



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

## 6 Toerekening naar verkeersopvattingen bij vernietigde besluiten

*Tijd voor een 'update'?\**

### 6.1 INLEIDING

Sinds jaar en dag is het vaste rechtspraak dat met de vernietiging van een besluit, naast de onrechtmatigheid daarvan, in beginsel ook de toerekening van het onrechtmatige besluit aan de betreffende overheid is gegeven.<sup>1</sup> Deze zogenoemde '(pseudo-)risicoaansprakelijkheid' voor vernietigde besluiten lijkt een '*fact of life*'. In de literatuur staat het leerstuk ook nauwelijks ter discussie. Toch besteed ik in dit hoofdstuk aandacht aan het onderwerp. De reden daarvan is tweeledig. Ten eerste bestaat in recente literatuur behoorlijk veel kritiek op de strenge toepassing van de vereisten van causaliteit door de bestuursrechter<sup>2</sup> en relativiteit door de burgerlijke rechter<sup>3</sup> in het geval van onrechtmatige overheidsdaad. Naar verluidt worden deze vereisten onjuist ingezet om de aansprakelijkheid bij onrechtmatige overheidsdaad beperkt te houden. De overheid is aansprakelijk voor een onrechtmatige daad als wordt voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 BW, te weten onrechtmatigheid, schade, causaliteit, relativiteit en toerekening. Door met de vernietiging van het besluit tevens de onrechtmatigheid en de toerekening aan te nemen, zijn de relativiteit en causaliteit dus de enige overgebleven instrumenten, waarmee de rechter de vestiging van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige daad binnen de perken kan houden.<sup>4</sup> Nuanceren van de automatische toereke-

---

\* Dit hoofdstuk is in 2013 als artikel gepubliceerd: L. Di Bella, 'Toerekening naar verkeersopvattingen bij vernietigde besluiten. Tijd voor een 'update'?', *O&A* 2013, 34.

1 De rechter lijkt deze strenge toerekeningsregel overigens ook toe te passen bij onrechtmatige feitelijke handelingen door de overheid: zie bijv. HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794, m.nt. C.J.H. Brunner (*Politie-inval*) en HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92. Zie ook Barendrecht e.a. 2002, p. 34-35, 41, 52, 53 en 61. Volgens hen wordt de lijn van automatische toerekening wellicht doorgetrokken bij onrechtmatig feitelijk overheidshandelen.

2 Zie bijv. Schueler & Van Ettekoven 2003, p. 167; Van Maanen & Schlössels 2004, p. 139-144; Kortmann 2005, p. 257-267; Schueler 2005, p. 173 en Tak 2008, p. 1758-1769.

3 Zie bijv. Jurgens 2004, p. 9; Di Bella 2007, p. 1523 e.v.; Drion 2007, p. 1395 en Lindenbergh 2007a, p. 783 e.v.

4 De omvang van de schade kan eventueel nog worden beperkt door art. 6:101 BW (eigen schuld) en/of art. 6:109 BW (matiging). Toepassing van deze artikelen is naar mijn mening echter sterker verbonden met de omstandigheden van het geval dan de vestigingseisen van art. 6:162 BW en deze artikelen hebben daarom meer een 'ad hoc' karakter.

ning zou hier een instrument aan toevoegen.<sup>5</sup> Misschien kan op deze manier zelfs meer recht worden gedaan aan de argumenten, die daadwerkelijk ten grondslag liggen aan de afwijzing van de vordering. Dit kan de rechtszekerheid ten goede komen. Gezien de kritiek op de huidige situatie lijkt mij deze optie in ieder geval het onderzoeken waard.<sup>6</sup>

Ten tweede is de toerekening aan het bestuursorgaan naar huidig recht gebaseerd op de verkeersopvattingen van artikel 6:162 lid 3 BW. Verkeersopvattingen zijn intrinsiek veranderlijk: zij worden gehanteerd om het recht te doen aansluiten bij de ontwikkelingen en opvattingen binnen de maatschappij. De rechter dient zich dan ook steeds af te vragen of de eerder gevonden verkeersopvatting nog steeds gelding heeft, dan wel of er in de tussentijd wellicht technische, economische, maatschappelijke of juridische ontwikkelingen zijn geweest op grond waarvan moet worden aangenomen dat de eerder geldende verkeersopvatting inmiddels is gewijzigd.<sup>7</sup> De voor de overheid strenge toerekeningsjurisprudentie is meer dan vijftientwintig jaar oud.<sup>8</sup> Vanaf toen heeft de rechter de regel toegepast zonder zich zichtbaar af te vragen of deze opvatting nog accuraat is.<sup>9</sup> De recente jurisprudentie over de vereisten van causaal verband en relativiteit, die duiden op een meer terughoudende overheidsaansprakelijkheid bij onrechtmatige daad, zou een aanwijzing kunnen zijn dat de maatschappelijke opvattingen inmiddels zijn veranderd. Bovendien heeft

5 Zie ook Albers 2004, p. 201-211 en Albers 2005, p. 482-496. Albers wil in het kader van gebrekkig toezicht en/of ontoereikende handhaving het toerekeningsvereiste blijven stellen, omdat de rechtspraak over besluiten aansprakelijkheid heeft uitgewezen dat het uitgangspunt, dat met vernietiging van een besluit de onrechtmatigheid en schuld gegeven zijn onder meer leidt tot 'gekunstelde causaal verband ontbreekt redeneringen'.

6 Van Maanen en Schlössels hebben eerder voorgesteld om de automatische koppeling tussen vernietiging en onrechtmatigheid af te schaffen. Zij dachten dat dit onder andere de zojuist genoemde druk op het causaliteitsvereiste zou verlichten. Zie Schlössels 2004a, p. 70-84; Schlössels 2004b, p. 61-78; Van Maanen 2004a, p. 40-60 en Van Maanen 2004b, p. 787-794 en Van Maanen & Schlössels 2004. Hun voorstel heeft echter geen navolging in de rechtspraak gekregen. De reden hiervoor is mogelijk dat een dergelijke 'oplossing' grote consequenties heeft: het hele systeem van de competentieverdeling van het (on)rechtmatigheidsoordeel over besluiten tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter moet dan immers op de schop. Nuancering door middel van het toerekeningsvereiste heeft dit nadeel niet, omdat het vernietigingsoordeel mijns inziens niet standaard een oordeel over de schuld inhoudt, maar de meningen daarover zijn, als ik het goed zie, verdeeld. Zie verder § 6.3. Volledigheidshalve vermeld ik dat Van Maanen en Schlössels ook hebben voorgesteld om meer nadruk te leggen op het relativiteitsvereiste bij vernietigde besluiten. Dit heeft de rechter zich wel aangetrokken, maar zoals gezegd bevredigen de resultaten daarvan over het algemeen niet (zie noot 446).

7 Memelink 2009, § 4.3.

8 Zie bijv. HR 26 september 1986, NJ 1987, 253, m.nt. M. Scheltema (*Staat/Hoffmann-La Roche*).

9 Volgens Memelink brengt de intrinsieke veranderlijkheid van verkeersopvattingen mee dat de rechter zich in ieder te beslissen geval controleerbaar dient af te vragen of de verkeersopvatting die hij kent niet ondertussen is gewijzigd. Dit betekent volgens haar dat niet alleen de afwijking van een precedent rechtvaardiging behoeft, maar ook het oordelen conform een eerder precedent. Zie Memelink 2009, p. 364.

ook artikel 6:162 lid 3 BW zich in de loop van de tijd ontwikkeld. Volgens mij is daarom de tijd rijp om te bekijken of de maatschappelijke en/of juridische opvattingen over de toerekening aan de overheid inmiddels zijn gewijzigd.

Naar mijn mening rechtvaardigen bovenstaande omstandigheden dit hoofdstuk over het onderwerp. Centraal staat de vraag of de vaste jurisprudentie, dat het redelijker is om de schade voortvloeiend uit een onjuist besluit voor rekening van de collectiviteit te brengen, dan om haar te laten voor rekening van de individuele burger, de lading nog dekt of dat deze een 'update' nodig heeft.

## 6.2 OPZET

In § 6.3 bespreek ik de huidige stand van de rechtspraak met betrekking tot de toerekening van een onrechtmatige daad aan de overheid. Ook de achtergrond van deze jurisprudentie en de literatuur over het onderwerp komen aan de orde. In § 6.4 staan artikel 6:162 lid 3 BW en de verkeersopvattingen centraal, omdat deze onderwerpen een grote rol spelen bij de toerekening van onrechtmatige besluiten aan de overheid. Hierbij gaat veel aandacht uit naar het proefschrift van Sieburgh uit 2000.<sup>10</sup> Dit proefschrift heeft namelijk een grote bijdrage geleverd aan de huidige visie op artikel 6:162 lid 3 BW in het privaatrecht. Uit haar onderzoek blijkt dat bij de toerekening krachtens verkeersopvattingen het profijtbeginsel van belang is: degene die van de gedraging voordeel geniet, dient daarvan tevens het risico te dragen. In § 6.5 wordt de jurisprudentie over de toerekening van onrechtmatige besluiten beoordeeld in het licht van de huidige toepassing van artikel 6:162 lid 3 BW en de verkeersopvattingen. De kern van mijn betoog is dat het zojuist genoemde profijtbeginsel ook een rol zou moeten spelen bij de toerekening van onrechtmatige besluiten aan de overheid. Tot slot bevat § 6.6 de conclusie.

## 6.3 TOEREKENING VAN ONRECHTMATIGE BESLUITEN

### 6.3.1 Jurisprudentie

Zoals gezegd vindt de toerekening van een onrechtmatig besluit aan de betreffende overheid plaats door toepassing van artikel 6:163 lid 3 BW. Dit artikel luidt:

'Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.'

---

<sup>10</sup> Sieburgh 2000.

Toerekening kan dus plaatsvinden op basis van schuld, de wet of de verkeersopvattingen. Onder het oude BW, dat tot 1992 gold, was schuld het enige toerekeningscriterium. De onrechtmatige daad kon de dader alleen worden toegerekend als hij verwijtbaar had gehandeld. De strenge toerekening van onrechtmatige besluiten aan de overheid is ontstaan onder het oude BW.<sup>11</sup> Hierbij moest het schuldbegrip vaak sterk worden opgerekt en geobjectiveerd. Rechtsdwaling kwam bijvoorbeeld als regel voor rekening van de overheid.<sup>12</sup> De Hoge Raad rekende het vernietigde besluit zelfs aan het bestuursorgaan toe als helemaal geen sprake was van verwijtbaarheid, omdat werd vernietigd op grond van een rechtsopvatting die bij het nemen van het besluit nog niet kon worden voorzien.<sup>13</sup> In het bekende arrest *Van Gog/Nederweert* overwoog de Hoge Raad voor het eerst expliciet dat een onjuist besluit, behoudens uitzonderingen, ook moet worden toegerekend als de overheid geen enkel verwijt treft:

‘Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel – in de terminologie van art. 6:162 BW – voor rekening van het overheidslichaam komt.’<sup>14</sup>

Een volgend arrest over de aansprakelijkheid van een bedrijfsvereniging sluit aan bij deze regel en geeft de achtergrond van de gemaakte keuze aan:

‘Immers, ook voor bedrijfsverenigingen geldt dat het redelijker is de schade voortvloeiend uit een in het kader van een wettelijke taak genomen beslissing waarvan de onjuistheid later door de rechter wordt vastgesteld, voor rekening te brengen van de collectiviteit dan om haar te laten voor rekening van de individuele burger jegens wie die onjuiste beslissing werd genomen.’<sup>15</sup>

Volgens de Hoge Raad is het dus redelijker om schade, die voortvloeit uit een onrechtmatig besluit, voor rekening van de collectiviteit te brengen dan haar voor rekening te laten van de getroffen burger. Toerekening aan de overheid leidt tot spreiding van de schade over de collectiviteit en wordt daarom in de literatuur ook wel ‘het spreidingsargument’ genoemd.

---

11 Zie bijv. HR 15 juni 1979, *NJ* 1980, 261 en HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669, m.nt. J.A. van Borman (*Oederode/Driessen*).

12 Zie bijv. HR 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252, m.nt. M. Scheltema. Zie ook HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165, m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens.

13 HR 26 september 1986, *NJ* 1987, 253, m.nt. M. Scheltema (*Staat/Hoffmann-La Roche*). Aangenomen werd dat de Hoge Raad met deze jurisprudentie anticipeerde op het nog in te voeren art. 6:162 lid 3 BW. Zie bijv. Brunner 1990. Volgens Brunner kon de onrechtmatige daad aan de Staat worden toegerekend naar de in het verkeer geldende opvattingen. Ook Van den Berg 1990, p. 921-929 en Drupsteen 1991, p. 328-334.

14 HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Gog/Nederweert*), r.o. 3.3.

15 HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113, m.nt. C.J.H. Brunner.

Na de invoering van het nieuw BW maakte de Hoge Raad duidelijk dat het in situaties, waarin geen sprake was van verwijtbaarheid, ging om toerekening naar verkeersopvattingen:

‘Indien het primaire besluit berust op een onjuiste uitleg van de wet en derhalve onrechtmatig is, moet dit in ieder geval aan het betrokken overheidslichaam worden toegerekend. In dat geval is immers sprake van een oorzaak welke – in de bewoordingen van art. 6:162 lid 3 BW – naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van dat lichaam komt. Laatstebedoelde opvattingen verzetten zich ertegen dat de overheid zich tegenover een burger met vrucht zou kunnen beroepen op dwaling dan wel onzekerheid omtrent de juiste uitleg van de wet; hierbij speelt niet alleen een rol dat de wettelijke regelingen niet van de burger afkomstig zijn, maar ook dat het redelijker is de schade die voor een individuele burger voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan om die schade voor rekening te laten van de burger jegens wie dat rechtens onjuiste besluit werd genomen.’<sup>16</sup>

De Hoge Raad noemt in dit arrest als redenen voor de toerekening naar verkeersopvattingen bij onjuiste wetsuitleg het al eerder gebruikte spreidingsargument en het feit dat de geschonden wettelijke regeling niet van de burger afkomstig is. Dit tweede argument noem ik hierna het ‘wetgeversargument’.

Onder bijzondere omstandigheden kan een uitzondering worden gemaakt op de strenge toerekening aan de overheid.<sup>17</sup> In de praktijk wordt een beroep op een uitzondering echter vrijwel altijd afgewezen.<sup>18</sup> Dat een bestuursorgaan dagelijks zeer veel beslissingen moet nemen, waardoor fouten onvermijdelijk zijn, is volgens de rechter in ieder geval geen reden voor een uitzondering.<sup>19</sup> Dat het gaat om een bedrijfsvereniging, die min of meer als onderneming functioneert en daarom de financiële lasten in vergelijkbare mate als een burger voelt, is dat evenmin.<sup>20</sup> Ook een beroep op de ingewikkeldheid van het betreffende rechtsgebied heeft geen kans van slagen.<sup>21</sup>

De bestuursrechter heeft zich aangesloten bij de jurisprudentie dat met de vernietiging van een besluit de toerekening daarvan aan de overheid een gegeven is.<sup>22</sup> De besproken toerekeningsregel geldt overigens ook voor een

---

16 HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526, m.nt. A.R. Bloembergen (*B./Staat*).

17 Deze uitzonderingsmogelijkheid wordt bijv. geformuleerd in HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Gog/Nederweert*).

18 Ook Schueller 2005, p. 149 e.v. Zie over de uitzonderingen verder § 6.3.2.3.

19 HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113, m.nt. C.J.H. Brunner en HR 1 juli 1993, *AB* 1994, 85, m.nt. F.H. van der Brug.

20 HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113, m.nt. C.J.H. Brunner.

21 HR 1 juli 1993, *AB* 1994, 85, m.nt. F.H. van der Brug.

22 Zie bijv. ABRvS 12 mei 2003, *JB* 2003, 110.

primair besluit, waarvan na de beslissing op bezwaar blijkt dat deze onrechtmatig is.<sup>23</sup>

### 6.3.2 Visie literatuur op de huidige situatie

#### 6.3.2.1 *Argumenten vóór*

In de literatuur bestaat weinig discussie over de wenselijkheid en juistheid van de ‘automatische toerekening’ aan de overheid van een onrechtmatig besluit. Kanttekening hierbij is dat deze literatuur niet erg recent is. Toch besteed ik aandacht aan de betreffende literatuur, omdat het voor het onderwerp van dit artikel van belang is dat zicht bestaat op de argumenten voor (en tegen) een strenge toerekening aan de overheid. De argumenten voor de strenge toerekening aan de overheid worden bovendien al een behoorlijke tijd als vanzelfsprekend aanvaard. In het kader van deze ‘update’ kan het daarom volgens mij geen kwaad om de argumenten eens opnieuw tegen het licht te houden.

De Hoge Raad baseert zijn rechtspraak op de redelijkheid van de spreiding van schade en het feit dat de wetten niet van de burger, maar van de overheid afkomstig zijn. Beide argumenten werden reeds in de literatuur genoemd, voordat de Hoge Raad ze expliciet ten grondslag heeft gelegd aan zijn uitspraken.

Scheltema is bijvoorbeeld vanwege het spreidingsargument voorstander van het eerste uur.<sup>24</sup> Hij wijst op het verschil dat hier bestaat met een onrechtmatige daad, die wordt begaan door een burger. In dat geval gaat het bij de vraag wie de schade moet dragen immers om een keuze tussen de ene persoon of de andere. Als de overheid daarentegen onrechtmatige besluiten neemt, gaat het bij de vraag wie de daardoor veroorzaakte schade moet dragen om een keuze tussen het laten drukken van de schade op een burger of het voor rekening van de gemeenschap laten komen daarvan. Het is volgens hem moeilijk te verdedigen dat de gemeenschap de nadelen van een door haar organen in strijd met het recht genomen besluit afwentelt op een burger, die daaraan part noch deel heeft gehad.

Brunner beargumenteert zijn standpunt met exact dezelfde woorden, die de Hoge Raad later ook zal gebruiken, namelijk dat het redelijker lijkt om de schade voor rekening van de gemeenschap te laten komen dan om haar te

---

23 Zie bijv. HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526 m.nt. A.R. Bloembergen (*B./Staat*) en HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 88, m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Castricum/Fatels*).

24 Zie bijv. Scheltema 1987.

laten voor rekening van de burger jegens wie door de overheid onrechtmatig is gehandeld.<sup>25</sup>

Volgens Van Schilfgaarde behoort in de verhouding tussen overheid en burger de schade, veroorzaakt door onjuiste wetsuitleg, voor rekening van de handelende overheid te komen, omdat de overheid en niet de afhankelijke burger verantwoordelijk is voor wetshandhaving en -toepassing.<sup>26</sup>

Drupsteen wijst ook nog op een argument, dat door de Hoge Raad niet expliciet is genoemd. Volgens hem zijn onrechtmatigheid en schuld, hoewel in de civielrechtelijke dogmatiek twee te onderscheiden elementen, nauw met elkaar verbonden. Drupsteen vindt het daarom begrijpelijk dat de Hoge Raad na de vernietiging van het besluit door de bestuursrechter geen test meer wil uitvoeren op schuld in de zin van verwijtbaarheid. Dat zou volgens hem dan het risico inhouden dat de (onrechtmatigheids)beoordeling van de bestuursrechter via het schuldvereiste toch nog eens over wordt gedaan.<sup>27</sup>

Deze laatste gedachte wordt niet algemeen aanvaard. Tjittes en ook Schueler & Van Ettekovén betogen dat de vernietigingsuitspraak, uitzonderingen daargelaten, juist alleen ziet op de onrechtmatigheidsvraag en niet op kwesties van toerekening.<sup>28</sup> Volgens hen kan de spoedige toerekening van de onrechtmatige daad aan de overheid dan ook niet worden gebaseerd op het oordeel van de bestuursrechter. Zij verklaren de strenge toerekening aan de overheid ten eerste door het spreidingsargument en leggen hierbij een verband met het gelijkheidsbeginsel.<sup>29</sup>

Naar de mening van Schueler & Van Ettekovén is het vanuit een oogpunt van gelijkheid niet te aanvaarden dat de schade ten laste van een individuele burger blijft, terwijl die schade een onvermijdelijk gevolg is van wat in het belang van de gemeenschap is verricht.<sup>30</sup> Dit gaat vooral op als de schade wordt veroorzaakt door besluiten die zijn genomen om een specifiek doel in het belang van de gemeenschap te verwezenlijken, zoals dat vaak gebeurt op het terrein van de ruimtelijke ordening en bij het realiseren van infrastructurele voorzieningen, maar minder in het sociale zekerheids- en het ambtenarenrecht, omdat op dat gebied de afzonderlijke besluiten primair de belangen dienen van het direct betrokken individu. In dat geval is de grondslag voor de strenge

25 Zie Brunner 1993a. In gelijke zin over het spreidingsargument: De Planque 1989, p. 98; Van den Berg 1990 en Bloembergen 1998.

26 Van Schilfgaarde 1987, p. 164-166. Zie ook De Planque 1989. Veel later gebruiken Van Maanen & De Lange exact dezelfde bewoordingen als Van Schilfgaarde: Van Maanen & de Lange 2005, p. 78. Van Maanen & De Lange vinden deze regel 'niet meer dan billijk'.

27 Zie Drupsteen 1998. Dezelfde mening zijn Van Maanen & De Lange toegedaan. Zie Van Maanen & De Lange 2005, p. 78. Van Dijk gaat nog verder door te stellen dat de administratieve rechter zich in de regel uitspreekt over de elementen 'onrechtmatigheid' en 'schuld'. Zie Van Dijk 1990, § 2.5. Anders: Tjittes 1993, p. 143-149 en Tjittes 1996, p. 33-59.

28 Zie Tjittes 1993, p. 143-149; Tjittes 1996, p. 33-59 en Schueler & Van Ettekovén 2003, p. 157-159.

29 Aldus ook Kortmann 2006, § 3.4. en 3.5.

30 Schueler & Van Ettekovén 2003.

toerekening volgens hen niet zozeer het streven naar gelijkheid, maar moet de rechtvaardiging daarvoor veeleer worden gezocht in het idee van risicospreiding. Volgens Schueler & Van Ettekoven is ook de competentieverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter een belangrijke verklaring voor de automatische toerekening bij vernietigde besluiten.<sup>31</sup> Zij wijzen ter ondersteuning van dit standpunt op het eerder besproken arrest *Van Gog/Nederweert*.<sup>32</sup> Zij baseren hun standpunt op rechtsoverweging 3.4. van het arrest. Deze overweging ziet naar mijn mening echter niet op het oordeel van de Hoge Raad dat de schuld bij vernietiging van een besluit gegeven is (dat staat in rechtsoverweging 3.3.), maar op een andere opvatting, namelijk dat de burgerlijke rechter gebonden is aan de rechtsoordelen van de bestuursrechter. Volgens mij maakt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4. duidelijk dat deze gebondenheid niet beperkt is tot de onrechtmatigheid, maar geldt voor alle (rechts)oordelen van de bestuursrechter, dus ook voor oordelen over schuld, causaliteit, relativiteit en schade.<sup>33</sup> De automatische toerekening bij vernietigde besluiten door de Hoge Raad kan in mijn opvatting dus niet worden verklaard door de competentieverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter.

Het standpunt van Scheltema & Scheltema is het meest verstrekkend. Zij leiden uit de jurisprudentie af dat, voor zover het gaat om publiekrechtelijke verhoudingen, de eis van toerekenbaarheid niet wordt gesteld. Volgens hen heeft de Hoge Raad beslist dat de toerekening in het publiekrecht niet als voorwaarde voor aansprakelijkheid geldt. Zij verklaren dit met een beroep op het gelijkheidsbeginsel: indien de overheid in strijd met het recht heeft gehandeld, is het vanuit het gezichtspunt van de gelijkheid voor de publieke lasten beter te verdedigen die schade ten laste van de collectiviteit te brengen dan haar te laten bij degene, die toevallig het slachtoffer van dat handelen is. Daarom kan men volgens hen eenvoudiger de toerekeningseis helemaal niet stellen, dan te zeggen dat een onrechtmatige overheidsdaad krachtens verkeersopvattingen steeds voor rekening van de overheid komt.<sup>34</sup> Ten slotte geeft Schlössels een staatsrechtelijk getinte argumentatie voor de strenge toerekeningsregel. Een bestuursorgaan is volgens hem niet autonoom in zijn rechtsvormende activiteit. Binnen de democratische rechtsstaat is de functie van het orgaan dienend en is het verantwoording verschuldigd aan vertegenwoordigende organen. Het orgaan wordt tegen deze achtergrond geacht, als drager van democratisch gelegitimeerde bevoegdheid, het geldende recht te kennen en boven alles foutloos toe te passen. Dit rechtvaardigt volgens Schlössels een streng aansprakelijkheidsregime ten aanzien van onrechtmatige besluiten. Een terugkeer naar een type besluitenansprakelijkheid dat steunt

---

31 Schueler & Van Ettekoven 2003, p. 158-159. Zie ook Schueler 2005, p. 149 e.v.

32 Zie § 6.3.1.

33 Zie ook Brunner 1993a.

34 Scheltema & Scheltema 2008, p. 313-314 en 323.

op de eis van verwijtbaarheid is naar zijn mening niet wenselijk en gelet op de staatsrechtelijke positie van bestuursorganen onjuist.<sup>35</sup>

Samengevat zijn de argumenten die de voorstanders van de strenge toerekening aan de overheid oorspronkelijk hanteerden veelal hetzelfde als de argumenten, die de Hoge Raad gebruikt, namelijk het spreidingsargument en het wetgeversargument. Het valt op dat in recentere literatuur het spreidingsargument wordt gekoppeld aan het gelijkheidsbeginsel en dat er minder aandacht lijkt te zijn voor het wetgeversargument.

#### 6.3.2.2 Argumenten tegen

Een handvol kritische geluiden is te vinden over de automatische toerekening van een onrechtmatig besluit aan de overheid. Deze kritiek betreft de mogelijke consequenties in de praktijk van de bedoelde toerekeningsregel, zoals het gevaar van een 'floodgate' aan claims en het potentieel verlamme effect, dat de vergaande aansprakelijkheid van de overheid op het bestuur zal hebben.<sup>36</sup> Ook bestaat er inhoudelijke kritiek op de leer. De belangrijkste inhoudelijke kritiek is dat enkel het spreidingsargument de vergaande overheidsaansprakelijkheid moeilijk kan dragen. Ik deel dit standpunt.<sup>37</sup>

Hartlief wijst er in dit kader op dat wanneer het probleem van de overheidsaansprakelijkheid tot de afweging wordt gereduceerd, dat het redelijker is de schade te brengen voor het overheidslichaam dan haar te laten voor rekening van de individuele burger, het inderdaad moeilijk is om de schade niet voor rekening van de overheid te brengen. Volgens Hartlief is het spreidingsvermogen van de overheid niet zonder belang. Het kan echter niet de motivering of de reden zijn voor een bepaalde rechtsregel. Het spreidingsvermogen vormt, net zoals de WAM-verzekering in het verkeer, de achtergrond waartegen vergaande beslissingen mogelijk zijn.<sup>38</sup>

Ook Schueler en Daalder zijn deze mening toegedaan.<sup>39</sup> Daalder vraagt zich af of het aanvaardbaar is dat alleen op grond van de redelijkheid een zo vergaande aansprakelijkheid wordt aangenomen.<sup>40</sup> Schueler vindt de twee argumenten die de Hoge Raad daarvoor geeft in ieder geval niet overtuigend. Het wetgeversargument overtuigt hem niet, omdat de wettelijke regeling vaak ook niet afkomstig is van het overheidslichaam, dat aansprakelijk wordt gesteld. Het spreidingsargument zegt volgens hem niet meer dan dat het redelijker is om de schade te spreiden.<sup>41</sup>

35 Schlössels 2003, p. 517-518 en Schlössels 2004a, p. 77 en 84.

36 Zie bijv. Spier & Stolker 1988, p. 168-173.

37 Ik licht deze opvatting toe in § 6.5.2.

38 Hartlief 1994, p. 143-144.

39 Daalder 1995, p. 111-125 en Schueler 2006, p. 205-219.

40 Daalder 1995.

41 Schueler 2006.

### 6.3.2.3 Zicht op de uitzonderingen

Zoals gezegd kent de rechtspraak nauwelijks uitzonderingen op de toerekening aan de overheid van onrechtmatige besluiten. Een uitzondering is slechts mogelijk wanneer het redelijker is dat de schade ten laste van de burger blijft dan dat zij door de overheid wordt gedragen.<sup>42</sup> In de literatuur wordt aangenomen dat uitzonderingen beperkt zijn tot eigen schuld van de benadeelde.<sup>43</sup> De vergoedingsplicht van de overheid vervalt dan op grond van artikel 6:101 BW geheel of gedeeltelijk.<sup>44</sup> Concreet gaat het meestal om onjuiste of te late informatieverstrekking.<sup>45</sup> Overigens is er in deze gevallen niet steeds sprake van eigen schuld. Een onrechtmatig handelende overheid kan de burger niet tegenwerpen dat deze niet tijdig de juiste informatie heeft verschaft, als het ook binnen het bereik van het bestuursorgaan lag om de benodigde informatie te krijgen.<sup>46</sup> Dit geldt vooral als het bestuursorgaan zelf ook tekort is geschoten bij het verzamelen en/of verstrekken van informatie: de pot kan de ketel niet verwijten dat hij zwart ziet.<sup>47</sup> De benadeelde heeft zijn schadebeperkingsplicht niet geschonden voor zover de dader zelf de schade had kunnen voorkomen of beperken.<sup>48</sup>

Strikt genomen gaat het bij eigen schuld niet om de vestiging van aansprakelijkheid, maar om de omvang van de verplichting tot schadevergoeding. Voordat de rechter toekomt aan een correctie ex artikel 6:101 BW, dient immers eerst aansprakelijkheid te bestaan. Dit betekent dat ook aan het toerekeningsvereiste moet zijn voldaan.

Indien de onjuiste beslissing geheel aan de burger is te wijten, bijvoorbeeld als hij a) met opzet onjuiste informatie heeft verstrekt, b) het besluit geheel op deze onjuiste informatie berust en c) het bestuursorgaan aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan, zijn twee scenario's denkbaar.<sup>49</sup> Ten eerste kan

---

42 Brunner 1993a.

43 Zie bijv. Scheltema 1987 (Scheltema noemt ook risicoaanvaarding); Brunner 1993a; Ten Berge & Widdershoven 2001, p. 318 en Van der Beek-Gillesen & Berkel-Kikkert 1999, p. 42-52.

44 Zie ook Schueler 2005, p. 154.

45 Zie bijv. Brunner 1993a. Brunner noemt ook nog de situatie dat de onjuistheid van de beschikking voor de belanghebbende onmiskenbaar was of zou moeten zijn als uitzondering op de strenge toerekening. Zie ook Kortmann 2006, § 3.5.; Schueler 2005, p. 154; Van Ettekoven & Schueler 2003 en Berkel-Kikkert & Broekhuizen 2009, p. 34-53. Anders: Scheltema & Scheltema 2008, p. 313-314. Volgens Scheltema & Scheltema speelt het schuldvereiste in het publiekrecht helemaal geen rol (zie § 6.3.2.1). Onjuiste inlichtingen kunnen naar hun mening wel een rol spelen bij causaal verband of eigen schuld.

46 HR 24 januari 1997, AB 1998, 12, m.nt. Th.G. Drupsteen. Zie ook Neerhof 2003, p. 90-100.

47 Zie bijv. HR 21 december 1984, NJ 1985, 904, m.nt. M. Scheltema. Zie ook Neerhof 2003.

48 HR 11 juni 2010, NJ 2010, 333.

49 In dergelijke gevallen wordt soms ook aangenomen dat niet onrechtmatig is gehandeld: dan strandt de vordering daar en komt men toe niet aan het toerekeningsvereiste. Dit is bijv. aan de orde als het beroep bij de bestuursrechter ongegrond is verklaard. ABRvS 4 april 2007, ECLI:NL:RBARN:2010:BA2825 is hiervan een voorbeeld. Zie Brunner 1993a en Schueler 2005, p. 154 e.v. Hierover ook: Berkel-Kikkert & Broekhuizen 2009.

het onrechtmatige besluit zoals gebruikelijk naar verkeersopvattingen worden toegerekend, waarna een 100% correctie wegens eigen schuld plaatsvindt. Een tweede mogelijkheid is om te oordelen dat niet aan het vereiste van toerekening is voldaan. Het onrechtmatige besluit wordt dan niet krachtens verkeersopvattingen aan het bestuursorgaan toegerekend, omdat dit gebaseerd is op de onjuiste informatie van de benadeelde.<sup>50</sup> In dat geval zou dus sprake zijn van een uitzondering op de strenge toerekeningsregel. Bij de eerste optie wordt de aansprakelijkheid van de overheid wel gevestigd, omdat aan het toerekeningsvereiste is voldaan, maar is de overheid jegens deze burger niet aansprakelijk voor diens schade. De tweede optie leidt ertoe dat geen aansprakelijkheid wordt gevestigd, omdat niet aan het toerekeningsvereiste is voldaan.<sup>51</sup> Mijn voorkeur gaat uit naar de tweede optie. De grondslag van de strenge toerekening aan de overheid is immers nu juist dat het redelijker is om de schade te brengen voor rekening van de collectiviteit, dan om haar te laten voor rekening van de individuele burger jegens wie die onjuiste beslissing werd genomen.

Als de burger met opzet onjuiste informatie aanlevert en het bestuursorgaan het besluit daarop baseert, is het naar mijn mening niet redelijk(er) om de schade te betalen van gemeenschapsgeld. Die vlieger gaat dan niet op.

De vraag kan opkomen of het wat uitmaakt. Het resultaat lijkt immers hetzelfde: de overheid hoeft geen schadevergoeding te betalen. Het verschil blijkt echter zodra er derden in het spel zijn. Kortmann geeft in dit kader het voorbeeld van een tandarts, die een investeringssubsidie vraagt en krijgt voor zijn nieuwe praktijk. De tandarts heeft informatie achtergehouden op grond waarvan de subsidie hem geweigerd had moeten worden. Aan de subsidieverlener kan geen enkel verwijt worden gemaakt. Van een andere tandarts wordt vervolgens de subsidieaanvraag afgewezen, omdat het subsidieplafond is bereikt. De fraude komt aan het licht en de andere tandarts ontvangt alsnog de subsidie. De eerlijke tandarts heeft wel renteschade geleden. Volgens Kortmann geldt in deze verhouding wel degelijk dat het redelijker is om die schade voor het collectief te brengen dan voor de rekening van de eerlijke tandarts te laten.<sup>52</sup> Dit is echter niet het hele verhaal. In de casus is immers nog een derde partij betrokken: de frauderende tandarts. Ik zie niet in waarom de gemeenschap de renteschade van de eerlijke tandarts zou moeten dragen. In ieder geval zou de motivering, die de Hoge Raad aan de huidige jurisprudentie ten grondslag legt, namelijk dat het redelijker is als de gemeenschap de schade draagt, een dergelijke beslissing naar mijn mening moeilijk kunnen dragen. De frauderende tandarts heeft de schade immers opzettelijk veroorzaakt. Het lijkt mij daarom redelijker als hij voor de schade van de gedupeerde

50 Zie ook Tjittes en Berkel-Kikkert & Broekhuizen signaleren deze twee opties. Zie Tjittes 1998, p. 100-105 en Berkel-Kikkert & Broekhuizen 2009.

51 Zie ook Tjittes 1998, p. 100-105.

52 Kortmann 2006, § 3.5.

tandarts opdraait. De eerlijke tandarts zou via een onrechtmatige daadsactie schadevergoeding kunnen vorderen van de frauderende tandarts. Een dergelijke vordering heeft volgens mij goede kans van slagen wanneer de laatste bewust onjuiste informatie heeft verstrekt om er zelf beter van te worden.<sup>53</sup> Ik ben mij bewust van het sentiment dat hier vaak speelt: de eerlijke derde wordt een dure en lange civiele rechtsgang aangedaan. Dat is zo. Het zorgt er echter wel voor dat de veroorzaker van de schade betaalt. Het is naar mijn mening in deze tijd al lastig genoeg om de overheid succesvol aansprakelijk te houden voor onrechtmatige overheidsdaad wanneer haar daadwerkelijk een verwijt te maken valt. De kans dat een dergelijke terechte vordering wordt afgewezen wegens formele rechtskracht, dan wel het ontbreken van causaal verband of relativiteit, is bepaald niet denkbeeldig.<sup>54</sup> Zoals in de inleiding aan de orde kwam, zijn deze uitspraken waarschijnlijk ingegeven door de wens om de overheidsaansprakelijkheid binnen de perken te houden. Dat is een keuze, maar laten we dan ook geen overheidsaansprakelijkheid aannemen als de overheid de schade niet kan worden verweten, terwijl tevens een derde, die wel schuld aan de schade heeft, daarvoor op grond van onrechtmatige daad kan worden aangesproken. De genoemde nadelen voor de benadeelde zijn inherent aan het systeem van het aansprakelijkheidsrecht en wat mij betreft een te rechtvaardigen offer om de overheidsaansprakelijkheid betaalbaar te houden. Het lijkt mij daarom niet alleen theoretisch zuiverder, maar ook bevredigender om de overheidsaansprakelijkheid niet te vestigen als het onjuiste besluit volledig te wijten is aan de opzet van een derde.

#### 6.4 HET PRIVAATRECHTELIJKE KADER

##### 6.4.1 Toerekening van een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 lid 3 BW

In deze paragraaf staat de toepassing van artikel 6:162 lid 3 BW centraal. De toerekening van onrechtmatige besluiten aan de overheid vindt immers plaats

<sup>53</sup> Ik kan mij wel voorstellen dat in het algemeen het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW een punt van zorg is bij dergelijke vorderingen. Bij de beschreven situatie hoeft het relativiteitsvereiste volgens mij echter niet aan toewijzing van de vordering in de weg te staan, omdat het gaat om een subsidie met een subsidieplafond. Dit brengt mee dat fraude direct ten koste kan gaan van andere burgers, die om deze subsidie verzoeken. Bij minder duidelijkheid over de strekking van de geschonden norm kan de correctie Langemeijer uitkomst bieden. Zie HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 (*Tandartsen*).

<sup>54</sup> Persoonlijk vind ik hiervan een sprekend voorbeeld de uitspraak van het Hof Den Haag, waarin de aansprakelijkheid van de gemeente Enschede voor de vuurwerkramp wordt afgewezen op grond van de formele rechtskracht: Hof Den Haag 24 augustus 2010, *NJ* 2011, 418, m.nt. J. de Boer. Met betrekking tot het relativiteitsvereiste zie HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*) en HR 13 april 2007, *AB* 2008, 16, m.nt. G.A. van der Veen (*Iraanse vluchtelingen*). Over de voor de burger ongunstige toepassing van het vereiste van causaal verband door de Centrale Raad van Beroep zie hoofdstuk 3.

op basis van dit artikel en kan daarvan niet los worden gezien. Het is algemeen aanvaard dat bij overheidsaansprakelijkheid zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij de gebruikelijke toepassing van de aansprakelijkheidsvereisten voor onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. Dit betekent dat onnodige verschillen vermeden dienen te worden, maar niet dat geen betekenis mag toekomen aan de bijzondere positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht.<sup>55</sup> Eventuele afwijkingen moeten naar mijn mening echter gerechtvaardigd (kunnen) worden binnen het toepasselijke juridisch kader. Dit voorkomt dat de argumenten, die een afwijkende behandeling van de overheid in het onrechtmatigedaadsrecht kunnen rechtvaardigen, los komen te staan van de vereisten van artikel 6:162 BW. Dat is niet alleen zuiverder, maar het zorgt ook voor meer voorspelbaarheid van de uitspraken.

In de meeste gevallen, waarin de overheid een onrechtmatig besluit heeft genomen, is sprake van verwijtbaarheid van de overheid.<sup>56</sup> Daarom behandel ik het schuldvereiste als eerste. Vervolgens komt de toerekening krachtens verkeersopvattingen aan de orde. Het doel hiervan is dat in § 6.5 de verworven kennis kan worden gebruikt bij het beoordelen van de toerekening van onrechtmatige besluiten aan de overheid.

#### 6.4.1.1 Toerekening krachtens schuld

Schuld houdt verwijtbaarheid van de dader aan de onrechtmatige daad in. Dit betekent niet dat het gedrag moreel verwijtbaar hoeft te zijn. Wel krijgt het begrip 'schuld' in de rechtspraak een persoonlijke invulling. Dit betekent dat de persoonlijke kenmerken van de dader een rol spelen bij de vraag naar de toerekenbaarheid van zijn daad. Er is sprake van schuld als de dader, gezien zijn persoonlijke kenmerken, verwijtbaar heeft gehandeld. Het gaat daarbij om kenmerken als kennis, inzicht, vaardigheid en ervaring. Hoe meer de dader daarvan in concreto heeft, des te eerder zal sprake zijn van toerekenbaarheid van zijn daden.<sup>57</sup> Dit brengt mee dat bij onrechtmatig overheidshandelen snel sprake zal zijn van schuld, omdat de overheid bij uitstek kennis, kunde en ervaring heeft op de terreinen, waarop zij zich begeeft.<sup>58</sup> Ook zal de overheid zich door deze kenmerken niet snel kunnen beroepen op rechtsdwaling.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Scheltema & Scheltema 2008, p. 2-4 en Kortmann, p. 30-31.

<sup>56</sup> Zie hierover § 6.5.

<sup>57</sup> Sieburgh 2000, p. 147-170.

<sup>58</sup> Zie verder § 6.5.1.2.

<sup>59</sup> Zie ook Sieburgh 2000, p. 162. Zij is echter ook van mening dat indien de dader geen persoonlijke kenmerken bezit, omdat hij een rechtspersoon of overheidsinstantie is, het bestaan van schuld niet afhangt van de genoemde persoonlijke kenmerken. Zie Sieburgh 2000, p. 165. Dit lijkt mij in tegenspraak met haar opvatting op p. 162 dat de overheid, die regels opstelt en uitvaardigt, zich niet snel kan beroepen op verontschuldigbare rechtsdwaling omtrent het bestaan of de uitleg van regels. Dat ziet dan immers ook op de 'persoonlijke' kenmerken van de overheid.

#### 6.4.1.2 Toerekening krachtens de verkeersopvattingen

De term ‘verkeersopvattingen’ is een algemeen en breed begrip, dat op verschillende plekken in het BW wordt gebruikt. Het begrip dient nader te worden ingevuld, voordat het praktische betekenis kan krijgen. Bij rechtsvinding aan de hand van verkeersopvattingen is het toepasselijke wettelijk kader van belang. De invulling van verkeersopvattingen dient te passen binnen het wettelijk systeem, waarin zij functioneren. Dit systeem bevat tevens aanwijzingen voor de concrete invulling van verkeersopvattingen.<sup>60</sup>

Sieburgh heeft de verkeersopvattingen ex artikel 6:162 lid 3 BW in relatie gebracht met het systeem van buitencontractuele aansprakelijkheid, waarin zij functioneren.<sup>61</sup> Volgens Sieburgh neemt de toerekening krachtens verkeersopvattingen een positie in tussen de aansprakelijkheid krachtens schuld voor een eigen onrechtmatige daad en aansprakelijkheid buiten schuld voor zaken of andermans gedragingen (dit zijn de kwalitatieve- of risicoaansprakelijkheden van de artikelen 6:169 e.v. BW). De toerekening krachtens verkeersopvattingen bezit immers kenmerken van zowel artikel 6:162 BW als risicoaansprakelijkheid: het gaat om een eigen onrechtmatige daad, maar deze wordt buiten schuld toegerekend. Indien beide ‘soorten’ van aansprakelijkheid gezamenlijke aanknopingspunten hebben voor de toerekening, dan zijn deze dus ook van belang voor de toerekening krachtens verkeersopvattingen. Na een uitvoerige analyse van de jurisprudentie concludeert Sieburgh dat dit verband inderdaad bestaat.<sup>62</sup> Volgens haar zijn bij zowel aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad als bij risicoaansprakelijkheid bepalend 1) de aard van de gedraging en 2) de hoedanigheid van de dader. Deze factoren vullen dus ook de toerekening naar verkeersopvattingen in.<sup>63</sup>

##### *Aard van de gedraging*

Bij de aard van de gedraging blijkt het vooral te draaien om de overkoepelende grondslagen van de wettelijke risicoaansprakelijkheden. Dit zijn de gevaar- of risicoverhogingstheorie en de profijttheorie. Het eerste brengt mee dat degene die een gevaar of risico creëert, de schadelijke gevolgen daarvan moet dragen, omdat hij door zijn bijzondere betrekking tot de schadeveroorzakende

---

<sup>60</sup> Memelink 2009, p. 316-317.

<sup>61</sup> Sieburgh 2000.

<sup>62</sup> Voor deze analyse van de rechtspraak zie Sieburgh 2000, hoofdstukken 8, 9 en 10.

<sup>63</sup> Zie Sieburgh 2000, hfdst. 10. Deze factoren zijn tegenwoordig in het aansprakelijkheidsrecht breed aanvaard. Zie bijv. Hartkamp & Sieburgh 2011, nr. 123. Rogmans plaatst wel een kanttekening. Sieburgh heeft hem er weliswaar van overtuigd, dat de gezichtspunten belangrijke aanknopingspunten kunnen zijn, maar niet altijd en niet exclusief. Hij is van mening dat een onrechtmatige daad op grond van verkeersopvattingen kan worden toegerekend indien noch de hoedanigheid van de dader, noch de aard van de handeling dwingend tot die conclusie leiden. Er zijn volgens hem andere aanwijzingen denkbaar, die kunnen leiden tot het buiten schuld toerekenen van de daad. Zie Rogmans 2007, p. 76-77.

persoon/zaak invloed kan uitoefenen op de schadeveroorzakende gebeurtenis. De profijttheorie houdt in dat degene die van de gedraging van een persoon of zaak voordeel geniet, daarvan tevens het risico draagt. Sieburgh combineert deze twee theorieën en leidt daaruit een algemeen criterium voor risicoaansprakelijkheid af: een persoon die voordeel geniet omdat hij door het inzetten van personele of stoffelijke middelen zijn actieradius vergroot, terwijl dat voor derden risico's meebrengt zonder dat het voor hen voordelen oplevert, dient daarvan tevens het nadeel te dragen.<sup>64</sup> Naar analogie hiervan kan volgens Sieburgh toerekening krachtens verkeersopvattingen plaatsvinden als een gedraging de kans op het ontstaan van schade eenzijdig vergroot.<sup>65</sup> Dit criterium is dus geïnspireerd op de grondslag van de risicoaansprakelijkheid, zoals gezegd een combinatie van de gevaar- en de profijttheorie.

Op de profijttheorie zal ik hierna uitvoeriger ingaan. Naar mijn mening biedt zij een bruikbare invalshoek om de strenge toerekeningsleer te nuanceren.<sup>66</sup> Meestal zal degene, die de kans op schade door zijn gedraging eenzijdig vergroot, dit doen ten voordele van zichzelf of de zijnen. Om die reden komt de schade dan voor zijn rekening. Dit geldt echter niet voor het handelen van de overheid. De overheid handelt immers in het algemeen belang. Haar gedrag strekt haarzelf niet ten voordeel.

#### *Hoedanigheid van de dader*

Bij de vraag naar toerekenbaarheid van een eigen onrechtmatige daad spelen de persoonlijke kenmerken van de dader een rol.<sup>67</sup> Bij risicoaansprakelijkheid is de hoedanigheid van de aansprakelijke persoon ook van belang.<sup>68</sup> Hieronder vallen zowel de betrekking van de dader tot hetgeen waarvoor hij aansprakelijk is<sup>69</sup> als zijn maatschappelijk positie.<sup>70</sup> In de gevolgde redenering van Sieburgh is de hoedanigheid van de dader dus ook bij de toerekening naar verkeersopvattingen een factor van belang. Hoe deskundiger en professioneler de dader is, bijvoorbeeld een onderneming of de uitoefenaar van een beroep, hoe meer toerekening naar verkeersopvattingen voor de hand ligt.<sup>71</sup>

---

<sup>64</sup> Sieburgh 2000, p. 171-195.

<sup>65</sup> Sieburgh 2000, § 10.8.2. Het gaat er daarbij ook om of de handeling risicovol van aard is. Zie Sieburgh 2000, p. 245 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\* (2011), nr. 125. Laatstgenoemden omschrijven het als volgt: indien een gedraging een risico in het leven roept dat uitsteekt boven het algemene risico dat met het leven samenhangt en dat mensen wederzijds van elkaar kunnen verwachten, kan daarop de toerekening krachtens verkeersopvattingen worden gegrond.

<sup>66</sup> Zie § 6.5.1.2.

<sup>67</sup> Zie § 6.4.1.1.

<sup>68</sup> Sieburgh 2000, p. 222.

<sup>69</sup> Bijv. aansprakelijkheid als bezitter van een opstal op grond van art. 6:174 BW.

<sup>70</sup> Bijv. de aansprakelijkheid voor ondergeschikten ex art. 6:170 BW.

<sup>71</sup> Bij aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren neemt de Hoge Raad aan dat met de onrechtmatigheid ook de verwijtbaarheid vaststaat (bijv. HR 22 maart 1996, NJ 1996, 688). De facto speelt schuld hier dus geen rol meer. Hartkamp & Sieburgh kunnen zich ook voorstellen

Overigens is niet van belang of de dader is betaald voor zijn werkzaamheden, of dat deze kosteloos zijn verricht. De professionaliteit en deskundigheid van de dader zijn bepalend voor de toerekening.<sup>72</sup> Dit gezichtspunt wijst op een ruime toerekening aan de overheid. De overheid wordt immers geacht een professionele organisatie te zijn, die bij uitstek deskundig is in het nemen van besluiten.<sup>73</sup>

#### 6.4.2 De verkeersopvattingen

Deze paragraaf gaat over enkele bijzonderheden bij de toepassing van het brede begrip van de verkeersopvattingen, omdat de automatische toerekening aan de overheid daarop is gebaseerd. Over het begrip valt veel te zeggen, maar in het kader van dit hoofdstuk is een uitputtende behandeling niet wenselijk.<sup>74</sup> Daarom beperk ik mij tot de onderwerpen, die van invloed kunnen zijn op de toerekening krachtens verkeersopvattingen bij besluiten aansprakelijkheid.

##### 6.4.2.1 Sterke feitengebondenheid

Verkeersopvattingen zijn extreem verbonden, zelfs verstrengeld, met de feiten, de omstandigheden en de aanhangige rechtsvraag. De beslissing aan de hand van de verkeersopvatting is toegesneden op het individuele geval. De feiten en de omstandigheden spelen een overheersende rol, omdat het bij hantering van de verkeersopvatting steeds gaat om de juridische kwalificatie van feiten en omstandigheden, en niet om de formulering van een gedragsnorm.<sup>75</sup>

##### 6.4.2.2 Rechtsvinding

Verkeersopvattingen zijn in eerste instantie de opvattingen die in de maatschappij leven. In Boek 6 BW gaat het daarbij meestal om vragen van risico-verdeling. De rechter zal bij beantwoording van de vraag of de betreffende schade krachtens verkeersopvattingen voor risico van de dader of de benadeelde komt, dus eerst zoeken naar opvattingen daarover in de samenleving. Vaak bieden de globale maatschappelijke opvattingen echter geen soelaas voor de

---

dat in dergelijke situaties kan worden toegerekend op grond van de verkeersopvattingen. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\* (2011), nr. 124. Zie ook Sieburgh 2000, p. 236-237.

<sup>72</sup> Sieburgh 2000, p. 237 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\* (2011), nr. 124.

<sup>73</sup> Hierover verder § 6.5.1.2.

<sup>74</sup> Voor een uitputtende behandeling van het begrip 'verkeersopvattingen' zie het eerder genoemde proefschrift van Memelink over dit onderwerp: Memelink 2009.

<sup>75</sup> Memelink 2009, hfdst. 4. Tegelijkertijd overstijgen verkeersopvattingen het betreffende individuele geval: is de verkeersopvatting eenmaal gevonden, dan is met die beslissing ook de regel voor soortgelijke gevallen gegeven.

specifieke kwestie, die voorligt.<sup>76</sup> Als dat het geval is, dient de term ‘verkeersopvatting’ niet meer letterlijk te worden genomen, maar te dienen als aanknopingspunt voor autonome rechtsvinding door de rechter.<sup>77</sup>

#### 6.4.2.3 Relativering

Relativering gaat over de intrinsieke veranderlijkheid van verkeersopvattingen. De verkeersopvatting is in de wet opgenomen juist met het oog op haar veranderlijkheid als maatstaf. Verkeersopvattingen worden gehanteerd om het recht te doen aansluiten bij de ontwikkelingen en opvattingen binnen de maatschappij<sup>78</sup> De rechter dient zich bij de toepassing van de verkeersopvatting af te vragen of deze (nog) wel actueel is. Veranderingen in de maatschappij zijn echter lastig te meten. Het gaat erom dat de rechter zoekt naar de lijn der ontwikkeling door om te zien naar het verleden en vooruit te kijken in de toekomst.<sup>79</sup>

### 6.5 TOEREKENING VAN ONRECHTMATIGE BESLUITEN ANNO 2013

#### 6.5.1 Plaatsing van de toerekening aan de overheid in het juridisch systeem

Als vertrekpunt van dit hoofdstuk nam ik het smalle onderwerp van de toerekening krachtens verkeersopvattingen van vernietigde besluiten. Vanuit daar besprak ik de steeds bredere context van het systeem, waarin deze toerekeningsregel functioneert. In deze paragraaf bekijk ik hoe de strenge toerekening aan de overheid past in het besproken systeem. Dit doe ik door vanuit de breedte van het toepasselijke juridisch kader weer terug te redeneren naar het onderwerp van de besluiten aansprakelijkheid.

##### 6.5.1.1 De verkeersopvattingen

Ten eerste is van belang of er in de samenleving een zodanig eenduidige opvatting bestaat over risicotoedeling bij vernietigde besluiten, dat deze kan kwalificeren als een verkeersopvatting. In dat geval dient de rechter de gevonden opvatting te volgen. Zonder nader onderzoek is dit niet met zekerheid vast te stellen. Het komt mij echter voor dat het hier nogal een specifieke en ingewikkelde kwestie betreft, waarover de globale maatschappelijke opvatting

---

<sup>76</sup> Aldus Rogmans 2007, p. 22-25.

<sup>77</sup> Zie sub 13 van de conclusie van advocaat-generaal Hartkamp in HR 27 april 2002, NJ 2002, 213, m.nt. J. Hijma. Zie ook Rogmans 2007, p. 22-25; Sieburgh 2000, p. 208; Bloembergen 1998 en Memelink 2009, hfdst. 7.

<sup>78</sup> Memelink 2009, hfdst. 4.

<sup>79</sup> Memelink 2009, hfdst. 7.

gen waarschijnlijk geen uitsluitsel zullen geven. In dat geval gaat het bij de term ‘verkeersopvattingen’ om een aanknopingspunt voor autonome rechtsvinding door de rechter.<sup>80</sup>

Bij de beslissing aan de hand van verkeersopvattingen dient de rechter een verband te leggen met de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Dit gebeurt echter niet bij de huidige jurisprudentie over besluiten aansprakelijkheid. De wereld van bestuursrechtelijke besluiten is zeer divers. Bestuursorganen nemen veel verschillende soorten besluiten. Deze besluiten vallen binnen verschillende juridische kaders. Er bestaat een grote diversiteit aan feiten, omstandigheden en rechtsvragen. Toch hanteert de rechter een *‘one size fits all’* benadering door alle onrechtmatige besluiten over één toerekeningskam te scheren. De vraag is wat er zou gebeuren als de rechter de specifieke feiten en omstandigheden van het besluit wel in ogenschouw neemt. Dit zou kunnen leiden tot nuancering van de strenge toerekeningsregel. Ten slotte zou bij besluiten aansprakelijkheid wel eens sprake kunnen zijn van een relevante juridische en/of maatschappelijke ontwikkeling. De recente, voor de overheid opvallend gunstige toepassing van de vereisten van causaal verband (door de bestuursrechter) en relativiteit (door de burgerlijke rechter) bij onrechtmatige besluiten wijzen mogelijk in de richting van een krimpende overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsdaad.<sup>81</sup> Deze ontwikkelingen zorgen er immers voor dat de burger, de strenge toerekening aan de overheid ten spijt, met de schade blijft zitten. Dit strookt niet met de motivering van de toerekening krachtens verkeersopvattingen aan de overheid van een onrechtmatig besluit. Deze is immers gestoeld op de opvatting dat het redelijker is om de schade door een onrechtmatig besluit voor rekening van de collectiviteit te brengen dan om haar te laten voor rekening van de individuele burger. Misschien is de tijdgeest veranderd.

#### 6.5.1.2 Toerekening op grond van artikel 6:162 lid 3 BW

##### *Krachtens schuld*

Zoals gezegd spelen bij toerekening krachtens schuld de kennis, kunde en ervaring van de dader een doorslaggevende rol. Dit brengt mee dat bij onrechtmatig overheidshandelen meestal sprake is van schuld, omdat de overheid bij uitstek kennis, kunde en ervaring heeft op de terreinen, waarop zij zich beweegt.<sup>82</sup> Het lijkt mij goed om deze kennis te objectiveren, zodat geen

---

<sup>80</sup> Zie § 6.4.2.2.

<sup>81</sup> In dit kader kan ook worden gedacht aan het recent gewijzigde art. 1:25d van de Wft. Dit artikel beperkt vanaf 1 juli 2012 de aansprakelijkheid van DNB en de AFM tot gevallen van opzet of grove schuld.

<sup>82</sup> Zie § 6.4.1.1.

belang toekomt aan de mate van kennis en ervaring in het concrete geval.<sup>83</sup> Bij een meer subjectieve schuldvorm zou onderscheid moeten worden gemaakt tussen bijvoorbeeld schuld van de Staat en schuld van een kleine gemeente, omdat de laatste veel minder kennis, kunde en ervaring in huis heeft. Dit lijkt mij niet wenselijk. Bestuursorganen horen zonder meer deskundig te zijn op het gebied van de besluiten die zij nemen. Dit voorkomt ook veel lastige (bewijs)problemen in de schadevergoedingsprocedure over de vraag hoe deskundig het betreffende bestuursorgaan behoort te zijn. Met objectivering worden argumenten als: 'ja, maar wij zijn een kleine gemeente en wij kunnen ons slechts één jurist veroorloven. Die ene jurist kan natuurlijk niet deskundig zijn op elk gebied, en bovendien is hij/zij nog maar net in dienst en dus onervaren' buiten de procedure worden gehouden.

Verwijtbaarheid is echter niet altijd aan de orde. Het meest in het oog springende voorbeeld van het ontbreken daarvan is de situatie dat de jurisprudentie verandert, nadat het bestuursorgaan het vernietigde besluit heeft genomen. Verder zou discussie kunnen bestaan over de situatie dat een besluit door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, omdat hij van mening is dat te weinig onderzoek is gedaan. Dit doet zich nogal eens voor bij ingewikkelde en omvangrijke (milieu)kwesties. Het bestuursorgaan heeft in die gevallen uitgebreid onderzoek gedaan naar de milieueffecten, maar de rechter mist dan toch bepaalde informatie. Het is soms lastig te voorspellen welke informatie de rechter onontbeerlijk acht voor een zorgvuldig (milieu)besluit. Natuurlijk is er in die gevallen wel iets 'fout' aan het besluit, maar het is wat mij betreft niet altijd reëel om te menen dat 'de overheid dit had moeten weten, omdat zij nu eenmaal overheid is'. De overheid kan soms, ondanks al haar kennis en ervaring, niets verweten worden. Vervolgens komt dan de vraag op of dergelijke besluiten op grond van de verkeersopvattingen voor rekening van de overheid zouden moeten komen.

#### *Krachtens de verkeersopvattingen*

De Hoge Raad motiveert de strenge toerekening bij onrechtmatige besluiten met twee argumenten, namelijk het wetgevers- en het spreidingsargument.<sup>84</sup> Hierna bekijk ik hoe deze argumenten zich verhouden tot het toepasselijke juridisch kader. Dit kader is de toerekening krachtens verkeersopvattingen op grond van artikel 6:162 lid 3 BW. Hierbij spelen zoals gezegd de hoedanigheid van de dader en de aard van de gedraging een belangrijke rol.<sup>85</sup>

---

83 Idem Spier & Stolker 1988, p. 172-173. Sieburgh is in het algemeen echter van mening dat objectieve schuld niet bestaat, omdat de standaardpersoon altijd wordt aangepast aan de dader in kwestie en wordt gesubjectieerd. Zie Sieburgh 2000, p. 161. Met betrekking tot onrechtmatig overheidshandelen ben ik het daar niet mee eens.

84 Zie § 6.3.1.

85 Zie § 6.4.1.2.

Het eerste argument voor de toerekening krachtens de verkeersopvattingen van vernietigde besluiten is dat de wettelijke regelingen niet van de burger afkomstig zijn, maar van de overheid. Deze opvatting zegt iets over de hoedanigheid van de overheid, namelijk als wetgever. Toerekening aan de overheid vindt plaats, omdat zij bij uitstek deskundig is bij de uitvoering van wetten. Dit sluit dus goed aan bij de gedachte dat hoe deskundiger en professioneler de dader is, hoe meer toerekening naar verkeersopvattingen voor de hand ligt.<sup>86</sup>

Het spreidingsargument is op het eerste gezicht minder goed te plaatsen. De reden van de toerekening aan de overheid kan er in ieder geval niet in gelegen zijn dat het redelijker is om de schade te verplaatsen naar de dader van de onrechtmatige daad. Op basis van deze redenering zou de dader immers altijd de schade voor zijn rekening moeten nemen.<sup>87</sup> Dat is niet het stelsel van artikel 6:162 BW. Niet iedere onrechtmatige daad kan buiten schuld aan de dader worden toegerekend. De enkele onrechtmatige veroorzaking van de schade is derhalve geen aanknopingspunt voor de toerekening.<sup>88</sup> Overwegingen in de trant van 'de overheid heeft een onrechtmatig besluit genomen, dus is het niet redelijk als de burger met de schade blijft zitten', zijn in het aansprakelijkheidsrecht zo gezien van weinig waarde.

De redenering van de Hoge Raad betreft echter nog een ander aspect. De redelijkheid van de toerekening aan de overheid ziet dan niet zozeer op de verplaatsing van de schade naar de veroorzaker daarvan, maar op het feit dat deze uiteindelijk wordt gedragen door de gemeenschap. Dit betreft het eerder genoemde spreidingsargument. De mogelijkheid tot het spreiden van schade is niet beperkt tot de overheid. Ondernemingen kunnen hun schade spreiden door deze door te berekenen in hun producten of diensten. Spreiding over een collectief gebeurt ook als de dader is verzekerd tegen de betreffende schade. Toch is spreiding van schade in het aansprakelijkheidsrecht op zichzelf geen reden voor toerekening. De aanwezigheid van een verzekering kan bijvoorbeeld wel de achtergrond zijn van sommige vergaande beslissingen, maar mag daarvoor niet de grondslag zijn.<sup>89</sup> Het spreidingsargument alleen kan de strenge toerekening aan de overheid dus niet dragen. Naar mijn mening kan dit argument dan ook niet los worden gezien van het gegeven dat de overheid handelt in het algemeen belang. Dit is in het kader van de toerekening immers het enige ter zake doende verschil met private partijen. Genoemd verschil met private partijen is blijkbaar voor de Hoge Raad van doorslag-

---

<sup>86</sup> Zie § 6.4.1.2.

<sup>87</sup> Zie ook Brunner 1993b.

<sup>88</sup> Sieburgh 2000, p. 183-185.

<sup>89</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\* (2011), nr. 123 en Tjittes 1993. Sieburgh is zelfs van mening dat de aanwezigheid van een verzekering helemaal geen rol mag spelen bij de toerekening naar verkeersopvattingen en daarmee bij het vaststellen van aansprakelijkheid. Zie Sieburgh 2000, p. 227-230.

gevend belang. De motivering van de arresten moet volgens mij dan ook in dit licht worden gezien.<sup>90</sup>

De strenge toerekening aan de overheid kan dus worden verklaard door het feit dat het besluit het algemeen belang ten goede komt. Door het onrechtmatige besluit aan de overheid toe te rekenen, wordt de schade gedragen door de partij ten behoeve van wie de handeling werd verricht, namelijk de gemeenschap. Dit sluit aan bij de gedachte dat degene, die ten voordele van zichzelf een handeling verricht, waarmee de kans op schade voor derden wordt vergroot, ook het risico daarvan draagt (het profijtbeginsel).<sup>91</sup> Het spreidingsargument kan daarom naar mijn mening worden gekoppeld aan de aard van de gedraging. Het lijkt mij ook wenselijk om bij besluiten aansprakelijkheid belang toe te kennen aan het profijtbeginsel, omdat op die manier wordt aangesloten bij het juridisch kader van artikel 6:162 lid 3 BW. Dat overheidshandelen geschiedt ten behoeve van het algemeen belang kan echter genuanceerd worden. De overheid handelt meestal wel in het algemeen belang, maar bij sommige besluiten staan toch de belangen van de individuele burger voorop. In het geval van de heffing van inkomstenbelasting is het onmiskenbaar de gemeenschap die profiteert. Bij een uitkering in het kader van de sociale zekerheid is dit echter al minder zichtbaar. Natuurlijk bestaat er een algemeen belang bij een goede sociale zekerheid. Van een concrete uitkering profiteert echter voornamelijk de individuele burger.<sup>92</sup>

Een systeem van toerekening krachtens verkeersopvattingen van onrechtmatige besluiten, waarin belang toekomt aan het profijtbeginsel, ziet er naar mijn mening als volgt uit. Als de overheid ten voordele van de gemeenschap handelt, zou de gemeenschap op basis van de aard van deze gedraging ook de schade moeten dragen. Andersom zou de schade niet voor risico van de overheid hoeven komen als het besluit de gemeenschap niet ten voordeel strekt. Dit betekent dat op grond van het profijtbeginsel onderscheid kan worden gemaakt in onrechtmatige besluiten die wel en onrechtmatige besluiten die niet krachtens verkeersopvattingen kunnen worden toegerekend aan het bestuursorgaan. Bepalend is of het betreffende besluit voornamelijk is genomen ten behoeve van het algemeen belang of dat dit besluit in de eerste plaats de belangen van (een) individuele burger(s) dient.

Naar mijn mening ligt het voor de hand om dit onderscheid te maken, omdat het feit dat de overheid handelt in het algemeen belang een belangrijke reden is gebleken van de strenge toerekeningsregel. Het openbreken van deze regel komt tevens tegemoet aan de terechte kritiek dat enkel het spreidingsargument de automatische toerekening aan de overheid niet kan dragen.<sup>93</sup> De gedachte dat degene die van een handeling profiteert, daarvoor ook het

---

90 Zie ook Brunner 1993b.

91 Zie § 6.4.1.2.

92 Zie ook Schueler & Van Ettekoven 2003, p. 157-159.

93 Zie § 6.3.2.2.

risico draagt, is bovendien bij overheidsaansprakelijkheid niet onbekend. Een voorbeeld hiervan is artikel 6.4a WRO. Door deze bepaling komt planschade, die het resultaat is van een wens van een ontwikkelaar, voor zijn rekening. De ratio hiervan is dat de ontwikkelaar profiteert van de schadeveroorzakende besluiten. Om deze reden dient hij de planschade voor zijn rekening te nemen.<sup>94</sup> Een verwante gedachte is te vinden in het zogenoemde *Kakkerlakken*-arrest.<sup>95</sup> Volgens de Hoge Raad kan bij de bestrijding van een besmetting met ongedierte in een huis het algemeen belang zozeer betrokken zijn dat de kosten daarvan niet door de eigenaar, maar door de overheid gedragen moeten worden. Hiervan kan sprake zijn als de besmetting een gevaar oplevert voor de volksgezondheid of als de overheid handelt ter voorkoming van een plaag van grotere omvang. De bestrijding gebeurt dan grotendeels ten behoeve van het algemeen belang, dus dient de gemeenschap daarvan de kosten te dragen.<sup>96</sup>

## 6.5.2 Praktische uitwerking

In deze paragraaf kom ik toe aan de praktische uitwerking van een systeem van toerekening krachtens verkeersopvattingen van onrechtmatige besluiten, waarbij belang toekomt aan het profijtbeginsel. De handelingen van de overheid variëren in de mate van behartiging van het algemeen belang. Onderscheid in de toerekening op grond van het profijtbeginsel brengt mee dat toerekening aan de overheid meer voor de hand ligt als het onderwerp van het betreffende besluit voornamelijk het algemeen belang dient en minder naarmate dit in de eerste plaats een individuele burger ten goede komt. Bij

94 Aldus ook de Afdeling. De Afdeling oordeelt over de voorwaarde van een planschadevergoedingsovereenkomst ex art. 6.4a lid 1 WRO bij een aanvraag wijziging bestemmingsplan: 'In dit geval, waarin het gaat om een wijziging die uitsluitend in het belang van [appellante] is, acht de Afdeling het niet onredelijk dat het college die voorwaarde heeft gesteld.' Zie ABRvS 25 januari 2012, *JB* 2012, 81.

95 HR 3 april 1981, *NJ* 1981, 504, m.nt. M. Scheltema (*Kakkerlakken*).

96 Ook Bierbooms 1996, p. 159 e.v. Zie ook ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, m.nt. B.P.M. van Ravels. De Afdeling meent dat iedere rechtmatige aanwending door een bestuursorgaan van een publiekrechtelijke bevoegdheid strekt tot behartiging van (een aspect van) het algemeen belang, ook al dient een dergelijke aanwending mede of in overwegende mate het individuele belang van de aanvrager(s). Ook de Afdeling is dus van mening dat een besluit voornamelijk een individueel belang kan dienen. Wel oordeelt hij dat dit niet in de weg staat aan een compensatie wegens rechtmatige overheidsdaad, omdat ook steeds een algemeen belang speelt. Bij toepassing van het *égalité*beginsel gaat het erom dat de veroorzaking van het nadeel noodzakelijk is voor de behartiging van het algemeen belang. Dit geldt niet voor schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad. Wat dat betreft zijn de stelsels van beide 'soorten' overheidsaansprakelijkheid strikt gescheiden. Zie Tjepkema 2010, p. 198-206. Aansprakelijkheid wegens onrechtmatige besluiten vindt plaats binnen het kader van art. 6:162 BW. Bij de toerekening krachtens verkeersopvattingen dient het profijtbeginsel daarom leidend te zijn.

twijfelgevallen kan de weegschaal doorslaan naar toerekening aan de overheid, omdat haar hoedanigheid van overheid wijst op een ruime toerekening. Concreet betekent dit het volgende.

Besluiten waarin het gaat om één op één (meestal) financiële verhoudingen tussen burger en overheid en waarbij geen derden belanghebbenden zijn betrokken, leveren weinig problemen op. Over het algemeen kan onderscheid worden gemaakt tussen besluiten, die de burger verplichten tot betaling omwille van de gemeenschap en besluiten, die worden aangevraagd door de burger die aanspraak maakt op gemeenschapsgeld. Een voorbeeld van het eerste zijn de allerhande heffingen, die de overheid de burger oplegt. Dergelijke besluiten komen onmiskenbaar de gemeenschap ten goede. (Rente)schade vanwege een onjuist heffingsbesluit zal dus aan de overheid krachtens verkeersopvattingen kunnen worden toegerekend, ook als haar niets te verwijten valt. Onder de tweede categorie vallen besluiten over aanspraken op sociale zekerheid. Deze komen voornamelijk de individuele burger ten goede.<sup>97</sup> Het is naar mijn mening te verantwoorden om de schade, geleden door dergelijke besluiten, op grond van het profijtbeginsel voor rekening van de burger te laten. Wellicht komt het op het eerste gezicht cru over om een burger met de schade te laten zitten. Het publiekrechtelijke karakter van de sociale zekerheidsbesluiten leidt er immers toe dat een burger niet kan kiezen voor een andere verzekeraar, die minder fouten maakt. Ook kan de gedachte opspelen dat de burger niets fout heeft gedaan. De vordering tot vergoeding van de betreffende schade wordt echter nu ook al vaak door de bestuursrechter afgewezen onder het mom dat causaal verband ontbreekt.<sup>98</sup> Op deze jurisprudentie bestaat veel kritiek, omdat het causaliteitsvereiste onjuist wordt gehanteerd om de overheidsaansprakelijkheid in te dammen.<sup>99</sup> Als de overheid geen verwijt valt te maken, doet afwijzing van de vordering wegens het ontbreken van toerekening naar mijn mening meer recht aan de achtergrond van deze beslissing. Bovendien ligt aan artikel 6:162 lid 3 BW de gedachte ten grondslag dat niet iedere onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend. Bij te maken keuzes in vergoedbaarheid van schade wegens onrechtmatige overheidsdaad, is de beschreven keuze goed te verantwoorden (in ieder geval) in het systeem van artikel 6:162 BW.

Ingewikkelder wordt het als er derden bij het besluit zijn betrokken. Procedures met derden belanghebbenden betreffen vaak omgevingsvergunningen. Deze vergunningen worden verleend aan de ondernemende burger, maar het bestaan van deze vergunningen komt ook de gemeenschap ten goede. De

---

97 Ook Schueler & Van Ettekoven 2003, p. 157-159.

98 Zie hoofdstuk 3.

99 Zie o.a. Schlössels 2004a; Schlössels 2004b; Van Maanen 2004a en b; Van Maanen & Schlössels 2004; Hennekens 2001, p. 38; Schueler & Van Ettekoven 2003, p. 167; Kortmann 2002, p. 98-106; Kortmann 2005; Schueler 2005, p. 173; Kortmann 2003, p. 15-25 en Tak 2008, p. 1758-1769.

vergunningsplicht bestaat bijvoorbeeld ter bescherming van het milieu of ter behoud van de goede ruimtelijke ordening. In dergelijke situaties bestaan twee mogelijkheden. Ten eerste kan de aangevraagde vergunning worden geweigerd, waarna deze in bezwaar of beroep alsnog wordt toegekend. Ten tweede kan de vergunning op aanvraag worden verleend, maar uiteindelijk na bezwaar of beroep van derden belanghebbenden worden geweigerd. Wat betekent dit nu voor de toerekening krachtens verkeersopvattingen aan de overheid? In het oog moet worden gehouden dat het er op basis van het profijtbeginsel om gaat of de dader zijn onrechtmatige handeling heeft verricht om daar zelf van te profiteren. Bij overheidshandelen is dan de vraag of de overheid het besluit heeft genomen ten behoeve van het algemeen belang of dat de belangen van individuen voorop stonden. De weigering van een vergunning komt naar mijn mening in de eerste plaats de gemeenschap ten goede. De weigering om een activiteit te mogen ontplooien houdt immers steeds verband met het algemeen belang (bijv. natuur of ruimtelijke ordening) en/of derden belanghebbenden. De onrechtmatige weigering kan de overheid daarom zonder problemen krachtens verkeersopvattingen worden toegerekend. De verlening van een vergunning daarentegen vindt vooral plaats ten behoeve van de aanvrager en zijn directe omgeving. Bij deze stelling voel ik wel enige twijfel, omdat ook de gemeenschap zou hebben geprofiteerd van de onterecht vergunde activiteit: het bouwen van een woonwijk of het exploiteren van een fabriek is bijvoorbeeld bevorderlijk voor de werkgelegenheid en economie. Toch durf ik het wel aan om te stellen dat een verleende vergunning voornamelijk en in de eerste plaats de betreffende aanvrager ten voordele strekt. Het is daarom wat mij betreft verdedigbaar om de schade geleden door een onterecht verleende vergunning bij de individuele burger te laten, omdat deze onrechtmatige daad niet krachtens verkeersopvattingen aan de overheid kan worden toegerekend.<sup>100</sup> Wellicht bestaan er gevallen, waarin de genoemde uitkomst niet goed te verdedigen is. Hiervan kan sprake zijn als de bescherming van een algemeen belang een grote rol speelt. Ik denk bijvoorbeeld aan kostbare maatregelen ter bescherming van het milieu, die de burger soms bij exploitatie van een inrichting moet nemen om aan de strenge milieunormen te voldoen. De rechter kan dan uiteraard beslissen om de schade wel ten laste van de gemeenschap te laten komen. Zowel de aard van de gedraging als de hoe-

---

100 Deze uitkomst kan doen denken aan de jurisprudentie dat schade veroorzaakt door ingebruikneming van een later vernietigde bouwvergunning voor rekening van de bouwer blijft. Zie HR 29 april 1994, *NJ* 1997, 396, m.nt. M. Scheltema (*GE/Den Haag*). In dit arrest ging het echter om een toepassing van art. 6:101 BW, meer specifiek om een schending van de schadebeperkingsplicht. Zie bijv. Tjittes 1996, p. 44; Berkel-Kikkert & Broekhuizen 2009; Keirse 2003, § 4.3.3. en Roozendaal 1998, p. 278-281. De discussie over dit arrest dient daarom in dat kader te worden beschouwd. Voor de verhouding tussen het toerekeningsvereiste bij vestiging van aansprakelijkheid en art. 6:101 BW zie § 6.3.2.3. Zie uitgebreid over de context van het arrest *GE/Den Haag* de noot van Schueler in Van der Burg, Van Buuren & Van der Veen 1997, p. 314-324.

danigheid van overheid wijzen in die situatie immers op toerekening aan de overheid.

### 6.5.3 Hoe zit het met de rechtszekerheid?

Na lezing van het voorgaande kan de gedachte opkomen dat de voorgestelde wijziging van de jurisprudentie zal zorgen voor een toename van de rechts-onzekerheid. De automatische toerekening lijkt misschien een rustig bezit en de jurisprudentie over de onrechtmatige overheidsdaad is al onrustig genoeg. De toepassing van de vereisten van causaliteit door de bestuursrechter en relativiteit door de burgerlijke rechter brengt veel kritiek en onduidelijkheid met zich mee. De rechter zou het nog lastiger maken door de duidelijke toerekeningsregel te nuanceren.

Deze gedachte, hoewel op het eerste gezicht begrijpelijk, is onjuist. Naar mijn mening is een belangrijke reden voor de geschetste onduidelijkheid bij de onrechtmatige overheidsdaad namelijk gelegen in de tweeslachtigheid van het onderwerp. Aan de ene kant gelden voor overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad dezelfde vereisten als voor aansprakelijkheid van civiele partijen. Aan de andere kant staat vast dat de overheid, vanwege haar unieke aard, in het aansprakelijkheidsrecht een bijzondere positie inneemt, in die zin dat deze afwijkt van private (rechts)personen.<sup>101</sup> De publiekrechtelijke aspecten van het overheidshandelen zijn verantwoordelijk voor de bijzondere positie van de overheid bij de toepassing van artikel 6:162 BW. Een belangrijk verschil met private partijen is dat de overheid handelt in het algemeen belang. Lastige afwegingen en beslissingen over de betekenis van het algemeen belang bij overheidshandelen in relatie tot de toepassing van artikel 6:162 BW zijn daarom onvermijdelijk.<sup>102</sup> Er is wat dat betreft geen eenvoudige oplossing beschikbaar. Wel ben ik ervan overtuigd dat de voorspelbaarheid van de uitspraken over de onrechtmatige overheidsdaad toeneemt als bij de onrechtmatige overheidsdaad zoveel als mogelijk wordt aangesloten bij de gebruikelijke toepassing van artikel 6:162 BW. Dit betekent dat bij de vraag of een onrechtmatig besluit aan de overheid kan worden toegerekend, belang toegekend dient te worden aan het profijtbeginsel.

Dit is naar mijn mening ook goed mogelijk. In het hiervoor uitgewerkte kader zal het voor de meeste besluiten duidelijk zijn wanneer toerekening aan de overheid op zijn plaats is. Twijfelgevallen zijn echter niet uitgesloten, omdat zoals gezegd absolute duidelijkheid niet tot de mogelijkheden behoort. Wel is de rechtsonzekerheid, die ontstaat door toepassing van het profijtbeginsel, beter te hanteren dan de onzekerheid, die is ontstaan door de recente toepas-

---

101 Zie ook 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.

102 Zie hoofdstuk 2.

sing van het relativiteitsvereiste bij onrechtmatige overheidsdaad. Het relativiteitsvereiste lijkt in de huidige rechtspraak een populair instrument te worden om de overheidsaansprakelijkheid te beperken. Deze jurisprudentiële lijn kan naar mijn mening echter niet leiden tot voorspelbare en overtuigende uitspraken. Bij het relativiteitsvereiste gaat het immers om het doel en de strekking van de geschonden norm. Het algemeen belang speelt een prominente rol bij de doelstelling van alle publiekrechtelijke regelingen die gelden voor de overheid. Vanwege deze grote gemene deler bestaat volgens mij over het algemeen onvoldoende juridisch relevant verschil tussen het doel en de strekking van publiekrechtelijke normen om op grond van dit verschil te oordelen dat (bijvoorbeeld) schending van de Vreemdelingenwet geen<sup>103</sup> en schending van de Wet milieubeheer wel<sup>104</sup> recht op vergoeding van vermogensschade kan opleveren. Het relativiteitsvereiste is overigens in het algemeen niet geschikt voor een strenge toepassing. Bij private partijen wordt het vereiste daarom veel terughoudender toegepast.<sup>105</sup> Met andere woorden: in de systematiek het onrechtmatigedaadsrecht is het toerekeningsvereiste geschikt om de betekenis van het algemeen belang bij overheidshandelen tot uiting te brengen. Dit in tegenstelling tot het relativiteitsvereiste.

Samenvattend: lastige afwegingen over de betekenis van het algemeen belang bij onrechtmatige overheidsdaad zijn onvermijdelijk zolang dit leerstuk functioneert in het privaatrechtelijk kader van artikel 6:162 BW. Een tijdelijke en beperkte verhoging van de rechtsonzekerheid door het toerekeningsvereiste bij onrechtmatige besluiten aan te laten sluiten bij de gebruikelijke toepassing daarvan zal uiteindelijk juist de voorspelbaarheid van de uitspraken over de onrechtmatige overheidsdaad ten goede komen, omdat het feit dat de overheid handelt in het algemeen belang zijn beslag krijgt op de daarvoor meest geëigende plaats, en is daarom gerechtvaardigd.

## 6.6 AFSLUITING

Al met al lijkt de tijd rijp voor een 'update' van de strenge toerekeningsregel. Als de overheid zonder schuld een onrechtmatige handeling verricht, dan zou de schade door de gemeenschap moeten worden gedragen als de gemeenschap van deze handeling zou profiteren. Komt de onrechtmatige handeling in de eerste plaats en vooral een individuele burger ten goede, dan hoeft de gemeenschap de schade niet te dragen. Dit laatste is het duidelijkst bij besluiten over aanspraken op sociale zekerheid.

De voorgestelde benadering sluit aan bij de huidige toepassing van artikel 6:162 lid 3 BW, waarbij het profijtbeginsel van belang is. Ook past het goed

---

103 Zie bijv. HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576, m.nt. J.B.M. Vranken.

104 Zie bijv. ABRvS 28 juli 2010, *Gst.* 2011, 42, m.nt. R.D. Boesveld.

105 Zie hoofdstuk 4.

in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht, waarin niet iedere onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend. Tevens is het in lijn met de ontwikkeling, die lijkt te duiden op een minder ruime overheidsaansprakelijkheid voor de onrechtmatige overheidsdaad.

Het is belangrijk om te realiseren dat deze 'update' geen grote veranderingen zal meebrengen. In het merendeel van de gevallen zal het onrechtmatige besluit zoals gebruikelijk aan de overheid kunnen worden toegerekend, omdat vanwege haar kennis en ervaring snel sprake is van verwijtbaarheid en dus schuld. Dit lijkt mij gezien de positie van de overheid ook terecht. Hierin zou wat mij betreft geen verandering moeten komen.

Ik denk dat de behoefte om de gemeenschapskas niet aan te spreken juist gevoeld wordt als de overheid op geen enkele wijze een verwijt kan worden gemaakt. Het oordeel dat de overheid niet aansprakelijk is voor de schade, geleden door een onrechtmatig besluit, omdat deze haar niet krachtens verkeersopvattingen kan worden toegerekend, dekt dan naar mijn mening de lading vaak beter dan afwijzing van de vordering vanwege het ontbreken van causaliteit of relativiteit.

Aansluiting bij de gebruikelijke toepassing van artikel 6:162 lid 3 BW zal bovendien (uiteindelijk) de voorspelbaarheid van de uitspraken over de onrechtmatige overheidsdaad ten goede komen, omdat het feit dat de overheid handelt in het algemeen belang zijn beslag krijgt op de daarvoor meest geëigende plaats.

