



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde

Kruif, C. de

Citation

Kruif, C. de. (2012, December 4). *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde. Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20222>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20222>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20222> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Kruif, Christien de

Title: Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht : de complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde

Date: 2012-12-04

5 De nationale dimensie van verhaal tussen overheden

5.1 INLEIDING¹

Een overheid kan naar Nederlands recht schade veroorzaken door onrechtmatige appellabele besluiten, feitelijke handelingen (bijvoorbeeld handelen of nalaten van toezichthouders), wetgeving en rechtspraak.² Buiten de typische hoedanigheid van overheid kan eveneens aansprakelijkheid ontstaan. Zo is de overheid aansprakelijk jegens derden als bijvoorbeeld (water)wegbeheerder, werkgever en contractspartij. Ook in die positie kan de overheid het EVRM of EU-recht schenden. Het voert te ver dit onderwerp in zijn totaliteit te behandelen. Volstaan kan worden met de vaststelling dat naar Nederlands recht de overheid op al deze gronden aansprakelijk kan zijn jegens een benadeelde. Dit geldt ook als de benadeelde zelf een overheid is.

Om haar schade op de aansprakelijke overheid te verhalen, maakt een benadeelde overheid in de regel gebruik van een actie op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of één van de species-bepalingen zoals artikel 6:170 en 6:174 BW. Zo gebeurde dit bijvoorbeeld in de zaak van de *Wilnisser Dijkdoorbraak*.³ De gemeente Ronde Veenen hield het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht aansprakelijk op grond van artikel 6:174 BW (opstalaansprakelijkheid) voor de waterschade die aan woonwijk Veenzijde 1 was ontstaan vanwege de kadeverschuiving. Door die kadeverschuiving was 230.000 m³ water de polder en de woonwijk ingestroomd. De gemeente verzocht om veroordeling van het waterschap voor de door haar geleden schade, nader op te maken bij staat.

1 Zie voor een eerdere (deel)bewerking van dit hoofdstuk: De Kruif 2011.

2 Zie over overheidsaansprakelijkheid in algemene zin onder meer: Di Bella, Faure & De Mot, Huijgen, Hennekens 2001, Jansen (C.H.M.), Lankhorst, Polak 2012, Polak et al., Schlössels, Schueler, Ten Berge et al. 1995, Van Maanen & De Lange, Van Ravels 2011 en Van Roosmalen. Zie over overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving onder meer: Schutgens en over overheidsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige rechtspraak onder meer: Meijer. Voor aansprakelijkheid van de overheid vanwege gebrekkig toezicht: zie onder meer Barkhuysen & Diepenhorst. Verder komen de verschillende vormen van overheidsaansprakelijkheid aan bod in de gebruikelijke bestuursrechtelijke handboeken.

3 Bijvoorbeeld: HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 m.nt. T. Hartlief en *JB* 2011, 93 m.nt. R.J.B. Schutgens. Zie hierover uitgebreid Hartlief. De gemeente Ronde Veenen hield het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht aansprakelijk op grond van artikel 6:174 BW (opstalaansprakelijkheid) voor de waterschade die aan woonwijk Veenzijde 1 was ontstaan vanwege de kadeverschuiving.

Dit soort verhaalsacties tussen overheden komen overigens niet veel voor, althans niet in gepubliceerde jurisprudentie. Nog minder veelvuldig c.q. niet aanwezig is gepubliceerde jurisprudentie over een overheid die een medeoverheid aanspreekt uit hoofde van regres (artikel 6:10 BW) of deze in een lopende artikel 6:162 BW-procedure in vrijwaring oproept (artikel 210 Rv⁴).

In het kader van politie-optreden zijn wel enkele zaken aan te wijzen die ik in dit hoofdstuk zal bespreken. Ter illustratie alvast een voorproefje. Een man wordt door de Rotterdamse politie aangehouden vanwege een vermeend strafbaar feit. Bij de aanhouding worden ernstige fouten gemaakt waardoor de man in een psychose raakt. Na afloop vordert de man schadevergoeding van de Staat (het OM behoort tot rechtspersoon de Staat). De Staat roept de gemeente Rotterdam daarop in vrijwaring op.⁵ Een andere relatief recente ontwikkeling waarin overheden tegenover elkaar komen te staan, zijn bestuursrechtelijke zaken waarin sprake is van schending van de redelijke termijn die toerekenbaar is aan het bestuur en de rechter. Wanneer de redelijke termijn is overschreden in zaken waarin meerdere malen een besluit is vernietigd en terugverwezen naar het bestuursorgaan speelt de vraag aan wie (de uitvoerende overheid of de rechtsprekende overheid) de schending moet worden toegerekend. Ook op deze manier lijken overheden dus tegenover elkaar te kunnen staan.

In dit hoofdstuk staat het verhalen van schade door een benadeelde overheid op een onrechtmatig handelende overheid centraal waarbij de geschonden norm een zuiver nationale is. Het verhalen van schade vanwege een schending van EU-recht c.q. een EVRM-bepaling vormt het onderwerp van Hoofdstuk 6. Op mogelijkheden om nadeelcompensatie⁶ te verkrijgen, zal ik niet ingaan. Die vorm van schadevergoeding valt buiten het bestek van dit onderzoek. Een overheid die in strijd handelt met het EVRM of met EU-bepalingen pleegt immers een onrechtmatige daad jegens de benadeelde.⁷

Alvorens nader in te gaan op de opbouw van dit hoofdstuk wil ik kort nog een opmerking plaatsen over de vraag of overheden elkaar (zouden) moeten treffen voor de rechter.

Geschillen waarbij alleen overheden tegenover elkaar kunnen staan, noemt men 'zuivere' bestuursgeschillen.⁸ Dit in tegenstelling tot de 'onzuivere' geschillen van bestuur waaronder de geschillen tussen burger en over-

4 Preciezer: eenvoudige of persoonlijke vrijwaring ex artikel 214 Rv (in tegenstelling tot zakelijke vrijwaring ex artikel 212-213 Rv).

5 HR 13 mei 1988, *AB* 1988, 468, m.nt. F.H. van der Burg en *NJ* 1989, 896, m.nt. W. Konijnenbelt.

6 Zie hiervoor uitgebreid: Tjepkema. Uiteraard bestaan er verschillende mechanismen tussen overheden op grond waarvan over en weer kosten worden gecompenseerd, zoals bijvoorbeeld artikel 6.8 Wro. Zie daarover onder meer: Van Buuren, p. 344 e.v.

7 Zie ook: Polak 2012, p. 139.

8 o.a. Van der Vlies et al., p. 17-18.

heid worden verstaan. Voor de beslechting van deze zuivere bestuursgeschillen gaf de uitspraak *Benthem*⁹ indertijd in het licht van artikel 6 EVRM geen dwingende oplossing met als gevolg dat voor die geschillen de vraag bleef bestaan waar *Loeffen Struycken* al over streden: bestuur of rechter?

Het systeem van beslechting van zuivere bestuursgeschillen dat naar huidig recht bestaat, is op hoofdlijnen het volgende. Artikel 136 Gw bepaalt dat geschillen tussen openbare lichamen bij KB worden beslist tenzij de beslechting ervan bij wet aan anderen is opgedragen c.q. de rechterlijke macht hieromtrent bevoegd is. Voor die geschillen die derhalve niet onder de 'tenzij-formule' vallen, is het antwoord in ieder geval 'het bestuur'. De 'tenzij-formule' omvat naar huidig recht nagenoeg alle geschillen. Ten eerste staat voor overheden (bestuursorganen) tegen besluiten in de zin van de Awb beroep open op de bestuursrechter (artikel 8:1 Awb). Artikel 1:2 lid 2 Awb bepaalt in dat verband dat voor bestuursorganen de hun toevertrouwde belangen als hun eigen belangen hebben te gelden. Alleen voor van beroep uitgezonderde besluiten c.q. voor handelingen die geen besluit in de zin van de Awb opleveren, is de bestuursrechter niet bevoegd maar is de burgerlijke rechter de bevoegde restrechter. In dat kader bepaalt artikel 3:305b BW dat publiekrechtelijke rechtspersonen bevoegd zijn om rechtsvorderingen in te stellen ter bescherming van de belangen van andere personen voor zover hun de behartiging daarvan is toevertrouwd. Het pleit is met andere woorden beslecht ten voordele van de rechter.

Wat de mogelijke procedures betreft die in dit onderzoek centraal staan – verhaalsacties tussen overheden onderling – zal doorgaans sprake zijn van zuivere bestuursgeschillen. Deze kunnen verticaal (hogere – lagere overheid) dan wel horizontaal (bijvoorbeeld gemeente - gemeente) zijn. In theorie echter kunnen daar ook particulieren bij zijn betrokken: bijvoorbeeld in geval van terugvordering van staatssteun of subsidies (benadeelde projectuitvoerders). In ieder geval zal dan sprake zijn van pseudo-zuivere bestuursgeschillen c.q. onzuivere bestuursgeschillen. Met betrekking tot de zuivere bestuursgeschillen in dit verband kort het volgende.

De laatste tijd lijkt de kwestie van bestuursgeschillen opnieuw in de aandacht te staan: met name met betrekking tot de vraag of overheden dezelfde rechtsbeschermingsmogelijkheden als burgers zouden moeten hebben. Zo is in artikel 1.4 van de Crisis- en herstelwet (Chw) het beroepsrecht voor mede-overheden beperkt:

'Artikel 1.4

In afwijking van artikel 8:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht kan een niet tot de centrale overheid behorende rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of een niet tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan geen beroep instellen tegen een besluit, indien dat besluit niet is gericht tot die rechtspersoon of tot een orgaan van die rechtspersoon, onderscheidenlijk tot dat bestuursorgaan of tot de rechtspersoon waartoe dat bestuursorgaan behoort.'

9 EHRM 23 oktober 1985, *Benthem t. Nederland*, AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin

In de MvT hierbij¹⁰ wordt gesteld dat ‘in de onderlinge verhoudingen tussen overheden’ ‘de gang naar de rechter’ minder goed zou passen. Met name niet wanneer het gaat om ‘urgente projecten’. Aangesloten wordt bij het rapport van de Commissie Elverding uit 2008 ‘Sneller en beter’ die dit reeds propageerde ten aanzien van tracébesluiten. Overheden zouden hun geschillen in goed bestuurlijk overleg moeten oplossen en niet ten overstaan van de rechter. Artikel 1.4 Chw is echter om twee redenen niet effectief. Ten eerste behouden die overheden die geadresseerde zijn van besluiten hun beroepsrecht bij de bestuursrechter. Ten tweede laat artikel 1.4 Chw de aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter onverlet. Juist met betrekking tot geschillen tussen overheden en het Rijk heeft de Hoge Raad deze restbevoegdheid van de burgerlijke rechter meermaals bevestigd.¹¹

In het Kabinetsstandpunt *Juridisering in het openbaar bestuur*¹² is overwogen dat ‘de schroom om onderlinge bestuurlijke conflicten naar buiten te brengen door het aanspannen van een procedure bij de rechter’ bijna geheel is verdwenen. In dit kabinetsstandpunt is indertijd aangekondigd te onderzoeken of zuivere bestuursgeschillen ook op een alternatieve wijze kunnen worden beslecht. Dit heeft toen geleid tot de notitie *Alternatieve afdoening van bestuursgeschillen*.¹³ De consequentie hiervan was dat het kabinet heeft uitgesproken dat geschillen die neerkomen op een geschil over beleidsopvattingen ‘bij voorkeur’ door het bestuur zelf moeten worden opgelost (en dus niet door de rechter). Echter, omdat uit onderzoek bleek dat slechts enkele van die geschillen voor de rechter werden gebracht, zag het kabinet geen aanleiding om wijzigingen aan te brengen in het rechtsbeschermingsstelsel. Dit ook omdat een aantal geschillen geen zuivere bestuursgeschillen zijn maar geschillen waar ook burgers in principe (pseudo-zuiver bestuursgeschil) c.q. daadwerkelijk (onzuiver bestuursgeschil) bij betrokken (kunnen) zijn. Aldus is indertijd niet besloten tot een wijziging van ons rechtsbeschermingsstelsel. In dit verband kan worden gewezen op enkele normatieve eisen waar de beslechting van bestuursgeschillen aan zou moeten voldoen.¹⁴ Genoemd zijn: rechtszekerheid en rechtseenheid, transparantie, onpartijdigheid, deskundigheid, het vereiste van hoor- en wederhoor, verantwoording en snelheid.¹⁵ Deze vereisten zouden ook (kunnen) gelden voor financiële zuivere bestuursgeschillen. Daarover meer in Hoofdstuk 7 van dit onderzoek.

Wat de financiële bestuursgeschillen betreft, blijkt dat in de Wet NERpe er voor is gekozen om rechtsbescherming open te stellen tegen het verhaalsrecht. Uitgangspunt is dat, net als bij de aanwijzingsbesluiten en de besluiten tot indeplaatstreding die in de Wet NERpe zijn opgenomen, een verhaals-

10 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 11 en 44.

11 o.a. HR 5 februari 1993, *RvdW* 1993, 49 en *NJ* 1995, 716 m.nt. M. Scheltema, r.o. 4.2.

12 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 28.

13 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 286, nr. 1.

14 Van der Vlies et al., p. 26-39.

15 Van der Vlies et al, p. 27 e.v.

besluit niet 'rauwelijks' mag worden genomen: slechts na overleg tussen de betrokken entiteiten (voor aanwijzingen: artikel 4, eerste lid Wet NERpe en voor verhaalsbesluiten: artikel 7, tweede lid Wet NERpe). Zowel tegen de besluiten tot het geven van aanwijzingen en indeplaatstreden als tegen verhaalsbesluiten staat beroep open bij de bestuursrechter. Voor de aanwijzing en de indeplaatstreding staat rechtstreeks beroep open op de ABRvS (geen bezwaarprocedure) ex artikel 6, eerste lid Wet NERpe. Wat verhaalsbesluiten betreft, geldt de normale Awb-rechtsgang van bezwaar, beroep en hoger beroep. Voor het verhalen van schade door medeoverheden verwijst de MvT naar de onrechtmatige daadsactie ex artikel 6:162 BW. Vooralnog is voldoende vast te stellen dat financiële conflicten tussen overheden – ook in geval van zuivere bestuursgeschillen – ook wat de wetgever betreft, voorgelegd kunnen worden aan de rechter. Geconcludeerd kan worden dat geen van de in dit hoofdstuk nader te beschrijven verhaalsacties uitgesloten zal zijn voor overheden. Hoewel de voorkeur uitgaat naar een minnelijke oplossing van bestuursgeschillen geldt dat ook overheden hun onderlinge geschillen uiteindelijk aan een rechter moeten kunnen voorleggen.

Met dit in het achterhoofd heeft Hoofdstuk 5 de volgende opbouw. Zoals gezegd, is de benadeelde overheid voor verhaal in de regel aangewezen op acties op grond van het BW. Die mogelijkheden en jurisprudentie worden besproken in paragraaf 5.3 van dit hoofdstuk. Schadevergoeding en verhaal van kosten is echter eveneens mogelijk op grond van de Awb. Deze publiekrechtelijke mogelijkheden bespreek ik in paragraaf 5.2. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 5.4).

5.2 PUBLIEKRECHTELIJKE VERHAALSINSTRUMENTEN

5.2.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de algemene procedurele mogelijkheden in kaart gebracht die een bestuursorgaan ten dienste staan om met behulp van het publiekrecht schade of andere kosten te verhalen. Daarbij zijn bijzondere verhaalsregelingen zoals bijvoorbeeld artikel 75 van de Wet Bodembescherming buiten beschouwing gelaten.¹⁶ Voor dit onderzoek hebben deze bijzondere verhaalsregelingen geen meerwaarde. Zoals in Hoofdstuk 6 zal worden besproken, is er namelijk een aantal bijzondere publiekrechtelijke verhaalsregelingen waarmee bedragen kunnen worden verhaald die vanwege schending van EU-recht c.q. EVRM aan een derde-partij zijn betaald. Voor zover deze regelingen niet gelden, zal aangesloten moeten worden bij de algemene publiekrechtelijke verhaalsmogelijkheden in de Awb. In dit hoofdstuk is om die reden geïnventariseerd welke algemene instrumenten de Awb bevat voor overheden om schade of kosten op elkaar te verhalen.

16 Zie hierover onder meer Bierbooms.

Een eerste vaststelling is dat de Awb geen algemene verhaalsregeling kent die specifiek aan overheden de mogelijkheid verschaft om geleden schade of gedane uitgaven te verhalen. Enerzijds biedt de Awb in artikel 8:73 wel de mogelijkheid om bij gegrondverklaring van het beroep de bestuursrechter te verzoeken het bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van de geleden schade. Dit verzoek kan alleen worden ingediend hangende het beroep bij de bestuursrechter. Het biedt geen zelfstandige ingang om over schade te procederen bij de bestuursrechter. Daarin brengt het wetsvoorstel voor de Wet nadeelcompensatie en onrechtmatige besluiten¹⁷ in de toekomst verandering. Anderzijds bevat de Awb sinds de vierde tranche een regeling voor de invordering van bestuursrechtelijke geldschulden (artikelen 4:85-4:125 Awb). Deze regeling is ook van toepassing op geldschulden tussen bestuursorganen. Het zijn deze twee publiekrechtelijke manieren om aan derden gedane uitgaven te verhalen, die in paragraaf 5.2 zullen worden besproken (paragrafen 5.2.2-5.2.3).

Een vreemde eend in dit verband is de terugvorderingsbevoegdheid van een bestuursorgaan uit hoofde van de subsidietitel van de Awb. Hoewel deze door mij niet strikt als 'verhaalsmogelijkheid' wordt beschouwd, moet hierover wel een opmerking worden gemaakt. In de regel wordt deze bevoegdheid immers niet gebruikt om gelden die men aan een derde heeft moeten betalen, te recupereren. In het kader van ESF, ELGF, ELFPO en EFRO-subsidies echter kan deze bevoegdheid wel worden aangewend om gelden te verhalen die men eerder aan de Unie of het Rijk heeft moeten terugbetalen. In dat geval wordt de terugvorderingsbevoegdheid uit de Awb gebruikt voor de 'Europese' dimensie van verhaal. Zoals hiervoor al opgemerkt, staat in dit hoofdstuk de 'nationale' dimensie van verhaal centraal. Om die reden is ervoor gekozen de Awb-terugvorderingsbevoegdheid niet in dit hoofdstuk te behandelen maar in Hoofdstuk 6.

5.2.2 Schadevergoeding in de Awb

Zoals bekend, kunnen bestuursorganen belanghebbende zijn bij een appellabel besluit van een ander bestuursorgaan (artikel 1:2 lid 2 Awb). Een willekeurig voorbeeld ter illustratie:

De Minister van Verkeer en Waterstaat en de Staat verzetten zich tegen het besluit van het college van B&W van Hengelo waarbij aan de Staat (de Minister van Verkeer en Waterstaat) als wegbeheerder een last onder dwangsom wordt opgelegd om "zodanige maatregelen aan en langs de A1 te Hengelo te treffen, dat alsnog wordt voldaan aan artikel 3 van de bij het bestemmingsplan "Rijksweg 1, gedeelte Buren-Hengelo Oost" behorende voorschriften." Omdat in rechte blijkt dat voor dit besluit geen grond bestond, herroept de Afdeling dit besluit.¹⁸

17 Kamerstukken I 2011/12, 32 621, A.

18 ABRvS 19 december 2001, JB 2002, 49 m.nt. H. Peters.

Als blijkt dat het bestreden besluit onrechtmatig is, bestaat in beginsel grond voor schadevergoeding (artikel 8:73 Awb) en/of een proceskostenveroordeling (artikel 8:75 Awb). Soms kan dit leiden tot een vreemde situatie zoals het volgende voorbeeld illustreert:

De gemeente Heerlen tekent samen met enkele andere appellanten beroep aan tegen de door het college van B&W van de gemeente Heerlen verstrekte milieuvergunning voor een tippelzone. Het beroep van de gemeente is gegrond. Volgens de Afdeling bestaat er geen aanleiding tot een proceskostenveroordeling 'nu verweerders een orgaan van deze appellante vormen en een dergelijke vergoeding dus ten laste van appellante sub 1 zelf zou komen'.¹⁹

Als de bestuursrechter voornemens is het bestreden besluit te vernietigen, kan het schadelijgende bestuursorgaan een verzoek tot schadevergoeding indienen bij de bestuursrechter via artikel 8:73 Awb of bij het bestuursorgaan dat het vernietigde besluit nam.²⁰ De rechtspersoon waartoe het schadelijgende bestuursorgaan behoort (artikel 1:1 lid 4 Awb) kan ook besluiten een actie ex artikel 6:162 BW in te stellen bij de burgerlijke rechter.²¹ Dat kan zowel rechtstreeks – althans nadat de onrechtmatigheid van het bestreden besluit is vastgesteld – als via een zelfstandig schadebesluit.²² Bij schade veroorzaakt door ander handelen van bestuursorganen is in de regel de burgerlijke rechter bevoegd.²³ Bekend voorbeeld daarvan is de in de Inleiding op dit hoofdstuk genoemde zaak van de *Wilnisser Dijkdoorbraak*.

De bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter is op basis van jurisprudentie tot stand gekomen. Het wetsvoorstel voor de Wet Nadeelcompensatie en onrechtmatige besluiten (wetsvoorstel nadeelcompensatie en onrechtmatige besluiten) dat door de Tweede Kamer

19 ABRvS 3 november 2000, *JB* 2000, 348 en *AB* 2001, 75. Ook kan gewezen worden op een eerdere zaak tussen de gemeente Heerlen en het college van B&W van de gemeente Heerlen in verband met de door de laatste verleende kapvergunning ten behoeve van de tippelzone: Pres. rb. Maastricht 30 september 1999, *LJN* AA4892.

20 Het antwoord van het bestuursorgaan op dit verzoek is een zogenoemd zelfstandig schadebesluit: ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 m.nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop).

21 De burgerlijke rechter is bevoegd zodra de eiser stelt dat onrechtmatig jegens hem is gehandeld: HR 15 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (Guldemonde/Noordwijkerhout) en HR 17 december 1999, *AB* 2000, 89, m.nt. P.J.J. van Buuren (Groningen/Raatgever). Dan is immers sprake van een schuldvordering in de zin van artikel 112 Grondwet. Zie specifiek in het kader van bevoegdhedenovereenkomsten: HR 8 juli 2011, (Etam/Zoetermeer), *AB* 2011, 298 m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, *JB* 2011, 186 en *NJ* 2011, 463.

22 HR 17 december 1999, *AB* 2000, 89, m.nt. P.J.J. van Buuren (Groningen/Raatgever) en HR 15 november 2002, *AB* 2003, 95 m.nt. P.J.J. van Buuren.

23 Uitzonderingen daargelaten zoals feitelijke handelingen jegens ambtenaren (artikel 8:1 lid 2 Awb).

is aangenomen, brengt hierin aanzienlijke wijzigingen.²⁴ Ten aanzien van het *onrechtmatig* handelen wordt voorzien in een Awb-titel 8.4 'Schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten' (artikelen 8:88-8:95 Awb). Deze titel heeft tot gevolg dat de huidige bestuursrechtelijke mogelijkheden om schadevergoeding te verkrijgen, worden geschrapt (inclusief artikel 8:73 Awb). Artikel 8:88 Awb bepaalt dat de bestuursrechter bevoegd is kennis te nemen van een verzoekschrift van een belanghebbende om vergoeding van de door het bestuursorgaan veroorzaakte schade. Het bestuursorgaan dient hierop een verweerschrift in (artikel 8:94, eerste lid, Awb jo artikel 8:75a Awb). De bestuursrechter beoordeelt zelfstandig het verzoek om schadevergoeding en bepaalt de hoogte daarvan. Indien hij het verzoek geheel of gedeeltelijk toewijst, wordt het bestuursorgaan veroordeeld tot schadevergoeding (artikel 8:95 Awb). Een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding levert een executoriale titel op die met behulp van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer wordt gelegd (artikel 8:76 Awb).

Voorafgaand aan het verzoek om schadevergoeding aan de bestuursrechter moet de benadeelde in beginsel het bestuursorgaan om schadevergoeding vragen (artikel 8:90, tweede lid, Awb). Dit laat onverlet dat ook hangende het (hoger) beroep tegen het schadeveroorzakend handelen een verzoekschrift kan worden ingediend (artikel 8:91 Awb). In dat geval beslist de bestuursrechter. De bestuursrechter wordt exclusief bevoegd te oordelen over schadeverzoeken op het terrein waarop de CRvB en de belastingkamers bevoegd zijn (artikel 8:89, eerste lid, Awb). Dit geldt dan voor schade veroorzaakt door onrechtmatige besluiten of door andere onrechtmatige handelingen ter voorbereiding op besluiten voor zover het besluit onrechtmatig is (artikel 8:88, eerste lid, onder a en b, Awb). Met betrekking tot schade geleden op terreinen waarop de ABRvS en het CBb bevoegd zijn, wordt de burgerlijke rechter exclusief bevoegd. Hierop geldt een uitzondering voor de zogenoemde 'kleinere' schadezaken. Betreft het een schadeverzoek van minder dan EUR 25.000,- dan is de ABRvS respectievelijk het CBb bevoegd (artikel 8:89, tweede lid, Awb). In dat geval heeft de belanghebbende namelijk de keuze: ofwel voorleggen aan de bestuursrechter ofwel aan de burgerlijke rechter. Het wetsvoorstel bevat eveneens een regeling om gelijktijdige procedures over dezelfde schade te voorkomen (artikel 8:89, derde en vierde lid, Awb).

Concluderend kan worden opgemerkt dat het wetsvoorstel de competentieverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter grondig wijzigt. Het wetsvoorstel bevat geen materiële bepalingen over schadevergoeding maar alleen procedurele. Op deze materiële criteria wordt ingegaan in paragraaf 5.3 en in Hoofdstuk 6.

24 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621 nrs.1-6. Op 27 maart 2012 is het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen en naar de Eerste Kamer gezonden, zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 621, nr. A. Over het wetsvoorstel is zeer veel geschreven: zie voor een overzicht daarvan Polak et al., voetnoot 24. Zie onder meer: Alders, Scheltema 2011, Van Ettekoven, Van Ravels & Tjepkema, Van Ravels 2011(I) en (II).

5.2.3 Bestuursrechtelijke geldschulden in de Awb

Sinds de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb per 1 juli 2009²⁵ beschikt men over een uniforme algemene bestuursrechtelijke regeling voor het verhalen van bestuursrechtelijke geldschulden. Hoewel de Awb hierover geen specifieke bepalingen bevat (op artikel 4:109 Awb na), geldt deze regeling ook voor de situaties waarin overheden elkaars crediteur en debiteur zijn ten aanzien van een bestuursrechtelijke geldschuld.²⁶ Een zogenoemde bestuurlijke geldschuld in de zin van artikel 4:85 Awb, is een geldschuld die voortvloeit uit²⁷

- 'a. een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt; of
- b. een besluit dat vatbaar is voor bezwaar of beroep.'

In de regel bepaalt het wettelijk voorschrift genoemd onder a dat de betalingsverplichting bij beschikking moet worden vastgesteld.²⁸ Onder omstandigheden zijn er ook beschikkingen die niet gebaseerd zijn op een wettelijke grondslag. Dat zijn de geldschulden die voortvloeien uit een besluit onder b. Een voorbeeld daarvan zijn zuivere en onzuivere schadebesluiten.²⁹ Naast beschikkingen kunnen bijvoorbeeld beleidsregels de grondslag zijn voor schadevergoeding. Een beleidsregel is echter op grond van artikel 8:2 Awb niet vatbaar voor bezwaar en beroep en de daaruit voortvloeiende schadeverplichting is geen bestuurlijke geldschuld in de zin van artikel 4:85 Awb. Uiteraard kan het daarbij gaan om vergoeding van schade vanwege rechtmatige en onrechtmatige daad. De invordering van bestuursrechtelijke geldschulden wordt hier besproken voor zover relevant voor het verhalen van schade of uitgaven in geval van een onrechtmatig handelend bestuursorgaan.

Verplichtingen tot betaling van leges en griffierechten zijn uitdrukkelijk uitgezonderd van de definitie van bestuursrechtelijke geldschuld (artikel 4:85 leden 2 en 3 Awb). De betalingsverplichting die voortvloeit uit een opgelegde bestuurlijke boete is niet uitgezonderd en wordt op grond van

25 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nrs. 1 t/m 13 en *Kamerstukken I* 2006/07, 29 702, nrs. A t/m F en *Stb.* 2009, 264 (bekendmaking) en *Stb.* 2009, 265 (inwerkingtreding).

26 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 47 waarin artikel 4:99 BW nader wordt toegelicht. Krachtens die bepaling stelt het bestuursorgaan de verschuldigde wettelijke rente per beschikking vast. In de MvT wordt overwogen dat een bestuursorgaan ten voordele van de burger kan afzien van het in rekening brengen van wettelijke rente. Wanneer crediteur en debiteur beide bestuursorgaan zijn, kan het bestuursorgaan-crediteur hier volgens de MvT eveneens van afzien.

27 In titel 4.4 Awb 'Bestuursrechtelijke geldschulden' is hiervoor een algemene regeling opgenomen.

28 Kortmann (C.N.J.) 2011.

29 Kortmann (C.N.J.) 2011. Zie Scheltema 2011 over de gevolgen van het wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten voor de toepasselijkheid van de regeling met betrekking tot de invordering van bestuurlijke geldschulden op zuivere en onzuivere schadebesluiten.

een wettelijk voorschrift vastgesteld bij beschikking. De boete is daarmee een bestuursrechtelijke geldschuld. Ook overheden leggen elkaar onderling bestuurlijke boetes op die met behulp van de vierde tranche kunnen worden ingevorderd. Als een minister een boete oplegt aan een ander ministerie doet zich een enigszins wonderlijke situatie voor. De boete moet in civielrechtelijke zin immers betaald en ontvangen worden door één en dezelfde rechtspersoon: de Staat. Ter illustratie wijs ik op een voorbeeld uit de praktijk:

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid legt het ministerie van Verkeer en Waterstaat (Rijkswaterstaat Bouwdienst, directie Verkeersinfrastructuur) een bestuurlijke boete op van € 8.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV). Zowel de Staat als het ministerie vechten het boetebesluit van de minister aan. Zonder resultaat.³⁰

Met betrekking tot het onderwerp van bestuurlijke geldschulden was het aanvankelijk alleen de bedoeling om een uniforme regeling voor de *invordering* daarvan bij dwangbevel te ontwerpen.³¹ Hiervan is afgezien omdat het noodzakelijk werd geacht om ook bijkomende zaken zoals de verschuldigdheid van wettelijke rente, verzuim e.d. nader te regelen. Voor de invordering bij dwangbevel en voor deze bijkomende zaken werd voorheen aangesloten bij het privaatrecht. Na verloop van tijd bevatten verschillende bijzondere wetten aparte bepalingen.³² In het kader van de gewenste uniformiteit is daarom gekozen voor een algemene bestuursrechtelijke regeling voor het verhalen van bestuursrechtelijke geldschulden. Hierna wordt deze algemene regeling kort toegelicht omdat overheden zich met behulp van deze regeling onderling op elkaar kunnen verhalen.

De regeling omtrent invordering van bestuursrechtelijke geldschulden is in het bijzonder relevant voor dit onderzoek. De verhaalsbevoegdheid die is opgenomen in de in paragraaf 6.2.4 te bespreken Wet NERpe creëert een bestuursrechtelijke geldschuld. Op het invorderen van deze geldschuld is de vierde tranche Awb van toepassing verklaard.

Zoals hiervoor al uiteengezet, wordt de verplichting tot betaling van de bestuursrechtelijke geldschuld vastgesteld bij beschikking (artikel 4:86 Awb).³³ Deze beschikking moet vatbaar zijn voor bezwaar en beroep (artikel 4:125, eerste lid Awb). Artikel 4:93 Awb bevat de mogelijkheid dat in plaats van betaling gekozen wordt voor verrekening maar alleen als dat bij bijzondere wet is mogelijk gemaakt. Voorts bevat artikel 4:95 lid 4, Awb de mogelijkheid om ook onverschuldigd betaalde voorschotten terug te vorderen.

30 ABRvS 12 mei 2010 (200901893/1/V6 (LJN BM4166)), JB 2010, 213 en JV 2010, 301. Zie voor vergelijkbare zaken: ABRvS 12 mei 2010 (200901894/1/V6 (LJN BM4167) en 200901898/1/V6 (LJN BM4168 en AB 2010, 185 en NJB 2010, 1118)).

31 Zie: *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, A, p. 63.

32 Zie bijlage 1 bij de Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3.

33 Zie *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 36 -37 voor uitzonderingen hierop.

Op grond van het vijfde lid kan het voorschot worden teruggevorderd bij dwangbevel indien dit ook is toegestaan voor de hoofdsom.

Afdeling 4.4.2 Awb bevat voorts een regeling met betrekking tot de wettelijke rente (vgl. artikel 6:119 BW). Deze is verschuldigd vanaf het moment dat de schuldenaar in verzuim is (artikel 4:98 lid 1 Awb). Verzuim treedt in met ommekomst van de niet gebruikte betalingstermijn (artikel 4:97 Awb). Die termijn begint te lopen vanaf het bekendmaken van de beschikking. Hoofregel is een betalingstermijn van zes weken. Daarvan kan bij bijzondere wet worden afgeweken. Ook het bedrag aan verschuldigde rente wordt per beschikking vastgesteld (artikel 4:99 Awb). Artikel 4:102 Awb regelt de verschuldigdheid van wettelijke rente in geval van gehonoreerde bezwaar of beroepsgronden die tot herziening leiden van het besluit waarbij de bestuurlijke geldschuld is vastgesteld of in geval het bestuursorgaan ambtshalve dit besluit wijzigt of intrekt. Over de verschuldigdheid van wettelijke rente in die gevallen is, zeker in het sociale zekerheidsrecht, wel geprocedureerd. Een algemene bestuursrechtelijke regeling zoals de vierde tranche biedt, kon dus geen kwaad.³⁴

Overigens blijkt uit de Memorie van Toelichting (MvT) dat voor andere schade de vierde tranche geen regeling geeft. De vergoeding van die schade wordt vooralsnog (althans materieel) beheerst door het burgerlijk recht.³⁵ Ter illustratie noem ik twee schadeposten. Ten eerste wijkt de regeling van de vierde tranche met betrekking tot de verschuldigdheid van wettelijke rente af van de vigerende jurisprudentie zodat burgers of medeoverheden met een gedeelte van hun schade zouden kunnen blijven zitten.³⁶ Volgens de MvT is dat niet het geval omdat de jurisprudentie op dat punt blijft gelden:³⁷

‘Wanneer een onjuiste beschikking na bezwaar of beroep wordt vervangen door een nieuwe beschikking, dient het bestuursorgaan over een eventuele nabetaling wettelijke rente te vergoeden vanaf het moment waarop beslis- en betalingstermijn tezamen zijn verstreken. In reacties op het voorontwerp is de vraag gesteld of dit niet een breuk betekent met de huidige jurisprudentie, waarin terzake van onrechtmatige besluiten de wettelijke rente wordt berekend vanaf de datum van het onjuist gebleken besluit. Voorzover het onderliggende besluit een schadeveroorzakend besluit is, zij er aan herinnerd dat de hier voorgestelde regeling de vaststelling van de omvang van de schade, met inbegrip van de eventueel daarover te betalen rente, onverlet laat. Van de jurisprudentie wordt hier dus geen afstand genomen.’

34 Bijvoorbeeld: CRvB 8 oktober 2009, *JB* 2009, 276 m.nt. R.J.N.Schlössels. Het is overigens de vraag of artikel 4:102 Awb een goede regeling bevat voor het in die zaak aan de orde zijnde geval. De SvB had immers haar besluit inzake kinderbijslag *aangehouden*. Er is immers in artikel 4:100 Awb een regeling opgenomen voor het verschuldigd zijn van wettelijke rente wanneer een bestuursorgaan te laat een besluit neemt omtrent de bestuurlijke geldschuld. In het geval van de SvB zal waarschijnlijk aangesloten worden bij de regeling omtrent ambtshalve herzien van het besluit.

35 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 50.

36 Althans voor wat betreft het moment van verschuldigdheid. Daarvoor werd aangesloten bij het burgerlijk recht. Zie CRvB 30 maart 1995, *AB* 1995, 334, m.nt. R.M. van Male en *JB* 1995, 99 m.nt. F.A.M. Stroink en ABRvS 21 april 1995, *AB* 1995, 422, m.nt. H.M.T. Holtmaat en *JB* 1995, 146 m.nt. F.A.M. Stroink.

37 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 50.

Vergoeding van deze schade zal dus apart beoordeeld moeten worden, bijvoorbeeld via artikel 8:73 Awb, een zelfstandig schadebesluit of een actie uit onrechtmatige daad. Een tweede voorbeeld van de 'andere' schade is de schade die vanwege de nabetaling is ontstaan bijvoorbeeld misgelopen huursubsidie of een niet-ontvangen studietoelage. Uit jurisprudentie van de CRvB volgt dat over schade die is veroorzaakt door het vernietigde besluit apart moet worden geoordeeld 'indien en voorzover de vergoeding ervan niet onder de reeds vergoede wettelijke rente geacht moet worden te zijn begrepen'.³⁸

Tot slot bevat Afdeling 4.4.4 een regeling met betrekking tot aanmaning en invordering bij dwangbevel. Tot inwerkingtreding van de vierde tranche verkreeg men alleen via de burgerlijke rechter een executoriale titel. Sinds de vierde tranche is dit niet meer nodig: artikel 4:115 Awb bevat een regeling ten aanzien van de invordering bij dwangbevel. Daarvan kan gebruik worden gemaakt indien men op grond van een bijzondere wet bevoegd is om bij dwangbevel in te vorderen. Het betreft hier een zeer ingrijpende bevoegdheid. De formele wetgever dient zich dan ook telkens af te vragen of het toekennen van de dwangbevelsbevoegdheid echt noodzakelijk is.³⁹ Opgemerkt zij dat in de Wet NERpe invordering bij dwangbevel mogelijk is gemaakt (artikel 7 lid 3 Wet NERpe). Indien de bijzondere wet de dwangbevelsbevoegdheid in het leven heeft geroepen, kan op Afdeling 4.4.4 Awb teruggegrepen worden voor een aantal algemene regels.

5.2.4 Conclusie paragraaf 5.2

Uit het voorgaande blijkt dat het bestuursrecht (Awb) geen algemene regeling kent voor het leerstuk van onderling verhaal tussen overheden vanwege onrechtmatige daad. Op aspecten is regeling in de Awb wel op handen.

Zo is in de eerste plaats in de Awb een regeling ingevoerd voor het verhalen van bestuursrechtelijke geldschulden. Hoewel die regeling in beginsel geschreven is ten behoeve van de rechtsverhouding tussen overheid en burger, is zij ook toepasbaar wanneer crediteur en debiteur beide bestuursorganen zijn. Voor het invorderen van een bestuursrechtelijke geldschuld die bij beschikking is vastgesteld en de daarover verschuldigde wettelijke rente is dus inmiddels voorzien in een algemene bestuursrechtelijke regeling. Deze regeling is echter niet uitputtend bedoeld voor andere soorten schade die het gevolg kunnen zijn van een onrechtmatig besluit.

In de tweede plaats is een wetsvoorstel aanhangig dat een nadere regeling bevat voor de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter in zaken waarin de overheid aansprakelijk is voor (on)rechtmatig handelen. Het wetsvoorstel bevat geen materiële bepalingen omtrent de

38 CRvB 3 november 1998, RSV 1999, 20. Aangesloten wordt bij de jurisprudentie van de Hoge Raad m.b.t. belastingschade: HR 8 december 1995, NJ 1997, 163; idem CRvB 28 juni 2002, AB 2003, 9 en JB 2002, 232.

39 Scheltema 2005, p. 118-119. Ibidem: voetnoot 40.

vaststelling van aansprakelijkheid. Daarvoor gelden nog steeds de uitgangspunten van artikel 6:162 BW waarover meer in paragraaf 5.3. Dit wetsvoorstel wijzigt de mogelijkheden naar huidig Nederlands recht om schadevergoeding van een overheid te verkrijgen. Zo vervalt onder meer artikel 8:73 Awb. Tot zover een korte beschrijving van de bestaande algemene bestuursrechtelijke regelingen voor het verhalen van schade op een andere overheid.

5.3 VERHAAL OP GROND VAN HET BURGERLIJK RECHT

5.3.1 Inleiding

Ook het BW kent geen algemene regeling van onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor (on)rechtmatige daad. Dat is niet verwonderlijk. Het leerstuk van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen, ontbeert eveneens een bijzondere regeling: de rechtsgrondslag is 'gewoon' onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).⁴⁰

Als rechtspersoon zijn overheden uit hoofde van artikel 6:162 BW aansprakelijk voor de handelingen van hun organen c.q. voor die handelingen die in het maatschappelijk verkeer te gelden hebben als handelingen van de rechtspersoon.⁴¹ Aanvankelijk was dit anders.⁴² Maar sinds de bekende uitspraak *Knabbel en Babbel*⁴³ is volgens de Hoge Raad bij de vraag of een gemeente aansprakelijk is voor uitlatingen van een wethouder niet beslissend of de wethouder als orgaan van de gemeente is erkend maar alleen of de wethouder in functie handelt. In dat geval moet de gedraging *in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de gemeente* gelden.⁴⁴ Bij deze toerekening is wel relevant dat de uitlatingen *bevoegdlijk* worden gedaan.⁴⁵ Voor onrechtmatig handelen van bestuursorganen bevat de Awb inmiddels de regel dat de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan de rechtspersoon

40 Zie over het overheidsaansprakelijkheidsrecht in het algemeen: Van Roosmalen. Zie over de historische ontwikkeling ervan: Di Bella 2012 (I). Zie over het karakter van overheidsaansprakelijkheid: Polak 2012. Zie over causaliteit en relativiteit in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: Di Bella 2012 (II), Kortmann & Van der Grinten.

41 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner, *AB* 1979, 356 m.nt. J.R. Stellinga en *RvdW* 1979, nr. 59, (Knabbel en Babbel).

42 Men hing de orgaantheorie aan op grond waarvan de rechtspersoon werd vereenzelvigd met zijn organen. Dat de Staat aldus onrechtmatige daden kon plegen, werd aangenomen in het Ostermann-arrest: HR 20 november 1924, *NJ* 1925, p. 89-91. Zie ook: Timmerman in: Ten Berge et al, 2000, p. 115 t/m 118.

43 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner, *AB* 1979, 356 m.nt. J.R. Stellinga en *RvdW* 1979, nr. 59 (Knabbel en Babbel).

44 Timmerman in: Ten Berge et al. 2000, p. 120. Zie ook bijvoorbeeld: *NJ* 2010/371 en *JB* 2010/173.

45 Bijvoorbeeld bij onbevoegd gedane toezeggingen: HR 1 mei 1987, *AB* 1987, 370, m.nt. F.H. van der Burg tevens in: *NJ* 1988, 949 m.nt. MS n *Gst.* 1988/6852, p. 133 m.nt. L.J.A. Damen.

treffen waartoe dat bestuursorgaan behoort (artikel 1:1 lid 4 Awb).⁴⁶ Sinds de uitspraak inzake *Hoffman-La Roche*⁴⁷ staat bovendien vast dat met de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter vanwege strijd met het recht of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet alleen de onrechtmatigheid is gegeven maar ook de schuld (toerekening). Dit betekent dat ook als 'echte' schuld ontbreekt, de overheid toch aansprakelijk kan zijn.⁴⁸

Naast aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW kan de overheid onder andere ook uit hoofde van werkgeverschap aansprakelijk zijn jegens derden voor fouten van ondergeschikten (artikel 6:170 BW). Werkgeversaansprakelijkheid wordt doorgaans niet aangenomen wanneer de werkgever geen enkele zeggenschap heeft over de gedragingen van deze ondergeschikten. Dat geldt ook voor de overheid als werkgever. Ook andere wetten bevatten in dit verband relevante bepalingen.⁴⁹ Zo bepaalt artikel 16 van de Kaderwet zbo's dat personeel van een zbo dat behoort tot een publiekrechtelijke rechtspersoon onder gezag staat van de betreffende zbo en alleen aan de zbo verantwoordelijk is. Dit heeft tot gevolg dat de achterliggende rechtspersoon – de Staat of de eigen publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid – in de civielrechtelijke procedure gedaagde zal zijn in geval van werkgeversaansprakelijkheid.

Tot zover de algemene uitgangspunten die gelden bij de toerekening van onrechtmatig handelen of nalaten aan overheden. Kernvraag in deze paragraaf is hoe overheden zich onderling op elkaar verhalen via het BW (paragraaf 5.3.3). Alvorens daaraan toe te komen, eerst een kort woord over de vraag of overheden voor verhaal van schade wel gebruik mogen maken van het BW (paragraaf 5.3.2).

5.3.2 Complicaties bij gebruik van het burgerlijk recht

Sinds het *Windmill*-arrest⁵⁰ mag de overheid kosten die zijn gemaakt bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak niet zonder meer verhalen met

46 Het kan lastig zijn om uit te maken waartoe een bepaald orgaan behoort. Ten aanzien van de 'Plaatselijke commissie' heeft dit bijvoorbeeld tot meerdere uitspraken geleid (HR 10 februari 1984, *NJ* 1985/102, m.nt. M. Scheltema en *RvdW* 1984, 46. r.o. 4.2. en HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 660 m.nt. R.A. Morzer Bruyns waarin werd vastgesteld dat de Plaatselijke Commissie te gelden had als een orgaan van de Staat).

47 HR 26 september 1986 (*Hoffman-La Roche*), *NJ* 1987, 253 m.nt. M. Scheltema. Zie ook HR 31 mei 1991 (*Van Gog/Nederweert*), *NJ* 1993, 112, m.nt. C.J.H. Brunner.

48 Timmerman in: Ten Berge et al. 2000, p. 122-123. Timmerman is echter in het algemeen geen voorstander van een risico-aansprakelijkheid zoals bij werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW geldt. Zie ook: HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165, m.nt. C.J.H. Brunner en *RvdW* 1991, nr. 218. Zie ook Polak 2012, p. 140-141. Zie voor een nuancering ook Polak 2012, p. 146.

49 Vgl. artikel 42 lid 1 en 2 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (*Wrra*). Zie hierover ook Barkhuysen, Van Emmerik & Van der Hulle, p. 235-236 en de daar genoemde literatuur.

50 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393 (*Staat/Windmill*), HR 22 oktober 1993, *NJ* 1995, 717 (*Staat/Magnus*) en HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 719 (*Zomerhuisjes*).

gebruikmaking van het BW (leer van de onaanvaardbare doorkruising).⁵¹ In dat geval geldt het volgende:⁵²

‘Wanneer de publiekrechtelijke regeling niet in beantwoording van de vraag voorziet, is beslissend of kostenverhaal via het privaatrecht die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet onder meer worden gelet op de inhoud en strekking van de regeling (die ook kan blijken uit haar geschiedenis), zulks mede in verband met de aard van de taak en de aard van de kosten. Van belang hierbij is dat, wanneer verhaal van kosten langs publiekrechtelijke weg is uitgesloten, zulks een belangrijke aanwijzing is dat verhaal van kosten langs privaatrechtelijke weg ook is uitgesloten.’

Bepaalde kosten, zoals kosten gemaakt in het kader van het bestrijden van brand, zijn niet verhaalbaar.⁵³ Uiteraard is de keuze van de wetgever voor het verhalen van kosten in het kader van een publieke taak een rechtspolitieke. Bij het vormgeven van een bepaalde publieke taak kan worden gekozen voor het bekostigen van de taak via leges, specifieke belastingen of de algemene middelen. Zo worden bodemsaneringskosten vanwege de keuze voor het uitgangspunt ‘de vervuiler betaalt’ op grond van artikel 75 Wet bodembescherming op de vervuiler verhaald. Daargelaten in hoeverre sprake is van kostenverhaal in de situaties die in dit onderzoek centraal staan, dient men zich wel af te vragen of er ruimte is om over te gaan tot verhaal via een privaatrechtelijke weg.

Wie uiteindelijk datgene dat hij heeft moeten betalen aan een derde wil verhalen op een medeoverheid heeft bij de burgerlijke rechter verschillende mogelijkheden. In de eerste plaats de mogelijkheid van regres (artikel 6:10 BW). Een tweede mogelijkheid van verhaal is een aparte onrechtmatige daadsactie op grond van artikel 6:162 BW. Deze mogelijkheden worden achtereenvolgens behandeld (paragraaf 5.3.3). Processueel kan dit zijn beslag krijgen in een vrijwaringsincident⁵⁴ (artikel 210 Rv)⁵⁵ waarna – indien toegestaan – naast de hoofdzaak een vrijwaringsprocedure gaat lopen of in een (latere) separate procedure bij de burgerlijke rechter.⁵⁶ Deze processuele

51 De doorkruisingsleer geldt ook in geschillen tussen overheden. Zie voor een voorbeeld: HR 19 mei 2000, NJ 2000, 639 m.nt. A.R. Bloembergen, JB 2000, 175 m.nt. G.E. Van Maanen en *Gst.* 7125, 3, p. 422 (m. naschr. H. Heemskerk).

52 HR 11 december 1992, NJ 1994, 639, (Vlissingen/Rize), r.o. 3.5. Bevestigd in HR 15 januari 1999, NJ 1999, 306 (Van der Endt/Staat).

53 HR 11 december 1992, NJ 1994, 639 en AB 1993, 301.

54 Vrijwaring is een processueel middel. Het materiële recht bepaalt of een oproeping in vrijwaring slaagt. Anders gezegd: zodra het materiële recht mogelijk maakt dat een partij ‘verplicht is de nadelige gevolgen van een veroordeling van de gewaarborgde in de hoofdzaak te dragen’ zal een oproeping in vrijwaring mogelijk zijn. Zie: Snijders in *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvoering*, Artikel 210 Rv aantekening 10 en HR 10 april 1992, J 1992, 446, r.o. 3.2.

55 Opgemerkt zij dat men ook een oproeping tot vrijwaring kan instellen zonder vrijwaringsincident. Zie daarover: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvoering*, artikel 210 Rv, aantekening 9.

56 *Groene Serie Schadevergoeding*, artikel 6:102 BW, aantekening 26.

mogelijkheden worden, voor zover relevant, behandeld in paragraaf 5.3.4. Paragraaf 5.3.3 wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 5.3.5).

5.3.3 *Verhaal tussen overheden: regres en verhaal*

Zoals in de Inleiding op dit hoofdstuk al beschreven, lijken overheden zich slechts incidenteel op elkaar te verhalen. De oproeping in vrijwaring door de Staat van de gemeente Rotterdam is in de Inleiding gememoreerd. Ook in andere zaken kwamen deze overheden tegenover elkaar te staan. Zeer bekend is de zaak van het gouden horloge.

De Staat dagvaardt de gemeente Rotterdam op grond van artikel 6:162 BW. De gemeente zou aansprakelijk zijn voor fouten gemaakt door één van haar politie-ambtenaren bij de confiscering van een gestolen gouden horloge. De politie-ambtenaar heeft dit horloge aan een juwelier afgestaan die claimde dat het van hem was verevend. In de strafrechtelijke procedure tegen de dief gelastte de rechter de teruggave van het horloge hetgeen niet meer mogelijk was. De Staat moest de waarde van het horloge vergoeden (Hfl. 9.500,-). Het is deze schade die de Staat op de gemeente Rotterdam wenst te verhalen.⁵⁷

Dit is een zaak over een zuivere verhaalsactie. Nadat de aansprakelijkheid van een overheid jegens een benadeelde burger vaststaat (externe aansprakelijkheid) wordt de aan een benadeelde burger betaalde schade verhaald op de schadeveroorzakende overheid. Als beide overheden hoofdelijk verbonden zijn voor deze schuld, dan is sprake van 'regres' in de zin van artikel 6:10 BW. Hoofdelijkheid betekent dat elk van de betrokken overheden zelfstandig onrechtmatig heeft gehandeld jegens de benadeelde. Wanneer er geen hoofdelijkheid bestaat, is een regresvordering ex 6:10 BW niet mogelijk. Dit is bijvoorbeeld de situatie waarin een schuldenaar aan een derde betaalt vanwege een verplichting die alleen op hem rust terwijl hij uit hoofde van een geheel andere rechtsverhouding verhaal heeft op een ander. Deze verhaalsactie wordt niet aangeduid als 'regres' maar als 'verhaal'. Om in deze situatie hetgeen is of moet worden betaald, te verhalen, bedient men zich bijvoorbeeld van een oproeping in vrijwaring of een aparte onrechtmatige daadsactie. Zoals hierna zal blijken, kan ook een overheid – als rechtspersoon – één van de aangesproken actoren zijn die zich op grond van artikel 6:10 BW verhaalt op een andere overheid. Tot kennisneming van zo'n vordering tot verhaal van een overheid zal, ingekleed als een schuldvordering, uit hoofde van artikel 112 Grondwet de burgerlijke rechter bevoegd zijn.⁵⁸

57 HR 25 september 1992, AB 1993, 131 m.nt. B.M.J. van der Meulen, NJ 1994, 767 en Gst. (1992)69553, p. 620 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Staat/Rotterdam).

58 Zie bijvoorbeeld voor geschillen tussen gemeenten en de Staat: Hof 's-Gravenhage 8 maart 2001, Gst.7145, 4 (Weerselo) en Hof 's-Gravenhage 18 april 2007, Gst.2007, 151 (VNG/Staat).

Zowel het regres (paragrafen 5.3.3.1-5.3.3.2) als het algemenere verhaal (paragrafen 5.3.3.3-5.3.3.4) worden hierna besproken.

5.3.3.1 Regres

Het algemene regresrecht dat is neergelegd in artikel 6:10 BW, is een zelfstandige bron van verbintenis: het betreft een vordering die rechtstreeks uit de wet vloeit.⁵⁹ Artikel 6:10 BW luidt als volgt:

1. Hoofdelijke schuldenaren zijn, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht overeenkomstig de volgende leden in de schuld en in de kosten bij te dragen.
2. De verplichting tot bijdragen in de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, komt op iedere medeschuldenaar te rusten voor het bedrag van dit meerdere, telkens tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat.
3. In door een hoofdelijke schuldenaar in redelijkheid gemaakte kosten moet iedere medeschuldenaar bijdragen naar evenredigheid van het gedeelte van de schuld dat hem aangaat, tenzij de kosten slechts de schuldenaar persoonlijk betreffen.'

Artikel 6:10 BW stelt enkele voorwaarden aan regres. Ten eerste moet sprake zijn van hoofdelijke verbondenheid van debiteuren (lid 1). Het regresrecht geldt alleen tussen schuldenaren onderling en bepaalt de *interne* verdeling van aansprakelijkheid, namelijk die tussen de betrokken schuldenaren. Ten tweede is voor regres op grond van artikel 6:10 BW pas plaats als de volledige schuld door de regresgerechtigde aan de schuldeiser is voldaan (lid 2).⁶⁰ Ook geldt voor regres dat het in beginsel een volledig zelfstandige vordering is ten opzichte van de vordering van de derde. Zo heeft het een eigen verjaringstermijn (20 jaar, artikel 3:306 BW)⁶¹ en beïnvloeden afspraken tussen derde en één van de debiteuren niet de regrespositie van de andere debiteuren. Zoals gezegd, impliceert hoofdelijkheid dat de derde elk van de debiteuren voor de volledige hoofdsom aanspreken. In de regresverhouding vervalt deze hoofdelijkheid: een schuldenaar kan slechts worden aangesproken voor zijn bijdrage 'in de schuld'. Artikel 6:10 BW formuleert alleen deze algemene regel en bevat geen specifieke regels omtrent de wijze waarop dit aandeel moet worden bepaald.⁶² Hierover handelt de volgende subparagraaf.

59 Van Boom, p. 97. Van Boom vraagt zich af of nog wel behoefte bestaat aan een zelfstandige bron voor regres nu regres ook op andere gronden mogelijk lijkt te zijn zoals ongerechtvaardigde verrijking of onrechtmatige daad. Vaststaat in ieder geval dat de wetgever 6:10 BW als zelfstandige grondslag heeft bedoeld.

60 In een enkel geval is een 'voorwaardelijk regresrecht' erkend. Zie: Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 1987, *NJ* 1988, 461.

61 Van Boom, p. 98. Zie voor een nadere nuancering: Van Boom, p. 102.

62 Van Boom spreekt in dit verband op p. 106 van een 'blanco regresmaatstaf'.

5.3.3.2 Regres: bepaling van de interne draagplicht

In de literatuur is aangenomen dat schuldenaren ex artikel 6:10 BW voor gelijke delen draagplichtig zijn indien uit de onderlinge rechtsverhouding waarin partijen tot elkaar staan geen andere verdelingsmaatstaf voortvloeit.⁶³ De draagplicht is dus telkens afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Zo kan uit de wet⁶⁴ voor een bepaalde rechtsverhouding een vaste verdeelsleutel volgen. Ook kan in jurisprudentie een vaste verdeelsleutel zijn ontwikkeld. Voor ons onderwerp van onderling regres tussen overheden lijkt dit laatste op onderdelen te zijn gebeurd. Zo heeft de Hoge Raad in enkele zaken uitgemaakt dat een politieregio⁶⁵ en een gemeente hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade die in het kader van de uitoefening van de politietaak ontstaat. In de bekende *Oosterparkrellen*-zaak bepaalde de burgerlijke rechter dat de gemeente Groningen en de politieregio hoofdelijk aansprakelijk waren voor het niet beschermen van een gezin in de Oosterparkbuurt tegen relschoppers die het gezin thuis bedreigden.⁶⁶ De politieregio was als rechtspersoon aansprakelijk voor het optreden van haar ambtenaren (werkgever). De gemeente Groningen was aansprakelijk omdat de burgemeester belast is met de handhaving van de openbare orde en verantwoordelijk is voor de politie (gezag). De stelling van de gemeente dat de gemeente Groningen jegens het gezin niet aansprakelijk was *naast* de politieregio verwierp de rechtbank onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁶⁷ Die heeft immers bepaald dat de onduidelijkheid over de draagplicht van overheidsorganen (omdat ten aanzien van de politie het beheer en gezag bij verschillende organen rusten) niet in het nadeel mag uitvallen van de burger. Voor zover het de aansprakelijkheid jegens de burger betreft, is doorslaggevend dat de burgemeester als gemeentelijk orgaan aanwijzingen had kunnen geven aan de politie. Voor de verhouding tot de benadeelde burger is niet relevant of dit ook is gebeurd of niet. Dat wordt pas van belang in de onderlinge verhouding tussen gemeente en politieregio, namelijk bij een vordering tot regres van de gemeente op de politie. In de zaak over de *Oosterparkrellen* wordt dit als volgt verwoord:⁶⁸

[dat, toevoeging CdK] de draagplicht in een geval waarin de burgemeester geen onjuiste aanwijzingen heeft gegeven, in beginsel bij de politieregio zal liggen.'

63 Van Boom, p. 107-108.

64 Bijvoorbeeld in de verhouding ondergeschikte – werkgever geeft artikel 6:170 BW een vaste verdeelsleutel.

65 Als entiteit met eigen rechtspersoonlijkheid onder de Politiewet 1993. Per 1 januari 2013 vervalt deze wet en gaat de Politiewet 2012 gelden (*Stb.* 2012, 315 t/m 317). In dat kader zijn de politieregio's met eigen rechtspersoonlijkheid afgeschaft. Zie uitgebreider over de nieuwe Politiewet onder meer Hennekens 2011 (a), Koopman 2012 (a) en Koopman 2012 (b).

66 Rb. Groningen, 22 januari 2003, *NJ* 2003, 169 en *Gst.* 2004, 5. Bevestigd door HR 9 juli 2004, *AB* 2005, 23 m.nt. G.A. van der Veen.

67 HR 13 mei 1988, *NJ* 1989, 896, m.nt. W. Konijnenbelt, *AB* 1988, 468, m.nt. F.H. van der Burg.

68 r.o. 3.7 in fine HR 9 juli 2004, *AB* 2005, 23 m.nt. G.A. van der Veen.

In onderhavige zaak had de burgemeester geen onjuiste aanwijzing gegeven met als gevolg dat in de verhouding gemeente versus politieregio de laatste in beginsel draagplichtig is. Voor de volle 100%. Dat is niet nieuw. In een arrest van 1988 legde de Hoge Raad deze vaste verdeelsleutel voor politie-optreden al aan.⁶⁹ Ook hier was de werkgever (bij gebreke van politieregio's was dat toen nog de gemeente) de draagplichtige en niet de Staat vanwege het gezag van de Officier van Justitie. Volgens de Hoge Raad verzet 'het belang van hanteerbaarheid' van de regresregels zich tegen verdergaande uitzonderingen. Meer smaken zijn er dus niet. De vaste verdeelsleutel (ofwel de gemeente voor 100% ofwel de Staat voor 100%) werd ook hier gerechtvaardigd door het uitgangspunt dat de regresregels hanteerbaar moeten zijn. Naar huidig recht zijn de Staat en de politieregio dus hoofdelijk aansprakelijk voor politie-optreden in het kader van de opsporing van strafbare feiten. De gemeente en de politieregio zijn dit voor wat betreft de politie-inzet ter handhaving van de openbare orde. In beide gevallen is de politieregio in de onderlinge verhouding de draagplichtige. Dit wordt anders als er op grond van een onjuiste aanwijzing van de burgemeester of de Officier van Justitie is gehandeld.⁷⁰ Door deze vaste verdeelsleutel is er geen ruimte voor draagplicht naar gelijke delen. Bij de bespreking van vaste verdeelsleutels in zijn dissertatie betwijfelt Van Boom of deze 'zwart-wit'-benadering van de Hoge Raad een goede keuze is:⁷¹

'Gevalen waarin schade ontstaat door samenlopende fouten van politie en justitie zijn niet moeilijk te bedenken. Spreekt het werkelijk aan om in die gevallen geen verdeling tussen gemeente en Staat te maken, maar om integendeel de gemeente omwille van hanteerbaarheid van regresregels de gehele schade te laten dragen? Ik herhaal: elke vaste verdeelsleutel stuit vroeg of laat op een situatie die tot minder aansprekende uitkomsten leidt. Dat pleit ook hier tegen vaste verdeelsleutels.'

In het verlengde van deze kritiek, waarop in Hoofdstuk 7 nader wordt ingegaan, kan ook gewezen worden op verdeelsleutels die worden ingegeven door de gedachte 'draagplicht naar draagkracht'. Zo zijn werkgevers in de regel in hun verhouding tot een werknemer volledig draagplichtig wanneer een derde schade heeft geleden door een fout van de werknemer (6:170 lid 3 BW).⁷² Het BW maakt het mogelijk om contractueel van deze hoofdregel af te wijken wanneer de werknemer verzekerd is tegen aansprakelijkheid (artikel 7:661 lid 2 BW). In dat geval is er immers geen sprake van een draagkrachtprobleem bij de werknemer. In ons geval moge duidelijk zijn dat de draagkracht van een gemiddelde gemeente vele malen minder is dan die

69 r.o. 3.3 HR 13 mei 1988, *NJ* 1989, 896, m.nt. W. Konijnenbelt, *AB* 1988, 468, m.nt. F.H. van der Burg.

70 HR 25 september 1992, *AB* 1993, 131 m.nt. B.M.J. van der Meulen, *NJ* 1994, 767 en *Gst.* (1992)69553, p. 620 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Staat/Rotterdam). Dit is de hiervoor gememoreerde zaak van het gouden horloge.

71 Van Boom, p. 111.

72 Zie Van Boom, p. 135.

van de Staat. Dit geldt eveneens voor de situatie onder de Politiewet 1993 waarin het de politieregio is die volgens de Hoge Raad volledig draagplichtig is. Ook diens draagkracht is in vergelijking met die van de Staat naventant.⁷³ Op dit punt wordt nader ingegaan in Hoofdstuk 7.

Wanneer er geen vaste verdeelsleutel uit de wet of jurisprudentie voortvloeit, kan de interne verhouding nader worden ingevuld. Bijvoorbeeld door de contractuele relatie waarin partijen tot elkaar staan of artikel 6:102 BW (medeschuld in de zin van causaliteit) een andere verdeelsleutel ingeven dan draagkracht naar gelijke delen.⁷⁴ Aangetekend kan worden dat de interne verhouding tussen de schuldenaren eveneens wordt beheerst door artikel 6:2 BW (redelijkheid en billijkheid) zodat een rechter ook een nadere nuancering door middel van billijkheidscorrecties kan aanbrengen. Onderstaand wordt de (mogelijke) invloed van de contractuele relatie en van artikel 6:102 BW besproken.

In de eerste plaats kan de contractuele relatie waarin partijen tot elkaar staan dus een andere verdeling vergen. In een contract kan immers een nadere verdelingsmaatstaf worden afgesproken maar ook kan uit de aard van het contract of de specifieke kenmerken van een contract een bepaalde verdeelsleutel volgen. In zijn dissertatie wijst *Van Boom* in dit verband onder meer op het volgende voorbeeld dat als gedachte-experiment wellicht nuttig kan zijn voor dit onderzoek.⁷⁵ In het kader van koopovereenkomsten kent ons recht de zogenoemde conformiteitseis (artikel 7:17 BW). Zo moet bijvoorbeeld een verkocht product beantwoorden aan de overeenkomst. Schade die ontstaat door non-conformiteit moet door de producent worden vergoed (tenzij sprake is van overmacht of eigen schuld bij de derde e.d.). Productaansprakelijkheid – waar het hier om gaat – is een risico-aansprakelijkheid. Indien een producent slechts een halffabrikaat verkoopt en levert aan een andere producent die het op zijn beurt verwerkt tot een eindproduct en dit eindproduct brengt schade toe aan een derde, dan zijn beide producenten jegens de derde hoofdelijk aansprakelijk. De eis van conformiteit van het halffabrikaat kan dan een nadere invulling afdwingen van de draagplicht als blijkt dat het gebrek in het eindproduct is veroorzaakt door het gebrek in het halffabrikaat. In die zin zou de halffabrikatenproducent volledig draagplichtig kunnen zijn. *Van Boom* signaleert dat in deze casus ook een andere verdeling gerechtvaardigd kan zijn, indien op de eindproducent een plicht rust om de halffabrikaten op

73 Per 1 januari 2013 vervalt deze wet en ontstaat de nationale politie. Politieregio's als entiteiten met eigen rechtspersoonlijkheid bestaan onder de nieuwe wet niet meer. Er komt één nationale politie met eigen rechtspersoonlijkheid (artikel 26 Politiewet 2012) die geleid wordt door de korpschef die wordt benoemd door de minister van Veiligheid en Justitie (artikel 28 lid 1 Politiewet 2012). De korpschef voert het beheer over de politie (artikel 27 lid 1 Politiewet 2012). De minister is bevoegd tot het geven van algemene en bijzondere aanwijzingen (artikel 31 Politiewet 2012). Zie uitgebreider over de Politiewet 2012: Hennekens 2011 (I), Koopman 2012 (I) en Koopman 2012 (II).

74 Zie voor een volledig overzicht Van Boom, paragraaf 4.5.4.2 – 4.5.4.8.

75 Van Boom, p. 115-116.

betrouwbaarheid te controleren. In dat geval kan immers bij de eindproduct sprake zijn van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW. Wat de casus betreft die in dit onderzoek centraal staan, kan hieruit inspiratie worden geput voor de invulling van de draagplicht tussen regelgevende en uitvoerende overheden. Van de regelgevende overheid mag een bepaalde mate van conformiteit worden verwacht met betrekking tot het uitgevaardigde regelgevingsproduct. Wanneer genoemde regels in strijd komen met EU-recht of EVRM dan geldt naar huidig recht reeds dat sprake is van een pseudo-risicoaansprakelijkheid jegens een benadeelde derde. De vraag die zich opwerpt, is natuurlijk in hoeverre van de uitvoerende overheid mag worden verwacht dat hij – om in civielrechtelijke termen te blijven – het product controleert op betrouwbaarheid. Dit zou het geval kunnen zijn. Controle op EU-conformiteit zou kunnen voortvloeien uit de *Costanzo*-verplichting die op een uitvoerende overheid rust en de verplichting om te controleren of de nationale regel in overeenstemming is met het EVRM kan geconstrueerd worden via artikel 94 Gw. De (mogelijke) werking van de *Costanzo*-verplichting c.q. de verplichting ex artikel 94 Gw in zaken van regres tussen overheden wordt uitgebreider behandeld in paragraaf 5.3.3.4 en in Hoofdstuk 7. Voor nu is slechts relevant te signaleren dat beide verplichtingen opgevat kunnen worden als verschijningsvormen van eigen schuld of medeschuld. De gevolgen van de aanwezigheid van eigen schuld of medeschuld voor de verdeling van de draagplicht worden hierna (ten tweede) besproken.

Naast de contractuele relatie wordt de draagplicht dus in de tweede plaats ingevuld door artikel 6:102, tweede lid, BW jo artikel 6:101, eerste lid, BW: de schade wordt naar evenredigheid met de mate waarin de actoren aan de schade hebben bijgedragen onderling verdeeld.⁷⁶ Dit betekent niet dat de schade naar evenredigheid van de *verwijtbaarheid* wordt verdeeld.⁷⁷ Er wordt gekeken in welke mate de daders in *causale zin* aan de schade hebben bijgedragen. Hier betreden wij een zeer ingewikkeld juridisch leerstuk waarover niet veel duidelijkheid bestaat. Ook de Hoge Raad verschaft hier nauwelijks inzicht in.⁷⁸ Ik wil hier daarom volstaan met het memoreren van de (theoretische) hoofdlijnen. De verdeling van schuld wordt in deze situatie ingevuld naar evenredigheid met de mate 'waarin de gebeurtenissen waarvoor aansprakelijkheid bestaat, het gevaar op het ontstaan van de schade in het leven hebben geroepen'.⁷⁹ Gekeken wordt naar het 'gevaarverhogingsgehalte' van de betreffende gedragingen; daarbij kan worden onderscheiden naar onmiddellijke en middellijke veroorzaking van de schade. De draagplicht lijkt in dat geval wel eens volledig te berusten bij de onmiddellijke veroorzaker.⁸⁰ Volgens *Van Boom* is een dermate verdeling onzuiver: als dit onderscheid een wijziging in de draagplicht tot gevolg heeft dan is volgens hem eerder sprake

76 Sinninghe Damsté, p. 31.

77 Van Boom, p. 118.

78 Zie Van Boom, p. 121 voetnoot 144 en p. 239.

79 Van Boom, p. 120.

80 Bijvoorbeeld: HR 18 december 2009, *VR* 2010, 34.

van een billijkheidscorrectie. Een middellijke veroorzaker moet immers in causale zin meer dan *niets* hebben bijgedragen aan de schade. Uitgangspunt is immers dat de veroorzakers ten minste iets in causale zin hebben bijgedragen. Een andere correctie uit hoofde van billijkheid op de hoofdregel van 6:102 BW jo 6:101 BW kan de mate van draagkracht zijn, waarover ik in deze subparagraaf reeds enkele opmerkingen heb gemaakt.⁸¹

Tot zover de bespreking van het regresrecht en de wijze waarop de interne draagplicht nader wordt ingevuld. Hierna wordt ingegaan op verhaal bij gebreke van hoofdelijke aansprakelijkheid.

5.3.3.3 Verhaal

In de hiervoor besproken zaken was regres mogelijk omdat de burgerlijke rechter hoofdelijkheid van beide overheden aannam. De reden voor het aannemen daarvan is dat de burger niet de dupe mag worden van de onduidelijke bevoegdheidsverdeling tussen de beide overheden. Wanneer van dat laatste geen sprake is, ligt hoofdelijkheid niet zonder meer in de rede. Zo wordt bijvoorbeeld in medebewindssituaties nimmer hoofdelijkheid aangenomen. Dit is al het geval sinds het arrest *Haarlemmermeerse woonruimtevoordering*.⁸² Het gaat om zaken waarin een orgaan van de gemeente, dat door het Rijk in medebewind is geroepen, schade berokkent aan een burger. De vordering van de burger op grond van 6:162 BW jegens de Staat wordt niet-ontvankelijk verklaard. Alleen de gemeente is aansprakelijk jegens de burger. Dat de Staat niet aansprakelijk is voor fouten uitgevoerd in medebewind, is niet altijd zo geweest.

Bij de totstandkoming van de Grondwet van 1848 en de Gemeentewet onder Thorbecke beschouwde men provincies (en gemeenten) namelijk als 'uitvoerders van landswetten "als het ware, een ministerie van binnenlandse zaken, gevestigd in iedere provincie"' met andere woorden: teneinde te voorkomen dat provincies zich zouden ontwikkelen tot 'staatjes binnen de Staat' – zoals dat eerder in onze geschiedenis wel het geval was geweest – wilde de wetgever duidelijk maken dat het decentrale bestuur slechts de "werktuigen" of "agenten" van de Regering' waren. In deze geest beoordeelde de Hoge Raad dan ook de aansprakelijkheid in – wat wij nu noemen – medebewindsgevallen: het was de Staat die in dergelijke situaties aansprakelijk was. In feite was de constructie als volgt: elke daad van gezagsuitoefening die niet op autonomie van gemeente of provincie berustte, was een daad van de Staat. Toen de wetgever tijdens de herziening van de Gemeentewet in 1931 voor de keuze stond om in de Gemeentewet op te nemen wie bij de uitvoering van medebewindstaken aansprakelijk was, stelde de wetgever zich op het standpunt dat een wettelijke verankering van de aansprakelijkheid van de

81 Van Boom, p. 136.

82 HR 16 juni 1950, NJ 1951, 653 m.nt. D.J. Veegens en Arb, p. 910 (*Haarlemmermeerse woonruimtevoordering*).

Staat in dergelijke gevallen – bij de toenmalige stand van de jurisprudentie – niet nodig was. Desalniettemin was de opvatting in de literatuur inmiddels verdeeld. Sommigen huldigden het standpunt van de Hoge Raad, anderen meenden nu juist dat soms de medebewindsvorderende maar soms zeer wel de in medebewind geroepen overheid aansprakelijk kon zijn.

De Hoge Raad is in drie arresten geweest tussen 1924 en 1950 geleidelijk omgegaan.⁸³ De annotator bij het arrest uit 1950 (*Haarlemmermeerse woonruimtevoordering*) formuleerde de achtergrond hiervan als volgt:⁸⁴

‘Vermoedelijk heeft zich hierbij nog een andere factor doen gelden. De voortdurende uitbreiding en toenemende ingewikkeldheid van de overheidsbemoeiing hebben de theoretische grens tussen autonomie en zelfbestuur vervaagd en binnen het zelfbestuur tal van gradaties gevormd. Zodoende is een schaal ontstaan, lopende van algehele plaatselijke vrijheid naar straffe centrale leiding. Sommige schrijvers spreken van tussenvormen, waarvan andere het bestaan ontkennen. Van Vollenhoven, later bijgevallen door v.d. Pot, heeft een nieuwe terminologie “vrij bewind”, “medebewind” en “dwangbewind”, voorgesteld.’

Het feitenkader in de Haarlemmermeerse woonruimtevoordering was als volgt. Het college van B&W en de burgemeester waren op grond van de Woonruimtetwet 1947 in medebewind geroepen om middels woonruimtevoorderingen de woningnood aan te pakken. Zo ook de organen van de gemeente Haarlemmermeer: het college vorderde de woonruimte van de weduwe Van der Bor-Tak welke vordering door de burgemeester werd uitgevoerd. Weduwe Van der Bor-Tak was het met de vordering niet eens en spande een kort geding aan tegen de Staat, de gemeente Haarlemmermeer en de burgemeester teneinde te bewerkstelligen dat men zich zou onthouden van iedere maatregel die tot uitvoering van de vordering strekte. Eén van de vragen die voorlag, was of de vordering van Weduwe Van der Bor-Tak tegen de Staat ontvankelijk was. De Hoge Raad overweegt dat het college en de burgemeester bij het uitvoeren van hun taak niet de Staat vertegenwoordigen. Het medebewind is een opdracht aan de gemeente zelf: het college en de burgemeester voeren de taak dus uit als vertegenwoordigers van die entiteit. In zijn conclusie bij deze zaak beargumenteert A-G Langemeijer⁸⁵ dat de Staat in deze zaak niet aansprakelijk was omdat het hier een ‘zo goed als discretionaire bevoegdheid’ betrof en omdat de behartiging van het gemeentebelang de normale taak is van het college. Daarbij tekende de A-G aan dat op zich ruimte zou bestaan voor *gedeelde* aansprakelijkheid. In het geval van de Woonruimtetwet 1947 achtte hij dit echter niet opportuun omdat daarbij ‘de rol van de staat een zo uiterst bescheidene is’.

83 HR 20 maart 1924, NJ 1924, 511 (*Distributiewet*), HR 24 mei 1935, NJ 1935, 1497 m.nt. E.M.Meijers (*Hulpkeurmeester Gemeente Cuyk*) en HR 16 juni 1950, NJ 1951, 653 m.nt. D.J. Veegens en *Arb*, p. 910 (*Haarlemmermeerse woonruimtevoordering*). Althans dat de Hoge Raad op die wijze is omgegaan, wordt gesteld door de annotator bij het arrest Haarlemmermeerse woonruimtevoordering.

84 p. 1272.

85 p. 1270.

Het uitgangspunt dat de in medebewind geroepen organen aansprakelijk zijn en niet het medebewindsvorderende orgaan, is in latere jurisprudentie door de Hoge Raad bevestigd.⁸⁶

5.3.3.4 Verhaal en doorbraak van aansprakelijkheid

Bij de beschrijving van de interne draagplicht bij regres in paragraaf 5.3.3.2 is reeds gebleken dat de draagplicht bij aansprakelijkheid van de politieregio volledig bij de gemeente of de Staat zou kunnen komen te liggen als de onrechtmatigheid terug te voeren is op een onjuiste aanwijzing van de burgemeester c.q. de Officier van Justitie. In paragraaf 5.3.3.3 is beschreven dat bij verhaalsacties in het kader van in medebewind veroorzaakte schade de mate van beslissingsruimte die het in medebewind geroepen orgaan gelaten is, een rol lijkt te spelen bij de nadere bepaling van de aansprakelijkheid zodat onder omstandigheden de Staat (mede)aansprakelijk is jegens de burger. Dit laatste fenomeen waarbij de aansprakelijkheid van de gemeente doorslaat richting de Staat noem ik 'doorbraak van aansprakelijkheid'. Wat de interne draagplicht betreft bij medeaansprakelijkheid, kan dan bij zuiver gebonden medebewind gedacht worden aan 100% draagplicht van de Staat. Een dergelijke doorbraak naar (mede)aansprakelijkheid is echter nimmer door de Hoge Raad uitgesproken, maar is naar aanleiding van de conclusie van A-G Langemeijer in de literatuur gesuggereerd.

In deze subparagraaf wordt nader onderzocht of onder omstandigheden sprake zou moeten zijn van 'doorbraak van aansprakelijkheid'. Welke situaties zijn denkbaar waarin niet de medeoverheid maar bijvoorbeeld de Staat aansprakelijk is of waarin de casus leidt tot aanname van hoofdelijke aan-

86 In 1952 (HR 28 november 1952, *NJ* 1953, 800 m.nt. D.J. Veegens) doet zich een zaak voor waarbij de gemeente Sprang-Capelle hier een beroep op lijkt te doen, hetgeen echter faalt. Ook in die wat dramatische zaak is de gemeente aansprakelijk. De bellewagengedragingen die eigendom is van de Staat maar gebruikt wordt door gemeentefunctionarissen (brandweerlieden) om brand te blussen kwam in aanrijding met een man die tengevolge daarvan overleed. De weduwe vordert schadevergoeding en dagvaardde zowel de Staat als de gemeente Sprang-Capelle (hoofdelijke aansprakelijkheid). De Staat roept de gemeente vervolgens in vrijwaring op: de bellewagengedragingen werden door de gemeente gebruikt en de bestuurder ervan was een gemeentefunctionaris met als gevolg dat de gemeente de Staat moest vrijwaren. De vrijwaring werd toegewezen en leidde tot cassatie. Daarbij voerde de gemeente o.m. aan dat de burgemeester uit hoofde van het Tijdelijke Brandweerbesluit het personeel benoemde voor de brandweer en dat hij daarbij (mede) de Staat vertegenwoordigde. Ten tweede zou de aansprakelijkheidsverdeling tussen de Staat en de gemeente mede afhankelijk zijn van enkele andere factoren m.n. de publiekrechtelijke verhouding tussen de Staat en de gemeente. Tot slot bestond in het Tijdelijke Brandweerkostenbesluit geen onderlinge verrekeningsbevoegdheid met als gevolg dat volgens de gemeente evenmin een verhaalsbevoegdheid kon worden aangenomen. Alle middelen van de gemeente Sprang-Capelle faalden echter. De Hoge Raad bevestigde daarmee andermaal dat de burgemeester in het kader van medebewind optrad als orgaan van de gemeente. I.c. was dus geen sprake van hoofdelijkheid. Ook kan worden gewezen op HR 28 maart 1997, *NJ* 1998, 418 m.nt. J.B.J.M. ten Berge.

sprakelijkheid? Bijvoorbeeld bij het uitoefenen van bevoegdheden uit hoofde van interbestuurlijk toezicht? Dit is voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag in dit onderzoek zeker interessant. In het kader van de correcte nakoming van EU-bepalingen heeft de wetgever in de in Hoofdstuk 6 te beschrijven Wet NERpe immers een aanwijzingsbevoegdheid en indeplaatsstredingsregeling in het leven geroepen. Wellicht kan het in dat geval aantrekkelijk zijn om de minister om een aanwijzing te vragen?⁸⁷ Het is dus interessant om kort stil te staan bij de mogelijke gevolgen van het uitoefenen van bestuurlijke toezichtsbevoegdheden op aansprakelijkheid.

Uiteraard zal naar de huidige stand van de jurisprudentie van de Hoge Raad het enkele *bestaan* van een toezichtregime of een aanwijzingsbevoegdheid op grond van het voorgaande in ieder geval onvoldoende te zijn om de aansprakelijkheidsbalans door te doen slaan richting de entiteit die het toezicht uitoefent. Dit zou anders kunnen liggen indien uitdrukkelijk wel of niet van het toezichtregime *gebruik* is gemaakt. In dat geval zou een schadeveroorzakende handeling van bijvoorbeeld een decentraal orgaan immers terug te voeren zijn op een opdracht of op toestemming (of aanwijzing) van een orgaan van de centrale overheid. In de literatuur is hier alweer enige tijd geleden over nagedacht.

Zo hebben *Ten Berge et al.*⁸⁸ betoogd dat het uitoefenen van een spontane vernietigingsbevoegdheid als onrechtmatig jegens een gemeente kan worden geoordeeld met als gevolg dat daardoor geleden schade zal moeten worden vergoed (artikelen 6:162 en 6:98 BW). Ook hebben *Ten Berge et al.*⁸⁹ de vraag opgeworpen of niet voor rechtspersonen *sui generis* zoals provincies en gemeenten een doorbreking van aansprakelijkheid ruimer mogelijk zou moeten zijn. Men vraagt zich af of:

‘er niet meer structureel een doorbreking van aansprakelijkheid zou kunnen en wellicht ook wel moeten plaatsvinden indien een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon een zekere mate van overwegende invloed op een andere rechtspersoon heeft.’

Ten Berge et al. hebben deze doorbraak van aansprakelijkheid met name beoogd voor de publiekrechtelijke rechtspersonen onderling. In hoeverre zou

‘een stelsel van toezichtsbevoegdheden zodanig omvangrijk en ingrijpend zijn dat het enkele bestaan ervan de civielrechtelijke aansprakelijkheid ervan doorbreekt?’

Het toezichtstelsel dat is ingevoerd met de Wet Revitalisering generiek toezicht zou naar mijn mening zeer wel een omvangrijk en ingrijpend toezicht-

87 Vgl. H.Ph.J.A.M. Hennekens in zijn noot bij het arrest Staat/Rotterdam, p. 620.

88 *Ten Berge et al.* 2000, p. 50 en 99.

89 Gewezen wordt op J.M.M. Maeijer, *Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 22 en J.A.F. Peters, *Piercing the private veil*, WPNR 1989 nr. 6074.

stelsel zijn. Niet alleen biedt de vernietigingsbevoegdheid de Kroon de mogelijkheid tot het geven van bindende aanwijzingen maar ook kan een taakverwaarlozingsregeling in werking treden in het geval de aanwijzing niet wordt opgevolgd. Bovendien is men afgestapt van het idee dat vernietiging een *ultimum remedium*-instrument is. *Ten Berge et al.* poneren de vraag in hoeverre de publiekrechtelijke rechtspersoon 'waarvan een orgaan beleidsregels stelt die inhoudelijk onrechtmatig zijn' aansprakelijk kan zijn wanneer een orgaan dat tot een andere rechtspersoon behoort deze beleidsregels toepast. Zoals uit het voorgaande blijkt, zal dit in beide gevallen naar huidig recht waarschijnlijk niet het geval zijn.

Wat het uitoefenen van toezicht betreft, doet zich eveneens de vraag voor welk besluit onrechtmatig is en de schade veroorzaakt wanneer het goedkeuringsbesluit wordt vernietigd: het primaire besluit of het goedkeuringsbesluit. In dit verband kan worden gewezen op de zaak *Eijsden/Caelen*.⁹⁰ De gemeenteraad van Eijsden stelt een bestemmingsplan vast waarbij een deel van Caelens grond waarop de bestemming 'tuin' rustte in het nieuwe plan de bestemming 'woningbouw' krijgt. Caelen is het daar niet mee eens en dient bij GS van Limburg (die het plan nog moet goedkeuren) een bezwaarschrift in. De bezwaren worden slechts deels gegrond verklaard en het bestemmingsplan wordt dus voor het overige goedgekeurd. Caelen gaat vervolgens in beroep bij de Kroon die het besluit van GS vernietigt voor zover het Caelen betreft en alsnog goedkeuring aan het plan onthoudt voor wat betreft de tuin van Caelen. Caelen meent vervolgens dat de gemeente onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en stelt een vordering ex artikel 6:162 BW in. Hij vordert de vergoeding van zijn kosten voor rechtsbijstand gemaakt ten behoeve van de procedure bij GS en de Kroon. Volgens de gemeente kunnen de kosten niet worden gevorderd nu het besluit van GS door de Kroon is vernietigd en niet het hare. Met dit verweer maakt de Hoge Raad korte metten:

'In de vernietiging van het besluit van GS ligt naar de aard van de beslissing tevens een oordeel omtrent de onrechtmatigheid van het besluit van de gemeenteraad jegens Caelen besloten.'

Dit standpunt laat ruimte voor de vraag of beide overheden aansprakelijk zijn jegens Caelen; ieder voor het deel van de schade waartoe zij hebben bijgedragen.

Een ander interessant punt in dit kader is de vraag of de hoofdregel dat de medeoverheid aansprakelijk is in medebewind ook opgaat voor mandaatsverhoudingen. Dit is tot op heden nog niet beantwoord door de Hoge Raad. Enerzijds kan worden beargumenteerd dat juist bij mandaat een bevoegdheid niet overgaat maar gehandeld wordt namens de mandaatgever en dat de aard van mandaat uitsluit dat de rechtspersoon van de man-

90 HR 19 januari 1996, *NJ* 1997, 201 m.nt. J.B.J.M. ten Berge en *Gst.* 1996-7035, 4.

dataris aansprakelijk is. Dit zou dan in lijn zijn met de hiervoor in paragraaf 5.3.3.3 gememoreerde vroege jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent medebewind. In die opvatting zou de entiteit waartoe de mandaatgever behoort aansprakelijk c.q. draagplichtig moeten zijn.⁹¹ Anderzijds geldt dat ook bij mandaat doorgaans beleidsruimte is gelaten voor de mandataris. Dat zou ervoor pleiten dat de entiteit waartoe de mandataris behoort aansprakelijk c.q. draagplichtig is.⁹² Redenerend vanuit het werkgeversbegrip zal men inderdaad uitkomen bij aansprakelijkheid van de rechtspersoon waartoe de mandataris behoort. Maar dan is er wellicht wel sprake van hoofdelijkheid jegens de benadeelde burger: wanneer de mandaatgever tot een andere rechtspersoon behoort dan de mandataris kan (zeker bij de burger) onduidelijkheid bestaan wat de precieze bevoegdheidsverdeling is. In het licht van de redenering van de Hoge Raad bij politie-optreden zou mijn stelling zijn dat beide rechtspersonen in ieder geval jegens de burger hoofdelijk aansprakelijk zijn.

De Kluiver heeft tot slot onder meer aan de hand van het rechtspersonenrecht (dus niet de doorbraak op grond van onrechtmatige daad) onderzocht in hoeverre tussen een overheidslichaam en een privaatrechtelijke rechtspersoon (Stichting) een doorbraak van aansprakelijkheid kan ontstaan.⁹³ Uitgegaan werd van een stichting (niet-bestuursorgaan) waarop overwegende overheidsinvloed bestond. *De Kluiver* ziet twee mogelijkheden voor doorbraak van aansprakelijkheid. In de eerste plaats kan het zijn dat in de statuten een *instructiebevoegdheid* voor een overheidslichaam is opgenomen aan het bestuur van de stichting. Dan kan een concrete instructie van het overheidslichaam aansprakelijkheid tot gevolg hebben.⁹⁴ Voorwaarde is wel dat de overheid op die manier een zelfstandige onrechtmatige daad pleegt.⁹⁵ Dit noemt *De Kluiver* *oneigenlijke* doorbraak. *De Kluiver* heeft voorts de situatie beschreven waarin de overheid wordt aangesproken door derden zonder dat eerstgenoemde een zelfstandige onrechtmatige daad had begaan. Dit noemt *De Kluiver* *directe* doorbraak. Daarvan is dus sprake als onrechtmatig handelen

91 Verdedigd doot A-G Mok in zijn conclusie bij HR 28 maart 1997, *NJ* 1998, 418. Ook F.H. van der Burg lijkt dit te concluderen in zijn noot bij *AB* 1988, 468.

92 Verdedigd door J.B.J.M ten Berge in zijn noot bij HR 28 maart 1997, *NJ* 1998, 418. Ook F.H. van der Burg lijkt dit te concluderen in zijn noot bij *AB* 1988, 468.

93 *De Kluiver* in: Kortmann et al., p. 90 e.v.

94 *De Kluiver* in: Kortmann et al, p. 92.

95 In HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (Keulen BV/Bouwfonds Limburgse Gemeenten), m.nt. W.C.L. van der Grinten werd de stelling geponeerd dat de publiekrechtelijke rechtspersoon – BLG – jegens Keulen onrechtmatig had gehandeld. BLG had een Stichting opgericht en daarin kapitaal gestoken. Vanwege omstandigheden werd het gehele bedrag aan BLG in een keer terugbetaald, terwijl een klein jaar c.q. half jaar later bleek dat de Stichting niet in staat was andere schuldeisers – waaronder Keulen – volledig te voldoen. Door een vordering jegens BLG ex artikel 6:162 BW in te stellen, hoopte Keulen alsnog volledige schadeloosstelling te verkrijgen. De Hoge Raad volgde de redenering van Keulen niet omdat op het moment van betaling aan BLG geen concrete aanwijzingen bestonden dat de Stichting niet in staat zou zijn de andere vorderingen te voldoen.

van een stichting waarop overwegende overheidsinvloed bestaat, wordt toegerekend aan het overheidslichaam dan wel wanneer beide met elkaar worden vereenzelvigd. Wanneer de handelende persoon 'in hoge mate onderdeel is van de overheid'. In dat geval heeft de onrechtmatige daad in het maatschappelijk verkeer te gelden als de onrechtmatige daad van de overheid. Zo was dit het geval bij *Kleuterschool Babel*. Ook kan het zijn dat de overheid in de woorden van *De Kluis* 'misbruik' maakt van privaatrechtelijke rechtspersonen om 'voor haar bindende regels te omzeilen'. In dat verband wijst *De Kluis* op de zaak *Stichting Kwaliteitsgarantie Vleeskalversector*.⁹⁶

Als we het gedachtenexperiment verder doorvoeren, is de vraag of er situaties denkbaar zijn waarin er – ondanks een aanwijzing of een zuiver gebonden medebewindstaak – toch een eigen verantwoordelijkheid resteert voor de medeoverheid met als gevolg dat geen sprake zal zijn van doorbraak van aansprakelijkheid. Dit is in het licht van dit onderzoek relevant omdat medeoverheden nogal eens wordt verweten niet voldaan te hebben aan hun eigen *Costanzo*-verplichting (of zouden kunnen worden verweten geen uitvoering te hebben gegeven aan hun bevoegdheid op grond van artikel 94 Gw).

Hoewel de Hoge Raad daar bij politie-optreden in het kader van de hanteerbaarheid van regresregels niet aan lijkt te willen, is het bestaan van de eigen verantwoordelijkheid wel een relevante factor. De eigen verantwoordelijkheid speelt een rol bij het aannemen van rechtvaardigingsgronden zoals onrechtmatig handelen op basis van bevoegd gegeven ambtelijk bevel⁹⁷ of wettelijk voorschrift.⁹⁸ Hoe ver reikt een dergelijke eigen verantwoordelijkheid? In deze subparagraaf worden beide rechtvaardigingsgronden besproken (zie onder (a) respectievelijk (b)). Voortbouwend op het handelen op grond van een wettelijk voorschrift wordt onder (c) specifiek ingegaan op mogelijke causaliteitsproblemen die bij het aannemen van aansprakelijkheid jegens een burger kunnen spelen.

(a) Bevoegd gegeven ambtelijk bevel

Wat betreft de rechtvaardigingsgrond van het bevoegd gegeven ambtelijk bevel (aanwijzing) geldt in de eerste plaats dat het ambtelijk bevel gegeven moet zijn door een daartoe bevoegde ambtenaar. Voorts dient het om een *bevel* te gaan: een 'verplichting tot gehoorzaamheid'. Dit kan het geval zijn in ambtelijke ondergeschiktheidsituaties maar ook in de publiekrechtelijke rechtsverhouding die tussen betrokkenen bestaat. Tot slot ook dient de inhoud van het bevel duidelijk te zijn. In zoverre is een bevoegd gegeven ambtelijk bevel vergelijkbaar met de bijzondere aanwijzing uit het wetsvoorstel voor de Wet NERpe dat in Hoofdstuk 6 wordt besproken. De NERpe-

96 HR 28 februari 1997, *RvdW* 1997, 66 en *JB* 1997, 82 m.nt. H.J. Simon.

97 Zie R. de Lange in zijn noot bij Rechtbank Amsterdam 11 september 1996, *Rawb* 1997, nr. 23 en *JB* 1996, 237 (zie ook artikel M.L.H.K. Claes *JB* 1996, 226).

98 Zie R. de Lange in zijn noot bij *Acciardi*: Rechtbank Amsterdam 11 september 1996, *Rawb* 1997, nr. 23.

aanwijzing verplicht de medeoverheid tot het uitvoeren van de aanwijzing (bij gebreke waarvan de minister in de plaats kan treden) en de aanwijzing moet een behoorlijke mate van concreetheid hebben. Ook de vernietigingsbevoegdheid met aanwijzingsbevoegdheid die geïntroduceerd zijn met de Wet revitalisering generiek toezicht is verstrekkend nu het ook de mogelijkheid biedt zoals beschreven in Hoofdstuk 4 om de bestaande beleidsruimte in te perken.⁹⁹ Uit de jurisprudentie volgt echter dat een bevoegd gegeven ambtelijk bevel degene die op grond daarvan handelt niet ontslaat van de eigen verantwoordelijkheid. Het betreft hier met andere woorden geen *absolute* rechtvaardigingsgrond. Een dwingend en concreet bevel zou niet mogen worden opgevolgd indien dat onrechtmatig zou zijn. De mate waarin eigen verantwoordelijkheid sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval.¹⁰⁰ Het commentaar bij artikel 6:162 BW¹⁰¹ noemt de volgende: de mate van ondergeschiktheid, de eigen deskundigheid, in hoeverre de bevelgever zich 'kennelijk sterk' maakt voor de rechtmatigheid van de opdracht, in hoeverre de bevelgever zich met de uitvoering bemoeit c.q. daarbij aanwezig is etc.

De jurisprudentie laat zien dat zelfs bij een concreet en dwingend bevel ruimte bestaat voor de eigen verantwoordelijkheid van de uitvoerder om het bevel op rechtmatigheid te toetsen (veel voorbeelden van aanwijzingen van politieagenten, sluiswachters etc.). Die eigen verantwoordelijkheid om een bevel te toetsen op rechtmatigheid neemt toe naarmate sprake is van minder concrete en dwingende bevelen (met andere woorden bij bevelen die meer vrijheid laten aan de uitvoerder). Een gerechtvaardigd beroep op deze rechtvaardigingsgrond kan ertoe leiden dat de bevelgever jegens de derde aansprakelijk is. Daarmee is nog niet de vraag naar de interne (onderlinge) aansprakelijkheid opgelost.

Een uitspraak van de rechtbank Arnhem die in hoger beroep en cassatie in stand is gebleven, in het kader van de verhouding opdrachtgever – opdrachtnemer, kan hiervoor wellicht enige richting geven.¹⁰² Daarin overweegt de rechtbank namelijk:

99 Aangetekend kan worden dat ook bij een gegeven onrechtmatige aanwijzing waardoor bepaalde schade ontstaat, bij de benadeelde sprake kan zijn van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW. Dit heeft dan tot gevolg dat de omvang van de schadevergoedingsplicht navenant verkleint. Zie voor een zaak waarin ondanks een door DNB en AFM gegeven onrechtmatige aanwijzing sprake was van eigen schuld van de benadeelden: HR 23 december 2011, *NJB* 2012/187.

100 Bekend is Hof te Amsterdam 30 juni 1961, *NJ* 1962, 468 waarin DNB op last van het departement de bereidverklaring tot afgifte van een vergunning intrekt. De DNB heeft volgens het Hof te Amsterdam alle redenen om de last op te volgen nu de bank 'uit betrouwbare bron was gebleken dat de bescheiden die de belanghebbende (eiseres) ter ondersteuning van haar aanvraag had ingediend, gefingeerd dan wel vervalst waren.'

101 Aantekening 149 van het artikelsgewijs commentaar bij artikel 6:162 lid 2 BW (*Groene Serie Privaatrecht* – Kluwer Plaza).

102 Rechtbank te Arnhem 1 april 1999, *NJKort* 1999, 49, r.o. 4.9 en HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 577 m.nt. T. Koopmans.

‘Van de Bunt voert als verweer ook aan dat hij het onderzoek heeft verricht in opdracht en onder verantwoordelijkheid van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden en dat dit meebrengt dat hij niet aansprakelijk is voor zijn bijdrage aan de betreffende deelrapporten. De rechtbank verwerpt dit verweer. Een dergelijke afspraak raakt weliswaar de verhouding Van de Bunt-enquêtecommissie en kan eventueel meebrengen dat de opdrachtgever Van de Bunt moet vrijwaren, maar zo’n afspraak kan in beginsel niet tegen derden — i.c. Salomonson — worden tegengeworpen. Er zijn geen feiten of omstandigheden gesteld noch gebleken waaruit zou kunnen voortvloeien dat in casu van dit beginsel moet worden afgeweken.’

De eigen verantwoordelijkheid lijkt hier dus wel zeker een rol te spelen. Jegens de derde is de opdrachtnemer zonder meer aansprakelijk. De mate van eigen verantwoordelijkheid c.q. vrijheid is daarentegen een factor die meegewogen wordt in de interne verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Hoewel van belang bij de verdeling van de interne draagplicht staat de eigen verantwoordelijkheid in de weg aan de doorbraak van aansprakelijkheid.

(b) Handelen op grond van wettelijk voorschrift

De tweede rechtvaardigingsgrond die ik hier kort wil memoreren, is het ‘wettelijk voorschrift’. In dat geval is niet het bevel maar het wettelijk voorschrift de directe grondslag voor de handeling. Het betreffende wettelijk voorschrift dient wel rechtsgeldig c.q. verbindend te zijn. Een handelen van een medeoverheid op grond van een onverbindend geworden wettelijk voorschrift zal onrechtmatig zijn en komt voor risico van die overheid.¹⁰³ Bij een verbindend wettelijk voorschrift zal voorts een beoordeling nodig zijn van het handelen afgezet tegen de voorwaarden die het wettelijk voorschrift voor het handelen formuleert. Afhankelijk daarvan is het optreden ‘gedekt’ of niet. Gewezen wordt onder meer op het volgende voorbeeld. Op grond van de Woningwet (oud) had het college van B&W van de gemeente IJtteren een bestuursdwangaanschrijving uit doen gaan tot het afbreken van een schuur die vanwege de staat waarin hij verkeerde, gevaar opleverde voor personen en zaken op de openbare weg.¹⁰⁴ Daarbij had het college geen alternatief voor het slopen in de last opgenomen. De eiser heeft de last niet opgevolgd met als gevolg dat het college van B&W uitvoering gaf aan de last en de schuur afbrak. Eiser vorderde in de daaropvolgende procedure schadevergoeding van de gemeente en voerde onder meer aan dat de gemeente op grond van de Woningwet de keuze had slopen dan wel het treffen van voorzieningen te gelasten. Onder verwijzing naar de tekst van de betrokken bepalingen uit de Woningwet en de wetsgeschiedenis ervan honoreerde de rechtbank dit betoog van eiser. Concluderend kan worden vastgesteld dat ook bij wetsuitvoering de uitvoerder een bepaalde mate van eigen verant-

103 Het niet-intrekken van deze onverbindend geworden regelgeving kan een onrechtmatige daad opleveren: *vgl.* Schutgens, p. 42-43: Rb. Amsterdam 13 juli 2004, NJ 2004, 564 (Absint).

104 Rb. Maastricht 27 mei 1971, NJ 1971, 497.

woordelijkheid behoudt. Uit jurisprudentie blijkt dit met name te gaan om de plicht de wettelijke bevoegdheid aan te wenden voor het doel waarvoor deze geschreven is.

De vraag dringt zich op of in het kader van de eigen verantwoordelijkheid van de uitvoerende overheid kan worden verwacht dat deze een eigen rechtmatigheidsoordeel geeft over datgene wat zij moet uitvoeren. In dit verband vraag ik aandacht voor de *Chipsol*-zaak¹⁰⁵ waarin een vingerwijzing is opgenomen die wellicht ook hier van belang is. In deze zaak heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de mate van afwegingsvrijheid die een medeoverheid (i.c. provincie) heeft in geval van medebewind en de in dat kader gegeven aanwijzingen. De Hoge Raad overweegt als volgt:

'3.3.2. (...) De klachten berusten naar de kern op de opvatting dat de Provincie geen enkele vrijheid had ten aanzien van de implementatie van de PKB-Schiphol in haar ruimtelijke plannen. Die opvatting is onjuist. Zoals het hof in zijn overweging terecht tot uitdrukking heeft gebracht, kan niet reeds in het algemeen gelden dat in het stelsel van de WRO een PKB voor de gemeente en de provincie zodanig rechtstreeks bindende normen bevat, dat de gemeente en de provincie gehouden zijn de door de Minister van VROM op grond van art. 6 en art. 37 WRO gegeven aanwijzingen in hun ruimtelijke plannen onverkort in acht te nemen, zonder zelf enige beleidsvrijheid of afwegingsvrijheid terzake te hebben. De omstandigheid dat bij de bestuursrechter beroep kan worden ingesteld tegen door de Staat gegeven aanwijzingen onderstrept dit, nu zulks inhoudt dat een gemeente of een provincie in rechte aan de orde kan stellen of zij, door in haar ruimtelijke plannen deze aanwijzingen niet onverkort in acht te nemen, een juist gebruik heeft gemaakt van haar beleidsvrijheid.'

Hoewel niet duidelijk is of deze overweging ook opgeld doet bij de vraag naar aansprakelijkheid, lijkt dit niet onaannemelijk. Blijkbaar is het ontbreken van een ondergeschiktheidsrelatie die wel bestaat bij aanwijzingen in het kader van de opsporing van strafbare feiten of de handhaving van de openbare orde voor politie-ambtenaren een belangrijk verschil waardoor een enkele aanwijzing van een minister aan een medeoverheid niet zonder meer tot doorbraak van aansprakelijkheid zal leiden. In hoeverre dit ook geldt in geval van taakverwaarlozing en indeplaatsstelling is nog niet beantwoord. Dit zijn immers ook besluiten waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat.

5.3.4 *Knelpunten bij regres en verhaal*

Om datgene wat een overheid aan een derde heeft betaald, te verhalen op een andere overheid beschikt die overheid over verschillende acties. Uit hoofde van regres ex artikel 6:10 BW of een onrechtmatige daadsactie kan worden geprocedeerd bij de burgerlijke rechter. Processueel zal dit neerkomen op een vrijwaringsincident (artikel 210 Rv) of een separate dagvaardingsprocedure. Wanneer de burgerlijke rechter de incidentele vrijwaringsvordering

105 HR 24 juni 2011, *RvdW* 2011, 802.

toestaat, ontspint zich parallel aan de hoofdzaak een vrijwaringsprocedure.¹⁰⁶ In deze paragraaf worden hierbij enkele knelpunten gesignaleerd die voor het vervolg van dit onderzoek van belang zijn.

Ten eerste doet zich bij een actie uit onrechtmatige daad in geval van samenloop van onrechtmatige wetgeving en de uitvoering daarvan een tweetal problemen voor: een causaliteitsprobleem en een relativiteitsprobleem.

In de eerste plaats behandel ik het causaliteitsprobleem. Als achteraf komt vast te staan dat een wettelijk voorschrift waarop een handeling van de medeoverheid is gebaseerd, onrechtmatig is (vanwege strijd met hoger recht), dan kan er wat betreft schade onderscheiden worden naar verschillende modaliteiten. In het kader van de causaliteit beschrijft *Schutgens*¹⁰⁷ de volgende drie: (1) de schade is rechtstreeks veroorzaakt door een onverbindende regeling, (2) de schade is deels veroorzaakt door een onverbindende regeling en deels door een uitvoeringsbesluit en tot slot, (3) het uitvoeringsbesluit is de oorzaak van de schade.

In het eerste geval is er sprake van een regeling die rechtstreeks een verplichting oplegt aan burgers. Klassiek voorbeeld hiervan is de zaak *Leenders/Ubbergen*.¹⁰⁸ De APV van de gemeente Ubbergen verbiedt het venten zonder vergunning. Leenders meent dat de bepaling in strijd is met de Vestigingswet en dus onverbindend. Om toch te kunnen venten, vraagt Leenders onder protest een vergunning aan. Daarop krijgt hij slechts vergunning om te venten voor één dag per week in één woonkern. Leenders gaat in bezwaar maar de beslissing op bezwaar blijft uit. Hij komt daar verder niet meer tegen op. Op een gegeven moment wordt Leenders beboet vanwege ventverkoop buiten zijn vergunning. Leenders staakt daarop zijn ventverkoop in de gemeente Ubbergen. De strafrechter oordeelt uiteindelijk dat de bepaling uit de APV buiten toepassing moet blijven vanwege strijd met de Vestigingswet. Leenders vraagt bij de civiele rechter om een verklaring voor recht dat de gemeente door haar onrechtmatig gedrag jegens hem (het uitvaardigen van een onverbindende regeling) aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade en verzoekt de rechter om de gemeente te veroordelen tot betaling van deze schade. De gemeente werpt Leenders het beginsel van formele rechtskracht tegen omdat niet is opgekomen tegen het niet-nemen van een beslissing op Leenders bezwaarschrift. De overtuiging dat de formele rechtskracht Leenders kan worden tegengeworpen, casseert de Hoge Raad uiteindelijk. Een onverbindend geachte regeling die een burger onder een strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke sanctie een verbod oplegt, kan bij de burgerlijke rechter worden aangevochten. In het licht van effectieve rechts-

106 Groene Serie Schadevergoeding, artikel 6:102 BW, aantekening 26.

107 Schutgens, p. 60.

108 HR 11 oktober 1996, *NJ* 1997, 165, m.nt. M. Scheltema, *AB* 1997, 1 m.nt. ThGD en *JB* 1996, 241 m.nt. EVDL. Inmiddels lijkt dit genuanceerder te liggen: zie HR 9 juli 2010 (Leges Turkse immigranten), *AB* 2011, 11 m.nt. G.A. van der Veen en *JB* 2010/174, m.nt. R.J.B. Schutgens.

bescherming hoeft dan niet eerst strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving te worden uitgelokt.

Het niet verder opkomen tegen een toch aangevraagde vergunning kan Leenders dus niet worden tegengeworpen. Bij indirect werkende regelingen creëert de uitvoeringsbeschikking echter pas het rechtsgevolg dat de burger rechtstreeks raakt. Om die reden moet het uitvoeringsbesluit worden afge wacht om eventueel via exceptieve toetsing de regeling aan de kaak te stellen. Jegens de burger zal in ieder geval de uitvoerende overheid aansprakelijk zijn.¹⁰⁹

*Vulhop/Amsterdam*¹¹⁰ is een bekende uitspraak waarin een indirect werkende regeling uiteindelijk onverbindend blijkt te zijn en waarbij de schade naar redelijkheid moet worden toegerekend aan het uitvoeringsbesluit (artikel 6:98 BW).¹¹¹ De gemeente Amsterdam stelt de Verordening Watertoeristenbelasting 1978 vast. Op grond daarvan wordt op aangifte belasting geheven. Vulhop betaalt aldus enige tijd op deze grond watertoeristenbelasting. Tegen enkele van de betalingen maakt hij bezwaar en stelt hij beroep in. De belastingrechter stelt vervolgens vast dat de belastingverordening onverbindend is vanwege strijd met de Gemeentewet. Vulhop vordert daarop schadevergoeding over alle jaren dat hij ten onrechte watertoeristenbelasting heeft betaald. De rechtbank en het Hof wijzen de schade – voor zover het de niet aangevochten betalingen betreft – af. Hoewel de onverbindende regeling wel onrechtmatig is jegens Vulhop, vindt het Hof dat de schade niet naar redelijkheid daaraan is toe te rekenen. Wel is de schade toe te rekenen aan het niet instellen van rechtsmiddelen tegen de op basis van de onverbindende regeling gedane betalingen. Door daar geen rechtsmiddelen tegen aan te wenden, hebben deze formele rechtskracht gekregen en worden ze geacht rechtmatig te zijn volgens het Hof. De Hoge Raad volstaat met de vaststelling dat aan Vulhop inderdaad de formele rechtskracht kan worden tegengeworpen. Jammer genoeg, besteedt de Hoge Raad geen aandacht aan de redenering van het Hof omtrent de toerekening naar redelijkheid. Systematische aandacht voor de criteria van 6:162 BW en het aflopen daarvan, zou geen kwaad kunnen. Het vereiste van causaal verband is dus de factor die bepalend is voor de vraag of de regelgevende overheid dan wel de uitvoerende overheid jegens een derde aansprakelijk is. Zoals hiervoor al beschreven, valt het vereiste van causaal verband uiteen in twee criteria: enerzijds het feitelijke *conditio sine qua non*-vereiste (kan de schade ook ontstaan wanneer de onverbindende regeling wordt weg gedacht?) en anderzijds de normatieve leer van de redelijke toerekening (artikel 6:98 BW). De onverbindende regeling is uiteraard wel *conditio sine qua non* voor het intreden van de schade maar de schade valt daaraan niet in redelijkheid toe te

109 Schutgens, p. 119.

110 HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt. M. Scheltema en AB 1993, 40 m.nt. F.H. van der Burg.

111 Schutgens, p. 128.

rekenen omdat de betalingsplicht van Vulhop (en dus diens schade) pas op het moment van de uitvoeringsbeschikking rechtstreeks ontstaat. De formele rechtskracht beperkt in dit licht dus de aansprakelijkheid van de uitvoerende overheid.¹¹²

In de tweede plaats doet zich bij een onrechtmatige daadsactie tussen overheden vanwege aan een derde uitbetaalde schade in geval van samenloop van onrechtmatige wetgeving en de uitvoering daarvan een probleem voor in het kader van het relativiteitsvereiste (6:163 BW). Vereist zal immers zijn dat de ene overheid jegens de andere onrechtmatig heeft gehandeld. Daarbij is van belang dat een beroep op het ontbreken van relativiteit naar huidig recht meer kans van slagen heeft dan voorheen. Tot een aantal jaar geleden ging de rechter ruimhartig om met het relativiteitsvereiste: relativiteit werd geacht aanwezig te zijn. Dit is veranderd in 2004 toen de Hoge Raad het arrest *Duwbak Linda* wees.¹¹³ In die zaak werd een relativiteitsverweer gevoerd ter beperking van de aansprakelijkheid van de door een burger aangesproken overheid. De Hoge Raad moest dan ook ingaan op dit verweer. Getoetst moest worden of in het licht van het doel en de strekking van de geschonden norm voldaan was aan het relativiteitsvereiste. Geconcludeerd werd dat relativiteit ontbrak. De uitspraak *Duwbak Linda* is in de literatuur kritisch ontvangen.¹¹⁴ Gesteld werd dat de relativiteit om rechtspolitieke overwegingen door de Hoge Raad werd gehanteerd teneinde de uitdijende overheidsaansprakelijkheid te voorkomen. Deze kritische houding tegen het honoreren van het relativiteitsverweer vindt steun in de wetgeschiedenis van artikel 6:163 BW. Daarin komt naar voren dat de wetgever van mening was dat het enkele ontbreken van relativiteit niet in de weg kon staan aan de vergoeding van door de gelaedeerde geleden schade.¹¹⁵ In de Parlementaire Geschiedenis is het volgende overwogen:¹¹⁶

‘Om die reden zou een regel volgens welke aan een benadeelde bij een wetsovertreding alleen een aanspraak op schadevergoeding toekomt indien positief zou blijken dat zulks de strekking van het overtreden wetsvoorschrift was, in de rechtspraak grote bezwaren opleveren. Vandaar dat het ontwerp bepaalt dat in het algemeen de benadeelde die voorzienbare schade heeft geleden ten gevolge ener overtreding van een wettelijke plicht, aan die overtreding een aanspraak op vergoeding van zijn schade ontleent, tenzij, negatief, blijkt dat het overtreden wetsvoorschrift niet die strekking heeft.’

112 Schutgens, p. 128-129.

113 HR 7 mei 2004, *AB* 2005, 127 m.nt. F.J. van Ommeren en *NJ* 2006, 281 m. nt. J. Hijma. Daarna bijvoorbeeld de *Vie d’Or*-uitspraak (HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 en 529 m.nt. C.C. van Dam tevens in: *RvdW* 2006, 943 en het Iraanse asielzoeksters-arrest (HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576 m.nt. J.B.M. Vranken). De ABRvS heeft wel relativiteit aangenomen in de ruimtelijke ordeningszaak: ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009, 42, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, *USZ* 2009, 75, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, (benzinstation Ameland).

114 o.a.T. Barkhuysen & L. di Bella in hun noot bij ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 65.

115 Zie hierover: T. Barkhuysen & L. di Bella in hun noot bij ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 65. Lankhorst spreekt van een ‘bewijsrechtelijk vermoeden’, p. 43-46.

116 *TM*, Parl. Gesch. Boek 6, p. 632 en bevestigd bij *MvA II*, Parl. Gesch. Boek 6, p. 638.

In beginsel is op grond van deze overweging aan het relativiteitsvereiste voldaan, tenzij de gedaagde *uitdrukkelijk* stelt dat dit niet het geval is.¹¹⁷ Bij twijfel zou in het voordeel van de benadeelde moeten worden beslist. Dat is in de jurisprudentie echter niet zo opgevat.¹¹⁸ Zoals gezegd, is een bijkomend probleem dat op het ontbreken van relativiteit (met name ook door de landsadvocaat)¹¹⁹ steeds vaker een beroep wordt gedaan. De vraag of is voldaan aan relativiteit wordt dan getoetst. Hierop kan kritiek worden gegeven: in de literatuur is betoogd dat het bij het aannemen van relativiteit gaat om een 'compromis tussen twee uitersten'. De leer van de absolute onrechtmatigheid waardoor een ieder wordt beschermd, verabsolueert de geschonden norm en is al jaren verlaten. De leer van de 'relativistische' onrechtmatigheid op grond waarvan altijd concreet en specifiek aan de relativiteit moet zijn voldaan, reduceert de geschonden norm te veel.¹²⁰ Extra problematisch is voorts dat de wetgever doorgaans geen overwegingen wijdt aan de vraag of de norm strekt tot vergoeding van schade en al helemaal niet aan de vraag wiens schade en welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Men zou de specifieke zorgvuldigheidsnorm ook in het bredere kader van – bijvoorbeeld – de Gemeentewet kunnen zoeken. Gewezen kan namelijk worden op artikel 108, derde lid, Gemeentewet.¹²¹ Op grond van dit artikel vergoedt het Rijk de kosten van de uitvoering van een taak indien het de gemeente in medebewind roept. Niet alle kosten worden vergoed. Het betreft hier een verplichting tot vergoeding van kosten die anders voor rekening blijven van de in medebewind geroepen gemeente.¹²² Het betreft met andere woorden kosten die niet gecompenseerd kunnen worden via leges, heffingen etc. Hoe hoog de vergoeding dient te zijn, is niet wettelijk vastgelegd. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat dit in onderling goed overleg wordt vastgesteld. De vraag dringt zich op of hier ook schade onder valt die een gemeente moet betalen indien die schade (mede) is veroorzaakt door onrechtmatige medebewindswetgeving. Het antwoord op deze vraag is niet eenvoudig te geven. De literatuur bevat hierover geen gegevens. Evenmin staat vast op welke processuele wijze een dergelijke aanspraak te gelde kan c.q. moet worden gemaakt. Deze bepaling zou zowel een aanknopingspunt zijn voor de draagplicht en zorgplicht van de Staat als een zelfstandige grond om compensatie te verkrijgen. In Hoofdstuk 7 zal ik hierop terugkomen.

117 Zie hierover: T. Barkhuysen & L. di Bella in hun noot bij ABRvS 3 december 2008, AB 2009, 65.

118 Lankhorst spreekt van een 'bewijsrechtelijk vermoeden', p. 43-46.

119 Zie ook Marseille & Harryvan over de verweermiddelen die overheden gebruiken teneinde aan aansprakelijkheid te ontkomen.

120 Lankhorst, p. 46.

121 Voor provincies, zie artikel 146, tweede lid, Provinciewet.

122 *Kamerstukken II 1992/93*, 22 893, nr. 3, p. 9 en *Kamerstukken II 1985/86*, 19 836, nr. 3, p. 16-17.

In geval van onderling verhaal tussen overheden doet zich hierbij nog een extra probleem voor. De jegens de derde geschonden norm (bijvoorbeeld een bepaalde wetsbepaling die in strijd is met hoger recht) zal niet dezelfde zijn als de norm die jegens de verhalende overheid is geschonden. De relativiteit zal moeten worden gezocht in de rechtsverhouding tussen de regelgevende en de uitvoerende overheid: het is onrechtmatig jegens een uitvoerende overheid om onverbindende regelgeving vast te stellen. Dat is onzorgvuldig te noemen. Het is dan deze zorgvuldigheidsnorm die is geschonden. Hierop wordt uitgebreider ingegaan in Hoofdstuk 6 (paragraaf 6.4.3.3) en Hoofdstuk 7 (paragrafen 7.4.4.3 en 7.5). Overigens doet zich een dergelijk probleem ook voor in het normale aansprakelijkheidsrecht. Handelt een veroorzaker van schade aan een derde ook onrechtmatig jegens de schadeverzekeraar die daardoor moet uitkeren aan de derde?¹²³ In de regel zal geen rechtstreekse aansprakelijkheid worden aangenomen vanwege het ontbreken van relativiteit. Ons recht gaat niet zo ver dat een schadeveroorzaker zich daarvan moet onthouden vanwege de belangen van de verzekeraar tenzij de schade juist met het oog daarop is toegebracht.¹²⁴ Opgemerkt kan worden dat de wetgever het relativiteitsprobleem kan oplossen door de relativiteit aan te nemen. Dit is gebeurd in artikel 75 Wet Bodembescherming. De (mogelijke) rol van de wetgever in het kader van het relativiteitsprobleem wordt uitgebreider behandeld in Hoofdstuk 6 (paragraaf 6.4.3.3) en Hoofdstuk 7 (paragrafen 7.4.4.3 en 7.5).

Ten tweede is in de literatuur gewezen op enkele bezwaren tegen de actie uit vrijwaring. De vrijwaring is geregeld in artikel 210 Rv en is een processueel middel.¹²⁵ Het materiële recht bepaalt of een oproeping in vrijwaring slaagt. Anders gezegd: zodra het materiële recht mogelijk maakt dat een partij 'verplicht is de nadelige gevolgen van een veroordeling van de gewaarborgde in de hoofdzaak te dragen' zal een oproeping in vrijwaring mogelijk zijn.¹²⁶ Regres ex artikel 6:10 BW of een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW zijn dergelijke materiële gronden. In zijn dissertatie over hoofdelijke verbintenissen tekent *Van Boom* aan dat een actie uit vrijwaring onder meer het nadeel met zich meebrengt dat het initiatief daartoe bij partijen ligt en niet bij de rechter.¹²⁷ De partij die dagvaardt (in ons geval een schadelijgende burger bijvoorbeeld) bepaalt in de eerste plaats hoeveel partijen (overheden) hij in de procedure betreft. De gedaagde overheid bepaalt vervolgens of zij een andere overheid in vrijwaring oproept. Ook de algemene oproeping van

123 Van Boom, p. 105.

124 Van Boom, p. 105 waar hij wijst op HR 24 januari 1930, NJ 1930, 299 m.nt. E.M. Meijers (Vonk/de Overijsselsche Onderlinge).

125 In de regel geschiedt dit door middel van een incident. Ook zonder incident kan een oproeping tot vrijwaring worden ingesteld. Zie daarover: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 210 Rv, aantekening 9.

126 Zie: Snijders in *Groene Serie Burgerlijk Procesrecht* Artikel 210 Rv aantekening 10 en HR 10 april 1992, NJ 1992, 446, r.o. 3.2.

127 Van Boom, p. 221.

derden in het civiele geding (artikel 118 Rv) geschiedt op verzoek van partijen zoals de eiser. De rechter heeft zelf dus niet de mogelijkheid om een tweepartijengeschil uit te breiden naar een drie- of meerpartijengeschil waardoor binnen één procedure zowel de externe als de interne aansprakelijkheid kan worden afgekaart. *Van Boom* signaleert dat het openen van deze mogelijkheid ook nadelen met zich meebrengt zoals een complexere procedure (meer stellingen, meer comparities etc.) en een langere proceduur. Evenmin is gewaarborgd dat het kunnen oproepen van mogelijke andere overheden ook daadwerkelijk leidt tot een volledig plaatje. *Van Boom* meent niettemin dat er ruimte moet zijn voor de rechter om derden te kunnen oproepen. Dat is naar huidig burgerlijk procesrecht niet mogelijk. Dat zou de rechter dan in staat stellen om alle betrokken rechtsverhoudingen te kunnen vaststellen in één procedure. Een ander argument hiervoor is volgens *Van Boom* ook dat de vrijwaringsprocedure niet tot een meerpartijenprocedure leidt. Het maakt enkel mogelijk dat er parallel aan de hoofdzaak tussen de burger en een overheid een procedure wordt gevoerd tussen twee of meerdere overheden omtrent de vraag wie elkaar voor welk percentage moet vrijwaren van hetgeen in de hoofdzaak aan de burger moet worden uitgekeerd. De bevoegdheid van een rechter om één of meer derden in het geding te betrekken (oproepingsbevoegdheid) heeft in dit kader de meerwaarde dat er wel een meerpartijengeschil ontstaat met alle voordelen van dien (bijvoorbeeld in verband met gezag van gewijsde, tegenstrijdige oordelen e.d.). Hier wordt aangetekend dat ons bestuursprocesrecht de oproeping in vrijwaring zoals die in het burgerlijk procesrecht bestaat, niet kent. Wel kent het bestuursprocesrecht de mogelijkheid om een derde (artikel 8:26 Awb) in de procedure te betrekken.¹²⁸ Dit kan de bestuursrechter zowel ambtshalve doen als op verzoek van partijen of op verzoek van de belanghebbende. Het betreft hier de mogelijkheid om belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Awb tot het geding toe te laten. Daartoe dient voor de sluiting van het onderzoek ter zitting te worden besloten. Recent heeft dit artikel in bestuursrechtelijke zaken waarin sprake is van schending van de redelijke termijn die toerekenbaar is aan het bestuur en de rechter tot interessante jurisprudentie geleid. Het veroordelen van het bestuursorgaan vanwege schending van de redelijke termijn (artikel 6 EVRM) levert in de regel in bestuursrechtelijke zaken geen problemen op omdat het bestuursorgaan partij is bij de bestuursrechtelijke procedure. Wanneer er vervolgens wordt gesteld dat de bestuursrechter (rechtbank) de redelijke termijn heeft geschonden, ontstaat een probleem. De Staat is de rechtspersoon die in dat geval de schadevergoeding zal moeten betalen. De Minister van Veiligheid en Justitie is in dat kader degene die ten behoeve van de rechtbanken, het CBB en de CRvB respectievelijk de

128 Dit is niet gelijk aan het instellen van beroep. Wel zal hetgeen door de partij te berde is gebracht volgens mij als overgelegd stuk mee moeten worden genomen bij de uitspraak (8:69 Awb). Zie hierover bijvoorbeeld ABRvS 14 januari 2004, AB 2004, 239 m.nt. TN.

Minister van BZK (voor de ABRvS)¹²⁹ verweer voert. Het probleem is dat noch de minister noch de Staat in de regel partij is in een bestuursrechtelijke procedure waarbij het besluit van een medeoverheid wordt aangevochten. Bij uitspraak van 4 juni 2008 (en de Centrale Raad bij uitspraak van 11 juli 2008)¹³⁰ heeft de ABRvS op dit punt een opzienbarende uitspraak gewezen. Via verdragsconforme toepassing van artikel 8:73 Awb opende de ABRvS een schadestaatprocedure waarbij zowel de vraag of sprake is van een termijnoverschrijding als de vraag over de hoogte van de schade aan bod konden komen. Daartoe werd de Staat (in de persoon van de Minister van VenJ) als partij in het geding geroepen (artikel 8:26 Awb). In 2009 heeft de Minister van VenJ een regeling bekend gemaakt waarmee de Raad voor de Rechtspraak gemachtigd wordt om namens de Minister van VenJ in deze zaken te beslissen, op te treden en verweer te voeren tegen dergelijke schadeverzoeken.¹³¹ In 2012 is dit gebeurd voor alle schadeverzoeken wegens onrechtmatige rechtspraak, waaronder de overschrijding van de redelijke termijn.¹³² De Raad kan op zijn beurt weer ondermandaat en machtiging verlenen aan een ambtenaar van de Raad (artikel 4). In Hoofdstuk 6 (paragraaf 6.2.2) en in Hoofdstuk 7 zal hier nader op worden ingegaan.

5.3.5 Conclusie paragraaf 5.3

In deze paragraaf 5.3 zijn de mogelijkheden voor overheden onderzocht om op grond van het BW schade of andere kosten te verhalen op een andere overheid. Indien geoorloofd in het licht van *Windmill* (paragraaf 5.3.1), biedt het BW hiervoor het instrument regres (artikel 6:10 BW) of een verhaalsactie, bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of diens species (zoals artikel 6:170 of 6:174 BW). Deze mogelijkheden zijn kort beschreven in paragraaf 5.3.2. Twee situaties moeten in dit verband worden onderscheiden.

¹²⁹ Artikel 21 Comptabiliteitswet.

¹³⁰ ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008, 229 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2008, 146, m.nt. A.M.L. Jansen en *USZ* 2008, 211, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008, 241 m.nt. Widdershoven, *JB* 2008, 172 m.nt. A.M.L. Jansen, *USZ* 2008, 238 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en CRvB 3 januari 2008, *LJN* BC1705, *AB* 2008, 211 m.nt. A.M.L. Jansen. Zie hierover ook uitgebreid Barkhuysen & Van Emmerik 2008.

¹³¹ Regeling van de Staatssecretaris van Justitie van 29 april 2009 nr 5599506/09, houdende verlening van mandaat en machtiging aan de Raad voor de rechtspraak inzake verzoeken tot schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn (*Stcrt.* 2009, 81).

¹³² Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 26 januari 2012, nr. 5723477/12, houdende verlening van mandaat, volmacht en machtiging aan de Raad voor de rechtspraak inzake verzoeken tot schadevergoeding verband houdend met de rechtspraak waarvoor de Staat aansprakelijk kan worden gehouden (*Stcrt.* 2012, 1933) waarbij de regeling uit 2009 is ingetrokken.

Ten eerste het geval waarin de ene overheid een onrechtmatige daad pleegt jegens de andere overheid zonder dat er derden in het spel zijn waaraan eveneens geld is uitgekeerd. Een louter twee-partijengeschil. Het 'verhaal' van de schade door een overheid is veelal niet anders dan het verhaal van dergelijke schade door een burger.

Interessant voor de beantwoording van de centrale vraag van dit onderzoek is het geval waarin een overheid een geldsom of schadebedrag voldoet aan een benadeelde burger waarvoor ook een andere overheid aansprakelijk is: ofwel rechtstreeks jegens de burger ofwel alleen jegens de overheid die tot betaling is overgegaan. Dit is de tweede situatie. In dat geval kan het zijn dat beide overheden hoofdelijk tot de schuld verbonden zijn. Beide overheden zijn dan aansprakelijk jegens de derde. Na voldoening van de schuld door één van beide overheden, heeft die overheid regres op de andere. Maar ook bij niet-hoofdelijkheid kan de aansprakelijk gestelde overheid verhaal hebben op de andere overheid. Over deze regres- c.q. verhaalsacties handelt paragraaf 5.3.2.

Uit de weinige jurisprudentie die op dit onderwerp beschikbaar is, kan het volgende worden afgeleid. Soms neemt de Hoge Raad hoofdelijkheid aan (paragrafen 5.3.2.1-5.3.2.2). Dat is het geval bij schade ontstaan ten gevolge van politie-optreden in het kader van de openbare orde of het vervolgen van strafbare feiten. De reden hiervoor is dat de burger niet de dupe mag worden van de onduidelijke bevoegdheidsverdeling bij politie-optreden. De hoofdelijk verbonden schuldenaren zijn de politieregio (werkgeverschap) en de gemeente (gezag in het kader van de openbare orde) respectievelijk de Staat (vervolgning strafbare feiten). Intern is de werkgever de draagplichtige tenzij gehandeld is op basis van een onjuiste aanwijzing van de burgemeester respectievelijk de Officier van Justitie. Volgens de Hoge Raad verzet de hanteerbaarheid van de regresregels zich tegen nadere uitzonderingen. In deze paragraaf is dit standpunt in de algemene context geplaatst van het regresleerstuk en de verdeling van de interne draagplicht.

Als het argument van onduidelijke bevoegdheidsverdeling niet wordt opgevoerd, is het animo om hoofdelijke verbondenheid aan te nemen veel minder. Zo wordt bij fouten gemaakt in het kader van medebewind sinds lange tijd alleen de entiteit aansprakelijk gehouden waartoe het medebewindsuitvoerende orgaan behoort (paragraaf 5.3.2.3). Een vordering tegen de medebewindsvorderende entiteit wordt niet-ontvankelijk geacht. De reden dat hier geen hoofdelijkheid wordt aangenomen (waarna beide overheden het onderling maar moeten uitvechten) is volgens mij gelegen in de ontwikkeling van het medebewindsleerstuk. Eerst was namelijk de Staat altijd aansprakelijk. De medeoverheid was de 'agent' van de Staat op lokaal niveau. Pas later is dit losgekoppeld en werden medeoverheden als zelfstandig handelende entiteiten gezien.

In paragraaf 5.3.2.4 is onderzocht in welke situaties de externe aansprakelijkheid wordt doorbroken met dien verstande dat niet de ene overheid maar de andere aansprakelijk is jegens de derde. Gedacht kan daarbij worden aan onjuist gegeven aanwijzingen, het bestaan van een bijzonder stelsel

van toezichtsbevoegdheden e.d. Hoewel hierover nauwelijks tot geen jurisprudentie beschikbaar is, lijkt er ook in die gevallen een bepaalde mate van eigen verantwoordelijkheid te bestaan bij de uitvoerende overheid zodat het niet zonder meer leidt tot doorbraak van aansprakelijkheid. In hoeverre deze factoren ook spelen voor aansprakelijkheid en doorbraak ervan bij schending van EVRM en EU-recht komt in Hoofdstuk 6 aan bod.

Tot slot is in paragraaf 5.3.4 ingegaan op enkele knelpunten. Ten eerste in het kader van een onrechtmatige daadsacties. Ten tweede in het kader van een oproeping in vrijwaring. In geval van samenloop van onrechtmatige wetgeving en de uitvoering daarvan kunnen twee problemen ontstaan voor een eventuele onrechtmatige daadsactie tussen de uitvoerende en de regelgevende overheid. Ten eerste kan de causaliteitsvraag complicaties opwerpen bij de vaststelling van de externe aansprakelijkheid. De schade kan rechtstreeks zijn veroorzaakt door een onverbindende regeling, de schade kan deels veroorzaakt zijn door die regeling en deels door het uitvoeringsbesluit en tot slot kan de schade van de burger alleen veroorzaakt zijn door het uitvoeringsbesluit. Ook in het laatste geval kan er sprake zijn van een verhaalsactie van de uitvoerende overheid op de regelgevende overheid. Dan doet zich echter een tweede probleem voor. De constructie van de relativiteit. De norm die jegens de burger was geschonden, is immers niet dezelfde als die jegens de uitvoerende overheid is geschonden. Aangesloten zou kunnen worden bij een zorgvuldigheidnorm op grond waarvan het onzorgvuldig is van de regelgevende overheid om de onverbindende regelgeving uit te vaardigen. Op deze beide onderwerpen wordt uitgebreid ingegaan in Hoofdstuk 7. Het tweede knelpunt dat in paragraaf 5.3.4 is besproken, is het volgende. In de literatuur is aangegeven dat de rechter zelf geen middelen heeft om een tweepartijengeschil (bijvoorbeeld overheid/burger) uit te breiden tot een drie- of meerp partijengeschil (burger versus alle mogelijk betrokken overheden (regelgevende en uitvoerende)). Dat heeft de burger uiteraard wel: die maakt de keuze welke overheid wel of niet te dagvaarden. Dat heeft de gedaagde overheid eveneens: die kan een andere overheid in vrijwaring oproepen. De burgerlijke rechter heeft niet de bevoegdheid om ambtshalve een partij in het geding te roepen. Dat maakt dat de rechter niet binnen één procedure de gehele kwestie kan afhandelen. Ons bestuursprocesrecht kent weliswaar het vrijwaringsincident niet maar op grond van artikel 8:26 Awb heeft de rechter wel de bevoegdheid om – ook ambtshalve – een partij toe te laten tot het geding. In Hoofdstuk 7 zal zowel voor het vrijwaringsincident als voor de rechterlijke oproepingsmogelijkheid aandacht zijn.

5.4 CONCLUSIE HOOFDSTUK 5

Vanwege schendingen van EVRM of EU-recht kan een overheid worden geconfronteerd met door haar te betalen schadevergoeding die feitelijk (deels) voor rekening van een andere overheid moet komen. Hoe deze mid-

delen te verhalen en welke problemen daarbij spelen, vormen de onderwerpen van Hoofdstuk 6. In dit hoofdstuk is onderzocht op welke manieren overheden zich voor 'nationale schade' op elkaar kunnen verhalen. Met andere woorden: wanneer de geschonden norm een zuiver nationale is en niet een Europese. Ik heb dit de *nationale* dimensie van verhaal genoemd. De in dit hoofdstuk geconstateerde gezichtspunten zullen van groot belang zijn voor de vragen over het verhalen van schade ten gevolge van de schending van Europese normen. Hoofdstuk 5 is daarmee de opmaat naar Hoofdstuk 6.

Ten eerste vindt over het algemeen weinig tot zeer weinig verhaal plaats tussen overheden dat ook <www.rechtspraak.nl> of de juridische tijdschriften haalt.

Of dit een oorzaak dan wel gevolg is van het feit dat er ten tweede geen algemene regeling van onderlinge overheidsaansprakelijkheid bestaat, is mij niet duidelijk. Noch het BW noch de Awb bevat een dergelijk leerstuk (paragraaf 5.1). Wel is de laatste tijd moeite gedaan om enkele algemene regelingen tot stand te brengen. Zo is er een regeling voor bestuursrechtelijke geldschulden opgenomen in Titel 4.4 Awb en is er een wetsvoorstel aanhangig in het parlement dat procedurele bepalingen bevat in geval van een verzoek tot schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad en nadeelcompensatie. Hoewel deze regelingen in beide gevallen ook toepasselijk zijn op relaties tussen overheden onderling, is het initiatief tot de regelingen niet ingegeven vanuit de behoefte om de onderlinge rechten en plichten van overheden in dit soort situaties te verduidelijken.

Ten derde is uitvoerig stil gestaan bij de resterende mogelijkheden om op grond van het BW schade te verhalen op een andere overheid (paragraaf 5.3). Zoals hiervoor al is opgemerkt, heeft de wetgever geen bijzondere regeling opgenomen in het BW omtrent regres tussen overheden. Daarom moet men terugvallen op de algemene regels die voor een ieder gelden. Er is schaarse jurisprudentie over zaken waarin twee overheden ofwel via artikel 210 Rv (oproeping in vrijwaring) ofwel op grond van 6:162 BW of 6:170 BW tegenover elkaar staan. Omdat deze uitgangspunten met name van belang zullen zijn voor Hoofdstuk 6 wordt hierop hierna uitvoerig teruggeblikt.

In paragraaf 5.3 is in de eerste plaats geconstateerd dat de Hoge Raad bij de vraag naar aansprakelijkheid jegens burgers (externe aansprakelijkheid) waarbij meerdere overheden (kunnen) zijn betrokken een onderscheid maakt tussen gevallen waarin twee overheden hoofdelijk aansprakelijk zijn (bij politie-optreden) en waarin de rechter uitdrukkelijk niet gekozen heeft voor hoofdelijkheid maar de aansprakelijkheid legt bij de in medebewind geroepen overheid (in geval van medebewind). De ratio achter het aannemen van hoofdelijkheid is voor de Hoge Raad dat de onduidelijkheid omtrent de vraag wie verantwoordelijk is voor politie-optreden niet ten nadele van de burger mag uitvallen. Vroeger (toen men de burgemeester nog beschouwde als de vertegenwoordiger van het Rijk ter plaatse) was de Staat aansprakelijk jegens burgers voor in medebewind door een gemeente gemaakte fouten. De veranderde visie op medeoverheden heeft gevolgen gehad voor de aansprakelijkheid. Indien bij de uitvoering van medebewind

fouten worden begaan, is de medeoverheid zelf aansprakelijk. Daarbij speelt misschien een rol dat een medeoverheid bij de uitoefening van medebewindstaken in de regel een eigen mate van beleidsvrijheid heeft.

In de tweede plaats is gekeken naar de onderlinge verhouding tussen de Staat en een medeoverheid: de interne aansprakelijkheid. Bij het beoordelen van de onderlinge draagplicht (interne aansprakelijkheid) komt de Hoge Raad bij hoofdelijkheid (politie-optreden) uit op een 100% draagplicht voor één van beide overheden. In zoverre hanteert de Hoge Raad dus een vaste verdeelsleutel op grond waarvan alle schade voor rekening van één van beide overheden komt. Dit is bewust gedaan: de hanteerbaarheid van de regresregels laat geen andere verdeelsleutel toe volgens de Hoge Raad.

Wel houdt de Hoge Raad hierbij een slag om de arm: er is ruimte voor een andere verdeelsleutel in geval een orgaan van een andere overheid aan de politie-ambtenaren een foute aanwijzing heeft gegeven waardoor de schade is ontstaan. Bij politie-optreden in het kader van de opsporing en vervolging van strafbare feiten zal dit het Rijk zijn (een aanwijzing van de Officier van Justitie) en bij politie-optreden in het kader van de handhaving van de openbare orde de gemeente (een aanwijzing van de burgemeester).

In de derde plaats is de vraag onderzocht die in het kader van Hoofdstuk 6 (de Europese dimensie van verhaal) van belang zal zijn, namelijk of de in medebewind geroepen overheid zich onder omstandigheden kan verhalen op de overheid die in medebewind roept. Dit kan in het algemeen zijn (in het licht van artikel 108, derde lid, Gemeentewet) of specifiek zijn (in geval van een door een minister gegeven aanwijzing). In de literatuur is immers wel aangevoerd dat een stelsel van toezichtsbevoegdheden zodanig kan zijn dat doorbraak van externe aansprakelijkheid op zijn plaats is. Ook hier is echter de vraag of er zelfs dan niet een bepaalde mate van eigen verantwoordelijkheid resteert bij de medeoverheid die deze doorbraak van aansprakelijkheid in de weg kan staan. Omdat de Hoge Raad zich over dergelijke situaties niet heeft uitgesproken, maar de eigen verantwoordelijkheid wel een rol speelt bij beroep op de rechtvaardigingsgronden 'bevoegd gegeven ambtelijk bevel' en 'handelen op grond van wettelijk voorschrift', is ook de jurisprudentie op dit vlak onderzocht.

Uit die jurisprudentie lijkt een soort vergewisplicht te volgen voor degene die zich op deze rechtvaardigingsgrond beroept. Een eigen afwegingskader lijkt ook bij medebewind en zelfs bij gegeven aanwijzingen te bestaan. In de *Chipsol*-zaak in 2011 heeft de Hoge Raad uitgesproken dat een aanwijzing van de minister aan het bestaan van een afwegingsvrijheid of beleidsvrijheid bij de medeoverheid niet in de weg staat. De Hoge Raad onderbouwt deze juridische ruimte met een beroep op de mogelijkheid om rechtsmiddelen in te stellen tegen een dergelijke aanwijzing. Dit betekent uiteraard niet dat deze vaststelling zonder meer kan worden toegepast in het aansprakelijkheidsrecht.

Toch is de vraag relevant of een medeoverheid verplicht kan zijn – bijvoorbeeld in het kader van haar schadebeperkingsplicht – om rechtsmiddelen aan te wenden tegen een aanwijzing. Op die manier kan de overheid

haar aansprakelijkheid jegens een derde die door de aanwijzing wordt benadeeld, beperken. Dit onderzoek heeft geen jurisprudentie opgeleverd waarin een derde een medeoverheid dagvaardt op grond van artikel 6:162 BW vanwege door haar geleden schade en de medeoverheid op haar beurt de Staat in vrijwaring oproept vanwege een gegeven aanwijzing. In ieder geval brengt een onjuiste aanwijzing van de minister in het kader van medebewind blijkbaar niet eenzelfde mate van draagplicht teweeg als in geval van een onjuiste aanwijzing bij politie-optreden. Wellicht is een verklaring hiervoor de ondergeschiktheidsrelatie waarin politie-ambtenaren tot het aanwijzende bestuursorgaan staan. Een medebewindsrelatie kan men nu juist niet karakteriseren als een hiërarchische.

Typend aan een medebewindsrelatie is vaak dat een medeoverheid uitvoering moet geven aan van hogerhand opgestelde regelgeving. Het gevolg daarvan is dat zich in het kader van onrechtmatige daad enkele knelpunten kunnen worden gesignaleerd. Het betreft de criteria causaliteit en relativiteit. In het kader van causaliteit zijn in dit hoofdstuk de problemen onderzocht met betrekking tot indirecte en directe wetgeving. In het laatste geval veroorzaakt de wetgeving zelf de schade. In het eerste geval kan het mede-oorzaak zijn of is alleen het uitvoeringsbesluit de oorzaak van de schade. Daar waar regelgevende en uitvoerende overheden tot verschillende rechtspersonen behoren, wordt dit relevant. Ook de relativiteit veroorzaakt problemen. De norm die jegens de burger is geschonden en de onrechtmatige daad oplevert, zal een andere zijn dan de norm die de relatie beheerst tussen beide overheden. Beide factoren zullen terugkomen in Hoofdstuk 6 en nadere bespreking behoeven in Hoofdstuk 7.

Concluderend kan worden opgemerkt dat hetgeen in deze paragraaf is geconstateerd van groot belang is voor vragen omtrent onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht waarover Hoofdstuk 6 gaat. In dat verband spelen enkele complicerende factoren een rol. In de eerste plaats zijn bij schendingen van EU-recht of EVRM vaak meerdere overheden betrokken (voor EU-recht bijvoorbeeld een implementerende centrale overheid en een uitvoerende medeoverheid en voor EVRM doorgaans een uitvoerende overheid en een rechtsprekende). In de tweede plaats rust op medeoverheden een verplichting op grond van artikel 94 Gw om nationaal recht buiten toepassing te laten of conform te interpreteren indien dat nationale recht in strijd komt met een ieder verbindende bepalingen van het EVRM. Een gelijkaardige verplichting bestaat in het EU-recht: de *Costanzo*-verplichting. Daartegenover staat dat de minister uit hoofde van de Wet NERpe de bevoegdheid heeft om aanwijzingen te geven en desnoods in de plaats te treden. Tijd dus voor een beschouwing over de *Europese* dimensie van verhaal.

