

Nalaten als onrechtmatige daad

Tjong Tjin Tai, Eric

Published in:
Nederlands Juristenblad

Document version:
Early version, also known as pre-print

Publication date:
2007

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2007). Nalaten als onrechtmatige daad. *Nederlands Juristenblad*, (40), 2540-2546.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Nalaten als onrechtmatige daad¹

Gepubliceerd in NJB 2007/40

T.F.E. Tjong Tjin Tai

1. Inleiding

De laatste jaren is in Nederland de aansprakelijkheid voor nalaten weer in de schijnwerpers komen te staan, mede in verband met de zogenaamde toezichhouders-aansprakelijkheid.² Steevast wordt gewezen op de eis dat nalaten een voorafgaande verplichting tot doen veronderstelt. Kritiek is er op het gangbare onderscheid tussen enerzijds doen en nalaten, en anderzijds tussen zuiver nalaten en gewoon nalaten.³ Ook is betoogd dat er bij zuiver nalaten ten onrechte een subjectieve maatstaf voor de kennis van de laedens wordt aangelegd.⁴ Deze kritiek, die steun vindt in met name Franse literatuur, wijst erop dat het tot op heden ontbreekt aan een toereikende rechtvaardiging van het leerstuk van aansprakelijkheid voor nalaten. De literatuur in diverse Europese landen is veelal louter positiefrechtelijk; dogmatische onderbouwing is slechts versnipperd te vinden en biedt op het eerste gezicht geen antwoord op de geschetste vragen.

In dit artikel zal ik, voortbouwend op de analyse in mijn proefschrift,⁵ de aansprakelijkheid voor nalaten uitwerken en rechtvaardigen door een categorisering in drie soorten nalaten voor te stellen. Deze categorisering vindt steun in de regels die in verschillende Europese rechtssystemen gelden. De rechtvaardiging van de onderverdeling, inclusief de concrete gevolgen daarvan, is evenwel niet integraal in de literatuur te vinden: dat is de meerwaarde van dit artikel. Aan de hand van deze categorisering en rechtvaardiging kunnen de aangegeven vragen worden beantwoord. De waarde van de onderverdeling zal ik verder aantonen door de aansprakelijkheid

¹ Met dank aan mr. G. van Dijk voor opmerkingen ten aanzien van een eerdere versie.

² I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten*, Studiekring Offerhaus, nieuwe reeks, nr. 8, Deventer 2004; dzz., *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005, W.J.M. van Andel, 'Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2006, p. 50-55 en 388-390, J.S. Kortmann, *Altruïsme in Private Law*, Oxford 2005; dzz., *Ondernemingsrecht* 2006, p. 384-388. Voordien: C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten*, preadvies NVvR 1995, dzz., *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2000, H.C.F. Schoordijk, 'De verbintenis uit en de plicht tot altruïsme', *Med. KNAW*, nieuwe reeks, dl. 50 nr. 8, Amsterdam 1987, J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, intreedende Maastricht 2000. Vgl. C. Prins, *NJB* 2007, p. 321.

³ Giesen 2004, p. 25 en 2005, p. 73 respectievelijk Kortmann 2006, p. 384 en 2005, p. 5-8.

⁴ K.J.O. Jansen, 'Het subjectieve element van de onrechtmatigheid', *NTBR* 2007, p. 222-228, op 224-225, ook Giesen 2005, p. 68.

⁵ *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam (UvA) 2007, par. 5.8 en 9.2.

van toezichhouders kort te bespreken: de toch wat moeizame aanvaarding van deze aansprakelijkheid valt aan de hand van de ratio van de verschillende vormen van aansprakelijkheid voor nalaten te verklaren.

De gevolgde methode is dat enerzijds wordt betoogd dat de voorgestelde driedeling steun vindt in diverse Europese rechtsstelsels: een rechtsvergelijkend argument, waarvoor wordt verwezen naar voornamelijk literatuur. Verwijzingen naar rechtspraak zijn grotendeels achterwege gelaten nu het hier niet gaat om de exacte vormen van nalaten die worden erkend, maar om een categorisering en rechtvaardiging in hoofdlijnen.⁶ Anderzijds wordt de voorgestelde driedeling gerechtvaardigd aan de hand van basisintuïties omtrent aansprakelijkheid, dus door een zuiver dogmatisch betoog. Deze rechtvaardiging wordt in de tekst zelf gepresenteerd, waar passend onder verwijzing naar bronnen waar delen van het argument eveneens zijn te vinden. De validiteit van het argument dient, zoals bij iedere praktische argumentatie, te worden vastgesteld door verificatie door het publiek. Het gaat, kortom, om de overtuigingskracht van het betoog.

2. Nalaten en de verplichting tot doen

Ter introductie begin ik met een korte, meer rechtstheoretische beschouwing die ertoe dient de terminologie van plicht en verplichting te preciseren. Aansprakelijkheid voor nalaten ontstaat alleen als er een anterieure verplichting tot een doen was in de concrete situatie. Dit is een evidentie die volgt uit het feit dat het hier gaat om een fout-aansprakelijkheid. Er is anders gehandeld (namelijk nagelaten) dan had moeten: er had namelijk iets moeten worden gedaan, dat wil zeggen, er was een verplichting om iets te doen. Zo volgt een aansprakelijkheid uit een doen juridisch-logisch gezien ook uit het feit dat er een verplichting was om anders te handelen dan is gedaan.

Dat er een eerdere verplichting was, volgt ook uit de term *nalaten*. Men spreekt niet bij ieder fysisch niet-doen van nalaten. Ik laat niet na om deel te nemen aan de Olympische Spelen of om naar Finland te reizen. Nalaten impliceert een verwachting dat er iets zou worden gedaan. Nalaten in juridische zin impliceert een gerechtvaardigde verwachting bij de gelaedeerde, een verplichting tot een doen die op de laedens rust. De eis van een anterieure verplichting is dus een *logische* eis, niet een

⁶ Verdere rechtspraakverwijzingen zijn te vinden in de literatuur waarnaar wordt verwezen.

historisch toevallige voorwaarde. Omdat die verplichting er was en de laedens dit wist of moest weten, had de laedens moeten handelen en wordt het hem aangerekend dat hij dit heeft nagelaten.

In de buitenlandse literatuur wordt regelmatig betoogd dat er alleen aansprakelijkheid voor nalaten is bij een voorafgaande *plicht* tot een doen.⁷ Men doelt daarbij kennelijk niet op het bestaan van een *verplichting* tot een concrete handeling, maar op een plicht die een zekere verantwoordelijkheid met zich brengt en die tot verschillende handelingen kan verplichten. Een voorbeeld is de plicht om te zorgen dat een dier geen schade toebrengt.⁸ Het is daarom dat men in het Engelse recht zegt dat er geen algemene plicht tot handelen in het belang van anderen bestaat, alleen specifieke plichten. Het gaat dus niet om de logische gevolgtrekking dat nalaten een verplichting tot een concreet doen veronderstelt, maar om de juridische vaststelling dat een verplichting tot een concreet doen moet zijn gegrond in een voorafgaande plicht tot handelen.⁹ Bij ontstentenis van een algemene plicht tot handelen houdt de voorwaarde van een voorafgaande plicht een significante beperking in. Overigens wordt betoogd dat er wél een algemene plicht tot handelen in het belang van anderen bestaat, die de grondslag is voor de verplichting tot hulp in noodsituaties. Ik heb dit in mijn dissertatie aangeduid als een zwakke zorgplicht. Men kan ook verwijzen naar de algemene maatschappelijke diligentia.¹⁰

3. Drie categorieën van nalaten

Men kan drie categorieën van nalaten onderscheiden. In veel gevallen berust de verplichting tot handelen eenvoudigweg op een eerder doen.¹¹ De laedens is dan iets begonnen, dat hij niet goed heeft afgemaakt. Wie een auto bestuurt, is aansprakelijk als hij nalaat te remmen voor een overstekende voetganger. De verplichting om in

⁷ Bv. Walton e.a., Charlesworth & Perry on Negligence, 11^e dr., Londen 2006, nr. 2-90, 2-93, Markesinis and Deakin's Tort Law, 5^e dr., Oxford 2003, p. 149, Deutsch/Ahrens, *Deliktsrecht*, 4^e dr., Keulen 2002, mndnr. 38, K. Larenz/C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. 2.2, 13^e dr. 1994, par. 75.II.1.a, E. Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 2^e dr., Keulen 1995, p. 231, ook A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Mon. Privaatrecht nr. 4, Deventer 2005, p. 87.

⁸ In het Nederlandse recht is deze zorgplicht te vinden in een risico-aansprakelijkheid, zie hierna.

⁹ Zie over het onderscheid tussen een plicht tot zorg, en een concrete daarop gebaseerde zorgverplichting, Tjong Tjin Tai, p. 97-98. De relatie tussen zwakke zorgplicht en concrete verplichting tot zorg is in wezen gelijk aan de relatie tussen de 'generelle Norm' en 'individuele Norm' bij Kelsen (zie Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wenen 1979, p. 6, 179, 195.

¹⁰ Tjong Tjin Tai, p. 99 met verdere verwijzingen.

¹¹ Clerk & Lindsell on Tort, 18^e dr., Londen 2000, nr. 1-51, 7-45, Deutsch/Ahrens, *Deliktsrecht*, 4^e dr., Keulen 2002, mndnr. 40, Von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. II, Oxford 2000, mndnr. 197. Vgl. PG Bk. 6, p. 135, Verheij, a.w., p. 86-87.

voorkomende gevallen te remmen volgt uit het beginnen te rijden. Had de bestuurder een hartaanval gehad, dan zou een passagier niet zonder meer aansprakelijk zijn voor een nalatigheid te remmen. Het gaat bij zo'n nalaten dat verbonden is aan een doen eenvoudigweg om wat van oudsher zorgvuldigheid wordt genoemd.¹² Handelingen dient men behoorlijk te verrichten, of niet. Dat is de plicht waar deze verplichting op berust.

Deze categorie van 'nalaten' wordt in het Franse recht passend aangeduid als nalaten in het doen (*l'omission dans l'action*).¹³ Reeds het Romeinse recht toont tal van voorbeelden: het aansteken van een vuur is niet onrechtmatig, maar leidt wel tot aansprakelijkheid indien men niet ervoor waakt dat het vuur overslaat.¹⁴ Dat een dergelijke plicht tot zorgvuldig handelen op de laedens rust, is begrijpelijk: de laedens is immers degene die bij zijn handeling de primaire zeggenschap heeft, hij is degene die de fysieke mogelijkheid heeft om anders of niet te handelen. Bij het verrichten van de daad dient hij tevens op te letten om te voorkomen dat de daad ongewenste neveneffecten heeft. De band tussen de grondslag voor de verplichting (de daad) en het nalaten is dermate sterk dat men meestal geen onderscheid maakt tussen een en ander: het is, zoals wel wordt gezegd, niet meer dan een kwestie van beschrijving of men over doen of nalaten spreekt. Het gaat dus om gevallen waar de schade in causaal verband staat met een eerdere daad van de laedens, en de omissie alleen betekende dat het realiseren van de causale keten niet werd belet.¹⁵ Men moet deze gevallen strikt onderscheiden van zaken waar de omissie niet samenhangt met een eerdere daad.¹⁶

Een tweede categorie van verplichtingen tot een doen betreft gevallen waar de verantwoordelijkheid zich niet richt op de eigen daden, maar op een zeker object of persoon waar men zorg voor draagt:¹⁷ een kind,¹⁸ een dier,¹⁹ een opstal, of ook een

¹² Tjong Tjin Tai, p. 85-87, 94-96, Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1989, J.J.M. van der Ven, *De zorgvuldigheidsnorm krachtens art. 1401 BW toegepast door den Hoogen Raad*, Utrecht 1941. Ook Charlesworth & Perry, nr. 2-89.

¹³ Van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2006, nr. 808-1.

¹⁴ D. 9, 2, 30, 3 (Paulus), zie Tjong Tjin Tai, p. 85-86.

¹⁵ Markesinis en Deakin, p. 149, Von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. II, Oxford 2000, mndr. 194 en 196-198, Van Dam 2006, nr. 808-1, J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, Parijs 2004, nr. 1137, K. Larenz/C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. 2.2, 13^e dr. 1994, par. 76.III.3.a, E. Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 2^e dr., Keulen 1995, p. 233. Winfield & Jolowicz on Tort, 17^e dr., Londen 2006, nr. 5-22 (W.V.H. Rogers) noemt dit zelfs 'no true omission'.

¹⁶ Charlesworth & Perry, nr. 2-89, Clerk & Lindsell on Tort, nr. 7-45, Winfield & Jolowicz, nr. 5-22 en 5-23, ook Deutsch/Ahrens, *Deliktsrecht*, 4^e dr., Keulen 2002, mndr. 40.

¹⁷ Van Dam 2006, nr. 808-1 en 2, Von Bar, mndr. 195 e.v. en 306-410 met verdere verwijzingen naar diverse rechtsstelsels, ook Von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. I, Oxford 1998, mndr.

weg²⁰ of stuk grond.²¹ In het Franse recht spreekt men over de aansprakelijkheid van de *gardien* voor *le fait des choses*, en de aansprakelijkheid voor *le fait d'autrui*.²² Men spreekt ook wel over zorgplichten. Veel van deze plichten zijn tegenwoordig in het Nederlandse recht neergelegd in risico-aansprakelijkheden; van oudsher betrof het evenwel een plicht om te zorgen dat de in het object besloten innerlijke energie geen schade aan derden toebrengt.²³ Bij de aansprakelijkheid ten aanzien van land of weg is er geen innerlijke energie die schade toebrengt; daar gaat het om de eis dat een onderdeel van het publieke domein in goede staat verkeert en geen verborgen gevaren herbergt.²⁴ Ook deze verantwoordelijkheid is te beredeneren vanuit de zeggenschap: het is de 'opzichter' die zich in de beste positie vindt om de schade te voorkomen.²⁵ Aan deze zorg is lastiger invulling te geven dan bij de eerste categorie: de laedens is immers niet noodzakelijk steeds daadwerkelijk in de gelegenheid om de schade te voorkomen. De laedens is het immers niet zelf die rechtstreeks de schade bewerkstelligt, het is integendeel het object van zijn zorg dat de schade daadwerkelijk toebrengt. De opzichter zou de schade hooguit kunnen voorkomen. In het verleden ging het in het Nederlands recht in deze gevallen dan ook niet om meer dan een verhoogde zorgvuldigheid. Een restant van deze achtergrond is te vinden in de 'tenzij'-uitzonderingen bij deze risico-aansprakelijkheid.²⁶

Deze categorie van aansprakelijkheden kan deels als risicoaansprakelijkheid, deels als (verscherpte) foutaansprakelijkheid worden opgevat: de regelingen in verschillende landen lopen uiteen. Gemeenschappelijk is evenwel dat men in bepaalde gevallen, waar een relatie bestaat tussen de laedens en het object of de persoon die de schade veroorzaakt, reden ziet een aansprakelijkheid te construeren voor nalaten deze

97-236. Zie ook B.A. Koch, H. Koziol en F.D. Busnelli, *Unification of tort law: strict liability*, Den Haag 2002, p. 413-419.

¹⁸ Van Dam 2006, nr. 1602, vgl. art. 6:169 BW.

¹⁹ Van Dam 2006, nr. 1402-1403, vgl. art. 6:178 BW.

²⁰ De wegbeheerdersaansprakelijkheid, zie Tjong Tjin Tai, p. 158, Van Dam 2000, p. 327-330, Van Dam 2006, nrs. 1507-1510.

²¹ HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (Veenbroei), vgl. HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 76 (Princess Juliana Airport), Verheij, a.w., p. 87-89.

²² Van Dam 2006, nr. 303-3, 1995, p. 51-93, ook 48, met verdere verwijzingen.

²³ Tjong Tjin Tai, p. 156-157. Zie verder C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*, diss. Nijmegen 1991.

²⁴ Tjong Tjin Tai, p. 147, 158.

²⁵ Von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. II, Oxford 2000, mnr. 204 noemt als grondslag 'who has actual control', en verwijst naar de Franse aansprakelijkheid van de *gardien*.

²⁶ Zie hierover nader Tjong Tjin Tai, p. 157, en uitvoerig Hartlief, 'De aansprakelijkheid voor zaken', BW-Krant Jaarboek 1996, p. 201-225.

schade te voorkomen.²⁷ Ingeval men overigens op een risico-aansprakelijkheid uitkomt, gaat het strikt genomen niet langer over aansprakelijkheid voor nalaten: de laedens wordt dan immers niet verweten iets niet te hebben gedaan dat hij wel had moeten doen.

Bij deze tweede categorie is de grondslag van de plicht niet gelegen in een direct voorafgaand doen. Men is aansprakelijk, ook al was men op het moment zelf niet in de buurt van het object en ook niet met de gedachten daarbij. Zulk nalaten kan dan ook niet goed in termen van een gebrekkig doen worden omschreven. Als men dat doet (bv. de hond is niet goed afgericht) spreekt men meestal over een in het verdere verleden gelegen oorzaak, niet over een direct daaraan voorafgegaan doen, al is dat soms wel mogelijk (in de zin van: de hond was niet goed aangeliend). De plicht tot zorg voor het object is vrij algemeen, en verplicht tot vele verschillende concrete daden. Het kan gaan om opvoeding van kinderen, inperking van de bewegingsvrijheid van dieren, regelmatige controle van een schoorsteen of de toestand van de weg, onverwijld reageren op meldingen van tekortkomingen aan een gasleiding.²⁸ Het nalaten is daardoor zowel een tekortschieten in de algemene zorgplicht als in de concrete verplichting tot een doen die als nalaten is gekarakteriseerd.

Er zijn nog andere voorbeelden van aansprakelijkheid voor nalaten die hier niet worden besproken. Deze betreffen gevallen waar de aansprakelijkheid berust op een relatie met het slachtoffer die tot zorg verplicht (zoals tussen ouders en kinderen of een kliniek en een psychiatrisch patiënt),²⁹ en gevallen van derdenwerking van contracten (aansprakelijkheid jegens derden voor wanprestatie).³⁰ Deze gevallen laat ik buiten beschouwing. In het eerste geval gaat het namelijk om een zorgplicht die contractueel of van rechtswege verbintenissenrechtelijk is ingevuld, in het tweede geval is de tekortkoming uiteindelijk gebaseerd op een overeenkomst die verplicht tot een doen. In dit artikel gaat het om nalaten zonder verbintenissen tot een doen.

De derde categorie ten slotte wordt gevormd door de groep gevallen die men aanduidt als *zuiver nalaten*.³¹ Het betreft gevallen waar geen sprake is van een nalaten

²⁷ Zie bv. N. Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Mohr Siebeck: Tübingen 2003, p. 567, 620-624, die de historische achtergronden beschrijft (hoofdstuk 2) en deze categorie aanduidt als *Gefährdshaftung*.

²⁸ Bv. HR 14 juni 2002, NJ 2003, 428 (Interpolis/Obragas).

²⁹ Zie uitvoerig de Engelse literatuur.

³⁰ M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, diss. Tilburg 2006, ook Tjong Tjin Tai 2006, p. 202-206.

³¹ Van Dam 1995, p. 94-101.

dat samenhangt met een eerder doen of met zorg voor een object. Dat het niet gaat om een nalaten dat samenhangt met een eerdere daad behoeft precisering: het gaat er om dat de schade niet ontstaat door, niet in causaal (sine qua non) verband staat tot een doen van de laedens. In zo'n geval is er geen zeggenschap over de relevante oorzaak van de schade (die kan liggen in een natuurlijke gebeurtenis, handelen van een derde of van het slachtoffer zelf). De reden om een plicht tot handelen in zulke situaties op te leggen kan uitsluitend zijn gelegen in het dreigende nadeel aan de belangen van de gelaedeerde in de concrete omstandigheden. De grondslag voor zo'n plicht is dat de gelaedeerde gered had kunnen worden en dat de laedens dit ten onrechte heeft nagelaten: het gaat dus om een foutaansprakelijkheid.

Dat men terughoudend is om een dergelijke verplichting tot handelen op te leggen, is begrijpelijk.³² Want gewoonlijk wordt ingrijpen in andermans leven onwenselijk gevonden, en omgekeerd levert een verplichting tot doen altijd een belasting op, want er kan dan niet iets anders gedaan worden. Daarentegen is het heel wel mogelijk tegelijk van ontelbare onwenselijke daden af te zien. Daarbij komt dat een ongeclausuleerde verplichting tot helpen van anderen onwerkbaar is en ook in feite niet verdedigd wordt: het zou er toe leiden dat iedereen voor ieder wissewasje een aanspraak op je hulp zou hebben.³³ Ik doel hiermee niet op het standpunt dat er nooit een plicht tot hulp zou mogen zijn omdat dit inbreuk maakt op de individuele vrijheid of omdat dit economisch onwenselijk is,³⁴ alleen op het feit dat niet ieder belang van een ander juridisch verplicht tot bijstand. Ik ben niet verplicht mijn buurman te helpen zijn huis te schilderen of hem geld te geven voor een nieuwe televisie, ook al heeft hij daar zonneklaar belang bij.

In feite blijkt uit de voorbeelden die in de literatuur worden genoemd dat men vooral doelt op noodsituaties, gevallen van leven of dood.³⁵ Er wordt dus impliciet een grens aangenomen. Het betoog van de voorstanders van aansprakelijkheid voor (zuiver) nalaten richt zich niet tegen zo'n beperking,³⁶ het keert zich alleen tegen auteurs die zich verzetten tegen alle aansprakelijkheid voor zuiver nalaten vanwege

³² Uitvoerig, mede vanuit ethisch perspectief: Tjong Tjin Tai, p. 162-166, 280-288.

³³ Van Dam 2006, nr. 1703: men neemt dagelijks tal van gevaren waar.

³⁴ Waarover terecht kritisch Kortmann 2005, p. 10-15, Giesen 2004, p. 19-22.

³⁵ Expliciet Van Dam 2006, nrs. 1701 e.v. Art. 4.103 Principles of European Tort Law stelt als voorwaarden ernstige schade (harm) en eenvoudige maatregelen. Schoordijk lijkt een ruimere plicht te verdedigen, Mazeaud/Tunc, nr. 540 zegt dat het erom gaat dat een gewone diligente mens zou hebben gehandeld in de omstandigheden. Dit lijkt mij nog steeds te ruim: als de meeste mensen de weg wijzen aan een verdwaalde toerist, volgt daar nog niet uit dat iedereen altijd daar juridisch toe verplicht is.

³⁶ Zie bv. Kortmann 2005, p. 17.

een te ruime aansprakelijkheid. Hier betoog ik alleen dat niet ieder zuiver nalaten tot aansprakelijkheid dient te leiden. Dit ligt ook voor de hand. Het nalaten zal nog steeds als *fout* moet kunnen worden aangemerkt. Evenzo als niet ieder doen een fout is,³⁷ is niet ieder nalaten dat.

Of deze categorie nalaten tot aansprakelijkheid moet leiden, en wanneer, kan deels berusten op rechtspolitieke keuzes. Uit de nederlandse jurisprudentie blijkt een terughoudende aanpak, die onderstreept dat er een impliciete grens wordt getrokken.³⁸ De franse jurisprudentie is minder duidelijk, maar lijkt evenmin bij ieder nalaten tot aansprakelijkheid te concluderen.³⁹ In Engeland wordt iedere aansprakelijkheid voor zuiver nalaten afgewezen.⁴⁰

4. Doen, nalaten, zuiver nalaten

Is het nu zinvol om te onderscheiden tussen doen en nalaten? Veel situaties kunnen evengoed in termen van nalaten als in de vorm van een doen worden beschreven: de automobilist heeft nagelaten te remmen voor een kruising of hij heeft onzorgvuldig gereden. Op zichzelf is dit juist, maar dit geldt alleen voor de eerste categorie van 'nalaten'. Dat zijn in wezen gewone onzorgvuldige daden, waarbij de onzorgvuldigheid als een nalaten kan worden aangemerkt binnen een ruimere daad. Men mag deze karakteristiek van deze categorie daden niet doortrekken naar andere vormen van nalaten.⁴¹ Dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen doen en zuiver nalaten betekent overigens niet zonder meer dat hier een verschil in vereiste mate van schuld aan zou moeten worden verbonden.⁴²

³⁷ Vgl. ten aanzien van gevaarstelling Tjong Tjin Tai, WPNR 6620 (2005) met verdere verwijzingen.

³⁸ Tjong Tjin Tai, p. 165-166.

³⁹ Zie de jurisprudentie bij G. Viney/P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les Conditions de la responsabilité*, 2e dr. 1998, nr. 465-I, A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, 10e dr., Parijs 2005, nr. 550. Evenzo Kortmann 2005, p. 37.

⁴⁰ Van Dam 2006, nr. 1702-3, Smits 2000, Kortmann 2005, met verdere verwijzingen.

⁴¹ Zie de in par. 3 gegeven verwijzingen. Verder Von Bar 2000, nr. 199nt138 waar hij verwijst naar auteurs die geen reden zien om een onderscheid te maken. De auteurs die aangeven dat doen en nalaten uitwisselbaar zijn, doelen op zulke onzorgvuldige daden, niet op zuiver nalaten of op de tweede categorie (specifieke plichten). Zie bv. Hart/Honoré, *Causation in the law*, 2^e dr., Oxford 1985, p. 139, aangevend dat het soms beter is te spreken van omissies: Lunny/Oliphant, *Tort Law*, 2^e dr. Oxford UP 2003, p. 426, Cane, *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, 6^e dr., Londen 1999, p. 60.

⁴² Ik schaar mij op dit punt achter Giesen 2004, p. 25 en 2005, p. 73-74, wiens betoog daartoe strekt, ook Kortmann, p. 27-28.

Tegen dit onderscheid tussen soorten nalaten is een voorbeeld ingebracht door Mazeaud/Tunc.⁴³ Een automobilist rijdt een gewonde voorbij zonder te remmen, en vervolgens rijdt hij een overstekende voetganger aan doordat hij niet remt. In beide gevallen heeft hij nagelaten te remmen. Waarom zouden we in het eerste geval het niet-remmen beschouwen als losstaand van het rijden, en in het tweede geval het niet-remmen als element van het onzorgvuldig rijden opvatten? De reden is dat het in het eerste geval gaat het om een ‘niet stoppen om te helpen’, d.w.z. een niet-helpen, in het tweede geval gaat het om een aanrijden, een onzorgvuldig rijden. De oorzaak van de schade (verwondingen) is in het tweede geval het rijden zelf, in het eerste geval daarentegen staat het niet-remmen en het rijden geheel los van het ontstaan van de schade (de verwondingen). Men mag niet abstraheren van de omringende daden, omdat dan juist het onderscheidende element wordt weggeredeneerd, namelijk de primaire oorzaak van de schade (een voorafgaand doen van de laedens of een externe oorzaak).

5. De te verwachten kennis

Voor de relevante kennis wordt doorgaans een objectieve maatstaf aangelegd: men moet handelen als een normaal burger zou doen, met een subjectivering ‘naar boven’ voorzover er sprake is van betere kennis of vaardigheden dan gemiddeld.⁴⁴

Voor zuiver nalaten ligt dit evenwel anders.⁴⁵ Van Dam geeft aan dat er bij gevallen van zuiver nalaten meestal een uitsluitend subjectieve norm wordt aangelegd, ook wanneer dit vanwege geringere kennis van de laedens leidt tot een lichtere maatstaf.⁴⁶ In de Franse literatuur wordt daarentegen aangegeven dat het erom gaat of een normaal diligent mens zou hebben gehandeld in de gegeven omstandigheden.⁴⁷ Men neemt kennelijk aan dat er één norm voor alle soorten van nalaten geldt. Voorzover deze norm verwijst naar een objectieve maatstaf, is dat

⁴³ Mazeaud/Tunc, *Traité Theorique et Pratique de la Responsabilité Civile* (6^e dr. 1965), nr. 525, zie ook Kortmann 2005, p. 6-7.

⁴⁴ C.H Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, diss. Groningen 2000, p. 88-94, Van Dam 2000, nrs. 908-916, Tjong Tjin Tai, p. 147-149. Uitvoerig: Jansen 2007, ook Jansen, *RMThemis* 2006, p. 54-63.

⁴⁵ Voor Nederland zie HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (Struikelende broodbezorger).

⁴⁶ Van Dam 2006, nr. 808-2, 811-1.

⁴⁷ Mazeaud/Tunc, nr. 540, G. Viney/P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les Conditions de la responsabilité*, 2e dr. 1998, nr. 463-472, A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, 10e dr., Parijs 2005, nr. 550. Evenzo Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3^e dr., Parijs 1982, nr. 659. Ook Jansen 2007, p. 224-225.

onjuist.⁴⁸ Het gaat bij zuiver nalaten erom of het individu had moeten handelen, en een vereiste daarvoor is dat hij *kon* handelen. Een normaal mens in Nederland kan zwemmen, en men mag wellicht veronderstellen dat een normaal mens een drenkeling zal proberen te redden.⁴⁹ Men kan evenwel niet verwachten dat een passant die toevallig niet kan zwemmen (te meer als het een kind of een invalide betreft) toch in de gracht springt. Daar wordt de drenkeling immers niet beter van, integendeel: een volgende passant heeft dan twee drenkelingen te redden.

Evenzo kan men niet aannemen dat er een plicht tot handelen bestaat die gebaseerd is op normale kennis, als het individu die kennis toevallig niet bezit.⁵⁰ Als het om kennis gaat die een vaardigheid impliceert (bijvoorbeeld het uitvoeren van de heimlich-maneuvre of van hartmassage) is het bepaald onwenselijk dat er ook op ondeskundigen een plicht tot handelen zou rusten: een ondeskundige kan beter niet handelen dan wel. Als het gaat om kennis die wetenschap van het gevaar impliceert (zoals het weten dat iemand op drijfzand afloopt) is het zinloos om een plicht tot waarschuwing op te leggen. Het individu kan immers in geen geval uitvoering geven aan een plicht tot waarschuwen als hij niet daadwerkelijk weet dat er iets is om voor te waarschuwen. Omdat het hier gaat om een zuivere foutaansprakelijkheid, zal er noodzakelijkerwijs een subjectieve maatstaf moeten worden aangelegd. De reden dat in de Franse literatuur een objectieve norm wordt voorgesteld komt mogelijk daaruit voort dat in de aldaar genoemde jurisprudentie slechts normale mensen aan de orde waren, of dat het niet om zuiver nalaten ging.⁵¹ Zo betreft het arrest Cour. Cass. Civ. 2^e 6 oktober 1960, D. 1960, p. 721 een nalaten van de aannemer om passanten te waarschuwen voor de door hemzelf gegraven greppel. Waar het kinderen betreft wordt door de Cour de Cassation kennelijk rekening gehouden met hun geringere

⁴⁸ Tjong Tjin Tai, p. 161-162. Ik heb daar betoogd dat er bij gebrek aan wetenschap zelfs geen *daad* is. Hier gaat het in bredere zin om kennis en vaardigheden: bij gebrek aan vaardigheden kan men wellicht spreken over een nalaten, maar ontbreekt de verplichting tot een doen.

⁴⁹ Overigens lijkt het erop dat juristen en filosofen onderschatten hoe moeilijk het is om daadwerkelijk een drenkeling te redden.

⁵⁰ Van Dam 1995, p. 43 verwijst naar de opvatting van de Nederlandse wetgever (PG Bk. 6, p. 1359) zoals neergelegd in art. 6:165 lid 1 en 169 lid 1 BW: de ouders zijn niet aansprakelijk als hun peuter in de kinderwagen nalaat een derde te waarschuwen voor een gevaar.

⁵¹ Zie Bénabent, nr. 550, Viney/Jourdain, nr. 456-I. Ook Kortmann 2005, p. 37, verwijzend naar rechtspraak waar aansprakelijkheid wordt afgewezen bij ontbreken van bekendheid met het gevaar of mogelijkheid om in te grijpen.

vermogens: het is geen fout dat kinderen nalaten in te grijpen als zij een ander kind een hooiberg in brand zien steken.⁵²

Ook hier ziet men dat het zinvol is te onderscheiden tussen doen en laten. Bij de eerste categorie ‘nalaten’ gaat het in wezen om een doen. Van iemand die een activiteit onderneemt mogen we verwachten dat hij in staat is die activiteit zorgvuldig uit te voeren, of anders daar van af ziet. Daar is een objectieve toets van zijn kennis en vaardigheden op zijn plaats. De te ondernemen activiteit is dan immers de potentiële oorzaak van schade. Dat hij vervolgens op het concrete moment niet in staat is correct te handelen, komt voor zijn rekening: *culpa in causa*, zeggen de strafrechtjuristen. Dat een automobilist wegens dronkenschap feitelijk niet in staat was om tijdig te remmen, is daarom toch verwijtbaar: de eerdere dronkenschap is verwijtbaar. Bij een zuiver nalaten daarentegen is de oorzaak van de schade buiten het individu om gelegen, en gaat het er alleen om of hij kon helpen om de schade kon voorkomen doch dat ten onrechte heeft nagelaten. Als hij evenwel niet daadwerkelijk de vaardigheden of de kennis bezat die voor het voorkomen nodig waren, *kon* hij daadwerkelijk niets doen en staat zijn nalaten niet in causaal verband met het ontstaan van de schade. Er is geen *culpa in causa*. Er is geen plicht om voortdurend in staat te zijn te helpen.⁵³

Zo men wil, zou men een objectieve maatstaf kunnen aanleggen en de aansprakelijkheid via de weg van causaliteit kunnen afwijzen. Deze juridische systematiek komt mij evenwel onwenselijk voor, omdat dit tot gevolg heeft dat men moet constateren dat kinderen en invaliden mogelijk op grote schaal onrechtmatig handelen, ook al zou ieder normaal mens oordelen dat zij niets fout doen. Zuiverder is het om te oordelen dat er geen verplichting tot een doen is geschonden. Om dezelfde reden acht ik het ongewenst om de afwezigheid van een daadwerkelijke mogelijkheid om te handelen te construeren als een rechtvaardigingsgrond voor het nalaten.

Voor de tweede categorie gevallen is nog niet uitgemaakt welke toets moet worden aangelegd. Gelet op de grondslag van de aansprakelijkheid, dat er een verder gelegen reden is (namelijk de zeggenschap, de band met het object), ligt het voor de hand om ook hier een vorm van *culpa in causa* aan te nemen die gepaard gaat met een

⁵² *Cour de Cassation* Civ. 2°, 17 februari 1982, *Gaz.Pal.* 1982.2, p. 554 en Civ. 2°, 19 april 1985, *Gaz.Pal.* 1986.1, somm., p. 252, zie ook Viney/Jourdain, nr. 456-I.

⁵³ Zo zal het een dronkene niet worden verweten dat hij niet in het water is gesprongen om een drenkeling te redden als hij daar te dronken voor is: hij hoeft zich niet met het oog op eventuele noodsituaties voortdurend nuchter te houden. Een automobilist dient echter wel nuchter te zijn wanneer hij gaat autorijden.

objectieve toets. Men kan dit ook anders beredenen: het ‘behoren te weten’ duidt erop dat de laedens, indien hij feitelijk niet weet wat hij behoort te weten, reeds daarin te kort is geschoten dat hij heeft nagelaten zich de benodigde kennis te verschaffen (door zich voor te bereiden op zijn positie, of door controles uit te voeren van het object waar hij verantwoordelijk voor is). Men kan de objectieve toets zo converteren in een eerdere fout. In het Nederlandse recht gaat het hierbij voornamelijk om risico-aansprakelijkheden zodat er in de praktijk meestal geen toets van de kennis van de laedens hoeft plaats te vinden.

Deze aanpak gaat niet op voor de derde categorie, het zuiver nalaten: er is dan immers geen antecedente verantwoordelijkheid voor een object, en het is niet aanvaard dat er een algemene plicht op burgers rust om zich tot het gemiddelde kennisniveau op te werken. Een dergelijke plicht kan ook niet aanvaard worden omdat dit voor veel mensen feitelijk niet mogelijk zal zijn door ontoereikende vermogens.⁵⁴

6. Een toepassing van de categorisering

Men kan met de hier verdedigde categorisering de problemen rond de aansprakelijkheid van toezichthouders gedeeltelijk verklaren.⁵⁵ Een toezichthouder die een gebrek aan toezicht wordt verweten valt niet in de eerste categorie; zijn daad is niet de primaire causale factor. Veeleer lijkt het te gaan om zuiver nalaten: hij had kunnen helpen om het ontstaan van schade te voorkomen. Nochtans heeft de positie van de toezichthouder enige verwantschap met de gevallen in de tweede categorie: het gaat om een zekere zorg voor een bepaald domein. In zoverre lijkt aansprakelijkheid analoog aan die andere gevallen te kunnen worden bepaald. Een verschil met alle soorten gevallen in de tweede categorie is evenwel dat het ontbreekt aan (primaire) zeggenschap. De wegbeheerder, de ouders, de bezitters van dieren en opstallen: zij allen oefenen de primaire zeggenschap over het object van hun zorg uit. Zij kunnen ervoor kiezen een indringende of juist een afhoudende controle op het object uit te

⁵⁴ Men bedenke dat bij een statistisch normale verdeling van vaardigheden en kennis de helft van de bevolking onder het gemiddelde ligt.

⁵⁵ Zie diepgaand: Giesen 2005, A.A. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*, Preadvies NJV 2005, C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders*, British Institute of International and Comparative Law, Londen 2006, te downloaden op <http://www.wodc.nl/onderzoeksdata/e/aansprakelijkheid-van-toezichthouders-met-publieke-taken.aspx>. Voorts recentelijk G.E. van Maanen, ‘Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht’, *RMThemis* 2007, p. 127-140, R.J. Dijkstra en L.T. Visscher, ‘Een pleidooi voor beperkte aansprakelijkheid van financieel toezichthouders voor falend toezicht’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2007, p. 140-147.

oefenen. Daarentegen heeft een toezichthouder weliswaar een bevoegdheid tot ingrijpen, maar deze bevoegdheid kent grenzen. Het is een ander die de primaire zeggenschap heeft. De toezichthouder is aansprakelijk indien hij te vroeg ingrijpt op het terrein waar de ander zeggenschap heeft.⁵⁶ Daarentegen is de bezitter van een dier niet aansprakelijk indien hij zijn dier muilkorft of aanlijnt in gevallen waar dit eigenlijk niet echt nodig is. Men mag meer zorg tonen dan strikt genomen nodig is, dat is maatschappelijk gezien zelfs wenselijk.⁵⁷ De primaire rechtvaardiging voor het aannemen van een aansprakelijkheid van nalaten bij de tweede categorie ontbreekt bij de toezichthouder.

Men zou kunnen denken dat de aansprakelijkheid dan kan worden opgevat als een kwestie van zuiver nalaten. Zoals hierboven is aangegeven wordt doorgaans echter niet snel aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten aangenomen. Daar staat tegenover dat de omstandigheid, dat de toezichthouder een specifieke taak tot toezicht opgedragen heeft gekregen en ook bevoegdheden daartoe bezit, reden kan zijn een lagere drempel aan te leggen. Men kan de vergelijking trekken met een arts, die wordt geacht eerder dan anderen hulpbehoevende zieken te helpen. De zorgplicht concentreert zich dan niet op een concreet object maar veeleer op een bepaald domein van het maatschappelijk leven, zoals een beroepsgroep geacht mag worden zich een bepaald gebied als de rechtspleging of de gezondheid aan te trekken.⁵⁸ Zo'n grondslag biedt evenwel geen directe aansluiting bij andere, traditionele vormen van aansprakelijkheid uit nalaten.

De toezichthouder bevindt zich dus in een bijzondere positie die niet correct kan worden geanalyseerd door het lijnrecht toepassen van andere vormen van aansprakelijkheid.⁵⁹ Hoe die analyse zou moeten plaatsvinden, gaat het kader van dit artikel te buiten.

7. Conclusie

⁵⁶ De Hoge Raad heeft dit in de Vie d'Or zaak aangeduid als het toezichthoudersdilemma (HR 13 oktober 2006, C04/279HR, LJN AW2077, rov. 4.3.3).

⁵⁷ Rechtseconomisch wordt dit wel ongewenst geacht omdat dan niet-verplichte daden worden verricht, wat het maatschappelijk nut zou verminderen: H.O. Kerkmeester en L.T. Visscher, WPNR 6378 (1999), p. 840; Dijkstra en Visscher, a.w., p. 144, sprekend over excessieve zorg en overpreventie.

⁵⁸ Hierover Tjong Tjin Tai, p. 175, 215-217.

⁵⁹ De penibele positie wordt nog versterkt door het gegeven dat er, anders dan bij gewone zorgplichten, géén voorggegeven praktijk is die richting geeft aan de te betonen zorg, waardoor deze open norm de toezichthouder niet helpt op de juiste wijze te handelen (vgl. Tjong Tjin Tai, *Ars Aequi* 2007, p. 705, en vanuit rechtseconomisch perspectief Dijkstra en Visscher, p. 144).

In dit artikel heb ik ten aanzien van de aansprakelijkheid voor nalaten een poging gedaan tot ontwikkeling van een dogmatiek die de landsgrenzen overstijgt. Het interessante is vooral de vraag waar de grens tussen de tweede en de derde categorie van nalaten ligt, en welke criteria moeten worden aangelegd bij de tweede categorie. Na alle werkzaamheden die op dit gebied hebben geleid tot in Europa gemeenschappelijk te aanvaarden *Principles*,⁶⁰ zou de tijd wellicht rijp zijn voor een grensoverschrijdende dogmatiek.⁶¹

⁶⁰ Zie met name de *Principles of European Tort Law*.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld N. Jansen, 'Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht', ZEuP 2005, p. 749-783.