



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

## 7 | Samenvattende slotbeschouwing

### 7.1 SAMENVATTING

#### 7.1.1 Doel van het onderzoek, vraagstelling en plan van behandeling

In dit promotieonderzoek staat de bijzondere positie van de overheid in het onrechtmatigedaadsrecht centraal. De aanleiding voor het onderzoek is de bestaande onvoorspelbaarheid van het antwoord op de vraag wanneer de overheid succesvol aangesproken kan worden wegens onrechtmatige daad.

Het uitgangspunt bij het onderzoek is dat deze onzekerheid in belangrijke mate voortkomt uit de tweeslachtigheid van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad. Voor overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad gelden dezelfde vereisten als voor aansprakelijkheid van private partijen, namelijk de vereisten van artikel 6:162 lid 1 BW. Dit maakt dat het onderwerp enerzijds een privaatrechtelijk karakter heeft. Anderzijds is het handelen van de overheid meestal ook publiekrechtelijk van aard. Het publiekrechtelijke karakter van overheidshandelen beïnvloedt niet alleen het vereiste van onrechtmatigheid, maar strekt zich ook uit tot de andere vereisten van artikel 6:162 lid 1 BW.

In het uitgevoerde onderzoek heb ik in kaart gebracht op welke wijze dit in het huidige recht tot uiting komt. Dit heb ik gedaan door te onderzoeken in welk opzicht de toepassing van de vereisten van artikel 6:162 lid 1 BW bij onrechtmatige overheidsdaad afwijkt van de toepassing ervan in het geval van private partijen. Hierdoor ontstaat meer duidelijkheid over de positie van de overheid in het onrechtmatigedaadsrecht en de omvang van de overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad. Vervolgens is gezocht naar de eventuele redenen voor het gevonden onderscheid. De overkoepelende vraagstelling van het onderzoek luidt:

*In hoeverre neemt de overheid wat betreft schadevergoeding voor onrechtmatige overheidsdaad een bijzondere positie in, in die zin dat de toepassing van de aansprakelijkheidsvereisten wegens onrechtmatige daad van art. 6:162 lid 1 BW afwijkt van de toepassing ervan bij private partijen? Hoe moeten de gevonden afwijkingen worden beoordeeld in het licht van de huidige systematiek van de wet?*

De beschreven vergelijking betreft de vereisten van relativiteit en causaliteit, omdat op deze gebieden veel discussie en kritiek bestaat over de toepassing

ervan bij de onrechtmatige overheidsdaad en de rechtspraak nog niet is uitgekristalliseerd. Ook heb ik aandacht besteed aan de toerekening van de onrechtmatige daad aan de overheid (artikel 6:162 lid 3 BW). Bij de toepassing van het toerekeningsvereiste bij vernietigde besluiten bestaat namelijk een (pseudo)risicoaansprakelijkheid. Dit zorgt voor een duidelijk verschil met de toepassing van het toerekeningsvereiste bij private partijen. Voordat ik de huidige toepassing van de genoemde materiële vereisten heb onderzocht, heb ik eerst de geschiedenis van de keuze om overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad onder te brengen bij artikel 6:162 BW nader onderzocht. Het doel hiervan was het verkrijgen van meer duidelijkheid over de achtergrond van deze, niet voor de hand liggende, keuze.

### 7.1.2 Geschiedenis

Al vroeg is aanvaard dat de overheid op grond van het BW aansprakelijk kan zijn wegens schending van normen met een privaatrechtelijk karakter. Wel is er veel debat geweest over de vraag of de overheid ook aansprakelijk is, dan wel zou moeten zijn, als zij publiekrechtelijke normen schendt. Deze discussie kan worden onderverdeeld in verschillende perioden.

Van 1848-1910 zijn de ideeën met betrekking tot dergelijke 'publiekrechtelijke onrechtmatige daden' sterk verbonden met de discussie over de invoering van een regeling van administratieve rechtspraak, omdat het toen de bedoeling was dat het leerstuk in een dergelijke regeling zou worden opgenomen. Er bestond eensgezindheid over de opvatting dat de civielrechtelijke onrechtmatigedaadsartikelen niet van toepassing waren op schending van publiekrechtelijke normen door de overheid en dat een regeling op dit punt gewenst was. In die tijd sprak het voor zich dat een regeling voor overheidsaansprakelijkheid wegens schending van publiekrecht zou moeten verschillen van de onrechtmatigedaadsartikelen uit het BW. Hiervoor werd vooral als reden genoemd het feit dat de overheid handelt in het algemeen belang. De voorstellen voor een regeling van administratieve rechtspraak bevatten uiteindelijk echter geen bepalingen over de onrechtmatige overheidsdaad. Volgens de opstellers daarvan stond de inhoud van het leerstuk nog onvoldoende vast en was het te ingewikkeld om vast te leggen in de voorgestelde regeling van administratieve rechtspraak.

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. In 1915 heeft de Hoge Raad in het bekende arrest *Guldemonde/Noordwijkerhout* uitdrukkelijk bepaald dat de burgerlijke rechter steeds bevoegd is als de schending van een burgerlijk recht wordt gesteld, ook al vloeit de onderliggende rechtsverhouding voort uit het publiekrecht. Aansprakelijkheid wegens schending van publiekrecht werd echter alleen

aangenomen indien de overheid inbreuk had gemaakt op een subjectief privaatrecht van de burger.

Dit veranderde in 1924 met het *Ostermann*-arrest. In dit arrest werd voor het eerst aangenomen dat de enkele schending door de overheid van een publiekrechtelijk wettelijk voorschrift onrechtmatig was in de zin van het BW. Dat deze daad was begaan ter vervulling van een publiekrechtelijke taak deed daar niet aan af. Het ligt voor de hand dat de rechter op deze manier wilde voorzien in de leemte in rechtsbescherming tegen de overheid. Vanaf het *Ostermann*-arrest waren de civielrechtelijke onrechtmatigedaadsartikelen dus ook van toepassing op de onrechtmatige overheidsdaad wegens schending van publiekrecht.

Op 25 april 1947 werd bij KB aan Professor E.M. Meijers de opdracht verleend om een nieuw BW te ontwerpen. In 1953 kwam in dit kader de vraag aan de orde of hierin bijzondere bepalingen over de onrechtmatige overheidsdaad dienden te worden opgenomen. Het antwoord van de toenmalige Minister van Justitie luidde ontkennend. Het onderwerp was volgens hem (ook nu) nog niet klaar voor codificatie, omdat de ontwikkeling daarvan in de rechtspraak nog in volle gang was. Een algemeen als aanvaardbaar erkende formule voor de onrechtmatige overheidsdaad bestond naar zijn mening nog niet. Ook vroeg de regering zich af of een dergelijke bepaling in het BW, dan wel in een regeling van administratieve rechtspraak zou moeten worden opgenomen.

De Wet BAB stelde in 1963 Kroonberoep open tegen beschikkingen van de centrale overheid. Het was de bedoeling dat, tegelijkertijd met de Wet BAB, een materieelrechtelijke regeling van de onrechtmatige overheidsdaad zou worden ingevoerd. Het ontwerp voor deze regeling, genaamd de Wet ODOL, bevatte materiële criteria voor de onrechtmatige overheidsdaad die door de burgerlijke rechter zouden moeten worden toegepast. De belangrijkste verschillen met de onrechtmatige daad uit het OBW waren dat het bij de zorgvuldigheidsnorm ging om de zorgvuldigheid 'welke een openbaar lichaam betaamt' en dat hierbij expliciet gewicht werd toegekend aan het algemeen belang en de beleidsvrijheid van de overheid. Het ontwerp Wet ODOL stuitte op veel bezwaar en werd niet aangenomen. De belangrijkste reden hiervoor was dat de regering de burgerlijke rechter niet wilde beperken. De Wet BAB werd in 1976 opgevolgd door de Wet Arob. Vanaf toen kon beroep worden ingesteld tegen beschikkingen van zowel de centrale overheid als lagere overheden bij een onafhankelijke administratieve rechter: de Afdeling rechtspraak van de Raad van State.

In 1994 is de Awb in werking getreden. Sindsdien is het algemeen bestuurs(proces)recht van toepassing op overheidsbesluiten ex artikel 1:3 Awb. Volgens de Awb-wetgever zijn de vereisten die de bestuursrechter dient te hanteren bij de beantwoording van de vraag of er een aanspraak op schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad bestaat, dezelfde als de vereisten die de civiele rechter hanteert bij de afdoening van geschillen van onrechtmatige overheidsdaad. In de Parlementaire Geschiedenis van de Awb is geen

aandacht besteed aan de vraag welke invloed de bijzondere positie van de overheid had op haar aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten. Ook in de (wetsgeschiedenis van de) Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, die wat betreft onrechtmatige besluiten per 1 juli 2013 in werking is getreden, zijn geen opmerkingen gemaakt over de omstandigheden, waaronder de overheid aansprakelijk is voor onrechtmatige besluiten. De wet bevat slechts procesrechtelijke bepalingen en competentiebepalingen over de onrechtmatige overheidsdaad.

De tijd sinds het *Ostermann*-arrest verstrikt dus zonder dat er een aparte regeling voor de onrechtmatige daad wordt ingevoerd. In de literatuur wordt steeds minder aandacht besteed aan de wenselijkheid van een aparte regeling. De bestaande situatie wordt als uitgangspunt genomen en de discussie verlegt zich naar de bijzondere positie van de overheid binnen het kader van de civiele aansprakelijkheidsvereisten voor onrechtmatige daad. 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 monopolypositie bekleedt. Alleen Van der Hoeven pleit in 1989 nog voor een aparte regeling van de onrechtmatige overheidsdaad.

Uiteindelijk wordt er geen aparte regeling voor overheidsaansprakelijkheid wegens schending van publiekrechtelijke normen tot stand gebracht, terwijl er lange tijd eensgezindheid heeft bestaan over de wenselijkheid van een dergelijke regeling. Uitgangspunt was daarbij dat de vereisten voor aansprakelijkheid door de publiekrechtelijke onrechtmatige daad zouden afwijken van de aansprakelijkheidsvereisten voor onrechtmatige daad uit het BW. De wetgeschiedenis zwijgt over de reden van deze keuze. Sterker: ook de wetgever ging er lange tijd vanuit dat het onderwerp gecodificeerd zou worden, maar vond het leerstuk steeds nog niet voldoende uitgekristalliseerd voor codificatie. De wetgever heeft de reden om uiteindelijk van een aparte regeling af te zien niet kenbaar gemaakt in de Parlementaire Geschiedenis. Ook heeft hij geen 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.

Verskillende 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, waaraan niemand zijn vingers durfde te branden.

De wetgever heeft het onderwerp steeds voor zich uitgeschoven. Hierdoor moest (en moet nog steeds) de rechter de kastanjes uit het vuur halen.

### 7.1.3 Causaal verband, besluiten aansprakelijkheid en de bestuursrechter

#### *Algemeen*

Het causaliteitsvereiste bevat twee elementen. Ten eerste moet sprake zijn van een *condicio sine qua non* verband tussen de onrechtmatige daad en de schade. Dit is een minimumvereiste voor het bestaan van causaal verband. Het vereiste houdt in dat in ieder geval geen causaal verband bestaat als de schade zich ook had voorgedaan als de onrechtmatige daad niet was gepleegd. Ten tweede geldt de toerekeningsleer van artikel 6:98 BW om het causaal verband nader te bepalen. De rechter dient bij de beoordeling van het causaal verband eerst vast te stellen of sprake is van een *condicio sine qua non* verband. Is dat het geval, dan komt de toerekeningsvraag aan de orde.

De bestuursrechter geeft in zijn uitspraken aan dat hij bij de beoordeling of sprake is van causaal verband aansluit bij het civiele schadevergoedingsrecht en de bewoordingen van artikel 6:98 BW. In de praktijk blijkt echter dat de toepassing van het causaliteitsvereiste door de bestuursrechter afwijkt van de toepassing ervan door de burgerlijke rechter. De bestuursrechter maakt nauwelijks een onderscheid tussen het vereiste van een *condicio sine qua non* verband en de toerekeningsvraag. Dit zorgt voor een onduidelijk causaliteitsoordeel. Aansluiting bij het civiele recht lijkt mij daarom aan te bevelen. Voor beide genoemde elementen van causaal verband geldt vervolgens dat de bestuursrechter op onderdelen afwijkt van de gebruikelijke toepassing van het causaliteitsvereiste.

#### *Het condicio sine qua non verband*

Aan het vereiste van een *condicio sine qua non* verband is voldaan als de schade zich niet had voorgedaan wanneer de onrechtmatige daad niet was gepleegd. Dit is een feitelijke vraag.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State hanteert het criterium dat geen sprake is van causaal verband indien ten tijde van het nemen van het rechtens onjuiste besluit een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad. Het is aan het bestuursorgaan om te bewijzen dat in plaats van het vernietigde besluit een rechtmatig besluit had kunnen worden genomen dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad. Dat later, zonder dat de daarvoor in aanmerking te nemen feiten en omstandigheden zijn gewijzigd, een besluit is genomen dat niet is vernietigd, maakt in beginsel aannemelijk dat een dergelijk besluit zou hebben kunnen worden genomen. De uitkomst van de verlengde besluitvormingsprocedure speelt dus bij de Afdeling alleen een rol bij het bewijs van een *condicio sine qua non* verband. De Hoge Raad acht de uitkomst van de verlengde besluitvormingsprocedure daarentegen bepalend voor de rechtmatigheidsvraag.

Het causaliteitscriterium van de Afdeling brengt mee dat de schade geen gevolg is van het onrechtmatige besluit als deze ook *had kunnen worden veroor-*

*zaak* door een rechtmatig besluit. Het *condicio sine qua non* vereiste, zoals dat wordt toegepast door de civiele rechter, houdt in dat geen sprake is van causaal verband als de schade ook zonder de onrechtmatige daad *zou zijn veroorzaakt*. Toegepast op besluiten aansprakelijkheid is dan geen sprake van een *condicio sine qua non* verband, als in plaats van het onrechtmatige besluit een rechtmatig besluit *zou zijn genomen* dat dezelfde schade zou hebben veroorzaakt. Dit wijkt dus af van het criterium dat de Afdeling hanteert. Het verschil komt tot uiting als het bestuursorgaan weliswaar een rechtmatig besluit had kunnen nemen dat dezelfde schade zou hebben veroorzaakt, maar dit in werkelijkheid niet gedaan zou hebben en er dus geen schade zou zijn geleden.

De vraag is of dit verschil veel uitmaakt voor de feitelijke uitkomst van de *condicio sine qua non* toets. Volgens mij valt dat mee. Het zal immers meestal gaan om besluiten, die – de formele vernietigingsgrond weggedacht – tot hetzelfde inhoudelijke besluit hadden kunnen leiden. Indien een bestuursorgaan een rechtmatig besluit met dezelfde inhoud had kunnen nemen, komt het mij voor dat hij dit vaak ook wel gedaan zou hebben. Hij heeft immers ook daadwerkelijk een dergelijk besluit genomen, zij het één met een formeel gebrek. De gevallen dat het bestuursorgaan in eerste instantie liever een andersluidend besluit had willen nemen, maar ten onrechte dacht dat dit niet mogelijk was, bijvoorbeeld omdat hij uitging van onjuiste feiten (en het onrechtmatige besluit hierdoor leed aan een motiveringsgebrek), komen natuurlijk wel voor. Indien in die situatie meerdere rechtmatige opties bestaan, had een gelijklopend rechtmatig besluit misschien wel kunnen worden genomen, maar was dit in werkelijkheid niet gebeurd als het bestuursorgaan direct rechtmatig had gehandeld. In dergelijke gevallen wordt de burger dus wel benadeeld door de afwijkende *condicio sine qua non* toets, omdat het eerste geval (het afwijkende *condicio sine qua non* vereiste van de Afdeling) geen recht op vergoeding geeft en het tweede geval (het gebruikelijk criterium) wel.

De volgende vraag is waarom de Afdeling een afwijkend *condicio sine qua non* vereiste hanteert. Hierover blijkt niets uit de uitspraken. Een reden zou kunnen zijn dat het over het algemeen niet makkelijk is om te achterhalen welk besluit daadwerkelijk zou zijn genomen, indien de onrechtmatigheid wordt weggedacht. Dit maakt dat het bij besluiten aansprakelijkheid lastig kan zijn om de ‘klassieke’ *condicio sine qua non* leer toe te passen indien er meerdere rechtmatige opties bestaan. Deze omstandigheid is kenmerkend voor het besluiten aansprakelijkheidsrecht. Bij onrechtmatig feitelijk handelen is het vaak makkelijker om te reconstrueren wat er zou zijn gebeurd als de onrechtmatige daad wordt weggedacht. Als de bestaande beleidsvrijheid is ingevuld door duidelijke beleidsregels kan de uitkomst van de besluitvormingsprocedure wellicht nog met enige zekerheid worden vastgesteld. Dit zal echter niet altijd het geval zijn. Genoemde bewijsproblemen worden ondervangen door het criterium van de Afdeling. Het is nu eenmaal makkelijker om vast te stellen dat een rechtmatig besluit – juridisch – had kunnen worden genomen, dan

te achterhalen wat er – feitelijk – gebeurd zou zijn als het bestuursorgaan niet onrechtmatig zou hebben gehandeld.

Alles afwegende denk ik dat de duidelijkheid die het afwijkende causaliteitscriterium van de Afdeling biedt de doorslag moet geven. Op deze manier worden veel bewijsproblemen voorkomen. Dit is ook in het voordeel van de benadeelde. Onduidelijkheid over de feitelijke situatie leidt meestal tot eindeloze procedures met een onzekere uitkomst. Daarbij komt dat in de praktijk het verschil tussen de beide criteria mijns inziens niet erg groot zal zijn. Deze redenen vormen naar mijn mening voldoende rechtvaardiging om bij besluiten-aansprakelijkheid op dit punt af te wijken van de causaliteitsleer, zoals die wordt toegepast bij feitelijke handelingen.

#### *De toerekeningsleer van artikel 6:98 BW*

Artikel 6:98 BW bepaalt het causaal verband nader. Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Dit wordt de toerekeningsleer genoemd en betreft een rechtsvraag. De wetgever hoopte dat de toerekeningsleer zou leiden tot rechterlijke uitspraken, waaruit uitdrukkelijk zou blijken op grond van welke argumenten de rechter daadwerkelijk tot zijn conclusie omtrent het causaal verband was gekomen. Dit dient te gebeuren aan de hand van objectieve vereisten. De wetgever heeft in artikel 6:98 BW de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade genoemd als factoren, die een rol spelen bij beantwoording van de toerekeningsvraag. Deze opsomming is niet limitatief. De toerekeningsleer gaat uit van een multi-factor benadering. Aan de hand van objectieve factoren, in onderlinge verhouding bezien, dient de rechter te beoordelen of voldaan is aan het vereiste van toerekening. In de praktijk spelen bij de invulling van het vereiste van redelijke toepassing de deelregels, die Brunner heeft afgeleid uit de jurisprudentie, een belangrijke rol.

De toepassing van artikel 6:98 BW door de bestuursrechter wijkt af van de toepassing ervan door de burgerlijke rechter. Het belangrijkste verschil is naar mijn mening dat de voorzienbaarheid van de schade voor de bestuursrechter geen enkele rol speelt, terwijl dit normaliter bij de burgerlijke rechter van doorslaggevend belang is bij de vraag of de schade redelijkerwijs aan de onrechtmatige daad kan worden toegerekend. De bestuursrechter wijst de schadeclaim regelmatig af, omdat de schade volgens hem is veroorzaakt door andere omstandigheden dan het onrechtmatige besluit. Dit leidt ertoe, dat in deze zaken geen causaal verband wordt aangenomen, terwijl de schade naar 'civiele' maatstaven in ieder geval niet in een te ver verwijderd verband staat tot de onrechtmatige daad.

De bestuursrechter zwijgt wederom over de reden voor deze strenge toepassing van artikel 6:98 BW. Deze wordt waarschijnlijk ingegeven door de

wens om te overheidsaansprakelijkheid binnen de perken te houden. De onderzochte uitspraken bevredigen echter naar mijn mening over het algemeen niet, omdat ze onvoldoende recht doen aan het feit dat het onrechtmatige besluit wel degelijk in meer of mindere mate de oorzaak van de schade is. De bestuursrechter heeft er blijkbaar moeite mee als de overheid hier voor alle schade zou opdraaien. In de betreffende uitspraken over besluitenaansprakelijkheid wordt de schade veroorzaakt doordat de burger handelt op basis van de onjuiste inhoud van het besluit. Deze 'extra' schakel tussen de onrechtmatige daad en de schade is in die zin kenmerkend voor dergelijke besluiten. In deze gevallen kan een genuanceerder resultaat worden verkregen met een gedeeltelijke aansprakelijkheid van de overheid. Voor het percentage van aansprakelijkheid kan de rechter aansluiten bij de mate waarin het onrechtmatige besluit al dan geen keuzevrijheid tot handelen dan wel nalaten laat. Deze benadering doet recht aan de samengestelde causaliteitsketen, waarvan in de betreffende zaken sprake is.

Verder spelen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie over de toepassing van artikel 6:98 BW bekende toerekeningsfactoren van Brunner nauwelijks een rol. Er is geen sprake van een multi-factor benadering. Dit vind ik een onwenselijke situatie. Het lijkt mij goed als de bestuursrechter in eerste instantie meer aansluiting zoekt bij de factoren van toerekening van Brunner. Op die manier plaatst hij de toepassing van de toerekeningsleer bij besluitenaansprakelijkheid in een bekend, bestendig en goed ontwikkeld stelsel. In de huidige jurisprudentie van de bestuursrechter lijkt de verwijderdheid tussen het onrechtmatige besluit en de schade een grote rol te spelen. Het zou verhelderend zijn om te weten waarom de bestuursrechter op dit punt afwijkt van de civiele rechter door de toerekening nauwer te nemen en welke betekenis (daarnaast) toekomt aan de voorzienbaarheid van de schade, omdat deze factor bij de toepassing van artikel 6:98 BW tussen private partijen een erg belangrijke aanwijzing is voor toerekening van de schade aan de onrechtmatige daad. Zonodig kan de bestuursrechter eigen toerekeningsfactoren ontwikkelen als de bijzondere positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht daar om vraagt. Op deze manier zullen uiteindelijk kenbare (deel)regels van causaliteit bij besluitenaansprakelijkheid ontstaan. Hierdoor zal de rechtszekerheid toenemen.

Een belangrijke reden voor het invoeren van artikel 6:98 BW was dat de rechter verplicht en ook in de gelegenheid is om zijn beslissing te motiveren met de werkelijke overwegingen die daaraan ten grondslag liggen. Bij toepassing van dit artikel kan daarom openlijk en kenbaar rekening worden gehouden met het feit dat het gaat om besluitenaansprakelijkheid en dus om aansprakelijkheid van de overheid. Dit maakt artikel 6:98 BW wat mij betreft bij uitstek geschikt om de bijzondere positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht uitdrukkelijk tot uiting te laten komen en hieraan betekenis toe te kennen als daar behoefte aan bestaat.

#### 7.1.4 Het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW

Op grond van artikel 6:163 BW bestaat geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Dit artikel brengt mee dat de vordering dient te worden afgewezen als (i) de geschonden norm niet strekt ter bescherming van de eiser, alsook (ii) wanneer de soort van de schade en (iii) de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van die bescherming vallen. De vraag van artikel 6:163 BW of de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade, waarvan vergoeding wordt gevorderd, dient volgens de Hoge Raad te worden beantwoord aan de hand van het doel en de strekking van de geschonden norm. In het concrete geval is het vaak niet eenvoudig om te bepalen of de schade binnen het beschermingsbereik van de geschonden norm valt. De wetgever was zich hiervan bewust en heeft daarom in de Parlementaire Geschiedenis van artikel 6:163 BW voorgesteld om terughoudend te zijn met het afwijzen van een vordering wegens het ontbreken van relativiteit. Het relativiteitsverweer dient niet gehonoreerd te worden bij twijfel of onduidelijkheid over het beschermingsbereik van de geschonden norm. Deze terughoudende toepassing van het relativiteitsvereiste was heel lang de norm. Bij schending van privaatrechtelijke normen is dit nog steeds het geval.

Bij schending van publiekrechtelijke normen door de overheid kiest de Hoge Raad in de arresten *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchteling* echter voor een minder terughoudende benadering. Hij wijst de tegen de overheid ingestelde vorderingen af, omdat niet zou zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste, terwijl dit oordeel naar mijn mening niet voor de hand ligt. De Hoge Raad stelt in deze arresten strengere eisen dan gebruikelijk aan de aanwezigheid van relativiteit. In het arrest *Duwbak Linda* concludeert hij dat relativiteit ontbreekt, omdat uit de betrokken regelgeving en de toelichting daarop *niet* kan worden afgeleid dat deze *mede strekken* tot bescherming van het individuele vermogensbelang van derden. In het arrest *Iraanse vluchteling* beperkt de Hoge Raad het beschermingsbereik van de geschonden norm tot het primaire doel daarvan. Normaliter komt bij de relativiteitsvraag niet alleen betekenis toe aan het doel, maar ook aan de bredere strekking van de geschonden norm. Door de beschreven strenge toepassing van het relativiteitsvereiste wordt een vordering tot vergoeding van vermogensschade dus eerder afgewezen wegens het ontbreken van relativiteit als het gaat om schending van publiekrechtelijke normen door de overheid. Waarschijnlijk speelt bij deze keuze het rechtspolitieke argument van beperking van overheidsaansprakelijkheid een belangrijke rol. De Hoge Raad lijkt de relativiteit dus in te zetten als instrument om een te verstrekkende overheidsaansprakelijkheid te voorkomen. Op de genoemde arresten is veel kritiek gekomen. Ik sluit bij hierbij aan.

Mijn kritiek ziet ten eerste op de wijze, waarop de Hoge Raad het relativiteitsvereiste in de besproken arresten inzet om vergoeding van vermogensschade te voorkomen. Dit leidt tot een ongewenste ontwikkeling van het

leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad. Ik licht dit toe. De wetsgeschiedenis van publiekrechtelijke regelingen besteedt zelden expliciet aandacht aan de schadevergoedingsvraag en de financiële belangen van individuele burgers, omdat het primaire doel van deze regelingen is de behartiging van een algemeen belang. Dit is anders bij schending van bepalingen met een financieel karakter. Door de aard van deze bepalingen heeft de wetgever in de toelichting daarbij eerder aandacht voor de vermogenspositie van burgers. Ook is het primaire doel van dergelijke bepalingen financieel van aard. De huidige toepassing van het relativiteitsvereiste leidt er dus toe dat de overheid wel aansprakelijk is als zij een financieel voorschrift schendt. Schendt de overheid daarentegen een publiekrechtelijke norm, die de veiligheid beoogt te beschermen, dan hebben zelfs direct betrokkenen geen recht op vergoeding van hun vermogensschade. Daarmee geeft de huidige jurisprudentie naar mijn mening een verkeerd signaal af.

Mijn tweede kritiekpunt betreft het feit dat het in de besproken arresten gaat om vermogensschade van benadeelden jegens wie de overheid onrechtmatig heeft gehandeld. Dit zijn de zogenoemde 'direct betrokkenen' bij de normschending. Het grootste bezwaar tegen de doorslaggevende rol van het primaire doel van de geschonden norm in dergelijke gevallen is dat het algemeen belang een prominente rol speelt bij de doelstelling van alle publiekrechtelijke regelingen, waardoor over het algemeen onvoldoende juridisch relevant verschil tussen het doel en de strekking daarvan bestaat om op grond van dit verschil te bepalen of recht op vergoeding van vermogensschade van direct betrokkenen bestaat. In dit opzicht is er een gebrek aan onderscheidend vermogen tussen de publiekrechtelijke normen. De keuzes, die de rechtspraak op grond hiervan maakt, zijn daarom volgens mij willekeurig en niet overtuigend.

Het criterium van het '*rechtstreekse economische gevolg*' dat het Hof van Justitie van de Europese Unie hanteert in het arrest *Jutta Leth/Oostenrijk*, is volgens mij breder inzetbaar en kan goed dienen als inspiratie bij het ontwikkelen van een meer voorspelbare beantwoording van de vraag of de door de overheid geschonden publiekrechtelijke norm kan leiden tot een vergoedingsplicht voor geleden vermogensschade als de wetsgeschiedenis daarover zwijgt. Toepassing van dit criterium brengt in ieder geval mee dat vergoeding van vermogensschade van direct betrokkenen in de meeste gevallen (weer) tot de mogelijkheden behoort.

#### 7.1.5 Toerekening

Het is vaste jurisprudentie dat met de vernietiging van een besluit, naast de onrechtmatigheid daarvan, in beginsel ook de toerekening van het onrechtmatige besluit aan de overheid is gegeven. Dit geldt ook als haar geen enkel verwijt treft. Deze toerekeningsregel is gebaseerd op de verkeersopvattingen van

artikel 6:162 lid 3 BW. De reden voor de strenge toerekening aan de overheid is dat de rechter het redelijker acht 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 'het spreidingsargument' genoemd. Ook het feit dat de geschonden wettelijke regeling niet van de burger afkomstig is, is volgens de rechter een reden om onrechtmatige besluiten aan de overheid toe te rekenen.

De literatuur is overwegend positief over de huidige jurisprudentie, maar er bestaan ook kritische geluiden. De belangrijkste inhoudelijke kritiek is dat het spreidingsargument de vergaande overheidsaansprakelijkheid moeilijk kan dragen. Ik deel dit standpunt.

De voor de overheid strenge toerekeningsjurisprudentie is inmiddels meer dan vijftig jaar oud. Verkeersopvattingen zijn intrinsiek veranderlijk. Recente jurisprudentie over de vereisten van causaal verband en relativiteit bij onrechtmatige overheidsdaad wijzen op een meer terughoudende overheidsaansprakelijkheid. Bovendien heeft ook artikel 6:162 lid 3 BW zich in de loop van de tijd ontwikkeld. Om deze redenen was volgens mij de tijd rijp om te onderzoeken of de huidige jurisprudentie over toerekening van onrechtmatige besluiten aan de overheid een *'update'* nodig had. Dit blijkt inderdaad het geval te zijn.

Bij de toerekening krachtens schuld in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW spelen de kennis, kunde en ervaring van de dader een doorslaggevende rol. Dit brengt mee dat bij onrechtmatig overheidshandelen meestal sprake is van schuld. De overheid heeft immers bij uitstek kennis, kunde en ervaring op de terreinen, waarop zij zich beweegt. Het lijkt mij goed om deze kennis te objectiveren, zodat geen belang toekomt aan de mate van kennis en ervaring in het concrete geval. Bestuursorganen horen naar mijn mening zonder meer deskundig te zijn op het gebied van de besluiten die zij nemen. Objectivering van schuld voorkomt ook veel lastige (bewijs)problemen in de schadevergoedingsprocedure over de vraag hoe deskundig het betreffende bestuursorgaan behoort te zijn. De door mij voorgestelde *'update'* zal in de praktijk dus geen grote veranderingen meebrengen. In de meeste gevallen kan het onrechtmatige besluit zoals gebruikelijk aan de overheid worden toegerekend, omdat sprake is van verwijtbaarheid. Dit lijkt mij gezien de positie van de overheid terecht. Hierin zou wat mij betreft ook 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.

Verwijtbaarheid is namelijk niet altijd aan de orde. De jurisprudentie kan zijn veranderd, nadat het bestuursorgaan het vernietigde besluit heeft genomen. Ook bij schending van het formele zorgvuldigheidsbeginsel is soms in mijn optiek geen sprake van verwijtbaarheid in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW. Dit geldt vooral in het milieurecht. De overheid verricht dan uitgebreid onderzoek naar de milieueffecten van een besluit en stelt milieurapporten op. Toch

mist de rechter soms bepaalde informatie en vernietigt op grond daarvan het besluit. Het is in een dergelijk geval naar mijn mening 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. De volgende vraag is of onrechtmatige besluiten, waarbij geen sprake is van verwijtbaarheid aan de overheid, haar op grond van de verkeersopvattingen kunnen worden toegerekend.

Bij de toerekening krachtens de verkeersopvattingen ex artikel 6:162 lid 3 BW spelen normaliter de aard van de gedraging en de hoedanigheid van de dader een rol. Bij de aard van de gedraging komt belang toe aan het profijtbeginsel. Het profijtbeginsel houdt in dat degene die van de onrechtmatige gedraging profiteert, daarvan tevens het risico dient te dragen. Naar mijn mening zou het profijtbeginsel ook van belang moeten zijn bij de toerekening krachtens verkeersopvattingen van onrechtmatige besluiten aan de overheid. De strenge toerekening aan de overheid kan 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 gemeenschap, ten behoeve van wie de handeling werd verricht. Dat overheids-handelen 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.

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. Onderscheid in de toerekening op grond van het profijtbeginsel brengt dus mee dat toerekening aan de overheid meer voor de hand ligt als (de inhoud van) het betreffende besluit voornamelijk het algemeen belang dient en minder naarmate dit in de eerste plaats een individuele burger ten goede komt. Bij 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. Bij besluiten, waarin het gaat om één op één (meestal) financiële verhoudingen tussen burger en overheid en waarbij geen derden belanghebbenden zijn betrokken, kan 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. Eerstgenoemde besluiten komen onmiskenbaar de gemeenschap ten goede en kunnen krachtens verkeersopvattingen aan de overheid worden toegerekend, ook als haar niets te verwijten valt. De tweede categorie komt voornamelijk de individuele burger ten goede. 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. Ingewikkelder wordt het als er derden bij het besluit zijn betrokken. 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 ontplooiën houdt immers steeds verband met het algemeen belang (bijv. natuur/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. 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. 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 hoedanigheid van overheid wijzen in die situatie immers op toerekening aan de overheid.

Uitgangspunt van dit promotieonderzoek is dat bij de toepassing van artikel 6:162 BW in het geval van een onrechtmatige overheidsdaad zoveel als mogelijk dient te worden aangesloten bij de gebruikelijke toepassing van dit artikel, terwijl tegelijkertijd oog blijft bestaan voor de publiekrechtelijke aspecten van overheidshandelen. Aansluiting bij de gebruikelijke toepassing van de toerekening krachtens verkeersopvattingen op grond van artikel 6:162 lid 3 BW 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 in de praktijk goed mogelijk. Door het profijtbeginsel bij onrechtmatige besluiten op de voorgestelde wijze een rol te laten spelen, krijgt het algemeen

belang bovendien een passende plaats bij de toepassing van artikel 6:163 BW. De tijdelijke en beperkte verhoging van de rechtsonzekerheid, die het gevolg is van de voorgestelde aanpassing van de huidige jurisprudentie, zal uiteindelijk de voorspelbaarheid van de uitspraken over de onrechtmatige overheidsdaad ten goede komen en is daarom gerechtvaardigd.

## 7.2 SLOTBESCHOUWING

### 7.2.1 De bijzondere positie van de overheid in het stelsel van artikel 6:162 BW

De aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige schending van publiekrecht wordt naar huidig recht gebaseerd op het privaatrechtelijke onrechtmatigedaadsartikel 6:162 BW. Dit is naar mijn mening geen bewuste, dan wel een voorlopige keuze van de wetgever geweest. De onrechtmatige overheidsdaad wordt hierdoor gegrond op een bepaling, die hier niet als vanzelfsprekend geschikt voor is. Deze situatie zorgt voor de nodige obstakels. Artikel 6:162 BW heeft, vanwege het privaatrechtelijke karakter daarvan, onvoldoende aandacht voor de bijzondere positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht. In de huidige rechtspraak is het antwoord op de vraag of de overheid in een concreet geval succesvol kan worden aangesproken wegens onrechtmatige daad onvoldoende voorspelbaar.

### 7.2.2 De bijzondere positie van de overheid in de huidige jurisprudentie: conclusie en eigen opvatting

Met betrekking tot de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening blijkt uit mijn onderzoek dat de toepassing van deze vereisten bij de onrechtmatige overheidsdaad afwijkt van de toepassing daarvan bij private partijen. Voor de gevonden afwijkingen bestaan verschillende redenen.

Het criterium dat de bestuursrechter hanteert voor het vaststellen van het feitelijke causaal verband bij besluitenaansprakelijkheid wijkt af van het gebruikelijke *condicio sine qua non* vereiste. Het verschil kan worden gerechtvaardigd door de afwijkende feitelijke situatie bij besluiten op dit punt: het is nu eenmaal vaak erg lastig om te achterhalen welk besluit daadwerkelijk zou zijn genomen indien de onrechtmatigheid wordt weggedacht als er meerdere rechtmatige opties bestaan.

De bestuursrechter, met name de Centrale Raad van Beroep, neemt de juridische causaliteit van artikel 6:98 BW nauwer dan de burgerlijke rechter. Hij wijst zeer regelmatig schadevorderingen af, terwijl de schade naar 'civiele' maatstaven niet te ver verwijderd is van het onrechtmatige besluit. Het gebruikelijke toerekeningsvereiste dat de schade voor de overheid voorzienbaar was, speelt voor de bestuursrechter geen kenbare rol. Hij lijkt te vrezen voor een

te omvangrijke overheidsaansprakelijkheid als de overheid dergelijke schade zou moeten vergoeden. Kenmerkend voor de betreffende jurisprudentie is dat het steeds gaat om een samengestelde causaliteitsketen. De burger lijdt immers schade, omdat hij, dan wel een andere burger heeft gehandeld op basis van een onrechtmatig besluit. Volgens de bestuursrechter wordt de schade in die gevallen niet veroorzaakt door het onrechtmatige besluit, maar door het handelen van de burger. Dit is naar mijn mening echter niet steeds een voldoende rechtvaardiging voor het verschil met private partijen, omdat het onrechtmatige overheidshandelen aan de oorsprong ligt van de schadeveroorzakende situatie. Zeker als het onrechtmatige besluit verplicht tot handelen of nauwelijks ruimte geeft om anders te handelen, bijvoorbeeld als afwijken van het besluit juridische consequenties zou hebben, moet de schade van de burger naar mijn mening toegerekend worden aan dit besluit. In andere situaties zou een gedeeltelijke aansprakelijkheid van de overheid uitkomst kunnen bieden.

Bij de toepassing van het relativiteitsvereiste stelt de Hoge Raad bij schending van publiekrechtelijke normen door de overheid strengere eisen aan de aanwezigheid van relativiteit dan bij schending van privaatrechtelijke normen door private partijen. In het arrest *Duwbak Linda* gaat hij er vanuit dat relativiteit ontbreekt als uit de geschonden regelgeving en de toelichting daarop niet kan worden afgeleid dat deze mede strekken tot bescherming tegen de geleden schade. In de uitspraak *Iraanse vluchtelingen* kijkt de Hoge Raad slechts naar het primaire doel van de geschonden wettelijke regel en laat hij de bredere strekking, die juist voor relativiteit pleit, buiten beschouwing. Beiden arresten wijken af van de gebruikelijke, door de wetgever voorgeschreven terughoudendheid bij het afwijzen van een vordering wegens het ontbreken van relativiteit. De bestuursrechter heeft de opvatting van de Hoge Raad gevolgd wat betreft het beschermingsbereik van het recht op een verblijfsvergunning. Voor het overige geeft de bestuursrechtelijke rechtspraak geen blijk van een beperkte visie op het doel en de strekking van publiekrechtelijke normen. Een reden voor de beschreven afwijking met private partijen geeft de Hoge Raad niet. Waarschijnlijk ligt ook hier de vrees voor een te grote aansprakelijkheidslast voor de overheid ten grondslag aan de betreffende jurisprudentie. Deze rechtspraak leidt naar mijn mening echter tot een onwenselijke ontwikkeling van de onrechtmatige overheidsdaad, omdat hierdoor de aansprakelijkheidsdrempel voor vergoeding van zaak- en vermogensschade het laagst is als de overheid een voorschrift schendt, dat de financiële belangen van burgers beschermt, en hoger wordt naarmate de (algemene) veiligheid meer in het geding is. Om deze reden stel ik voor om, als de wetsgeschiedenis daarover zwijgt, het criterium van het '*rechtstreekse economische gevolg*' te hanteren bij beantwoording van de vraag of de geleden vermogensschade valt binnen het beschermingsbereik van de door de overheid geschonden publiekrechtelijke norm. Dit criterium koppelt de vraag of de door de overheid geschonden publiekrechtelijke bepaling kan leiden tot een vergoedingsplicht los van het (primaire)

doel van betreffende bepaling. Hierdoor worden de beschreven problemen bij de toepassing van het relativiteitsvereiste voorkomen. Het beschreven criterium kan daarom naar mijn mening goed dienen ter inspiratie bij de toepassing van artikel 6:163 BW. Overigens kan het relativiteitsvereiste bij overheidsaansprakelijkheid, net zoals bij de aansprakelijkheid van private partijen, wel goed dienen om partijen, van wie buiten kijf staat dat zij buiten het beschermingsbereik van de geschonden norm vallen, buiten de procedure te houden.

Ten slotte is de vaste jurisprudentie, dat met de vernietiging van het besluit ook de toerekening daarvan aan de overheid is gegeven, juist strenger dan gebruikelijk. Deze strenge toerekening aan de overheid kan worden verklaard door het feit dat de overheid handelt in het algemeen belang. Door het onrechtmatige besluit aan de overheid toe te rekenen, wordt de schade immers gedragen door de partij ten behoeve van wie de handeling werd verricht, namelijk de gemeenschap. Het lijkt mij wenselijk om in het geval van besluiten aansprakelijkheid aan te sluiten bij de gebruikelijke toepassing van dit vereiste. In de praktijk zorgt dit niet voor grote veranderingen. Meestal kan het onrechtmatige besluit wegens schuld aan de overheid worden toegerekend. In de gevallen, waarin de overheid geen verwijt treft, dient het profijtbeginsel een rol te spelen bij de vraag of toerekening krachtens verkeersopvattingen aan de orde is. De schade wordt dan door de gemeenschap gedragen als het onrechtmatige besluit daadwerkelijk is genomen ten behoeve van het algemeen belang. De voorgestelde aanpassing doet dus meer recht aan de ratio achter de strenge toerekeningsjurisprudentie. Ook denk ik dat de neiging vermindert om de strenge jurisprudentie over het toerekeningsvereiste te compenseren door oneigenlijk aansprakelijkheidsbeperkend gebruik van de vereisten van causaal verband en relativiteit als de overheid geen verwijt treft van haar onrechtmatig handelen. Het systeem van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige overheidsdaad komt hierdoor meer in evenwicht en verbetert in zijn geheel.

Samengevat wijkt de toepassing van de onderzochte vereisten bij de onrechtmatige overheidsdaad dus om verschillende redenen af van de toepassing ervan bij private partijen. Feitelijke verschillen spelen een rol bij het vaststellen van een *condicio sine qua non* verband. Het relativiteitsvereiste en de toerekeningsleer van artikel 6:98 BW worden strenger toegepast om de overheidsaansprakelijkheid binnen de perken te houden. Ook het algemeen belang speelt een rol bij de afwijkende jurisprudentie. Bij het relativiteitsvereiste zorgt de primaire doelstelling van behartiging van het algemeen belang van publiekrechtelijke regelingen ervoor dat de overheid de relativiteitsdans vaker lijkt te ontspringen dan private partijen. Met betrekking tot de toerekening van de onrechtmatige daad aan de dader is het feit dat de overheid handelt in het algemeen belang juist een reden voor een strenge overheidsaansprakelijkheid. De gevonden afwijkingen doen zich vooral voor bij aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten.

### 7.2.3 Voorstellen voor verbetering

Ik zie twee mogelijkheden om de voorspelbaarheid, consistentie en logische ontwikkeling van de rechtspraak over de onrechtmatige overheidsdaad te verbeteren.

Ten eerste raad ik de rechter aan om meer openheid te betrachten over de rol die de bijzondere positie van de overheid speelt bij de invulling en toepassing van de aansprakelijkheidsvereisten van artikel 6:162 BW. De wetgever heeft het immers aan de rechtspraak overgelaten om de bijzondere positie van de overheid bij aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad vorm te geven, waardoor rechtspolitieke en/of rechtsvormende uitspraken onvermijdelijk zijn. Door de huidige rechtspraak bekruipt mij echter vaak het gevoel dat de rechter deze bijzondere positie probeert te ontkennen door krampachtig te doen alsof hij aansluit bij de gebruikelijke toepassing van de aansprakelijkheidsvereisten uit onrechtmatige daad, terwijl dit in werkelijkheid niet het geval is. Dit leidt tot uitspraken, die niet kunnen overtuigen, omdat de motivering daarvan de beslissing niet kan dragen. Dat is ook geen wonder. Het is alsof de rechter het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad in de mal van de 'gewone' onrechtmatige daad probeert te persen. Het lijkt mij goed als de rechter in zijn uitspraak kenbaar maakt welke invloed het feit dat het gaat om overheidshandelen heeft op zijn oordeel. Dit zal de overtuigingskracht van de rechtspraak over de onrechtmatige overheidsdaad ten goede komen.

Mijn tweede aanbeveling gaat over de wijze, waarop de publiekrechtelijke aspecten van de onrechtmatige overheidsdaad een plaats dienen te krijgen bij de toepassing van artikel 6:162 BW. De afwijkingen dienen te passen in de wettelijke systematiek. Mijn voorkeur gaat uit naar een toepassing van artikel 6:162 BW bij onrechtmatige overheidsdaad, waarin zoveel als mogelijk wordt aangesloten bij de gebruikelijke toepassing van artikel 6:162 BW, terwijl op bekende en geschikte wijze door de rechter openlijk rekening wordt gehouden met de bijzondere positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht. Volgens mij is dit de beste mogelijkheid om een meer consistente en logische ontwikkeling van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad te realiseren. Het gaat erom welke vereisten in het systeem van artikel 6:162 BW geschikt zijn om de bijzondere positie van de overheid bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad tot uiting te laten komen. Deze vereisten kunnen worden ingezet om de omvang van de overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad op een voorspelbare wijze af te bakenen. In dit kader doe ik een paar aanbevelingen.

De leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW is naar mijn mening bij uitstek het instrument om bijzondere aspecten van overheidshandelen een plaats te geven. Het doel is om kenbare (deel)regels van causaliteit bij overheidshandelen te creëren. De bijzondere positie van de overheid kan daarbij openlijk een rol spelen. De omvang van de overheidsaansprakelijkheid bij onrechtmatige daad kan op deze plek op voorspelbare wijze worden geregu-

leerd, terwijl de wettelijke systematiek van artikel 6:162 BW niet wordt aangetaast. In de huidige jurisprudentie van de bestuursrechter lijkt de verwijderdheid tussen het onrechtmatige besluit en de schade een grote rol te spelen. Meer duidelijkheid over deze toerekeningsfactor bij besluiten aansprakelijkheid is gewenst. Daarnaast zou het verhelderend zijn om te weten welke betekenis toekomt aan de voorzienbaarheid van de schade, omdat deze factor bij de toepassing van artikel 6:98 BW tussen private partijen een erg belangrijke aanwijzing is voor toerekening.

Vanwege de prominente rol van de behartiging van het algemeen belang bij de doelstelling van publiekrecht is het relativiteitsvereiste naar mijn mening minder geschikt om de omvang van de overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad op een voorspelbare wijze af te bakenen. Een te actieve rol van het relativiteitsvereiste bij de bepaling van de omvang van de overheidsaansprakelijkheid leidt daarom tot willekeurige en weinig overtuigende beslissingen, vooral als het gaat om burgers jegens wie de overheid wel onrechtmatig heeft gehandeld. Een ruime doelstelling van publiekrechtelijke normen is dan ook wenselijk.

Het toerekeningsvereiste van de onrechtmatige daad aan de dader kan een beperkte rol spelen bij de afbakening van de omvang van de overheidsaansprakelijkheid bij onrechtmatige daad. In dit kader rechtvaardigt de bijzondere positie van de overheid een ruime toerekening. Alleen als de overheid geen verwijt kan worden gemaakt van een onrechtmatig besluit dat voornamelijk het belang van een individuele burger dient, zou toerekening krachtens verkeersopvattingen niet aan de orde moeten zijn, omdat de redenen voor de strenge toerekening dan wegvalt.

Bijkomend voordeel van dit voorstel voor een actieve rol van het causaliteitsvereiste en een terughoudende toepassing van het relativiteitsvereiste bij de afbakening van de omvang van de nationale overheidsaansprakelijkheid is dat deze aansluit bij de benadering door het Hof van Justitie van de Europese Unie. Ook de Europese overheidsaansprakelijkheid wegens schending van Unierecht gaat immers uit van een ruime doelstelling van publiekrechtelijke normen en een streng causaliteitsvereiste. Op de voorgestelde wijze worden ontoelaatbare en ongewenste verschillen tussen beide systemen van overheidsaansprakelijkheid voorkomen.

In de betreffende hoofdstukken heb ik de voorstellen ter verbetering van de voorspelbaarheid, consistentie en logische ontwikkeling van de rechtspraak over de onrechtmatige overheidsdaad steeds zo concreet gemaakt als mogelijk en nuttig is. De praktische toepassing daarvan dient handen en voeten te krijgen in de rechtspraak, omdat alleen de rechter rekening kan houden met alle relevante omstandigheden van het geval. Een nadere theoretische invulling is op dit moment noch mogelijk, noch wenselijk en zou oppervlakkig en willekeurig zijn. Een dergelijke invulling zou bovendien een zekerheid suggereren die in werkelijkheid niet bestaat.

#### 7.2.4 Een aparte wettelijke regeling voor de onrechtmatige overheidsdaad?

Uit het tweede hoofdstuk blijkt dat er de eerste helft van de vorige eeuw eensgezindheid bestond over de wenselijkheid van een aparte wettelijke regeling voor de onrechtmatige overheidsdaad wegens schending van publiekrechtelijke normen. Toch is het er nooit van gekomen. Rond 1950 wees de Minister van Justitie erop, dat nog geen algemeen als aanvaardbaar erkende formule voor de onrechtmatige overheidsdaad bestond en dat de jurisprudentie zijns inziens niet voldoende was afgesloten voor codificatie. De laatste decennia heeft de wetgever niet meer zichtbaar nagedacht over (de wenselijkheid van) een aparte wettelijke regeling voor de onrechtmatige overheidsdaad. In plaats daarvan verlegde de discussie zich naar de bijzondere positie van de overheid binnen het kader van de civiele vereisten voor aansprakelijkheid bij onrechtmatige daad.

Dit onderzoek kan niet bevredigend worden afgesloten zonder dat in ieder geval de vraag wordt opgeworpen hoe de zaken er nu voorstaan: is een aparte wettelijke regeling voor de onrechtmatige overheidsdaad gewenst? Zo ja, is de huidige stand van de jurisprudentie nu wel voldoende uitgekristalliseerd voor codificatie?

Het antwoord op deze vragen moet ik echter schuldig blijven. Uit dit onderzoek blijkt niet of een aparte wettelijke regeling voor de onrechtmatige overheidsdaad beter zou zijn dan de huidige vereisten van artikel 6:162 BW. Overigens is de kans zeer klein dat de wetgever binnen afzienbare tijd zal besluiten tot codificatie van de materiële vereisten voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige overheidsdaad. Het blijft een weerbarstig en politiek gevoelig onderwerp. Het is veelzeggend dat in de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten de materiële onrechtmatige overheidsdaad als enige onderwerp van overheidsaansprakelijkheid buiten beschouwing is gebleven.

Mocht het ooit tot codificatie van het onderwerp komen, dan bevat dit onderzoek nuttige suggesties. Uit het onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat de verwijderdheid tussen de schade en de onrechtmatige daad in de huidige rechtspraak een onderscheidende rol speelt bij de afbakening van de omvang van overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige besluiten. Ook kan bij een eventuele codificatie de kennis van pas komen dat de doelstellingen van publiekrechtelijke normen onvoldoende juridisch relevant onderscheid hebben om op grond van dit verschil de aansprakelijkheidsvraag bevredigend te kunnen beantwoorden.

