



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad

Di Bella, L.

### Citation

Di Bella, L. (2014, January 23). *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*. Meijers-reeks. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/23058>

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/1887/23058>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/23058> holds various files of this Leiden University dissertation

**Author:** Di Bella, L.

**Title:** De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad

**Issue Date:** 2014-01-23

## 2 De onrechtmatige overheidsdaad en de onvermijdelijkheid van rechtspolitieke keuzes door de rechter

*Een rechtshistorische beschouwing\**

### 2.1 INLEIDING

De rechtspraak met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad is nooit onomstreden geweest. De mate waarin voor de overheid in het onrechtmatige-daadsrecht andere regels gelden dan voor particulieren wordt door sommige zelfs beschouwd als 'een der neteligste' vraagstukken van het aansprakelijkheidsrecht.<sup>1</sup> De rechtspraak op dit terrein krijgt van oudsher veel kritiek te verduren. Het is opvallend dat deze kritiek een tegenstrijdig karakter heeft. In sommige gevallen zou de rechter niet genoeg oog hebben voor de vrijheid die de overheid nodig heeft om haar bestuurstaak goed uit te oefenen, terwijl aan de andere kant ook vaak commentaar wordt gegeven op de terughoudendheid van de rechter om de overheid aansprakelijkheid te houden.

Recent heeft de kritiek betrekking op de toepassing van de vereisten van relativiteit en causaal verband in de rechtspraak over de onrechtmatige overheidsdaad. Ook deze kritiek is omvangrijk.<sup>2</sup> Het verwijt is dat de rechter rechtspolitiek bedrijft om een te vergaande overheidsaansprakelijkheid te voorkomen.

De vraag rijst in hoeverre dit verwijt terecht is. Het is namelijk opvallend dat aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige daad getoetst wordt aan dezelfde vereisten als aansprakelijkheid van civiele partijen. De overheid is, net als andere (rechts)personen, aansprakelijk op grond van onrechtmatige

---

\* Dit hoofdstuk is in 2012 als bijdrage gepubliceerd: L. Di Bella, 'De onrechtmatige overheidsdaad en de onvermijdelijkheid van rechtspolitieke keuzes door de rechter. Een rechtshistorische beschouwing.', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 151-181.

1 Zie bijv. Wolfsbergen 1946, p. 112. Zie ook Drion 1950, p. 1.

2 Om de omvang te illustreren: zie voor commentaar over de toepassing van het relativiteitsvereiste bij overheidsaansprakelijkheid bijv.: Jurgens 2004, p. 9; Albers 2007, p. 98 e.v.; Di Bella 2007, p. 1523 e.v.; Drion 2007, p. 1395; Schild & De Jong 2007, p. 144-154; Heilhof & Neerhof 2008, p. 39-61; Lindenbergh 2007a, p. 783 e.v en Van Maanen 2007a. Kritisch over de toepassing van het causaliteitsvereiste bij besluitenaansprakelijkheid zijn: o.a. Schlössels 2004a, p. 70-84; Schlössels 2004b, p. 61-78; Van Maanen 2004a, p. 40-60 en Van Maanen 2004b, p. 787-794; Van Maanen & Schlössels 2004, p. 139-144; Hennekens 2001, p. 38; Schueler & Van Ettehoven 2003, p. 167; Kortmann 2002, p. 98-106; Kortmann 2005, p. 257-267; Schueler 2005, p. 173; Kortmann 2003, p. 15-25; Tak 2008, p. 1758-1769 en Tak 2002, p. 1461-1462.

daad als wordt voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 lid 1 BW, te weten onrechtmatigheid, schade, causaliteit, relativiteit en toerekening.

De wetgever heeft er niet voor gekozen om de onrechtmatige daad van de overheid apart te regelen. Toch wordt algemeen aangenomen dat de overheid, vanwege haar unieke aard, in het aansprakelijkheidsrecht een bijzondere positie inneemt, in die zin dat deze afwijkt van andere (rechts)personen.<sup>3</sup> De vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW bieden uiteraard een behoorlijke flexibiliteit om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Het ligt echter voor de hand dat als het gaat om de omstandigheden waaronder de overheid aansprakelijk kan worden gehouden voor een onrechtmatige daad er wel wat rechtspolitieke knopen moeten worden doorgemaakt: een taak voor de wetgever. Nu heeft de wetgever het aan de rechter gelaten om invulling te geven aan de bijzondere positie van de overheid in het onrechtmatigedaadsrecht. Rechtspolitiek door de rechter is in dat geval misschien wel onvermijdelijk.

Dit hoofdstuk is ontstaan uit nieuwsgierigheid naar de achtergrond van genoemde keuze van de wetgever. Het hoofdstuk is rechtshistorisch van aard. De bedoeling ervan is om meer inzicht te krijgen in de achtergrond van zowel het ontstaan van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad als de huidige problematiek. Het heden laat zich immers vaak beter begrijpen door kennis van het verleden.

## 2.2 OPZET

Zoals gezegd heeft dit hoofdstuk een rechtshistorisch karakter. Het behandelt de geschiedenis met betrekking tot het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad. Daartoe bespreekt het de ontwikkeling en de standpunten in de Parlementaire Geschiedenis. Ook de literatuur komt aan bod, omdat deze een goed beeld geeft van het heersende idee over de onrechtmatige overheidsdaad in de betreffende periode. De jurisprudentie komt terloops aan de orde, omdat dit voor het doel van het hoofdstuk minder belangrijk is. Uit jurisprudentie komt immers minder duidelijk naar voren welke overwegingen leidend zijn geweest om de materie niet wettelijk te regelen. Bovendien is de geschiedenis van de overheidsaansprakelijkheid in de jurisprudentie door andere auteurs uitgebreid besproken.<sup>4</sup>

De indeling van de bijdrage is als volgt. Vier periodes worden onderscheiden.

De eerste periode loopt tot 1848 en zal in § 2.3 beperkt worden besproken. Deze periode is namelijk van weinig belang geweest voor de ontwikkeling

---

3 Zie Wolfsbergen 1946, p. 113; Van Oordt 1950, p. 26; Polak 1949, p. 127; Van Brakel 1948, p. 631 en Hofmann/Drion & Wiersma 1959, p. 205 e.v.

4 Van Maanen 1996 en Van Roosmalen 2007.

van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad, zoals wij dat nu kennen. Van 1848 tot 1910 zijn de ideeën met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad nauw verbonden met het streven naar de invoering van een administratieve rechtspraak.<sup>5</sup> Inhoudelijk stond centraal de vraag of de overheid aansprakelijk kon zijn voor de schending van publiekrechtelijke normen. Deze periode komt in § 2.4 aan bod. Rond 1910 bleek dat van een spoedige invoering van administratieve rechtspraak voorlopig geen sprake was. De discussie in de literatuur over het al dan niet aansprakelijk zijn van de overheid wegens schending van publiekrechtelijke normen ging wel door en werd grotendeels gevoerd aan de hand van de jurisprudentie. Deze periode liep tot ongeveer 1950. De periode 1910 tot 1950 wordt behandeld in § 2.5. § 2.6 gaat over de periode vanaf 1950 tot heden. Vanaf 1950 ligt de nadruk op het ontstaan van de huidige schadevergoedingsbepalingen in het bestuursrecht en het burgerlijk recht, alsmede op de toepassing van de civielrechtelijke aansprakelijkheidsvereisten bij de onrechtmatige overheidsdaad. Het hoofdstuk eindigt met § 2.7, die afsluitende opmerkingen bevat.

### 2.3 DE PERIODE 1814-1848: DE DISCUSSIE OVER DE BEVOEGDHEID VAN DE RECHTER OM TE OORDELEN OVER OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID

Tot 1814 was van een 'Staat', zoals wij die kennen, eigenlijk nauwelijks sprake.<sup>6</sup> Bespreking van de situatie met betrekking tot de overheidsaansprakelijkheid in die periode is hier daarom weinig zinvol.<sup>7</sup> De situatie veranderde echt na de Franse bezetting, toen het 'Koninkrijk der Verenigde Nederlanden' tot ontwikkeling kwam. Langzaam ontstond een 'overheid' zoals wij die kennen.<sup>8</sup> De periode van 1814 tot 1848 werd met betrekking tot de overheidsaansprakelijkheid gekenmerkt door de discussie tussen rechtspraak en administratie over de bevoegdheid van de rechterlijke macht om te mogen oordelen over zaken, waarin de overheid was betrokken.<sup>9</sup> Over de bevoegdheid van de rechter luidde artikel 165 van de Grondwet 1815:

'Alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortvloeiende regten, over schuldvordering of burgerlijke regten, behooren bij uitsluiting tot de kennis van de rechterlijke magt.'

---

5 Zie ook: Scholten 1911.

6 Zie ook Pieterman 1990, p. 6.

7 Voor de staatkundige situatie tot deze tijd zie Elzinga & De Lange 2006, p. 117-134. Voor de ontwikkeling van de overheidsaansprakelijkheid in deze periode zie Drion 1950; Hartog 1971; Huijgen 1991 en Van Roosmalen 2007.

8 Zie over deze ontwikkeling: Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, hoofdstukken 10 en 11.

9 Voor een uitgebreide beschrijving van het verloop van deze competentiestrijd zie: Drion 1950, p. 107-169.

Over de uitleg en bedoeling van artikel 165 Grondwet 1815 is in de loop van de geschiedenis veel discussie geweest. Deze discussie betrof vooral de vraag of de rechter bevoegd was te oordelen over geschillen, waarbij de administratie betrokken was. Aan de ene kant bestond de mening dat het artikel een streng onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht voorschreef en dat het slechts wilde zorgen dat 'zuiver burgerlijke rechtsgeschillen' niet van de (burgerlijke) rechter werden afgehouden. Speelde in een zaak het algemeen belang dan was de rechter volgens deze opvatting onbevoegd. Dit zou dus betekenen dat de rechter onbevoegd was in zaken die weliswaar het eigendomsrecht van bijzondere personen raakten of een schuldvordering betroffen, maar hun grondslag hadden in het publieke recht.<sup>10</sup>

Aan de andere kant werd de mening verkondigd dat de grondwetgever van 1815 een dergelijke beperking van de rechterlijke competentie helemaal niet bedoeld had en dat de rechter wel bevoegd was in geschillen die iemands eigendom of een schuldvordering betroffen, ook al was de rechtsverhouding tussen partijen van publiekrechtelijke aard of wortelde de rechtsvordering in het publieke recht.<sup>11</sup> Volgens sommigen betekende de zinsnede 'bij uitsluiting' in artikel 165 Grondwet 1815 juist 'met uitsluiting van de administratieve macht', omdat de grondwetgever in 1815 wilde voorkomen dat de administratie in zou kunnen grijpen in rechterlijke procedures, zoals dat onder de Franse overheersing het geval was.<sup>12</sup>

In ieder geval heeft de rechter zelf zijn bevoegdheid om over overheidszaken te oordelen altijd ruim opgevat.<sup>13</sup> De rechter achtte zich bevoegd als het ging om beweerde schending van eigendomsrechten of schuldvorderingen, ook al was het geschil van administratieve aard.<sup>14</sup> In 1915 heeft de Hoge Raad in het bekende arrest *Guldemonde/Noordwijkerhout* het laatste woord gehad over de uitleg van de competentiebepalingen: de burgerlijke rechter is bevoegd als een burgerlijk recht in het geding is, ook al vloeit de onderliggende rechtsverhouding voort uit het publiekrecht.<sup>15</sup>

---

10 Zie o.a. Thorbecke 1843, p. 155-158 en Reuyl 1894, p. 8.

11 Zie o.a. Buijs 1886, p. 294 e.v.; De Vries 1917, p. 340-345 en Drion 1950, p. 77.

12 Zie bijv. Buijs 1886, p. 298 en Drion 1950, p. 77.

13 In 1822 trachtte de administratie de competentiestrijd nog in haar voordeel te beslechten door invoering van 'het Conflictenbesluit' (KB 5 oktober 1822, *Stb.* 1822, 44). Het gaf de gouverneur van een Provincie het recht een conflict op te werpen in die geschillen met de overheid, die in het Conflictenbesluit werden genoemd. Vervolgens werd het geding geschorst. Uiteindelijk besloot de koning definitief over de bevoegdheid van de rechter in de betreffende zaak. Het is dus niet zo dat in de periode van het Conflictenbesluit de rechter als regel onbevoegd was om over overheidszaken te oordelen. Vanaf de invoering heeft het Conflictenbesluit veel kritiek gekregen: zie Drion 1950, p. 202 en Huijgen 1991, p. 23. Het besluit werd in 1844 ingetrokken (KB 20 mei 1844, *Stb.* 1844, 25).

14 De Vries 1917, p. 337-389; Van Oordt 1950, p. 59; Van Maanen & De Lange 2005, p. 15 en Van Roosmalen 2007, p. 73.

15 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (*Guldemonde/Noordwijkerhout*).

De ruime bevoegdheidsopvatting van de burgerlijke rechter in de negentiende eeuw wordt in de literatuur wel verklaard door de afwezigheid van administratieve rechtspraak in die tijd.<sup>16</sup> Voor de burger die werd geconfronteerd met schadeveroorzakend optreden van de overheid, was de gang naar de burgerlijke rechter immers de enige mogelijkheid om dit optreden door een onafhankelijke instantie te laten toetsen. Bij gebrek aan een alternatief verklaarde de burgerlijke rechter zich daarom bevoegd als het ging om zaken betreffende overheidsaansprakelijkheid. Dat de burgerlijke rechter zich bevoegd achtte om te oordelen over zaken waar de overheid bij betrokken was, betekende overigens niet dat hij ook oordeelde over schending van publiekrechtelijke normen door de overheid. Onder de artikelen 1401 e.v. BW (oud) kon slechts overheidsaansprakelijkheid bestaan indien de overheid een privaatrechtelijke norm had geschonden of inbreuk had gemaakt op een subjectief privaatrecht van de burger. Dit veranderde pas in 1924 door het *Ostermann*-arrest (zie § 2.5).<sup>17</sup>

## 2.4 DE PERIODE 1848-1910: DE ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD IN HET STREVEN NAAR ADMINISTRATIEVE RECHTSPRAAK

### 2.4.1 Inleiding

In de periode 1848-1910 werd uitvoerig gesproken over het al dan niet invoeren van een onafhankelijke administratieve rechtspraak. Uit de literatuur en de voorontwerpen voor een regeling van administratieve rechtspraak uit die tijd blijkt dat het de bedoeling was dat het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad ook onder een dergelijke regeling zou vallen. Hierdoor zijn de ideeën met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad in deze periode nauw verbonden met de discussie over de invoering van een administratieve

16 Teunissen 1996, p. 163 en Van der Hoeven 1989, p. 156-157. Zie ook Reuyl 1894, p. 8.

17 HR 20 november 1924, *NJ* 1925, p. 89 (*Ostermann*). Vier jaar later overwoog de Hoge Raad in het *Strooppot*-arrest overigens dat de regel uit het *Ostermann*-arrest niet gold voor de schending van een ongeschreven publiekrechtelijke zorgvuldigheidsnorm. Handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid kon voor de overheid wel onrechtmatig zijn als zij op gelijke voet als een bijzonder persoon aan het maatschappelijk verkeer deelnam: zie HR 29 juni 1928, *NJ* 1928, p. 1138. In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat deze beperking rond 1940 werd opgeheven. Zie Van Maanen 1996, p. 61; Spier 1983, p. 68; Van Maanen & De Lange 2005, p. 26 en Van Brakel 1948, p. 632. Drion & Wiersma zijn hier echter niet zo zeker van: Hofmann/Drion & Wiersma, 1959, p. 220-221 en 237. Ook werd in 1939 de overheidsaansprakelijkheid op grond van artikel 1401 BW (oud) nog beperkt door het onderscheid tussen instructie- en waarborgnormen: schending van een publiekrechtelijk voorschrift kan slechts onrechtmatig zijn als dit voorschrift een aanspraak op een zekere gedraging van de overheid wil vestigen en niet als (slechts) aan de overheid bepaalde bevoegdheden of plichten worden opgelegd. In de praktijk heeft dit onderscheid echter nauwelijks een rol van betekenis gespeeld.

rechtspraak.<sup>18</sup> Centraal staat de vraag of de overheid ook aansprakelijk is, dan wel zou moeten zijn, voor onrechtmatige daden die hun rechtsgrond vinden in het publiekrecht. Een dergelijke daad wordt in de literatuur uit die tijd vaak aangeduid met de term 'publiekrechtelijke onrechtmatige daad'. Nu er in deze periode geen eenduidigheid was over het bestaan en de inhoud van het publiekrecht en de tegenstelling tussen privaat- en publiekrecht is het lastig om aan te geven wat hiermee precies werd bedoeld. Wel duidelijk is dat het moest gaan om schending van publiekrechtelijke normen door de overheid. Aansprakelijkheid van de overheid voor schending van privaatrecht was nauwelijks een onderwerp van debat: de opvatting dat de overheid in die gevallen op grond van de onrechtmatigedaadsartikelen van het BW aansprakelijk kon zijn werd in brede kring aanvaard.

#### 2.4.2 Het streven naar administratieve rechtspraak

Tot de jaren tachtig van de negentiende eeuw was de heersende mening dat het handelen van de administratie niet aan rechterlijke toetsing onderhevig kon en mocht zijn. Langzaam keerde het tij: de roep om onafhankelijke administratieve rechtspraak werd steeds luider. De invoering van een nieuw artikel 154 van de Grondwet 1887 maakte de instelling van een administratieve rechtspraak mogelijk:

'De wet kan de beslissing van twistgedingen, niet behoorende tot die, vermeld in artikel 153, hetzij aan den gewonen rechter, hetzij aan een college met administratieve rechtspraak belast, opdragen; zij regelt de wijze van behandeling en de gevolgen der beslissingen.'

In de jaren die volgden bestond zowel in de politiek als in de rechtswetenschap veel discussie over de inrichting van de rechtsbescherming tegen de overheid. Kernpunt van deze discussies was in de beginjaren de vraag of het überhaupt wel gewenst was aparte rechtspraak voor administratieve geschillen in te stellen. De opinie dat dit inderdaad zo was groeide, maar overeenstemming over de vormgeving daarvan werd niet bereikt. Een daadwerkelijke keuze vanuit de politiek bleef daarom uit en het debat leidde niet tot wettelijke veranderingen.<sup>19</sup> In 1894 verscheen het rapport van de Staatscommissie tot voorbereiding der uitvoering van de voorschriften der Grondwet, aangaande de regeling van de Administratieve Rechtspraak, ook wel genoemd naar de voorzitter van de commissie, Kappeyne van de Coppello. De commissie stelde voor een administratief hooggerechtshof te benoemen als onafhankelijke

---

18 Ook: Scholten 1910.

19 Zie voor een overzicht van de discussies over het al dan niet instellen van administratieve rechtspraak in de periode 1880-1905: Pieterman 1990, p. 154-165.

administratieve rechter. Met betrekking tot door de overheid aan de burger te betalen schadevergoeding stelde de commissie dit artikel voor:

‘Wanneer het administratief hoog-gerechtshof gronden vindt om tot betering van het geleden ongelijke eene geldsom toe te wijzen, begroot het hof het bedrag bij zijne uitspraak of gelast daarvan de vereffening met aanwijzing van den tak der administratiën dien het aangaat.’<sup>20</sup>

Het artikel werd door de commissie als volgt toegelicht:

‘Kan in de wettelijke bepalingen omtrent de administratieve rechtspraak het beginsel worden nedergelegd, dat de administratie verplicht is elke door hare met het recht strijdige handeling veroorzaakte schade te vergoeden? Dit beginsel is thans in onze wetgeving niet aangenomen. Art. 1401 van het Burgerlijke Wetboek is naar onze meening alleen toepasselijk ten aanzien van onrechtmatige daden van burgerrechtelijken aard.’<sup>21</sup>

Volgens de commissie was artikel 1401 BW (oud), dat de onrechtmatige daad regelde, niet van toepassing als de betreffende daad voortvloeide uit het publiekrecht. De commissie meende dat het positieve recht geen verplichting kende tot vergoeding van schade, geleden door publiekrechtelijke onrechtmatige daden. Zij achtte het echter ook niet wenselijk een dergelijke verplichting op te nemen in een wet die slechts de procedure bij de administratieve rechter moest regelen:

‘Naar haar inzien is het niet wenschelijk in eene wet, regelende de procedure bij den administratieve rechter, aan de openbare lichamen, zonder meer, de volstreekte verplichting op te leggen tot vergoeding der schade, welke door onrechtmatige daden of verzuimen van hunne besturen of ambtenaren is veroorzaakt. De materie is te ingewikkeld dan dat men met eene enkele algemeene bepaling zou kunnen volstaan en eene regeling daaromtrent te ontwerpen ligt buiten de competentie der Commissie.’<sup>22</sup>

Toch wilde de commissie de burger niet helemaal met lege handen tegenover de overheid laten staan en stelde daarom het zojuist genoemde artikel voor. Wel benadrukte de commissie dat het slechts om een voorlopige regeling ging totdat het onderwerp materieel geregeld was:

---

20 Verslag der Staatscommissie 1894, bijlage I, artikel 79.

21 Verslag der Staatscommissie 1894, p. 13.

22 Verslag der Staatscommissie 1894, p. 13.

'Het aannemen van het ten deze door ons gedaan voorstel zal slechts te beschouwen zijn als eene voorloopige oplossing der quaestie. Eene wet omtrent de materie zelve zal eene meer uitgewerkte regeling in het leven kunnen roepen.'<sup>23</sup>

Het voorstel van de commissie werd veel besproken, maar uiteindelijk werd geen ontwerp van wet aan de Tweede kamer aangeboden.<sup>24</sup> Tot 1905 werd ook geen politieke actie verricht om administratieve rechtspraak door te voeren.

In 1905 stelde Minister Loeff wetsontwerpen ter regeling van de administratieve rechtspraak voor.<sup>25</sup> In het ontwerp werd de administratieve rechtspraak als aparte afdeling binnen de bestaande rechterlijke macht ondergebracht. De administratieve rechter zou volgens het ontwerp bevoegd worden te oordelen over besluiten, feitelijke handelingen en weigeringen besluiten te nemen of handelingen te verrichten.<sup>26</sup> Over vergoeding van schade door de overheid stelde Loeff het volgende artikel voor:

'Verlies van of schade aan goederen, door onwettige handelingen van organen van openbaar gezag veroorzaakt, wordt aan den rechthebbende vergoed door den Staat, voor wien, of door het openbaar lichaam, voor hetwelk het handelend orgaan bij zijne handeling is opgetreden.'<sup>27</sup>

Een algemene bepaling over de onrechtmatige overheidsdaad ontbrak in het wetsontwerp. Dit kwam volgens de Memorie van Toelichting, omdat de onrechtmatige overheidsdaad het materiële recht betrof:

'Eene onwettige weigering of handeling of een onwettig besluit kan schade berokkenen. Waar het materieele publieke recht de aanspraak op vergoeding, in welken vorm ook, erkent, kan zij worden afgedwongen [...]. Er behoeft slechts bij den administratieven rechter eene klacht te worden ingediend tegen de weigering vergoeding te geven.

Het toekennen van aanspraken op vergoeding wegens onwettige besluiten of handelingen is zaak van het materieele recht. Dat die aanspraken in ons huidig recht onvoldoende geregeld zijn, kan niet worden ontkend. Die omstandigheid mocht evenwel geen reden zijn, om het vraagstuk dezer vergoedingen in dit ontwerp, dat het onderwerp eener proceswet is, als het ware terloops af te doen. Daarvoor is het te ingewikkeld en te ingrijpend. Principieel is het bovendien hier te lande nauwelijks aan de orde gesteld.'<sup>28</sup>

Loeff vond dus dat de aanspraak op schadevergoeding wegens onwettige overheidsdaden onvoldoende was geregeld. Het betrof volgens hem een

---

23 Verslag der Staatscommissie 1894, p. 13.

24 Pieterman 1990, p.161.

25 *Kamerstukken II* 1904/05, nr. 159.

26 *Kamerstukken II* 1904/05, nr. 159.3, MvT, p. 25.

27 *Kamerstukken II* 1904/05, nr. 159.2, artikel 13.

28 *Kamerstukken II* 1904/05, nr. 159.3, MvT, p. 25.

ingewikkeld onderwerp, dat nog nauwelijks principieel aan de orde was gesteld.

Er was uiteindelijk onvoldoende draagvlak voor de ontwerpen van Loeff: zij werden nooit aangenomen.<sup>29</sup>

### 2.4.3 De literatuur

In de jaren na het voorstel van de commissie-Kappeyne van de Coppello werd in de literatuur veelvuldig gereageerd op haar opvattingen omtrent de onrechtmatige overheidsdaad. Deze paragraaf behandelt de literatuur per auteur. De reden dat de literatuur zo uitgebreid aan bod komt, is dat deze een goed beeld geeft van de visie op de onrechtmatige overheidsdaad in de periode 1848 tot 1910. Bovendien is het naar mijn mening opvallend dat deze visie tegengesteld was aan de huidige situatie met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad. De auteurs waren namelijk van mening dat het niet wenselijk zou zijn om aansprakelijkheid van de overheid voor schending van publiekrecht te beoordelen aan de hand van dezelfde vereisten die gelden bij de schending van privaatrecht.

#### *Arntzenius*

Arntzenius meende dat het BW niet van toepassing was op onrechtmatige daden van staatsrechtelijke aard. Het behandelde naar zijn mening slechts burgerlijke rechten en was naar titel en inhoud bestemd om regels te stellen ten aanzien van burgerlijke rechtsbetrekkingen. De term 'onrechtmatige daad' in artikel 1401 BW (oud) kon volgens Arntzenius dan ook alleen betrekking hebben op een daad, die naar burgerlijk recht onrechtmatig was en omvatte niet de publiekrechtelijke onrechtmatige daad.<sup>30</sup>

Arntzenius achtte het gewenst dat ook bij publiekrechtelijk onrechtmatig handelen van de overheid het recht op schadevergoeding van de burger zou bestaan en dat dit recht wettelijk werd vastgelegd.<sup>31</sup> Een algemene, alles omvattende aansprakelijkheid wegens onrechtmatige ambtshandelingen kwam hem echter onaannemelijk voor: daarvoor was het terrein van het publiekrecht volgens hem te divers. Wel stelde hij een verplichting tot schadevergoeding

---

29 Het pleidooi van Struycken tegen een afzonderlijke administratieve rechtspraak in 1910 schijnt hierop een grote invloed te hebben gehad. Rechterlijke toetsing zou volgens hem alleen op haar plaats zijn als de administratie optreedt op dezelfde voet als een particulier en dan het liefst ook op dezelfde wijze ingericht als de rechtspraak tussen twee burgers. Deze gevallen betreffen volgens hem bijna uitsluitend vermogensbelangen. Zie Struycken 1910. Na het pleidooi van Struycken leek de invoering van een algemene administratieve rechtspraak ineens ver weg.

30 Arntzenius 1895, p. 52-53.

31 Arntzenius 1895, p. 57.

wegens onwettig onrechtmatig publiekrechtelijk handelen voor, evenals overheidsaansprakelijkheid op bepaalde terreinen.<sup>32</sup>

### *Reuijl*

Reuijl stelde het met de commissie-Kappeyne van de Coppello eens te zijn dat artikel 1401 BW (oud) alleen toepasselijk is ten aanzien van onrechtmatige daden, die voortvloeien uit het civiele recht. Volgens Reuijl bestond in de wetgeving in die tijd geen beginsel dat de overheid verplichtte de schade, die werd veroorzaakt door een publiekrechtelijke onrechtmatige daad te vergoeden.<sup>33</sup> Reuijl noemde het voorstel van de commissie-Kappeyne van de Coppello om in een regeling voor bestuursrechtspraak het administratief hooggerechtshof de bevoegdheid te geven een vergoeding toe te kennen (zie § 2.4.2) hoogst praktisch en tekende daarbij aan dat later een (materiële) wet over de publiekrechtelijke onrechtmatige daad een meer uitgewerkte regeling kon bieden.<sup>34</sup>

### *Land*

Ook Land was van mening dat een vordering niet kon worden gebaseerd op de artikelen 1401 e.v. BW (oud) als het ging om onrechtmatige daden, die voortvloeiden uit het publiekrecht.<sup>35</sup> Hij vond dat de Staat in dergelijke gevallen echter wel een plicht tot vergoeding had. Deze publiekrechtelijke aansprakelijkheid wilde Land in de wet vastleggen en regelen. In een dergelijke regeling over de publiekrechtelijk onrechtmatige daad zou men volgens Land wel moeten waken voor een eenzijdige behartiging van de belangen van de benadeelde.<sup>36</sup> Een algemeen beginsel dat geleden nadeel moet worden vergoed zou daarbij naar zijn mening niet kunnen worden gesteld.<sup>37</sup>

### *Hamaker*

De opvatting van Hamaker op de onrechtmatige overheidsdaad kwam voort uit zijn visie over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.<sup>38</sup> Het privaatrecht moest volgens Hamaker worden beschouwd als het gemene recht. Het gemene recht was naar zijn mening het algemene recht, dat gold voor een ieder, inclusief de overheid. Als het publiek recht beschouwde hij de bijzondere regelingen, die de overheid de bevoegdheid of plicht gaven om inbreuk te maken op het privaatrecht van een bijzonder persoon.

Voor de onrechtmatige overheidsdaad betekende deze opvatting dat de burgerlijke rechter in principe steeds bevoegd was om naar burgerlijk recht te oordelen over de handelingen van de overheid, behalve als zij door een

---

32 Arntzenius 1895, p. 67-70.

33 Reuijl 1895, p. 239.

34 Reuijl 1895, p. 241-242.

35 Land 1896, p. 190.

36 Land 1896, p. 190.

37 Land 1896, p. 192.

38 Hamaker 1898a, p. 493 en Hamaker 1898b, p. 509-511.

(publiekrechtelijk) wettelijk voorschrift aan het gemene recht waren onttrokken.<sup>39</sup> Als het publiekrecht dit toestond, mocht de overheid volgens Hamaker ongestraft inbreuk maken op het privaatrecht. Zonder deze legitimatie pleegde de overheid een onrechtmatige daad op grond van de artikelen 1401 e.v. BW (oud). Hamaker maakte dus geen onderscheid tussen een civielrechtelijke en een publiekrechtelijke onrechtmatige daad. Ook op onrechtmatige daden, gepleegd door de overheid in de uitoefening van haar functie, waren naar zijn mening de onrechtmatigedaadsartikelen van het BW van toepassing. In zijn tijd stond Hamaker alleen in deze opvatting.

#### *Kan*

Kan sloot zich wel aan bij de stroming, die meende dat de civielrechtelijke onrechtmatigedaadsartikelen niet geschreven waren voor onrechtmatige daden die voortvloeiden uit het publiekrecht. Deze opvatting was volgens Kan vrijwel gemeengoed.<sup>40</sup> Hij wees erop dat de publiekrechtelijke onrechtmatige daad dus niet wettelijk geregeld was. Kan vond dit een ongewenste situatie. Hij was dan ook voorstander van een aparte regeling voor publiekrechtelijke onrechtmatige daden.<sup>41</sup> Hij stelde in het licht daarvan voor om de rechter de bevoegdheid te geven tot het toekennen van schadevergoeding aan de burger bij onwettig handelen van de overheid. Als voorwaarde voor vergoeding stelde Kan wel dat een nieuwe administratieve handeling de geleden schade niet of niet helemaal kon vergoeden.<sup>42</sup>

#### *Röell en Oppenheim*

Vijf jaar na het verslag van de commissie-Kappeyne van de Coppello kwamen Röell, Eerste Kamerlid, en Oppenheim, lid van deze commissie, met overwegingen naar aanleiding van het voorstel van deze commissie.<sup>43</sup> De auteurs constateerden ten eerste dat in de literatuur geen verzet was aangetekend tegen het uitgangspunt van de commissie dat de bepalingen van het BW over schadevergoeding wegens onrechtmatige daad niet voor de overheid waren geschreven. Tevens concludeerden zij dat ook onaangevochten was gebleven de opvatting van de commissie, dat van een algemene en onbepaalde aansprakelijkheid, zoals bij de onrechtmatige daad in het BW was aangenomen, geen sprake kon zijn bij de codificatie van publiekrechtelijke onrechtmatige daden. Voor Röell en Oppenheim stond het in ieder geval vast, dat het algemene beginsel van recht op schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, dat in het burgerlijk recht was aanvaard, niet voetstoots mocht worden overgebracht op het gebied

---

39 Hamaker 1898b, p. 510.

40 Kan 1898, p. 363.

41 Kan 1898, p. 373.

42 Kan 1898, p. 382-384.

43 Röell & Oppenheim 1899.

van het openbaar bestuur. Dit beginsel kon volgens hen niet zomaar in een 'publiekrechtelijk artikel 1401' worden neergelegd:

'De duizendvoudige collisies van de administratie met de persoonlijke- en vermogenssfeer der individus en de vrijheid van beweging, zonder de erkenning waarvan zij met lamheid wordt geslagen, gedoogen niet, op het gebied van het bestuur en de uitvoering met één pennestreek eene regeling over te brengen, die werkt voor de, anders zich openbarende en weinig varieerende, verhoudingen tusschen de bijzondere personen, welke laatsten bovendien fouten, door hen of hunne ondergeschikten begaan, inboeten met het eigen vermogen, terwijl de gemeenschap, als zij schade heeft te vergoeden, daarvoor de penningen aanspreekt van belastingplichtigen, totaal onschuldig aan het feit.'<sup>44</sup>

Een algemeen beginsel van schadevergoeding wegens onrechtmatige daden, die hun rechtsgrond vonden in het publiekrecht, wezen Röell en Oppenheim dan ook af. Wel stelden zij voor om vast te leggen een verplichting voor de rechter tot oplegging van schadevergoeding in specifieke gevallen en in andere gevallen een bevoegdheid van de rechter daartoe. Zij beschouwden hun voorstel slechts als een tijdelijke oplossing en zeker niet als de volledige regeling van de publiekrechtelijke aansprakelijkheid.

In 1902 benadrukte Oppenheim nogmaals dat bij de onrechtmatige uitoefening van de overheidstaak de aansprakelijkheid van de overheid niet gebaseerd kon worden op de civielrechtelijke onrechtmatigedaadsartikelen. Het BW regelde volgens Oppenheim slechts de burgerlijke betrekkingen: daarvoor en voor niets anders of meer vestigde het naar zijn mening aansprakelijkheid.<sup>45</sup>

#### *Van Schaik*

Het meest omvangrijke werk over de toepasselijkheid van de onrechtmatigedaadsartikelen van het BW op publiekrechtelijke onrechtmatige daden is het proefschrift van Van Schaik uit 1905.

Van Schaik stelde voorop dat onderscheid gemaakt moest worden tussen de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van de vordering. De vraag of de rechter in geval van een publiekrechtelijk geschil bevoegd was, omdat het ging om inbreuk op een eigendomsrecht (artikel 2 Wet RO) stond volgens hem los van de vraag naar de toepasselijkheid van de artikelen 1401 e.v. BW (oud). Van Schaik stelde zich de vraag of het positieve recht in beginsel aansprakelijkheid van de administratieve overheid voor door haar begane onrechtmatige daden kende. Hij concludeerde uit jurisprudentieonderzoek dat in de loop van de negentiende eeuw er niet aan werd getwijfeld dat de onrechtmatigedaadsartikelen uit het burgerlijke recht in principe ook van toepassing waren 'in iedere sfeer van administratieve overheidsbemoeiing'.

---

44 Röell & Oppenheim 1899, p. 206.

45 Oppenheim 1902, p. 690-691.

Vanaf de jaren zeventig van deze eeuw was volgens Van Schaik het tij echter gekeerd. Waar het publiekrechtelijke verhoudingen betrof, was men 'de ontoereikendheid van de civielrechtelijke onrechtmatigedaadsartikelen gaan verkondigen'.<sup>46</sup> Ook Van Schaik was deze mening toegedaan. Van Schaik meende dat onmogelijk kon worden volgehouden dat artikel 1401 BW (oud), nota bene een bepaling uit het BW, anders dan voor burgerlijke onrechtmatige daden, d.w.z. schending van het burgerlijk recht, was geschreven. De artikelen 1401 e.v. BW (oud) stelden naar de mening van Van Schaik de sanctie op de overtreding van het privaatrecht in tegenstelling tot de overtreding van het publiekrecht: de term 'onrechtmatige daad' in het BW behelsde volgens hem slechts het civiele onrecht.<sup>47</sup> De eerste stelling bij zijn proefschrift luidde dan ook:

'Op de door de overheid in de uitoefening van haar publiek gezag verrichte onrechtmatige daden zijn de artt. 1401 en v. B.W. niet toepasselijk.'

Van Schaik constateerde dat dringend behoefte bestond aan een regeling van de publiekrechtelijke onrechtmatige daad, omdat een dergelijke regeling het publiekrecht als systeem zou afronden en een noodzakelijk onderdeel van een administratieve rechtspraak was.<sup>48</sup> Dat niet kon worden volstaan met het simpelweg overnemen van de civielrechtelijke regeling lag volgens hem voor de hand, nu er in alle onderdelen van het recht geen enkel onderwerp was dat zo voorzichtig moest worden behandeld:

'Wie de artt. 1401 e.v. B.W. zoo maar ongewijzigd en zonder voorbehoud voor het publieke recht zou willen admitteeren, hij zou een Draco en geen rechtskunstenaar wezen.'<sup>49</sup>

Van Schaik zag aansprakelijkheid van de overheid als algemene regel wel als mogelijkheid, maar dan aangepast aan het feit dat bij overheidsaansprakelijkheid het algemeen belang een rol speelt. Aan dit algemeen belang zou naar zijn mening een

'zekere gelding moeten worden verschaft boven de belangen van bijzondere personen.'<sup>50</sup>

*Van Bosse*

Ook Van Bosse was in 1907 van mening dat het Nederlandse recht geen algemene aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsdaad kende.<sup>51</sup> Naar

---

46 Van Schaik 1905, p. 2-4.

47 Van Schaik 1905, p. 304-305.

48 Van Schaik 1905, p. 369.

49 Van Schaik 1905, p. 348.

50 Van Schaik 1905, p. 347-348.

51 Van Bosse 1907, p. 136.

haar mening was een beperkte aansprakelijkheid voor de overheid niet wenselijk. Zij pleitte daarom voor een algemene regeling van aansprakelijkheid van de overheid voor door haar gepleegde onrechtmatige daden. De beperking moest volgens haar niet worden gezocht in de aansprakelijkheid, maar in de omvang van de te vergoeden schade: de angst dat een dergelijke algemene regeling zou leiden tot een te ver gaande overheidsaansprakelijkheid was volgens haar dan ook ongegrond.<sup>52</sup>

#### 2.4.4 Conclusie

Met betrekking tot de periode 1848 tot 1910 kan over de ontwikkeling van de onrechtmatige overheidsdaad het volgende worden gezegd. In de ontwerpen voor een regeling van administratieve rechtspraak werd aandacht besteed aan schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad. Zowel de commissie-Kappeyne van de Coppello als Minister Loeff waren van mening dat de civielrechtelijke onrechtmatigedaadsartikelen 1401 e.v. BW (oud) niet van toepassing waren op schending van publiekrechtelijke normen door de overheid. In hun opvatting bevatte het positieve recht daarom geen verplichting tot schadevergoeding wegens een publiekrechtelijke onrechtmatige daad. Zij waren van mening dat dit ongewenst was en bepleitten een wettelijke regeling voor het onderwerp. Beiden meenden echter dat dergelijke materieelrechtelijke bepalingen niet thuishoorden in een procesrechtelijke regeling van administratieve rechtspraak en namen daarom geen regeling voor de publiekrechtelijke onrechtmatige daad op in hun ontwerp. Bovendien vonden zij dat de inhoud van het leerstuk nog onvoldoende vaststond en te ingewikkeld was om vast te leggen in de door hen voorgestelde regeling van administratieve rechtspraak.

De literatuur in de periode 1848 tot 1910 sloot hier, met uitzondering van Hamaker, bij aan. De auteurs meenden ook dat de onrechtmatigedaadsartikelen uit het BW niet van toepassing waren op schending van publiekrechtelijke normen, omdat deze artikelen door hun aard alleen zagen op de schending van privaatrecht. Zij waren van mening dat een wettelijke regeling op dit punt gewenst was. Over de inhoud van een dergelijke regeling bestond geen eenduidigheid, maar dat deze vanwege de afwijkende positie van de overheid inhoudelijk zou moeten verschillen van de onrechtmatigedaadsartikelen uit het BW, sprak volgens bijna alle auteurs voor zich.

---

52 Van Bosse 1907, p. 150 en 174.

## 2.5 DE PERIODE 1910-1950: AANSPRAKELIJKHEID VOOR SCHENDING VAN PUBLIEKRECHTELIJKE NORMEN

### 2.5.1 Inleiding

Rond 1910 bleek dat van een spoedige invoering van administratieve rechtspraak voorlopig geen sprake was. De discussie in de literatuur over het al dan niet aansprakelijk zijn van de overheid wegens schending van publiekrechtelijke normen ging wel door. Deze discussie werd voor een deel gevoerd langs de lijnen van de uitspraken van de Hoge Raad over het onderwerp. Ik licht er in deze paragraaf één uitspraak uit, namelijk het *Ostermann*-arrest uit 1924.<sup>53</sup> Ten eerste is dit arrest van bijzonder belang, omdat de rechter daarin op grond van het BW aansprakelijkheid aannam voor schending van publiekrechtelijke normen. Ten tweede zijn ook de commentaren op het arrest interessant.

### 2.5.2 Het *Ostermann*-arrest

In 1924 werd in het *Ostermann*-arrest een vordering toegewezen, die was gegrond op de schending van een publiekrechtelijk wettelijk voorschrift, zonder dat sprake was van inbreuk op een subjectief recht. De enkele overtreding van de wet maakte een dergelijke daad volgens de Hoge Raad onrechtmatig in de zin van het BW. Dat een dergelijke daad is begaan ter vervulling van een publiekrechtelijke taak deed daar niet aan af.<sup>54</sup>

Meijers noemde het *Ostermann*-arrest baanbrekend, omdat het de eerste keer was dat de Hoge Raad ook publiekrechtelijk onrecht onder de artikelen 1401 e.v. BW (oud) liet vallen.<sup>55</sup> Voor dit arrest werd de overheid naar zijn mening wel gelijk behandeld als ieder burger, maar alleen voor zover het ging

---

53 HR 20 november 1924, NJ 1925, p. 89 (*Ostermann*).

54 HR 20 november 1924, NJ 1925, p. 89 (*Ostermann*). Vier jaar later overwoog de Hoge Raad in het *Strooppot*-arrest overigens dat de regel uit het *Ostermann*-arrest niet gold voor de schending van een ongeschreven publiekrechtelijke zorgvuldigheidsnorm. Handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid kon voor de overheid wel onrechtmatig zijn als zij op gelijke voet als een bijzonder persoon aan het maatschappelijk verkeer deelnam: zie HR 29 juni 1928, NJ 1928, p. 1138. In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat deze beperking rond 1940 werd opgeheven. Zie Van Maanen 1996, p. 61; Spier 1983, p. 68; Van Maanen & De Lange 2005, p. 26 en Van Brakel 1948, p. 632. Ook beperkte de Hoge Raad in 1939 de overheidsaansprakelijkheid op grond van artikel 1401 BW (oud) door onderscheid te maken tussen instructie- en waarborgnormen: schending van een publiekrechtelijk voorschrift kan alleen onrechtmatig zijn als dit voorschrift een aanspraak op een zekere gedraging van de overheid wil vestigen en niet als (slechts) aan de overheid bepaalde bevoegdheden of plichten worden opgelegd. In de praktijk heeft dit onderscheid echter nauwelijks een rol van betekenis gespeeld.

55 Meijers 1925a, p. 226 en Meijers 1950b, p. 304.

om toepassing van privaatrecht, waaronder hij ook verstond de situatie dat inbreuk werd gemaakt op een burgerlijk privaatrecht.<sup>56</sup> Eerst in dit arrest heeft de Hoge Raad volgens Meijers geoordeeld:

‘onrechtmatig is onrechtmatig, onverschillig of dit publiek of privaat onrecht is.’<sup>57</sup>

Ook door andere auteurs is gewezen op dit baanbrekende karakter van het *Ostermann*-arrest.<sup>58</sup> Donker stelde dat voor het *Ostermann*-arrest buiten het bereik van artikel 1401 BW (oud) bleef de schending door de overheid van een zuiver publiekrechtelijke verplichting, waarbij geen inbreuk op een subjectief privaatrecht van de benadeelde werd gemaakt. Hij wees erop dat voor 1924 slechts overheidsaansprakelijkheid onder artikel 1401 BW (oud) bestond indien de overheid een privaatrechtelijke norm had geschonden of inbreuk had gemaakt op een subjectief privaatrecht van de burger. Over de consequenties van het *Ostermann*-arrest schreef Donker:

‘De H.R. geeft hiermede dus te kennen dat art. 1401, hoewel het staat in het B.W., toch een algemeene strekking heeft, zoodat het het geheele terrein van het recht bestrijkt en een reparatieplicht scheidt, zoowel voor privaatrechtelijk als voor publiekrechtelijk onrecht. Juist die plaatsing van art. 1401 in het B.W. was voor de aanhangers van de leer der principiële onderscheiding van publiek- en privaatrecht een onoverkomelijk bezwaar, om een zoo algemeene werking aan art. 1401 te geven.’<sup>59</sup>

Scheltema noemde de interpretatie van de Hoge Raad van artikel 1401 BW (oud) in het *Ostermann*-arrest niet aannemelijk:

‘Wat ligt nu meer voor de hand – wanneer men in die privaatrechtelijke groep een bepaling aantreft als art. 1401 B.W., zich keerend tegen de overtreding van rechtsplichten en schending van rechten – dan aan te nemen, dat met die rechtsplichten zijn bedoeld de zoodanige, die in dat privaatrecht zijn opgenomen, en met die rechten de zoodanige, die door dat privaatrecht zijn toegekend? Hoe onwaarschijnlijk lijkt het anderzijds, dat ooit de wetgever, die aan art. 1401 zijn plaats in het Burgerlijk Wetboek gaf, zoude bedoeld hebben, daardoor óók te waken tegen schending van voorschriften, die in een geheel ander deel van het recht zijn opgenomen en die voor het meerendeel dit eigenaardige karakter hebben, dat zij zich, juist in tegenstelling met de burgerrechtelijke normen, slechts tot de overheid richten?’<sup>60</sup>

---

56 Meijers 1925a, p. 226.

57 Meijers 1950b, p. 304.

58 Zie bijv. Kranenburg 1934 en Scheltema 1925.

59 Donker 1926, p. 366-367.

60 Scheltema 1925.

### 2.5.3 Literatuur

#### *Van Beresteyn*

In 1911 was nog actueel de vraag of op de publiekrechtelijke onrechtmatige overheidsdaad de artikelen 1401 e.v. BW (oud) van toepassing zouden zijn. Van Beresteyn stelde voorop dat de rechtsonzekerheid met betrekking tot deze vraag voor een groot gedeelte te wijten was aan de wetgever, die noch in het BW zich hierover uitdrukkelijk heeft uitgelaten, noch een aparte regeling in het leven heeft geroepen.<sup>61</sup>

Volgens Van Beresteyn waren de voorschriften in het BW bedoeld ter bescherming van belangen van de burgers en diende een ieder die aan het verkeer deelnam, en dus ook de Staat, zich aan deze voorschriften te houden.<sup>62</sup> De verplichting om zich behoorlijk te gedragen en in het tegenovergestelde geval de daaruit voortgekomen schade te vergoeden rustte volgens hem ook op de Staat.<sup>63</sup> Een terrein waarbinnen de overheid zich vrijelijk mocht bewegen, zonder dat een rechter daarover een oordeel mocht vellen, bestond naar zijn mening niet.<sup>64</sup> Wel ontbrak volgens Van Beresteyn de onrechtmatigheid van een dergelijke daad indien het algemeen belang, verwoord in een bijzondere wettelijke bepaling, deze rechtvaardigde.<sup>65</sup>

#### *Meijers*

Meijers liet er geen misverstand over bestaan dat hij het niet eens was met het *Ostermann*-arrest: publiek onrecht kon niet onrechtmatig zijn op grond van artikel 1401 e.v. BW (oud). Het BW was er volgens hem simpelweg niet voor geschreven:

‘Een wetgever, die zijn wetboek noemt een *burgerlijk* wetboek, die als hij in dat wetboek de nationaliteit gaat regelen, deze alleen regelt voor zoover de nationaliteit *in het burgerlijk recht* gevolgen kan hebben, die vreemdelingen met onderdanen slechts voor het *burgerlijk recht* gelijk stelt, kent een onderscheiding tusschen publiek- en privaatrecht en wil daaraan rechtsgevolgen verbinden. Wanneer hij dan in dat *burgerlijk* wetboek, dat hetzelfde is voor vreemdelingen als voor ingezetenen, de gevolgen van onrechtmatige handelingen aangeeft, dan is het waarschijnlijk, dat hij slechts de gevolgen van het burgerlijk onrecht, en niet van het publiek onrecht heeft willen regelen.’<sup>66</sup>

---

61 Van Beresteyn 1910, p. 247-248.

62 Van Beresteyn 1910, p. 274.

63 Van Beresteyn 1910, p. 279.

64 Van Beresteyn 1910, p. 289.

65 Van Beresteyn 1910, p. 278-279.

66 Meijers 1925b, p. 241.

Naar zijn mening hoorde de onrechtmatige overheidsdaad niet thuis bij artikel 1401 BW (oud). Doordat de Hoge Raad moest rechtspreken binnen het kader van de artikelen 1401 e.v. BW (oud) miste hij volgens Meijers:

'(...) die vrijheid van beweging, die noodig is om in de conflicten tusschen de belangen der Overheid en die der individuen steeds de meest geëigende oplossing te vinden.'<sup>67</sup>

Meijers gaf wel toe dat hard bewijs voor zijn opvatting ontbrak:

'is het dus niet waarschijnlijk, dat onze wetgever bij art. 1401 B.W. aan verder onrecht dan burgerlijk onrecht gedacht heeft, zoo is het afdoend bewijs daarvoor niet te leveren, omdat iedere nadere verklaring dienaangaande in de wet of in de toelichting van art. 1401 B.W. ontbreekt.'<sup>68</sup>

Nu publiek onrecht volgens hem niet onder artikel 1401 BW (oud) viel, vond Meijers dat er een schadevergoedingsregeling voor publiekrechtelijke onrechtmatige daden zou moeten komen. Volgens Meijers kon de inhoud van een dergelijke regeling niet hetzelfde zijn als de regeling voor de privaatrechtelijke onrechtmatige daad:

'De feiten zelf moeten uitwijzen, of ook voor den schadevergoedingsplicht de onderscheiding, publiek- en privaatrecht, haar waarde zal hebben. M.i. beantwoorden nu de feiten de gestelde vraag in beslist positieven zin. Het is praktisch niet doenlijk den schadevergoedingsplicht in het publiekrecht op gelijke wijze te behandelen als in het privaatrecht. Ook om deze reden kan artikel 1401 B.W. niet op gelijke wijze het publieke onrecht naast het burgerlijke onrecht omvatten.'<sup>69</sup>

Als voorbeeld noemde hij dat de behandeling van publiekrechtelijke- en privaatrechtelijke normen met betrekking tot het vereiste van schuld in de praktijk niet hetzelfde kon, omdat dit een te zware last voor de overheid zou betekenen.<sup>70</sup> Een onderwerp, dat naar zijn mening zeker buiten artikel 1401 BW (oud) zou vallen, is het gebied van het 'vrije goedvinden' van de overheid.<sup>71</sup>

#### *Telders*

Telders viel het op dat geen aparte wetsbepaling voor de onrechtmatige overheidsdaad bestond en het gehele leerstuk van de overheidsaansprakelijk-

---

67 Zie zijn annotatie bij HR 29 juni 1928, NJ 1928, p. 1138-1143 (*Strooppot*).

68 Meijers 1925b, p. 241.

69 Meijers 1925b, p. 242.

70 Meijers 1925b, p. 242.

71 Meijers 1925b, p. 243.

heid dus berustte op een buitenwettelijke grondslag; hij noemde het onderwerp het schoolvoorbeeld van de legislatieve functie van de jurisprudentie.

Hij stelde verder dat het van de vijf aansprakelijkheidscriteria voor onrechtmatige daad slechts voor één criterium, namelijk de onrechtmatigheid, uitmaakte of het gaat om handelen van de overheid. Voor de overige vier criteria maakte het niet uit of men te doen heeft met de overheid dan wel met een privé persoon.<sup>72</sup>

#### *Wolfsbergen*

Wolfsbergen noemde de mate, waarin voor de overheid onder artikel 1401 BW (oud) andere regels gelden dan voor particulieren:

‘een der neteligste van de hele materie, welke door B.W. 1401 wordt beheerst.’

Wolfsbergen leek het op zich geen probleem te vinden dat overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige daden op artikel 1401 (oud) BW wordt gebaseerd, maar vroeg zich wel af hoe moet worden omgegaan met schending van publiekrechtelijke normen door de overheid onder dit artikel:

‘Hier ligt een vraagstuk, dat ook wie de verst gaande aansprakelijkheid der Overheid wenst, zal moeten oplossen.’<sup>73</sup>

#### *Wiarda*

Wiarda vond dat de onrechtmatige overheidsdaad niet zonder een algemene regeling van administratieve rechtspraak kon, waarbij hij er blijkbaar vanuit ging dat dit onderwerp in een dergelijke regeling (in ieder geval deels) zou worden geregeld:

‘Als bijdrage tot de oplossing van het bij ons zo verwarde probleem van de rechtsbescherming tegenover de overheid, als aanvulling op hetgeen aan de vele incidentele regelingen daaromtrent ontbreekt, is de rechtspraak van den burgerlijken rechter betreffende de onrechtmatige overheidsdaad zeer belangrijk. Voldoende om tot een sluitend systeem te komen is die aanvulling echter niet; daarvoor is de reserve, die vooral de Hoge Raad zich, bij de beoordeling van de rechtmatigheid van overheidshandelingen oplegt om toch vooral maar niet te treden in de beoordeling van vragen van beleid te groot. Daarvoor ontbreekt ook door de vele vaak nauwelijks te doorgronden nuances, welke deze rechtspraak vertoont, te veel aan de toch ook op dit gebied zo wenselijke rechtszekerheid.’<sup>74</sup>

---

72 Telders 1935, p. 613.

73 Wolfsbergen 1946, p. 111-112.

74 Wiarda 1948, p. 27.

*Polak*

Polak zag in de onrechtmatigheidsvraag in het algemeen geen vraag naar de geoorloofdheid van de schadetoebrengende daad, maar naar de vraag welke aanspraak de benadeelde had op degene die hem heeft benadeeld. Het was naar zijn mening niet wenselijk, noch noodzakelijk om bij de beoordeling of overheidsoptreden al dan niet rechtmatig was de banden met het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad te verbreken: het ging volgens hem bij onrechtmatig overheidsoptreden, net als bij onrechtmatige daden van particulieren, om verstoring van het maatschappelijk evenwicht door de betreffende daad, waardoor voor de benadeelde recht op schadevergoeding ontstond.<sup>75</sup> Het leerstuk van de (civielrechtelijke) onrechtmatige daad bood volgens Polak voldoende mogelijkheden om rekening te houden met de speciale positie van de overheid.<sup>76</sup>

*Kranenburg*

Kranenburg stelde zich de vraag waar de grens moet worden getrokken van de controle van de rechterlijke macht op de rechtmatigheid van overheidsdaden. Als de overheid bij de uitvoering van een overheidsstaak beleidsvrijheid bezat, kon de rechter volgens Kranenburg moeilijker aansprakelijkheid op grond van de artikelen 1401 e.v. BW (oud) aannemen.<sup>77</sup>

#### 2.5.4 Conclusie

In 1910 werd duidelijk dat van invoering van administratieve rechtspraak voorlopig geen sprake was. De burgerlijke rechter heeft in 1924 in het *Ostermann*-arrest op grond van het BW aansprakelijkheid aangenomen voor schending van publiekrechtelijke normen. Hij deed dit door toepassing van het enige instrument dat hem hiervoor ter beschikking stond: het civielrechtelijke onrechtmatigedaadsartikel 1401 BW (oud). Het ligt voor de hand dat de rechter op deze manier wilde voorzien in de leemte in rechtsbescherming tegen de overheid.

In de literatuur dacht men in deze periode verschillend over de vraag of overheidsaansprakelijkheid voor schending van publiekrechtelijke normen beoordeeld kon worden aan de hand van (de vereisten van) het Burgerlijk Wetboek. Sommige auteurs hadden hiertegen geen bezwaar, terwijl daarnaast ook de ongewenstheid hiervan werd verkondigd. Wel eenduidigheid bestond over de opvatting dat de overheid in het leerstuk van de onrechtmatige daad een bijzondere positie innam. Het was echter nog niet duidelijk wat deze positie precies inhield.

---

75 Polak 1949, p. 126.

76 Polak 1949, p. 127.

77 Kranenburg 1934, p. 329-330.

## 2.6 VANAF 1950: HET ONTSTAAN VAN DE HUIDIGE BESTUURSRECHTELIJKE SCHADEVERGOEDINGSBEPALINGEN EN DE TOEPASSING VAN DE CIVIELE AANSPRAKELIJKHEIDSVEREISTEN BIJ DE ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD

### 2.6.1 Inleiding

In deze paragraaf komen eerst aan bod de opvattingen, die de wetgever heeft geuit over de verplichting tot schadevergoeding van de overheid wegens onrechtmatige daad. Hierbij komen aan de orde de opvattingen in de Parlementaire Geschiedenis van het huidige onrechtmatigedaadsartikel in het Burgerlijk Wetboek (6:162 BW). Ook wordt behandeld de achtergrond van de schadevergoedingsbepalingen in de voormalige regelingen voor bestuursrechtsspraak en de Awb. Vervolgens wordt een blik geworpen op de literatuur.

### 2.6.2 De onrechtmatige overheidsdaad in de Parlementaire Geschiedenis

#### *Het (Nieuw) BW*

Op 25 april 1947 werd bij KB aan Professor E.M. Meijers de opdracht verleend om een nieuw Burgerlijk Wetboek te ontwerpen. In 1953 kwam de vraag aan de orde of hierin bijzondere bepalingen over de onrechtmatige overheidsdaad dienden te worden opgenomen.<sup>78</sup> Het antwoord van de toenmalige Minister van Justitie luidde ontkennend. Hij wilde de verdere ontwikkeling van dit leerstuk aan de rechtspraak overlaten. Het was volgens hem niet raadzaam deze ontwikkeling, die nog in volle gang was, te bevriezen door een wettelijke bepaling over de onrechtmatige overheidsdaad op te nemen. Een algemeen als aanvaardbaar erkende formule voor de onrechtmatige overheidsdaad bestond naar zijn mening nog niet en de jurisprudentie was zijns inziens niet voldoende afgesloten voor codificatie.<sup>79</sup> Ook was het volgens de regering de vraag of, wanneer een algemeen erkende formule voor de onrechtmatige overheidsdaad wel bestond, deze in het BW, dan wel in een regeling van administratieve rechtspraak moest worden opgenomen.<sup>80</sup>

Meijers meende dat het codificeren van de materie moeilijk was, omdat de inhoud van een dergelijke regeling zou afhangen van hoe de administratieve rechtspraak op dit gebied uitviel. Meijers benadrukte dat administratieve rechtspraak bedoeld is om de burger te beschermen tegen een onrechtmatige daad van de overheid. Dit standpunt van Meijers was bekend uit de literatuur (zie § 2.5.3). Hij dacht dat veel van de rechtspraak uit die tijd misschien wel te verklaren was uit het feit dat geen administratieve rechtspraak bestond.<sup>81</sup>

---

78 Parl. Gesch. Boek 6, p. 599.

79 Parl. Gesch. Boek 6, p. 599-600.

80 Parl. Gesch. Boek 6, p. 602.

81 Parl. Gesch. Boek 6, p. 604.

Er werd dan ook voor gekozen om de onrechtmatige overheidsdaad niet apart te regelen, maar onder te brengen bij het algemene onrechtmatigedaadsartikel van 6:162 BW. Een soortgelijke redenering was veertig jaar eerder ook de reden dat de regering in het wetsvoorstel 'Wijziging Burg. Wetb. omtrent de verbintenis uit onrechtmatige daad enz' geen aparte regeling omtrent de onrechtmatige overheidsdaad voorstelde:

'Het komt der Regeering voor, dat op deze vraag een ontkennend antwoord past. De Quaestie beweegt zich grootendeels op het gebied van het publieke recht: zij is niet behoorlijk op te lossen, zoo de regeling der publiekrechtelijke zijde achterwege blijft. Werd thans getracht eene regeling te vinden, voor zooverre het vraagstuk behoort tot het burgerlijk recht, dan zoude onvermijdelijk toch worden vooruitgelopen op de meer volledige behandeling, waartoe een ander wetsontwerp, dat betreffende de Administratieve Rechtspraak (art. 13) de gelegenheid zal verschaffen. Totdat de Administratieve Rechtspraak zal zijn tot stand gebracht, blijve de zaak mitsdien onveranderd.'

Uiteindelijk werd artikel 6:162 BW op 1 januari 1992, vijfenveertig jaar na de opdracht aan Meijers, van kracht. Ondertussen was al administratieve rechtspraak ingevoerd (zie hierna). Deze bevatte echter geen materiële regeling over schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad. Dit heeft er niet toe geleid dat de wetgever de noodzaak en/of wenselijkheid van een aparte regeling voor onrechtmatige overheidsdaad in het Nieuw Burgerlijk Wetboek heeft heroverwogen.

Samenvattend kan worden gezegd dat geen aparte regeling voor de onrechtmatige overheidsdaad in het BW is opgenomen, omdat de wetgever wilde afwachten: hij wist nog niet hoe de inhoud van een dergelijke regeling zou moeten luiden en of deze regeling in het burgerlijk recht, dan wel in het (nog te ontwikkelen) administratieve recht, zou moeten worden opgenomen. Ondertussen liet hij het aan de rechtspraak om het leerstuk verder te ontwikkelen.

#### *De Wet BAB en het ontwerp Wet ODOL*

In 1931 werd een commissie ingesteld, die moest onderzoeken of er behoefte bestond aan verhoogde rechtsbescherming tegenover de overheid en zo ja, hoe deze rechtsbescherming moest worden vormgegeven ('de commissie-Koolen').<sup>82</sup> Deze commissie stelde voor een regeling van aanvullende algemene administratieve rechtspraak tegen 'besluiten, handelingen en weigeringen' bij een hoog administratief gerechtshof.<sup>83</sup> Met betrekking tot schadevergoeding bepaalde artikel 45 lid 3 van het ontwerp:

---

82 Commissie van Advies, ingesteld bij beschikking van den Minister van Justitie van 13 februari 1931, inzake verhoogde rechtsbescherming tegenover de overheid. Koolen, toen lid van de Raad van State en voormalig Minister van Arbeid, Handel en Nijverheid, was de voorzitter van deze commissie.

83 Koolen 1932.

‘Het gerecht veroordeelt bovendien, wanneer daartoe grond bestaat en het klaagschrift eene daartoe strekkende vordering inhoudt, het orgaan, welks besluit wordt vernietigd of welks handeling of weigering onwettig wordt verklaard, tot vergoeding aan den klager van de door dezen geleden schade.’

Dit artikel doet denken aan het recent vervallen artikel 8:73 Awb. De Toelichting bij het ontwerp liet verder niets los over de ideeën van de commissie-Koolen over de publiekrechtelijke schadevergoeding. Het was daardoor niet duidelijk wat de criteria voor de toekenning ervan waren. De wetgever ondernam geen actie naar aanleiding van het voorstel van de commissie-Koolen.

In 1946 werd opnieuw een commissie van advies ingesteld met ongeveer dezelfde opdracht als de commissie uit 1931, dit maal onder leiding van De Monchy (‘commissie-De Monchy’).<sup>84</sup> Deze commissie vond een algemene regeling van beroep bij de Kroon voor beschikkingen van alle overheidsorganen gewenst, behoudens expliciet genoemde uitzonderingen.<sup>85</sup> Zij stelde daartoe het wetsontwerp Wet BAB voor, waarin beschikkingen door de Kroon getoetst konden worden op rechtmatigheid.<sup>86</sup> Dit wetsontwerp bevatte een algemene bepaling omtrent schadevergoeding, die vergelijkbaar was met het artikel uit het ontwerp van de commissie-Koolen. Ook hier werd in de Toelichting geen aandacht besteed aan de criteria voor deze publiekrechtelijke vergoeding.

Tevens hield de commissie-De Monchy zich bezig met de onrechtmatige overheidsdaad. Zij boog zich over de vraag in welke gevallen een daad van de overheid onrechtmatig was in de zin van de artikelen 1401 e.v. BW (oud). De commissie concludeerde uit een systematisch overzicht van de jurisprudentie over de onrechtmatige overheidsdaad dat deze een verbrokkeld karakter had en niet logisch voortbouwde op één grondgedachte: hieruit vloeide rechtsonzekerheid voort. In sommige gevallen had de rechter volgens de commissie niet genoeg oog voor de vrijheid die de overheid nodig had om haar bestuurs-taak goed uit oefenen. In andere gevallen had de rechter naar het oordeel van de commissie juist weer een te grote schroom om het handelen van de overheid te beoordelen. De commissie sprak haar waardering uit voor het feit dat de burgerlijke rechter heeft getracht de onbetwistbare leemten in de rechtsbescherming van de burger aan te vullen, maar was ook van mening dat deze zich

---

84 Commissie van Advies inzake verhoogde rechtsbescherming ingesteld bij beschikking van de ministers van binnenlandse zaken en van justitie van 10 december 1946.

85 Met ‘beschikking’ bedoelde de commissie een eenzijdige schriftelijke wilsverklaring van een administratief orgaan, gegeven krachtens een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift, en gericht op de vaststelling, de wijziging of de opheffing van een bestaande, of op het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding, dan wel inhoudende de weigering tot zodanig vaststellen, wijzigen, opheffen of scheppen. De weigering om een beschikking te nemen werd met een beschikking gelijkgesteld. Een regeling van algemene strekking werd niet als beschikking gezien. Zie artt. 2 en 3 van het ontwerp Wet BAB in: De Monchy 1950.

86 De Monchy 1950.

daardoor steeds meer was gaan gebeven op een terrein, waar hij eigenlijk niet altijd de eerst aangewezen was. Om deze reden was de commissie van mening dat de bestaande rechtstoestand op dit punt niet gehandhaafd mocht worden. Als oplossing stelde de commissie-De Monchy een 'Wet ODOL' voor. Dit ontwerp bevatte een materieelrechtelijke regeling van de onrechtmatige overheidsdaad, die door de burgerlijke rechter zou moeten worden toegepast. De belangrijkste wijziging ten opzichte van de algemene onrechtmatigedaadsartikelen was dat de overheid niet in strijd handelde met de zorgvuldigheid 'welke een openbaar lichaam betaamt', indien dit openbaar lichaam 'na afweging van de daarbij betrokken bijzondere en algemene belangen, heeft geoordeeld en binnen de grenzen der redelijkheid heeft kunnen oordelen, dat de daad moest worden verricht'.<sup>87</sup> In het voorstel van de commissie-De Monchy was een beroep op de burgerlijke rechter op grond van onrechtmatige daad niet mogelijk als het ging om beschikkingen, waartegen krachtens de Wet BAB beroep openstond of die in de Wet BAB werden uitgesloten van beroep. Beroep op de burgerlijke rechter wegens onrechtmatige daad was wel mogelijk als de beschikking eerst via de administratieve weg was vernietigd. De burgerlijke rechter bepaalde zelfstandig of deze vernietigde beschikking rechtmatig dan wel onrechtmatig was. Leidend daarbij moesten zijn de criteria uit het ontwerp Wet ODOL.<sup>88</sup>

Bij de parlementaire behandeling van de ontwerpen Wet BAB en Wet ODOL bleek dat het ontwerp Wet ODOL op grote bezwaren stuitte:<sup>89</sup> het werd niet overgenomen.<sup>90</sup> De regering was er op tegen dat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter werd uitgesloten om kennis te nemen van vorderingen uit onrechtmatige daden voortvloeiend uit beschikkingen, waartegen Kroonberoep openstond, maar niet of niet succesvol was ingesteld. Ook wilde de regering niet dat de burgerlijke rechter werd beperkt in de criteria, waaraan hij aansprakelijkheid voor een onrechtmatige overheidsdaad mocht toetsen.

De Wet BAB werd in 1963 wel ingevoerd, maar het Kroonberoep werd beperkt tot beschikkingen van de centrale overheid.<sup>91</sup> Artikel 14 lid 3 van de Wet BAB bepaalde over schadevergoeding voor vernietigde beschikkingen:

---

87 Zie De Monchy 1950, p. 30-31.

88 Zie De Monchy 1950, p. 33.

89 Zie bijv. het Verslag van de algemene vergadering, gehouden te Utrecht op 19 oktober 1950, ter bespreking van het verslag van de commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming (commissie-De Monchy), geschriften van de vereniging voor administratief recht, XXI verhoogde rechtsbescherming, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon N.V. 1950.

90 Parl. Gesch. Voorziening bij de Kroon tegen administratieve beschikkingen (Wet beroep administratieve beschikkingen), *Kamerstukken II* 1958/59, 5363, MvT, nr. 3, p. 12.

91 Wet van 20 juni 1963, houdende voorziening bij de Kroon tegen administratieve beschikkingen (Wet beroep administratieve beschikkingen), *Stb.* 1963, 268.

‘Wij kunnen, zo daartoe termen zijn, in Onze beslissing tevens bepalen dat een vergoeding zal worden toegekend, onverminderd het recht van de klager om op grond van andere wettelijke bepalingen schadevergoeding te vragen.’<sup>92</sup>

Anders dan in het ontwerp Wet BAB werd dus uitdrukkelijk de weg naar de burgerlijke rechter opengelaten. Uit de Parlementaire Geschiedenis van de Wet BAB bleek dat het bedrag van de publiekrechtelijke schadevergoeding door de Kroon vrij kon worden vastgesteld. Indien de burgerlijke rechter van mening was dat de vernietigde beschikking een onrechtmatige daad opleverde kon deze alsnog een volledige schadevergoeding toekennen.<sup>93</sup>

#### *De Wet Arob*

Vervolgens werd de Wet Arob ingevoerd.<sup>94</sup> Vanaf toen kon beroep worden ingesteld bij een onafhankelijke administratieve rechter, de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State, tegen zowel beschikkingen van de centrale overheid als lagere overheden, tenzij in bijzondere wetgeving Kroonberoep of een andere administratieve rechter werd opengesteld. Het recht om schadevergoeding bij vernietigde beschikkingen toe te kennen werd voor zowel de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State als de Kroon opgenomen in de Wet op de Raad van State.<sup>95</sup> Deze bepaling was inhoudelijk hetzelfde als het artikel over schadevergoeding in de Wet BAB. De Parlementaire Geschiedenis van de Wet Arob laat verder niets los over de gedachten van de wetgever over de publiekrechtelijke schadevergoeding. Overigens was de betekenis van de schadevergoedingsbepalingen zeer beperkt: de bestuursrechter gaf zelden uitvoering aan zijn bevoegdheid om bij vernietiging van een beschikking schadevergoeding toe te kennen.

Toen uiteindelijk administratieve rechtspraak werd ingevoerd, waren daarin wel schadevergoedingsbepalingen opgenomen, maar deze bepalingen waren zeer algemeen van aard. Noch de tekst van de wet, noch de toelichting daarop verschaft enig inzicht in het idee achter de publiekrechtelijke schadevergoeding. Ook ontbraken criteria waaronder de schadevergoeding kon worden toegekend. Bovendien bleef de burgerlijke rechter bevoegd om, nadat de Kroon of de administratieve rechter een vergoeding had toegekend, de overheid op grond

<sup>92</sup> Van Kreveld & Scheltema 1976, p. 438.

<sup>93</sup> Parl. Gesch. Voorziening bij de Kroon tegen administratieve beschikkingen (Wet beroep administratieve beschikkingen), *Kamerstukken II* 1958/59, 5363, nr. 3, p. 15 (MvT).

<sup>94</sup> *Stb.* 1975, 284.

<sup>95</sup> *Stb.* 1975, 283. Toen het Kroonberoep in 1985 door het EHRM (EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102, m.nt. E.A. Alkema (*Bentham/Staat*)) in strijd werd geacht met de eisen, die artikel 6 EVRM stelt aan een onafhankelijke rechtspraak, werd in afwachting van een definitieve afschaffing van het Kroonberoep in 1988 de Tijdelijke wet Kroongeschillen (TwK) ingevoerd (*Stb.* 1987, 317). Hierin werd het Kroonberoep vervangen door onafhankelijke rechtspraak. Artikel 5 lid 4 TwK bevatte een bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding aan de Afdeling geschillen van de Raad van State, die inhoudelijk overeenkwam met de bepaling uit de Wet op de Raad van State.

van de artikelen 1401 e.v. BW (oud) wegens onrechtmatige daad te veroordelen tot volledige schadevergoeding. De publiekrechtelijke vergoeding had mijns inziens dan ook het meeste weg van een vergoeding naar billijkheid. Van een aparte regeling van de onrechtmatige overheidsdaad in het administratieve recht was naar mijn mening geen sprake. Wat zou hiervoor de verklaring kunnen zijn? De toelichting zwijgt erover. Wellicht is een verklaring dat uiteindelijk alleen administratieve rechtspraak was ingevoerd voor beschikkingen. De burgerlijke rechter bleef hierdoor bevoegd om te oordelen over feitelijke bestuurshandelingen. Een materiële regeling van onrechtmatige overheidsdaad in het administratieve recht, die afweek van het civiele recht, zou dus hebben gezorgd voor een tweedeling in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. De regeling zou immers alleen gelden voor onrechtmatige beschikkingen, terwijl voor onrechtmatige feitelijke overheidshandelingen de vereisten uit het BW van toepassing bleven. De wetgever vond een apart regime voor onrechtmatige beschikkingen misschien niet wenselijk.

Aannemelijk is ook dat de noodzaak van een wettelijke regeling voor schending van publiekrechtelijke normen door de overheid inmiddels minder werd gevoeld, omdat de burgerlijke rechter sinds het *Ostermann*-arrest een groot deel van deze taak op zich had genomen. Op zijn beurt heeft de burgerlijke rechter dit waarschijnlijk slechts gedaan omwille van de rechtsbescherming, omdat een regeling van administratieve rechtspraak uitbleef. Ten slotte ligt het voor de hand dat ook het feit dat het ging om een zeer lastig en politiek gevoelig onderwerp ervoor gezorgd heeft dat de wetgever niet al te happig was om het onderwerp in een wet vast te leggen.

#### *De Awb*

Geruime tijd na invoering van de Wet Arob is in 1994 de Awb in werking getreden.<sup>96</sup> Sindsdien is het algemeen bestuur(proces)recht van toepassing op overheidsbesluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.<sup>97</sup> Op de feitelijke handelingen van de overheid is het burgerlijk recht van toepassing (gebleven). Artikel 8:73 Awb regelde tot 1 juli 2013 de bevoegdheid van de bestuursrechter tot het toekennen van schadevergoeding bij vernietigde besluiten. Dit artikel beoogde volgens de Memorie van Toelichting geen wijziging van het geldende, materiële schadevergoedingrecht.<sup>98</sup> De vereisten die de bestuursrechter dient te hanteren bij de beantwoording van de vraag of er een aanspraak op schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad bestaat, zijn namelijk volgens de Awb-wetgever dezelfde als de vereisten die de civiele rechter hanteert bij de afdoening van geschillen van onrechtmatige overheidsdaad.<sup>99</sup> De wetgever

---

<sup>96</sup> KB 23 december 1993, *Stb.* 1993, 693.

<sup>97</sup> Onder besluit wordt verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling (art. 1:3 Awb).

<sup>98</sup> Parl. Gesch. Awb II, p. 474.

<sup>99</sup> Parl. Gesch. Awb II, p. 476.

bestedde geen aandacht aan de vraag welke invloed de bijzondere positie van de overheid had op haar aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten. Inmiddels bestond uitgebreide jurisprudentie over overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten door toepassing van de civiele aansprakelijkheidsvereisten voor onrechtmatige daad. De wetgever wilde daar blijkbaar geen verandering in brengen.

Ook titel 8.4. Awb, die per 1 juli 2013 in werking is getreden en nu in plaats van artikel 8:73 Awb de schadevergoeding voor onrechtmatige besluiten regelt, bevat geen materiële bepalingen over de onrechtmatige overheidsdaad. De titel bevat met betrekking tot dit onderwerp slechts procesrechtelijke bepalingen en competentiebepalingen. In dat opzicht is er niets veranderd in vergelijking met artikel 8:73 Awb. In de Parlementaire Geschiedenis van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, die titel 8.4. Awb introduceert, is wederom geen aandacht voor de materiële vereisten van onrechtmatige overheidsbesluiten.<sup>100</sup> Het blijft dus gissen naar de opvatting van de wetgever over dit onderwerp, hoewel uit zijn zwijgen wellicht kan worden afgeleid dat hij (vooralsnog) wil dat voor overheidsaansprakelijkheid door onrechtmatige besluiten dezelfde vereisten gelden als voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad door private partijen.

### 2.6.3 De onrechtmatige overheidsdaad in de literatuur

Vanaf 1950 is veel literatuur verschenen over de onrechtmatige overheidsdaad. Het grootste deel hiervan betreft pogingen van auteurs om de in hoog tempo ontwikkelende jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad te analyseren en hieruit een stelsel voor overheidsaansprakelijkheid af te leiden. Het valt op dat de arresten vaak verschillend worden uitgelegd en dat auteurs niet komen tot een sluitend stelsel.<sup>101</sup> Ook gaat veel literatuur van rond 1950 in feite over de uitleg van jurisprudentie, waarin de overheid weliswaar wordt veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, maar dit eigenlijk nadeelcompensatie voor rechtmatige overheidsdaad betreft. Verschillende auteurs worstelen ermee, hoe deze figuur in te passen in het leerstuk van de onrechtmatige (overheids)daad.<sup>102</sup> Beide onderwerpen zijn minder belangrijk voor het doel van dit hoofdstuk. Daarom wordt de literatuur vanaf 1950 over de onrechtmatige overheidsdaad beperkt besproken.

---

<sup>100</sup> Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3 (MvT).

<sup>101</sup> Meijers merkte hierover al op: 'bijkans een ieder, die zich zette aan de verklaring van die arresten, heeft daarin het stelsel, dat hij het verkieselijkst acht, willen lezen.'. Zie Meijers 1950a, p. 289.

<sup>102</sup> Zie bijv. Scholten 1949, p. 65-67; Bregstein 1951, p. 273-305; Van Maarseveen 1954, p. 914-920; Meijers 1950a, p. 289-293 en Meijers 1950a, p. 301-305.

Naarmate de tijd sinds het *Ostermann*-arrest verstrijkt, wordt het vanzelfsprekender dat aansprakelijkheid van de overheid voor schending van publiekrechtelijke normen wordt beoordeeld aan de hand van de civiele aansprakelijkheidsvereisten voor onrechtmatige daad. De bijzondere positie van de overheid in het onrechtmatigedaadsrecht komt dan tot uiting binnen dit kader. Ook de literatuur over dit onderwerp neemt de toepasselijkheid van de vereisten uit het BW als uitgangspunt. Als bijzondere kenmerken van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad worden vaak genoemd het feit dat de overheid behartiger is van het algemeen belang, dat de overheid beleidsvrijheid bezit en dat de overheid in sommige gevallen een monopoliepositie bekleedt.<sup>103</sup>

Een uitzondering hierop is Van der Hoeven. In 1989 pleit hij nog voor een aparte regeling van de onrechtmatige overheidsdaad. Van der Hoeven benadrukt dat door het uitblijven van bestuursrechtelijke rechtspraak met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad een vacuüm is ontstaan, welke door de civiele rechtspraak moet worden gevuld. Doordat de Hoge Raad overheids-handelen alleen kan beoordelen aan de hand van de civielrechtelijke criteria van het BW, alsmede het feit dat hij het principiële onderscheid, dat tussen de overheid en de andere partij in het geding bestaat, alleen kan laten meewegen binnen het civielrechtelijk kader, is volgens hem civielrechtelijke penetratie in het bestuursrecht ontstaan. Dit heeft volgens Van der Hoeven bijgedragen aan de vele complicaties in het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad en geleid tot rechtsonzekerheid. Hoewel de civiele rechtspraak volgens Van der Hoeven steeds streeft naar een zo veel mogelijk bevredigende aanpassing aan publiekrechtelijke verhoudingen, is dat soms onmogelijk wegens de beperking van het stelsel.<sup>104</sup> We moeten volgens Van der Hoeven niet vergeten dat de afweging tussen de publieke taak en het belang van de burger eigenlijk een typisch bestuursrechtelijk probleem is, dat slechts noodgedwongen met gebruik van de onrechtmatigedaadsartikelen uit het BW wordt opgelost.<sup>105</sup> Van der Hoeven meent dat velen uit het oog zijn verloren dat hier sprake is van noodoplossingen, terwijl al tientallen jaren vaststaat dat op dit gebied een dringende behoefte bestaat aan een zelfstandige regeling.<sup>106</sup> In de civiele rechtspraak over dit onderwerp worden volgens Van der Hoeven soms begrippen en criteria gebruikt, die in feite publiekrecht betreffen, voornamelijk bij het vaststellen van de grenzen van beleidsvrijheid.<sup>107</sup>

---

103 Zie bijv.: Spier 1983; Huijgen 1991, p. 122-131 en Tjittes 1996.

104 Van der Hoeven 1989, p. 154-157.

105 Zie ook Teunissen 1996, p. 167 en 172.

106 Van der Hoeven 1989, p. 191. In gelijke zin spreekt Van der Hoeven zich uit op de algemene VAR vergadering in 1989: Van der Hoeven 1990, p. 12-13.

107 Van der Hoeven 1984, p. 214.

#### 2.6.4 Conclusie

Uiteindelijk is dus noch in het burgerlijk recht, noch in het bestuursrecht, een aparte regeling over aansprakelijkheid voor de schending van publiekrechtelijke normen door de overheid tot stand gekomen. Dat is opvallend, omdat dit rechtshistorisch onderzoek laat zien dat lange tijd eensgezindheid bestond over de wenselijkheid van een dergelijke regeling. Uitgangspunt was daarbij dat de vereisten voor aansprakelijkheid door een publiekrechtelijke onrechtmatige daad zouden afwijken van de aansprakelijkheidsvereisten voor onrechtmatige daad uit het Burgerlijk Wetboek. De wetgever heeft de reden om van een aparte regeling af te zien niet kenbaar gemaakt in de Parlementaire Geschiedenis. Ook heeft de wetgever niet expliciet overwogen dat de civiele vereisten voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad volgens hem (het meest) geschikt zijn om te beoordelen of sprake is van een onrechtmatige schending van publiekrecht door de overheid. Verschillende verklaringen voor het ontbreken van een aparte regeling zijn denkbaar: de bestuursrechtspraak is slechts gaan gelden voor besluiten, de burgerlijke rechter oordeelde inmiddels aan de hand van de civiele vereisten over aansprakelijkheid voor de schending van publiekrechtelijke normen door de overheid en het ging om een politiek gevoelig en lastig onderwerp. Toen eenmaal vaststond dat aansprakelijkheid voor schending van publiekrechtelijke normen door de overheid beoordeeld moest worden door toepassing van de civielrechtelijke aansprakelijkheidsvereisten voor onrechtmatige daad, is de discussie zich gaan verleggen naar de bijzondere positie van de overheid binnen dit kader. Vooral het handelen in het algemeen belang en de beleidsvrijheid werden gezien als bijzondere elementen van overheidsaansprakelijkheid. De combinatie van schadevergoeding en het feit dat de overheid handelt in het algemeen belang heeft grotendeels een plek gekregen door ontwikkeling van het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad. Bij beleidsvrijheid van de overheid past de rechtspraak de figuur van de 'marginale toetsing' toe.<sup>108</sup>

#### 2.7 AFSLUITING

Hoewel inmiddels een indrukwekkende hoeveelheid jurisprudentie over de onrechtmatige overheidsdaad bestaat, zijn de problemen nog niet opgelost en is nog steeds sprake van rechtsonzekerheid. Nu spelen kwesties als de toepassing van de vereisten van relativiteit en causaal verband en actuele onderwerpen, bijvoorbeeld aansprakelijkheid van de overheid voor gebrekkig toezicht.

---

108 Zie recent HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527, m.nt. C.C. van Dam (*Vie d'Or*).

Nergens in de Parlementaire Geschiedenis heeft de wetgever aandacht besteed aan de vraag wat volgens hem de bijzondere positie van de overheid in het onrechtmatigedaadsrecht inhoudt, terwijl de omstandigheden waaronder de overheid aansprakelijk is voor een onrechtmatige daad en de omvang van deze aansprakelijkheid volgens mij toch bij uitstek (rechts)politieke onderwerpen zijn. Het heeft er mijns inziens alle schijn van dat de wetgever het onderwerp steeds voor zich uit heeft geschoven. De rechter moest (en moet nog steeds) de kastanjes uit het vuur halen. Onder deze omstandigheden zijn rechtspolitieke keuzes door de rechter naar mijn mening inderdaad onvermijdelijk. De rechter kan daarbij niet anders dan roeien met de riemen die hij heeft, namelijk de civielrechtelijke vereisten voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad uit het BW, waaronder ook de op het eerste gezicht misschien meer ‘juridisch-technische’ instrumenten als de relativiteit en causaliteit. Ik denk dat de rechter wel kan bijdragen aan meer duidelijkheid over de onrechtmatige overheidsdaad door zijn rechtspolitieke overwegingen en keuzes expliciet te maken. Indien het feit dat sprake is van schending van publiekrechtelijke normen een rol speelt bij zijn beslissing dan doet de rechter er mijns inziens goed aan deze invloed kenbaar te maken. Ik verwacht dat dit zal bijdragen aan een grotere mate van rechtszekerheid en acceptatie van de oordelen op het gebied van de onrechtmatige overheidsdaad. Nu bekruipt vaak het gevoel dat rechtspolitieke motieven schuil gaan onder juridische argumentatie.<sup>109</sup> Geheimzinnigheid lijkt mij nergens voor nodig. De wetgever heeft het immers aan de rechter gelaten om het onderwerp te ontwikkelen. Wat mij betreft zeker niet ideaal, maar het is zoals het is. Dan kun je er maar het beste open over zijn. Wel is de rechtspraak natuurlijk casuïstisch en geschilbeslechtend van aard. De mogelijkheid om te zorgen voor een sluitend systeem van aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsdaad is daardoor beperkt. Het is niet waarschijnlijk dat de wetgever de rechter binnenkort meer houvast geeft.<sup>110</sup> Het blijft dan ook een mooie taak voor de wetenschap om mee te denken over de fundamenten van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad.

---

109 Zie ook de literatuur genoemd onder noot 2.

110 In de Parlementaire Geschiedenis van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, die de overheidsaansprakelijkheid regelt, is immers wederom geen aandacht besteed aan het betreffende onderwerp. Zie *Kamerstukken II 2010/11*, 32 621, nr. 3 (MvT). Zie par. 2.6.2.