion – taking account of the causes that led to the American tort reform – the question can be asked whether the victim-based views of the Dutch joint and several liability system must always prevail over the fact that such a partial allocation can offer an answer (even in the Netherlands) to the increasing number of peripheral tortfeasor liability claims and the objections against the establishment of such a liability. When answering the above-mentioned question, it must also be considered that liability law is not only a means to mitigate suffering with financial compensation, but also an assessment of conduct aimed at the (peripheral) tortfeasor.

*Elaboration of the conditions of partial liability*

As shown above, partial liability applies when the peripheral tortfeasor bears a limited blame. In formulating these conditions, both the conditions for partial liability mentioned earlier in the literature and the conditions used in American law – in which the legal concept of several liability is actually applied – have been taken into account.

In assessing the 'limited extent' of the blame, there will be a focus on the *extent of the breach of the duty of care*. In the event of evident and serious breaches of the (legal) standards, it is unlikely that the court will regard the blame a peripheral tortfeasor bears to be limited. In order to determine the (limited) extent of the blame or the breach of the duty of care in a specific case (and therefore also in the

less obvious cases), the viewpoints from the *Kelderluik* judgement could be helpful. Particularly the foreseeability of the damage will be an important indication. In the event where the peripheral tortfeasor has breached standards or agreements laid down in self-regulation, which were intended precisely to prevent the damage caused, this may be seen as an aggravating factor when assessing the case. If the damage was foreseeable (enough) to establish liability, but there are also credible arguments as to why the peripheral tortfeasor took less account of or was less able to take account of the occurrence of damage – or at least did not anticipate such sufficiently under the given circumstances – this could be a reason to qualify the blame as limited. The discussed case law concerning, for example, the peripheral tortfeasor liability of schools due to pupils bullying, as well as the case law concerning the ‘supervision dilemma’ healthcare facilities and care institutions are faced with serve as illustrations of cases where partial liability is a prominent alternative for the current caution that is observed in case law.

The ‘open character’, which is implicit in the standard of a limited blame, provides courts with the opportunity to offer customization. I recognize that the court’s choice for one of the two allocation systems based on an open standard is in a sense arbitrary and can cause (legal) uncertainty. This objection did not, however, prevent the workability of open standards for proportionality allocations and desirable deviations from the applicable law (such as prescription). This is not (necessarily) different for partial liability. Moreover, a proper substantiation of the conclusion that the peripheral tortfeasor does or does not bear a limited blame in a specific case can eliminate the main objections (in the context of legal uncertainty) against the use of such a criterion, especially if they are set against the arguments in favour of the application of partial liability. The motivation given by the court is essential for the viability of the standard of a ‘limited blame’.

#### *The possible methods for incorporation*

A conditional incorporation of partial liability in Dutch law is not only desirable but also possible. The implementation of a doctrine of partial allocation in the cases I suggested fits in the legal development towards a more proportional way of thinking in Dutch liability law. Moreover, partial liability can systematically be added to the currently existing and accepted doctrines in liability law.

Insofar as the specific way of incorporation of partial liability in Dutch law is concerned, the most obvious solution is – in my opinion – to have this instrument developed in case law, which, according to parliamentary history, is what the legislator also intended for other deviations from the joint and several liability system. In this way, the boundaries and the scope of the concept of partial liability can be determined and be expressed in a broader context than would be possible in a legal provision. The restrictive effect of reasonableness and fairness can offer the principle or justification to deviate from Article 6:102 Dutch Civil Code in specific cases. This can be attempted in a similar way as the way in which the doctrines of proportional liability and the tenet of lost opportunity have been accepted in

Dutch law: through establishing legal precedents without the need for a thorough amendment of legislation. An acceptance of a partial system through setting legal precedents in the cases in which the peripheral tortfeasor bears a limited blame is, in my opinion, (also) in this case a more pragmatic and less far-reaching way of incorporating the partial system than an amendment of the text of Article 6:102 Dutch Civil Code would be.

## **CONCLUSION**

The acceptance of a partial system may offer a satisfactory solution in the complex cases where the peripheral tortfeasor bears a limited blame. The described objections against (increasing) peripheral tortfeasor liability can, in the partial system as it is advocated in this study, be accurately translated into the estimation of the share of causation for which the peripheral tortfeasor can be held liable. The peripheral tortfeasor will therefore not compensate more damage than it justifiably bears (a limited) blame for, i.e. its share in the damage caused. Additionally, in a partial system, there will be no or less need for a court to practise restraint in the assessment of peripheral tortfeasor duty of care during the establishment phase, which may also serve the interests of the victim. In the cases where the peripheral tortfeasor does not bear a limited blame – where objections play a minor role and a total rejection of the peripheral tortfeasor liability is less realistic – the joint and several liability system shall apply in full. This way, the incorporation of a conditional, partial allocation system in Dutch law will offer the nuanced answer the complexity of peripheral tortfeasor liability requires.





## LITERATUURLIJST

### **Van Aalst & Van Liempt 2011**

I. van Aalst & I. van Liempt, 'Uitgaansstad onder spanning', *Justitiële Verkenningen* 2011, afl. 4, p. 9-24.

### **Akkermans 1996**

A.J. Akkermans, 'Oorzakelijk verband', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BWKJ 1996), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 39-65.

### **Akkermans 1997**

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

### **Akkermans & Van Dijk 2012**

A.J. Akkermans & C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17, afl. 5, p. 157-177.

### **Albers 2005**

C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. De geest uit de fles?', *NTBR* 2005/80, afl. 10, p. 482-496.

### **Albers & Heinen 2010**

C.L.G.F.H. Albers & P.C.M. Heinen, 'Een (verkapte) civielrechtelijke immuniteit voor toezichts- en handhavingsfalen van overheidsorganen? Overheidsaansprakelijkheid voor de vuurwerkcramp Enschede: "wat niet weet, wat niet deert!"', *Gst.* 2010/101, afl. 7343, p. 501-510.

### **Alberts & Berkhout 2000**

J. Alberts & K. Berkhout, 'Wie betaalt, bepaalt', *NRC* 18 maart 2000.

### **Ariès 1987**

P. Ariès, *De ontdekking van het kind. Sociale geschiedenis van school & gezin*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 1987.

### **Asser/De Boer 1\* 2010**

J. de Boer, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**Asser/Hartkamp & Sieburgh 4-III 2006**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.

**Asser/Sieburgh 6-I 2016**

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

**Asser/Sieburgh 6-II 2017**

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Asser/Sieburgh 6-IV 2019**

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015**

E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in Burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

**Baars 2018**

R. Baars, 'Dronken Belg rijdt tankshop binnen: Nederlander dood en 2 gewonden', *AD* 23 januari 2018.

**Baltesen 1997**

F. Baltesen, 'Claim je rijk!', *HP/De tijd* 1997, p. 28-36.

**Barendrecht 1992**

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992.

**Barendrecht 1995**

J.M. Barendrecht, 'Een pleidooi voor informatiever burgerlijk recht', *NTBR* 1995, afl. 7, p. 165-170.

**Barendrecht 2002**

J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, afl. 12, p. 605-617.

**Barendrecht 2003**

J.M. Barendrecht, 'Hoofdelijke aansprakelijkheid voor toezichthouders?', *NJB* 2003, afl. 19, p. 957.

**Barendrecht 2004a**

J.M. Barendrecht, 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat: Volendam en Aandelenlease als voorbeelden', *NJB* 2004, afl. 42, p. 2180-2191.

**Barendrecht 2004b**

J.M. Barendrecht, 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat', in: W.H. van Boom & M.J. Borgers (red.), *De rekenende rechter. Van 'Iudex Non Calculat' naar actieve cijferaar?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 55-87.

**Barendrecht e.a. 2002**

J.M. Barendrecht e.a., *Overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstrekking. Nederlands recht, rechtsvergelijking en de aansprakelijkheid van particuliere informatieverstrekkers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

**Barkhuysen & Diepenhorst 2005**

T. Barkhuysen & M.L. Diepenhorst, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 281-321.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2019**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Zorgplichten volgens de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: van Lindenbaum/Cohen via Kelderluik en Öneriyildiz naar Urgenda?', *RM-Themis* 2019, afl. 1, p. 43-54.

**Barkhuysen & Swagemakers 2017**

T. Barkhuysen & P.M.J.J. Swagemakers, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid: heeft de toezichthouder in redelijkheid tot zijn beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot zijn optreden in een concreet geval kunnen gegeven een ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid, het aan de orde zijnde risico en de hem bekende omstandigheden?', *Gst.* 2017/187, afl. 7465, p. 993-998.

**Bauw 2015**

E. Bauw, 'Sympathy for the devil? De Amerikaanse claimpraktijk is zo gek nog niet', [blog.ucall.nl](http://blog.ucall.nl), 19 mei 2015.

**Beerthuizen 2014**

M. Beerthuizen, 'Dafne Schippers heeft niets te kiezen', *de Volkskrant* 25 augustus 2014.

**Beloff, Kerr & Demetriou 1999**

M. Beloff, T. Kerr & M. Demetriou, *Sports law*, Oxford: Hart Publishing 1999.

**Van den Berg 2000**

P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000.

**Bertrand 2015**

W.F. Bertrand, *Werkdocument sjabloon arbocatalogus: agressie en geweld*, RadarVertige 2015.

**Beumers & Van Boom 2016**

M.Th. Beumers & W.H. van Boom, 'De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht', in: M.Th. Beumers, W.H. van Boom & M.A. Loth (red.), *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1-32.

**Blaur 1991**

T. Blaur, 'Assaultive behavior. Does provocation begin in the front office?', *Journal of Psychosocial Nursing and Mental Health Services* (29) 1991, afl. 5, p. 21-26.

**Bloembergen 1965**

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.

**Blumenwitz 1998**

D. Blumenwitz, *Einführung in das anglo-amerikanische Recht*, München: Beck 1998.

**De Boer 1992**

Th.M. de Boer, 'Vergelijkenderwijs: de inspiratie van buitenlands recht', *WPNR* 1992, afl. 6033, p. 39-48.

**Bolt 1996**

A.T. Bolt, 'De uitdijende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht?', in: A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Preadvies* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1996-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 85-206.

**Bolt 2016**

A.T. Bolt, 'De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, 20 jaar later: enkele opmerkingen over de aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder', in: T. Hartlief & M.G. Faure (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 81-88.

**Bolt & Ceulen 2016**

A.T. Bolt & E.P. Ceulen, 'Aansprakelijkheid van de overheid als de toezichthouder', *Gst.* 2016/4, afl. 7432, p. 18-27.

**Bolt & Spier 1996**

A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Preadvies* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1996-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**Van Boom 1997**

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 of niets*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 135-152.

**Van Boom 1999**

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

**Van Boom 2000a**

W.H. van Boom, 'Hoofdelijke productaansprakelijkheid, regres en insolventie', *TvI* 2000, afl. 7, p. 26-34.

**Van Boom 2000b**

W.H. van Boom, 'Verjaring mesothelioomclaims doorbroken', *A&V* 2000, afl. 3/4, p. 55-69.

**Van Boom 2000c**

W.H. van Boom, 'Mede-aansprakelijkheid, samenlopende schadeorzaken, hoofdelijkheid', *NTBR* 2000, afl. 5, p. 200-204.

**Van Boom 2003a**

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

**Van Boom 2003b**

W.H. van Boom, 'Meervoudige oorzaken, hoofdelijke aansprakelijkheid en toerekening naar redelijkheid', in: A. Hammerstein e.a. (red.), *Causaliteit*, Den Haag: Vermande 2003, p. 89-103.

**Van Boom 2004**

W.H. van Boom, 'Multiple tortfeasors under Dutch Law', in: W.V.H. Rogers (red.), *Unification of tort law: multiple tortfeasors*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, p. 135-150.

**Van Boom 2006**

W.H. van Boom, *Effacious enforcement in contract and tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**Van Boom 2016**

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

**Van Boom & Barendrecht 2000**

W.H. van Boom & J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: I. Brand (red.), *Tijd en onzekerheid*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 45-58.

**Van Boom & Giesen 2001**

W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, afl. 34, p. 1675-1685.

**Boutellier 2005**

H. Boutellier, 'Een nieuwe ordening: een verkenning van de relatie tussen veiligheid, recht en vertrouwen', *RdW* 2005, afl. 3, p. 29-44.

**Brandsma 2004**

F. Brandsma, 'De Code Civil in Winschoten', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXI, p. 17-36.

**Breton 2016**

Chris Breton, 'Going, Going ... Gone! Exploring the Shift Toward Increasing Spectator Protection at Major League Baseball Games', *SSRN Electronic Journal* 2016 (January), p. 1-19.

**Bruggeman 2010**

V. Bruggeman, *Compensating Catastrophe Victims: A Comparative Law and Economics Approach*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010.

**De Bruin e.a. 2012**

G. de Bruin e.a., *Monitor ouderbetrokkenheid in het po, vo en mbo. Tweede meting*, Rotterdam: Ecorys 2012.

**Brunner 1981**

C.J.H. Brunner, 'Over causaliteit en toerekening van schade', *VR* 1981, p. 210-217 & 233-236.

**Buitendijk, Van Toor & Westhoeve 2016**

M. Buitendijk, N. van Toor & M. Westhoeve, 'Overvallen en aansprakelijkheid: hoe voldoet een werkgever aan zijn zorgplicht?', *ArbeidsRecht* 2016/17, afl. 4, p. 7-10.

**Busch 2010**

D. Busch, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van financiële toezichthouders', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht* (Onderneming en recht, deel 57), Deventer: Kluwer 2010, p. 961-1011.

**Busch 2011**

D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

**Carter 1999**

W.B. Carter, 'Introduction: what makes a "field" a field?', *Virginia Journal of Sports and the Law* (1) 1999, afl. 2, p. 235-245.

**Castermans & Den Hollander 2013**

A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade. Annotatie bij HR 14 december 2012, *RvdW* 2013/37', *NTBR* 2013/21, afl. 5, p. 185-195.

**Cauffman 2005**

C. Cauffman, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen: Intersentia 2005.

**CBS 2018**

M. Akkermans e.a., *Veiligheidsmonitor 2017*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2018.

**CEER 2007**

A. Ammermüller, *Violence in European schools: victimization and consequences*, Mannheim: Centre for European Economic Research 2007.

**Cense & Coehoorn 2017**

M. Cense & I. Coehoorn, *Het moet in de genen gaan zitten: Preventie van seksueel grensoverschrijdend gedrag in de sport*, Utrecht: Rutgers 2017.

**Commissie-De Winter 2019**

Commissie-De Winter, *Sector- en themastudies - Commissie Onderzoek naar Geweld in de Jeugdzorg*, Den Haag: Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2019.

**Van Dam 1992**

C.C. van Dam, 'Risico-aanvaarding "afgeschafft": onrechtmatigheid bij sportbeoefening', *NTBR* 1992, afl. 3, p. 110-113.

**Van Dam 1993**

C.C. van Dam, 'Ieder draagt min of meer zijn eigen schade', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Beginselen van vermogensrecht* (BWKJ 1993), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 161-174.



**Van Dam 1995**

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de plaats en inhoud van zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen* (preadvis voor de Nederlandse vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 1995.

**Van Dam 2000**

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

**Van Dam 2002**

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving', in: A.J. Akkermans & E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 103-123.

**Van Dam 2006**

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, Den Haag: WODC, Ministerie van Justitie 2006.

**Van Dam 2015**

C.C. van Dam, 'Taxus revisited. Een kleine taxonomie van het kennisvereiste', *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 229-234.

**Van Dam 2020**

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

**Dek 2002**

A.E. Dek, 'De vuurwerkcramp in Enschede', in: A.J. Akkermans & E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 55-65.

**Di Bella 2013**

L. Di Bella, 'De relativiteit van de onrechtmatige overheidsdaad', *AV&S* 2013/2, afl. 1, p. 5-19.

**Di Bella 2014**

L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

**Di Bella 2016**

L. Di Bella, 'Geen aansprakelijkheid politie voor onterecht verlenen wapenverlof. Een bespreking van de onrechtmatige overheidsdaad aan de hand van Rb. Den Haag 4 februari 2015 (schietpartij Alphen aan den Rijn)', *AV&S* 2016/23, afl. 3, p. 129-132.

**Di Bella 2018**

L. Di Bella, 'Aansprakelijkheid politie voor letselschade schietpartij Alphen aan den Rijn', *AV&S* 2018/27, afl. 5, p. 144-149.

**Van Dijk 2018**

G. van Dijk, 'U vraagt, wij draaien iets anders. Een empirische studie naar wat benadeelden zoeken en krijgen in zaken over seksueel misbruik door de rooms-katholieke kerk', *TVP* 2018, afl. 3, p. 101-111.

**Van Dijk 1999**

Chr.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid bij medische fouten vindt navolging', *A&V* 1999, afl. 2, p. 37-41.

**Van Dijk 2003**

Chr.H. van Dijk, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars', *NTBR* 2003, afl. 4, p. 188-196.

**Van Dijk 2006**

Chr.H. van Dijk, 'De Hoge Raad stemt in met het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid', *NTBR* 2006/44, afl. 7, p. 294-306.

**Van Dijk 2008**

Chr.H. van Dijk, 'Cees C. van Dam, Aansprakelijkheid van toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht voor toekomstig beleid, WODC-rapport', *O&A* 2008/6, afl. 1, p. 33-44.

**Van Dijk 2011**

Chr.H. van Dijk, 'Verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig', *AV&S* 2011/2, afl. 1, p. 5-21.

**Dijkshoorn 2011**

W. Dijkshoorn, 'De leer van de redelijke toerekening: back to the eighties', *AV&S* 2011/30, afl. 6, p. 257-268.

**DJI 2017a**

Dienst Justitiële Inrichtingen, *Forensische zorg in getal 2012-2016*, Den Haag: Dienst Justitiële Inrichtingen 2017.

**DJI 2017b**

Dienst Justitiële Inrichtingen, *Informatieblad Forensische zorg*, Den Haag: Dienst Justitiële Inrichtingen 2017.

**DJI 2018**

Dienst Justitiële Inrichtingen, *DJI in getal 2013-2017*, Den Haag: Dienst Justitiële Inrichtingen 2018.

**Dobbs, Hayden & Bublick 2016**

D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *Hornbook on Torts* (Hornbook Series), St. Paul, Minnesota: West Academic Publishing 2016.

**Dommering 2004**

E.J. Dommering, 'Een ongelukkige samenloop van omstandigheden', *NTBR* 2004, afl. 2, p. 72-79.

**Dommering-van Rongen 1998**

L. Dommering-van Rongen, 'Recensies. T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade', *NTBR* 1998, afl. 5, p. 151-154.

**Drion 1988**

C.E. Drion, 'Grondslagen van de onrechtmatige overheidsdaad', *Recht en kritiek* 1988, p. 333-363.

**Drion 2005**

C.E. Drion, in: A.R. Bloembergen e.a. (red.), *Van, over en met Huib Drion (1917-2004)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

**DSP-groep 2010**

M. Abraham (m.m.v. P. van Soomeren), *Monitor Keurmerk Veilig Ondernemen 2007-2009. Samen wordt het veiliger*, Amsterdam: DSP-groep 2010.

**DSP-groep 2013**

J. de Kleuver, B. van Dijk & T. Woldedorp, *Het organiseren van veiligheid in een supermarkt. Leidraad voor winkelmanagers en leidinggevendenden*, CBL 2013.

**Van Eck 2018**

M. van Eck, *Wet- en regelgeving toezichthouden bij zwemmen. Een overzicht van wet- en regelgeving bij toezichthouden in badinrichtingen en bij zwemlocaties in oppervlaktewater*, Utrecht: Mulier Instituut 2018.

**Efting, Feenstra & Huisman 2019**

M. Efting, W. Feenstra & C. Huisman, 'Onderzoeksraad: veiligheid samenleving was ondergeschikt aan vrijheid moordenaar en zedendelinquent Michael P.', *de Volkskrant* 28 maart 2019.

**Emaus 2013**

J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Emaus, Enneking & Giesen 2014**

J.M. Emaus, L.F.H. Enneking & I. Giesen, 'Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid bij privatisering van publieke taken: een aanzet tot debat', in: I. Giesen, J.M. Emaus & L.F.H. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 17-34.

**Emaus & Keirse 2013**

J.M. Emaus & A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid', *MvV* 2013, afl. 5, p. 129-137.

**Engelhard & Van Maanen 2008**

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel* (Monografieën BW, deel A15), Deventer: Kluwer 2008.

**Epstein & Sharkey 2016**

R.A. Epstein & C.M. Sharkey, *Cases and materials on torts*, New York: Wolters Kluwer 2016.

**Van Ettekoven e.a. 2018**

B.J. van Ettekoven e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2018: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2018/23, afl. 2, p. 43-98.

**Fisch 1967**

W.B. Fisch, 'Civil Code: notes for an uncelebrated centennial', *North Dakota Law Review* (43) 1967, afl. 3, p. 485-517.

**Foster, Bowers & Nijman 2007**

C. Foster, L. Bowers & H. Nijman, 'Aggressive behaviour on acute psychiatric wards: prevalence, severity and management', *Journal of Advanced Nursing* (58) 2007, afl. 2, p. 140-149.

**Franssen e.a. 2014**

T.W. Franssen e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid', *NTB* 2014/26, afl. 7, p. 218-231.

**Franssen & Van de Sande 2020**

T.W. Franssen & S.A.L. van de Sande, 'Overheidsaansprakelijkheid', *NTB* 2020/4, afl. 1, p. 25-38.

**Franssen & Van Tilborg 2014**

T.W. Franssen & D. van Tilborg, 'Wat niet weet, wat niet deert? De maatstaf voor de toetsing van de wetenschap van de overheid bij gesteld onrechtmatig (zuiver) nalaten', *O&A* 2014/79, afl. 4, p. 132-142.

**Franssen & Van Tilborg 2015**

T.W. Franssen & D. van Tilborg, 'De ingewikkelde zoektocht naar doel en strekking van de geschonden norm', *O&A* 2015/30, afl. 2, p. 57-66.

**Frederiks & Hendriks 2019**

B.J.M. Frederiks & A.C. Hendriks, 'De Wet Bopz wordt vervangen door twee nieuwe wetten. Maar er zijn nog de nodige vragen', *NJB* 2019/1995, afl. 32, p. 2372-2379.

**Frenk 1995**

N. Frenk, 'Ruime toerekening van schade: rechtvaardigingen en remedies', in: P. Abas (red.), *Schademeccum (bundel ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 1995)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

**Gardiner e.a. 1998**

S. Gardiner e.a., *Sports law*, Londen: Cavendish Publishing 1998.

**Van Gelein Vitringa 1919**

J. van Gelein Vitringa, 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1919, p. 23-50.

**Van Gestel & Loth 2019**

R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Voorbij de trias politica. Over de constitutionele betekenis van "public interest litigation"', *AA* 2019, afl. 8, p. 647-655.

**Giard & Van Boom 2006**

R.W.M. Giard & W.H. van Boom, 'De empirische dimensies van zorgplicht. Kanttekeningen bij het *Skeeler*-arrest (HR 25 november 2005, JA 2006, 1, *RvdW* 2005, 132)', *NTBR* 2006/54, afl. 8, p. 360-368.

**Giesen 2002**

I. Giesen, 'Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht. Een beschouwing over de grondslagen en achtergronden van de aansprakelijkheid van (financiële) toezichthouders jegens gedupeerde derden', *AV&S* 2002, afl. 4, p. 97-109.

**Giesen 2004**

I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten. Een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid wegens nalaten, in het bijzonder van toezichthouders* (Studiekring Prof.mr. J. Offerhaus, nieuwe reeks, deel 8), Deventer: Kluwer 2004.

**Giesen 2005a**

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005.

**Giesen 2005b**

I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

**Giesen 2007**

I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Monografieën Privaatrecht, deel 8), Deventer: Kluwer 2007.

**Giesen 2008**

I. Giesen, 'De proportionele benadering in het aansprakelijkheidsrecht', in: I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog. Preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 53-110.

**Giesen 2011**

I. Giesen, '(Dis)proportionele duidelijkheid', *NTBR* 2011/19, afl. 4, p. 149-150.

**Giesen 2013**

I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking. Over causaliteitstoerekening vanuit psychologisch perspectief en de mogelijke gevolgen daarvan voor (de preventieve werking van) het aansprakelijkheidsrecht', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 485-516.

**Giesen 2014**

I. Giesen, 'Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren', in: I. Giesen, J.M. Emaus & L.F.H. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 81-114.

**Giesen 2015**

I. Giesen, 'Aansprakelijkheid na de schietpartij in Alphen aan den Rijn: hoe onbegrijpelijk kan rechtspraak – en het relativiteitsvereiste – zijn?', *WPNR* 2015, afl. 7055, p. 277-279.

**Giesen 2016**

I. Giesen, 'Van Tilburg via Wenen naar Oslo: de Oslo Principles en de impact van "softe" reguleringsinitiatieven in het aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & M.G. Faure (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 35-49.

**Giesen 2018a**

I. Giesen, '(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een "ReL"?' , *NTBR* 2018/19, afl. 5, p. 135-138.

**Giesen 2018b**

I. Giesen, 'Het privaatrecht als instrument in het publieke domein', *NJB* 2018/1645, afl. 31, p. 2316-2321.

**Giesen 2018c**

I. Giesen, 'Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht op de drempel van 2017', in: M. Kruithof (red.), *Inzichten in actueel aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht. ICAV II*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 241-272.

**Giesen e.a. 2009**

I. Giesen e.a., *Aansprakelijkheid in internationaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders gezien vanuit de internationale dimensie*, Utrecht/Amsterdam: Ministerie van Financiën 2009.

**Giesen & Maes 2014**

I. Giesen & K.L. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27, afl. 6, p. 219-232.

**Giesen & Tjong Tjin Tai 2008**

I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog. Preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2008.

**Gijselaar & De Jong 2016**

E.C. Gijselaar & E.R. de Jong, 'Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid', *NTBR* 2016/6, afl. 2, p. 36-45.

**Gilligan 1982**

C. Gilligan, *In a different voice: psychological theory and women's development*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1982.

**Grayson 2000**

E. Grayson, *Sport and the law*, Londen: Butterworth 2000.

**Green 2004**

M.D. Green, 'Multiple tortfeasors under US Law', in: W.V.H. Rogers (red.), *Unification of tort law: multiple tortfeasors*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, p. 261-270.

**Van der Grinten 1968**

W.C.L. van der Grinten, in: W.C.L. van der Grinten & J.C.M. Leyten, *Aansprakelijkheid van en voor minderjarigen en geestelijk gestoorden* (preadviezen uitgebracht voor de Vergadering van de Rechtskundige Afdeling van het Thijmgenootschap op 23 november 1968), Deventer: Kluwer 1968, p. 3-28.

**Haazen 2019**

I. Haazen, 'Relativiteit en causaliteit naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn', *TVP* 2019, afl. 4, p. 143-149.

**Hallal e.a. 2012**

P.C. Hallal e.a., 'Global physical activity levels: surveillance progress, pitfalls and prospects', (380) *Lancet* 2012, afl. 9838, p. 247-257.

**Harte, Van Houwelingen & Van Leeuwen 2017**

J.M. Harte, I. van Houwelingen & M.E. van Leeuwen, *Geweld tegen hulpverleners in de psychiatrie. Aard, omvang en aangifte bij de politie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017.

**Harte, Van Leeuwen & Theuws 2013**

J.M. Harte, M.E. van Leeuwen & R. Theuws, 'Agressie en geweld tegen hulpverleners in de psychiatrie; aard, omvang en strafrechtelijke reactie', *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2013, afl. 5, p. 325-335.

**Hartlief 1995**

T. Hartlief, 'Een (te) vergaande aansprakelijkheid voor sportverenigingen, sportscholen en clubs?', *NJB* 1995, afl. 40, p. 1459-1462.

**Hartlief 1996**

T. Hartlief, 'Sport en aansprakelijkheid', *NTBR* 1996, afl. 2, p. 61-62.

**Hartlief 1997**

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

**Hartlief 2000**

T. Hartlief, 'Proportionele aansprakelijkheid: een introductie', in: A.J. Akkermans, T. Hartlief & M.G. Faure (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 1-25.

**Hartlief 2001**

T. Hartlief, 'Verjaring, rechtszekerheid en billijkheid. Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 en 431 (ARB)', *NTBR* 2001, afl. 2, p. 58-66.

**Hartlief 2002**

T. Hartlief, 'Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2000-2002', *NTBR* 2002, afl. 9, p. 460-478.



**Hartlief 2003**

T. Hartlief, 'De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Het einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-76.

**Hartlief 2004a**

T. Hartlief, 'Het aansprakelijkheidsrecht anno 2004: wat doet de Hoge Raad?', *AV&S* 2004/44, afl. 6, p. 235-249.

**Hartlief 2004b**

T. Hartlief, 'Kelderluik revisited. De kracht van een waarschuwing', *AA* 2004, afl. 12, p. 866-873.

**Hartlief 2005a**

T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, afl. 16, p. 830-834.

**Hartlief 2005b**

T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders: vertrouwen is goed, controle beter? Bespreking van het preadvies van A.A. van Rossum', *NJB* 2005, afl. 22, p. 1126-1130.

**Hartlief 2006a**

T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade? Enkele opmerkingen over afbakening van de kring der gerechtigden in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *TVP* 2006, afl. 4, p. 98-104.

**Hartlief 2006b**

T. Hartlief, 'De grillige ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht met het oog op verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid', *AV&S* 2006/16, afl. 4, p. 96-108.

**Hartlief 2006c**

T. Hartlief, 'Zicht op toezichthoudersaansprakelijkheid na Linda en Vie d'Or', *WPNR* 2006, afl. 6688, p. 799-801.

**Hartlief 2010**

T. Hartlief, 'Van schurken en toezichthouders', *NJB* 2010/490, afl. 10, p. 603.

**Hartlief 2014a**

T. Hartlief, 'Opwinding in het actuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht: "terughoudendheid in de Kazernestraat"?', in: R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op recht* (liber amicorum Gerrit van Maanen), Deventer: Kluwer 2014, p. 177-212.

**Hartlief 2014b**

T. Hartlief, 'Privaatrecht in nood. Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiekrecht', in: E.R. Muller e.a., *Crises, rampen en recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2014-I), Deventer: Kluwer 2014, p. 65-194.

**Hartlief 2014c**

T. Hartlief, 'Een vak apart', *NJB* 2014/2108, afl. 41, p. 2917.

**Hartlief 2015a**

T. Hartlief, 'Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht op de drempel van 2015', in: T. Vanswevelt & B. Weyts (red.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 269-294.

**Hartlief 2015b**

T. Hartlief, 'Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht?', *AA* 2015, afl. 11, p. 914-926.

**Hartlief 2018**

T. Hartlief, in: T. Hartlief e.a. (red.), *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Hartlief 2019**

T. Hartlief, 'Vooruitgang in het recht', *RMThemis* 2019, afl. 1, p. 18-25.

**Hartlief, Hijma & Snijders 2009**

T. Hartlief, J. Hijma & H.J. Snijders, *Advies over doorbreking van de verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid voor het Instituut Asbestslachtoffers*, 2009.

**Hartlief & Tjittes 2004**

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2004, afl. 31, p. 1579-1588.

**Havinga 2010**

T. Havinga, 'Draagt aansprakelijkheidsrecht bij aan de voedselveiligheid? Over de preventieve werking van schadeclaims en aansprakelijkheidsverzekering', *RdW* 2010/31, afl. 1, p. 6-27.

**Hazler 1996**

R.J. Hazler, *Breaking the cycle of violence. Interventions for bullying and victimization*, Washington DC: Accelerated Development 1996.

**Hebly & Lindenberg 2013**

M.R. Hebly & S.D. Lindenberg, 'Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesotheliomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde', *AV&S* 2013/18, afl. 5, p. 162-172.

**Hijma & Olthof 2017**

J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Hofmann/Drion & Wiersma 1959**

H. Drion & K. Wiersma, *Dr. L.C. Hofmann, Het Nederlands verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen, tweede gedeelte (artt. 1388-1492 B.W.)*, Groningen: J.B. Wolters 1959.

**Houben 2005**

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

**Den Hollander 2015**

P.W. den Hollander, 'Fout, maar niet aansprakelijk', in: M.W.C. Feteris e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 101-130.

**Den Hollander 2016**

P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2016.

**Den Hollander 2019**

P.W. den Hollander, 'Aansprakelijkheid van de politie voor onrechtmatige verlening van een wapenverlof: relativiteit, causaliteit en toerekening in de zin van 6:98 BW. Bespreking van HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietpartij Alphen aan den Rijn*)', *O&A* 2019/59, afl. 4, p. 124-131.

**Holthuijsen-van der Kop 2015**

C.C.H.A. Holthuijsen-van der Kop, 'De redelijke toerekening en de deelregels anno 2015: een update', *WPNR* 2015, afl. 7065, p. 520-527.

**Huisman 2017**

P.W.A. Huisman (red.), *Basisboek onderwijsrecht. Een inleiding op de onderwijswet- en regelgeving in primair en voortgezet onderwijs*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017.

**Hulst 2018**

E.H. Hulst, 'Recht doet ertoe, zo niet bestuursrechtelijk, dan toch civielrechtelijk', *TGMA* 2018, afl. 1, p. 13-27.

**IGZ 2016**

Inspectie voor de Gezondheidszorg, *Toetsingskader Terugdringen separeren en afzonderen 2016*, Den Haag: Inspectie voor de Gezondheidszorg 2016.

**ITS 2014**

R. Sijbers e.a., *Monitor sociale veiligheid in en rond scholen*, Nijmegen: ITS 2014.

**IVJ 2014**

Inspectie Veiligheid en Justitie, *Toetsingskader doorlichtingen: de tenuitvoerlegging van de tbs-maatregel in forensisch psychiatrische klinieken*, Den Haag: Inspectie Veiligheid en Justitie 2014.

**James 1952**

F. James, Jr., 'Assumption of risk', *The Yale Law Journal* (61) 1952, afl. 2, p. 141-169.

**Jansen 2012**

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

**Jansen 2018**

K.J.O. Jansen, 'Hoe luiden de kelderluikfactoren?', *NTBR* 2018/14, afl. 4, p. 99-101.

**Jansen, in: GS Onrechtmatige daad**

K.J.O. Jansen, 'Commentaar op art. 6:162 BW' en 'Commentaar op art. 6:163 BW', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer.

**De Jong 2016**

E.R. de Jong, *Voorzorgsverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016.

**De Jong 2019**

E.R. de Jong, 'Urgenda en de beoordeling van macro-argumenten', *MvV* 2019, afl. 4, p. 133-141.

**Jurgens 1996**

G.M.T.J. Jurgens, *Bestuurlijk gedogen* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**Jurgens 2000**

G.M.T.J. Jurgens, 'Overheidsaansprakelijkheid bij gedogen?', *NJB* 2001, afl. 26, p. 1281.

**Keeton e.a. 1984**

W.P. Keeton e.a. (red.), *Prosser & Keeton on the law of torts*, St. Paul, Minnesota: West Publishing Company 1984.

**Keirse 2003**

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.

**Keirse 2007**

A.L.M. Keirse, 'Nieuwe risico's – Wie is er bang voor de magnetron?', *NJB* 2007/1957, afl. 38, p. 2418-2425.

**Keirse 2017**

A.L.M. Keirse, *Schadevoorkomingsplicht. Rapportage over de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht via het aansprakelijkheidsrecht in het kader van het programma Bewust Omgaan met Veiligheid*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 1-81.

**Keirse & Van den Berg 2002**

A.L.M. Keirse & P.A.J. van den Berg, 'Waar rook is, is vuur. Franse lessen inzake aansprakelijkheid en eigen schuld bij schade als gevolg van het roken', *NJB* 2002, afl. 33, p. 1652-1661.

**Keirse & Jongeneel 2013**

A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid* (Monografieën Privaatrecht, deel 16), Deventer: Kluwer 2013.

**Keirse & Ortlep 2017**

A.L.M. Keirse & R. Ortlep, 'Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', *O&A* 2017/2, afl. 1, p. 3-14.

**Keirse & Paijmans 2017**

A.L.M. Keirse, 'In pari delicto; als de pot de ketel verwijt', *MvV* 2017, afl. 7/8, p. 207-219.

**Keirse & Rijnhout 2018**

A.L.M. Keirse & R. Rijnhout, 'Lethal but legal, and where does tort law come in? Een verslag van de Workshop Liability & Insurance, Ius Commune Congres 2017 en een vooruitblik naar het UCALL Jubileum Congres 2018', *TvC* 2018, afl. 1, p. 35-43.

**Keustermans 1983**

J. Keustermans, 'De grondslag van de ouderlijke aansprakelijkheid', in: H. Gilliams & J. Keustermans (red.), *Inhoudstafel: 20 jaar Jura Falconis*, Leuven: Jura Falconis 1983, p. 31-55.

**Klaassen 1991**

C.J.M. Klaassen, *Risicoaansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3. NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

**Klaassen 2007**

C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?', *NJB* 2007/1164, afl. 22, p. 1346-1362.

**Klaassen 2008**

C.J.M. Klaassen, 'PETL: Multiple tortfeasors (art. 9:101-102)', *AV&S* 2008/25, afl. 4, p. 177-186.

**Klaassen 2012**

C.J.M. Klaassen, 'De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader? Enkele opmerkingen over (het bewijs bij) causaliteitsonzekerheid', in: *Causaliteitsperikelen. Preadvies voor de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 1-30.

**Klaassen 2017**

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW, deel B35), Deventer: Kluwer 2017.

**Klik 1994**

P. Klik, *Onderzoek doen naar Amerikaans recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994.

**Knigge, Van Boom & De Keijser 2018**

M.W. Knigge, W.H. van Boom & J.W. de Keijser, 'Minder gezichtspunten, betere sturing? Over de gevolgen van de beperking van het aantal gezichtspunten op juridische oordeelsvorming', *NTBR* 2018/37, afl. 9/10, p. 270-279.

**KNVB 2013**

KNVB, *Tegen geweld, voor sportiviteit*, KNVB 2013.

**Kollen 2004**

F.C. Kollen, *Bundel sport en recht 2004*, Deventer: Kluwer 2003.

**Van der Kooij 2019**

D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Kortmann 2005**

J.S. Kortmann, *Altruïsm in private law* (diss. Oxford), Oxford: Oxford University Press 2005.

**Kortmann 2009**

J.S. Kortmann, *The tort law industry* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2009.

**Kortmann 2012**

J.S. Kortmann, 'Meervoudige causaliteit; over alternativiteit bij daders én benadeelden', in: *Causaliteitsperikelen. Preadvies voor de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 31-61.

**Kortmann 2014**

J.S. Kortmann, 'Korte reactie op "Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren"', in: I. Giesen, J.M. Emaus & L.F.H. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 115-122.

**Kortmann & Van der Grinten 2012**

C.N.J. Kortmann & J.H.A. van der Grinten, 'Artikel 6:98 opgepoetst', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 273-295.

**Köster 1963**

H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid. De betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding* (oratie Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.

**Kuppens, Van Ham & Ferwerda 2013**

J. Kuppens, T. van Ham & H. Ferwerda, *Rem de ontremming. Naar een innovatieve aanpak van geweld en overlast tijdens uitgaan en evenementen. Tussenrapportage*, Arnhem: Bureau Beke 2013.

**Lake 1994**

P.F. Lake, 'Revisiting Tarasoff', *Albany Law Review* (58) 1994, afl. 1, p. 97-173.

**Langelaar 1997**

K. Langelaar, "'In beginsel moet ieder de door hem zelf geleden schade dragen" (Asser-Hartkamp III). Waarom eigenlijk?', *NJB* 1997, afl. 34, p. 1581-1587.

**Langemeijer 1934**

G.E. Langemeijer, 'Onrechtmatige daad en concurrentiestrijd', *NJB* 1934, afl. 36, p. 617-622.

**Langemeijer 1940**

G.E. Langemeijer, 'De praktische betekenis van de relativiteit der onrechtmatige daad', *NJB* 1940, afl. 17, p. 385-396 en afl. 18, 413-425.

**Langemeijer 2010**

F.F. Langemeijer, *Het slachtoffer en het strafproces*, Deventer: Kluwer 2010.

**Lankhorst 1992**

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

**Lapouble 1999**

J.C. Lapouble, *Droit du sport*, Parijs: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1999.

**Lee e.a. 2012**

M.I. Lee e.a., 'Effect of physical inactivity on major non-communicable diseases worldwide: an analysis of burden of disease and life expectancy', *Lancet* (380) 2012, afl. 9838, p. 219-229.

**Leenen e.a. 2017**

H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

**Van der Linden 2015**

S. van der Linden, 'Dronkenlap (18) ramt winkel tankstation A58 Moergestel: chocoladerepen onder de motorkap', *Omroepbrabant.nl* 27 september 2015.

**Lindenbergh 2006**

S.D. Lindenbergh, 'Longkanker door asbest en/of roken: proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband', *AA* 2006, afl. 10, p. 736-741.

**Lindenbergh 2007**

S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Lindenbergh 2014**

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW, deel B34), Deventer: Kluwer 2014.

**Lindenbergh 2018**

S.D. Lindenbergh, in: T. Hartlief e.a. (red.), *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Lindenbergh & Pape 2011**

S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2', *AA* 2011, afl. 9, p. 720-725.

**Locré de Roissy 1828**

J. Locré de Roissy, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France: Code Civil*, Parijs: Treuttel et Würtz 1828.

**Ludden 2013**

M.J. Ludden, 'Take me out to the ballgame... but bring a helmet: reforming the "Baseball Rule" in light of recent fan injuries at baseball stadiums', *Marquette Sports Law Review* (24) 2013, afl. 1, p. 123-140.



**Van Maanen 2007**

G.E. van Maanen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht. Weging van argumenten en juridische technieken naar aanleiding van de Enschedese vuurwerkcramp', *RMThemis* 2007, afl. 4, p. 127-140.

**Van Maanen 2008**

G.E. van Maanen, 'De Nederlandse kelderluikarresten. Al meer dan honderd jaar – rechtseconomisch (!) – op de goede weg in Europa', *NTBR* 2008/5, afl. 1, p. 42-49.

**Van Maanen 2013**

G.E. van Maanen, 'Relativiteit. Het geheime wapen van de rechter', *AA* 2013, afl. 2, p. 153-159.

**Maes 2016**

K.L. Maes, 'De reikwijdte van de primaire en secundaire private zorgplicht: gelijke monniken, gelijke kappen?', *AV&S* 2016/2, afl. 1, p. 4-16.

**Maes 2017a**

K.L. Maes, 'Over de zoektocht naar en de grenzen van secundaire aansprakelijkheid na het schietincident in Alphen aan den Rijn', *TVP* 2017, afl. 4, p. 120-128.

**Maes 2017b**

K.L. Maes, 'De overheid als secundaire aansprakelijke partij in het civiele (letselschade)recht', in: C. de Beer e.a. (red.), *Overheidsaansprakelijkheid in milieu- en gezondheidszaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017, p. 35-51.

**Maes 2018**

K.L. Maes, 'Het hoger beroep inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn: hoe gerechtigheid zegevierde, en de geest in de fles bleef', *TVP* 2018, afl. 3, p. 75-88.

**Mann & Roberts 2016**

R.A. Mann & B.S. Roberts, *Business law and the regulation of business*, Boston: Cengage Learning 2016.

**Van Marle 2012**

H.J.C. van Marle, 'Het onlosmakelijke geweld in de psychiatrie', *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2012, afl. 5, p. 405-407.

**Van der Meer 2000**

B. van der Meer, *School en geweld: oorzaken en aanpak*, Assen: Van Gorcum 2000.

**Meijer 2015**

R. Meijer, 'Relativiteitsperikelen: Wet wapens en munitie geen schild tegen concrete (vermogens)schade?', *MvV* 2015, afl. 3, p. 75-80.

**Menting 2015**

M.C. Menting, '(R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR Achmea/Rijnberg', *NTBR* 2015/16, afl. 4, p. 104-111.

**Menting 2016**

M.C. Menting, *Industry codes of conduct in a multi-layered Dutch private law* (diss. Tilburg), Tilburg: Prisma Print 2016.

**Meurkens 2014**

R.C. Meurkens, *Punitive damages: the civil remedy in American Law. Lessons and caveats for Continental Europe* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2014.

**Middelhoven & Driessen 2001**

L.K. Middelhoven & F.M.H.M. Driessen, *Geweld tegen werknemers in de (semi-)openbare ruimte. Een onderzoek in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van het Ministerie van Justitie*, Utrecht: Bureau Driessen 2001.

**Milo 2010**

J.M. Milo, 'Tweehonderd jaren privaatrechtelijke codificatie: het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland. Perspectieven voor verleden en heden', in: J.H.A. Lokin, J.M. Milo & C.H. van Rhee (red.), *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland. Opstellen over (de geschiedenis van) het privaatrecht naar aanleiding van het tweede eeuwfeest van het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, Groningen: Stichting het Groningsch Rechtshistorisch Fonds 2010, p. 1-20.

**Moens 1886**

P.L. Moens, *Verantwoordelijkheid voor schade door anderen veroorzaakt* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1886.

**Motivaction 2019**

Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, *Risico- en crisisbarometer. Basismeting voorjaar 2019*, Amsterdam: Motivaction 2019.

**Mulier Instituut 2018**

D. Romijn & J. van Kalmthout, *VSK Monitor 2018*, Utrecht: Mulier Instituut 2018.

**Neerhof 2007**

A.R. Neerhof, 'Over onrechtmatigheid van toezichts- of handhavingsfalen, mensenrechten en aansprakelijkheid', *O&A* 2007/106, afl. 6, p. 184-200.

**Nieuwenhuis 1997**

J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het Pikmeer* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1997.

**Nieuwenhuis 2006**

J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RMThemis* 2006, afl. 5, p. 177-178.

**Nieuwenhuis 2008**

J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden. Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts*, Deventer: Kluwer 2008.

**Nij Bijvank 2012**

P.H.J. Nij Bijvank, 'Tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van betaaldvoetbalorganisaties voor wanordelijkheden in stadions', *TvS&R* 2012, afl. 1, p. 10-17.

**Nijman e.a. 2005**

H. Nijman e.a., 'Psychiatric nurses' experiences with inpatient aggression', *Aggressive Behavior* (31) 2005, afl. 3, p. 217-227.

**Nijman & Geurkink 2004**

H. Nijman & M. Geurkink, 'Agressie van gedetineerden met psychiatrische stoornissen', *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2004, afl. 9, p. 601-609.

**Van Nispen 2018**

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Monografieën BW, deel A11), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**NOC\*NSF 2017**

K.G. de Vries, C.I.J.M. Ross-van Dorp & B.E.P. Myjer, *Rapport van de Onderzoekscommissie seksuele intimidatie en misbruik in de sport*, Nieuwegein: Arko Sports Media 2017.

**NOC\*NSF 2018**

S. Korbee, J. Bosch & S. De Kort, *Zo sport Nederland: Trends en ontwikkelingen in sportdeelname (2013-2018)*, Arnhem: NOC\*NSF 2018.

**Nolen 2016**

M.F. Nolen, 'De betekenis van opzet en karakter van het wetsvoorstel Modernisering Wet voortgezet onderwijs', *NTOR* 2016, afl. 2, p. 90-101.

**Nuninga 2018**

W.Th. Nuninga, 'Recht, plicht, schade, begroting', *WPNR* 2018, afl. 7189, p. 294-301.

**Oderkerk 1999**

A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

**Oldenhuis 2014**

F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Monografieën BW, deel B46), Deventer: Kluwer 2014.

**Opdam 2020**

M. Opdam, 'Aansprakelijkheid Politie voor schietincident Alphen aan den Rijn', *Bb* 2020/5, afl. 2, p. 33-35.

**Van Orsouw 2010**

E.M. van Orsouw, 'Vuurwerkcramp Enschede: de Staat gaat vrijuit', *MvV* 2010, afl. 10, p. 256-263.

**OVV 2019**

Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Forensische zorg en veiligheid. Lessen uit de casus Michael P.*, Den Haag: Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019.

**Owen e.a. 1998**

C. Owen e.a., 'Repetitively violent patients in psychiatric units', *Psychiatric Services* (49) 1998, afl. 11, p. 1458-1461.

**Paijmans 2013**

B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013.

**Paijmans 2015**

B.M. Paijmans, 'Sport en spel. In de verlenging?', *L&S* 2015, afl. 4, p. 5-27.

**Paijmans 2019**

B.M. Paijmans, 'Kroniek: aansprakelijkheidsrecht – de jongste loot aan de stam van de kronieken', *School & Wet* 2019, afl. 2, p. 18-27.

**Paijmans & Goedhart 2017**

B.M. Paijmans & B. Goedhart, 'Gymongevallen, wanneer is een school aansprakelijk?', *VR* 2017/41, afl. 4, p. 131-138.

**Pape 2006**

S.B. Pape, 'De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2006/56, afl. 9, p. 374-382.

**Pape 2012**

S.B. Pape, 'Waarschuwingen op producten zijn geen veiligheidswondermiddelen. De implicaties ervan voor productaansprakelijkheid', *TvC* 2012, afl. 5, p. 216-224.

**Parl. Gesch. Boek 6 BW**

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6, algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

**Penterman 2006**

E.J.M. Penterman, 'Agressie tijdens crisisdiensten van de ggz', *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2006, afl. 6, p. 477-480.

**Pieterman, Dekker & Elffers 2005**

R. Pieterman, P. Dekker & H. Elffers, 'Vertrouwen, veiligheid en *good governance*: trends, thema's en nieuwe vragen', *RdW* 2005, afl. 3, p. 1-14.

**Pintens 1998**

W. Pintens, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 1998.

**Ploem 2007**

M.C. Ploem, 'Is er een dokter in de zaal? Aansprakelijkheid bij hulpverlening in noodgevallen', *NJB* 2007/1359, afl. 26, p. 1605-1609.

**Polak e.a. 2008**

J.E.M. Polak e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2008/48, afl. 2A, p. 101-126.

**Politie en Wetenschap 2013**

P. Duijvesteijn e.a., *Excessief geweld op en om de voetbalvelden. Praktijkonderzoek naar omvang, ernst en aanpak van voetbalgeweld*, Amsterdam: Reed Business 2013.

**Praktikon 2018**

W. Nelen e.a., *Monitor sociale veiligheid in en rond scholen*, Nijmegen: Praktikon 2018.

**Van der Putt-van Vessem 2007**

I. van der Putt-van Vessem, 'Aansprakelijkheid van scholen. Schade als gevolg van pesten', *PIV-Bulletin* 2007, afl. 3, p. 1-5.

**Quanbeck 2006**

C. Quanbeck, 'Forensic psychiatric aspects of inpatient violence', *Psychiatric Clinics of North America* (29) 2006, afl. 3, p. 743-760.

**Van Ravels 2007**

B.P.M. van Ravels, 'Kroniek overheidsaansprakelijkheid 2005/2006', *AV&S* 2007/19, afl. 3, p. 126-135.

**Van Ravels 2010**

B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2010/8, afl. 2, p. 34-46.

**Van Ravels 2015**

B.P.M. van Ravels, 'Causaliteit: afstemming van causaliteitsleren in het besluiten aansprakelijkheidsrecht', in: M.W.C. Feteris e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 667-704.

**Resohardjo, Meijer & Caroll 2018**

S.L. Resohardjo, M. Meijer & B.J. Caroll, 'Het monstertruckdrama in Haaksbergen en het vertrek van burgemeester Gerritsen', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2018, afl. 3, p. 3-18.

**Rijnhout e.a. 2013**

R. Rijnhout e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2013/20, afl. 5, p. 171-184.

**Rijnhout e.a. 2016**

R. Rijnhout e.a., 'Agressie van jeugdige voetballers en de rol van het recht: kennis en (on)begrip van de (spel)regels empirisch getoetst', *AV&S* 2016/34, afl. 5, p. 171-179.

**Roelofs 2010**

L.C. Roelofs, 'Causaliteit. HR 18 december 2009, *RvdW* 2010, 33', *TVP* 2010, afl. 2, p. 52-58.

**Rogers 2004**

W.V.H. Rogers, 'Comparative report on multiple tortfeasors', in: W.V.H. Rogers (red.), *Unification of tort law: multiple tortfeasors*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, p. 271-309.

**Van Rooij 2017**

A.E. van Rooij, *Orde in het semipublieke domein. Particuliere en publiek-private orderegulering in juridisch perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2017.

**Van Rooij 2018**

A.E. van Rooij, 'Particuliere handhaving van de openbare orde. Over schadevoorkoming, goed beheerderschap en de bescherming van de toegankelijkheid van het semipublieke domein', *AA* 2018, afl. 2, p. 174-178.

**Van Rooij, in: T&C Openbare orde en veiligheid 2019**

A.E. Van Rooij, commentaar op art. 21 Dhw in: E.R. Muller e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Openbare orde en veiligheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Van Rossum 2001**

A.A. van Rossum, *Falend toezicht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

**Van Rossum 2005**

A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', in: *Toezicht. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2005-I), Deventer: Kluwer 2005, p. 1-133.

**Ruddick 1989**

S. Ruddick, *Maternal thinking*, Boston: Beacon Press 1989.

**Schelhaas 2017**

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW, deel A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Scheltema & Scheltema 2013**

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013.

**Schirmeister 1996**

F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht* (diss. Amsterdam VU), Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1996.

**Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019**

R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 2. Rechtsbescherming, overheidsaansprakelijkheid* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Schreuder 2017**

A.I. Schreuder, 'Schuld en schadevergoeding: hoe kleurt de zwaarte van de schuld van de aansprakelijke partij het schadevergoedingsdebat?', *MvV* 2017, afl. 7/8, p. 236-242.

**Schut 1997**

G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**Schwartz 1994**

V.E. Schwartz, *Comparative negligence*, Charlottesville: Lexis Law Publishing 1994.

**Schwartz & Appel 2011**

V.E. Schwartz & C.E. Appel, 'Reshaping the traditional limits of affirmative duties under the Third Restatement of Torts', *The John Marshall Law Review* (44) 2011, afl. 2, p. 319-351.

**Schwartz, Kelly & Partlett 2015**

V.E. Schwartz, K. Kelly & D.F. Partlett, *Prosser, Wade, and Schwartz's Torts cases and materials* (University Casebook Series), St. Paul, Minnesota: West Academic Publishing 2015.

**SCP 2007**

A. Tiessen-Raaphorst & K. Breedveld, *Een gele kaart voor de sport. Een quick scan naar wenselijke en onwenselijke praktijken in en rondom de breedtesport*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2007.

**SCP 2013**

L. Herweijer, R. Vogels & I. Andriessen, *Samen scholen: ouders en scholen over samenwerking in basis- en voortgezet onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2013.

**SCP 2015**

Z.H. Tiessen-Raaphorst, *Rapportage Sport 2014*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2015.

**SCP 2018**

H. van der Poel e.a., *Rapportage Sport 2018*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2018.

**Sieburgh 2000**

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.

**Sieburgh 2004**

C.H. Sieburgh, 'Schade naar aanleiding van sport en spel', *Bb* 2004/25, afl. 9, p. 85-88.

**Siekman & Soek 2012**

R.C.R. Siekman & J. Soek, *Lex Sportiva: what is sports law?*, Den Haag: TMC Asser Press 2012.

**Smeehuijzen 2008**

J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008.

**Spier 1990**

J. Spier, *Sluipende schade* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1990.

**Spruit, Feenstra & Bongenaar 1994**

J.E. Spruit, R. Feenstra & K.E.M. Bongenaar, *Copius Iuris Civilis. Tekst en Vertaling II. Digesten, Boek 1 tot 10*, Zutphen: Walburg Pers 1994.

**Van Stekelenburg 2009**

M.C. van Stekelenburg, *De betere byte in de strijd om het gelijk. Een onderzoek naar de betrouwbaarheid van elektronische gegevens als bewijsmiddel in het Nederlandse, Duitse en Amerikaanse civiele bewijsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Delft: Eburon 2009.



**De Tavernier 2014**

P.C.J. De Tavernier, 'De zorgplicht van scholen. Proefschrift van B.M. Paijmans', *MvV* 2014, afl. 1, p. 22-25.

**Terry 1915**

H.T. Terry, 'Negligence', *Harvard Law Review* (29) 1915, afl. 1, p. 40-54.

**Teuben 2004**

K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

**Van Tilburg 2012**

F.A. van Tilburg, *Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2012.

**Tjong Tjin Tai 2005**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Gevaarzetting en risicoverhoging', *WPNR* 2005, afl. 6620, p. 364-374.

**Tjong Tjin Tai 2006a**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006.

**Tjong Tjin Tai 2006b**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Proportionele aansprakelijkheid in het algemene aansprakelijkheidsrecht', *Bb* 2006/28, afl. 11, p. 98-100.

**Tjong Tjin Tai 2007**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Nalaten als onrechtmatige daad', *NJB* 2007/2071, afl. 40, p. 2540-2546.

**Tjong Tjin Tai 2011**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2011/1750, afl. 34, p. 2264-2271.

**Tjong Tjin Tai 2016**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schade, causaliteit en schadebegroting', *WPNR* 2016, afl. 7108, p. 383-387.

**Tjong Tjin Tai 2017**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Ouders en kinderen als partij bij een overeenkomst', *WPNR* 2017, afl. 7159, p. 551-557.

**Tjong Tjin Tai 2019**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid', *RMThemis* 2019, afl. 1, p. 26-32.

**TNO 2013**

F.J.J. ten Voorde e.a., *Vrijheidsbeperking in de GGZ: veldnorm insluiting*, Den Haag: TNO 2013.

**TNO 2015**

V.H. Hildebrandt, C.M. Bernaards & H. Hofstetter (red.), *Trendrapport: Bewegen en gezondheid 2000/2014*, Leiden: TNO 2015.

**Trimbos-instituut 2013**

F.X. Goossens e.a., *Het grote uitgaansonderzoek 2013. Uitgaanspatronen, middelengebruik en risicogedrag onder uitgaande jongeren en jongvolwassenen*, Utrecht: Trimbos-instituut 2013.

**Trimbos-instituut 2015**

J. Mulder, *Model Preventie- en Handhavingsplan voor de Uitvoering van Drank- en Horecawet*, Utrecht: Trimbos-instituut 2015.

**Trimbos-instituut 2016**

K. Monshouwer e.a., *Het grote uitgaansonderzoek 2016. Uitgaanspatronen, middelengebruik en risicogedrag onder uitgaande jongeren en jongvolwassenen*, Utrecht: Trimbos-instituut 2016.

**Trimbos-instituut 2017**

J. de Greeff e.a., *Alcohol en drugs bij evenementen: leidraad voor gemeenten 2.0*, Utrecht: Trimbos-instituut 2017.

**Van 2002**

A.J. Van, 'De Legionella-epidemie na de Westfriese Flora', in: A.J. Akkermans & E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 39-54.

**Vansweevelt & Weyts 2009**

T. Vansweevelt & B. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009.

**Varnham 2000**

S. Varnham, 'Just a harmless pat on the bottom? – When may a school be held liable in respect of peer to peer or teacher to student sexual harassment?', *Australia & New Zealand Journal of Law & Education* (5) 2000, afl. 1, p. 34-52.

**VeiligheidNL 2019a**

C. Stam & H. Valkenberg, *Sportblessures in Nederland: cijfers 2018*, Amsterdam: VeiligheidNL 2019.

**VeiligheidNL 2019b**

H. Valkenberg & S. Nijman, *Alcoholvergiftigingen en ongevallen met alcohol. SEH-bezoeken 2018*, Amsterdam: VeiligheidNL 2019.

**Van Velzen 2006**

J. van Velzen, 'Legionella / De stille ramp', *Trouw* 11 september 2006.

**Verheij 2013**

A.J. Verheij, 'Immunititeiten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?', in: N.J. Schrijver e.a., *Immunititeiten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2013-I), Deventer: Kluwer 2013, p. 63-142.

**Verheij 2014**

A.J. Verheij, 'De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel voor een hanteerbare toets', *NTBR* 2014/12, afl. 3, p. 95-104.

**Verheij 2019**

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht, deel. 4), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Verheij 2020**

A.J. Verheij, 'Van Duwbak Linda naar Schietincident Alphen aan den Rijn', *MvV* 2020/3, p. 122-128.

**Vermeersch 2009**

A. Vermeersch, *Europese spelregels voor sport: voerzicht van het Europees sportbeleid in wording en de toepassing van het Europees recht op sport*, Antwerpen: Maklu 2009.

**Vermeulen 1999**

B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag: Elsevier 1999.

**Vermeulen 2006**

J. Vermeulen, 'Aanscherping van de veiligheid binnen sport met behulp van zelfregulering voor en door sportorganisaties', *AA* 2006, afl. 10, p. 692-701.

**Vermolen & Van Boom 2017**

J.M. Vermolen & W.H. van Boom, 'Wetgeving en claimcultuur: rationeel proces of politiek ritueel?', *NTBR* 2017/35, afl. 8, p. 245-252.

**Vletter-van Dort 2015**

H.M. Vletter-van Dort, 'De AFM is niet tekortgeschoten als toezichthouder op DSB', *Ondernemingsrecht* 2015/23, afl. 4, p. 139-141.

**Voskamp 2018**

S. Voskamp, *Onderwijsvereenkomst. Contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018.

**Vranken 1994**

J.B.M. Vranken, 'Het alles of niets bij exoneratiebedingen', *WPNR* 1994, afl. 6142, p. 453-454.

**De Vries e.a. 2011**

S. de Vries e.a., 'Geweld tegen psychiatrische patiënten in Nederland', *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid* 2011, afl. 1/2, p. 8-19.

**Weinstock e.a. 2006**

R. Weinstock e.a., 'Back tot he past in California: a temporary retreat to a Tarasoff duty to warn', *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* (34) 2006, afl. 4, p. 523-528.

**Wesselink, Schuilenburg & Van Calster 2009**

L. Wesselink, M. Schuilenburg & P. van Calster, 'De collectieve winkelontzegging', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2009, afl. 2, p. 65-78.

**Wiarda 1988**

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

**Van der Wiel 2005**

B.T.M. van der Wiel, 'De aansprakelijkheid van toezichthouders', *MvV* 2005, afl. 7/8, p. 158-162.

**Van der Wiel 2007**

B.T.M. van der Wiel, 'Kroniek algemeen deel aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2007/29, afl. 4, p. 175-191.

**Van Wijk e.a. 2017**

A.Ph. van Wijk e.a., 'Seksueel grensoverschrijdend gedrag in de sport. Een beschrijvend onderzoek naar aard en aanpak en aanbevelingen ter verbetering', *TvS&R* 2017, afl. 4, p. 62-72.

**Wijne, in: *GS Onrechtmatige daad***

R.P. Wijne, 'Medische aansprakelijkheid', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer.

**Wildenburg 2003**

R.H.J. Wildenburg, 'Sport en spel. HR 28 maart 2003, RvdW 2003, 64 (Botsende Schaatsers). HR 28 maart 2003, RvdW 2003, 63 (Wytmarsumer Merke)', *TVP* 2003, afl. 2, p. 55-58.

**Wilson Elser 2013**

Wilson Elser, *Joint and several liability. 50-state survey*, Wilson Elser 2013.

**Wissenburg 1991**

M.L.J. Wissenburg, *Aristoteles over rechtvaardigheid: een inleiding op Aristoteles en de Ethica Nicomachea, Boek V*, Nijmegen: University of Nijmegen 1991.

**WODC 2016**

J.G. Ramaekers e.a., *Middelengebruik en geweld. Een literatuurstudie naar de relatie tussen alcohol, drugs en geweld*, Den Haag: WODC 2016.

**Wolters 2013**

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval – een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013.

**Wolters 2015**

P.T.J. Wolters, 'Het vaste gewicht van de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde', *AV&S* 2015/3, afl. 1, p. 15-25.

**Van Zwieten, De Vroome & Van den Bossche 2015**

M. van Zwieten, E. de Vroome & D. van den Bossche, *Monitor Veilig Publieke Taak 2015. Rapportage voor Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Programma Veilige Publieke Taak*, Leiden: TNO 2015.

**Zweigert & Kötz 1998**

K. Zweigert & H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford: Clarendon Press 1998.



# JURISPRUDENTIEREGISTER

## NEDERLANDSE RECHTSPRAAK

### HOGE RAAD

HR 1 februari 1915, ECLI:NL:HR:1915:165, NJ 1915/573.

HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919/161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

HR 30 oktober 1925, ECLI:NL:HR:1925:302, NJ 1926/157, m.nt. P. Scholten (*Aldebaran*).

HR 20 november 1936, ECLI:NL:HR:1936:262, NJ 1937/451, m.nt. P. Scholten (*Kallus/Van Roode*).

HR 11 februari 1955, ECLI:NL:HR:1955:20, NJ 1955/218, m.nt. L.E.H. Rutten (*Balkonleuning*).

HR 4 november 1955, ECLI:NL:HR:1955:157, NJ 1956/1, m.nt. L.E.H. Rutten (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*).

HR 8 januari 1960, ECLI:NL:HR:1960:129, NJ 1960/415, m.nt. J.H. Beekhuis (*Spear/Hausemann en Hötte*).

HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten (*Schade waterwingebied*).

HR 24 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5021, NJ 1970/406, m.nt. G.J. Scholten (*Romano Import*).

HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149, m.nt. G.J. Scholten (*Struikelende broodbezorger*).

HR 23 mei 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB5724, NJ 1976/24 (*Schoolreisje*).

HR 15 februari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC4005, NJ 1980/327, m.nt. G.J. Scholten (*NPRC/Atlas en Milchsack*).

HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, NJ 1981/227, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Dam/Beukeboom*).

HR 20 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4154, NJ 1981/418 (*FRAM BV/Bedrijfsvereniging Bank- & Verzekeringswezen*).

HR 6 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4257, NJ 1982/567, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bloedprik*).

HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, NJ 1982/614, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natronloog*).

HR 14 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AJ5212, NJ 1985/736 (*Smit/Brevoord*).

HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3285, NJ 1988/210, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*AGO/NCB*).

HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0344, NJ 1989/29, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Veenbroei*).

HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, NJ 1989/729, m.nt. C.J.H. Brunner (*Spekman/Baetens*).

HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9286, NJ 1989/283 (*X./Sint Elisabeth's*).

HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2673, NJ 1992/619 m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Delta Lloyd*).

HR 12 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2674, NJ 1992/620, m.nt. C.J.H. Brunner (*Geerts/Ten Dam*).

HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, NJ 1992/621, m.nt. C.J.H. Brunner (*Tennisbal*).

- HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natrappen bij voetbal*).
- HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0483, NJ 1992/302 (*Kortekaas/Bethlehem*).
- HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547, m.nt. C.J.H. Brunner (*Busluis*).
- HR 25 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0691, NJ 1992/751 (*Alpuro/Dijkhuizen*).
- HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535, m.nt. C.J.H. Brunner (*DES*).
- HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*).
- HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, NJ 1996/376, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Wijs/Bergmans*).
- HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, NJ 1996/403, m.nt. C.J.H. Brunner (*Zwiepende tak*).
- HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, NJ 1997/175, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Heel/Korver*).
- HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*).
- HR 6 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1836, NJ 1998/190, m.nt. C.J.H. Brunner (*Turnster*).
- HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, NJ 1997/219 (*Du Pont de Nemours/Hermans*).
- HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/H*).
- HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2723, NJ 1998/831 (*Nacap/Shellfish*).
- HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).
- HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, NJ 2000/159, m.nt. A.R. Bloembergen (*Breugem en Stolze Kwekerij/Rockwool*).
- HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4004, NJ 2000/351, m.nt. C.J.H. Brunner (*N./M.*).
- HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese/De Schelde*).
- HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, NJ 2000/584, m.nt. C.J.H. Brunner (*St. Willibrord/V*).
- HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649, m.nt. J.B.M. Vranken & F.C.B. van Wijmen (*Trombose*).
- HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1065, NJ 2001/572, m.nt. M.M. Mendel.
- HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7010, NJ 2004/556, m.nt. J. Hijma (*Bunink/Manege Nieuw Amstelland*).
- HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, NJ 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella*).
- HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, NJ 2003/718, m.nt. C.J.H. Brunner (*Witmarsumer Merke*).
- HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2680, NJ 2003/719, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schaatsongeval*).
- HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103, m.nt. C.E. du Perron (*Van Zuylen/Rabobank Schaijk-Reek*).
- HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0830, NJ 2003/660 (*Zeeuws weggetje*).
- HR 21 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0502.
- HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1239, NJ 2004/238 (*Midgetgolf*).
- HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1237, NJ 2004/272 (*Sleutelbus*).
- HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma; AB 2005/127, m.nt. F.J. van Ommeren (*Duwbak Linda*).
- HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*).
- HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*).
- HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006/377, m.nt. H.J. Snijders & F.C.B. van Wijmen (*Protocol-II*).
- HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, NJ 2008/460, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Bayar/Wijnen*).
- HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeeler*).
- HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378, m.nt. M.M. van Mendel (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).



- HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.nt. M.R. Mok (*Pharmacia/Cosmétique*).
- HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*).
- HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, NJ 2006/244 (*Bidtpollen/Miedema*).
- HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/529; JA 2007/2, m.nt. W.H. van Boom (*Vie d'Or*).
- HR 31 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9178, NJ 2007/79, m.nt. N. Keijzer (*Minerva*).
- HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca c.s./Amicon c.s.*).
- HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0129, NJ 2007/450, m.nt. H.J. Snijders (*SKOL/Van Tol*).
- HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Groot/Io Vivat*).
- HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*).
- HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABN AMRO*).
- HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, NJ 2008/375, m.nt. N. Keijzer (*Strafkamer*).
- HR 12 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7596.
- HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, m.nt. T. Hartlief (*Vuurwerkkramp Enschede*).
- HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde (*ASMI*).
- HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).
- HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, NJ 2011/449, m.nt. E.J. Dommering (*Pretium/Tros*).
- HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0567, NJ 2011/406, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Melchemie/Delbanco*).
- HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9994, NJ 2012/405, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Van den Hoek/Pots*).
- HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2324, NJ 2012/199, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eiseres/ROC*).
- HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, NJ 2011/598, m.nt. T. Hartlief (*De Rooyse Wissel*).
- HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*).
- HR 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5354 (*Student/Mondriaan College*).
- HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98, m.nt. T. Hartlief (*SVB/Van de Wege*).
- HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7196.
- HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47, NJ 2013/366 (*Martina/Curaçao*).
- HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20, m.nt. M.M. Mendel & H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*).
- HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, NJ 2015/217, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Band/AFM*).
- HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, NJ 2015/241, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hoekzema/Bedrijfstak Pensioenfonds*).
- HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, NJ 2017/73, m.nt. J. Spier (*Elektriciteitskabels marktkramen*).
- HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, NJ 2018/115.
- HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, NJ 2017/313, m.nt. J. Spier (*Heijnen/Maersk*).
- HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier (*J./Staat*).
- HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1271 (*IKEA/Verweerster*).
- HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345, NJ 2017/467, m.nt. J. Spier (*JMV/Zürich*).
- HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2790 (*X/Encare Arbozorg B.V.*).
- HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3142, NJ 2018/209, m.nt. S.D. Lindenbergh.
- HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen.
- HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen.
- HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, AB 2020/1, m.nt. C.N.J. Kortmann (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).
- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Klimaatzaak Urgenda*).
- HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, NJ 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

## AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

ABRvS 20 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI4537.

ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3770.

ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1885.

## GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE

Gem. Hof NA en Aruba 19 juni 2009, ECLI:NL:OGHNAA:2009:BJ5901.

Gem. Hof van Justitie Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius 4 november 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BU8425.

## GERECHTSHOVEN

Hof Arnhem 3 juni 1959, ECLI:NL:GHARN:1959:36, NJ 1960/188 (*The White Cross Insurance Company/Het Oude en Nieuwe Gasthuis te Zutphen*).

Hof Amsterdam 15 maart 1961, ECLI:NL:GHAMS:1961:15, NJ 1961/341 (*Teunissen/Gemeente Hoorn*).

Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1981, ECLI:NL:GHSHE:1981:AC7167, NJ 1982/313 (*Ziekenfonds/Zwaans*).

Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 1983, ECLI:NL:GHSHE:1983:AJ4994, VR 1984/80.

Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 1987, ECLI:NL:GHSHE:1987:AB9468, NJ 1990/20.

Hof Leeuwarden 5 juni 1991, ECLI:NL:GHLEE:1991:AB9114, NJ 1992/78 (*Hoewe Boschoord/Nationale Nederlanden*).

Hof Amsterdam 5 december 1991, ECLI:NL:GHAMS:1991:AB9259, NJ 1992/824 (*Van der Vlist/Stoop's*).

Hof 's-Hertogenbosch 15 april 1992, ECLI:NL:GHSHE:1992:AC4119, NJ 1994/760 (*Chemicaliënproef*).

Hof 's-Gravenhage 25 april 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AK3627, VR 1997/18.

Hof Arnhem 8 april 1997, ECLI:NL:GHARN:1997:AC0331, NJ 1997/632.

Hof Amsterdam 17 juli 1997, ECLI:NL:GHAMS:1997:AJ6483, VR 1998/187 (*Spelhofen/Vereniging voor Christelijk Onderwijs*).

Hof Leeuwarden 20 augustus 1997, ECLI:NL:GHLEE:1997:AJ6482, VR 1998/185.

Hof 's-Hertogenbosch 3 december 1997, ECLI:NL:GHSHE:1997:AK3873, VR 1999/17 (*Cuijkse Crossclub/Van Geenen*).

Hof Arnhem 10 november 1998, ECLI:NL:GHARN:1998:AE5245, NJ 2002/264 (*Stichting Skeeler Marathons/Faber*).

Hof 's-Gravenhage 23 februari 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AK4044, VR 2000/123.

Hof Arnhem 30 november 1999, ECLI:NL:GHARN:1999:AK4187, VR 2000/157 (*Spreadsprong*).

Hof 's-Hertogenbosch 7 september 2000, ECLI:NL:GHSHE:2000:AA7344, NJ 2001/577 (*Bamboestok*).

Hof Amsterdam 5 april 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AK4502, VR 2002/93.

Hof 's-Hertogenbosch 2 oktober 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AK4579 (*Klaverblad/Creemers*).

Hof Leeuwarden 7 augustus 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AG4077, NJ 2003/207.

Hof Leeuwarden 21 augustus 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE6799.

Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, AV&S 2004/25, m.nt. T.A. Hekster.

Hof 's-Gravenhage 15 juli 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AQ5925, VR 2004/107 (*TU Eindhoven/Donders*).

Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AQ1594, NJ 2004/367 (*MON/S*).

Hof 's-Gravenhage 20 augustus 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AQ5923, VR 2004/109 (*Fly-over*).

Hof Arnhem 28 november 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AN1463 (*Skeeler*).

- Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AS9440 (*Café La Berry*).
- Hof Amsterdam 10 maart 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT9458, *NJF* 2005/251 (*Neva/X*).
- Hof 's-Hertogenbosch 3 mei 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT6595.
- Hof Amsterdam 19 mei 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AX9373, *VR* 2006/81.
- Hof Arnhem 7 juni 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT7054 (*Fikkie steken*).
- Hof Arnhem 25 oktober 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU5824.
- Hof 's-Gravenhage 23 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9629.
- Hof Arnhem 9 mei 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY4816.
- Hof Amsterdam 27 juli 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ4039, *NJF* 2006/545.
- Hof 's-Gravenhage 25 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ7306.
- Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC1458, *VR* 2008/32.
- Hof Amsterdam 6 september 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BF3738, *VR* 2008/122.
- Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (*Westfriese Flora*).
- Hof Amsterdam 22 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC2969 (*Blomaard/Utrecht*).
- Hof 's-Gravenhage 18 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC1132.
- Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417 (*Pestbeleid*).
- Hof Leeuwarden 2 april 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC8794.
- Hof Amsterdam 8 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BF0899, *RAV* 2008/98 (*X/Da Vinci*).
- Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 2008, *JA* 2008/134.
- Hof Arnhem 26 augustus 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG5939, *NJF* 2008/501.
- Hof 's-Gravenhage 30 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG3647, *NJ* 2009/102.
- Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BN7067, *NJF* 2010/343.
- Hof Arnhem 10 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH7777.
- Hof Arnhem 26 mei 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ0833.
- Hof Arnhem 23 februari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL6032.
- Hof Arnhem 2 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL7129 (*X/Tourclub Rijssen*).
- Hof 's-Gravenhage 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM6400 (*Duinrell*).
- Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN0734 (*De Rooyse Wissel*).
- Hof Amsterdam 9 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9871, *NJF* 2011/1.
- Hof Amsterdam 28 december 2010, *VR* 2012/75.
- Hof Leeuwarden 11 januari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP1174.
- Hof Amsterdam 8 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7821 (*Student/Mondriaan College*).
- Hof 's-Gravenhage 26 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY4872, *VR* 2012/125.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2343.
- Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1149.
- Hof 's-Hertogenbosch 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4196.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:555.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:568.
- Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1426.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 30 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7516.
- Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4356.
- Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:453, *JA* 2015/60, m.nt. J.P. Quist.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2353.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3395.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3531.
- Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1748.

- Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502.  
 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:611, NJ 2017/359.  
 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3429.  
 Hof Amsterdam 24 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2005.  
 Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4691.  
 Hof Amsterdam 7 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:368.  
 Hof 's-Hertogenbosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:584.  
 Hof Den Haag 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2331.  
 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1182.  
 Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541.  
 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3874.  
 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4675.  
 Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591.  
 Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1301.  
 Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:948.  
 Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1351.  
 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6257.  
 Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929.

## RECHTBANKEN

- Rb. Rotterdam 3 april 1924, ECLI:NL:RBROT:1924:38, NJ 1924/1015.  
 Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 1957, ECLI:NL:RBSHE:1957:2, NJ 1958/354.  
 Rb. Amsterdam 9 december 1958, ECLI:NL:RBAMS:1958:25, NJ 1959/385 (*De Vries/The Sun Insurance Office Ltd.*).  
 Rb. Zutphen 6 april 1961, ECLI:NL:RBZUT:1961:3, NJ 1961/419 (*Fatum/Stedelijk Lyceum Zutphen*).  
 Rb. Amsterdam 9 februari 1965, VR 1965/86 (*Bus/Amsterdamse Stichting voor Katholiek G.L.O.*).  
 Rb. Amsterdam 16 maart 1965, ECLI:NL:RBAMS:1965:AC4544, NJ 1966/131 (*Reesink/Hulp voor Onbehuisden*).  
 Rb. Roermond 1 maart 1973, ECLI:NL:RBROE:1973:AB6725, NJ 1973/309.  
 Rb. Groningen 24 februari 1978, ECLI:NL:RBGRO:1978:AJ4609, VR 1979/45.  
 Rb. 's-Gravenhage 13 april 1983, ECLI:NL:RBGR:1983:AJ4960, VR 1984/42 (*Zwolsche Algemeene/W. van den Bergh Stichting*).  
 Rb. Alkmaar 9 juni 1983, ECLI:NL:RBALK:1983:AC0910, NJ 1984/215 (*Geertvliet/Staat*).  
 Rb. 's-Gravenhage 16 november 1988, ECLI:NL:RBGR:1988:AD0498, NJ 1991/502.  
 Rb. Amsterdam 9 juli 1992, ECLI:NL:RBAMS:1992:AJ5951, VR 1993/103.  
 Rb. Arnhem 3 september 1992, ECLI:NL:RBARN:1992:AB8503, NJ 1994/182.  
 Rb. Zwolle 16 december 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AI8747, Prg. 1993/3810.  
 Rb. Maastricht 9 juni 1994, ECLI:NL:RBMAA:1994:AJ6200, VR 1996/6 (*Nijsten/Stichting Katholiek Onderwijs Hoensbroek*).  
 Rb. Arnhem 28 juli 1994, ECLI:NL:RBARN:1994:AJ6159, VR 1995/100 (*Van den Berg/Nebo Mariënbosch*).  
 Rb. Alkmaar 14 september 1995, ECLI:NL:RBALK:1995:AC3721, NJ 1996/265.  
 Rb. Breda 28 november 1995, NJKort 1996/10.  
 Rb. Amsterdam 7 februari 1996, ECLI:NL:RBAMS:1996:AK3584, VR 1997/134.  
 Rb. Rotterdam 17 oktober 1996, ECLI:NL:RBROT:1996:AJ6448, VR 1998/91 (*X/Stichting Wielerronde van Berkel*).

- Rb. Zutphen 24 april 1997, ECLI:NL:RBZUT:1997:AJ6421, VR 1998/31.
- Rb. 's-Gravenhage 28 oktober 1998, ECLI:NL:RBSGR:1998:AK3959, VR 2000/156 (*X/Haagse Rugby Club*).
- Rb. Zwolle 27 januari 1999, ECLI:NL:RBZWO:1999:AI9866, VR 2000/26 (*Ongeval schoolplein*).
- Rb. Amsterdam 26 mei 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AN6249, AB 2000/104 (*Gemeente Amsterdam/Schaapman*).
- Rb. Amsterdam 15 december 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AK4210, VR 2000/96.
- Rb. Arnhem 2 maart 2000, ECLI:NL:RBARN:2000:AA5264.
- Rb. Rotterdam 6 april 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4281, VR 2002/95.
- Rb. Almelo 26 juli 2000, ECLI:NL:RBALM:2000:AA6628.
- Rb. Roermond 14 juni 2001, ECLI:NL:RBROE:2001:AB2056.
- Rb. Assen 4 december 2001, ECLI:NL:RBASS:2001:AD6739 (*X/Gemeente Assen*).
- Rb. Utrecht (vzr.) 28 maart 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AE0771 (*X/Vereniging Een school met de Bijbel*).
- Rb. Utrecht 24 april 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AK4689, VR 2003/8.
- Rb. Breda 21 mei 2002, ECLI:NL:RBBRE:2002:AL1648.
- Rb. Arnhem 4 juli 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AE4979 (*X/Openbare Scholengemeenschap De Dijk*).
- Rb. Breda 20 augustus 2002, ECLI:NL:RBBRE:2002:AE6869, NJ 2003/234 (*Grootouders van Nick/Tweesteden Ziekenhuis*).
- Rb. 's-Hertogenbosch 18 december 2002, ECLI:NL:RBSHE:2002:AF2055, NJ 2003/88 (*Vuurwerkbom*).
- Rb. Rotterdam 29 januari 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AR6499, VR 2004/148 (*Bernardina/Sint Martinus Stichting*).
- Rb. Groningen (ktr.) 28 februari 2003, ECLI:NL:RBGRO:2003:AJ6927, VR 2003/123 (*Kurkowska/Gemeente Groningen*).
- Rb. Maastricht 12 maart 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AF5913 (*X/Stichting Bernard Lievegoed School*).
- Rb. Middelburg 23 april 2003, ECLI:NL:RBMID:2003:AO3717 (*X/Stichting Regionaal Opleidingscentrum Zeeuws-Vlaanderen*).
- Rb. Arnhem 7 mei 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AF9110 (*Langeveld/Rijks Agrarische Hogeschool*).
- Rb. Amsterdam 10 juni 2003, ECLI:NL:RBAMS:2003:AO0554, VR 2003/174.
- Rb. Assen 16 juli 2003, ECLI:NL:RBASS:2003:AI0153, NJ 2003/585 (*Van Wijk/Noltes*).
- Rb. Utrecht 30 juli 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI0718, NJF 2003/8 (*Luchtdrukwapens*).
- Rb. Zutphen (ktr.) 12 augustus 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AO9239, NJ 2004/260 (*A/Gemeente Zutphen*).
- Rb. Arnhem 10 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO8151, NJF 2004/207 (*S./Rhenen*).
- Rb. Haarlem 7 januari 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO1558.
- Rb. Amsterdam 11 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO9251, NJF 2004/245 (*Rutt/Rijksmuseum*).
- Rb. Rotterdam 28 april 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AQ8106, NJF 2004/479.
- Rb. Rotterdam 19 mei 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AU0295, VR 2005/102.
- Rb. Dordrecht (vzr.) 10 juni 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AP1331.
- Rb. Arnhem 7 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AQ5088 (*Stichting Algemeen Voortgezet Onderwijs*).
- Rb. Maastricht 22 december 2004, ECLI:NL:RBMAA:2004:AS3250.
- Rb. Middelburg 30 maart 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AZ5725.
- Rb. Dordrecht 29 juni 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AT8490 (*Paintball*).
- Rb. Haarlem (vzr.) 28 juli 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU0184 (*X/Stichting Iris*).
- Rb. 's-Hertogenbosch (ktr.) 2 augustus 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AU2069, JAR 2005/194, m.nt. M.S.A. Vegter (*Nibbelke/Playland*).
- Rb. Almelo 21 september 2005, ECLI:NL:RBALM:2005:AU3203.
- Rb. Arnhem 21 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5344.
- Rb. Rotterdam 12 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU5235.

- Rb. Maastricht 5 april 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AV9197.
- Rb. Haarlem 31 mei 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AX8660.
- Rb. Haarlem 19 juli 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AY4382 (*X/Purmerendse scholengemeenschap Da Vinci*).
- Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112 (*X/Gemeente Eindhoven*).
- Rb. Leeuwarden 29 november 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AZ3149 (*Busincident schoolzwemmen*).
- Rb. Almelo 24 januari 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BA2703.
- Rb. 's-Hertogenbosch (ktr.) 24 januari 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:AZ8665.
- Rb. 's-Hertogenbosch 14 februari 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA1541 (*X/Stichting Salto*).
- Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9020, VR 2007/154 (*Sparerib gooierende medestudent*).
- Rb. Rotterdam 7 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA1304.
- Rb. Utrecht 7 maart 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA0230.
- Rb. Roermond (ktr.) 10 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA2945 (*X/Vereniging*).
- Rb. Middelburg 14 juli 2007, ECLI:NL:RBMID:2004:AQ6921 (*Glazen wand*).
- Rb. Groningen 5 september 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB3122.
- Rb. Arnhem 16 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC3887.
- Rb. Amsterdam 30 januari 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG3861.
- Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3454.
- Rb. Amsterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH5646.
- Rb. Rotterdam (ktr.) 8 mei 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BF8892, RAR 2008/142.
- Rb. Amsterdam 21 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF0818.
- Rb. Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252.
- Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD7436.
- Rb. Zwolle-Lelystad 10 september 2008, nr. 131187 (ongepubliceerd).
- Rb. 's-Gravenhage 17 december 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH3080.
- Rb. Alkmaar 24 december 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BH0783 (*Luchtdrukpistool*).
- Rb. Leeuwarden 28 januari 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BH2574.
- Rb. 's-Hertogenbosch 8 april 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BI0731.
- Rb. Zwolle-Lelystad 22 april 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI8294 (*X/Openbaar Onderwijs Zwolle*).
- Rb. Leeuwarden 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BJ5279.
- Rb. Zwolle-Lelystad 6 januari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BK7412 (*Openbaar Onderwijs Zwolle*).
- Rb. Utrecht 24 maart 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM4090.
- Rb. Zutphen 24 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL9505 (*Hollander Techniek/Indoor Karting De Harder*).
- Rb. Haarlem 7 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0511 (*X/Recreatiepark Linnaeushof*).
- Rb. Utrecht 21 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM1881 (*X/Stichting Openbaar Voortgezet Onderwijs Utrecht*).
- Rb. Middelburg 7 juli 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BR4233.
- Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3759 (*Verwijdering leerling na vechtpartij*).
- Rb. Zwolle-Lelystad 8 september 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BO5031.
- Rb. Utrecht 27 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1935 (*A/Openbaar voortgezet Onderwijs*).
- Rb. Zwolle-Lelystad 9 februari 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BP8547 (*X/Openbaar Primair Onderwijs Deventer*).
- Rb. Utrecht 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ0077.
- Rb. Utrecht (ktr.) 20 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ4780.
- Rb. Arnhem 27 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4768 (*X/Motorclub Flying Boetoe*).



- Rb. Maastricht 22 juni 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR0210.
- Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4406 (*Stichting BAN/ADO Den Haag*).
- Rb. Utrecht (ktr.) 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BT8679 (*Bastion Hotel Groep/Aegon Schadeverzekering*).
- Rb. Assen 31 augustus 2011, nr. 81258 (ongepubliceerd).
- Rb. Utrecht 28 september 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BT6206.
- Rb. Arnhem 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT7268 (*X/Motorclub Flying Boetoe*).
- Rb. Utrecht 2 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3428 (*X/Stichting Scholengemeenschap Maarsbergen*).
- Rb. Arnhem 14 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU6757 (*Berg tot Berg Race*).
- Rb. Almelo (ktr.) 6 december 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU8571.
- Rb. 's-Hertogenbosch 20 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8766.
- Rb. Breda 16 januari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV1481.
- Rb. Rotterdam 1 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3649.
- Rb. Leeuwarden 8 februari 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BV5461 (*Kinderkart*).
- Rb. 's-Gravenhage 15 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV6803.
- Rb. Dordrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BW1803.
- Rb. 's-Gravenhage (ktr.) 14 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6816 (*X/Stichting Jeugdformaat*).
- Rb. Rotterdam 21 mei 2012, nr. 1339421 (ongepubliceerd).
- Rb. Almelo 30 mei 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW8098 (*X/Stedelijk Lyceum Enschede*).
- Rb. Leeuwarden 6 juni 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW8279.
- Rb. 's-Gravenhage 20 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX1794.
- Rb. Groningen (vzr.) 20 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX2104 (*X/Stichting Openbaar Onderwijs Groep Groningen*).
- Rb. 's-Gravenhage (ktr.) 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1626.
- Rb. Zutphen 15 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY0801.
- Rb. Maastricht 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY1237.
- Rb. Utrecht 21 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY8897.
- Rb. Utrecht 14 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1412 (*Henk Brunt Groep en ASR Schadeverzekering*).
- Rb. Utrecht 19 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY7764.
- Rb. Rotterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5042.
- Rb. Den Haag (vzr.) 21 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4830 (*A/Sophia Stichting*).
- Rb. Den Haag 27 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7388.
- Rb. Oost-Brabant 27 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6844 (*Klimtoren*).
- Rb. Zeeland-West-Brabant 27 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ5683.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 17 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7262.
- Rb. Midden-Nederland (ktr.) 18 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ7982.
- Rb. Gelderland 3 juni 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4727.
- Rb. Noord-Holland 6 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3964.
- Rb. Noord-Nederland 3 juli 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4088.
- Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773.
- Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136.
- Rb. Amsterdam 22 augustus 2013, nr. C/13/536327 (ongepubliceerd).
- Rb. Amsterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7140, JA 2014/25, m.nt. J.P.M. Simons (*Achmea/Buitenamstel Geestgronden*).



- Rb. Gelderland 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6356 (*Ongeval tijdens grasbaan-motorraces*).
- Rb. Oost-Brabant (ktr.) 12 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6302.
- Rb. Oost-Brabant 2 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6750, *JA* 2014/19, m.nt. M.S.E van Beurden.
- Rb. Zutphen 18 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:5793, *VR* 2014/175.
- Rb. Oost-Brabant 8 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:341.
- Rb. Den Haag 16 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:4728.
- Rb. Rotterdam 16 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2975.
- Rb. Oost-Brabant 2 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2757.
- Rb. Amsterdam 25 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5015.
- Rb. Rotterdam 9 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5378.
- Rb. Gelderland 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6400.
- Rb. Rotterdam (ktr.) 30 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10617.
- Rb. Overijssel 27 januari 2015, ECLI:NL:ROOVE:2015:412.
- Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061, *JB* 2015/158, m.nt. R.J.B. Schutgens.
- Rb. Midden-Nederland (ktr.) 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2602.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 15 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4615.
- Rb. Overijssel 30 september 2015, ECLI:NL:ROOVE:2015:4539.
- Rb. Den Haag 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15634.
- Rb. Overijssel 28 oktober 2015, ECLI:NL:ROOVE:2015:4794.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 18 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8707.
- Rb. Oost-Brabant 10 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7334.
- Rb. Noord-Holland (ktr.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11921.
- Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9579 (*X/NUOVO*).
- Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9661.
- Rb. Den Haag 23 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3712.
- Rb. Overijssel 15 april 2016, ECLI:NL:ROOVE:2016:1297 (*Monstertruck Haaksbergen*).
- Rb. Zeeland-West-Brabant 13 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4354 (*Gatorwagentje Concert at Sea*).
- Rb. Gelderland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4565.
- Rb. Gelderland 27 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4775.
- Rb. Overijssel 7 september 2016, ECLI:NL:ROOVE:2016:3592.
- Rb. Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167 (*X/Lucas Onderwijs*).
- Rb. Zeeland-West-Brabant 18 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:244.
- Rb. Noord-Nederland 14 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:951.
- Rb. Midden-Nederland 15 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3092.
- Rb. Gelderland 17 mei 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3687.
- Rb. Oost-Brabant 17 mei 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2753.
- Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3055.
- Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3230.
- Rb. Midden-Nederland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6770.
- Rb. Den Haag 14 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6371.
- Rb. Oost-Brabant 5 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6934.
- Rb. Rotterdam 20 september 2017, nr. C/10/526044 (ongepubliceerd).
- Rb. Rotterdam 22 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7232.
- Rb. Oost-Brabant 20 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6554.
- Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:538.
- Rb. Midden-Nederland 22 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:774.

- Rb. Noord-Holland 14 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2184.  
Rb. Noord-Holland 21 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2596.  
Rb. Gelderland 18 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1743.  
Rb. Overijssel 23 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1991.  
Rb. Gelderland 25 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2361.  
Rb. Amsterdam 31 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3752.  
Rb. Overijssel (ktr.) 10 juli 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2755 (*Putdeksel*).  
Rb. Midden-Nederland 11 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3709.  
Rb. Midden-Nederland 20 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3479.  
Rb. Midden-Nederland (ktr.) 31 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3678.  
Rb. Limburg 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8016.  
Rb. Amsterdam (ktr.) 24 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6180.  
Rb. Oost-Brabant 12 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4483.  
Rb. Limburg 25 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9005.  
Rb. Gelderland (vzr.) 23 oktober 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4550.  
Rb. Noord-Nederland 20 december 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5324.  
Rb. Limburg 16 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:235.  
Rb. Amsterdam 17 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:271.  
Rb. Gelderland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:484.  
Rb. Gelderland 19 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1161.  
Rb. Den Haag 20 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2606.  
Rb. Amsterdam 1 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5470.  
Rb. Midden-Nederland 20 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2914.  
Rb. Noord-Nederland 23 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3751.  
Rb. Zeeland-West-Brabant 9 januari 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:351.  
Rb. Gelderland 15 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:214.  
Rb. Gelderland 23 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:224.

## KANTONGERECHTEN

- Ktr. Wageningen 13 september 1989, ECLI:NL:KTGWAG:1989:AJ5695, VR 1990/88 (*Sluiter/Vereniging voor Christelijke Verzorging van Geestes- en Zenuwzieken*).  
Ktr. Emmen 23 augustus 1995, ECLI:NL:KTGEMM:1995:AI9239, Prg. 1995/4404.

## GERECHTEN IN EERSTE AANLEG

- GiEA Aruba 9 november 2011, ECLI:NL:OGEEA:2011:BU6656.  
GiEA Aruba 18 april 2012, ECLI:NL:OGEEA:2012:BX0664.  
GiEA Aruba 21 juni 2017, ECLI:NL:OGEEA:2017:467.  
GiEA Aruba 23 augustus 2017, ECLI:NL:OGEEA:2017:633.  
GiEA Aruba 8 mei 2019, ECLI:NL:OGEEA:2019:258.

## AMERIKAANSE RECHTSPRAAK

- Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (U.S. Dist. Col. 1803).
- Brown v. Collins*, 53 N.H. 442 (N.H. 1873).
- Losee v. Buchanan*, 51 N.Y. 476 (N.Y. 1873).
- Gott v. Berea College*, 161 S.W. 204 (Ky. App. 1913).
- Zimmers v. City of Milwaukee*, 189 Wis. 269 (N.W. 1925).
- Murphy v. Steeplechase Amusement Co.*, 250 N.Y. 479 (N.Y. 1929).
- McFadden v. Bancroft Hotel Corp.*, 313 Mass. 56 (Mass. 1943).
- Winn v. Holmes*, 143 Cal. App. 2d 501 (Cal. App. 1956).
- Taylor v. Centennial Bowl, Inc.*, 65 Cal. 2d 114 (Cal. 1966).
- Taylor v. Churchill Valley Country Club*, 425 Pa. 266 (Pa. 1967).
- Dillon v. Legg*, 68 Cal. 2d 728 (Cal. 1968).
- Rowland v. Christian*, 69 Cal. 2d 108 (Cal. 1968).
- Vreeland v. State of Arizona Board of Regents*, 9 Ariz. App. 61 (Ariz. 1969).
- Hayes v. State of California*, 11 Cal. 3d 469 (Cal. 1974).
- Neal v. Shields, Inc.*, 166 Conn. 3 (Conn. 1974).
- Rodriguez v. Bethlehem Steel Corp.*, 12 Cal. 3d 382 (Cal. 1974).
- Weirum v. RKO General, Inc.*, 15 Cal. 3d 40 (Cal. 1975).
- Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425 (Cal. 1976).
- Jesik v. Maricopa County Community College District*, 125 Ariz. 543 (Ariz. 1980).
- Akins v. Glens Falls City School District*, 53 N.Y. 2d 325 (N.Y. 1981).
- Saatzer v. Smith*, 122 Cal. App. 3d 512 (Cal. App. 2 Dist. 1981).
- Davidson v. City of Westminster*, 32 Cal. 3d 197 (Cal. 1982).
- Virginia D. v. Madesco Inv. Corp.*, 648 S.W. 2d 881 (Mo. 1983).
- Davidoff by Davidoff v. Metropolitan Baseball Club, Inc.*, 61 N.Y. 2d 996 (N.Y. 1984).
- Marois v. Royal Investigation & Patrol, Inc.*, 162 Cal. App. 3d 193 (Cal. App. 4 Dist. 1984).
- Peterson v. San Francisco Community College District*, 36 Cal. 3d 799 (Cal. 1984).
- Isaacs v. Huntington Memorial Hospital*, 38 Cal. 3d 112 (Cal. 1985).
- Currie v. United States*, 644 F. Supp. 1074 (M.D.N.C. 1986).
- Turcotte v. Fell*, 68 N.Y. 2d 432 (N.Y. 1986).
- Friedman v. Houston Sports Association*, 731 S.W. 2d 572 (Tex. App.-Hous. (1 Dist.) 1987).
- Halvorsen v. Ford Motor Co.*, 132 A.D. 2d 57 (N.Y.A.D. 3 Dept. 1987).
- Lopez v. McDonald's Corp.*, 193 Cal. App. 3d 495 (Cal. App. 4 Dist. 1987).
- Walt Disney World Co. v. Wood*, 515 So. 2d 198 (Fla. 1987).
- Catlett v. Stewart*, 304 Ark. 637 (Ark. 1991).
- Franklin v. Gwinnett County Public Schools*, 503 U.S. 60 (U.S. Ga. 1992).
- Happe v. Kenney*, 1992 WL 554206 (Pa. Com. Pl. 1992).
- Johnston v. Fontana*, 610 So. 2d 1119 (La. App. 2 Cir. 1992).
- Ann M. v. Pacific Plaza Shopping Center*, 6 Cal. 4th 666 (Cal. 1993).
- Perez v. McConkey*, 872 S.W. 2d 897 (Tenn. 1994).
- Boulanger v. Pol*, 258 Kan. 289 (Kan. 1995).
- Sabia v. State*, 164 Vt. 293 (Vt. 1995).
- Johnson v. State*, 553 N.W. 2d 40 (Minn. 1996).
- Kimberly S.M. by Mariann D.M. v. Bradford Cent. School*, 226 A.D. 2d 85 (N.Y.A.D. 4 Dept. 1996).
- Lisa P. v. Bingham*, 50 Cal. Rptr. 2d 646 (Cal. App. 1 Dist. 1996).

- Clohesy v. Food Circus Supermarkets, Inc.*, 149 N.J. 496 (N.J. 1997).  
*Estates of Morgan v. Fairfield Family Counseling Ctr.*, 77 Ohio St.3d 284 (Ohio, 1997).  
*Kentucky Fried Chicken of Cal., Inc. v. Superior Court*, 14 Cal.4th 814 (Cal. 1997).  
*Lefmark Management Co. v. Old*, 946 S.W.2d 52 (Tex. 1997).  
*Randi W. v. Muroc Joint Unified School District*, 14 Cal.4th 1066 (Cal. 1997).  
*Emerich v. Philadelphia Center for Human Development, Inc.*, 554 Pa. 209 (Pa. 1998).  
*Gebser v. Lago Vista Independent School District*, 524 U.S. 274 (U.S.Tex. 1998).  
*Davis Next Friend LaShonda D. v. Monroe County Bd. of Educ.*, 526 U.S. 629 (U.S. 1999).  
*Nicole M. v. Sears, Roebuck & Co.*, 76 Cal.App.4th 1238 (Cal.App. 6 Dist. 1999).  
*District of Colombia v. Harris*, 770 A.2d 82 (D.C. 2001).  
*Foronda ex rel. Estate of Foronda v. Hawaii Intern. Boxing Club*, 96 Hawai'i 51 (Hawai'i App. 2001).  
*Petrongola v. Comcast-Spectacor, L.P.*, 789 A.2d 204 (Pa.Super 2001).  
*Allen v. Dover Co-Recreational Softball League*, 148 N.H. 407 (N.H. 2002).  
*Atcovitz v. Gulph Mills Tennis Club, Inc.*, 571 Pa. 580 (Pa. 2002).  
*Young v. Salt Lake City School District*, 52 P.3d 1230 (Utah. 2002).  
*Fuhrman v. State*, 265 Neb. 176 (Neb. 2003).  
*Patton v. United States of America Rugby Football*, 381 Md. 627 (Md. 2004).  
*Alvarez v. Behniwal*, 2005 WL 236835 (Cal.App. 2 Dist. 2005).  
*Delgado v. Trax Bar & Grill*, 36 Cal.4th 224 (Cal. 2005).  
*Morris v. De La Torre*, 36 Cal.4th 260 (Cal. 2005).  
*Karas v. Strevell*, 369 Ill.App.3d 884 (Ill.App. 2 Dist. 2006).  
*Munstermann v. Alegent Health-Immanuel Med. Ctr.*, 716 N.W.2d 73 (Neb. 2006).  
*State, Dept. of Corrections v. Cowles*, 151 P.3d 353 (Alaska 2006).  
*Doe v. Marion*, 373 S.C. 390 (S.C. 2007).  
*Lokey v. Breuner*, 358 Mont. 8 (Mont. 2010).



# TREFWOORDENREGISTER

## A

- Aansprakelijkheid wegens nalaten 64-69
  - Gewoon nalaten 67-69
  - Zuiver nalaten 67-69
- Ability to protect 391-392
- Affirmative duty 384-385
- Afgeleide aansprakelijke 44, 465, 476
- Afgeleide zorg
  - Algemene betekenis 70-71, 456-457
  - Van opvang- en zorginstellingen 233-236
  - Van overige ruimten 305-308
  - Van scholen 106-108
  - Van sportverenigingen 169-171
- Alles-of-niets 83, 86, 466, 472, 483, 486, 490, 498
- Alphen-kwestie 448, 481, 490, 499, 500, 505, 509, 523, 533
- Alternatieve omgangswijzen 482-532
- Amerikaans rechtssysteem 362-367

## B

- Beheerder 48
- Beperkt verwijt 503-510
- Berokken een ander geen schade 55-56
- Bezoeker(s) 47-48
- Bezwaren tegen secundaire aansprakelijkheid 454-471
- Bijzondere zorgplicht 133, 141, 199, 207, 239, 278-279, 346-347, 359, 440

## C

- Causaliteit 72-73, 85-87
- Claimcultuur 24, 28, 40, 470-471, 497
- Conditio sine qua non-verband 72
- Correctie Langemeijer 76-78

## D

- Deep pocket defendants 378

## E

- Eerstegraads dader 43
- Effectieve zorg 172-177
- Eigen schuld 43, 84, 92, 466-467, 489, 502, 516, 518, 528, 533

## F

- Floodgates-argument 40, 470
- Fysieke veiligheid 95, 97, 105, 109, 117, 138

## G

- Gevaarzetting 65, 438-439

## H

- Hoofdelijkheidssysteem 87-91, 441-442, 445-446, 466-469, 492-494, 498-500
- Hoofdveroorzaker 43

## I

- Ieder draagt zijn eigen schade 54-55
- In loco parentis 57-59, 106-108, 434-435
- Insolventierisico 89, 442, 445, 493, 499, 527, 531, 534
- Intentional torts 370-371

## J

- Joint and several liability 375-377, 441-442, 445-446, 453, 494-495
- Juryrechtspraak 366-367

## K

- Kelderluik*-factoren 66

**L**

Landenkeuze 38-40

**M**

Matiging 84, 466, 467, 489, 496, 502, 516, 518, 533

Methodologie 34-40

Morele bezwaren 464-466

**N**

Nalaten 64-69

Negligence 371-373

Negligent act 371-373

**O**

Omvangsfase 53, 84-87

Onderwijs

– Onderwijsovereenkomst 43, 60, 109, 113, 114, 138

– Onderwijsrecht 109-121

Onderzoeksvragen 29-30

Ongeschreven recht 62

Opvang- en zorginstelling 211

Overheidsaansprakelijkheid 45-47, 449

Overheidswetgeving 78

Overige ruimten 291-292

**P**

Partiële aansprakelijkheid 494-495, 495-500, 501-516

Patiënten 211

Peripheral tortfeasor 38, 380, 522

Pestgedrag 134-138, 141-143, 507-508, 530

Pick and choose 25, 88, 467, 475

Preventieve werking 23, 28, 471, 525-527

Primaire aansprakelijkheid 43-44

Primaire partij 43

Primaire zorgplicht 44

Private ruimte 45-47

Professionele beroepsnorm 285-286, 451

Proportionele aansprakelijkheid 73, 376, 448, 511-513, 516-519, 521

**R**

Rechtsplicht tot handelen 63, 68, 69, 93, 439-440, 443, 452, 454

Rechtsvergelijking 35-40

Regres 91-92, 467

Reikwijdte van de secundaire zorgplicht

– Huidige (daadwerkelijke) reikwijdte 31-33, 449-453

– Wenselijke reikwijdte 33, 454-535

Relativiteit 74-78

Risicoaansprakelijkheid 48-49

**S**

Schade 73-74

Scholen 95

Schuldaansprakelijkheid 43, 48-49, 60-61

Secundaire aansprakelijkheid 42-45

Secundaire partij 42-43, 502-503

Secundaire zorgplicht 44

Seksueel misbruik 137, 154-155, 158, 203, 278, 279-281, 289, 397-398

Several liability 375-377, 442, 445-446, 453, 494-495

Sociale veiligheid 95-96, 97, 98-100, 104, 106-107, 117, 118, 138

Sport- en spelsituatie

– Toetsingskader in sport- en spelsituaties 161-169

– Verhoogde aansprakelijkheidsdrempel in sport- en spelsituaties 161-163

Sportrecht 179-180

Sportverenigingen 146

Strict liability 373-374

Subsidiare aansprakelijkheid 524-525

Suicide(pogingen) 259-266

**T**

Terughoudendheid 27-29, 451, 473-478

Toedelingsfase 53, 87, 375, 443, 448, 453, 484, 490-491, 504, 508, 529, 532, 534, 495-497

Toerekenbaarheid 73-74

Toerekening naar redelijkheid 85-87, 484-488

Toetsingskader 30-33



Toeziçthouder 45, 64-65, 236-247, 442,  
467-468, 470, 472, 476, 477, 485-486, 493,  
523-524, 527, 502-503

Toeziçthouderdilemma 236-247, 460-461,  
506-507

Toeziçtsfalen

– Algemeen toeziçtsfalen 63-64

– Concreet toeziçtsfalen 63-64

Tort insurance crisis 378-380, 448, 470, 495

Tort reform 40, 377-379, 442, 471, 495, 525,  
531

Torts system 368-370

## V

Veiligheidsbeleving

– In en rondom horeca- en verblijfs-  
gelegenheden 295-300

– In en rondom opvang- en zorg-  
instellingen 213-233

– In en rondom overige ruimten 292-305

– In en rondom overige spel- en recreatie-  
ruimten 300-303

– In en rondom winkels en winkelcentra  
293-295

– Op en rondom scholen 98-108

– Op en rondom sportverenigingen  
147-159

Verjaring 513-514, 516, 521

Verlof 236-248, 253, 255-256, 287-288, 461

Veroorzakingsaandeel 92, 442, 466, 468-469,  
472, 474-475, 483, 492, 495-497, 509-510,  
515, 524-525, 529, 535

Vestigingsfase 53, 60-84

Voordeelstoerekening 84, 466, 467, 489, 496,  
502, 518, 533

Voorzienbaarheid

– (Relatief) gebrekkige voorzienbaarheid  
23, 28, 248, 284, 447, 454-458, 464, 469,  
472, 482, 485, 496, 513

– Voorzienbaarheidsbezwaren 454-458

– Voorzienbaarheidseis 67

Voorzorgsmaatregelen 42, 66

## W

Werkgeversaansprakelijkheid 47-48

## Z

Zelfregulering

– De rol van zelfregulering 78-83

– Zelfregulering horeca- en verblijfs-  
gelegenheden 320-322

– Zelfregulering overige spel- en  
recreatieruimten 324-325

– Zelfregulering scholen 117, 138

– Zelfregulering sportverenigingen  
183-184

– Zelfregulering winkels en winkelcentra  
315-317

Zelfstandig verwijt 24, 33, 43, 48, 74, 474,  
476-478, 483, 526

Zijdelingse dader 23, 44, 465

Zorgelementen

– Zorgbehoefte 455, 480-481

– Zorgdaden 69-71, 454-458, 463

– Zorgdrager 69-70, 454, 456, 458

– Zorgontvanger 69-71, 454-457, 480, 481

– Zorgrelatie 69-70, 454-457

– Zwakke zorgrelaties 456-457

Zorgplicht 61-63

Zorgvuldighheidsnorm 62



## CURRICULUM VITAE

Kirsten Maes is op 9 februari 1992 geboren in Zeist. Kirsten volgde de bachelor Rechtsgeleerdheid binnen het honoursprogramma van het Utrecht Law College van de Universiteit Utrecht (*cum laude*). Ook de master Privaatrecht behaalde zij aan de Universiteit Utrecht (*cum laude*). Tijdens haar studie werkte Kirsten bij verschillende advocatenkantoren en publiceerde zij wetenschappelijke artikelen op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht, het beslagrecht en het contractenrecht. In 2015 ontving Kirsten de scriptieprijs van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht voor haar scriptie ‘De reikwijdte van de zorgplicht van secundaire, private partijen’. In 2016 won zij met dezelfde scriptie de landelijke scriptieprijs van de Stichting Beer Impuls en van het Juridisch Bureau Letselschade & Gezondheidsrecht.

In 2015 startte Kirsten als advocaat bij Van Benthem & Keulen, welke werkzaamheden zij vanaf 2016 combineerde met een aanstelling als buitenpromovenda bij de Universiteit Utrecht binnen het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (‘UCALL’). Gedurende haar promotietraject besteedde Kirsten een deel van haar onderzoekstijd aan onderwijs, publiceerde zij verschillende artikelen en verzorgde zij lezingen en cursussen. In februari 2020 rondde Kirsten haar proefschrift af.

