

Het Bogortuin-zwemongeval

Zwemveiligheid en aansprakelijkheid

Bernard Korte *, Rob Baars ** en Karin Nijman-Weninger ***

76



* Directeur van het Nederlands Instituut Veiligheid Zwemlocaties.

** Sr. adviseur bij het Nederlands Instituut Veiligheid Zwemlocaties.

*** Letselschadeadvocaat bij Bernsten Mulder Advocaten.

Toen op 15 juni 2020 een zwemmer in de Amsterdamse Bogortuin het water in dook, beseftte hij niet dat het water op die plaats maar 50 cm diep was. Hij liep ernstig letsel op, waaronder een dwarslaesie. Welke regelgeving was van toepassing op deze casus en wat is er sinds de invoering van de Omgevingswet (Ow) veranderd?

In Nederland mag je overal zwemmen in het oppervlaktewater¹⁾, tenzij dat verboden is. Zo is het onder meer bij wet verboden om te zwemmen bij bruggen, viaducten, in vaarroutes, en in of nabij havens.²⁾ Provincies kunnen ook een zwemverbod instellen.³⁾ Er staan dan borden met een zwemverbod op de locatie en het wordt aangegeven op de landelijke zwemwatersite (www.zwemwater.nl).

Aanwijzing van zwemlocaties

Binnen het oppervlaktewater bestaat de categorie van de 'aangewezen zwemlocaties'. In de wetgeving is aangegeven dat locaties waar regelmatig grote aantallen mensen zwemmen, door de provincie kunnen worden aangewezen.⁴⁾ De term 'groot aantal' wordt aangeduid als "een aantal dat de bevoegde autoriteit groot acht, met name gelet op tendensen uit het verleden of op de beschikbare infrastructuur of faciliteiten, dan wel op de maatregelen die getroffen zijn ter bevordering van het zwemmen." De provincies⁵⁾ waren en zijn verantwoorde-

1. Ook genoemd: open water, natuurwater, buitenwater.

2. Artikel 8.08 Binnenvaartpolitiereglement (Bpr).

3. Artikel 2.38 van de Omgevingswet.

4. Artikel 3.2 Bkl.

5. Gedeputeerde Staten als dagelijks bestuur van de provincie.

geplaatst in het licht van de Omgevingswet

lijk voor het jaarlijks aanwijzen van zwemlocaties⁶⁾ en mogen in deze praktijk zelf beoordelen wat 'een groot aantal' is. Hoewel de wettelijke inventarisatieplicht onder de Ow vervallen is, inventariseren de meeste provincies jaarlijks de plekken waar naar hun oordeel door een groot aantal personen wordt gezwommen. In een groot aantal provincies worden de zwemwatertaken uitgevoerd door de Omgevingsdiensten.

Het aanwijzingsproces vindt plaats in samenspraak met de waterbeheerder.⁷⁾ Ook de gemeentes worden betrokken in verband met de bestemming en de infrastructuur. Tot slot is er afstemming met de houder⁸⁾ in verband met het beheer en onderhoud van de locatie. Het aanwijzingsproces kan ook worden gestart op initiatief van locatiebeheerders en/of eigenaren van de zwemlocaties. Eigenaren/initiatiefnemers hebben geen wettelijk vastgelegde rol, maar zijn in de praktijk meestal wel de partijen die zich met een voorstel voor een zwemlocatie tot de provincie richten. Na aanwijzing wordt de plek een formele zwemlocatie, ook wel een 'officiële zwemlocatie' genoemd.

Als een locatie aangewezen is, controleert de waterbeheerder periodiek de waterkwaliteit en als de gezondheid of veiligheid van de zwemmer gevaar loopt of kan lopen, kan de provincie een waarschuwing, negatief zwemadvies of een zwemverbod instellen. Zo nodig kan de provincie bestuursrechtelijke maatregelen nemen, zoals een last onder dwangsom of strafrechtelijk laten optreden door een Boa.

Wildzwemplekken

Als op een locatie waar regelmatig grote aantallen mensen zwemmen, maar de waterkwaliteit of de veiligheid niet op orde is te krijgen, kan deze niet worden aangewezen. Bijvoorbeeld omdat de waterkwaliteit kan leiden tot gezondheidsrisico's of een onveilige situatie, bijvoorbeeld omdat de locatie te dicht bij een vaarroute ligt. In eerste instantie zal gekeken worden of zwemmen ontmoedigd kan worden. Kan dat niet, dan zal de provincie voor deze locaties een zwemverbod⁹⁾ of een permanent¹⁰⁾ negatief zwemadvies instellen. Bij een negatief

zwemadvies geldt een doorlopende waarschuwing aan de zwemmer dat zwemmen op de betreffende plek wordt afgeraden. Een zwemverbod is een afdwingbare juridische regel. Overtreders kunnen worden beboet.

Wordt er geen zwemverbod ingesteld of een permanente waarschuwing afgegeven en/of een negatief zwemadvies ingesteld en wordt toch op deze plek toegestaan dat een groot aantal mensen met regelmaat op deze plek zwemmen, dan wordt er i.c. door de gemeente Amsterdam gesproken van een zogenaamde 'wildzwemplek'. Een wildzwemplek heeft geen juridische status. Zolang de plek niet wordt aangewezen, moet zwemmen hier worden ontmoedigd of verboden. De Europese zwemwaterrichtlijn is hier duidelijk over.

Uitspraak Bogortuin-I

In de Bogortuin-I-beschikking van 23 maart 2022 ging de rechtbank Amsterdam er vanuit dat bij de Bogortuin een zwemverbod gold op grond van artikel 8.08 Binnenvaart politie reglement, nu het Binnen IJ een vaarweg is als bedoeld in het Bpr en bestemd is voor doorgaande scheepvaart, en het een haven betreft.¹¹⁾ Vast staat dat met name bij warm weer 'veel mensen' bij de Bogortuin zwemmen. Ook stond vast dat de gemeente daarvan op de hoogte was en de rechtbank beoordeelt vervolgens aan de hand van de Kelderluikcriteria of op de gemeente de zorgplicht rustte om te waarschuwen voor het ondiepe deel in het water bij de Bogortuin. De rechtbank oordeelt dat dat niet het geval is en dat de gemeente niet onrechtmatig heeft gehandeld.

Uitspraak Bogortuin-II

Dan volgt Bogortuin-II, waarin de rechtbank Amsterdam oordeelde dat de gemeente onrechtmatig, want gevaarzettend en in strijd met haar zorgplicht heeft gehandeld, door niet te waarschuwen voor de ondiepte bij deze bekende wildzwemplek.¹²⁾ Voor het zwemverbod van artikel 8.08 Bpr was namelijk informeel ontheffing verleend op deze wildzwemplek. De gemeente Amsterdam gaat uit van drie typen zwemplekken in haar richtinggevend handboek¹³⁾: formele zwem-

Bij een negatief zwemadvies geldt doorlopend dat zwemmen wordt afgeraden.

6. Op grond van artikel 3.2 Bkl.
7. De waterbeheerders zijn Rijkswaterstaat (voor Rijkswateren) en de Waterschappen.
8. Zie het Protocol aanwijzen en afvoeren van zwemlocaties, LZO 2022, waarin de houder van de zwemlocatie wordt gedefinieerd als 'locatiebeheerder'.
9. Artikel 2.38 Ow.
10. Permanent is gedurende het gehele zwemseizoen.
11. ECLI:NL:RBAMS:2022:1755.
12. ECLI:NL:RBAMS:2024:1019.
13. Ambtelijk Handboek Zwemmen en Zomerrecreatie aan het water, maart 2022.

Het eiland zélf werd niet als opstal gezien, maar de beschoeiing wel.

plekken, wildzwemplekken en plekken met een zwemverbod. Daarmee creëert de gemeente een type zwemlocatie dat wettelijk gezien niet bestaat: een wildzwemplek.

Nu het in de eigen visie van de gemeente een locatie was die niet was aangewezen als (officiële) zwemlocatie, maar waar geen zwemverbod gold als bedoeld in het Bpr, besloot de rechtbank in de bodemprocedure opnieuw naar de zorgplicht van de gemeente te kijken. De rechtbank oordeelt dat, nu de gemeente de Bogortuin als zwemplek promoot en faciliteert, de gemeente een situatie in het leven heeft geroepen die bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is.

De rechtbank vindt in Bogortuin-I de kans nog zeer gering dat een bezoeker onoplettend of onvoorzichtig is, maar komt in de bodemprocedure in Bogortuin-II op dat oordeel terug, op grond van de foto's en filmpjes die ingebracht zijn in de procedure, waaruit blijkt dat tientallen personen op drukke zomerse dagen vanaf de kade in het water springen. De gemeente moest wél met onoplettend of onvoorzichtig gedrag van de bezoekers rekening houden en de kans op ongevallen was groot; er hadden maatregelen getroffen moeten worden.

De rechtbank oordeelt in Bogortuin-II dat de gemeente juist wél onrechtmatig, want gevaarzettend en in strijd met haar zorgplicht had gehandeld. De gemeente had moeten waarschuwen.

Opstalaansprakelijkheid

Opvallend is dat de rechtbank in de Bogortuin-uitspraak niet op de primaire grondslag van de opstalaansprakelijkheid ex artikel 6:174 BW ingaat, terwijl daar toch ook wat voor te zeggen zou zijn geweest. De ondiepte was bouwkundig met damwanden geconstrueerd. Op 21 april 2020 oordeelde het hof Den Haag¹⁴) dat de beschoeiing van een eiland te beschouwen is als een werk dat duurzaam met de grond is verenigd in de zin van art. 6:174 BW. In het arrest werd een damwand zelfs expliciet als voorbeeld genoemd. In die kwestie werd het eiland zélf niet als opstal gezien, maar de beschoeiing wel. In de kwestie van de Bogortuin had bij het opgespoten eiland IJburg en bij de tussen damwanden geconstrueerde ondiepte het oordeel over de opstalaansprakelijkheid interessant kunnen zijn. Niet ondenkbeeldig is dat deze constructie als gebrekkige opstal zou kwalificeren.

De Omgevingswet (Ow) 2024

Het juridisch kader voor zwemmen in oppervlaktewater werd voor een belangrijk deel

bepaald door de Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemaangelegenheden (Whvbz) en de in Nederland geïmplementeerde Europese Zwemwaterrichtlijn. Met de komst van de Ow is de EU-richtlijn en zijn grote delen van de Whvbz, Bhvbz/ Rhvbz¹⁵) ge(her)ïntegreerd in de Omgevingswet, het Omgevingsbesluit en het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl). Aanvullend gelden enkele landelijke beleidskaders zoals het Protocol aanwijzen en afvoeren van zwemlocaties (2022) en de protocollen voor onder andere blauwalgen en zwemmersjeuk.

Categorie-indeling

In de oude wetgeving (Whvbz, Bhvbz en Rhvbz) was er voor het zwemwater een categorie-indeling opgenomen. Categorie A en B voor de zwembaden, categorie C en D voor oppervlaktewater. Aan de categorie C-locaties hingen een aantal voorschriften. Deze voorschriften bepaalden hoe de houder het gestelde veiligheids- of kwaliteitsdoel moest bereiken. Bijvoorbeeld de afbakening van de zwemzone, eisen voor springvoorzieningen en verplicht toezicht. Met de nieuwe wetgeving zijn deze voorschriften vervallen. Het verplichte jaarlijkse veiligheidsonderzoek geldt nog wel.¹⁶) Daarnaast kunnen provincies nadere eisen stellen in hun Omgevingsverordening.

Veiligheidsonderzoek

De provincie moet er zorg voor dragen dat een veiligheidsonderzoek wordt verricht. Locaties worden in de regel jaarlijks gecontroleerd op veiligheidsaspecten als diepte, bodemgesteldheid (kuilen, scherpe voorwerpen, steil aflopende bodem, etc.) en de afwerking van eventuele voorzieningen (scherpe randen etc.). Uit het onderzoek kunnen voorstellen volgen voor maatregelen ter verbetering van de veiligheid. Deze maatregelen moeten getroffen worden door de provincie en/of de waterbeheerder en/of de houder.

Het verplichte jaarlijkse veiligheidsonderzoek bij aangewezen zwemlocaties is in de wet niet gedefinieerd. In de Bogortuin-casus bleek de rechtbank waarde te hechten aan de door de gemeente uitgevoerde risico-inventarisatie. Met de uitvoering en naleving van een goede risico-inventarisatie kunnen houders van zwemlocaties voldoen aan hun in de Ow opgenomen zorgplichten/verboden voor aangewezen zwemlocaties, dan wel voor hun algemene zorgplicht voor niet-aangewezen zwemlocaties waar regelmatig grote aantallen mensen zwemmen. Daarvoor is nodig dat zij de bestaande risico's op de zwemlocatie kennen. Alleen dan kunnen zij passende beheersmaatregelen inzetten, zoals het wegnemen of verminderen van het

14. ECLI:NL:GHDHA:2020:843.

15. Bhvbz = Besluit Hygiëne veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden / Rhvbz = Regeling hygiëne veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden.

16. Conform art. 3.5 Bkl.

potentiële gevaar of het voldoende effectief waarschuwen.¹⁷⁾

Als er risico's zijn moet je beheersmaatregelen instellen. *Waarschuwen* geldt als de lichtste beheersmaatregel. Eerst zal bekeken moeten worden of het wegnemen of verminderen van het potentiële gevaar mogelijk is. Kan dat niet, dan moet er effectief gewaarschuwd worden. Als een houder bijvoorbeeld weet dat de waterdiepte onder een speeltoestel in of op het water te gering is, dan moet het speeltoestel (tijdelijk) worden afgesloten. Dan volstaat een waarschuwingbordje niet. De beheersmaatregel moet dus proportioneel zijn.

Houder

Om diegene aan te spreken die bij de zwemlocatie het dagelijks beheer en/of de exploitatie uitvoert, werd in de oude wetgeving de term 'houder' gebruikt.¹⁸⁾ Gemeenten zijn vaak de 'houder' van een zwemlocatie, maar dit kunnen ook exploitanten, recreatiebedrijven, recreatieschappen en/of campings zijn. In de nu geldende wetgeving komt het begrip houder niet meer voor omdat er in eerste instantie geen directe wettelijke verplichtingen meer gelden voor de houder. De provincie kan echter wel nadere eisen in de Omgevingsverordening opnemen. Diverse provincies hebben dit al gedaan. In deze praktijk moet de provincie een entiteit adresseren waaraan de nadere eisen worden opgelegd. We zien in dit verband dat in de praktijk nog altijd over 'houder' gesproken wordt.

Zorgplichten

Naast de genoemde regels voor zwemmen in oppervlaktewater gelden er zogenaamde zorgplichten. Een algemene zorgplicht, een algemeen verbod en een specifieke zorgplicht maken deel uit van de Omgevingswet.¹⁹⁾ Samen zorgen ze ervoor dat overheid, bedrijven en burgers verantwoordelijk zijn voor een veilige en gezonde leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit.

(1) De **algemene zorgplicht** houdt in dat overheden, bedrijven en burgers een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een gezonde en veilige leefomgeving hebben. Houders van aangewezen zwemlocaties moeten zich dus bewust zijn van de mogelijke risico's voor 'hun' zwemmers en alles doen wat redelijkerwijs van hen verwacht mag worden, om – mogelijke – risico's weg te nemen of te verminderen. De algemene zorgplicht is niet van toepassing als er een specifieke zorgplicht geldt.

(2) De **specifieke zorgplicht** van de Omgevingswet geeft de provincie de mogelijkheid

nadere eisen op te nemen in haar Omgevingsverordening, bijvoorbeeld voor houders van aangewezen zwemlocaties. Provincies hebben dat in meerdere gevallen al gedaan. Een analyse van de meest actuele Omgevingsverordeningen leert ons dat er per provincie andere regels voor zwemmen in oppervlaktewater worden gesteld. Opvallend is daarbij dat de meeste nadere eisen gaan over beheer, onderhoud en waterkwaliteit en in mindere mate over de fysieke veiligheid, het voorkomen van letsel en verdrinking. Verder valt op dat in de meeste Omgevingsverordeningen vooral doelvoorschriften zijn opgenomen. De houder moet dan zelf uitzoeken hoe hij de veiligheid en de gezondheid van de zwemmer kan waarborgen.

(3) Het **algemeen verbod** geldt als je vooraf weet, vermoedt of kunt vermoeden dat een handeling leidt tot een onveilige zwemomgeving. Een dergelijke handeling is dan verboden. Het verbod is bedoeld voor handelingen die (kunnen) leiden tot negatieve gevolgen voor de fysiek of voor de veilige leefomgeving.

Onder de nieuwe wetgeving gelden genoemde zorgplichten voor diegene die gelegenheid biedt tot zwemmen op grond van de Ow. In de oude wetgeving waren in categorie C heldere voorschriften, nu krijgt de houder te maken met algemene zorgplichten en – per provincie – nadere eisen in de Omgevingsverordening via de specifieke zorgplicht. De zorgplichten gelden voor zowel de aangewezen locaties als voor de locaties die niet aangewezen zijn maar waar wel gelegenheid geboden wordt om te zwemmen, ook aangeduid als wildzwemplekken, zoals ook behandeld in de Bogortuin-uitspraken.

De Riaz

In opdracht van de Nationale Raad voor de Zwemveiligheid (NRZ) heeft het Nederlands Instituut Veiligheid Zwemlocaties met een afvaardiging uit de branche een risico-inventarisatie voor aangewezen zwemlocaties (Riaz) ontwikkeld. Met deze Riaz kan de houder zowel de statische als de dynamische risico's voor de zwemmers inventariseren.

Statische risico's zijn de risico's die het hele zwemseizoen door aanwezig zijn, zoals bijvoorbeeld een taludafloop, een drijflijn die een zwemzone afbakt of gegarandeerde toegang voor hulpdiensten. Ook de dagelijks wisselende, dynamische risico's worden in kaart gebracht via de Riaz. Dynamische risico's zijn bijvoorbeeld boten, waterscooters die een zwemzone binnen varen, maar ook sterk wisselende weersomstandigheden, stroming en drukte. Daarbij volgen uit de Riaz voorstellen om passende beheersmaatregelen te treffen, gerelateerd aan de ernst van het geconstateerde risico.

In de meeste Omgevingsverordeningen zijn vooral doelvoorschriften opgenomen.

17. ECLI:NL:HR:2004:AO4224.

18. Zie: Definitielijst Wet hygiëne veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden (WHVBZ) In de uitvoeringspraktijk wordt de 'houder' vaak gelijk gesteld met de 'locatiehouder' en 'locatiebeheerder'.

19. Artikel 1.6 en 1.7 Ow.

Op de houder van een zwemlocatie rusten wettelijk verankerde zorgplichten.

In een letselschadezaak is het dus raadzaam om eerst te beoordelen wat de status van de zwemlocatie is, aangewezen of niet, en of de houder van de zwemlocatie voldaan heeft aan de wet- en regelgeving, waaronder de wettelijke algemene en specifieke zorgplicht(en). Het is daarbij zowel onder de oude regelgeving als onder de Omgevingswet raadzaam om naar de uitvoering en naleving van een risico-inventarisatie te vragen en naar de geldende Omgevingsverordeningen. De houder die tekortschiet in zijn zorgplicht, kan jegens de gewonde zwemmer aansprakelijk zijn voor diens schade. Goed voorstelbaar is daarbij dat de houder bij het ontbreken van een Riaz of bij het niet uitvoeren of naleven daarvan aansprakelijk is, tenzij hij aantoont dat hij alle beheersmaatregelen genomen heeft die redelijkerwijs nodig waren indien de Riaz wel uitgevoerd en nageleefd zou zijn geweest. Een vergelijking kan hier getrokken worden met kwesties van werkgeversaansprakelijkheid waarbij het ontbreken van een RI&E of het niet naleven daarvan één van de argumenten voor de rechter is om tot aansprakelijkheid van de werkgever te komen (zie ECLI:NL:GHARL:2023:9149 en ECLI:NL:RBZWB:2014:5966 inzake twee arbeidsongevallen veroorzaakt door een valpartij.)

Conclusie

In de Bogortuin-casus oordeelde de rechtbank Amsterdam – uiteindelijk – dat de

gemeente onrechtmatig heeft gehandeld, want gevaarzettend en in strijd met haar zorgplicht, door onvoldoende te waarschuwen voor het ondiepe gedeelte in het water. Onder de Ow zou de uitkomst naar onze mening hetzelfde geweest zijn. Op de houder van een zwemlocatie rusten wettelijk verankerde zorgplichten. Bij een (ernstig) incident kan de houder aansprakelijk gesteld worden bij schending van die zorgplicht(en).

Bij een oordeel hierover zal de actuele kennis van de risico's en de inzet van daarbij passende beheersmaatregelen een rol spelen. Om hier het hoofd aan te bieden kan de onlangs ontwikkelde Riaz het beginpunt vormen van de zorgvuldige uitvoering van de nieuwe wet- en regelgeving. Bij een correcte uitvoering en naleving van de Riaz helpen houders niet alleen om ernstig letsel en verdrinking te voorkomen, maar zijn zij ook zelf beter beschermd tegen aansprakelijkheid.

Nawoord

De samenwerking tussen het Nederlands Instituut Veiligheid Zwemlocaties en Berntsen Mulder Advocaten is tot stand gekomen dankzij Meindert Schulting. Hij liep in 2019 een dwarslaesie op door een duik in het water bij een zwemlocatie in Noord-Holland. Sindsdien zet Meindert zich in voor de verhoging van de zwemveiligheid.