

Gst. 2017/187

Hoge Raad (Civiele kamer) 2 juni 2017, nr. 16/02223
(Mrs. E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek en M.J. Kroeze)
m.nt. T. Barkhuysen & P.M.J.J. Swagemakers¹

(Art. 6:162 BW)

JAR 2017/171
NJB 2017/1286
NJ 2017/372
RvdW 2017/628
RAV 2017/87
O&A 2017/77
ECLI:NL:HR:2017:987

Toezichthoudersaansprakelijkheid: Heeft de toezicht-houder in redelijkheid tot zijn beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot zijn optreden in een concreet geval kunnen komen, gegeven een ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid, het aan de orde zijnde risico en de hem bekende omstandigheden?

Bij de beoordeling of van onrechtmatigheid sprake is, moet rekening worden gehouden met de beleids- en beoordelingsvrijheid. Deze brengt een terughoudende toetsing door de rechter mee. In beginsel staat slechts ter beoordeling of de Arbeidsinspectie in redelijkheid tot haar beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen, gegeven het aan de orde zijnde risico en de haar bekende omstandigheden.

Van onrechtmatig handelen wegens onvoldoende toezicht door de Arbeidsinspectie kan met name sprake zijn indien de schade van de werknemer in een concreet geval voor de Arbeidsinspectie voorzienbaar was en haar in redelijkheid had moeten nopen tot het nemen van maatregelen waarmee de overtreding die heeft geleid tot die schade, zou zijn voorkomen. Aansprakelijkheid op deze grond kan in het bijzonder bestaan als er voldoende ernstige en concrete aanwijzingen voor de Arbeidsinspectie bestonden om (de mogelijkheid van) de overtreding van de betrokken regel en het daaruit voortvloeiende risico op schade aan te nemen, en dat risico en die schade ook naar aard en omvang voldoende ernstig waren. Het niet plaatsvinden van toezicht of controle in gevallen waarin geen concrete aanwijzingen bestaan voor mogelijke overtredingen, kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot aansprakelijkheid leiden.

Het oordeel van het hof komt erop neer dat eiser, tegenover de betwisting door de Staat, onvoldoende concrete feiten heeft gesteld om te kunnen aannemen dat de Arbeidsinspectie is tekortgeschoten bij het toezicht en daarom onrechtmatig jegens eiser heeft gehandeld. Het oordeel van het hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft dit oordeel voldoende

de gemotiveerd en dit oordeel is, in het licht van die overwegingen en de stukken van het geding, niet onbegrijpelijk. Op een en ander stuiten de klachten van de onderdelen af. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Partijen worden hierna aangeduid als [eiser] en de Staat.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken: (a) de vonnissen in de zaak C/09/453867/HA ZA 13-1231 van de rechtbank Den Haag van 9 april 2014 en 5 november 2014 (ECLI:NL:RBDHA:2014:13593); en (b) het arrest in de zaak 200.161.607/01 van het gerechtshof Den Haag van 12 januari 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:25, TB/PS).

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor [eiser] mede door mr. M.B.F. Canisius. De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot verwerping van het cassatieberoep. De advocaat van [eiser] heeft bij brief van 10 maart 2017 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) [eiser] – die geboren is in 1955 – is van 1977 tot 14 december 2011 in loondienst geweest bij Zalco B.V. te Vlissingen (hierna: Zalco), respectievelijk de rechtsvoorgangers van Zalco.
- (ii) In 2009 is bij [eiser] de diagnose maligne mesotheliom epitheliaal type (longvlieskanker) gesteld.
- (iii) [eiser] heeft Zalco in 2009 aansprakelijk gesteld voor de blootstelling aan asbest. Zalco heeft aansprakelijkheid jegens [eiser] erkend en de door het Instituut Asbestslachtoffers (IAS) gehanteerde normbedragen bij wijze van schadevergoeding aan [eiser] betaald. Deze schadevergoeding bestond uit een vergoeding voor immateriële schade van € 51.395 en uit een voorschot op materiële schade van tweemaal een bedrag van € 2.858.
- (iv) Nadat bij [eiser] de diagnose mesotheliom was gesteld, is hij arbeidsongeschikt geraakt. Zalco heeft het gebruikelijke salaris aan [eiser] uitbetaald tot november 2011. In december 2011 is Zalco failliet gegaan. In verband daarmee is [eiser] op 14 december 2011 ontslagen. Met ingang van december 2011 is aan [eiser] een WIA-uitkering toegekend.
- (v) Bij brief van 20 februari 2013 heeft [eiser] de Staat aansprakelijk gesteld voor de schade die hij ten gevolge van de asbestziekte lijdt en heeft geleden. De Staat heeft bij

¹ Prof. mr. Tom Barkhuysen & mr. Pieter Swagemakers zijn advocaten bij Stibbe te Amsterdam. Tom Barkhuysen is tevens hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

brief van 26 maart 2013 aansprakelijkheid jegens [eiser] afgewezen.

3.2.1 [eiser] vordert in dit geding, voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld, alsmede schadevergoeding op te maken bij staat. Aan deze vordering heeft hij in eerste aanleg ten grondslag gelegd dat de Staat in de periode van 1977 tot begin jaren negentig van de vorige eeuw onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld doordat de Staat zijn verplichtingen, gericht op het beschermen van de gezondheid van [eiser] in zijn arbeidssituatie, onvoldoende is nagekomen, waardoor hij aan asbest is blootgesteld. Meer in het bijzonder heeft [eiser] gesteld dat sprake is van schending van de observatieplicht en de waarschuwingplicht door de Staat en van zogeheten regelgevingsfalen en toezichtsfalen (algemeen en concreet).

3.2.2 De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Zij oordeelde dat de vordering is verjaard voor zover deze betrekking heeft op de periode tot 20 februari 1993. Ten aanzien van de periode vanaf 20 februari 1993 tot en met 31 december 1993 is volgens de rechtbank geen sprake geweest van schending door de Staat van een observatie- of waarschuwingplicht noch van regelgevingsfalen of (algemeen of concreet) toezichtsfalen.

3.2.3 [eiser] is in hoger beroep niet opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat de vordering is verjaard voor zover deze betrekking heeft op de periode tot 20 februari 1993. Wel heeft hij de grondslag van zijn vordering vermeerderd met de stelling dat hij tot het einde van de jaren negentig van de vorige eeuw aan asbest is blootgesteld, en dat de door hem aan de Staat gemaakte verwijten mede betrekking hebben op die periode. Deze in hoger beroep aan de orde zijnde periode betrof die van 20 februari 1993 tot het einde van de jaren negentig van de vorige eeuw.

3.2.4 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het heeft de door [eiser] voor de vordering aangevoerde gronden onvoldoende dan wel ongegrond geoordeeld.

3.3 Het hof heeft bij zijn oordeel vooropgesteld dat in hoger beroep alleen de hiervoor in 3.2.3 genoemde periode ter beoordeling staat en dat bij aanvang van die periode reeds regelgeving bestond die voorzag in een asbestverbod, te weten in het Asbestbesluit Arbeidsomstandighedenwet, zoals gewijzigd bij besluit van 19 februari 1993 (*Stb.* 1993, 135), welk verbod in werking is getreden op 1 juli 1993, en op grond van een voorafgaande versie van ditzelfde besluit al beperkingen golden voor het werk met asbest. Op deze grond heeft het hof het beroep van [eiser] op zogenoemd regelgevingsfalen ongegrond geoordeeld (rov. 3.4). Tegen dit oordeel bevat het middel geen klacht.

3.4.1 De onderdelen 2 en 3 – onderdeel 1 bevat geen klacht – keren zich tegen het oordeel van het hof dat ook het door [eiser] gestelde toezichtsfalen niet kan worden aangenomen. Terzake heeft het hof overwogen:

“3.5 [eiser] stelt dat de Staat (meer in het bijzonder de Arbeidsinspectie) als toezichthouder onvoldoende heeft gedaan om algemene controle uit te oefenen met betrekking tot het gebruik van asbesthoudende materia-

len bij Zalco (algemeen toezichtsfalen) en om nog niet bekende overtredingen op te sporen. Voorts stelt hij dat de Arbeidsinspectie heeft nagelaten om controle bij Zalco uit te oefenen terwijl er concrete aanwijzingen waren dat regels niet werden nageleefd (concreet toezichtsfalen).

3.6 Het hof stelt voorop dat de stelplicht en bewijslast ter zake van het gestelde toezichtsfalen ingevolge artikel 150 Rv op [eiser] rusten. Het betoog dat de Staat niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij zijn controlebevoegdheden met betrekking tot het gebruik van asbesthoudende materialen bij Zalco heeft uitgeoefend en dat daarmee vaststaat dat de Staat onvoldoende heeft gedaan om overtredingen op het gebied van asbest op te sporen (...) faalt daarom.

3.7 Voor zover [eiser] bedoelt te stellen (...) dat in de relevante periode blootstelling aan asbest bij Zalco heeft plaatsgevonden en dat daaruit op zichzelf volgt dat de Staat onvoldoende toezicht heeft gehouden, kan die stelling, die neerkomt op een risicoaansprakelijkheid van de Staat, niet worden aanvaard. Ook de stelling van [eiser] dat hij en zijn collega's de Arbeidsinspectie nooit op de werkvloer van Zalco hebben gezien leidt op zichzelf niet tot aansprakelijkheid van de Staat wegens toezichtsfalen. Het enkele feit dat individuele werknemers het toezicht niet hebben waargenomen, betekent niet dat de Arbeidsinspectie zijn toezichthoudende taak niet of niet naar behoren heeft uitgeoefend, waarbij in aanmerking wordt genomen dat voor het toezicht op een aantal vereisten van de regelgeving niet de fysieke aanwezigheid van de Arbeidsinspectie vereist is. Daarenboven geldt ook hier dat aan de Staat een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt bij de handhaving (opsporing) van (asbest)regelgeving.

3.8 [eiser] heeft zijn stelling dat de Staat (in het bijzonder de Arbeidsinspectie) in de relevante periode onvoldoende toezicht heeft gehouden op de naleving van het asbestverbod bij Zalco, ook in hoger beroep niet concreet gemaakt. Weliswaar is (onder meer) gesteld dat:

- Zalco een grote onderneming was waar productieprocessen plaatsvonden die gepaard gingen met hoge temperaturen;
- het daarbij “algemeen gebruikelijk” was dat in het isolatiemateriaal ook asbesthoudende materialen werden gebruikt;
- in het verleden door de rechtsvoorganger van Zalco, Pechiney, gebruik van asbesthoudende materialen is gemaakt;
- Zalco in een industriegebied lag, op geringe afstand van Scheepswerf De Schelde waar in het verleden veel met asbest is gewerkt, maar deze beweringen zijn van zeer algemene aard. Ook gezien in samenhang, volgt daaruit niet dat de Arbeidsinspectie wist of had moeten weten dat Zalco het asbestverbod in de relevante periode overtrad. Gesteld noch gebleken is dat de Arbeidsinspectie in de relevante periode meldingen heeft ontvangen over overtredingen van het asbestverbod bij Zalco.

Gelet op het voorgaande, en voorts gelet op de beleids- en beoordelingsvrijheid die de Staat toekomt bij het houden van toezicht op de naleving van regelgeving, moet de stelling dat de Staat wegens (algemeen of concreet) toezichtsfalen onrechtmatig jegens [eiser] heeft gehandeld, worden verworpen.

3.9 De verwijzing van [eiser] naar jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) doet aan het voorgaande niet af, omdat ook daarmee niet concreet is gemaakt dat in de relevante periode sprake is geweest van toezichtsfalen van de Staat.

3.10 Het hof gaat voorbij aan de verwijzing door [eiser] naar een verklaring van de voormalig directeur-generaal van de Arbeid ir. [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) op 7 november 1997. Uit die verklaring blijkt dat [betrokkene 1] directeur-generaal van de Arbeid was in de periode 1975 tot 1991 en dat hij in mei 1991 werkzaamheden in Kenia is gaan verrichten. De verklaring van [betrokkene 1] heeft derhalve betrekking op de periode vóór 20 februari 1993 en die periode dient in deze procedure buiten beschouwing te blijven.

Hetzelfde geldt voor de geciteerde verklaringen van ir. [betrokkene 2], het districtshoofd van de Arbeidsinspectie Maastricht in de periode van 1984-1991.

Eveneens wordt voorbij gegaan aan de stellingen in (...); ook deze stellingen zien op de periode vóór 20 februari 1993.

3.11 De klacht die in 2010 bij de Arbeidsinspectie ten aanzien van Zalco is gedaan valt eveneens buiten de relevante periode. Overigens is gesteld noch gebleken dat de Arbeidsinspectie niet behoorlijk en zorgvuldig op die klacht heeft gereageerd. Uit de door [eiser] overgelegde stukken (...) volgt dat de Arbeidsinspectie naar aanleiding van de betreffende klacht een inspectie heeft uitgevoerd, een overtreding heeft geconstateerd en Zalco heeft aangesproken.”

3.4.2 Bij de beoordeling van de onderdelen wordt vooropgesteld dat de Arbeidsinspectie (thans de Inspectie SZW), die onderdeel is van de Staat, tot taak heeft – destijds op grond van de toenmalige Arbeidsomstandighedenwet en thans op grond van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 – om toezicht te houden op onder meer de naleving van het hiervoor in 3.3 genoemde verbod op het gebruik van asbest, dat destijds was vervat in het Asbestbesluit Arbeidsomstandighedenwet (aanvankelijk in de vorm van de hiervoor in 3.3 bedoelde beperkingen) en dat thans is opgenomen in het Arbeidsomstandighedenbesluit. Bij de uitvoering van haar taak en het gebruik van de daarbij behorende bevoegdheden komt de Arbeidsinspectie, gelet op de aard van die taak en bevoegdheden, in beginsel een grote mate van beleids- en beoordelingsvrijheid toe.

3.4.3 Het toezicht door de Arbeidsinspectie strekt tot bescherming van (de gezondheid van) werknemers. Het onvoldoende uitoefenen van dat toezicht kan dan ook onder omstandigheden onrechtmatig zijn jegens de werknemer die schade lijdt door de overtreding van regels op de naleving waarvan de Arbeidsinspectie toezicht dient te houden.

Bij de beoordeling of van deze onrechtmatigheid sprake is, moet rekening worden gehouden met de hiervoor in 3.4.2 vermelde beleids- en beoordelingsvrijheid. Deze brengt een terughoudende toetsing door de rechter mee. In beginsel staat slechts ter beoordeling of de Arbeidsinspectie in redelijkheid tot haar beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen, gegeven het aan de orde zijnde risico en de haar bekende omstandigheden.

3.4.4 Van onrechtmatig handelen wegens onvoldoende toezicht door de Arbeidsinspectie kan met name sprake zijn indien de schade van de werknemer in een concreet geval voor de Arbeidsinspectie voorzienbaar was en haar in redelijkheid had moeten nopen tot het nemen van maatregelen waarmee de overtreding die heeft geleid tot die schade, zou zijn voorkomen. Aansprakelijkheid op deze grond kan in het bijzonder bestaan als er voldoende ernstige en concrete aanwijzingen voor de Arbeidsinspectie bestonden om (de mogelijkheid van) de overtreding van de betrokken regel en het daaruit voortvloeiende risico op schade aan te nemen, en dat risico en die schade ook naar aard en omvang voldoende ernstig waren. Het niet plaatsvinden van toezicht of controle in gevallen waarin geen concrete aanwijzingen bestaan voor mogelijke overtredingen, kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot aansprakelijkheid leiden.

3.4.5 De stelplicht en bewijslast met betrekking tot het tekortschieten van het toezicht rusten in beginsel bij de benadeelde; deze zal feiten en omstandigheden moeten aanvoeren waaruit het tekortschieten van het toezicht volgt. De enkele stelling dat sprake is geweest van een overtreding van het hiervoor in 3.4.2 genoemde verbod en dat toezicht of controle die overtreding had kunnen verhinderen, volstaat dan ook niet. Anders dan onderdeel 3 betoogt, bestaat voorts geen grond om als regel op de Staat een verzwaarde motiveringsplicht te leggen met betrekking tot het door hem uitgevoerde toezicht. De mate waarin de Staat zijn verweer tegen het gestelde toezichtsfalen dient te motiveren, hangt af van de omstandigheden van het geval en van hetgeen de benadeelde omtrent het tekortschieten van het toezicht heeft gesteld.

3.4.6 Het hiervoor in 3.4.1 weergegeven oordeel van het hof komt erop neer dat [eiser], tegenover de betwisting door de Staat, onvoldoende concrete feiten heeft gesteld om te kunnen aannemen dat de Arbeidsinspectie overeenkomstig het hiervoor in 3.4.4 overwogene is tekortgeschoten bij het toezicht en daarom onrechtmatig jegens [eiser] heeft gehandeld. In dit verband wijst het hof met name erop (in rov. 3.8) dat uit het door [eiser] aangevoerde niet volgt dat de Arbeidsinspectie wist of had moeten weten dat Zalco het asbestverbod in de relevante periode overtrad dan wel dat zij daarvoor aanwijzingen had. Zijn verwerping (eveneens in rov. 3.8) van de stelling van [eiser] dat sprake is van algemeen toezichtsfalen van de Arbeidsinspectie, valt aldus te verstaan dat [eiser] onvoldoende heeft aangevoerd ter weerlegging van de stelling van de Staat dat de Arbeidsinspectie van meet af aan het asbestverbod daadwerkelijk heeft gehandhaafd.

3.4.7 Het oordeel van het hof geeft in het licht van het hiervoor in 3.4.2-3.4.6 overwogene geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft dit oordeel, met de hiervoor in 3.4.1 weergegeven overwegingen, voldoende gemotiveerd en dit oordeel is, in het licht van die overwegingen en de stukken van het geding, niet onbegrijpelijk. Op een en ander stuiten de klachten van de onderdelen af.

3.5 Ook de klachten van onderdeel 4 kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep en veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 856,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Naschrift

1. Met A-G Hartlief (zie ECLI:NL:PHR:2017:169 onder 3.3) stellen wij vast dat dit de eerste aansprakelijkstelling van de Staat is door een asbestslachtoffer. Het asbestslachtoffer in kwestie (hierna: eiser) is van 1977 tot en met 2011 in loondienst geweest bij (de rechtsvoorgangers van) Zalco B.V. In 2009 is bij eiser longvlieskanker gediagnosticeerd. Zalco B.V. heeft aansprakelijkheid jegens eiser erkend wegens blootstelling aan asbest. Bij brief van 20 februari 2013 heeft eiser de Staat aansprakelijk gesteld. Volgens eiser is de Staat zijn verplichtingen omtrent de bescherming van de gezondheid van eiser in zijn arbeidssituatie onvoldoende nagekomen. Meer in het bijzonder stelt eiser dat de Staat de observatieplicht en waarschuwingplicht geschonden heeft en dat sprake is van regelgevingsfalen en toezichtsfalen van de Arbeidsinspectie. In de eerste twee instanties worden de vorderingen van eiser afgewezen (zie respectievelijk Rb. Den Haag 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593 en Gerechtshof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:25). Enerzijds omdat deze vorderingen voor een aanzienlijk deel zijn verjaard, en anderzijds omdat eiser – voor het niet-verjaarde deel en waar het klachten omtrent (algemeen en concreet) toezichtsfalen betreft – onvoldoende heeft gesteld en bewezen. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep en overweegt dat eiser *“onvoldoende concrete feiten heeft gesteld om te kunnen aannemen dat de Arbeidsinspectie (...) is tekortgeschoten bij het toezicht en daarom onrechtmatig jegens [eiser] heeft gehandeld”*.

2. Over toezichthoudersaansprakelijkheid valt veel te schrijven. Deze bijdrage leent zich echter niet voor een uitgebreide bespreking van alle merites. Bovendien zou dat dubbel werk zijn, nu Bolt en Ceulen in dit blad reeds uitgebreid dit onderwerp hebben belicht ('Aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder', *Gst.* 2016/4, Aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder).

3. De vraag of een toezichthouder aansprakelijk is voor het falen van haar toezicht, begint met de vraag wie of wat de toezichthouder is. Ingevolge art. 5:11 Awb is een toezichthouder *“een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift”*. Met de term 'toezichthouder' wordt doorgaans niet de personen bedoeld die belast zijn met het houden van toezicht, maar het bestuursorgaan waar die personen werkzaam zijn. Bij falend toezicht, is niet automatisch dit bestuursorgaan aansprakelijk. Soms wel, in de gevallen waarin bestuursorgaan en rechtspersoon dezelfde entiteit zijn (denk aan De Nederlandsche Bank die als N.V. eigen rechtspersoonlijkheid heeft). In andere gevallen kan sprake zijn van diverse entiteiten. Bijvoorbeeld een gemeentelijke toezichthouder die namens het college van burgemeester en wethouders toezicht houdt. Bij toezichtsfalen zal de publiekrechtelijke rechtspersoon de gemeente (mogelijk) aansprakelijk zijn. Ten behoeve van de leesbaarheid hebben wij het hierna simpelweg over de toezichthouder die al dan niet aansprakelijk is.

4. Verder is het belangrijk een onderscheid te maken tussen de verhouding waarin de toezichthouder als aangesprokene staat tot de eiser. Een toezichthouder kan aansprakelijk zijn voor schade toegebracht aan eiser, omdat de toezichthouder maatregelen heeft genomen die eiser direct troffen en naderhand niet juist blijken. Eiser staat in een directe verhouding tot de toezichthouder die de schade heeft toegebracht. Deze situatie moet men onderscheiden van de situatie die hier centraal staat. Eiser heeft namelijk longvlieskanker opgelopen wegens zijn dienstbetrekking bij Zalco B.V., waar hij met asbesthoudende materialen werd geconfronteerd. De toezichthouder staat zo bezien, als aangesprokene, in een indirecte verhouding tot eiser. Dit wordt ook wel aangeduid als toezichtsfalen en daarop richten wij ons in deze bijdrage. Dit toezichtsfalen kan men opdelen in een algemene variant en een concrete variant. Van algemeen toezichtsfalen is sprake als de toezichthouder haar taak verwaarloost om algemeen preventief toezicht uit te oefenen. Van concreet toezichtsfalen wordt gesproken als de toezichthouder concrete aanwijzingen negeert voor niet-naleving van regelgeving.

5. In dit arrest vermeldt de Hoge Raad bondig de toepasselijke norm voor aansprakelijkheid wegens falend toezicht (zie r.o. 3.4.3): indachtig de grote beleids- en beoordelingsvrijheid die toezichthouders toekomen en gegeven het risico in kwestie en de bij de toezichthouder bekende omstandigheden, is het de vraag of de toezichthouder in redelijkheid tot het beleid met betrekking tot controle en toezicht heeft kunnen komen (bij algemeen toezichtsfalen), of tot het optreden in kwestie heeft kunnen komen (bij concreet toezichtsfalen). Rechters dienen ter zake marginaal te toetsen, met inachtneming van alle belangen, de omstandigheden van toen en de kennis van toen. Het gaat er dus niet om of achteraf oordelend een andere beslissing beter zou zijn geweest (vgl. o.a. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077 (*Vie d'Or*) en HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349 (*AFM-DSB*)). De manier waar-

op de rechter toetst en met welke intensiteit, is anders bij de beoordeling van mogelijke algemene toezichthoudersaansprakelijkheid dan bij de toetsing daarvan voor concrete toezichthoudersaansprakelijkheid.

6. De beleids- en beoordelingsvrijheid bij algemeen toezichtsfalen is groter dan bij concreet toezichtsfalen. Indien de toezichthouder geen toezicht of controle heeft gehouden bij het ontbreken van (concrete) aanwijzingen voor mogelijke overtredingen, leidt dit – zo overweegt de Hoge Raad in casu – slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden tot aansprakelijkheid. Bolt en Ceulen geven in hun bijdrage aan dat er voor deze aansprakelijkheid alleen ruimte is wanneer een toezichthouder binnen de beleidsvrijheid in redelijkheid niet tot de gemaakte (toezicht- en handhavings) keuzes heeft kunnen komen, of het vastgestelde beleid niet consequent en zorgvuldig heeft toegepast. Een toezichthouder kan nu eenmaal niet op alles en iedereen tegelijkertijd letten. Toezichthouders hebben geen oneindige financiële middelen en evenmin een onbeperkte capaciteit tot hun beschikking; het is een algemeen aanvaard uitgangspunt dat toezichthouders prioriteren en keuzes maken (zie bijv. ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2247).

7. Het voorgaande ligt anders bij concreet toezichtsfalen. De beleids- en beoordelingsvrijheid hierbij is namelijk aanzienlijk beperkter dan bij algemeen toezichtsfalen. Theoretisch bezien is een toezichthouder bij concreet toezichtsfalen sneller aansprakelijk dan bij algemeen toezichtsfalen. De toezichthouder kan, zo overweegt de Hoge Raad, aansprakelijk zijn voor concreet toezichtsfalen, indien de schade van de werknemer in een concrete situatie voor de toezichthouder voorzienbaar was en in redelijkheid had moeten nopen tot het nemen van maatregelen waarmee de schadeveroorzakende overtreding zou zijn voorkomen. In het bijzonder kan een toezichthouder aansprakelijk zijn, indien er voldoende ernstige en concrete aanwijzingen bestaan om (de mogelijkheid van) de overtreding aan te nemen en om het risico op daaruit voortvloeiende schade aan te nemen. Bovendien moet de schade en het risico daarop voldoende ernstig zijn naar aard en omvang. Kortom, de beoordeling van de aansprakelijkheid voor het niet (adequaat) ingrijpen in een concrete situatie geschiedt aan de hand van de volgende criteria: (a) de aanwijzingen dat er sprake is van een overtreding moeten voldoende ernstig en concreet zijn; (b) er moet een voldoende ernstig (naar aard en omvang) risico op schade bestaan; en (c) die schade moet eveneens voldoende ernstig (naar aard en omvang) zijn.

8. Vaak wordt het leerstuk van toezichthoudersaansprakelijkheid in verband gebracht met de *Kelderluik*-criteria: (a) de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht; (b) de omvang van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan; (c) de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben; en (d) hoe bezwaarlijk het is/was veiligheidsmaatregelen te nemen. De criteria die de Hoge Raad formuleert, komen niet helemaal overeen met de *Kelderluik*-criteria. Dat is op zich ook niet verwonderlijk, nu de *Kelderluik*-criteria zijn ontwikkeld voor gevaarzettingsituaties (X valt in een kelderluik dat Y heeft laten openstaan

zonder voldoende maatregelen te nemen), waar toezichthoudersaansprakelijkheid ziet op een nalaten in een indirecte verhouding (X leidt schade door toedoen van Y, welke schade mogelijk had kunnen en wellicht had moeten worden voorkomen door goed toezicht door Z op Y). (Zie bijv. M.W. Scheltema, *GS Onrechtmatige Daad*, V.1.13.5 (nalaten).) Toch vertonen de criteria die de Hoge Raad hier formuleert enige overeenkomsten met de *Kelderluik*-criteria. Denk aan de vraag welk handelen men mag verwachten van een toezichthouder in verhouding tot de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen (T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders', *Bb* 2011/11). De bijzondere eigenschappen van het leerstuk in kwestie, verhinderen in onze optiek echter een-op-een toepassing van de *Kelderluik*-criteria, waardoor de voorwaarden die de Hoge Raad formuleert uitkomst bieden:

- Volledig toezicht houden is niet mogelijk. Toezichthouders beschikken zoals hiervoor al aangegeven niet over onbeperkte middelen en mankracht. Al zou 100% toezicht in praktische zin mogelijk zijn, dan heeft dit een onaanvaardbare impact op de burgers en hun fundamentele rechten.
- Soms is het opportuun om niet in te grijpen. Weliswaar geldt in sommige gevallen de beginselplicht tot handhaving (ABRvS 30 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP4683), maar deze geldt niet onverkort. Zo geldt de beginselplicht niet bij punitieve sancties en is het in de financieelrechtelijke literatuur geen uitgemaakte zaak dat deze plicht ook geldt voor het financiële recht (P. Laaper, 'Handhaving bij uitbesteding in het VK en Nederland', *TvFR* 2017, nr. 7/8, p. 343). Geldt de beginselplicht wel, dan nog kunnen concreet zicht op legalisatie of bijzondere omstandigheden ertoe nopen dat een toezichthouder niet handhavend optreedt.
- Als wel wordt ingegrepen, is succes nog niet verzekerd. Bij handhavend optreden is de daadwerkelijke effectivering van een last onder dwangsom of bestuursdwang bijvoorbeeld nog niet gegeven. Tot slot biedt handhaving volgens het boekje nog geen verzekering dat geen schade zal optreden.

9. Uit de hiervoor opgenomen uitspraak blijkt dat eiser diverse stellingen heeft aangevoerd waarmee is getracht de (algemene en concrete) aansprakelijkheid van de toezichthouder aan te tonen wegens falend toezicht. Al deze stellingen mochten echter niet baten. Zo stelt eiser allereerst dat hij in de relevante periode is blootgesteld geweest aan asbest en dat daaruit volgt op zichzelf dat de toezichthouder onvoldoende toezicht heeft gehouden. De Hoge Raad volgt dit standpunt niet, dit zou neerkomen op het aannemen van risicoaansprakelijkheid voor de toezichthouder. Een andere stelling is dat eiser en collega's de Arbeidsinspectie nooit op de werkvloer hebben gezien. Dit betoog volgt de Hoge Raad evenmin. Dat de werknemers van Zalco B.V. het toezicht niet hebben waargenomen, betekent niet dat dit niet heeft plaatsgevonden. Daarbij komt dat het toezicht op een aantal vereisten van de relevante regelgeving niet de fysieke aanwezigheid vereist(te) van de toezichthouder. Tot slot heeft eiser nog vijf feitelijke stellingen aangevoerd, waar-

van A-G Hartlief ook aangeeft onder 3.22 en 3.23 van zijn conclusie dat deze hooguit strekken ter onderbouwing van een toezichtsverplichting en niet ter onderbouwing van een schending daarvan.

10. Het bestreden oordeel van het hof berust in hoofdlijnen op de volgende overwegingen: (a) de toezichthouder had geen kennis over de overtreding van het asbestverbod bij Zalco B.V.; (b) de Arbeidsinspectie heeft in de relevante periode geen meldingen ontvangen over overtreding bij Zalco B.V. van het asbestverbod; (c) de stellingen over (de kenmerken van de onderneming van) Zalco B.V. zijn zeer algemeen; en (d) de toezichthouder heeft bij het houden van toezicht een grote beleids- en beoordelingsvrijheid. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep tegen de uitspraak van het hof, nu eiser onvoldoende concrete feiten heeft gesteld om te kunnen aannemen dat de Arbeidsinspectie is tekortgeschoten bij het toezicht. De Arbeidsinspectie heeft niet onrechtmatig jegens eiser gehandeld.

11. Bezie men al met al het arrest van de Hoge Raad, de conclusie van A-G Hartlief en de achterliggende gedachten bij de overwegingen, dan kan men niet anders dan concluderen dat het voor rechtszoekenden niet eenvoudig is een toezichthouder succesvol aansprakelijk te stellen voor falend toezicht. Hoewel dit voor de betrokken rechtszoekende onbevredigend kan zijn, valt dit toch te verklaren gelet op de bijzondere aspecten van deze vorm van overheidsaansprakelijkheid. Voorkomen moet worden dat toezichthouders worden afgerekend op grond van 'hindsight bias'; achteraf is het relatief eenvoudig aan te geven waar de toezichthouder steken heeft laten vallen en is het moeilijk om later beschikbaar gekomen informatie niet mee te wegen in het oordeel over de aansprakelijkheid van de toezichthouder. Bovendien is een relevant kenmerk van deze materie dat de toezichthouder niet de primaire normschender is en slechts een zijdelingse laedens is. In eerste instantie behoort men de primaire normschender (de directe laedens) aan te spreken; de toezichthouder moet geen 'garantiefonds' worden indien het aanspreken van de primaire normschender geen uitkomst biedt. Voor toezichthouders is het goed te beseffen dat aansprakelijkheid, hoewel lastig voor een eiser te bewijzen, niet is uitgesloten. Zie bijvoorbeeld de CWI-zaak (Rb. Rotterdam 26 mei 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR2320, en in hoger beroep: ECLI:NL:GHSGR:2009:BI3409 en ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578). Voor de algemene toezichthoudersaansprakelijkheid geldt dat naarmate activiteiten risicovoller zijn, de toezichthouder intensiever toezicht moet houden. Bovendien geldt voor toezichthouders dat, indien zij toezichtbeleid hebben gesteld, zij zich daaraan moet houden. Doet een toezichthouder dat niet, dan vormt dit – als het misgaat – een indicatie van onrechtmatig handelen. (Zie in dit kader par. 3.1 van T. Barkhuysen en M.L. Diepenhorst, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM', in: *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer 2005.)

T. Barkhuysen & P.M.J.J. Swagemakers

Gst. 2017/188

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
8 februari 2017, nr. 201604091/1/A2

(Mrs. J.A.W. Scholten-Hinloopen, A.W.M. Bijloos en E.A. Minderhoud)

m.nt. H. van Deutekom¹

(Art. 3 lid 3 Wet gemeentelijke schuldhulpverlening)

ECLI:NL:RVS:2017:295

Wet gemeentelijke schuldhulpverlening. Beëindiging. Rol dwangakkoord bij beëindiging schuldhulpverlening. (Groningen)

De Wet gemeentelijke schuldhulpverlening verplicht het college niet de rechtbank te verzoeken om vaststelling van een dwangakkoord als bedoeld in artikel 287a van de Faillissementswet, indien niet alle schuldeisers akkoord gaan met de aangeboden schuldregeling. Het college mocht in redelijkheid afzien van het indienen van een dergelijk verzoek, uitgaande van het aantal weigerende schuldeisers en het percentage van hun vorderingen in de totale schuldenlast van appellant. De stelling van appellant dat de weigerende schuldeisers medewerking aan de aangeboden schuldenregeling, gelet op zijn financiële positie niet mochten weigeren, betreft een inhoudelijke beoordeling van een verzoek om een dwangakkoord. Dit kan in deze procedure niet aan de orde komen. Het college heeft de schuldregeling beëindigd omdat niet alle schuldeisers met de aangeboden regeling akkoord zijn gegaan. Nu die omstandigheid buiten de macht van het college ligt, kan bij die beëindiging geen nadere belangenafweging plaatsvinden. Het college heeft appellant verdere ondersteuning geboden in de vorm van budgetbeheer en hulp bij een traject tot toelating tot de Wet schuldsanering natuurlijke personen. Dat appellant daarvan geen gebruik wil maken, dient voor zijn rekening te blijven en maakt de beëindiging van de schuldhulpverlening niet onevenredig.

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], wonend te Groningen,

tegen de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 23 mei 2016 in zaak nr. 16/255 in het geding tussen:

[appellant]

en

het college van burgemeester en wethouders van Groningen.

Procesverloop

Bij besluit van 19 juni 2015 heeft het college de schuldhulpverlening aan [appellant] beëindigd.

Bij besluit van 13 januari 2016 heeft het college het door [appellant] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

¹ Henk van Deutekom is docent aan de Christelijke Hogeschool Ede, zelfstandig adviseur in het Sociaal Domein en vaste annotator van Rechtspraak Sociale Verzekering.