

De Gemeentestem, Aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder

Aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder

1. Inleiding

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder staat al sinds de jaren negentig in de belangstelling. Rampen als die in Enschede en in Volendam, de brand op Schiphol, het incident met de Utrechtse trap, de brand bij Chemie-Pack in het haven- en industriegebied Moerdijk en het schietincident in Alphen aan den Rijn riepen alle de vraag op of de overheid mede aansprakelijk is voor de daarbij veroorzaakte schade. Bij een recente gebeurtenis als die met de monstertruck in Haaksbergen is dat niet anders. Ook hier is de kijker op de overheid gericht.

Hoewel de schade in dit soort gevallen veelal door anderen dan de overheid is veroorzaakt of anderen in ieder geval primair verantwoordelijk zijn voor de schade, worden – zeker als de benadeelden niet langs andere weg vergoeding van hun schade kunnen krijgen – ook al snel verwijten aan het adres van de overheid gemaakt.

Die verwijten aan de overheid kunnen te maken hebben met de vergunning die aan de primair voor de schade verantwoordelijke persoon of organisatie is verleend. De stelling is dan dat de overheid die vergunning niet had mogen verlenen, althans niet op de wijze waarop dat is gebeurd, en dat de vergunning daardoor gebrekkig is. De verwijten aan het adres van de overheid kunnen behalve op de verleende vergunning ook zien op de rol van de overheid als toezichthouder en handhaver. De overheid heeft als taak om algemeen preventief toezicht te houden en op die manier mogelijke gevaren voor de veiligheid van burgers te ontdekken en weg te nemen, maar ook om de naleving van aan vergunningen verbonden voorschriften te controleren en te handhaven. Als zich grote schadeveroorzakende incidenten voordoen, rijst al snel de vraag of de overheid verwijtbaar is tekortgeschoten in haar toezichthoudende en handhavende taak.

Aansprakelijkheid vanwege mogelijke tekortkomingen in het traject van vergunningverlening en overigens ook de mogelijke aansprakelijkheid wegens gebreken in de regelgeving vallen buiten het bestek van dit artikel. In deze bijdrage staat de vraag centraal onder welke omstandigheden de overheid jegens derden² aansprakelijk is uit onrechtmatige daad vanwege falend toezicht of gebrekkige handhaving en op die grond schade zal moeten vergoeden.

2. Een bijzondere vorm van aansprakelijkheid?

Is de aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder en handhaver aan te merken als een bijzondere vorm van aansprakelijkheid waarvoor eigen normen gelden, of kan deze gewoon volgens de regels van het algemene aansprakelijkheidsrecht worden beoordeeld? Voorop staat dat de wetgever tot uitgangspunt heeft genomen dat de bepalingen van titel 6.3 van het Burgerlijk Wetboek in beginsel ook op de overheid van toepassing zijn. Dat neemt niet weg dat de aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder een aantal specifieke kenmerken heeft. Verdedigd is wel dat deze bijzondere kenmerken een zekere mate van terughoudendheid rechtvaardigen bij het aansprakelijk houden van de overheid in haar rol van toezichthouder.

Allereerst gaat het om een afgeleide aansprakelijkheid. Het is een ander dan de overheid, te weten degene die onder toezicht staat, die de schade feitelijk heeft veroorzaakt. Dat is de primaire dader. De overheid is slechts secundair, zijdelings bij het schadegebeuren betrokken. Haar kan hooguit worden verweten dat zij een door de ander in het leven geroepen gevaarlijke situatie heeft laten voortbestaan. De causale bijdrage van de overheid aan het ontstaan van de schade zal dan ook vaak beperkt zijn. Daarmee lijkt het op het eerste gezicht niet direct voor de hand liggend en rechtvaardig om de overheid aansprakelijk te achten. Laat staan om alleen de overheid en niet de primaire dader aan te pakken. In de literatuur is dan ook wel gediscussieerd over de vraag of een beperking in de eventuele afgeleide aansprakelijkheid van de overheid moet worden aangebracht.³ Verdedigd is wel dat op de overheid slechts een subsidiaire aansprakelijkheid zou moeten rusten⁴ of dat de overheid slechts proportioneel, te weten voor het deel dat haar aangaat, aansprakelijk zou moeten zijn.⁵ Deze in de literatuur verdedigde subsidiaire of proportionele aansprakelijkheid zijn echter geen geldend recht. De benadeelde kan niet worden verplicht om zijn schade in de eerste plaats op de primaire dader te verhalen en pas als deze geen verhaal biedt de overheid aan te spreken tot schadevergoeding. Als de overheid in haar hoedanigheid van vergunningverlener of toezichthouder een verwijt treft en aansprakelijk is, leidt dat geen uitzondering vanwege het enkele feit dat een ander primair verantwoordelijk is voor de schade. De primaire dader en de overheid zijn dan ingevolge [art. 6:102 BW](#) hoofdelijk aansprakelijk. De benadeelde kan bepalen of hij hen beide of slechts één van de twee tot schadevergoeding aanspreekt. Het is vervolgens aan de overheid en de primaire dader om uit te zoeken wie in welke mate de schade moet dragen. Wat de aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder in de tweede plaats bijzonder maakt, is dat het in de regel zal gaan om een aansprakelijkheid voor nalaten. De toezichthouder wordt immers verweten dat hij heeft nagelaten om een

bepaalde toestand waarvan gevaar uitging te corrigeren of op te heffen. Daarmee is de causale bijdrage van de toezichthouder aan het intreden van de schade zoals gezegd betrekkelijk beperkt, zeker in vergelijking met de bijdrage die de primaire dader aan het ontstaan van de schade heeft geleverd. In geval van zuiver nalaten, waarin de aangesprokene niet heeft bijgedragen aan het ontstaan van het gevaar waaruit de schade is voortgevloeid en met dat gevaar ook anderszins niet bekend was, wordt aansprakelijkheid niet zo snel aangenomen. Er moet sprake zijn van een rechtsplicht tot handelen die niet is nageleefd, wil bij zuiver nalaten aansprakelijkheid worden aangenomen. Een dergelijke rechtsplicht tot handelen kan volgens de weinige rechtspraak die er op dat punt is alleen bestaan als (de ernst van) het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen of als er een bijzondere verplichting tot zorg en oplettendheid bestaat zoals deze kan voortvloeien uit een speciale relatie met de benadeelde of met de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet.⁶

Uit de rechtspraak over dit onderwerp valt nog niet eenduidig op te maken of een rechtsplicht tot handelen alleen bestaat als de overheid – in subjectieve zin – bekend was met het gevaar of dat deze rechtsplicht ook aan de orde kan zijn wanneer de overheid met het gevaar bekend behoorde te zijn (een objectief kennisvereiste). Een dergelijk objectief kennisvereiste zou met zich brengen dat op de overheid een plicht rust om het gevaar van schade en de ernst ervan op tijd te onderkennen en tijdig in te grijpen. Het is dan aan de toezichthouder om datgene te doen dat gegeven de omstandigheden nodig is om de ernst van het gevaar tot het bewustzijn te laten doordringen.

In één van de vele procedures die volgden op de vuurwerkramp te Enschede kwam die vraag pas in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep dat door de Staat was ingediend aan de orde.⁷ Het betrof de procedure waarin de verzekeraars van de Grolsch-bedrijven regres namen op de Staat vanwege de schade die door de vuurwerkexplosie aan de eigendommen van Grolsch was toegebracht en door verzekeraars aan Grolsch was uitgekeerd. Het hof had in navolging van de rechtbank geoordeeld dat bij het beoordelen van de rechtmatigheid van het optreden van de Staat bepalend is of het risico dat hij kende of *behoorde te kennen*, gelet op zowel de ernst van de mogelijke effecten als de kans dat deze effecten zouden optreden, zodanig was, dat daaruit voor de Staat een rechtsplicht voortvloeide om daartegen maatregelen te nemen.⁸ De Staat had zich met een beroep op het arrest inzake de struikelende broodbezorger uit 1974 op het standpunt gesteld dat in een geval van louter stilzitten niet bepalend is of de betreffende overheid het risico ook behoorde te kennen. Verzekeraars brachten daar vervolgens tegenin dat de bijzondere verplichting van de overheid tot zorg en oplettendheid een objectief

kennisvereiste rechtvaardigt. De Hoge Raad kwam helaas niet toe aan het beantwoorden van deze door partijen opgeworpen vragen. Het blijft daarmee gissen waarom het hof in deze vuurwerkkrampzaak in een geval van zuiver nalaten van een objectief kennisvereiste uitging.⁹ Wel is denkbaar dat in dit specifieke geval voor de rechter een op de overheid rustende plicht tot zorg en oplettendheid een rol van betekenis heeft gespeeld. Uit het arrest van het hof blijkt dat de bescherming van personen en goederen tegen van buiten komend onheil, zoals dat in dit geval werd veroorzaakt door ontplofbare stoffen, van oudsher tot de kerntaken van de overheid behoort. Daarnaast kan in geval van een toezichthouder van belang zijn dat deze een toezichthoudende taak heeft toebedeeld gekregen. Het is denkbaar dat op grond daarvan van de toezichthouder mag worden verwacht dat hij zich actiever dan een burger op de hoogte stelt van gevaarlijke situaties.¹⁰ Uit het arrest van het hof blijkt niet van dergelijke overwegingen. Bijzonder is namelijk dat het hof in het toetsingskader weliswaar het objectieve kennisvereiste heeft genoemd, maar daarmee in de verdere uitwerking in het arrest niets heeft gedaan. Op alle door eisers naar voren gebrachte verwijten aan het adres van de overheid is door het hof slechts getoetst of de Staat van het risico op ontploffing op de hoogte was en niet of het daarvan op de hoogte behoorde te zijn.

Een derde bijzonderheid van de eventuele aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder is gelegen in de beleidsvrijheid die de overheid op veel terreinen heeft. Beleidsvrijheid brengt mee dat de overheid binnen bepaalde grenzen vrij is om keuzes te maken. De beperkte financiële middelen, beschikbare mankracht en expertise dwingen de overheid om steeds keuzes te maken. Zolang het handelen van de overheid binnen de haar toekomstende beleidsvrijheid blijft, zal de civiele rechter dat handelen slechts marginaal kunnen toetsen. Marginaal toetsen betekent in feite dat de rechter niet mag beoordelen of hij persoonlijk de beleidsvrijheid die de overheid toekomt anders ingevuld zou hebben. De rechter mag slechts toetsen of de overheid met de kennis van toen in redelijkheid tot het gekozen beleid heeft kunnen komen. De vraag of het gekozen beleid zorgvuldig is uitgevoerd, mag – behoudens de gevallen waarin aan het bestuursorgaan bij de besluitvorming beoordelingsruimte toekomt – wel volledig worden getoetst. De beleidsvrijheid van de overheid zal echter in lang niet alle gevallen van falend toezicht of gebrekkige handhaving in de weg staan aan aansprakelijkheid van de overheid. Zeker wanneer de overheid bekend was met de gevaren die zich uiteindelijk hebben verwezenlijkt of wanneer de overheid zich buiten haar beleidsvrijheid begeeft, is voor terughoudendheid bij de toetsing van het overheidshandelen geen reden.

Wanneer we dit alles overzien, moet worden geconcludeerd dat de hiervoor besproken bijzondere kenmerken van de aansprakelijkheid van de overheid als

toezichthouder geen goede redenen vormen om deze aansprakelijkheid als een bijzondere vorm van aansprakelijkheid te zien, waarvoor andere criteria zouden moeten gelden dan die in het algemene aansprakelijkheidsrecht. Dat het om een afgeleide aansprakelijkheid en een aansprakelijkheid voor nalaten gaat, is weliswaar iets dat in de beoordeling moet worden meegenomen maar dat geldt ook voor anderen dan de overheid waar deze kenmerken spelen. Dat de overheid als bestuursorgaan een ruime mate van beleidsvrijheid toekomt, betekent dat een bepaalde terughoudendheid bij de toetsing in acht genomen moet worden. Maar ook daarmee is het algemene aansprakelijkheidsrecht nog niet buitenspel gezet. Uitgangspunt is dan ook dat er geen redenen is voor een apart leerstuk 'aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder'. Het gaat in feite om een gewone aansprakelijkheid, die aan de hand van de regels van het gewone aansprakelijkheidsrecht moet worden beoordeeld. Daarbij moet wel oog zijn voor de specifieke positie van de overheid en met name voor terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheid voor handelen dat binnen de beleidsvrijheid van de overheid heeft plaatsgevonden.

Verdedigd wordt wel dat de overheid als toezichthouder zich moet gedragen zoals een redelijk (bekwaam en redelijk) handelend toezichthouder betaamt.¹¹ Deze norm van de behoorlijke en zorgvuldige toezichthouder is de norm die ook geldt voor vrije beroepsbeoefenaren. Het gaat daarbij om een betrekkelijk vage norm, die nader moet worden ingevuld om er in de praktijk iets aan te hebben.¹² Hoe wordt met de invulling van deze vage norm in de praktijk nu precies omgegaan?

3. De norm voor de toezichthouder

Er is weinig rechtspraak over civielrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen voor schade die derden leiden als gevolg van gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. Uit de wel beschikbare rechtspraak blijkt dat bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het overheidshandelen vaak wordt onderscheiden tussen algemeen toezichtsfalen en concreet toezichtsfalen. Concreet toezichtsfalen kan zich voordoen als controle en ingrijpen achterwege wordt gelaten terwijl er voor de betrokken overheid concrete aanwijzingen waren of hadden moeten zijn dat de regels niet werden nageleefd en er daardoor gevaar dreigde of zou kunnen dreigen. Algemeen toezichtsfalen is aan de orde als de overheid heeft nagelaten om de bijzondere zorg of oplettendheid te betrachten waartoe zij gelet op haar publiekrechtelijke taak gehouden was.

3.1 Algemeen toezichtsfalen

Uit de rechtspraak blijkt dat de overheid niet snel aansprakelijk wordt gehouden op basis van algemeen toezichtsfalen. Bij algemeen toezichtsfalen gaat het om gevallen van zuiver nalaten. De overheid was niet bekend met het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt. Haar wordt echter verweten dat ze het gevaar wel had moeten kennen. Het verwijt is in feite dat de overheid onvoldoende heeft gedaan om de haar nog niet bekende overtredingen van geldende regelgeving of – meer in het algemeen – gevaarsituaties op te sporen. Zij heeft haar wettelijke taken verwaarloosd. Het gaat daarbij dus om het – los van een concrete haar bekende gevaarsituatie – onvoldoende uitoefenen van algemeen, preventief toezicht.

Bij de beoordeling van de vraag wat in het algemeen van een overheid aan algemeen toezicht mag worden verlangd, speelt de eerdergenoemde beleidsvrijheid van de overheid een belangrijke rol. Het is in de eerste plaats aan de overheid zelf om te bepalen waar, wanneer en in welke mate zij gebruik wil maken van haar bevoegdheid om algemeen preventief toezicht uit te oefenen. De overheid kan gelet op de beperkte financiële middelen die zij beschikbaar heeft niet alles wat zich binnen haar grenzen afspeelt in de gaten houden. Zij is gedwongen om keuzes te maken. De civiele rechter zal deze keuzes van de overheid in beginsel slechts marginaal toetsen. Waar het om gaat, is of de overheid in redelijkheid tot het door haar gekozen beleid rondom het al dan niet uitoefenen van algemeen preventief toezicht heeft kunnen komen en of zij dat beleid vervolgens ook naar behoren heeft uitgevoerd. Wanneer de overheid haar keuze om in het bewuste geval geen preventief toezicht uit te oefenen goed kan uitleggen, is er geen ruimte om de overheid aansprakelijk te achten voor schade die bij andere beleidskeuzes wellicht niet zou zijn ontstaan.

Hoe sterk de invloed van de beleidsvrijheid bij de beoordeling van de aansprakelijkheid kan zijn, blijkt duidelijk uit de rechtspraak van de Hoge Raad over het toezicht van de toenmalige Verzekeringskamer in de kwestie *Vie d'Or*¹³ en het toezicht van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) op DSB. In beide gevallen werd door degenen die schade hadden geleden door het faillissement van de betrokken financiële instelling (*Vie d'Or* respectievelijk DSB) aan de toezichthouder (de Verzekeringskamer respectievelijk de AFM) verweten dat onvoldoende toezicht was gehouden en dat daarom onrechtmatig was gehandeld. Bij de beoordeling van dit verwijt is allereerst van belang aan de hand van welke maatstaf het handelen en nalaten van de betrokken (financiële) toezichthouder moet worden beoordeeld. In het geval van *Vie d'Or* had de rechtbank met het oog op de beleidsvrijheid die de Verzekeringskamer blijkens de toepasselijke wetgeving had, gekozen voor een marginale toetsing. Van onrechtmatig handelen zou slechts sprake zijn als de Verzekeringskamer niet in redelijkheid tot een door haar genomen beslissing heeft kunnen komen. Toetsing aan dit criterium leidde de rechtbank tot het oordeel dat niet onrechtmatig was gehandeld. Het hof meende dat de rechtbank ten onrechte was uitgegaan van een marginale toetsing. Ook in gevallen waarin de Verzekeringskamer beleidsvrijheid toekomt, dient volgens het hof een volledige toetsing op zorgvuldigheid plaats te vinden. Aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval kwam het hof op deze basis tot het oordeel dat de Verzekeringskamer op enig moment had moeten besluiten tot benoeming van een stille bewindvoerder, omdat het belang van bestaande en toekomstige polishouders een dergelijk ingrijpen onverwijld noodzakelijk maakte. In cassatie stelt de Hoge Raad¹⁴ voorop dat de taak van de Verzekeringskamer als toezichthoudend orgaan zich in beginsel beperkt tot een controle op de naleving van wettelijke normen. De verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering blijft daarmee primair liggen bij de verzekeringsondernemingen zelf en verschuift dus niet in meer of mindere mate naar de toezichthouder. Vervolgens acht de Hoge Raad van belang dat aan de Verzekeringskamer bij de uitoefening van haar toezicht en het al of niet gebruiken van de haar in dat verband toekomende wettelijke bevoegdheden een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt. Deze beleids- en beoordelingsvrijheid brengt volgens de Hoge Raad een terughoudende toetsing door de rechter mee. Het gaat er, zoals de Hoge Raad zegt, niet om of achteraf oordelend een andere beslissing beter zou zijn geweest, maar of in de omstandigheden van het geval en met de kennis van toen de Verzekeringskamer in redelijkheid tot de genomen beslissing heeft kunnen komen.¹⁵ Toegespitst op het verwijt, dat door de toezichthouder eerder een stille bewindvoerder had moeten worden benoemd, oordeelt de Hoge Raad dat de Verzekeringskamer jegens de polishouders onrechtmatig heeft gehandeld als zij *"in de omstandigheden van het geval, uitgaande van de gegevens waarover zij beschikte of behoorde te beschikken en gelet op het geheel van de reeds getroffen maatregelen en de gebleken (in)effectiviteit daarvan, alle belangen in aanmerking genomen – de mogelijk nadelige effecten van de benoeming van een stille bewindvoerder daaronder begrepen – met het oog op de aantasting van de individuele vermogensbelangen van de polishouders in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat ook zonder de benoeming van een stille bewindvoerder het gevaar voor een uiteindelijke deconfiture zo veel mogelijk bleef afgewend"*. Daarmee heeft de Hoge Raad het door het hof gehanteerde ruime toetsingscriterium uitdrukkelijk opzijgezet. De Hoge Raad kiest vanwege de mate waarin aan de Verzekeringskamer beleids- en beoordelingsruimte toekomt duidelijk voor terughoudendheid bij de rechterlijke toetsing.

Op 21 november 2014 heeft de Hoge Raad een vergelijkbare uitspraak gedaan in de zaak waarin het ging om het toezicht van de AFM op DSB en haar financiële producten (in dat geval een deposito-overeenkomst met het karakter van een achtergestelde lening).¹⁶ Ook daar benadrukt de Hoge Raad de ruime beleids- en beoordelingsvrijheid van de AFM en de daarmee samenhangende terughoudende toetsing door de rechter.¹⁷ Dat de beleidsvrijheid van de overheid heel expliciet een rol speelt bij het beoordelen van de vraag of sprake is van algemeen toezichtsfalen blijkt ook uit de rechtspraak over de vuurwerkramp in Enschede.¹⁸ Na de vuurwerkramp die plaatsvond op 13 mei 2000 zijn door tal van benadeelden met personen- en zaakschade en de verzekeraars van de nabij S.E. Fireworks gelegen Grolschfabriek civiele procedures gestart teneinde de schade die zij als gevolg van de vuurwerkramp hadden geleden op de Gemeente Enschede en de Staat te verhalen. In alle uitspraken komt steeds weer expliciet aan bod dat juist vanwege de aan de overheid toekomende beleidsvrijheid van algemeen toezichtsfalen slechts in uitzonderlijke omstandigheden sprake zal kunnen zijn. Algemeen toezichtsfalen werd in al deze zaken niet aangenomen.¹⁹ Ook hieruit blijkt van een terughoudende toetsing door de rechter.

Deze lijn zal meer algemeen gelden. Naarmate de beleids- en beoordelingsvrijheid van de overheid groter is, zal de toetsing door de rechter terughoudender zijn. Daarmee is de ruimte voor aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder beperkter. Maar let wel, dat geldt slechts binnen de categorie van het algemeen

toezichtsfalen, dat wil zeggen zo lang de overheid geen signalen heeft dat er iets mis is of dreigt te gaan en dus alleen het algemeen preventief toezicht van de overheid wordt beoordeeld. Zo werd de gemeente Nieuwegein in een uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 18 november 1998 niet aansprakelijk geacht voor het scheuren en afbrokkelen van beton als gevolg van corrosie van de betonwapening door de daaraan toegevoegde calciumchloride, omdat zij er niet mee bekend was dat deze calciumchloride werd gebruikt. Weliswaar was het volgens gemeentelijke bouwverordeningen reeds vanaf 1976 niet meer toegestaan om calciumchloride aan betonvloeren van woningen toe te voegen, maar het was destijds nog niet bekend dat aan de betonvloeren in tijden van grote vraag te veel calciumchloride werd toegevoegd. Van het gemeentelijk bouwtoezicht werd dus ook geen extra alertheid op dit punt verwacht.²⁰ Dat de beleidsvrijheid van de overheid ruimte geeft zo lang er geen aanwijzingen zijn voor onveilige situaties blijkt ook uit de uitspraak van het Hof Amsterdam zoals die kan worden gekend uit een arrest van de Hoge Raad van 22 juni 2001. Daarin werd de gemeente Hilversum niet aansprakelijk geacht voor de schade door een brand in restaurant Boeddha (met doden en gewonden als gevolg) hoewel de laatste controle op brandveiligheid vijf jaar voor de brand was uitgevoerd en er nadien een verbouwing was uitgevoerd. De grond hiervoor was dat de gemeente er gelet op alle omstandigheden van het geval van uit mocht gaan dat de situatie die bij de vijf jaar eerder uitgevoerde controle in goede staat was bevonden ongewijzigd was blijven voortbestaan. Het beleid van de gemeente was – mede met het oog op de beperkte financiële en personele middelen – om alleen op te treden tegen inrichtingen die niet over een gebruiksvergunning beschikten en waarover klachten waren ontvangen. Dit beleid noodzaakte de gemeente niet om in het bewuste geval op te treden. Het hof achtte dat beleid niet onredelijk. De gemeente had geen indicaties voor een onveilige situatie en de relevante regeling, de Brandveiligheidsverordening, bracht voor de gemeente niet de verplichting mee om tussen het moment van de laatste brandveiligheidscontrole en de vijf jaar later optredende brand opnieuw tot controle over te gaan. Dit oordeel van het hof was in cassatie niet aan de orde en bleef dus in stand.²¹ Zoals in deze uitspraken nog eens wordt bevestigd, brengt de aan de overheid op diverse terreinen toekomstige beleidsvrijheid mee dat onrechtmatigheid vanwege het niet of onvoldoende uitoefenen van algemeen preventief toezicht slechts in uitzonderlijke gevallen zal worden aangenomen. De overheid heeft nu eenmaal een ruime vrijheid om de voor haar beschikbare financiële en personele middelen naar eigen inzicht te besteden. Alleen wanneer zij binnen haar beleidsvrijheid – in redelijkheid niet tot de gemaakte (toezicht- en handavings)keuzes heeft kunnen komen dan wel het vastgestelde beleid niet consequent en zorgvuldig heeft toegepast, is er ruimte voor aansprakelijkheid.

3.2 Concreet toezichtsfalen

Anders ligt dat bij concreet toezichtsfalen. Dat doet zich voor wanneer de overheid niet naar behoren reageert op haar bekende overtredingen van de regelgeving of algemene gevaarsituaties. Daarbij moet worden gedacht aan het negeren van concrete aanwijzingen of het in de wind slaan van waarschuwingen dat bepaalde regels of voorschriften worden overtreden. Zodra de overheid daarnaast concrete aanwijzingen heeft dat er vanwege het overtreden van de regels daadwerkelijk iets mis is of dreigt te gaan, is de beleidsvrijheid van de overheid beperkter. En naarmate het aan de orde zijnde risico groter is, zal de beleidsvrijheid verder afnemen.

Wanneer de overheid ervan op de hoogte is of had moeten zijn dat omgevingsrecht gerelateerde regels of voorschriften worden overtreden, is in de rechtspraak regelmatig aangenomen dat de overheid moet ingrijpen en bij gebreke daarvan aansprakelijk is voor eventueel ontstane schade.

Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van het Hof Amsterdam in de zaak Ruurlo, waarin het gaat om een vakantieboerderij waar zonder bouwvergunning op zolder slaapkamers waren gebouwd. Deze slaapkamers hadden dakramen op ongeveer 60 cm hoogte vanaf de vloer. In strijd met de bouwverordening waren deze ramen niet voorzien van een doorvalbeveiliging. Een met bouw- en woningtoezicht belaste ambtenaar van de gemeente signaleert op een zeker moment de illegale verbouwing maar constateert niet het ontbreken van de doorvalbeveiliging. Toen zes weken later een 14-jarig meisje uit één van de ramen viel, werd de gemeente aansprakelijk geacht voor de gevolgen daarvan. Het betoog van de gemeente dat zij in het kader van haar toezichtsbevoegdheid beleidsvrijheid had en dat de voorschriften over doorvalbeveiliging niet behoorden tot de zogenaamde kernvoorschriften, zoals die met betrekking tot de stevigheid van de constructie, de fundering, de brandveiligheid en de luchttoevoer, werd van de hand gewezen. De situatie was kenbaar gevaarlijk. De gemeente had rekening moeten houden met de reële kans dat kinderen op de zolderkamer zouden verblijven en dat zich bij het spelen of stoeien een ongeval zou voordoen zoals dat in het concrete geval had plaatsgevonden. De fout om geen aandacht te besteden aan de ramen en in plaats daarvan zonder onderzoek van de ramen te vermelden dat de boerderij aan de eisen van de bouwverordening voldeed, werd door het hof als een onrechtmatige daad van de gemeente aangemerkt.²²

Een ander voorbeeld biedt de uitspraak van de Rechtbank Utrecht in de zaak "Oudewater".²³ In die kwestie werd begonnen met bouwwerkzaamheden zonder dat de bouwer beschikte over een adequate bouwvergunning. Omwonenden waren bang voor schade aan hun woningen en uitten dat diverse keren tegenover gemeenteambtenaren. De gemeente trad niet op. Delen van woningen van omwonenden verzakten met ernstige scheurvorming tot gevolg. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de gemeente stelt de rechtbank voorop dat het niet gebruiken van een handhavingsbevoegdheid in een situatie waarin dat wel had gekund niet zonder meer met zich brengt dat de desbetreffende overheid aansprakelijk is als ten gevolge van het niet handhaven schade ontstaat. Volgens de rechtbank kan er alleen bij zeer ernstig tekortschieten, een opzettelijk of roekeloos onjuist gegeven advies en/of indien een meer intensieve controle in redelijkheid geboden was, aanleiding bestaan een overheidsorgaan aansprakelijk te achten wegens het niet gebruiken van een bevoegdheid. Omdat de omwonenden in het onderhavige geval meerdere keren hun zorgen

tegenover de met toezicht en handhaving belaste gemeenteambtenaren hadden geuit en hen ook uitdrukkelijk hadden verzocht om handhavend op te treden, werd het nalaten van enige actie van de zijde van de gemeente door de rechtbank gekwalificeerd als zeer ernstig tekortschieten. De gemeente werd dus ondanks het door de rechtbank gehanteerde – overigens zeker niet algemeen in de rechtspraak toegepaste – terughoudende toetsingscriterium aansprakelijk geacht omdat zij weet had van de risico's die zich uiteindelijk realiseerden.

De verplichting om bij bekendheid met de overtreding van (vergunning)voorschriften handhavend op te treden, zal overigens meer prioriteit hebben wanneer door de overtreding gevaren voor de veiligheid van personen of zaken ontstaan dan wanneer daardoor "alleen" pure vermogensschade zou kunnen ontstaan. In zoverre heeft de overheid derhalve ook bij bekendheid met de overtreding van (vergunning)voorschriften de ruimte om nog wel enig beleid op het punt van handhaving te voeren.²⁴

Dat de overheid wanneer zij aanwijzingen heeft dat (vergunning)voorschriften worden overtreden en dat daaruit gevaren voor personen of zaken voortvloeien niet zo maar mag blijven stilzitten, blijkt ook uit het arrest van het Hof Den Haag inzake de brand bij CMI Container Masters Nederland B.V. (CMI).²⁵ CMI exploiteerde een op- en overslagbedrijf voor onder meer chemicaliën. De gemeente en de gemeenschappelijke regeling DCMR Milieudienst Rijnmond (DCMR) waren ermee bekend dat CMI diverse voorschriften uit de haar verleende Hinderwetvergunning niet naleefde. DCMR heeft CMI daarop ook meermaals aangesproken. Noch door DCMR noch door de gemeente zijn echter dwangmiddelen toegepast. Op enig moment ontstond er brand bij CMI met een forse schade tot gevolg. In rechte is aangenomen dat de brand is veroorzaakt en vervolgens in aanmerkelijke mate is vergroot doordat CMI de vergunningvoorschriften had overtreden. Vervolgens diende de vraag te worden beantwoord of de gemeente en DCMR mede voor de door de brand opgetreden schade aansprakelijk konden worden gehouden op de grond dat zij hadden nagelaten handhavend op te treden tegen CMI. De gemeente stelde zich op het standpunt voldoende handhavend te hebben opgetreden doordat er intensieve contacten met CMI waren geweest met het doel om de bestaande situatie in overeenstemming te brengen met de vergunningvoorschriften. Deze visie van de gemeente is zowel door de rechtbank als door het hof verworpen. Het hof stelt daarbij voorop dat de gemeente en de DCMR een ruime mate van beleidsvrijheid toekomt bij de beoordeling of, hoe en wanneer zij handhavend wensen op te treden. Dat neemt volgens het hof echter niet weg dat de burgerlijke rechter aan de hand van hetgeen is komen vast te staan en de stellingen van partijen zal moeten beoordelen of het doen en laten van de gemeente en DCMR al dan niet in overeenstemming is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de verplichting tot belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel. Omdat de bij controle door DCMR op de percelen van CMI aangetroffen situatie acute en ernstige gevaren met zich bracht en de schade wanneer deze gevaren zich zouden verwezenlijken groot zou zijn, mocht naar het oordeel van het hof een voortvarend en dwingend optreden van de gemeente en DCMR worden verwacht. Dat is echter uitgebleven. Met een algemeen betoog over de beleidsvrijheid hadden de gemeente en DCMR geen blij gegeven van een voldoende inzichtelijke belangenafweging. Naar het oordeel van het hof waren de belangen van degenen die door de vergunning werden beschermd, door het onvoldoende voortvarend en dwingend optreden van de gemeente en DCMR onevenredig geschaad ten opzichte van het belang van CMI bij voortzetting van haar onrechtmatig handelen.

Uit de vuurwerkrampzaken blijkt nog dat bij het beoordelen van het optreden van de overheid als toezichthouder tevens van belang is of zij op de hoogte was of had moeten zijn van een reële en directe bedreiging van het leven van personen. Indien daarvan sprake is, mag van de overheid worden verwacht dat zij afdoende maatregelen ter voorkoming van een ramp treft. Die verplichting kan – afhankelijk van de aard van de schadelijke gevolgen – volgens de rechter worden gebaseerd op art. 2 en 8 EVRM en op art. 1 van het Eerste Protocol daarbij. In dat geval speelt beleidsvrijheid gelet op de ernst van het gevaar dat dreigt en de aard en omvang van de te voorziene schade geen rol meer en is onmiddellijk optreden gewenst. In de vuurwerkrampzaken bleek van dit alles overigens niet.

Met het bovenstaande is nog eens bevestigd dat beleidsvrijheid, zodra de overheid op wat voor manier dan ook concrete aanwijzingen heeft dat er iets mis zou kunnen zijn of gaan, weinig tot geen bescherming meer biedt tegen aansprakelijkheid.²⁶ Zeker naarmate de gevaren groter zijn en de aanwijzingen daarvoor bij de overheid duidelijker, wordt de ruimte voor de overheid om haar eigen afwegingen te maken beperkter.

4. Invulling van de zorgvuldigheidsnorm

Blijkens het voorgaande wordt in de rechtspraak steeds dezelfde toets aangelegd om de zorgvuldigheid van het handelen van de overheid als toezichthouder te beoordelen. Bepalend is of het risico dat de overheid kende of had moeten kennen – zowel gelet op de ernst van de mogelijke effecten als de kans dat deze zouden optreden – dermate groot was, dat bij afweging van alle betrokken belangen (inclusief de kosten van optreden van de overheid) moet worden geconcludeerd tot een rechtspflicht van de overheid om maatregelen te nemen ter verkleining van het bekende risico.²⁷

Bij de beoordeling van mogelijke onrechtmatigheid van het handelen of nalaten van de overheid als toezichthouder zal dus eerst moeten worden nagegaan of de overheid bekend was met de gevaren die zich hebben verwezenlijkt. Was de overheid *niet* bekend met de bewuste gevaren, dan is in geval van gesteld algemeen toezichtsfalen van belang wat in het kader van algemeen preventief toezicht in de concrete omstandigheden van het geval van de overheid mocht worden verwacht. De rechter toetst daarbij gelet op de voor de overheid geldende beleidsvrijheid zoals gezegd slechts marginaal en zal dus niet snel aannemen dat een overheid die niet op de hoogte was van de gevaren die zich hebben verwezenlijkt vanwege falend toezicht of gebrekkige handhaving onrechtmatig heeft gehandeld. Alleen wanneer de overheid binnen de haar toekomende beleidsvrijheid in redelijkheid niet tot de door haar gemaakte toezichtkeuzes heeft kunnen komen, is er ruimte voor aansprakelijkheid. Verdedigd is wel dat daarbij van belang zou moeten zijn met welke gevaren op het terrein in kwestie rekening moet worden gehouden. Wanneer de overheid rekening moet houden met risico's voor personenschade (letsel en overlijden) zouden verdergaande eisen aan het algemeen toezicht en aan het daarvoor te vormen en uit te voeren beleid moeten worden gesteld dan wanneer de eventueel te verwachten schade alleen vermogensrechtelijk van aard is. Daarmee zou er op terreinen waar risico's voor personenschade spelen, denk bijvoorbeeld aan het toezicht op bedrijven die met gevaarlijke stoffen werken, meer ruimte zijn voor aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen dan op terreinen waar deze risico's zich in beginsel niet voordoen.²⁸ Hoewel er op zich wel wat voor te zeggen valt om de op een bepaald terrein te verwachten risico's medebepalend te doen zijn voor het toezichtsbeleid dat de overheid zou moeten voeren, betwijfelen wij of de toetsing van het algemene preventieve toezicht in de civiele rechtspraak op deze manier is vormgegeven. Zoals hiervoor is gebleken, leidt de verwezenlijking van risico's die de overheid niet bekend waren immers in de praktijk zelden of nooit tot aansprakelijkheid van de overheid. Dat geldt ook op terreinen waar in het algemeen rekening moet worden gehouden met risico's voor personenschade. Zo wijzen wij op het herhaalde oordeel van de rechtbank en het Hof Den Haag in de diverse zaken van de vuurwerkramp in Enschede.

Was de overheid *wel* bekend met de gevaren die zich hebben verwezenlijkt²⁹, en gaat het dus om concreet toezichtsfalen, dan zal de vraag naar de onrechtmatigheid van het handelen of nalaten van de overheid in ieder geval moeten worden beoordeeld aan de hand van het in de rechtspraak over de vuurwerkramp gehanteerde criterium dat grote gelijkenis vertoont met de gevaarzettingsrechtspraak of wel de bekende Kelderluikcriteria.³⁰ Volgens de Kelderluikcriteria is van belang:

- a. de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste

oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht; *b.* de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan; *c.* de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben; en *d.* de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Zoals gezegd gelden deze Kelderluikcriteria alleen wanneer de overheid bekend was met de gevaren die zich hebben verwezenlijkt. In zoverre past het in de rechtspraak over de vuurwerkramp geformuleerde criterium bij de rechtsregel die de Hoge Raad formuleerde in de kwestie van de struikelende broodbezorger. De Hoge Raad nam een rechtsplicht tot het opheffen van, althans waarschuwen voor een gevaarlijke situatie aan, wanneer de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van degene die met het gevaar bekend is, is doorgedrongen. Verdedigd is dat de *ernst van het gevaar* ziet op twee van de vier Kelderluikcriteria, te weten de aard en omvang van de schade enerzijds en de kans op schade anderzijds.³¹

Op basis van dit alles concluderen wij dat bij bekendheid van de gevaren moet worden gekeken naar de verhouding tussen de omvang van het risico en de bezwaren die kleven aan het treffen van voorzorgsmaatregelen. Bij de bepaling van de omvang van het risico moet niet alleen worden gelet op de kans dat er schade ontstaat maar ook op de omvang en de aard van die schade. Zo zullen in geval van dreigende letsel- of overlijdensschade, zeker wanneer daar veel mensen bij betrokken zijn, hogere eisen aan de overheid als toezichthouder kunnen worden gesteld dan wanneer het gaat om dreiging van pure vermogensschade. Dus hoe groter de kans dat er iets misgaat en hoe groter de impact als het misgaat, hoe meer toezicht en handhaving door de overheid op haar plaats is. De praktijk laat zien dat de overheid wanneer zij concrete aanwijzingen heeft dat voorschriften niet worden nageleefd en dat er schaderisico's bestaan, zeker als deze zien op de veiligheid van personen en zaken, al snel aansprakelijk is als zij niet ingrijpt.³² De overheid zal met heel goede argumenten moeten komen om in zo'n geval van concreet toezichtsfalen aan te tonen dat haar handelen niet onrechtmatig was. Een enkele verwijzing naar haar beleidsvrijheid is daarvoor in elk geval niet voldoende. De overheid zal aan de hand van de ernst van de bekende risico's, de kans dat deze zich zouden verwezenlijken, de omvang en aard van de te verwachten schade en de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen, mede in het licht van het op het bewuste terrein door haar gevoerde beleid, moeten uitleggen waarom er ondanks haar bekendheid met de gevaren geen grond is om haar handelen of nalaten onrechtmatig te achten. De hiervoor besproken rechtspraak maakt wel duidelijk dat, dit zeker wanneer de schadedreiging serieus is en de ernst van het gevaar groot, niet eenvoudig zal zijn.

5. Overige vereisten voor aansprakelijkheid

De onrechtmatigheid van het handelen is natuurlijk niet het enige vereiste waaraan moet zijn voldaan om de overheid aansprakelijk te kunnen achten voor falend toezicht of gebrekkige handhaving. Daarnaast hebben we te maken met het relativiteitsvereiste, moet de onrechtmatige daad aan de overheid kunnen worden toegerekend en is causaal verband vereist tussen het onrechtmatig handelen en de schade.

Voor de toerekening geldt dat daaraan in geval van falend toezicht en gebrekkige handhaving nauwelijks zelfstandige betekenis toekomt. Er is immers slechts een basis om tot onrechtmatigheid te concluderen als de overheid wist of had moeten weten van de aan de orde zijnde risico's. Daarmee is schuld aan de zijde van de overheid of in elk geval toerekening krachtens de verkeersopvattingen ook geen moeilijk te nemen stap meer. Veel aandacht krijgt de voorwaarde van de toerekening in de praktijk dan ook niet.

Het vereiste van causaal verband geeft binnen de toezichthoudersaansprakelijkheid geen andere problemen dan bij andere aansprakelijkheden het geval is en blijft hier daarom verder buiten beschouwing.

Wat wel bijzondere aandacht verdient is het relativiteitsvereiste.

5.1 Het relativiteitsvereiste

In het relativiteitsvereiste, dat is vastgelegd in [art. 6:163 BW](#), wordt door de toezichthoudende overheid regelmatig een verweer tegen aansprakelijkheid gezocht. En dat behoeft sinds het arrest van de Hoge Raad inzake Duwbak Linda geen verwondering te wekken.³³ De casus is welbekend. De Linda was gekeurd door experts van de Scheepvaartinspectie en een door de Staat erkend onderzoeksbureau. Vervolgens was voor de Linda een certificaat van onderzoek in de zin van het Reglement onderzoek schepen op de Rijn (RosR) afgegeven. Ruim een jaar na de keuring kapseisde de Linda als gevolg van de slechte staat van onderhoud waarin zij feitelijk verkeerde. Daarbij beschadigde de Linda drie andere vaartuigen. De eigenaar van deze vaartuigen stelde onder meer de Staat aansprakelijk op grond van de kennelijk ondeugdelijk uitgevoerde keuring en het ten onrechte afgeven van het certificaat. De Hoge Raad wijst aansprakelijkheid van de Staat van de hand. De achtergrond daarvan is dat het RosR en de volgens deze regeling geldende eis van een certificaat beogen om de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen. De daarmee samenhangende verplichting van de Staat om zorgvuldig te werk te gaan bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van het certificaat is eveneens gericht op de bevordering van veilig scheepvaartverkeer en heeft niet de strekking een in beginsel onbepaalde groep van derden te beschermen tegen vermogensschade. De vordering van de eigenaar van de beschadigde schepen stuitte daarmee af op het relativiteitsvereiste.

Op het arrest inzake Duwbak Linda is in de literatuur veel kritiek geleverd.³⁴ Dat heeft er echter niet aan in de weg gestaan dat de Hoge Raad de in het arrest Duwbak Linda op het punt van de relativiteit gevolgde methodiek ook in latere rechtspraak is blijven toepassen. Uitgangspunt is dat een eenmaal vastgestelde normschending slechts aansprakelijkheid meebrengt jegens degenen die door de normschending schade lijden als de normschending strekt tot bescherming tegen de schade die de benadeelden hebben geleden. Om te bepalen of dat het geval is, zal aan de hand van het doel en de strekking van de geschonden norm moeten worden nagegaan tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de beoogde bescherming zich uitstrekt.³⁵ Het is niet altijd eenvoudig om precies het beschermingsbereik van de geschonden norm te achterhalen. Wanneer het beschermingsbereik niet uit de wet zelf blijkt, zal met name aan de hand van de wetsgeschiedenis naar doel en strekking van de geschonden norm moeten worden gezocht. De meeste normen strekken er niet toe om een onbepaalde groep van derden, die vooraf op geen enkele manier te oormerken is, te beschermen. Vaak zal het zo zijn dat de beschermingsomvang van een norm zich beperkt tot voorzienbare belanghebbenden. Naarmate een in het geding zijnde taak van de overheid algemener is, het aantal burgers dat daarbij betrokken kan zijn groter is en ook het aantal manieren waarop schade kan ontstaan ruimer en minder goed voorzienbaar is, zullen schadevorderingen eerder afstuiten op het relativiteitsvereiste. Zo was de taak van de overheid om de veiligheid van schepen (op de Rijn) te controleren betrekkelijk algemeen. Het aantal belanghebbenden bij een juiste uitvoering van deze taak was groot. En ook het aantal denkbare manieren waarop bij een niet deugdelijke uitvoering van deze taak schade kon ontstaan en de vormen waarin deze schade zich kon voordoen, waren oneindig. Burgers mogen dan in de visie van de Hoge Raad niet verwachten dat de overheid haar in het geding zijnde taak altijd perfect

uitvoert. Wanneer de betrokken overheidstaak specifiek is, het aantal belanghebbenden kleiner is en de wijze waarop in geval van een onjuiste uitvoering van deze taak schade kan ontstaan ook beter voorzienbaar is, mogen burgers ook meer van de overheid verwachten. De relativiteitseis zal dan minder snel een belemmering tegen aansprakelijkheid zijn.

Dat blijkt bijvoorbeeld uit het eerder reeds besproken arrest van het Hof Den Haag inzake de brand bij CMI.³⁶ In dat geval hadden de gemeente en DCMR onrechtmatig gehandeld door niet adequaat te reageren op de aan hen bekende ernstige en acute gevaren die samenhangen met het niet naleven door CMI van de voorwaarden van de Hinderwetvergunning. Het hof onderzoekt het beschermingsbereik van de daarmee door de gemeente en DCMR geschonden normen uit de Wet Milieubeheer en de [Brandweerwet 1985](#). Daarbij komt het hof tot de conclusie dat de Wet Milieubeheer ertoe strekt de omgeving van de inrichting te beschermen tegen vanuit de inrichting komend onheil. Onder het beschermingsbereik valt ook schade aan goederen ten gevolge van een in de inrichting ontstane brand. Ook voor de Brandweerwet 1985 geldt volgens het hof dat de daarmee beoogde bescherming tegen brand en brandgevaar mede de bescherming van goederen tegen brand omvat. Meer specifiek oordeelt het hof dat de preventieve taak van de gemeente op grond van de Brandweerwet 1985 ook de bescherming omvat van de belangen van bedrijven die hun goederen in de omgeving van CMI hadden opgeslagen. De geschonden normen strekken naar het oordeel van het hof derhalve wel degelijk ter bescherming van degenen die schade hebben geleden doordat in omringende loodsen opgeslagen goederen door de brand die bij CMI was ontstaan teniet waren gegaan. Daarbij acht het hof van belang dat aan de gemeente en DCMR redelijkerwijs kenbaar was dat de (in nabije loodsen opgeslagen) zaken door de overtreding van de vergunningvoorschriften hoe dan ook in gevaar werden gebracht. Het beroep van de gemeente en DCMR op het arrest inzake Duwbak Linda werd daarmee uitdrukkelijk verworpen.

Ook in het Vie d'Or-arrest deed de toezichthouder een beroep op de redenering van de Hoge Raad uit Duwbak Linda, maar ving bot. De Hoge Raad overwoog dat het strookt met het stelsel van de [Wet toezicht verzekeringsbedrijf](#), het doel van het toezicht en met de bedoeling van de wetgever, zoals daarvan uit de parlementaire geschiedenis bleek, dat het wettelijk toezicht naast het algemeen belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen mede beoogt de financiële belangen van verzekerden te beschermen tegen het gevaar dat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen tegen de polishouders kan voldoen. Volgens de Hoge Raad was het verschil met Duwbak Linda dat de polishouders in beginsel een bepaalde groep van (potentiële) benadeelden vormden.

Vorig jaar zorgde het relativiteitsvereiste er opnieuw voor dat een aansprakelijkheidsclaim gericht tegen de overheid werd afgewezen.³⁷ Op 4 februari jl. heeft de Rechtbank Den Haag vonnis gewezen in de procedure die door (nabestaanden van) slachtoffers van het schietincident in het winkelcentrum in Alphen aan den Rijn tegen de politie is aangespannen. De slachtoffers zijn van mening dat de politie geen wapenverlof aan Tristan van der Vliet had mogen verlenen en door dat wel te doen gehouden is om de schade te vergoeden die Tristan van der Vliet met het schietincident heeft veroorzaakt. De rechtbank heeft geoordeeld dat de politie op basis van de Wet Wapens en Munitie (WWM 1997) geen wapenverlof aan Tristan van der Vliet had mogen verlenen. Met het verlenen van het wapenverlof is volgens de rechtbank gehandeld in strijd met de wet en daarmee onrechtmatig. Als de politie alle relevante informatie in de besluitvorming had betrokken, had dat volgens de rechtbank moeten leiden tot een weigering van het verlof. Vervolgens heeft de rechtbank getoetst of de geschonden norm uit de WWM 1997 strekt tot bescherming van de schade die de eisers hebben geleden. Daarbij heeft de rechtbank als vertrekpunt genomen dat de soort schade per persoon kan verschillen van louter zuivere vermogensschade tot personenschade en zowel directe als gevolgschade kan betreffen. De rechtbank heeft overwogen dat de politie bij de verlofverlening relevante informatie over Tristan van der Vliet buiten beschouwing heeft gelaten en daarmee de specifieke regels voor de verlofverlening zoals neergelegd in de WWM 1997 niet in acht heeft genomen. De geschonden norm is die van een zorgvuldige besluitvorming bij de verlening van het wapenverlof. Uit de parlementaire geschiedenis van de WWM 1997 volgt dat de kern van het Nederlandse vuurwapenbeleid ligt in de beheersing van legaal wapenbezit en het bestrijden van illegale wapenhandel. Een van de doelen van de WWM 1997 is het beschermen van de veiligheid van burger en staat. Deze algemene maatschappelijke veiligheidsnorm moet volgens de rechtbank worden onderscheiden van de door de politie geschonden norm van de zorgvuldige besluitvorming bij het verlenen van het verlof. Dat deze norm bijdraagt aan het beschermen van de veiligheid van de samenleving wil nog niet zeggen dat de uit de WWM 1997 en aanverwante regelgeving blijkende eisen die een zorgvuldig vergunningverlener in acht hoort te nemen, strekken tot bescherming van de schade die eisers hebben geleden. Verder vindt de rechtbank van belang dat het onzorgvuldig verlenen van een verlof alleen al vanwege de grote verscheidenheid van mogelijke vormen van misbruik met uiteenlopende gevolgen een onbepaalde en onbegrensde groep mogelijke benadeelden raakt, die op niet te voorziene wijze tot allerlei vormen van schade zou kunnen leiden. In de totstandkomingsgeschiedenis van de WWM 1997 wijst niets erop dat met het schenden van de norm van de zorgvuldige besluitvorming is beoogd individuele vermogensbelangen te beschermen. Daarbij betreft de rechter dat in [art. 34](#) WWM 1997 de mogelijkheid om een besluit van de korpschef aan te vechten beperkt is tot de bij de aanvraag van een vergunning betrokken partijen. Daarmee is de kring van belanghebbenden beperkt. De WWM 1997 bevat verder geen bepalingen waaraan de individuele burger rechtstreeks rechten kan ontlenen als hij ervoor vreest dat legaal wapengebruik door een ander een gevaar voor zijn veiligheid doet ontstaan. Dit alles leidt ertoe dat de bij de verlofverlening door de politie geschonden norm niet strekt tot bescherming van de individuele vermogensbelangen van eisers.

De centrale vraag binnen het relativiteitsvereiste lijkt daarmee te zijn van welke personen vooraf voorzienbaar was dat zij belang hadden bij de naleving van de in het geding zijnde norm en welke schade van deze personen in geval van niet naleving van de norm voorzienbaar was. Deze in feite vooraf af te bakenen groep van personen en de eveneens af te bakenen schade zal binnen het beschermingsbereik van de norm vallen. Andere personen en andere schade in beginsel niet.

6.Slot

Het is tijd voor een korte samenvatting van het voorgaande.

Wanneer de overheid wordt aangesproken vanwege falend toezicht of gebrekkige handhaving, is allereerst van belang of de overheid bekend was met de gevaren die zich hebben verwezenlijkt. Was de overheid niet bekend met de (ernst van de) gevaren, dan zal niet snel aansprakelijkheid van de overheid worden aangenomen. In ieder geval wordt het handelen van de overheid dan vanwege de aan de overheid toekomende beleidsvrijheid door de civiele rechter slechts marginaal getoetst. Was de overheid wel bekend met de gevaren die zich hebben verwezenlijkt, dan wordt veel gemakkelijker tot aansprakelijkheid geconcludeerd. Zeker naarmate de bekende gevaren groter en concreter waren en de te verwachten schade ernstiger, heeft de overheid minder ruimte om nog af te zien van het nemen van de geëigende maatregelen.

Wanneer eenmaal is vastgesteld dat de overheid in haar hoedanigheid van toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld, bieden de overige vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor de overheid geen speciale verweren. Dat is slechts anders voor het relativiteitsvereiste. Verdedigbaar is immers dat alleen de personen van wie vooraf voorzienbaar was dat zij belang hadden bij naleving van de in het geding zijnde norm aan deze norm bescherming kunnen ontlenen en dan bovendien alleen tegen vooraf voorzienbare schade.

Verberg alle voetnoten Toon alle voetnoten

Voetnoten

Voetnoten

1. Anneke Bolt en Esther Ceulen zijn beiden advocaat bij Nysingh advocaten en notarissen in Arnhem.

In deze bijdrage wordt niet stilgestaan bij de aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens de vergunninghouder. Die problematiek kwam o.a. aan bod in het arrest van het Hof Amsterdam 28 juni 1962, *NJ* 1964/228 (*Amsterdam/Amstelstein*) en het Hof 's-Gravenhage 7 februari 1989, *BR* 1989/637, m.nt. H.C.W.M.

2. Moesker (*Woudrichem*). In beide zaken oordeelde de rechter dat de gemeente in het algemeen niet aansprakelijk is jegens de aanvrager van de vergunning voor niet ontdekte fouten in diens bouwplan. Dat is anders indien de gemeente m.b.t. het bouwtoezicht in zeer ernstige mate is tekortgeschoten, zoals bijvoorbeeld bij het over het hoofd zien van een zodanige zwakte in de ontworpen constructie dat gevaar voor plotseling instorten zou bestaan.

De beperking van de aansprakelijkheid van de financieel toezichthouder is inmiddels een feit. Op 1 juli 2012 is de [Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM](#) in werking getreden. Na de inwerkingtreding van deze wet ³bepaalt de Wft dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders is beperkt tot opzet en/of grove schuld.

- 4.I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid (2005), p. 42-44.
 A.A. Van Rossum, Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht, Pre-advies *NJV* 2005, p. 97; A.R.
5. Neerhof, Over onrechtmatigheid van toezichts-, handhavingen, mensenrechten en aansprakelijkheid, *O&A* 2007/106, p. 12.
 Zie HR 22 november 1974, *NJ* 1975/14 (*struikelende bakker*), waarbij het ging om een door kinderen in stand gelaten gevaarlijke situatie, die er uiteindelijk in resulteerde dat een broodbezorger over een gespannen touw 6. struikelde, ten val kwam en letsel opliep; Hof Arnhem 25 maart 2003, *NJ* 2003/577, [ECLI:NL:GHARN:2003:AL8363](#), waarin het ging om de aansprakelijkheid van de gemeente voor vergiftiging van runderen als gevolg van het eten van taxus uit snoeiafval dat naast de weg was gelegd.
7. HR 9 juli 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BL3262](#).
 Dit criterium werd in de vuurwerkkrampzaken geïntroduceerd door de Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, [ECLI:NL:RBSGR:2003:AO0997](#) en vervolgens in de daarop volgende uitspraken steeds overgenomen. Zie Rb. 's-Gravenhage 13 december 2006, [ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4247](#); Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, [ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4247](#); Rb. 9 november 2005, [ECLI:NL:RBSGR:2005:AU5877](#) en Hof 's-Gravenhage 30 september 2008, [ECLI:NL:GHSGR:2008:BF1789](#).
9. Zie ook Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, [ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4247](#).
 Uit het hierna nog te bespreken *Vie d'Or*-arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad een meer objectief wetenschapscriterium hanteert voor de financiële toezichthouder. Het oordeel over de vraag of de 10. verzekeringskamer onrechtmatig heeft gehandeld, dient volgens de Hoge Raad niet alleen te worden gebaseerd op de gegevens waarover de kamer beschikte, maar ook op die waarover ze behoorde te beschikken. Zie HR 13 oktober 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AW2077](#).
 Zie I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid (2005), p. 106 en de daar aangehaalde literatuur; C.C. van Dam, 11. Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en de Nederlandsche Bank, *NTBR* 2010/30, p. 224-246; R.P. Wijne, Falend toezicht en afwenteling van schade op de Inspectie voor de Gezondheidszorg, *O&A* 2014/80.
- Dat deze norm weinig richting geeft, blijkt ook uit de *Vie d'Or*-zaak die hierna nog aan bod komt. De rechtbank 12. toetste op basis van deze norm terughoudend, het hof toetste daarentegen volledig. Het verschil in uitkomst had te maken met de manier waarop de rechter rekening hield met de beleidsvrijheid van de toezichthouder.
13. Daarbij wordt wel aangetekend dat de discussie zich in deze zaak toespitste op een concreet toezichtsfalen.
14. Zie HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527, [ECLI:NL:HR:2006:AW2077](#).
 Bij dat alles wijst de Hoge Raad nog op het zogenaamde toezichthoudersdilemma. In dit geval houdt dat in dat de belangen van de polishouders enerzijds gediend kunnen zijn met ingrijpen, maar dat dit anderzijds de 15. continuïteit van de bedrijfsvoering van de verzekeraar in gevaar kan brengen waardoor de belangen van de polishouders juist weer geschaad kunnen worden. Ook wijst de Hoge Raad erop dat het toezicht door de Verzekeringskamer niet kan garanderen dat een faillissement van een verzekeraar wordt voorkomen.
16. HR 21 november 2014, [ECLI:NL:HR:2014:3349](#).
17. Ook het eerdergenoemde toezichthoudersdilemma wordt weer beschreven.
 Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, [ECLI:NL:RBSGR:2003:AO0997](#); Rb. 's-Gravenhage 9 november 2005, [ECLI:NL:RBSGR:2005:AU5877](#); Hof 's-Gravenhage 30 september 2008, [ECLI:NL:GHSGR:2008:BF1789](#); HR 9 juli 2010, [ECLI:NL:HR2010:BL3262](#); Rb. 's-Gravenhage 13 december 2006, [ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4247](#); Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, [ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316](#).
- Omdat het toezicht op de naleving van de milieuwetgeving was gedecentraliseerd, werd door de rechtbank en het Hof 's-Gravenhage aangenomen dat de Staat niet kon worden aangesproken voor algemeen 19. toezichtsfalen. Haar kon hooguit worden verweten dat zij onvoldoende bij de gemeente had aangedrongen op het treffen van maatregelen. Dat daarvan sprake zou zijn geweest, kwam niet vast te staan.
20. Rb. Utrecht 18 november 1998, *BR* 1999/713.
21. Zie HR 22 juni 2001, [ECLI:NL:HR:2001:AB2237](#).
 Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991/308. Een en ander leidt overigens slechts tot een verplichting van de gemeente om 50% van de schade van Astrid te vergoeden, omdat het onvoorzichtige gedrag van het 22. meisje naar het oordeel van het hof in gelijke mate aan het ongeval en daarmee aan het ontstaan van de schade heeft bijgedragen.
23. Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003/304.
24. Zie in deze zin Hof Amsterdam 14 april 2015, 200.148.646/01.
25. Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, [ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578](#).
 I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid (2005), p. 86-90. Zie ook B. van der Meulen, Niets nieuws is goed nieuws; Aansprakelijkheid voor falend toezicht, *O&A* 2007/4, nr. 1, p. 23 en 24, die verdedigt dat de rechter de rechtmatigheid van het handelen van de overheid als er sprake is van beleidsvrijheid moet beoordelen aan de hand van het ongeschreven recht, waartoe de zorgvuldigheid, het verbod van willekeur, het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel etc. behoren. Dit betreft een integrale toetsing. Het enige dat 26. marginaal moet worden getoetst, is de redelijkheid van de beslissing. Vergelijk verder Albers, *Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving*; De geest is uit de fles, *NTBR* 2005/10., p. 487-489, die verdedigt dat de overheid vanwege de op haar rustende beginselplicht tot handhaving alleen in uitzonderlijke omstandigheden niet aansprakelijk is voor schade door gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving. De toezicht- en handhavingplicht wordt daarbij afgeleid uit de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, maar ook uit het vertrouwensbeginsel (de burger mag erop vertrouwen dat een bestuursorgaan toeziet

- op de naleving van de regelgeving) en uit het kennis- en kundeoverschot aan de zijde van de overheid (een bestuursorgaan kan in beginsel op de hoogte zijn van risico's die zich in een vergunningsplichtige inrichting voordoen en kan deze risico's voorkomen, beperken of opheffen). Zie verder C.C. van Dam, Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving, in de bundel: Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen, onder redactie van A. Akkermans en E. Brans, 2002, p. 121-114 en 121, die er ook nog op wijst dat een toezichts- en handhavingsplicht een rechtspolitieke grondslag kent. Hij merkt in dat verband op dat vanwege de "ons kent ons" mentaliteit vaak ten onrechte wordt gedoogd. Een ruimere aansprakelijkheid voor schade die door dit gedogen ontstaat, zou kunnen leiden tot een betere controle en handhaving van de wet- en regelgeving.
27. Hof 's-Gravenhage 30 september 2008, [ECLI:NL:GHSGR:2008:BF1789](#); Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, [ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316](#).
- Zie in deze zin bijvoorbeeld A.R. Neerhof, Over onrechtmatigheid van toezichts-, handhavingsfalen, 28. mensenrechten en aansprakelijkheid, *O&A* 2007/106, p. 106; R.P. Wijne, Falend toezicht en afwenteling van schade op de Inspectie voor de Gezondheidszorg, *O&A* 2014/80, p. 80.
- Kennis van een risico dat zich niet heeft verwezenlijkt (en dat dus niet tot schade heeft geleid), kan niet leiden 29. tot aansprakelijkheid voor de gevolgen van een ramp. Zie Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, [ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316](#).
30. Zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136.
31. T.W. Franssen en D. Van Tilborg, Wat niet weet, wat niet deert, *O&A* 2014/79.
- Zie in deze zin ook C.L.G.F.H. Albers, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende 32. handhaving; De geest is uit de fles, *NTBR* 2005/10, p. 490, 491; I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid (2005), p. 138.
33. HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*).
- Zie bijvoorbeeld T. Hartlief, Aansprakelijkheid van toezichthouders; vertrouwen is goed, controle beter? 34. Bespreking van het preadvies van A.A. van Rossum, *NJB* 2005/133, p. 22 e.v.; I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid (2005), p. 168-170.
- Zie in deze zin HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*); HR 13 april 2007, *AB* 2008/16 (*Iraanse vluchteling*); HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527, [ECLI:NL:HR:2006:AW2077](#) (*Vie d'Or*).
35. Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, [ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578](#).
- Rb. Den Haag 4 februari 2015, [ECLI:NL:RBDHA:2015:1061](#). Hoewel deze uitspraak ziet op de (verder hier 37. niet besproken) taak van de overheid in de sfeer van de vergunningverlening is de uitspraak op het punt van het relativiteitsvereiste ook voor de overheid als toezichthouder belangwekkend.