

# De reikwijdte van de primaire en secundaire private zorgplicht: gelijke monniken, gelijke kappen?

AV&S 2016/2

**Bij de vaststelling en aanvaarding van zorgplichten van secundair verantwoordelijke partijen doen zich diverse problemen voor. Te denken valt aan de gebrekkige causale relatie tussen de secundaire zorgplichtschending en de schade, maar ook aan problemen op metaniveau, zoals het twijfelachtige preventieve effect dat een dergelijke zorgplicht genereert. Het alternatief van deze “secundaire aansprakelijkheid” lonkt echter wel, met name daar waar de primair aangesprokene niet-liquide, niet-vindbaar of niet-toerekenbaar blijkt. In deze bijdrage wordt de civielrechtelijke zorgplicht van secundaire, private partijen jegens bezoekers van openbare ruimten geanalyseerd, waarbij in het bijzonder bekeken zal worden of een terughoudende toetsing van dit type zorgplicht gewenst is.**

## 1. Inleiding

### 1.1 Introductie

De afgelopen jaren zijn diverse aansprakelijkheidsprocedures de revue gepasseerd,<sup>2</sup> waarin de gelaedeerde niet de primair verantwoordelijke, maar in plaats daarvan de zogenaamde secundair verantwoordelijke partij aansprakelijk hield voor het intreden van de schade. In deze “secundaire” aansprakelijkheidsprocedures gaat het niet om de aansprakelijkheid van de directe veroorzaker van de schade (de primaire partij), maar om de aansprakelijkheid van de betrokkene die tekort is geschoten in het treffen van voorzorgsmaatregelen of het houden van toezicht teneinde het handelen van de primaire partij te voorkomen, en daarom nalatig handelen kan worden verweten (de secundaire partij<sup>3</sup>). Deze vorm van aansprakelijkheid roept diverse vragen op over de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht: is het bijvoorbeeld mogelijk om niet de daadwerkelijke schutter, maar wel het winkelcentrum of de politie aansprakelijk te

houden voor het schietincident in Alphen aan den Rijn?<sup>4</sup> En wat geldt ten aanzien van de aansprakelijkheid van de gemeente of de evenementenorganisatie naar aanleiding van het ongeluk met de Monstertruck in Haaksbergen?<sup>5</sup> Ook het seksueel misbruik binnen de Rooms-Katholieke kerk dwingt ons na te denken over de rekbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht, nu de vervolging van de primaire veroorzakers van de schade hier vaak niet haalbaar blijkt en voor de vergoeding van de schade dus naar de toezichthoudende organen gekeken wordt.<sup>6</sup> Kortom: wie moet opdraaien voor de schade, als degenen die de verantwoordelijkheid eigenlijk zouden moeten dragen dat bijvoorbeeld vanwege liquiditeits- of vindbaarheidsproblemen niet doen?

De vaststelling en aanvaarding van dit soort secundaire aansprakelijkheden verloopt in de praktijk niet zonder slag of stoot. Denk hierbij bijvoorbeeld (1) aan de causale problemen die zich in de secundaire aansprakelijkheidsprocedure voor kunnen doen. A wordt in deze procedure jegens B aansprakelijk gehouden voor schade die direct veroorzaakt is door C, waardoor het causale verband tussen de zorgplichtschending van A en de schade vaak niet heel direct en zeker niet exclusief zal zijn.<sup>7</sup> Dat brengt mee dat de veroordeling van die secundaire partij op morele gronden niet meteen evident is: het is voor secundaire partijen immers vaak onduidelijk tot voorkoming van welke specifieke, door C direct in het leven geroepen gevaren hun zorgplicht strekt. De voorzienbaarheid van de schade en daarmee de invloed van de secundaire partij op het voorkomen ervan, lijkt daarmee beperkt te zijn.<sup>8</sup> In het verlengde hiervan doen zich ook problemen voor op (2) het vlak van de preventie van schade: het preventieve effect dat een secundaire zorgplicht genereert, is twijfelachtig. Zo zal de secundaire partij zijn gedrag pas op een zorgplicht kunnen afstemmen, als kenbaar is welke

1 Kirsten Maes is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht en als buitenpromovenda verbonden aan de Universiteit Utrecht; zij werkt aan een proefschrift over de thematiek van deze bijdrage. Dit artikel is een bewerking en verkorte weergave van haar masterscriptie. Citeerwijze: K.L. Maes, 'De reikwijdte van de primaire en secundaire private zorgplicht: gelijke monniken, gelijke kappen?', *AV&S* 2016/2, afl. 1.

2 Zie de voorbeelden in § 2.2 en § 3.

3 Zie al eerder W.H. van Boom, 'Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen Alles of Niets*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 139 e.v. en I. Giesen, *Aansprakelijkheid en toezicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 37 e.v. Zie over het verschil tussen zorgplichten van primaire partijen en zorgplichten van secundaire partijen nader § 2.1.2.

4 Denk hierbij aan het in § 2.2 te bespreken voorbeeld van de nabestaanden van het schietincident in Alphen aan den Rijn, die in februari jl. hun aansprakelijkheidsclaim jegens de overheid (politie) in eerste aanleg overigens zagen worden afgewezen (Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*)).

5 Denk aan het in mei 2015 uitgebrachte (kritische) rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV) over het incident met de monstertruck in Haaksbergen, welk rapport wellicht aanleiding geeft tot de aansprakelijkstelling van dergelijke secundaire partijen. Zie hiervoor het persbericht van de OVV d.d. 20 mei 2015, te raadplegen op de website van de onderzoeksraad ([www.onderzoeksraad.nl](http://www.onderzoeksraad.nl)).

6 Zie de in § 2.2 te bespreken uitspraak van de Rb. Zeeland-West-Brabant 15 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4615.

7 J. B. M. Vranken, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. (Algemeen Deel\*\*\*\*)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 193-194. Zie ook W.H. van Boom, 'Kritiek en methode in juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onderzoek – een bespreking van Asser-Vranken (Algemeen Deel\*\*\*\*)', *NTBR* 2015/18, p. 122-131.

8 En kan de private actor A juridisch dan nog wel verweten worden dit vooraf onbekende gevaar, in eerste instantie in het leven geroepen door C, niet voorkomen te hebben? Zie in het algemeen hierover T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 69.

specifieke norm moet worden nageleefd.<sup>9</sup> Bij de secundaire zorgplicht zal de voor preventie vereiste scherpste als het gaat om het inschatten van risico's en gevaren in veel gevallen juist ontbreken.<sup>10</sup> Tot slot is er ook door verschillende auteurs gewezen op (3) het gevaar dat de uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht in de ( nabije) toekomst moeilijkheden zal gaan veroorzaken. Denk hierbij aan de angst voor een in Nederland opkomende 'claimcultuur',<sup>11</sup> maar ook aan het gevaar dat de aansprakelijkstelling van steeds verder verwijderde derden – zoals secundaire partijen – de schadelast voor bepaalde groepen in de samenleving op termijn oncontroleerbaar kan maken.<sup>12</sup>

## 1.2 Insteek en opbouw

In deze bijdrage analyseer ik de secundaire aansprakelijkheid van *private* actoren<sup>13</sup> jegens bezoekers van *openbare ruimten*,<sup>14</sup> waarbij ik in het bijzonder de vraag naar de wenselijke *reikwijdte* van de zorgplicht van secundaire, private partijen bespreek. In het licht van de dogmatiek van het geldende aansprakelijkheidsrecht en de morele achtergronden van dit type zaken, zal bekeken worden of de rechter een bepaalde voorzichtigheid of terughoudendheid bij zorgplichten van secundaire partijen dient aan te leggen, of dat juist een in beginsel zelfde toetsing als die bij primaire partijen wordt aangelegd gewenst is. Door mijn eerste onderzoeksresultaten in kaart te brengen, hoop ik het debat over de omgangswijze met secundaire zorgplichten weer een stapje vooruit te helpen.

De verdere opbouw van deze bijdrage is als volgt. Ik zal beginnen het leerstuk van de secundaire aansprakelijkheid in zijn context te plaatsen (§ 2), door het onderliggende theoretische kader (§ 2.1) en de verklaringen voor de toenevende belangstelling voor secundaire zorgplichten (§ 2.2) te schetsen. Daarna zal aan de hand van een verkorte recht-

spraakanalyse<sup>15</sup> (§ 3) een aantal openbare ruimten worden uitgelicht ten aanzien waarvan secundaire zorgplichten aanvaard worden (§ 3.1), waarna ik door middel van een vergelijking met de primaire zorgplichten de reikwijdte van de secundaire zorgplicht zal beoordelen (§ 3.2). Vervolgens kom ik tot de beantwoording van mijn hiervoor geformuleerde hoofdvraag (§ 4), door het huidige debat in de literatuur te schetsen (§ 4.1) en mijn eerste bevindingen nader te onderbouwen (§ 4.2). Ik sluit deze bijdrage af met een conclusie (§ 5).

## 2. Context

### 2.1 Theoretisch kader

#### 2.1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal kort aandacht besteed worden aan de elementen die voor een goed begrip van het onderwerp relevant zijn. Zo zal eerst het verschil tussen primaire en secundaire zorgplichten nader uiteen gezet worden (§ 2.1.2), waarna ook de verschillende zorgelementen van zorgplichten besproken worden (§ 2.1.3).

#### 2.1.2 Primaire en secundaire zorgplichten

In deze bijdrage maak ik onderscheid tussen de zorgplicht van primaire, private partijen en de zorgplicht van secundaire, private partijen.<sup>16</sup> Bij primaire, private partijen gaat het om de partij die *het risico direct in het leven heeft geroepen*. Het gaat hier om de *eigenlijke* veroorzaker van de schade (anders dan het slachtoffer) en daarom om de partij die logischerwijs door de gelaedeerde als eerste zou kunnen worden aangesproken. Dit betrof bij de schietpartij in Alphen aan den Rijn degene die de schoten loste (Tristan van der V.), bij het ongeval in Haaksbergen de bestuurder van de monstertruck (Mario D.) en bij de steekpartij op het Corbulo College in Voorburg de leerling die op het slachtoffer instak (Anthony D.). Deze private en primair verantwoordelijke partij kort ik in het navolgende af tot "primaire partij" en de zorgplicht van deze partij als de "primaire zorgplicht".

Bij secundaire, private partijen gaat het om de partij die te kort is geschoten in het *houden van toezicht*<sup>17</sup> of het *treffen van voorzorgsmaatregelen* en daarom *nalatig handelen* kan worden verweten. De suggestie die in deze vorm van aansprakelijkheid besloten ligt, is dat de geleden schade door de secundaire partij voorkomen had kunnen en moeten

9 T. Vansweevel, B. Weyts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2009, p. 8.

10 W.H. Van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 20.

11 Zie het rapport inzake de Claimcultuur van de Minister van Justitie, *Kamerstukken II 1998/99*, 25630, nr. 1. Zie ook T. Hartliet en R.J. Tjittes, 'Kroniek Vermogensrecht', *NJB* 2004, p. 1588; R. Rijnhout, E.F.D. Engelhard, I. Giesen e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2013/20, p. 172; I. Giesen, K.L. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27, p. 232 en in het algemeen F. Baltesen, 'Claim je rijk!', *HP/De tijd* 1997, p. 28-36.

12 A.T. Bolt, J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 392. Zie hierover kritisch R. Rijnhout, E.F.D. Engelhard, I. Giesen e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2013/20, p. 172.

13 De bespreking van mogelijke overheidsaansprakelijkheden gaat deze bijdrage te buiten.

14 Ik hanteer het begrip *openbare ruimten* in deze bespreking in de breedste zin van het woord. Hierbij valt te denken aan bezoekers van *algemene publieke ruimten*, zoals ziekenhuizen, sportvelden of winkelcentra (vgl. de schietpartij in Alphen aan den Rijn), maar ook aan bezoekers van *meer bijzondere publieke ruimten*, zoals scholen (vgl. de steekpartij op het Corbulo College in Voorburg), festivalterreinen of andersoortige ruimten waarop evenementen worden georganiseerd (vgl. het ongeval met de monstertruck in Haaksbergen). Het criterium is steeds of een algemeen publiek – denk aan een willekeurige voorbijganger of bezoeker – de betreffende ruimte in en uit kan lopen en of de ruimte onder de verantwoordelijkheid van een private partij valt.

15 De bespreking van alle beschikbare jurisprudentie op dit vlak gaat deze bijdrage te buiten. Daarvoor wil ik graag verwijzen naar hoofdstuk 3 van mijn scriptie (opvraagbaar bij de auteur).

16 Ten behoeve van de leesbaarheid spreek ik in deze bijdrage ook over primaire en secundaire zorgplichten. Daarmee doel ik echter op de zorgplicht van de primair aansprakelijke partij en op de zorgplicht van de secundair aansprakelijke partij: het is niet meer dan een verkort equivalent. De "secundairheid" ziet dus niet zozeer op de zorg, maar op de partij die wordt aangesproken. Zie nader § 2.1.2.

17 In de breedste zin van het woord: dus ook het ten onrechte toestaan van een bepaalde activiteit, het verkeerd uitvoeren van bepaalde beveiligingsprotocollen, etc.

worden<sup>18</sup>: door het gebrekkige toezicht heeft de *secundaire* partij de *primaire* partij de ruimte en mogelijkheid geboden zich (opzettelijk of onopzettelijk) 'schadeveroorzakend' te gedragen. Er is bij deze secundaire aansprakelijkheid dus altijd een meer primaire partij in het spel die de schade direct in het leven heeft geroepen.<sup>19</sup> De secundaire partij wordt in die zin dus in de "tweede instantie" aansprakelijk gehouden. Dit betrof – let wel: hypothetisch<sup>20</sup> – bij de schietpartij in Alphen aan den Rijn het winkelcentrum waar het incident plaatsvond, bij het ongeval in Haaksbergen de evenementenorganisatie die verantwoordelijk was voor de logistieke gang van zaken en bij de steekpartij in Voorburg de school op wiens terrein het incident plaatsvond (te weten het Corbulo College). Deze private en secundair verantwoordelijke partij kort ik in het navolgende af tot "secundaire partij" en de zorgplicht van deze partij als de "secundaire zorgplicht".

De aansprakelijkheid van secundaire partijen zal, net als de aansprakelijkheid van primaire partijen, in de meeste procedures gefundeerd worden op de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).<sup>21</sup> Voor deze bijdrage is met name de vraag naar de onrechtmatige gedraging en daarmee die naar de vaststelling van een eventuele niet-nagekomen zorgplicht relevant. Het gaat hier om de invulling van hetgeen geformuleerd is in artikel 6:162 lid 2 BW: is er sprake van een handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt? De achterliggende vraag is daarbij telkens: is er een rechtens relevante reden aanwezig de schade voor rekening van de secundaire par-

tij te brengen?<sup>22</sup> Welke factoren bij deze afweging precies van belang zijn, is in de loop der jaren in de jurisprudentie ingekleurd en afgebakend.<sup>23</sup> Deze secundaire zorgplicht blijkt zich aldus goed in het reguliere, en ook bij primaire zorgplichten gehanteerde beoordelingsschema van het aansprakelijkheidsrecht te voegen: het gaat hier om een 'gewone' schuldaansprakelijkheid, waarover telkens via de afwegingsfactoren uit het *Struikelende Broodbezorger*-arrest en het *Kelderluik*-arrest besloten wordt.<sup>24</sup> Aldus spelen dezelfde maatstaven een rol bij de beoordeling van de vraag of een primaire of een secundaire dader een zorgplicht heeft geschonden, maar verschilt de *toepassing* van die maatstaf naar gelang de concrete omstandigheden van het geval. De hiervoor geformuleerde (tamelijk) open normen zullen telkens ingekleurd dienen te worden aan de hand van de feitelijke situatie waarin de primaire c.q. secundaire partijen zich ten tijde van het schadeveroorzakende feit bevonden en in welke mate 'anders handelen' van hen verwacht had mogen worden. Maar: het vertrekpunt is dus in allebei de gevaltypen – primair of secundair – juridisch gezien hetzelfde.

### 2.1.3 Zorgelementen

Een zorgplicht is te ontleen in verschillende zorgelementen, welke elementen de zorgplicht invullen en als zodanig betekenis geven. Geïnspireerd door het werk van

18 Keirse beschrijft dit concept als de 'schadevoorkomingsplicht'. Zie nader hierover A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer 2003 en A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het Privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 95-104.

19 Belangrijk om hierbij op te merken, is dat de secundaire partij vaak *naast* de primaire partij aansprakelijk gehouden kan worden, maar dat het in de meeste gevallen aantrekkelijker zal zijn de secundaire partij aan te spreken. Secundaire partijen zullen immers in veel gevallen bedrijven of grotere organisaties betreffen, die minder snel dan de primaire schadeveroorzaker (vaak een particulier) in liquiditeitsproblemen verkeren. In de regel zal de eerstgenoemde partij bij een succesvolle aansprakelijkstelling dan ook daadwerkelijk kunnen uitkeren. Zie ook T. Hartlief, 'Van schurken en toezichthouders', *NJB* 2010/490, p. 603.

20 Tot een aansprakelijkstelling is immers (nog) niet overgegaan, laat staan dat vastgesteld kan worden dat deze partijen inderdaad nalatig zijn geweest.

21 Ik ga in deze bijdrage niet in op kwalitatieve aansprakelijkheden, zoals de aansprakelijkheid voor fouten van ondergeschikten (artikel 6:170 BW) en niet-ondergeschikten (artikel 6:171 BW). De precieze wettelijke grondslag waarop een slachtoffer zich baseert, is hier in wezen immers irrelevant. Zo worden veel secundaire aansprakelijkheidsprocedures gegrond op artikel 6:170 BW, om via deze weg bijvoorbeeld de school aansprakelijk te stellen voor schade berokkend door werknemers (bijvoorbeeld docenten) aan derden (bijvoorbeeld leerlingen). Hierbij is het echter zonder belang of ook de werkgever daadwerkelijk een fout heeft gemaakt: het komt telkens neer op de vraag of de werknemer een toerekenbare daad heeft gepleegd in de zin van artikel 6:162 BW. De algemene grondslag van de onrechtmatige daad vormt dus ook bij deze vorm van risicoaansprakelijkheid het vertrekpunt.

22 W.P. Keeton (red.), *Prosser and Keeton on the law of torts*, St. Paul, Minn.: West Publishing Company 1984, p. 20: 'courts leave a loss where it is, unless they find a good reason to shift it'. Deze rechtens relevante reden zal bij de aansprakelijkheid van secundaire partijen – zoals besproken – in de essentie gelegen zijn in nalatig handelen.

23 Dit geschiedt aan de hand van de volgende, in het zogenoemde *Kelderluik*-arrest (HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (*Kelderluik*)) geformuleerde factoren, te weten (1) de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, (2) de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen bestaan, (3) de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en (4) de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Omdat het bij toezicht ook (juist) vaak om zuiver nalaten zal gaan, is in dit kader ook het *Struikelende broodbezorger*-arrest (HR 22 november 1974, NJ 1975/149 (*Struikelende broodbezorger*)) van belang. Hierin oordeelde de Hoge Raad dat bij zuiver nalaten (enkel) een rechtsplicht tot handelen bestaat – denk bijvoorbeeld aan het waarschuwen, het beveiligen of het houden van toezicht – indien (1) de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen of indien (2) de aangesprokene een speciale relatie heeft met (2.1) het slachtoffer of (2.2) de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet. Zie hierover nader C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van zorgvuldigheidnormen die verplichten tot een doen* (preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 52), Deventer: Kluwer 1995, p. 42; 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. 93 en F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 11-12; A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, C. Asser's *handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6: Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, 14e druk, Deventer: Kluwer 2015, nr. 58.

24 Allebei de aansprakelijkheden (primair en secundair) worden getoetst aan de vereisten van de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Zie § 2.1.2 en I. Giesen, *Aansprakelijkheid en toezicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 139; 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. 108.

Tjong Tjin Tai,<sup>25</sup> bespreek ik in deze paragraaf zowel de zorgrelatie als het type zorg dat in deze zorgrelatie besloten ligt.

Ten eerste kan een zorgplicht slechts bestaan als er een bepaalde *zorgrelatie* aan ten grondslag ligt. Wat maakt dat er uit een bepaalde relatie een plicht tot zorg ontstaat? In navolging van de psychologe Carol Gilligan,<sup>26</sup> wordt door Tjong Tjin Tai een verbinding gemaakt tussen zorg en verantwoordelijkheid. De verantwoordelijkheid houdt in dat men zorg draagt voor het betreffende belang van (hier) bezoekers van openbare ruimten. Deze verantwoordelijkheid is een gevolg van de zorgrelatie, zij het een gevolg dat behoort tot de kern van wat de relatie inhoudt.<sup>27</sup> De sterkte van de zorgrelatie vormt een indicatie van de plicht tot zorg: hoe nauwer de relatie tussen toezichthouder en bezoeker is, hoe groter de plicht tot zorg zal zijn.

Bij de formulering van de (vaak toezichthoudende) verantwoordelijkheden van secundaire partijen, zal het doorgaans echter gaan om vrij algemene 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 de verantwoordelijkheid tot het lokaliseren van afdoende politie en beveiliging om tijdig te kunnen ingrijpen. De hierin gelegen mate van abstractie komt met name naar voren als deze secundaire zorgdaden worden vergeleken met de primaire zorgdaden van een ziekenhuis tegenover zijn patiënt (bijv. genezing van ziekte A) of een bank tegenover zijn klant (bijv. sparen met maximaal rendement). Het verschil is dat bij de primaire zorgplicht (1) de groep zorgontvangers duidelijk afgebakend en te concretiseren valt en (2) de behoefte van de zorgontvangers en dus hetgeen waar de zorgrelatie zich op richt (genezing, winstmaximalisatie) vooraf duidelijk is, terwijl het bij de secundaire zorgplicht eerder om speculatieve en om vooraf ongekende gevaren gaat. De consequentie is dat het bij deze zorgplichten lastiger is om aan te geven om wat voor een zorgrelaties het *precies* gaat, met als resultaat weinig tot geen allesomvattende zorgdefinities.

Voor zover dit zorgelement de relativiteitskwestie raakt, dient bedacht worden dat er slechts sprake kan zijn van aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW jo. artikel 6:163 BW, als de door de (secundaire) dader overtreden norm is geschreven ter bescherming van het geschonden

belang van het slachtoffer. Bij deze secundaire aansprakelijkheidskwesties kan – eerder dan bij de primaire aansprakelijkheidskwestie waar het in de regel om meer gerichte zorgdaden gaat – de vraag opgeworpen worden of de (vrij abstracte) geschonden zorgplicht van de secundaire partij wel strekt tot de bescherming van de belangen van de individuele bezoekers van openbare ruimten, of eerder tot de bescherming van de maatschappelijke veiligheid in het algemeen.<sup>28</sup> Artikel 6:163 BW vergt immers een relatie tussen de veroorzaakte schade en het beschermd belang; deze relatie vertroebelt naarmate hetgeen waar de zorgplicht zich op richt vooraf onduidelijk en meer speculatief wordt.<sup>29</sup>

Ten tweede is het de vraag welke zorg in deze secundaire zorgrelatie besloten ligt. Tjong Tjin Tai onderscheidt hier drie 'soorten' zorg: onmiddellijke, middellijke en afgeleide zorg.<sup>30</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 een leerling of de zorg van een arts voor 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 bij het belang van de eigenaar bij het gedijen van de plant.<sup>31</sup>

Ik schaar de zorgplichten van secundaire partijen onder de noemer van de derde categorie: de zogenoemde *afgeleide*

25 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 2006, m.n. p. 68-72, 93-94, 97-98 en 147-149.

26 C. Gilligan, *In a different voice*, Cambridge: Harvard University Press 1982, p. 18-19, 21, 72-73. Zie hierover ook M.L. Hendrikse, J.C.J. Rinkes, *Risicoverzaring in het verzekeringrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 123.

27 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 2006, 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', waarbij de secundaire partijen in deze bijdrage als zorgverleners c.q. zorgdragers en de bezoekers van openbare ruimten als zorgontvangers aangemerkt kunnen worden.

28 Vergelijk bijvoorbeeld het *Duwbak Linda*-arrest (HR 7 mei 2004, NJ 2006/281), waarin geoordeeld werd dat – nadat een deskundige van de Staat de betreffende duwbak in strijd met het geldende veiligheidsreglement had goedgekeurd – het overtreden reglement strekte tot bescherming van het scheepvaartverkeer in algemene zin en niet tot de individuele vermogensbelangen van derden. In dit kader kan ook gedacht worden aan het *Tandarts*-arrest (HR 17 januari 1958, NJ 1961/568), waarin beslist werd dat het uitoefenen van het beroep van tandarts zonder het vereiste diploma weliswaar onrechtmatig is, maar in beginsel niet ten opzichte van wel gediplomeerde (concurrerende) tandartsen. De overtreden norm (zonder de vereiste vergunning het beroep van tandarts uitoefenen) beoogde immers louter patiënten tegen onbekwame tandartsen te beschermen.

29 De relativiteitskwestie zal ik omwille van de omvang van deze bijdrage verder laten rusten. Hier zal in het kader van mijn proefschrift nader onderzoek naar verricht worden.

30 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 68-69.

31 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 69.



zorg.<sup>32</sup> Van afgeleide zorg is sprake als de betreffende belangen niet concreet gekend worden, maar wel duidelijk is dat enige zorg voor die belangen nodig is. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om onbekenden die gevaar lopen door een voorgenomen daad. Omdat de belangen van zulke onbekenden niet concreet gekend kunnen worden, zullen voorzorgsmaatregelen noodgedwongen moeten uitgaan van *de waarschijnlijk potentieel geraakte belangen* en de *naar ervaringsregels door de zorgontvangers gewenste handelswijze tegenover die belangen*. Een voorbeeld: stel dat op het winkelcentrum de Ridderhof in Alphen aan den Rijn een zorgplicht zou rusten, dan is de zorg die het winkelcentrum moet betrachten in eerste instantie niet gericht op concreet gekende personen wegens een concreet gekend gevaar. Deze zorgplicht zou er in dat geval uit bestaan de *algemene veiligheid* te waarborgen, door bijvoorbeeld op voldoende plaatsen nooduitgangen te realiseren en beveiligers te stationeren. De naleving van een dergelijke zorgplicht tot waarborging en realisering van de algemene veiligheid, betekent dat de bezoekers van dit winkelcentrum (voor zover mogelijk) in hun veiligheidsbelangen worden beschermd. Het gaat hierbij dus in de meeste gevallen om een *afgeleide* zorg: de zorgplicht is afgeleid van wat veronderstellenderwijs gewenst zou zijn met het oog op de betreffende belangen.<sup>33</sup>

Deze twee elementen leiden tot de conclusie dat het *lastiger* is een zorgplicht van secundaire, private partijen jegens bezoekers van openbare ruimten in het geldende aansprakelijkheidsrecht te passen dan dat dit bij primaire aansprakelijkheidskwesties het geval is. De oorzaak is met name hierin gelegen dat bij de secundaire zorgplicht (1) een *directe* zorgrelatie ontbreekt, nu van tevoren niet altijd duidelijk is welke specifieke zorgontvangers beschermd dienen te worden, en deze zorgrelatie (2) gefundeerd is op *afgeleide* zorg, nu van tevoren evenmin duidelijk is welke zorg precies betracht moet worden om een bepaalde schade te voorkomen.

## 2.2 Toenemende belangstelling vraagt om debat

De vraag of, gegeven de hiervoor geschetste afgeleide en indirecte zorgelementen, ook een meer restrictieve toetsing van de secundaire zorgplicht te rechtvaardigen is (en dus de vraag of de secundaire partij – los van de concrete omstandigheden van het geval – vanuit haar hoedanigheid minder streng 'aangepakt' dient te worden dan de primaire partij), treedt door de toenemende belangstelling voor secundaire aansprakelijkheden steeds meer op

de voorgrond. Gelaedeerde partijen focussen zich vaker op de vraag wie er in tweede instantie voor de geleden schade verantwoordelijk gehouden kan worden.<sup>34</sup> Deze vragen spelen met name daar waar de primair aangesprokene niet-liquide, niet-vindbaar of niet-toerekenbaar blijkt.<sup>35</sup> De aansprakelijkstelling van niet-primaire veroorzakers, maar wel bij het schadeveroorzakende feit betrokken derden, kan in dergelijke gevallen uitkomst bieden. Denk bijvoorbeeld aan de claim die de nabestaanden van het schietincident in Alphen aan den Rijn bij de overheid (politie) hebben neergelegd, vanwege de vermeende fouten die bij de verlening van de wapenvergunning zouden zijn gemaakt.<sup>36</sup> Een ander voorbeeld vormt het eerder genoemde seksueel misbruik binnen de Rooms-Katholieke Kerk, waarbij de slachtoffers zich niet alleen op de misbruikers zelf richten (de primaire daders), maar juist ook op de autoriteiten binnen de Katholieke Kerk die verzuimd hebben het seksueel misbruik te voorkomen (de secundaire daders).<sup>37</sup>

Deze toenemende aandacht voor secundaire aansprakelijkheden lijkt te verklaren vanuit een drietal maatschappelijke tendensen. Een eerste verklaring lijkt te zijn gelegen in de ontwikkeling waarbij benadeelden geleden schade steeds vaker pogen te verhalen op (verder verwijderde) derden. Zo constateerde Hartlief in zijn oratie reeds dat men zich steeds minder bereidwillig toont de eigen schade te dragen:

34 I. van der Putt-van Vessem, 'Aansprakelijkheid van scholen. Schade als gevolg van pesten', *PIV-Bulletin* 2007-3, p. 2; T. Hartlief, 'Van schurken en toezichthouders', *NJB* 2010/490, p. 603; B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen: de grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 362. Daarbij moet telkens bedacht worden dat het voor de gelaedeerde partij in de regel het meest aantrekkelijk zal zijn de (meer) liquide secundaire partij (vaak: organisatie) aan te spreken boven de minder draagkrachtige primaire partij (vaak: particulier). Het is daarom niet geheel verwonderlijk dat de primaire partij in sommige civiele aansprakelijkheidskwesties wordt 'overgeslagen'.

35 Toerekenbaar in de zin van 'schuld' ex artikel 6:162 lid 3 BW. Hiervan is in de essentie sprake als de schadeveroorzakende gedraging *verwijtbaar of vermijdbaar* is. Zie verder J. Spier en T. Hartlief (red.), *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 20-21.

36 Deze claim is in februari jl. door de rechtbank afgewezen, zie Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061 (*Schietincident aan den Rijn*). De aansprakelijkheid werd hier via het relativiteitsvereiste van de hand gewezen: "Daarmee is echter niet gezegd dat de in de CWM 2005 neergelegde en uit de WWM voortvloeiende eisen van zorgvuldigheid van de besluitvorming over een verlofaanvraag mede strekken ter bescherming van de (vermogens)schade die eisers hebben geleden doordat [V.] wapens waarvoor ten onrechte verlof was verleend, heeft gebruikt bij het schietincident." Ik vraag mij echter af wat dan wel de strekking van de Wet Wapens en Munitie is, als het niet is derden te beschermen tegen de meest aannemelijke gevolgen van overtreding ervan (namelijk: schade aanrichten met het wapen). Zie hierover ook en meer I. Giesen, 'Aansprakelijkheid na de schietpartij in Alphen aan den Rijn: hoe onbegrijpelijk kan rechtspraak – en het relativiteitsvereiste – zijn?', *WPNR* 2015-7055, p. 277-279.

37 Een recent voorbeeld vormt de uitspraak Rb. Zeeland-West-Brabant 15 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4615, waarin de eiser de Congregatie van Priesters aanspreekt voor de gevolgen van de langdurige mishandeling en het seksueel misbruik dat gedurende zijn verblijf – te weten van zijn 11<sup>e</sup> tot zijn 17<sup>e</sup> levensjaar – op het jongensinternaat Huize Sint Joseph heeft plaatsgevonden. De eiser meent dat de Congregatie tekort geschoten is in het treffen van maatregelen om de mishandeling en het misbruik te voorkomen en stelt hen daarvoor (op grond van de artikelen 6:170 en 6:162 BW) aansprakelijk. De vordering blijkt echter verjaard en wordt daarom afgewezen.

32 Volledigheidshalve merk ik hier op dat ik het *merendeel* van de zorgplichten van secundaire partijen onder deze derde categorie schaar. Als bijvoorbeeld in de zaak Rb. Zwolle-Lelystad 6 januari 2010, JA 2010, 33 (*Openbaar Onderwijs Zwolle*), waarin een leerling onder invloed van een loverboy raakte, de school dit specifieke gevaar op voorhand reeds kende en bovendien wist welke leerling precies beschermd zou moeten worden tegen welke (potentiële) loverboy, dan is hier sprake van de eerste categorie van zorg: onmiddellijke zorg, die rechtstreeks en onmiddellijk is gericht op de concreet gekende belangen van een specifieke zorgontvanger.

33 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 69.

in toenemende mate wordt gezocht naar mogelijkheden voor verplaatsing en daar wordt ook steeds meer succes mee geboekt.<sup>38</sup> Een tweede verklaring vormt waarschijnlijk 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>39</sup> Daarbij zij bedacht dat hoe meer (toezichthoudende) verantwoordelijkheden naar private actoren verplaatst worden, hoe meer potentiële zorgplichten door deze partijen geschonden kunnen worden. Een derde relevante omstandigheid lijkt te zijn gelegen in de ontwikkeling waarbij het veiligheidsaspect als algemeen uitgangspunt van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – ten opzichte van de handelingsvrijheid van de aangesprokene – aan belang heeft gewonnen.<sup>40</sup> Indien het veiligheidsaspect een steeds belangrijker rol krijgt toebedeeld, zal de rechter – in het geval dat de middelen ter realisering van dat veiligheidsdoel uitblijven, denk aan gebrekkig toezicht c.q. beveiliging – sneller geneigd zijn preventie- en compensatiedoelen na te streven,<sup>41</sup> door een zorgplichtschending van de voor deze ruimte verantwoordelijke (vaak: secundaire) partij aan te nemen.<sup>42</sup>

Op grond van deze maatschappelijke ontwikkelingen kan wat mij betreft de voorspelling gedaan worden dat aan-

sprakelijkheidsvorderingen jegens secundaire partijen een (nog meer) stijgende populariteit gaan vertonen.<sup>43</sup> In deze ontwikkelingen ligt dan ook het belang van een nader debat over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht besloten: waar gaan (en willen) we met deze secundaire aansprakelijkheid heen?

### 3. Rechtspraakanalyse

#### 3.1 Secundaire zorgplichten bij verschillende openbare ruimten

##### 3.1.1 Introductie: enkele voorbeelden

Een analyse van de beschikbare jurisprudentie over secundaire aansprakelijkheden, leert ons dat er in met name de lagere rechtspraak<sup>44</sup> op verschillende terreinen zorgplichten van secundaire partijen jegens bezoekers van openbare ruimten worden aangenomen.<sup>45</sup> Ik bespreek achtereenvolgens de secundaire zorgplicht van scholen (§ 3.1.2), van sportverenigingen (§ 3.1.3), van beheerders van recreatieruimten (§ 3.1.4) en van psychiatrische instellingen en ziekenhuizen (§ 3.1.5).

##### 3.1.2 Secundaire zorgplicht van scholen

Er is de nodige jurisprudentie beschikbaar over de secundaire aansprakelijkheid van scholen.<sup>46</sup> Het varieert hier van secundaire aansprakelijkheidsprocedures over schade ontstaan door gevaarlijke hulpmiddelen, gymactiviteiten en onvoldoende toezicht,<sup>47</sup> tot secundaire aansprakelijkheidsprocedures over schade ontstaan door pestgedrag en andere

38 T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 13. Denk hierbij aan afwentelingsmogelijkheden zoals (1) een beroep op een eigen schadeverzekering, (2) een beroep op de sociale zekerheid en (3) een beroep op het aansprakelijkheidsrecht. Zie over deze tendens ook A.T. Bolt, J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 392 en voor de sociologische invalshoek R. Pieterman, P. Dekker, H. Elffers, 'Vertrouwen, veiligheid en good governance: trends, thema's en nieuwe vragen', *Recht der Werkelijkheid* 2005/3, p. 5.

39 Zie over deze ontwikkelingen uitgebreid 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. 81-115, 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. Zie hierover ook R. Rijnhout, E.F.D. Engelhard, I. Giesen e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2013/20, p. 171; 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. 18.

40 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 1; A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 16; I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 491.

41 C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Kluwer: Deventer 2003, nr. 3; A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 16; I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 491.

42 Zie voor de sociologische verklaring voor deze ontwikkeling R. Pieterman, P. Dekker, H. Elffers, 'Vertrouwen, veiligheid en good governance: trends, thema's en nieuwe vragen', *Recht der Werkelijkheid* 2005/3, p. 1, H. Boutellier, 'Een nieuwe ordening: een verkenning van de relatie tussen veiligheid, recht en vertrouwen', *themanummer van Recht der Werkelijkheid* 2005/3, p. 29-30, 36, 39.

43 Zie ook T. Hartlief, 'Van schurken en toezichthouders', *NJB* 2010/490, p. 603; 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. 109.

44 Waarbij opgemerkt zij dat er geen uitspraken zijn waarin de Hoge Raad het bestaan van zorgplichten van secundaire partijen ontkent, maar er nog maar een beperkt aantal gevallen aan te wijzen is waarbij een dergelijke kwestie aan de Hoge Raad is voorgelegd.

45 Zie ook T. van der Linden-Smith en A.R. Lodder, *Jurisprudentie Internetrecht: Annotaties*, Deventer: Kluwer 2009, p. 36. Zij concludeert hier dat "in de jurisprudentie al vele malen aangenomen is dat de 'gastheer', waaronder onder meer eigenaren, beheerders en organisatoren wordt verstaan, een zorgplicht heeft voor openbare ruimten zoals winkels, parkeerterreinen en wegen". Daarbij wordt verwezen naar Hof Amsterdam 15 december 1988, *TvC* 1989/73 (X./X.); HR 9 januari 1942, *NJ* 1942/295 (*Ferwerderadeel*); HR 17 november 2000, *NJ* 2001/10 (*Fietspad Scheemda*).

46 Zie over de zorgplicht van scholen in het algemeen B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen: de grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidnorm van scholen jegens leerlingen*, Deventer: Kluwer 2013.

47 Zie voor meer voorbeelden: Hof Amsterdam 15 maart 1961, *NJ* 1961/341 (*Teunissen/Gemeente Hoorn*); Rb. Zutphen 6 april 1961, *NJ* 1961/419 (*Fatum/Stedelijk Lyceum Zutphen*); Rb. Maastricht 9 juni 1994, *VR* 1996/6 (*Nijsten/Stichting Katholiek Onderwijs Hensbroek*); Rb. Arnhem 28 juli 1994, *VR* 1995/100 (*Van den Berg/Nebo Mariënbosch*); Rb. Zwolle 27 januari 1999, *VR* 2000/26 (*Ongeval Schoolplein*); Hof Den Bosch 7 september 2000, *VR* 2002/83 (*Bamboestok*); Rb. Maastricht 12 maart 2003, *ECLI:NL:RBMAA:2003:AF5913 (X/Stichting Bernard Lievegoed School)*; Rb. Middelburg 23 april 2003, *ECLI:NL:RBMID:2003:A03717 (X/Stichting Regionaal Opleidingscentrum Zeeuws-Vlaanderen)*; Ktr. Rb. Zutphen 12 augustus 2003, *NJ* 2004/260 (*A/Gemeente Zutphen*); Rb. Haarlem 19 juli 2006, *ECLI:NL:RBHAA:2006:AY4382 (X/Purmerendse scholengemeenschap Da Vinci)*; Rb. Leeuwarden 29 november 2006, *JA* 2007/25 (*Busincident schoolzweemmen*); Ktr. Rb. Den Haag 14 mei 2012, *ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6816 (X/Stichting Jeugdformat)*.

vormen van misbruik (zoals seksueel of fysiek geweld).<sup>48</sup> Een voorbeeld van de eerste categorie zaken is het vonnis *Van den Berg/Nebo Mariënbosch*.<sup>49</sup> Hier oordeelde de rechtbank dat de school een (secundaire) zorgplicht had geschonden toen een leerling tijdens een hockeyspel geraakt werd door een houten stick van zijn medeleerling en daarbij letsel opliep. De gymdocent had immers verzuimd om toezicht op de leerlingen te houden. Ook de Rechtbank Zwolle oordeelde in een zaak waarin de pink van een kleuter verbrijzeld werd (toen deze vast kwam te zitten tussen een door medeleerlingen dichtgeklemde deur), dat de school met slechts één surveillerende docent haar zorgplicht had geschonden.<sup>50</sup>

Bij de tweede categorie uitspraken (over pesten, misbruik en geweld) dient de kanttekening geplaatst te worden dat op deze gronden in Nederland tot dusver nog geen secundaire aansprakelijkheid van de school is aangenomen.<sup>51</sup> Illustratief is een uitspraak van het Hof Arnhem.<sup>52</sup> In deze zaak verweten de ouders van een gepeste leerling de school tekort te zijn geschoten in de nakoming van de uit de leerovereenkomst voortvloeiende verplichting een pestbeleid te hanteren. Zij vorderden vergoeding van gemaakte kosten van psychologische hulp en smartengeld. Naar het oordeel van het hof had het de voorkeur verdiend eerder een "pestbeleid" te ontwikkelen en had het wellicht geschort aan de communicatie met de ouders, maar heeft de school daarmee niet onrechtmatig gehandeld. 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>53</sup>

48 Zie voor meer voorbeelden: Vz. Rb. Utrecht 28 maart 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AE0771 (*X/Vereniging een school met de bijbel*); Rb. Arnhem 4 juli 2002, NJ 2002/52 (*X/Openbare Scholengemeenschap De Dijk*); Vz. Rb. Haarlem 28 juli 2005, ROT 2006, 4 (*X/Stichting Iris*); Rb. Den Bosch 30 augustus 2006, NJF 2006/541 (*X/Gemeente Eindhoven*); Rb. Den Bosch 14 februari 2007, JA 2007, 128 (*X/Stichting Salto*); Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417 (*Pestbeleid*); Rb. Utrecht 25 juni 2008, JA 2008, 113; Rb. Zwolle 6 januari 2010, JA 2010, 33; Rb. Utrecht 21 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM1881 (*X/Stichting Openbaar Voortgezet Onderwijs Utrecht*); Rb. Den Haag 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3759 (*Verwijdering leerling na vechtpartij*) zie met name r.o. 3.7; Rb. Utrecht 27 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1935 (*A/Openbaar voortgezet Onderwijs*); Vz. Rb. Groningen 20 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX2104 (*X/Stichting Openbaar Onderwijs Groep Groningen*); Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136 (*Pesten*). Zie hierover ook B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen: de grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 362 en J. Spier en T. Hartlief (red.), *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 24.

49 Rb. Arnhem 28 juli 1994, VR 1995/100 (*Van den Berg/Nebo Mariënbosch*).

50 Rb. Zwolle 27 januari 1999, VR 2000/26 (*Ongeval Schoolplein*).

51 Het gaat hier om de Nederlandse uitspraken. Zie hierover ook I. van der Putt-van Vessem, 'Aansprakelijkheid van scholen. Schade als gevolg van pesten', *PIV-Bulletin* 2007-3, p. 2; B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen: de grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 362.

52 Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417 (*Pestbeleid*).

53 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".

### 3.1.3 *Secundaire zorgplicht van sportverenigingen*

Ook de secundaire zorgplicht van sportverenigingen wordt in de lagere rechtspraak ruimschoots erkend. Illustratief voor de secundaire aansprakelijkheid van beheerders van sportverenigingen is het vonnis *X/Haagse Rugby Club*.<sup>54</sup> In deze zaak was een onervaren jeugdspeler door zijn trainer in een risicovolle positie geplaatst, waarna hij door een inkomende tegenstander geraakt werd en een dwarslaesie opliep. Geoordeeld werd dat rugby op zichzelf een geschikte sport is om als onervaren (jeugd)speler te beoefenen, maar niet op deze positie. De trainer en de vereniging werden voor de schade – direct veroorzaakt door de tegenstander (de primaire partij) – aansprakelijk gehouden.<sup>55</sup> Naast deze uitspraak zijn er nog vele andere uitspraken bekend waarin de rechter secundaire zorgplichten van sportverenigingen erkent.<sup>56</sup>

### 3.1.4 *Secundaire zorgplicht van beheerders van recreatieruimten*

Illustratief voor de secundaire aansprakelijkheid van de beheerders van meer algemene recreatieruimten, is een zaak waarin een student tijdens een door zijn studentenvereniging georganiseerde maaltijd – waarbij het gebruikelijk was met het eten te gooien – oogletsel opliep, nadat een medestudent een sparerib in zijn oog had gegooid.<sup>57</sup> De rechtbank oordeelde hier dat de vereniging haar zorgplicht tot het treffen van voorzorgsmaatregelen had geschonden en daarmee onrechtmatig had gehandeld.<sup>58</sup> De studentenvereniging werd, met andere woorden, verweten de schadeveroorzakende handeling van de student (het gooien van de sparerib) niet voorkomen te hebben. Wederom geldt dat er – naast deze uitspraak – ook van beheerders van andersoortige recreatieruimten secundaire zorgplichten in de jurisprudentie worden aangenomen.<sup>59</sup>

### 3.1.5 *Secundaire zorgplicht van psychiatrische instellingen*

In dit kader kan ook de in de rechtspraak erkende secundaire zorgplicht van psychiatrische instellingen en ziekenhui-

54 Rb. Den Haag 28 oktober 1998, VR 2000/156 (*X/Haagse Rugby Club*).

55 Omdat de trainer als ondergeschikte ex artikel 6:170 BW kon worden aangemerkt, was ook de vereniging voor de schade aansprakelijk.

56 Zie voor meer voorbeelden: Rb. Rotterdam 17 oktober 1996, VR 1998/91 (*X/Stichting Wielerronde van Berkel*); Ktr. Rb. Groningen 28 februari 2003, VR 2003/123 (*Kurkowska/Gemeente Groningen*); Rb. Zutphen 24 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL9505 (*Hollander Techniek/Indoor Karting De Harder*); Rb. Arnhem 27 april 2011, NJF 2011/260 (*X/Motorclub Flying Boetoe*); Rb. Arnhem 5 oktober 2011, RAV 2012, 5 (*X/Motorclub Flying Boetoe*); Rb. Arnhem 14 november 2011, JA 2012/17 (*Berg tot Berg Race*).

57 Rb. Den Haag 21 februari 2007, VR 2007/154 (*X/Studentensociëteit*).

58 De schade was immers voorzienbaar, nu de vereniging op de hoogte was van de feiten (1) dat tijdens deze maaltijden met eten werd gegooid; (2) dat alcohol werd genuttigd; (3) dat het in verband met de groepsdruk moeilijk is voor een lid om zich aan een dergelijke situatie te onttrekken; en bovendien (4) dat in het verleden al eerder bij dergelijke eetgoot-festijnen letsel was ontstaan.

59 Zie voor meer voorbeelden: Rb. Amsterdam 11 december 2004, NJF 2004/245 (*Rutt/Het Rijksmuseum*); Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (*Westfriese Flora*); Hof Amsterdam 28 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4930 (*A/Jaarbeurs Utrecht II*); Hof Amsterdam 25 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:543 (*Thomas Cook*).

zen genoemd worden.<sup>60</sup> Een psychiatrische instelling of ziekenhuis kan aansprakelijk gehouden worden voor de schade die een van de patiënten toebrengt aan zichzelf, maar ook voor de daardoor ingetreden schade bij een derde.<sup>61</sup> Een voorbeeld waarin de aansprakelijkheid van een psychiatrische instelling als secundaire partij centraal stond, betreft het door de Hoge Raad gewezen *St. Willibrord/V.-arrest*.<sup>62</sup> Een op vrijwillige basis in een psychiatrische inrichting opgenomen patiënt krijgt, hoewel hij dronken is, toestemming van de verpleegkundigen om naar zijn hotel terug te keren. De patiënt sticht vervolgens brand in een woning, waarna de benadeelde eigenaar de inrichting aanspreekt op grond van een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad. De Hoge Raad bevestigt het toewijzende oordeel van het hof, waarin overwogen wordt dat de verpleegkundigen – door de patiënt te laten gaan – een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden in het leven hebben geroepen. Reeds vijf jaar eerder werd in het *'t Ruige Veld/Univé-arrest*<sup>63</sup> ook al een jeugdpsychiatrisch ziekenhuis door de Hoge Raad aansprakelijk gehouden voor de door een patiënt toegebrachte schade aan een derde, omdat het ziekenhuis onvoldoende toezicht had gehouden op deze patiënt. Overwogen wordt dat de instelling een hoge mate van zorgvuldigheid aan de dag dient te leggen, om zo te voorkomen dat aan haar zorg toevertrouwde patiënten schade aan derden veroorzaken.

### 3.2 De reikwijdte van de secundaire zorgplicht in de huidige rechtspraak

Uit de hiervoor besproken jurisprudentie volgt dat de rechter op verschillende terreinen secundaire aansprakelijkheden aanvaardt: enkel de vraag naar de wijze van toetsing, en daarmee naar de reikwijdte van de secundaire zorgplicht, resteert. Hierna zal ik aan de hand van de reikwijdte van de

primaire zorgplicht conclusies trekken over de reikwijdte van de secundaire zorgplicht. Springt de rechter anders om met een zorgplicht van een private partij als deze als secundaire partij wordt aangesproken, nu er in die gevallen ook een primaire partij in het spel is die de aansprakelijkheid in eerste instantie zou moeten dragen (maar dit niet doet of kan doen i.v.m. insolventie-, vindbaarheids- of verwijtbaarheidsproblemen)? Met andere woorden: geldt er, los van de concrete omstandigheden van het geval, een principieel andere toetsing van de zorgplicht van een private partij als deze als primaire of als secundaire partij wordt aangesproken?

Als de beschikbare (en hiervoor slechts deels genoemde) jurisprudentie over de secundaire aansprakelijkheid van scholen, sportverenigingen, psychiatrische instellingen, ziekenhuizen en (overige) recreatieruimten afgezet wordt tegen de jurisprudentie waarin dezelfde private actoren als primaire partij centraal staat, lijkt de rechter in de primaire aansprakelijkheidskwesties sneller tot een zorgplichtschending te komen dan in secundaire aansprakelijkheidskwesties het geval is.<sup>64</sup> Deze terughoudendheid ten aanzien van secundaire zorgplichten volgt ook uit het (in § 4 te bespreken) debat over de meest wenselijke toetsingswijze.<sup>65</sup>

Illustratief hiervoor is een vergelijking tussen de volgende twee uitspraken over de primaire en de secundaire aansprakelijkheid van een school. Aan de ene kant staat het *Chemicaliën-arrest*, waarin een leerling ten gevolge van een door hem zelf heimelijk uitgevoerde scheikunde proef letsel opliep.<sup>66</sup> Nu er geen andere (meer) primaire veroorzaker van de schade dan het slachtoffer zelf aan te wijzen is, wordt de school hier als *primaire* partij aansprakelijk gehouden. Aan de andere kant staat het vonnis *Fatum/Stedelijk Lyceum Zutphen*,<sup>67</sup> waarin een leerling tijdens een hoogspringoefening letsel opliep doordat medeleerlingen het touw – tegen

60 Zie voor meer voorbeelden: Hof Arnhem 3 juni 1959, *NJ* 1960/188 (*The White Cross Insurance Company/Het Oude en Nieuwe Gasthuis te Zutphen*); Rb. Amsterdam 1965, *NJ* 1966/131 (*Reesink/Hulp voor Onbehuizden*); Rb. Den Haag 13 april 1983, *VR* 1984/42 (*Zwolsche Algemeene/W. van den Bergh Stichting*); Ktg. Wageningen 13 september 1989, *VR* 1990/88 (*Sluiter/Vereniging voor Christelijke Verzorging van Geestes- en Zenuwzieken*); Hof Leeuwarden 5 juni 1991, *NJ* 1992/78 (*Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden*) Hier geldt – net als bij het *St. Willibrord/V.-arrest*, zie hierna – dat het wel de aansprakelijkheid van een secundaire partij betreft, maar dan jegens de eigenaar van het gebouw waar de patiënt verbleef en niet jegens een bezoeker van zijn openbare ruimte; HR 12 mei 1995, *NJ* 1996/118 (*'t Ruige Veld/Univé*); HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/584 (*St. Willibrord/V.*); Rb. Assen 16 juli 2003, *NJ* 2003/585 (*Van Wijk/Noltes*).

61 Zie hierover ook 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. 100-102. Hierbij zij opgemerkt dat de laatstgenoemde categorie te bespreken uitspraken niet helemaal zuiver in dit artikel over zorgplichten 'jegens bezoekers van openbare ruimten' past: het betreft immers niet telkens de aansprakelijkheid van een secundaire partij jegens een bezoeker van een openbare ruimte, nu de schade (1) niet steeds op het psychiatrische c.q. ziekenhuis-terrein is ingetreden, maar ook op de hierbuiten gelegen ruimten (namelijk daar waar het slachtoffer zich bevindt) en (2) niet de schade aan de 'bezoeker' (lees: patiënt) zelf, maar de schade van daardoor geraakte derden centraal staat. Het gaat hier echter wel telkens om een onder het toezicht van de secundaire partij staande patiënt – waardoor de aansprakelijkstelling gefundeerd wordt op gebrekkig of onvoldoende toezicht van de private instelling of ziekenhuis – om welke reden ik deze procedures toch illustratief voor de erkenning van secundaire zorgplichten acht.

62 HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/584 (*St. Willibrord/V.*).

63 HR 12 mei 1995, *NJ* 1996/118 (*'t Ruige Veld/Univé*).

64 In mijn aan dit artikel ten grondslag liggende scriptie heb ik een honderdtal uitspraken bestudeerd. Uit dit relatief beperkte jurisprudentieonderzoek bleek dat de rechter in de primaire aansprakelijkheidskwesties in ongeveer driekwart van de gevallen tot een toewijzend zorgplichtschendingsoordeel komt, terwijl dit (toewijzende) percentage in de secundaire aansprakelijkheidskwesties van dezelfde private actoren op ruim eenderde ligt. Ik merk hierbij op dat voorzichtig omgesprongen moet worden met conclusies op dit vlak: de beschikbare jurisprudentie is relatief beperkt en onduidelijk is hoe volledig het beeld is in verband met mogelijk niet gepubliceerde uitspraken. Deze resultaten vormen echter op zijn minst een *indicatie* dat de rechter terughoudend lijkt om te springen met de aanname van secundaire zorgplichten. Zie ook T. Hartlief, 'Van schurken en toezichhouders', *NJB* 2010/490, p. 603-604; 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. 108.

65 T. Hartlief, 'Van schurken en toezichhouders', *NJB* 2010/490, p. 603; 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. 108; J. Kortmann, 'Korte reactie op 'Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren'', in: J.M. Emaus, L.F.H. Enneking, *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 119.

66 Hof Den Bosch 15 april 1992, *NJ* 1994/760 (*Chemicaliënproef*).

67 Rb. Zutphen 6 april 1961, *NJ* 1961/419 (*Fatum/Stedelijk Lyceum Zutphen*).



de instructies van de docent in – te strak vastgebonden hadden. In deze zaak wordt de school als *secundaire* partij aangesproken, nu de medeleerlingen hier de directe en daarmee de primaire veroorzakers van de schade zijn. In beide gevallen staat de aansprakelijkheid van de school wegens onvoldoende toezicht centraal; in het eerste geval volgt een toewijzing van de aansprakelijkheid,<sup>68</sup> in het tweede geval een afwijzing. Daar waar in de chemicaliën-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, 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 een 16-jarige leeftijd begrip zullen hebben voor de redelijkheid van een waarschuwing om het touw niet te strak vast te binden.

Een ander voorbeeld betreft de uitspraak over de Rijks Agrarische Hogeschool, die *primair* aansprakelijk werd gesteld voor de schade die een leerling had opgelopen door op een tafel te gaan zitten en daar doorheen zakte. De rechtbank overwoog hier dat “*de kans op een ongeval bij het zitten op tafels niet groot is, maar evenmin verwaarloosbaar*”.<sup>69</sup> De school had moeten voorkomen dat de leerlingen op de tafels gingen zitten en wordt voor de geleden 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 toebrengt – en dus als *secundaire* partij wordt aangesproken, 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 het ROC daartegen verdergaande maatregelen had moeten nemen. Het is praktisch onmogelijk om alle hulpmiddelen voor potentieel wangedrag uit een school te verwijderen alsook praktisch onmogelijk om permanent toezicht te houden*”.<sup>70</sup> De slotsom luidt dat het ROC geen zorgplicht heeft geschonden. In mijn optiek is er een zekere discrepantie tussen beide uitspraken, nu de laatste overweging ook woordelijk op de eerste casus van toepassing had 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 thuis hoort dan een PVC buis), net zoals het praktisch onmogelijk is 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, aan-

gezien het tafel-slachtoffer in tegenstelling tot het PVC buis-slachtoffer geen alternatief voorhanden had: in deze zaak was er geen andere aan te spreken primaire partij, wat in de tweede zaak wél het geval was (namelijk: de medeleerling die het pijltje met de PVC buis had geschoten). Welke concrete rol deze factor speelt, is overigens onmogelijk uit de rechterlijke uitspraak zelf af te leiden. Deze uitspraken doen (juist vanwege de vergelijkbare omstandigheden van het geval) in ieder geval vermoeden dat de rechtbank gemakkelijker tot een aansprakelijkstelling van de school als primaire partij komt dan van de school als secundaire partij.

Deze twee voorbeelden staan niet op zichzelf. Ze zijn, als gezegd, illustratief voor het grootste deel van de beschikbare, deels in § 3.1 besproken uitspraken en lijken een lijn in met name de lagere rechtspraak te markeren, waarbij restrictiever getoetst wordt of een secundaire partij een zorgplicht heeft geschonden dan een primaire partij.<sup>71</sup> Het is echter de vraag of dit wel te rechtvaardigen is. Los van de vraag of de rechter in de praktijk daadwerkelijk terughoudender omspringt met secundaire aansprakelijkheden, kan de vraag gesteld worden wat de meest wenselijke houding ten aanzien van deze opkomende zorgplichten zou moeten zijn: een gepaste terughoudendheid of een toetsing die dezelfde is als die wordt aangelegd bij primaire zorgplichten?

Aantekening verdient dat ik mij bij de beantwoording van deze vraag bewust ben van de telkens wisselende omstandigheden van het geval; het kan uiteraard in een specifiek geval zo zijn dat de omstandigheden waarin de secundaire partij zich bevindt, meebrengen dat de secundaire partij een groter verwijt treft dan de primaire partij (waardoor de rechter juist in het eerste geval wel en in het tweede geval niet tot een aansprakelijkheidsoordeel zal komen). De vraag die echter voorligt is die naar de rol van de *hoedanigheid* of de *aard* van de aangesproken partij bij de aansprakelijkheidstoets: rechtvaardigt het enkele feit dat er in een concrete situatie een meer primaire partij in het spel is een (relatief) terughoudende zorgplichttoetsing?

#### 4. De wenselijke reikwijdte van de toetsing

##### 4.1 *Debat: terughoudendheid of gelijkheid?*

In § 2.1.3 bleek al dat er redenen zijn de secundaire zorgplicht terughoudender te toetsen dan de primaire zorgplicht, nu het hier in de regel gaat om *afgeleide* zorg, gefundeerd op *zwakkere* zorgrelaties.<sup>72</sup> Dat betekent dat een secundaire partij op voorhand slechter dan de primaire partij kan inschatten (1) om welke concrete groep zorgontvangers het gaat en (2) tot welke specifieke gevaren de zorgplicht zich precies uitstrekt. Zo zal niemand zich afvragen of je in een winkelcentrum wel of niet mensen neer mag schieten, maar zullen er wel vragen rijzen omtrent de vraag hoeveel toezichthouders gestationeerd dienen te worden.

68 Althans, voor 80% van de geleden schade.

69 Rb. Arnhem 7 mei 2003, NJ 2003/74 (*Langeveld/Rijks Agrarische Hogeschool*), zie hierover ook B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen: de grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 151.

70 Rb. Middelburg 23 april 2003, ECLI:NL:RBMID:2003:AO3717 (*X/Stichting Regionaal Opleidingscentrum Zeeuws Vlaanderen*), B.M. Pajmans, *De zorgplicht van scholen: de grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 151-152.

71 Zie voetnoot 65.

72 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 69.

De *voorzienbaarheid* van de schade en daarmee de *invloed* van de laedens op het voorkomen ervan, lijkt dus beperkter dan bij primaire zorgplichten het geval is.

Deze beperkte voorzienbaarheid heeft ook consequenties voor de preventieve werking van secundaire zorgplichten. De preventiedoelstelling veronderstelt immers dat een partij op de hoogte is van de norm die moet worden nageleefd,<sup>73</sup> terwijl het aansprakelijkheidsrecht juist ten aanzien van potentiële secundaire daders relatief slecht aangeeft hoe zij zich moeten gedragen om schade te voorkomen.<sup>74</sup> De secundaire zorgplicht genereert daarom per definitie een beperkt afschrikwekkende effect; de aanname van meer secundaire aansprakelijkheden (en dus een minder restrictieve toetsing) maakt dat effect niet sterker.<sup>75</sup> Ook Vranken betwist de preventieve werking van toezichthoudersaansprakelijkheid vanuit een soortgelijk perspectief. Volgens hem is de ondermijning van het preventieve effect gelegen in het feit dat een direct causaal verband bij een dergelijke zorgplichtschending bijna nooit aan te tonen is. Om die reden heeft het argument van de preventieve werking in secundaire gevallen volgens Vranken bezwerende en retorische kracht, maar geen reële.<sup>76</sup>

Giesen rechtvaardigt de geconstateerde restrictieve toetsing op meer morele gronden. Hij noemt de terughoudende opstelling bij secundaire aansprakelijkheden *in principe* terecht, nu “de primaire dader – in elk geval moreel gezien – de meest gerede partij is om verantwoordelijk en aansprakelijk gehouden te worden, en dus niet de relatieve buitenstaander (de secundaire dader).”<sup>77</sup> Al eerder merkte Giesen op dat het “gevoelsmatig lastig te verkopen is dat de afgeleide aansprakelijke persoon evenzeer de schade dient te dragen als de primaire dader.”<sup>78</sup> Ook Van Rossum bespreekt in haar NJV-advies enkele ideeën over hoe het aansprakelijkheidsrecht met de positie van de toezichthouder om kan springen, welke er in essentie op zien de positie van deze secundaire partij te verlichten.<sup>79</sup> Op de toezichthouder rust volgens haar immers ‘slechts’ een afgeleide aanspra-

kelijkheid, waardoor een minder strenge aanpak van deze partijen in de rede lijkt te liggen.

In de literatuur zijn echter ook andere geluiden te horen. Zo lijkt in de eerste plaats Kortmann minder ruimte voor een restrictieve secundaire toetsing te bieden.<sup>80</sup> Hij stelt voorop dat “wie onzorgvuldig handelt, voor de schadelijke gevolgen daarvan aansprakelijk is. (...) Het feit dat de onzorgvuldigheid van een ander evenzeer aan de schade heeft bijgedragen en mogelijk een ernstiger verwijt oplevert, zou niet aan de eigen verantwoordelijkheid in ons aansprakelijkheidsrecht mogen afdoen”.<sup>81</sup> Hartlief stelt in dezelfde lijn dat hij “de neiging heeft te benadrukken dat de toezichthouder, wanneer hij zijn plicht verzaakt, *juist* een zelfstandig verwijt kan worden gemaakt”.<sup>82</sup> Ook volgens Tjittes gaat het hier steeds om “zelfstandige verwijten” te maken aan de secundaire partij.<sup>83</sup>

Hartlief gaat vervolgens nog een stapje verder, door te stellen dat het volgens hem ook 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. Wanneer de toezichthouder daadwerkelijk een fout kan worden verweten, mag hij civielrechtelijk volgens hem niet vrijuit gaan.<sup>84</sup> Het beeld dat toezichthouders hooguit een beperkte bijdrage aan het ontstaan van de schade hebben geleverd, zodat een gewone aansprakelijkheid onrechtvaardig is, verdient volgens Hartlief dan ook een confrontatie met het perspectief van de getroffen: het gaat om een cruciale bijdrage van degene die juist opdracht had gekregen in te grijpen wanneer primaire daders over de schreef gaan.<sup>85</sup>

#### 4.2 Terug naar de basis: wat zegt de wet?

Uit het hiervoor geschetste debat volgt dat er morele en theoretische argumenten voor en tegen een meer restrictieve toetsing van secundaire zorgplichten aan te dragen zijn: voor beide kanten valt genoeg te zeggen. Als de vraag naar de meest wenselijke reikwijdte echter vanuit een juridisch-dogmatisch oogpunt bekeken wordt, luidt het antwoord in

73 T. Vansweevelt, B. Weyts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2009, p. 8.

74 W.H. Van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 20; E.F.D. Engelhard, G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Deventer: Kluwer 2008, p. 14.

75 Ik bedoel hiermee te zeggen dat de aanname van meer secundaire zorgplichten vanuit deze preventieve invalshoek bezien niet veel toevoegt, maar dat betekent dus ook niet dat het een negatief effect op de preventieve werking genereert.

76 J. B. M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. (Algemeen Deel\*\*\*\*)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 193-194. Zie ook W.H. van Boom, ‘Kritiek en methode in juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onderzoek – een bespreking van Asser-Vranken (Algemeen Deel\*\*\*\*)’, *NTBR* 2015/18, p. 131.

77 I. Giesen, ‘Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking’, in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 108.

78 I. Giesen, *Aansprakelijkheid en toezicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 45. Giesen merkt echter op p. 152 in ditzelfde werk op dat de “redenen voor terughoudendheid niet erg sterk lijken”, waarna hij tot een weerlegging van de hiervoor aangedragen redenen komt.

79 A.A. van Rossum, ‘Civiel- rechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht (pre-advies NJV)’, in: *Toezicht* (Hand. NJV 2005-1), p. 91.

80 Zijn bijdrage ziet immers op de eerder door Giesen gemaakte vergelijking tussen private en overheidszorgplichten en niet zozeer op de door mij gemaakte vergelijking tussen primaire en secundaire zorgplichten. Hij gaat hierbij wel in op de door Giesen geconstateerde terughoudendheid bij secundaire aansprakelijkheden.

81 T. Hartlief, ‘Van schurken en toezichthouders’, *NJB* 2010/490, p. 603, p. 490; J. Kortmann, ‘Korte reactie op ‘Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren’, in: J.M. Emaus, L.F.H. Enneking, *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 117-123, p. 119.

82 I. Giesen, *Aansprakelijkheid en toezicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 152; T. Hartlief, ‘Van schurken en toezichthouders’, *NJB* 2010/490, p. 603. Zie vergelijkbaar over overheidsaansprakelijkheid 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, p. 510.

83 T. Hartlief en R.J. Tjittes, ‘Kroniek Vermogensrecht’, *NJB* 2004, p. 1583.

84 Zie ook I. Giesen, *Aansprakelijkheid en toezicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 152.

85 T. Hartlief, ‘Van schurken en toezichthouders’, *NJB* 2010/490, p. 603.

mijn optiek dat het *onzuiver* en daarmee vooralsnog *onwenselijk* is om principieel en louter vanwege de hoedanigheid van de aangesproken partij verschillende aansprakelijkheidstoetsen bij primaire en secundaire partijen aan te leggen.

Ter illustratie het volgende voorbeeld. Stel dat er bij een rechter twee zaken aanhangig zijn: zaak A waarin een vijfjarige leerling van een klimrek is afgevallen en zaak B waarin een vijfjarige leerling door een klasgenootje van hetzelfde klimrek is afgeduwd. Voorts kan in beide zaken worden aangenomen dat er op het moment dat het schadeveroorzakende feit zich voordeed, geen toezicht op het schoolplein gehouden werd. Geen leraar, geen klassenjuf- of meester: alleen de spelende kinderen en het voor deze jonge leerlingen, te gevaarlijke klimrek. Het is vervolgens in allebei de zaken de vraag of de school als verantwoordelijke partij tekort is geschoten in haar toezichthoudende taak en daarmee in haar – in de jurisprudentie aanvaarde – zorgplicht “ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de leerlingen die aan haar zorg zijn toevertrouwd en onder haar toezicht staan”.<sup>86</sup>

Het verschil tussen de zaken A en B is echter dat de school in de eerstgenoemde zaak als *primaire* partij wordt aangesproken en in de laatstgenoemde zaak als *secundaire* partij: in zaak B is de medeleerling immers de directe veroorzaker van de schade en daarmee de primair aan te spreken partij. Hoewel het hier dus twee keer om precies dezelfde zorgplicht tot het houden van toezicht op het schoolplein gaat, zou conform de restrictieve lijn in zaak B minder snel een zorgplichtschending aangenomen worden dan in zaak A. Dat zou betekenen dat aan exact dezelfde zorgplicht minder zwaar getild wordt. Is dat terecht? Rechtvaardigt de loutere aanwezigheid van de primaire partij in zaak B, ervan uitgaand dat het schadeveroorzakende feit in allebei de casus onder dezelfde specifieke omstandigheden hebben plaatsgevonden, een restrictievere toetsing van de zorgplichtschending? Zou de rechter hier in beginsel niet twee keer dezelfde zorgplicht met dezelfde reikwijdte moeten hanteren?

Voor de beantwoording van deze vragen moet het wettelijke systeem van het aansprakelijkheidsrecht wat mij betreft doorslaggevend zijn. De hiervoor geschetste morele en theoretische argumenten ten spijt: de wet is in dit geval een zuivere en objectieve toetssteen en daarmee wat mij betreft het meest solide uitgangspunt. Een nadere bestudering van de regels van dat aansprakelijkheidsrecht leert ons dat er, als de omstandigheden van het geval daar geen aanleiding toe geven, geen (goede) verklaring voor een meer terughoudende toetsing van de secundaire zorgplicht te vinden is. Laat ik dat toelichten.

Zo wordt ten eerste bij beide gevaltypen dezelfde grondslag (artikel 6:162 BW) gehanteerd en hetzelfde beoordelings-schema aangelegd om de mogelijke zorgplichtschending te beoordelen.<sup>87</sup> In mijn optiek laat deze grondslag een discrepantie in toetsing niet toe: geen van de te toetsen criteria bij de vaststelling van de onrechtmatige daad is immers of er nog een primaire partij ook of zelfs méér aansprakelijk te houden is. Van der Wiel merkt daarom terecht op dat het gevoel dat vooral de primaire partij moet bloeden, geen weerklank in het geldende recht vindt.<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.<sup>89</sup> De vraag of er wel of niet een primaire partij in het spel is – en dus de vraag of het een primaire of secundaire aansprakelijkheidskwestie betreft – zou geen rol mogen spelen bij de toetsing van de zorgplicht als één van deze aansprakelijkheidsvoorwaarden. In het verlengde hiervan is het ook maar zeer vraag of de *uitkomst* van een meer restrictieve toetsing in secundaire aansprakelijkheidsprocedures wel strookt met één van de belangrijkste uitgangspunten in ons aansprakelijkheidsrecht, te weten dat de schade afgewenteld dient te worden als daar een rechtens relevante reden voor is (ongeacht de aanwezigheid van een andere, meer primaire partij).

Ten tweede biedt het in ons aansprakelijkheidsrecht aanvaarde hoofdelijkheidsregime slachtoffers de ruimte om de primaire partij links te laten liggen en zich te concentreren op de secundaire partij (artikel 6:102 lid 1 BW jo. artikel 6:7 lid 1 BW).<sup>90</sup> Dit hoofdelijkheidsregime heeft tot gevolg dat de leerling in de eerder genoemde zaak B één van de twee partijen naar keuze tot betaling van de door hem geleden schade kan aanspreken.<sup>91</sup> Als de leerling ervoor kiest om de school en niet de medeleerling aan te spreken – waarschijnlijk in verband met de eerder genoemde liquiditeits- en verwijtbaarheidsproblemen van de minderjarige medeleerling<sup>92</sup> – heeft de rechter alleen dát vraagstuk te beantwoorden. Door de aanwezigheid van een primaire partij toch een rol bij de beoordeling van de secundaire zorgplichtschending te laten spelen, wordt de keuzevrijheid van het slachtoffer – en daarmee het systeem van de hoofdelijke aansprakelijkheid – ten onrechte omzeild.

86 Zie o.a. Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136; Rb. Zwolle 6 januari 2010, JA 2010, 33; Rb. Utrecht 27 oktober 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BK7412; Rb. Den Bosch 14 februari 2007, JA 2007, 129; Rb. Utrecht 25 juni 2008, JA 2008, 113.

87 Te weten de *Kelderluik*-factoren en de voorzienbaarheidskwestie als kernpunt. Zie ook § 2.1.2.

88 Zie hierover ook W.H. van Boom, I. Giesen, ‘Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen’, *NJB* 2001, p. 1679.

89 B.T.M. van der Wiel, ‘De aansprakelijkheid van toezichthouders’, *MvV* 2005/7, p. 158.

90 Voor hoofdelijke schuldenaren die voor dezelfde schade aansprakelijk zijn, wordt in artikel 6:102 lid 1 BW nader uitgewerkt hoe de grootte van hun onderlinge bijdrageplichten vastgesteld dient te worden. Zie hierover T. Hartlief, ‘Van schurken en toezichthouders’, *NJB* 2010/490, p. 603 en M. Jongkind, ‘Hoe werkt regres nemen op elkaar ook alweer?’, *Advocatenblad* 2012/8, p. 45.

91 W.H. van Boom, ‘Hoofdelijke productaansprakelijkheid, regres en insolventie’, in: *Tvl* 2000, Fokkerspecial, p. 27.

92 Waarbij ik de (risico)aansprakelijkheid van de ouders ex artikel 6:169 BW hier buiten beschouwing laat. Zie voetnoot 22.

Hier zou tegen in kunnen worden gebracht dat de aansprakelijkheden van de leerling en de school in nauw verband met elkaar staan. De school wordt immers verweten de schadeveroorzakende handeling van de leerling niet voorkomen te hebben. In die zin zijn beide feitencomplexen dus niet geheel los te koppelen.<sup>93</sup> Toch overtuigt dit argument wat mij betreft niet. Feit blijft immers dat de school in beide zaken in dezelfde mate tekort is geschoten en daarvoor in beide gevallen een *zelfstandig* verwijt treft.<sup>94</sup> Zij heeft immers twee keer verzuimd toezicht op haar (jonge) leerlingen te houden en heeft daarmee twee keer op eenzelfde wijze een risico in het leven geroepen. Ondanks dat er zeker iets voor de verwevenheid van beide aansprakelijkheden te zeggen valt, vind ik het (te) moeilijk te verdedigen dat de zorgplichtschending van de school groter of kleiner wordt op het moment dat de schade door een eigen val of een duw veroorzaakt wordt. De zorgplichtschending (geen toezicht op het schoolplein) blijft immers even groot en dáár draait het in beide zaken om. Dit maakt de uiteindelijke aanleiding van de schade (val klimrek, duw klimrek) bij de vaststelling van de zorgplichtschending eigenlijk irrelevant.

Ten derde geldt – als uitvloeisel van het besproken hoofdelijke aansprakelijkheidsregime – dat de primaire en secundaire partij onderling uit moeten zoeken waar de pijn uiteindelijk komt te liggen (artikelen 6:10-6:14 BW).<sup>95</sup> Dat de secundair aangesprokene moeite zou kunnen hebben met regres op zijn mogelijke primaire mededebiteur, bijvoorbeeld omdat hij insolvent, onvindbaar of moeilijk uitwinbaar is, is geen grond om de hoofdelijk verschuldigde schadevergoeding op te knippen in “deelaanspraken”.<sup>96</sup> Het wordt dus, kort gezegd, in ons aansprakelijkheidsrecht redelijker geacht 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>97</sup> Het resultaat van dit systeem – en daarin ligt de essentie – is 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 niet al verdisconteerd kan worden in een (strengere) toetsing van de zorgplichtschending van de secundaire partij.<sup>98</sup>

Belangrijk is tot slot te benadrukken dat ik met het voorgaande niet meteen pleit voor een andere (meer of minder restrictieve) toetsing van de zorgplichtschending in zaak A, maar vooral voor een in beginsel *gelijke* toetsing van de zorgplichtschendingen in de zaken A en B. Daarbij dient benadrukt te worden dat het uiteraard bij elke aansprakelijkheidskwestie aan de concrete omstandigheden van het geval zal liggen welk specifiek verwijt de aangesproken partij gemaakt kan worden: per geval zal dus aan de *Kelderluik*-criteria getoetst moeten worden om te kunnen beoordelen of van de betreffende partij anders handelen verwacht had mogen worden. Het gaat er mij echter om dat de *hoedanigheid* waarin een partij wordt aangesproken (als primaire of als secundaire partij), geen rol speelt bij deze aansprakelijkheidstoetsing (en dus niet tot de concrete omstandigheden van het geval gerekend wordt).<sup>99</sup> Uit hetgeen in deze paragraaf besproken is, blijkt immers dat een principiële restrictievere toetsing van secundaire zorgplichten (alhoewel door sommige auteurs betoogd, zie § 4.1) niet in het wettelijke systeem van het aansprakelijkheidsrecht te passen valt.

## 5. Conclusie

In deze bijdrage is de vraag opgeworpen wat de meest wenselijke reikwijdte van de secundaire zorgplicht zou moeten zijn: een gepaste terughoudendheid of een toetsing die dezelfde is als die wordt aangelegd bij primaire zorgplichten?

Hoewel er op zich redenen zijn de secundaire zorgplicht terughoudender te toetsen – zo is het voor secundaire partijen veelal onduidelijker dan voor primaire partijen welke zorg

93 Ontleend aan I. Giesen, *Aansprakelijkheid en toezicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 44.

94 Zie met name het hiervoor besproken (eerste) argument, omtrent het reguliere beoordelingsschema waarin secundaire zorgplichten geplaatst worden. De secundaire partij kan op grond van artikel 6:162 BW en de daarbij behorende *Kelderluik*-factoren zelfstandig – dat wil zeggen: onafhankelijk van de gedraging van de primaire partij – aangesproken worden wegens onvoldoende toezicht. Daar komt nog bij dat in het begrip toezicht besloten ligt dat er *altijd* een primaire partij is die de schade direct veroorzaakt heeft: de aanwezigheid van de primaire partij ligt als zodanig in deze ‘toezichts-aansprakelijkheid’ besloten en kan in een specifieke zaak op zichzelf niet als reden voor een terughoudende toetsing dienen. Het ‘afgeleide aansprakelijkheidsargument’ overtuigt hier dus niet. Zie ook I. Giesen, *Aansprakelijkheid en toezicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 152. Meer in het algemeen T. Hartlief en R.J. Tjittes, ‘Kroniek Vermogensrecht’, *NJB* 2004, p. 1583; T. Hartlief, ‘Van schurken en toezichthouders’, *NJB* 2010/490, p. 603; J. Kortmann, ‘Korte reactie op ‘Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren’, in: J.M. Emaus, L.F.H. Enneking, *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 119.

95 In geval van een pluraliteit van schuldenaren, zie B.T.M. van der Wiel, ‘De aansprakelijkheid van toezichthouders’, *MvV* 2005/7, p. 158.

96 Zie HR 6 december 1996, *NJ* 1997/219 (*Du Pont de Nemours/Hermans*) en HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000/159 (*Breugem en Stolze Kwekerij/Rockwool*).

97 Wederom buiten beschouwing gelaten de eigen schuld: wanneer de benadeelde immers part of deel heeft aan zijn eigen schade, dan deelt hij om die reden op grond van artikel 6:102 lid 2 BW wél mee in het risico dat een van de medeaansprakelijke primaire partij insolvent, onvindbaar of niet-uitwinbaar blijkt. Zie W.H. van Boom, ‘Hoofdelijke productaansprakelijkheid, regres en insolventie’, in: *Tvl* 2000, Fokkerspecial, p. 27.

98 Zie vergelijkbaar B.T.M. van der Wiel, ‘De aansprakelijkheid van toezichthouders’, *MvV* 2005/7, p. 159.

99 Ik zie niet waarin de primaire en secundaire aansprakelijkheid juridisch verschillen: de toezichthoudende partij is geen bijzondere dader en maakt ook geen bijzondere fouten. Hoewel er (zie § 4.1) in sommige gevallen wel sterke morele argumenten aanwezig kunnen zijn de secundaire aansprakelijkheid terughoudender te toetsen, zijn deze in mijn optiek *in beginsel* niet voldoende overtuigend om van de juridische meest zuivere benadering af te wijken. Als morele overwegingen in een specifiek geval de uitkomst van de hoofdelijke aansprakelijkheid buitengewoon onbillijk maken, dan zouden subsidiaire- en proportionele aansprakelijkheidswegen soelaas kunnen bieden. Via deze wegen kan aan de morele bezwaren tegemoet gekomen, zonder dat de weg ernaartoe juridisch-dogmatisch niet te verantwoorden valt. Zie voor een mogelijke uitwerking van deze ‘morele tegemoetkomingen’ I. Giesen, *Aansprakelijkheid en toezicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 43-44; B.T.M. van der Wiel, ‘De aansprakelijkheid van toezichthouders’, *MvV* 2005/7, p. 159; T. Hartlief, ‘Van schurken en toezichthouders’, *NJB* 2010/490, p. 603.



jegens welke zorgontvangers precies betracht moet worden (§ 2.1.3) – heb ik in deze bijdrage betoogd dat een principieel strengere beoordeling van de secundaire zorgplicht niet door de regels van het aansprakelijkheidsrecht verklaard of gerechtvaardigd kan worden. Zo is het (1) bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een secundaire partij ex artikel 6:162 BW irrelevant of de primaire partij ook of zelfs méér aansprakelijk te houden is, waardoor het centraal staande gevaltype (primair of secundair) geen invloed op de aansprakelijkheidstoets zou mogen hebben. Daarbij komt dat (2) met een strengere toetsing van de secundaire zorgplichtschending de keuzevrijheid van het slachtoffer – zoals besloten ligt in het rechtsfiguur van de hoofdelijke aansprakelijkheid – ten onrechte wordt omzeild.<sup>100</sup> Tot slot geldt (3) dat ingevolge ditzelfde regime de relatieve ernst van de fouten van de primaire en secundaire partij pas in de onderlinge regresverhouding een rol dient te spelen, en niet al eerder bij de beoordeling van de zorgplichtschending. Mijn conclusie is daarom dat een terughoudende toetsing van de secundaire zorgplicht louter vanwege haar secundaire aard, vanuit een juridisch-dogmatische visie als onwenselijk aangemerkt kan worden.

De eiser zal echter moeten roeien met de riemen die hij heeft. Uit de geconstateerde reikwijdte van de secundaire zorgplicht in de huidige rechtspraak en literatuur, kunnen wat mij betreft de volgende lessen worden getrokken voor toekomstige en reeds lopende secundaire aansprakelijkheidsprocedures.<sup>101</sup> Zo zal de eiser zich in de procedure ten eerste bewust moeten zijn van het feit dat de rechter over het algemeen – ook als de omstandigheden van het geval hier niet per se aanleiding toe geven – een meer terughoudende toets bij de secundaire zorgplicht dan bij de primaire zorgplicht lijkt aan te leggen. Om de kans op een succesvolle aansprakelijkstelling te vergroten, is het daarom belangrijk de tekortkoming van de secundaire partij goed te formuleren en de zorgplichtschending zodoende stevig in te kleden. De eiser moet de schending als het ware te spellen en pasklaar aanreiken, en zal op dit vlak niet te veel initiatief van de rechter zelf moeten verwachten. De eis dient daarnaast gefundeerd te worden op een door de secundaire partij *zelfstandig* te maken verwijt. Als de eiser wil dat de rechter de primaire partij buiten beschouwing laat (bijvoorbeeld omdat deze niet-liquide of vindbaar is), dan zal zij daar zelf mee moeten beginnen. Aannemelijk moet gemaakt worden dat de schending van de secundaire zorgplicht van dien aard is

dat de directe veroorzaakte handeling in feite slechts een uitvloeisel van dit (in de regel) gebrekkige toezicht is. De secundaire partij had moeten voorkomen dat de primaire partij verkeerde keuzes zou maken en dáárom is aansprakelijkheid gewenst en gelegitimeerd.

Ik benadruk tot slot dat het vergoeden van de schade door de primaire of de secundaire partij natuurlijk geen doel op zich is of zou moeten zijn: niet alle onheil is afwendbaar, soms is er gewoon sprake van 'pech'. Het aansprakelijkheidrecht bepaalt slechts in welke gevallen recht op compensatie bestaat en in welke gevallen niet.<sup>102</sup> Dit uitgangspunt in het achterhoofd houdend, is het belangrijk een zo zuiver mogelijke en principieel gelijke toetsingswijze na te streven.<sup>103</sup> In mijn optiek valt er met name bij secundaire aansprakelijkheidskwesties op het punt van deze juridisch-dogmatische zuiverheid én gelijkheid nog flink wat terrein te winnen: gelijke monniken, gelijke kappen.

100 Er wordt dan immers rekening gehouden met de aanwezigheid van de primaire partij, die de eiser juist over wilde slaan.

101 Denk hierbij aan het eerder aangehaalde voorbeeld van de nabestaanden van het schietincident in Alphen aan den Rijn, die in februari jl. hun aansprakelijkheidsclaim jegens de overheid (politie) in eerste aanleg verloren hebben zien gaan (Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*)). Zij hebben aangegeven beroep tegen deze uitspraak in te stellen. Ook geeft het eerder aangehaalde, in mei 2015 uitgebrachte (kritische) rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV) over het incident met de monstertruck in Haaksbergen wellicht aanleiding tot de aansprakelijkstelling van secundaire partijen, zoals de gemeente of de evenementenorganisatie. Zie hiervoor het persbericht van de OVV d.d. 20 mei 2015, te raadplegen op de website van de onderzoeksraad ([www.onderzoeksraad.nl](http://www.onderzoeksraad.nl)).

102 A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 16; 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. 98.

103 Waarbij nogmaals zij benadrukt dat ik met een 'principieel gelijke toetsing' duid op een toetsing waarbij het vertrekpunt hetzelfde is (namelijk die van artikel 6:162 BW, waarbij de vraag naar de zorgplichtschending onder andere beantwoord wordt door de *Kelderluik*-criteria, een en ander ongeacht de hoedanigheid van de aangesproken partij), maar waarbij de specifieke omstandigheden van het geval uiteraard wel kunnen meebrengen dat de ene partij een zwaarder verwijt treft dan de ander.