

ginsel van formele rechtskracht. Juist doordat de overheid niet meer wil instaan voor de juistheid van verleende vergunningen, kan zij de noodzaak van rechtszekerheid niet meer tegenwerpen aan haar burgers.

Blijft over de rechtszekerheid van de overheid zelf. Heeft zij er geen recht op om te weten of de door haar verleende vergunningen als rechtmatig door het leven kunnen? Jawel. Maar als dat het enige overgebleven argument voor de leer van de formele rechtskracht zou worden, zou dat neerkomen op een bijzonder schappelijke verjaringstermijn van zes weken. Dat lijkt me wel erg kort.

5. Slot

Een overheid die bouwvoorschriften uitvaardigt mag zich niet onttrekken aan de verantwoordelijkheid voor hoe zij die zelf toepast. Toch is het geldende recht uiterst mild voor de

overheid, want jegens vergunninghouders kunnen gemeenten zeer vaak een beroep doen op *Schuttersduin* (bouwen voor eigen risico) of op *Kaveka/Apeldoorn* (wie zelf niet in beroep gaat, heeft geen poot om op te staan).

Een reëel risico voor de gemeente schuilt wel in de situaties waarin een vergunning is vernietigd of herroepen op verzoek van een derde en waarin is voldaan aan het relativiteitsvereiste. Een heel belangrijk verweer voor gemeenten is thans het beginsel van formele rechtskracht. Daar zitten bedenkelijke kanten aan. Als het wetsvoorstel verbetering handhaafbaarheid wet zou worden, zou de leer van de formele rechtskracht, althans waar het om ondeugdelijke bouwvergunningen gaat, volstrekt ongeloofwaardig worden. Wie bij de vergunningverlening de rechtszekerheid afschaft, kan er niet als het op aansprakelijkheid aankomt een beroep op doen.

Nr. 50

Serius toezien op bouwen en wonen!

Hoever reikt de civielrechtelijke (mede)aansprakelijkheid van de gemeente in geval van gebrekkig bouw- en woningtoezicht?

door mr. P.C.M. Heinen¹

1. Inleiding

Al in 1984² heeft de Rotterdamse advocaat De Planque tijdens een – wat inhoud betreft – met vandaag vergelijkbare studiedag voor ons bouwrechtverband een interessante voordracht gehouden.³ Hij heeft in het kader van falend bouwtoezicht destijds nog enigszins badinerend gesproken over liefhebbers van tekenfilms die met door de vloer zakkende personen meer vertrouwd zouden zijn dan ambtenaren van bouwtoezicht. Met de instorting van een parkeerdek bij het Van der Valk Hotel in Tiel en

het afbreken van een balkonconstructie in Maastricht hebben we evenwel te maken gehad met de harde realiteit. De werkelijkheid manifesteerde zich nog navranter met de vuurwerk-ramp in Enschede en de cafébrand in Volendam. Gezien onder andere deze gebeurtenissen is de vraag actueel geworden in hoeverre de gemeente, bijvoorbeeld naast de private partijen die in het bouwproces participeren⁴, civielrechtelijk (mede)aansprakelijk kan zijn tegenover derden, niet zijnde de bouwvergunninghouder, ten gevolge van gebreken in de bouw. Kortom, bij mij staan vandaag centraal de eventuele civielrechtelijke consequenties op grond van art. 6:162 BW voor de gemeente jegens een derde,

1. Partner bij De Kempenaer Advocaten te Arnhem.

2. Op 30 september 2004 heb ik over dit onderwerp een inleiding gehouden voor de VBR. Deze bijdrage is een bewerking van die inleiding en is op 8 oktober 2004 afgesloten.

3. Zie J.H.W. de Planque, 'Aansprakelijkheid van de overheid (vergunningen, politiedwang, bouwtoezicht, verzekering)', *BR* 1984, p. 678 (themanummer), over ontwikkelingen op het gebied van verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden in de bouw. Hij vond trouwens onvoldoende toezicht onrechtmatig jegens derden in gevallen waarin een meer intensieve controle was geboden dan feitelijk was uitgeoefend. Terughoudender was eerder C.J. van Zeben, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van het gemeentelijk bouwtoezicht', *BR* 1975, p. 410 e.v. Hij hechtte onder meer betekenis aan de mate van deskundigheid van de gemeente en de (ab)normaliteit van de geplande activiteiten.

4. Opdrachtgever, directievoerder, architect en (onder)aannemer en projectontwikkelaar.

niet-bouwvergunninghouder, waar het gemeentelijk toezicht houden en/of – hoewel daartoe een besluit in werking is getreden – het metterdaad feitelijk handhaven is tekortgeschoten. In principe bestaat in een eventuele (hoofdelijke) aansprakelijkheidsverhouding tussen bouwer en gemeente – anders dan in het Duitse recht – in de onrechtmatige-daadsfeer geen zogeheten ‘primaire aansprakelijkheid’ bij de voor de fout-verantwoordelijke bouwer en louter een mogelijke ‘subsidiare overheidsaansprakelijkheid’. Een dergelijk systeem zou dan meebrengen dat de overheidsaansprakelijkheid uitsluitend – bij wijze van spreken aanvullend – kan worden ingeroepen indien de eerst aansprakelijke, bijvoorbeeld vanwege onvindbaarheid of insolventie, niet (volledig) aansprakelijk gesteld kan worden.⁵ Ik verklap nu alvast dat onze wetgever met de herziening van de Woningwet min of meer eenzelfde aansprakelijkheidsresultaat lijkt te willen bevorderen en de eventuele aansprakelijkheid vanwege gebrekkig bouw- en woningtoezicht kennelijk niet op het overheidsbord wenst. De aansprakelijkheid zal naar mijn oordeel gaan verschuiven naar de verhouding tussen de particuliere partijen in het bouwproces versus het slachtoffer. Sterker gezegd: een publieke verantwoordelijkheid zal aldus worden afgewenteld op de burger!

2. Begrippen en afbakening

Als ik hier spreek over ‘toezicht’ gaat het om toezicht als bedoeld in Afdeling 5.2 Awb: toezicht op de naleving. Dat toezicht houdt werkzaamheden in die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd.⁶ De toezichthoudende taak zal bij bouw- en woningtoezicht doorgaans door gemeente-ambtenaren worden uitgeoefend. Zij zullen onder meer moeten controleren of een bouwaanvraag voldoet aan onder andere bouw- en brandveiligheidsvoor-

schriften van de gemeentelijke bouwverordening en het Bouwbesluit en of niet in afwijking van de bouwvergunning wordt gebouwd.⁷ Ten aanzien van het toezicht op rijksniveau en provinciaal niveau (inspecties) meen ik in dit kader te mogen volstaan met een enkele verwijzing naar de artt. 119 en 119a van de Woningwet.

Art. 100 van de Woningwet biedt een bijzondere taak- en bevoegdheidstellende regeling voor het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht. De ambtelijke stilleggingsbevoegdheid is geregeld in art. 100, lid 3, van de Woningwet. Art. 100 lijkt zich naar zijn inhoud beschouwd met name te richten tot het gemeentebestuur en de ambtenaren van bouw- en woningtoezicht.

Verder geldt nog een bijzondere toezichtregeling volgens art. 13 van de Woningwet (onderzoeksplicht) voor bouwwerken, open erven en terreinen met in het verlengde daarvan de aanschrijvingsregeling van art. 14 e.v. van de Woningwet tot het treffen van (noodzakelijke) voorzieningen en tot het aanbrengen van (noodzakelijke) verbeteringen.

Bij handhaving doel ik op de algemene bestuursrechtelijke handhavingsregeling die voor de bestuursdwang is te vinden in Afdeling 5.3 Awb en wat de dwangsom betreft in Afdeling 5.4 Awb. Het door mij bedoelde, terzake relevante feitelijk handelen rond handhaving ziet uitsluitend op het achterwege laten van dwangsomminning en bestuursdwangeffectuering. Het stilleggen ex art. 100, lid 3 van de Woningwet – als resultante van toezicht – impliceert een besluit en houdt dus geen feitelijk handelen in. Toezichtuitoefening in de zin van Afdeling 5.2 Awb, waar het in mijn inleiding vandaag vooral over gaat, betreft feitelijk handelen. Beslissingen die een toezichthouder binnen het kader van toezicht sec neemt, leveren mijns inziens geen besluit op in de zin van art. 1:3, lid 1, Awb. Dat feitelijk handelen kan zich mogelijk wel uitstrekken tot de voorbereiding van een handhavingsbesluit.⁸ Daarbij geldt ex art. 6:3 Awb

5. Meer hierover in B.J.P.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland* (diss. Rotterdam), Sanders Instituut: Gouda 1998, i.h.b. p. 41 e.v. over § 839 BGB en art. 34 G.C. over de ‘Verweisung’ en de ‘Schutzbestimmung zu Gunsten des Beamten’. Vgl. ook S. Lörler, ‘Die Subsidiaritätsklausel in der Amtshaftung’, *JuS* 1990, p. 544 alsmede F. Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 5de druk, München 1998, p. 78 e.v. Zie in dit verband over begrippen als ‘afgeleide’ of ‘tweedegraads-aansprakelijkheid’ de bijdragen van W.H. van Boom & I. Giesen, ‘Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen’, in het themanummer Overheidsaansprakelijkheid voor toezicht, *NJB* 2001, p. 1676. H.Ph.J.A.M. Hennekens heeft met een schets van de Duitse leer van de Amtspflicht en Amtshaftung ervoor gepleit aansluiting te zoeken bij het Duitse rechtsstelsel in *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal*, Deventer 2001, p. 86 e.v. G.T.J.M. Jurgens betreft – als ik haar goed heb begrepen – het onderscheid tussen primair en subsidair verband op het niveau van de causaliteitsketen: het niet-optreden van de overheid is ‘slechts een secundaire factor in de causaliteitsketen’, in ‘Overheidsaansprakelijkheid bij gedogen?’, *NJB* 2000, p. 1281.
6. Zie P.J.J. van Buuren & T.C. Borman 2003 (T&C Algemene wet bestuursrecht), 4e druk, p. 132.
7. Bouw- en woningtoezicht is zowel preventief als repressief bedoeld. Vgl. H.C.W.M. Moesker, ‘Het bouw- en woningtoezicht’, in: A.G. Bregman & D.A. Lubach (red.), *Van Wonen naar Bouwen 100 jaar Woningwet*, Deventer 2001, p. 122.
8. Zie L.J.J. Rogier, *Nalevingstoezicht* (Monografie Financieel-economisch bestuursstrafrecht, Deel 2), Den Haag

dat een beslissing over de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar is voor bezwaar of beroep, tenzij die beslissing de belanghebbende, los van het voor te bereiden besluit, rechtstreeks in zijn belang treft. Waar het gaat om het desverzocht weigeren om bestuursrechtelijk handhavend op te treden (gedogen) of indien het bestuursrechtelijk handhavingsinstrument ingezet wordt van bestuursdwang of dwangsom, komt het wél aan op besluiten ex art. 1:3, lid 1, Awb, waartegen belanghebbenden bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen aanwenden. Op dat onderdeel wreekt zich over de band van de leer van de formele rechtskracht dat de civiele rechter gebonden is aan de rechtmatigheidspresumptie van het in het desbetreffende besluit vervatte bestuurlijk oordeel.⁹ Op de complicerende factor bij het overheidsaansprakelijkheidsrecht die bestaat in de rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke rechter en de bestuursrechter, ga ik nu niet verder in. Wel speelt in dat kader naar mijn mening het debat of de leer van de formele rechtskracht een nuancering behoeft, waar de civiele rechter betreffende gewraakt overheidsgedrag – ofschoon daarvoor naar mijn mening geen materiële rechtvaardiging aanwijsbaar lijkt – over de band van art. 6:162 BW toetsend, anders omgaat met de zogeheten ‘besluitenaansprakelijkheid’ (risicoaansprakelijkheid) dan met een feitelijk overheidshandelen of nalaten, zoals bij falend bouw- en woningtoezicht (schuldaansprakelijkheid).¹⁰ Vermeldenswaard

is in dit kader dat de aard van de aansprakelijkheid een belangrijke factor is bij de bepaling van het causaal verband ex art. 6:98 BW. In geval van schuldaansprakelijkheid zal het vereiste causaal verband tussen gebeurtenis en schade namelijk sneller worden aangenomen dan bij risicoaansprakelijkheid. Zo geldt bijvoorbeeld in geval van risicoaansprakelijkheid bij opstallen (art. 6:174 BW) de beperking tot de ‘typische gevolgen’ van de gebeurtenis (de zogenaamde ‘Amercentrale-formule’ van de Hoge Raad).¹¹

Aangezien de rechtmatigheidspresumptie van de leer van de formele rechtskracht is beperkt tot het besluit ex art. 1:3, lid 1 Awb, strekt het zich – ook wat de bezwaar- en beroepsmogelijkheden betreft – niet uit over de met het besluit samenhangende feitelijke handelingen, voorbereidingshandelingen of uitvoeringshandelingen. (Bij die laatste handelingen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het disproportioneel feitelijk uitvoeren van bestuursdwang.) Die handelingen kunnen dus – zelfstandig beschouwd – nog een onrechtmatige (overheids) daad opleveren, ofschoon het besluit op zich (formele rechtskracht) door de civiele rechter voor rechtmatig moet worden gehouden.¹² Strikt genomen houden die door de civiele rechter, lós van het besluit, op onrechtmatigheid toetsbare feitelijke gedragingen, zoals bij bouwtoezicht het geval is, geen uitzondering in op de leer van de formele rechtskracht.¹³ Via de zogenaamde ‘Bolsius’-redenering¹⁴ kan falend

2002, p. 17 en C.L.G.F.H. Albers, ‘Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving’, *NTB* 2004, p. 202 en A. Haan-Kamminga, ‘Aansprakelijkheid voor toezicht’, in: *Verzamelde ‘Groninger’ Opstellen*, aangeboden aan Vito Timmerman ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Handelsrecht en Ondernemingsrecht aan de RUG, Deventer 2003, p. 117-129.

9. Zie onder andere A.Q.C. Tak, ‘Toch maar de Hoge Raad volgen. Bestuursrechtelijke vernietiging en civiele onrechtmatigheid’, *RMThemis* 2004, p. 4.
10. Vgl. in dit verband voor fundamentele kritiek op de leer van de formele rechtskracht G.E. van Maanen, ‘Schadevergoeding en besluiten, De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitenbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)’, *NJB* 2004, p. 787-794. Zie ook B.J.P.G. Roozendaal, a.w., p. 273, waar hij de rigiditeit van de leer van de formele rechtskracht kritiseert en p. 267, waar hij er terecht op wijst dat de formele rechtskracht ook wordt tegengeworpen aan derden die geen beroepsmogelijkheden (gehad) hebben. C.C. Dam heeft gewezen op de onredelijkheid die de leer van de formele rechtskracht kan meebrengen, in ‘Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving’, in: A. Akkermans & E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, AAe: Nijmegen 2002, p. 106 e.v. Zie ook B.J. Schueler, (verslag van de studiebijeenkomsten over de vuurwerkcramp te Enschede) ‘Overheidsaansprakelijkheid bij calamiteiten en de regelgeving rond risicovolle activiteiten’, *M en R* 2001, p. 202. Tot slot B.J.P.G. Roozendaal, ‘De toekomst van de formele rechtskracht’, *O&A* 2003, p. 149. Wellicht dat de formele rechtskracht via de eigen schuld (schadebeperkingsplicht) ex art. 6:101 BW door de rechter kan worden genuanceerd ingeval door de bewuste belanghebbende is nagelaten tijdig – of zo nodig met spoed – bestuursrechtelijke rechtsmiddelen in te stellen in het kader van handhaving. Ten slotte over dit aspect J.C.A. de Poorter, ‘Formele rechtskracht en de heroverweging van Awb-besluiten’, *TAR* 2004, nr. 6.
11. HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509 (*Amercentrale*).
12. In deze zin A.Q.C. Tak, t.a.p. en C.L.G.F.H. Albers, t.a.p.
13. In deze zin ook G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad, Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter* (Studiepocket Privaatrecht nr. 28), 3de druk, Deventer 2000, p. 124.
14. HR 2 februari 1990, *NJ* 1993, 635, m.nt. MS; *AB* 1990, 223, m.nt. G.P. Kleyn; *Gst.* 1991, 6915, 6, m.nt. L.J.A. Damen en *AA* 1990, p. 459 e.v., m.nt. Th.G. Drupsteen en *BR* 1991, p. 137 e.v. Het betrof een onrechtmatige overheidsdaad wegens verkeerde inlichtingen over subsidieaanspraken. De onrechtmatigheid schuilt in feitelijke gedragingen c.q. het verstrekken van onjuiste informatie, maar de rechtmatigheid van het onderliggende besluit zelf staat niet (meer) ter discussie.

toezicht in voorkomende gevallen aan de civiele rechter ter beoordeling worden voorgelegd. Voor zover eventueel gewraakte feitelijke toezichtgedragingen zonder meer zouden oplossen in (het weigeren van) een handhavingsbesluit en aldus de burgerlijke rechter falend toezicht (los van de eventuele bestuursrechtelijke rechtsgang) niet zelfstandig op onrechtmatigheid zou mogen beoordelen, is mijns inziens a fortiori een principiële debat over de striktheid van de leer van de formele rechtskracht op zijn plaats.¹⁵ Het lijkt mij trouwens tamelijk bizar als de civiele rechter die ruimte zou worden ontnomen. Op zichzelf brengt namelijk de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter niet vanzelf mee dat daarmee de onrechtmatigheid van de daaraan voorafgaande voorbereidingshandelingen (bijvoorbeeld bij bouwtoezicht) is gegeven.¹⁶ Voorshands ga ik op dit punt niet uit van een rechtsbeschermingsvacuüm.

De besluiten aansprakelijkheid laat ik hierna verder rusten. Verderop zal ik vooral de gemeentelijke aansprakelijkheid bespreken bij feitelijke gedrag rond bouwtoezicht en handhaving. Bij dat laatste kan worden gedacht aan het blijven stilzitten, terwijl een gemeentelijk

handhavingsbesluit van kracht is: kortom, het achterwege laten van het metterdaad effectueren van een bestuursrechtelijk sanctiebesluit. Wellicht treedt juist dan de ooit door Moesker genoemde spanning tussen norm en feit op.¹⁷

3. De rechter spreekt

Kort twijfelde ik of ik alle direct relevante recente rechtspraak, zoals die van de Hoge Raad inzake restaurant Boeddha¹⁸, het Hof Amsterdam inzake Astrid Sterkenburg¹⁹, de rechtbankuitspraken in de zaken Kwaaitaal en Mantavloeren²⁰, de Vuurwerkkramp Enschede²¹, brandschade CMI²² en die van de voorzieningenrechter inzake Oudewater²³ met u zal bespreken. Hiervoor ontbreekt echter de tijd en ik veronderstel dat u met de meeste van die uitspraken wel bekend bent. Ik heb verder nog rechtspraak onderzocht op andere relevante terreinen waarop het overheidsaansprakelijkheidsrecht speelt, zoals zorgplicht voor wegen en terreinen²⁴, waterbeheerstaken²⁵, onderhoudstaken voor vaar- en waterwegen²⁶, waarschuwingsplichten²⁷, nalaten gevaarlijke situaties op te heffen/gevaarzetting²⁸, het schenden

15. Vgl. R.J.N. Schlössels, 'Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten, een wondere wereld van juridische spinsels, wartaal en klassieke leerstukken?', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt* (Serie Onderneming en Recht, deel 25), Deventer 2003, waar hij voor de civiele rechter weinig ruimte lijkt te zien voor zover in een appellabel besluit de (on)rechtmatige voorbereidingshandelingen zijn 'geabsorbeerd', op p. 523 en aldaar in noot 25 waar hij rept over de 'gelijkstellingsconstructie'.
16. In deze zin evident: G.E. van Maanen & R. de Lange, a.w., p. 120 waar zij zich in hun opvatting gesteund weten door HR 26 november 1999 (*Provincie Noord-Brabant/Janse*), *JB* 2000, 2; *Gst.* 2000, 7118, 3, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens. Daarin overwoog de Hoge Raad onder meer: 'De burgerlijke rechter zal de onrechtmatigheid en toerekenbaarheid van handelingen die een bestuursorgaan in het kader van de voorbereidingsprocedure heeft verricht, derhalve in beginsel zelfstandig dienen te beoordelen. Hij zal daarbij, voor zover partijen daarop een beroep hebben gedaan, de uitspraak van de bestuursrechter over het besluit waartoe de voorbereidingsprocedure heeft geleid, in zijn overwegingen dienen te betrekken en daarbij in het bijzonder aandacht dienen te besteden aan de in die uitspraak gegeven oordelen die van betekenis zijn voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van handelingen die deel uitmaken van de voorbereidingsprocedure'. Zie over dit arrest ook D.A. Lubach, 'Kroniek bestuur en privaatrecht', *NTB* 2000, p. 319.
17. H.C.W.M. Moesker, a.w., p. 154.
18. HR 22 juni 2001, *Gst.* 2001, 7146, 2, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.
19. Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, p. 308 e.v., m.nt. H.C.W.M. Moesker.
20. Rb. Utrecht 18 november 1998, *BR* 1999, p. 713 e.v., m.nt. H.C.W.M. Moesker.
21. Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, *Gst.* 2004, 7206, 76, m.nt. R.D. Boesveld en *JB* 2004, 69, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
22. Rb. Rotterdam 26 mei 2004, rolnr. 154527 HAZA 01-917, n.n.g.
23. Vzng. Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003, 304, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
24. HR 9 januari 1942, *NJ* 1942, 295 (*Ferweradeel*); HR 24 april 1970, *NJ* 1970, 387; HR 6 september 1996, *AB* 1997, 33, m.nt. Th.G. Drupsteen (*Staat/Annema*); HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547, m.nt. C.J.H. Brunner; *AB* 1992, 406, m.nt. F.H. van der Burg (*Diemen/Rep-Tax*); HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660.
25. HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332 (*Bargerbeek*); HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319, m.nt. A.R. Bloembergen, *AB* 1999, 206, m.nt. Th.G. Drupsteen (*Waterschap Friesland/Kaagman*); HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234; *TMA* 2000, 1, m.nt. Havekes (*De Haas/Waterschap De Bommel*); HR 21 april 2000, *NJ* 2000, 564 (*Oudemolen/Waterschap Limburg*); HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 446 (*Van den Berg/Waterschap Oude Rijnstromen*).
26. Hof 's-Gravenhage 23 juni 1992, *S&S* 1993, 126 en Hof 's-Gravenhage 26 november 1996, *S&S* 1997, 37.
27. HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 (*Veenbroei*).
28. HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 (*Struikelende broodbezorger*); HR 24 april 1994, *NJ* 1994, 624 (*Taxusstruik*); HR 12 februari 1955, *NJ* 1955, 218 (*Doorgezaagde balkonleuning*); HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (*Keldergat*) en Rb. Amsterdam 10 juni 2003, *VR* 2003, 174 (*Openstaand keldergat II*); HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 (*Zwiepende tak*); HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 (*Bussluis*); vgl. tevens: HR 28 mei 2004, *RvdW* 2004, 76

van verkeers- en veiligheidsnormen²⁹ en, ten slotte, financieel toezicht³⁰.

De besluitenaansprakelijkheid heb ik zo veel mogelijk buiten mijn beschouwing gelaten. Die aansprakelijkheid heeft zich over de band van de (oneigenlijke) formele rechtskracht min of meer uitontwikkeld tot een risicoaansprakelijkheid ten gunste van de belanghebbende personen. Daarbij wordt de civiele rechter, behoudens een enkele uitzondering, gedwongen het oordeel van de bestuursrechter te volgen.³¹

Daarom lijkt het mij lastig om de ontwikkeling van de besluitenaansprakelijkheid te betrekken in de sfeer van de civielrechtelijke schuldaansprakelijkheid die bij feitelijk handelen rond het tekortschieten in bouwtoezicht en handhaving kan spelen. Verder heb ik gekeken naar de gemeentelijke aansprakelijkheid bij slecht onderhoud of onvoldoende waarschuwen voor gevaarlijke situaties op wegen. Ofschoon ook daar feitelijk gedrag aan de orde is, geldt voor de onvoldoende taakvervulling van de gemeente als wegbeheerster een bijzondere wettelijke zorgplicht ingevolge de artt. 15-17 van de Wegenwet in samenhang met de risicoaansprakelijkheid ex art. 6:174 BW. Een en ander biedt mijns inziens voor directe aanknopingspunten bij de beoordeling van falend bouw- en woningtoezicht eveneens te weinig houvast. Bij mogelijk gebrekkig bouw- en woningtoezicht betreft het een schuldaansprakelijkheid en speelt eveneens een andere wettelijke context, namelijk de regeling in de Woningwet (artt. 13, 14 e.v. en 100), waaruit mijns inziens geen bijzondere wettelijke zorgplicht en waarborgnorm met dezelfde implicaties kan worden afgeleid als bij de wettelijk geregelde wegbeheerstaak. De artt. 13, 14 e.v. alsmede 100 van de Woningwet (die naar mijn mening veeleer instructienormen inhouden) bieden een zekere beleidsvrijheid aan het gemeentebestuur bij de invulling van de controle- en toezichtbevoegdheden. Die beleidsvrijheid wordt wel begrensd door het onderliggend wettelijk taak- en bevoegdheidsvoorschrift en in het bijzonder door de in de Awb gecodificeerde *abb's* (algemene beginselen van behoorlijk bestuur) alsmede het vertrouwensbeginsel. Controleren en toezicht houden en het na het in werking treden van

een handhavingsbesluit metterdaad effectueren van een sanctie blijft een bevoegdheid, maar kan – onder de gegeven feiten en omstandigheden – een bijzondere zorgplicht meebrengen op grond van de (al dan niet gecodificeerde) *abb's*. Schending van die zorgplicht levert dan in principe onzorgvuldig handelen in de zin van art. 6:162 BW op. De *abb's* vullen aldus de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW in. Die beginselen zijn per schakelbepaling of per analogiam in het civiele recht mijns inziens ook bij feitelijk handelen van de overheid toepasselijk (zie artt. 3:1, lid 2 Awb, en 3:14 BW).

Voorbeeld

Ingeval door een direct omwonende een ambtenaar van bouw- en woningtoezicht is geïnformeerd over een acuut brandgevaarlijke situatie rond een café, waar strijd met de regels van het Bouwbesluit bestaat, mag er ten minste op worden vertrouwd dat zo snel mogelijk onderzoek plaatsvindt (zie ook art. 3:2 Awb: kennisvergaringplicht) en zo nodig metterdaad wordt toegezien en opgetreden. Indien de gemeente nalaat ook maar iets te ondernemen tegen een (potentieel) brandgevaarlijke situatie of nalaat om op zijn minst te waarschuwen, handelt zij in principe in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (kennisvergaringplicht, zorgvuldigheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel) en heeft zij mijns inziens daarmee ook tevens in civiel opzicht onzorgvuldig gehandeld jegens het slachtoffer, wanneer brand en schade zich dan manifesteren als gevolg van de met het Bouwbesluit strijdige toestand.

Volledigheidshalve past in dit verband de kanttekening dat bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4, lid 2, Awb) in verband met alle betrokken belangen (ook met het oog op het prioriteren ervan) voor de controle- en toezichtbevoegdheid een zekere begrenzing kan meebrengen. Het lijkt mij trouwens lastig om de 'juiste' toezichtbeleidskeuzes vooraf in beleidsregels te gieten, waar ieder concreet geval op zich – in het licht van de gegeven omstandigheden – beoordeeld dient te worden. Voor zover gemeentelijk toezichtbeleid omwille van de rechtszekerheid noodzakelijk zou zijn (ik twijfel daaraan), zal dat beleid ter fine van de

(*Ongewoon ongeval op luchthaven Mho Beach*); zie voor een bespreking van de gevaarzettingsjurisprudentie voorts C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2000, p. 213 e.v. en in het bijzonder p. 191 waar hij in verband met de context waarbinnen de zogenaamde 'kelderluikfactoren' moeten worden gewogen, refereert aan de aard van de gedraging; recentelijk over gevaarzetting en het ten onrechte desverzocht achterwege laten van politieoptreden: HR 9 juli 2004, LJN AO7721 zaaknr.: C03/143 HR (*Politieregio Groningen*). In casu werd een onrechtmatige overheidsdaad van de gemeente aangenomen wegens een fout van de politie c.q. een falende handhaving van de openbare orde.

29. HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (*De Heel/Korver*).

30. Hof Amsterdam 9 juli 1998, NJ 1999, 882; HR 31 mei 2000, NJ 2000, 555 (*Vie d'Or*); Rb. 7 juni 2000, JOR 2000/153 (*Nusse/Brink*); Rb. Den Haag 13 juni 2001, NJ 2001, 445; JOR 2001/215.

31. Zie bijvoorbeeld HR 31 mei 1991, AB 1992, 290, m.nt. F. van de Burg (*Van Gog/Nederweert*).

benodigde flexibiliteit niet meer of minder dan open normen (we hebben toch al de abbb's?) kunnen bevatten. Rigide of strak (blauwdruk) beleid zal mijns inziens een adequaat gemeentelijk optreden in de weg kunnen staan. De praktijk is doorgaans weerbarstiger dan het beleid. Ook bepaald toezichtsgedrag dat beantwoordt aan vast beleid, behoeft niet mee te brengen dat zulks in een individueel geval de gemeente zonder meer vrijpleit van een civielrechtelijke onrechtmatige overheidsdaad. De civiele rechter kan oordelen dat de gegeven omstandigheden tot ander gedrag noopten. Toezichtbeleid biedt in het algemeen voor de gemeente geen 'schuilplaats'. Overigens is er voldoende bestuursrechtelijk instrumentarium voorhanden om als gemeente snel en adequaat op te treden. Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan het opleggen van een onmiddellijke bouwstop ex art. 100, lid 3, van de Woningwet, de bestuursdwangtoepassing zonder begunstigingstermijn bij vereiste spoed (art. 5:24, lid 5, Awb) en de bestuursdwangeffectuering met een opschriftstelling achteraf in geval van grote spoedeisendheid (art. 5:24, lid 6, Awb). De beginselplicht tot handhaving, die is bedacht door de bestuursrechter, zal – bij het feitelijk achterwege blijven van een sanctie – niet 'automatisch' leiden naar een onrechtmatigheidsoordeel van de civiele rechter.³² De civiele rechter heeft zijn eigen toetsings- en beoordelingskader. Binnen een dergelijk civiel aansprakelijkheidsverband zal de rechter bij het invullen van de zorgvuldigheidsnorm, zo veel mogelijk over de band van de zojuist genoemde abbb's³³, de feiten en omstandigheden wegen en beoordelen met inachtneming van een aantal factoren die ik uit alle bovenbedoelde rechtspraak heb gedestilleerd en zo dadelijk met u zal doornemen. Daarbij stel ik voorop dat de specifieke feiten en omstandigheden sterk bepalend zijn voor het civielrechtelijk resultaat, waarbij de civiele rechter als het ware zo veel mogelijk toe redeneert naar een redelijk en rechtvaardig eindoordeel. De compositie van de relevante omstandigheden is pas achteraf te maken.

Bij een eventueel onrechtmatigheidsoordeel zal

de rechter de navolgende aanknopingspunten kunnen betrekken.

1. De oorzaak van de schade (zal ook een rol spelen bij het causaal verband tussen gebrek aan toezicht en schade).
2. De mate van ernst in het tekortschieten bij de taakuitoefening. Hoe ernstiger het toezichtsfalen, hoe eerder onzorgvuldig gedrag zal worden aangenomen.
3. De grootte van de kans op het risico van schade of ongevallen. Hoe waarschijnlijker het is dat er iets misgaat, hoe sneller er een zorgplicht kan ontstaan. Daarbij kan tevens rekening worden gehouden met de mate van waarschijnlijkheid dat derden onvoorzichtig of onoplettend zijn. In die lijn speelt ook een rol de grootte van de kans dat de onbedachtzaamheid van potentiële slachtoffers tot ongevallen leidt.
4. Hoe ernstig de gevolgen van een gebeurtenis, ongeval of ramp kunnen zijn.
5. De mate waarin de gemeente zich van de ernst van de potentiële gevaren en risico's bewust is geweest. Interessant is hierbij wellicht welke kennis, kunde en oplettendheid van een toezichthouder gevergd kunnen worden (de 'pflichtgetreue Durchschnittsbeamte'³⁴).
6. De omvang en de aard van de schade: zuivere vermogensschade, zaakschade of letselschade.
7. De verhouding tussen de omvang van het risico en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen, bijv. in de vorm van toezicht en handhaving. Daarbij speelt wellicht de beschikbaarheid van personele, financiële, technische en feitelijke middelen een rol: 'Mag je van een grote gemeente op dit punt meer verwachten dan van een kleine gemeente?'
8. De wijze waarop met de informatie van derden is omgegaan: had onder de gegeven omstandigheden nader onderzoek, toezicht of metterdaad handhaven, waarschuwen of het treffen van andere maatregelen in de rede gelegen?
9. De bekendheid met de locatiespecifieke omstandigheden, zoals de eventuele kwetsbaarheid van buurpercelen of de aard en de conditie van de omliggende bebouwing.
10. De samenhang tussen de aard van de publieke taak en de bevoegdheidsuitoefening

32. Vgl. ABRS 30 juni 2004, *JB* 2004, 293, m.nt. C.L.G.F.H. Albers en ABRS 21 juli 2004, *AB* 2004, 293, m.nt. J. Struiksma. Zie hierover in andere zin ook H.Ph.J.A.M. Hennekens in 'Gedogen, een vreemde eend in de rechtsbijt', *RMThemis* 2001/8, p. 250-251 en voor de afwijzing van een 'beginselplicht tot controle' zijn naschrift in *Gst.* 2001, 7146, 2, p. 402.

33. Vgl. A.A. van Rossum, *Falend toezicht* (oratie Utrecht), Den Haag 2001, waarin zij i.h.b. op p. 14 e.v. beginselen van behoorlijk toezicht bepleit voor financiële en economische toezichthouders. Mijns inziens voegen dergelijke beginselen voor het onderwerpelijke terrein van bouw- en woningtoezicht niet iets wezenlijks toe aan alle ter zake al mogelijk toepasselijke abbb's.

34. Waarbij wordt uitgegaan van de wijze waarop een 'normaal' (objectivering) functionerende plichtsgetrouwe (loyale) ambtenaar in de gegeven omstandigheden zou handelen met de juiste vaardigheden waarover hij gezien zijn taken zou moeten beschikken.

enerzijds en het schadeveroorzakend gedrag anderzijds, in welk verband de gemeentelijke invloed op en de zeggenschap over het gedrag van belang is. Het gewicht dat aan een bepaalde publieke taak wordt toegekend, houdt een rechtspolitieke keuze in.

De zojuist genoemde factoren, maatstaven of criteria zullen u grotendeels doen denken aan arresten van de Hoge Raad inzake: 'De doorgezaagde balkonleuning', 'Het openstaande kelderluik', 'De struikelende broodbezorger' en 'Veenbroei'. Als een burger op de hoogte is van een gevaarlijke situatie, rust op hem een rechtsplicht om ten minste anderen hiervoor te waarschuwen of een dergelijke situatie zo veel mogelijk op te heffen dan wel om binnen redelijke grenzen veiligheidsmaatregelen te nemen, vooral daar waar door hemzelf een risico voor een groot gevaar in het leven wordt geroepen. Indien een gemeente bewust een bouw- en brandgevaarlijke situatie in stand heeft gelaten, waaruit een ernstig ongeval voortvloeit, is zij mijns inziens op gelijke voet als een burger civielrechtelijk aansprakelijk voor de schade. Het algemeen belang levert voor haar mijns inziens geen rechtvaardigingsgrond op en het gemeentelijke beleidsvrijheidsargument evenmin. Zoals gezegd, is het waarden van de omstandigheden die al dan niet onrechtmatig gemeentelijk gedrag kunnen opleveren vooral van feitelijke aard. Ik verwacht niet dat de Hoge Raad een spectaculaire rechtsontwikkeling zal inzetten op het terrein van het onrechtmatig bouwen en woningtoezicht. De rechter kan mijns inziens met de diverse aanknopingspunten, maatstaven en criteria goed uit de voeten en de specifieke feiten en omstandigheden zijn in dit verband van primordiaal belang. Ik heb nog steeds vertrouwen in de kennis en kunde bij de diverse rechtbanken en gerechtshoven om de feiten en omstandigheden op correcte wijze te waarden en binnen het juiste juridische perspectief te plaatsen. Overigens zal de Hoge Raad – behoudens over de band van een motiverings-

gebrek – de feiten en omstandigheden niet opnieuw mogen wegen en waarden.³⁵ Mijns inziens is de vrees voor te ver gaande overheidsaansprakelijkheid bij toezichtsfalen niet gegrond. Sterker nog: mijn indruk uit de rechtspraak is dat de gemeente het wel erg bont gemaakt moet hebben, wil zij onzorgvuldig hebben toegezien (vergelijk Oudewater en CMI brand). De medeaansprakelijkheid van de overheid stuit trouwens ook vaak af op het moeilijk te leveren bewijs van direct causaal verband tussen het gedrag van de toezichthouder en de schadeoorzaak. Vaak is daarbij de hulp van deskundigen noodzakelijk. Verder zijn het ontbreken van de relativiteit (ex art. 6:163 BW) en rechtvaardigingsgronden (overmacht door gebrek aan middelen, andere dringende prioriteiten) door de gemeente aan een onrechtmatige-daadsactie tegen te werpen: het louter verwijten is niet voldoende. Tevens zal de gemeente nogal eens met succes bij meerpartijenaansprakelijkheid en meer schadeoorzakelijke verbanden eigen schuld aan een slachtoffer (art. 6:101 BW) en/of medeschuld (art. 6:102 BW³⁶) aan een bouwer, architect of aannemer kunnen tegenwerpen. Daarbij zal de rechter ook de professionaliteit en deskundigheid betrekken van de particulieren in het bouwproces. Gelet op het voorgaande lijkt het mij ook niet nodig de onrechtmatige overheidsdaad te codificeren.

4. De wetgever heeft het laatste woord

Alweer vijf jaar geleden sprak de toenmalige Staatssecretaris van VROM uit dat de primaire verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor de gebouwde kwaliteit bij de bouwpraktijk ligt.³⁷ Aanvankelijk heeft de wetgever ten gunste van de overheid de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW betreffende toezicht niet willen inkleuren of terzake een gekwalificeerde aansprakelijkheid willen opnemen.³⁸ De jurisprudentie leek daar ook geen aanleiding voor te geven, gelet op de terughoudende opstelling van de rechter die een normaal verwijt-

35. Wat dat betreft is bijvoorbeeld de zaak van restaurant Boeddha bij de Hoge Raad om de woorden van J.M. Polak te gebruiken 'als een nachtkaaars uitgegaan'. Vgl. zijn bijdrage 'De rapportage over de rampen van Enschede en Volendam', *NJB* (themanummer) 2001, p. 1652.
36. Daarbij moet worden toegegeven dat de relativiteit de gemeente jegens een slachtoffer, niet zijnde een bouwvergunninghouder, niet snel zal baten: HR 26 juni 1985, *NJ* 1986, 356, m.nt. M.M. Scheltema; *BR* 1986, p. 121, m.nt. N. Koeman (*Claas/Van Tongeren*): bouwverordening en bouwvoorwaarden kunnen Schutznormen inhouden. Het in het bestemmingsplan gestelde strekt mede ter bescherming van de desbetreffende belanghebbenden. En al eerder in gelijke zin HR 29 maart 1974, *NJ* 1974, 344, *BR* 1974, p. 607 e.v. (*Bouwverordening Zaandam*) geschonden belangen van de WRO zijn Schutznormen ten aanzien van de bewoners van het desbetreffende gebied.
37. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 800 XI, nr. 67, p. 5. Al eerder, in 1992, heeft, blijkens de MvT van de eerste fase van de voltooiing herziening rechterlijke organisatie, de wetgever zelf al gepleit voor een meer terughoudende toetsing van de burgerlijke rechter (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 153).
38. A.A. van Rossum, *Falend toezicht* (oratie Utrecht), Den Haag 2001, p. 24.

baar handelen niet snel voldoende achtte voor het aannemen van een onrechtmatige overheidsdaad, maar pas als sprake was van een ‘ernstig verwijtbaar tekortschieten’ c.q. een gekwalificeerde zorgvuldigheidsnorm.³⁹

Ofschoon naar mijn mening met het oog op tekortschietend bouw- en woningtoezicht vanwege de schuldaansprakelijkheid niet gevreesd behoefde te worden voor een uitdijende reikwijdte van overheidsaansprakelijkheid, lijkt de wetgever de rechtsontwikkeling niet op haar beloop te willen laten. Met de herziening van de Woningwet zal een knoop worden doorgehakt ten nadele van de positie van de burger. Zoiets zat waarschijnlijk al een tijd in de pijplijn.

Wij zullen ons ongetwijfeld nog de ‘tegen beter weten in’-jurisprudentie van onze hoogste bestuursrechters kunnen herinneren.⁴⁰ Kennelijk heeft die jurisprudentie ook de regering geïnspireerd om aanvankelijk in het wetsvoorstel voor art. 7:15, lid 2, Awb over vergoeding van de kosten in bestuurlijke voorprocedures uit te gaan van een voor de overheid soepeler aansprakelijkheidsregime met als centraal onrechtmatigheidscriterium de eis van ‘ernstige onzorgvuldigheid’.⁴¹ Daarmee demonstreerde de regering op dit onderdeel mijns inziens al weinig vertrouwen in de civiele rechtspraak.⁴²

Het heeft er alle schijn van dat het wetsvoorstel tot wijziging van de Woningwet grotendeels de eindstreep zal halen.⁴³ Op dit wetsvoorstel is al pittige kritiek geweest.⁴⁴ In dit verband zal een en ander ook belangrijke implicaties hebben voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht.

Met het wetsvoorstel wordt beoogd de verantwoordelijkheid (lees: aansprakelijkheid) voor de naleving van de bouwregelgeving rechtstreeks bij de burger te leggen en daarop strikt te gaan handhaven. In de nieuwe Woningwet zal daartoe een zorgplichtbepaling worden opgenomen en tevens zal daarin worden bepaald dat op enkele uitzonderingen na alle voorschriften uit het Bouwbesluit en de bouwveror-

dening (en ook de welstandseisen) de burgers voortaan rechtstreeks binden. Dit zijn noviteiten in het ruimtelijke-ordeningsrecht. Waar de normen zich te zijner tijd direct tot de bouwers, opdrachtgevers, projectontwikkelaars, aannemers, architecten en directievoerders en eigenaren van bouwwerken zullen richten, lijkt te worden bevorderd dat zij voortaan primair aanspreekpunt zijn als een aansprakelijkheid aan de orde is wegens het in strijd met dié normen bouwen. De eigenaar van het bouwwerk is primair aansprakelijk voor het in strijd met de desbetreffende normen (verbod om bouwwerken zonder vergunning of in afwijking van een vergunning te hebben) in stand laten van zijn bouwwerk. Het gevolg hiervan is dat particuliere partijen in het bouwproces, nog minder dan nu trouwens mijns inziens al het geval is, zich kunnen disculperen wanneer een parkeerdek of balkon instort dan wel brand uitbreekt, waarbij – achteraf beschouwd – de publiekrechtelijke bouwregels niet zijn nageleefd.

De eigenaar van een gebouw kan ook aansprakelijk zijn voor schade die is veroorzaakt door de gehele of gedeeltelijke instorting van het desbetreffende gebouw, voor zover die gebeurtenis is teweeggebracht door een onderhoudsverzuim dan wel een gebrek in de bouw of inrichting.⁴⁵ In hoeverre te zijner tijd de regeling van de nieuwe Woningwet naast art. 6:174 BW (risicoaansprakelijkheid voor de bezitter van opstallen) een extra ‘aansprakelijkheidsbelasting’ voor de eigenaar van gebouwen (niet zijnde bouwers of architecten) zal opleveren, zal de jurisprudentie moeten leren. De rechtspraak zal mijns inziens genoeg kans krijgen om zich ook op dit onderdeel verder te ontwikkelen. Ik verwacht namelijk vanwege de nieuwe publieke bouwregeling een toename van civiele geschillen tussen opdrachtgevers, eigenaren van bouwwerken, aannemers en architecten, waar straks sprake blijkt te zijn van strijd met de rechtstreeks werkende bouw- en brandveiligheidseisen in verband met schadegevallen.

39. Zie R.D. Boesveld in zijn noot onder Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003 (*Enschede*), *Gst.* 2004, 7206, 76, p. 266.

40. Zie bijvoorbeeld CRvB 13 april 2000, *JB* 2000, 45, ABRS 23 maart 2000, *AB* 2000, 231, m.nt. MSV; *JB* 2000, 136, m.nt. G.E.v.M; ABRS 3 april 2000, *AB* 2000, 256; ABRS 25 februari 2000, *JB* 2000, 101.

41. *Kamerstukken II* 1999/00, 27 024, 3, p. 5 en daarover kritisch T. Hartlief, ‘Het wetsvoorstel kosten bestuurlijke voorprocedures; Over een overheid die slecht tegen haar verlies kan en (zelf) wel op de kleintjes let’, *NJB* 2000, p. 921 e.v. Zie hierover tevens R.J.N. Schlössels, a.w., p. 526.

42. Gebrek aan vertrouwen in bijv. de ‘dubbele redelijkheidstoets’ van de civiele rechter: HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 746; *AB* 1990, 80 (*Velsen/De Waard*), alsmede HR 17 december 1999, *AB* 2000, 89 (*Groningen/Raatgever*).

43. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 392, nr. 1-4.

44. Zie J.M.H.F. Teunissen, ‘De herziening van de Woningwet op het punt van de handhaafbaarheid en handhaving. Een verwerpelijk wetsvoorstel’, *NJB* 2004, p. 418-424; P.J.J. van Buuren spreekt over het ‘paradoxe karakter van het wetsvoorstel’ in ‘Over verbeterde handhaafbaarheid van bouwregelgeving’, *BR* 2004, p. 642.

45. Vgl. HR 6 december 1963, *NJ* 1965, 9 (*Blommaert/Staat*): een verzuim van onderhoud of een gebrek in de bebouwing of inrichting is aanwezig als het gebouw ten aanzien van de constructie of inrichting niet beantwoordt aan de eisen die men daaraan uit veiligheidsoogpunt kan stellen.

Een dergelijke gedachtegang over primaire verantwoordelijkheid lijkt te leiden naar een risicoaansprakelijkheid voor de bouwer⁴⁶, althans minstens naar een omkering van de bewijslast. Er zal namelijk in het kader van die omkering sprake kunnen zijn van een snelle aanname van causaal verband tussen gedraging en de schade, wanneer bijvoorbeeld bouw- en brandveiligheidseisen zijn geschonden. De omkeringsregel kan pregnant uitpakken daar waar verscheidene gebeurtenissen in een causaliteitsketen de schadeoorzaak kunnen opleveren. Het limitatief imperatief stelsel ex art. 40 van de Woningwet, waaruit het gebonden karakter van de bouwvergunning voortvloeit, vrijwaart de bouwer met die bouwvergunning sowieso niet meer tegen onrechtmatige daadacties van derde(n). De bouwvergunning levert derhalve evenmin een rechtvaardigingsgrond op. In het kader van de omkeringsregel zal de bouwer ook niet gemakkelijk meer het risico van gevaar met het oog op bouw- of brandveiligheidsvoorschriften en de verwezenlijking van het risico genoegzaam kunnen betwisten.⁴⁷

Aldus wordt een vergelijking met het systeem van het Duitse recht aan ons opgedrongen. Dat Duitse systeem laat zich overigens moeilijk met ons rechtssysteem vereenzelvigen.⁴⁸ Wordt nu doelbewust naar een Duits aansprakelijkheidsresultaat toegewerkt? Het wetsvoorstel zwijgt in ieder geval op dit onderdeel in alle toonaarden. Het wetsvoorstel brengt mee dat de gemeente bij het tekortschieten in haar bouw- en woningtoezicht (feitelijk gedrag) – wat de aansprakelijkheid betreft – naar mijn oordeel slechts nog subsidiair of afgeleid in beeld zal komen.

Indien de gemeente door een slachtoffer mede – dat wil zeggen naast de bouwer – wegens gebrek aan adequaat bouw- en woningtoezicht

wordt aangesproken, kan zij doorgaans die civielrechtelijke aansprakelijkheid betrekkelijk eenvoudig afwenden, waar het causaal verband tussen geleden schade en gebrekkig toezicht of het achterwege blijven van feitelijk handhaven doorgaans moeilijk aantoonbaar is.⁴⁹ Het wetsvoorstel brengt mijns inziens ook met zich dat een causaal-verbanddebat eerder zal worden betrokken in de verhouding tussen de bouwer die de bewuste rechtstreeks werkende normen niet heeft nageleefd aan de ene kant en de schadelijdende burger aan de andere kant. Ik vraag mij daarbij af of schending van zo'n direct burgers bindende brandveiligheidseis of draagconstructienorm uit het Bouwbesluit voor de civiele rechter aanleiding zal zijn om vanwege een overtreding van een veiligheidsnorm aan de bouwregelovertreder ook schade toe te rekenen die in een verder verwijderd verband staat met de gebeurtenis, dan het geval zou zijn bij een overtreding van andere normen.⁵⁰ Het wetsvoorstel zal tevens reflexwerking hebben op het terrein van de medeschuld als bedoeld in art. 6:102 jo. art. 101 BW. Voor zover er zich tussen gemeente en bouwer hoofdelijke aansprakelijkheid voordoet bij falend toezicht of gebrekkige feitelijke handhaving, zal in geval van wederzijdse causaliteit de rechter ten gunste van de gemeente met de terzake relevante uitspraak van de wetgever als een belangrijke omstandigheid bij het bepalen van de draagplicht en het regres rekening houden. Het evident wel of niet naleven van bouwregels zal volgens de verkeersopvattingen in dit kader vooral tot de risicosfeer van de bouwer worden gerekend. Dat terwijl de rechter toch al niet snel genegen lijkt om bij wederzijdse causaliteit en medeschuld de overheid de meeste schade te laten dragen.⁵¹ Bij het wegen van alle feiten en omstandigheden zal de uitspraak van de

46. Bij schuldaansprakelijkheid gaat het om de persoonlijke verwijtbaarheid van de dader voor zijn daad (schuld) die een voorwaarde vormt voor zijn aansprakelijkheid. Bij risicoaansprakelijkheid geldt dat de aansprakelijkheid niet afhankelijk is van normovertreding of een persoonlijk verwijt: de onrechtmatige daad is toerekenbaar aan de bouwer of eigenaar van het gebouw ingevolge een oorzaak die krachtens de wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.

47. Zie over de omkeringsregel HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584, m.nt. C.J.H. Brunner (*St. Willibrord*) en HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ter Hofte/Oude Monnik*): 'Dat indien de schade door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico terzake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken is om te stellen en bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.' Onlangs lijkt de Hoge Raad weer enigszins te zijn teruggekomen van de omkeringsregel. Misschien is de Hoge Raad wel geschrokken van de soms verstrekkende gevolgen van die regel. Vgl. HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 en HR 9 juli 2004, *JOL* 2004, 400.

48. Zie onder andere T. Hartlief, 'Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal; enkele opmerkingen n.a.v. de afscheidsrede van H.Ph.J.A.M. Hennekens', *O&A* 2002, p. 21.

49. Zie F.A.M. Stroink, 'Onrechtmatige overheidsdaad en schadevergoeding', in: M. Faure & J. Neethling (red.), *Aansprakelijkheid, risico en onderneming: Europese en Zuid-Afrikaanse perspectieven*, Antwerpen/Groningen 2003, p. 32.

50. Vgl. HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77 (*Mia Versluis*).

51. Vgl. bijvoorbeeld Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, p. 308, m.nt. H.C.W.M. Moesker (*Astrid Sterken-*

wetgever naar mijn stellige verwachting een zwaarder gewicht ten nadele van particuliere partijen in de aansprakelijkheidsweegschaal leggen. De wetgever dient zich maar eens te bezinnen.

In ieder geval is naar mijn overtuiging een dergelijke ingreep onnodig en zeker voorbarig waar het gaat om eventueel feitelijk handelen als falend toezicht en het achterwege laten van feitelijk handhaven. Mijns inziens is de civiele rechter vrijwel altijd goed in staat gebleken om op grond van de bijzondere feiten en omstandigheden van het geval te oordelen over de eventuele onrechtmatigheid van overheidsgedrag. Wat de risicoaansprakelijkheidsontwikkeling betreft voor vernietigde besluiten, zou wellicht eerder onderzoek naar de merites van de formele rechtskracht in de rede hebben gelegen. Het is wat mij betreft nu de vraag of de burger minder snel behoeft te vertrouwen op adequaat gemeentelijk bouw- en woningtoezicht.⁵² Diezelfde vraag mag de bouwer zich tegenover de overheid stellen. Mijns inziens wordt in dit verband de ratio van toezicht uit het oog verloren: namelijk het vertrouwen van het publiek te waarborgen dat deugdelijk en veilig wordt gebouwd en gewoond. Zal een mogelijk gevolg van de nieuwe Woningwet zijn dat de gemeente minder snel en adequaat gaat controleren, aangezien de private partijen in het bouwproces toch eerst verantwoordelijk blijken te zijn voor controle en toezicht? In hoeverre zijn uitsluitend nog die particuliere partijen in het bouwproces daarop door slachtoffers dan rechtstreeks aan te spreken als het misgaat? Ofschoon als een soort ultimum remedium de Minister van VROM de bevoegdheid zal krijgen B en W op te dragen handhavend op te treden tegen niet-naleving van bouwregels (bij nalaten waarvan de minister daartoe zelf kan overgaan), gaat het wel erg ver om controle en toezicht als primaire verantwoordelijkheid bij particuliere partijen te leggen. In het privaatrecht is men naar mijn mening toch al niet snel zijn broeders hoeder. Controle en toezicht op bouwen en wonen moeten binnen een zekere

beleidsvrijheid, die door de wet en de algemene beginselen worden begrensd, een serieuze inspanningsverplichting van de overheid blijven. Voor zover op dit onderdeel de herziening van de Woningwet tot afbreuk zal leiden van de mijns inziens primaire publiekrechtelijke taak van bouw- en woningtoezicht, past dat niet in de gedachte dat Europese en internationale grondrechten serieus genomen moeten worden. Of kan gebrekkig toezicht of het achterwege laten van feitelijke handhaving niet leiden tot schending van art. 2 EVRM en art. 6 IVBPR (het recht op leven)?⁵³

5. Afronding

Onvoldoende gemeentelijk bouw- en woningtoezicht kan mijns inziens tot gevaarlijke en levensbedreigende situaties leiden. Ik geloof niet zo sterk in een 'privatisering' van het bouw- en woningtoezicht. Mocht de voorgenomen herziening van de Woningwet aldus doorgang vinden, dan zal dat hoogstwaarschijnlijk tot een aanmerkelijke beperking van de aansprakelijkheid voor de gemeente leiden bij bouw- en woningtoezicht. Dat komt eenvoudigweg doordat haar toezichtsrol kleiner lijkt te worden. Als 'cri du coeur' tot besluit: de regeling van onderzoek, aanschrijvingen en bouwstop in de Woningwet mag niet verworden tot een excessenregeling.⁵⁴ Het gaat er nu om de juiste rechtspolitieke keuzes te maken. Naar ik hoop zal mijn bijdrage mede een aftrap voor het debat zijn.

burg). De gemeente was volgens het hof slechts medeaansprakelijk. De eigenaar van de bewuste vakantieboerderij was jegens Astrid ook aansprakelijk en de 14-jarige Astrid zelf moest uiteindelijk nota bene 50% van de schade wegens eigen schuld dragen.

52. Een parallelle ontwikkeling is te zien in het civiele bouwrecht: enkele rechtsgeleerden signaleren dat er ruimte is voor aan de opdrachtgever toerekenbaar falend directietoezicht onder een aantal cumulatieve voorwaarden: door de houding van de directievoerder is het vertrouwen gewekt dat de aannemer op de juiste wijze aan het werk is; dit vertrouwen is gerechtvaardigd en er is op dat vertrouwen voortgebouwd. Vgl. het predispositievereiste in combinatie met het vertrouwensbeginsel als abbb. Zie M.A.M.C. van den Berg, *Ondanks nauwlettend toezicht* (oratie Tilburg), Deventer 1993 en M.A.B. Chao-Duivis & A.Z.R. Koning, in: *Veranderende rollen; Een inleiding in nieuwe contractvormen in het bouwrecht*, Deventer 2001, p. 78.

53. Zie hierover vooral C.L.G.F.H. Albers in haar noot onder Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, *JB* 2004, 69 (*Enschede*). Zij is van oordeel dat de rechtbank te gemakkelijk voorbij is gegaan aan art. 2 EVRM en vooral aan de merites van de uitspraak van het EHRM 18 juni 2002, *EHRC* 2000, 64, (*Öneryıldiz*), m.nt. H. Janssen.

54. In deze zin H.C.W.M. Moesker in zijn noot onder de Rb. Utrecht, *BR* 1999, t.a.p.