



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland

Roosmalen, H.J.T.M. van

Citation

Roosmalen, H. J. T. M. van. (2007, January 11). *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*. Meijers-reeks. Sdu Uitgevers, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/8768>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/8768>

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

11 | Algemene lijnen

11.1 INLEIDING

Algemene lijnen van Nederlands overheidsaansprakelijkheidsrecht zijn noodgedwongen algemener dan de Engelse. Voor een belangrijk deel komt de rechtspraak over overheidsaansprakelijkheid tot stand binnen een wettelijk kader – in ieder geval alle jurisprudentie van de civiele rechter. Dit wettelijk kader is titel 6.3 BW, dat het volgende opschrift draagt: ‘de onrechtmatige daad’. De bestuursrechter heeft in zaken over schadevergoeding door appellaabele besluiten materieel de vrijheid – vrijheid die hij aanwendt door voor een belangrijk deel aan te knopen bij de door de civiele rechter gevormde rechtspraak over de onrechtmatige daad.

Engels recht is nog actiënrecht, het Nederlandse recht is dat niet. In het Engelse recht zijn er primair *torts*, in het Nederlandse recht is er vooreerst de onrechtmatige daad. De moderne onrechtmatige daad, met onrechtmatigheid en toerekenbaarheid als primaire bestanddelen, houdt het midden tussen de twee op Franse leest geschoeide zeer algemene bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek 1838 enerzijds¹ en het Engelse recht met zijn verschillende acties anderzijds.² Het is dat de bestuursrechter niet vast zit in een wettelijk systeem waarbinnen voor aansprakelijkheid buiten de onrechtmatige daad geen plaats is, want anders was er formeel zelfs maar één ‘actie’. Een Engels handboek zegt over het Nederlandse NBW 1992:

“(...) it is instructive to look at Article 6.3.1.1.³ (...) There are some other substantive articles (...) and provisions on ancillary matters like vicarious liability, but 6.3.1.1 is the source, for Dutch purposes, of at least fifty per cent of the matter dealt with in this book.”⁴

Het heeft gelijk dat de onrechtmatige daad vele aansprakelijkheden omvat die in het Engelse recht *torts* zijn. De verleiding zou kunnen bestaan eenvoudig te stellen dat het *law of negligence* zo belangrijk is voor het Engelse aansprake-

1 Zie § 5.5.

2 Zie ook Van Gerven, Lever & Larouche 2000, p. 73-74.

3 Artikel 6:162 BW.

4 Winfield & Jolowicz/Rogers 2002, p. 44-45.

lijkheidsrecht (en de zorgvuldigheidsnorm voor het Nederlandse recht⁵) dat het verschil er niet zoveel toe doet. Maar dan wil ik in herinnering brengen dat de conclusies van de hoofdstukken 8 en 9 luiden dat men er bij overheidsaansprakelijkheid met *negligence* alléén niet komt.

Een grove schets van het Nederlandse *materiële* overheidsaansprakelijkheidsrecht laat twee hoofdlijnen zien. Ten eerste is er de onrechtmatige daad met inbegrip van schending van EVRM-rechten en van gemeenschapsrecht. Daaraan verwant is een aantal wettelijke aansprakelijkheden. Deze lijn loopt door zowel de rechtspraak van de civiele rechter als van bestuursrechter. Ten tweede kan men een lijn trekken en die noemen ‘schade bij een op zichzelf rechtmatige daad’. De lijn voert langs de bijzondere wet en trekt een spoor door de rechtspraak van de bestuursrechters. Deze lijn loopt voor een deel gelijk met de rechtspraak van de civiele rechter: voorzover de civiele rechter oordeelt over een schadeplicht bij een op zichzelf rechtmatige daad heeft deze beoordeling formeel plaats in het kader van een actie uit onrechtmatige daad. De hier gemaakte grove schets heeft geleid tot de volgende hoofdstukindeling. Paragraaf 11.2 is getiteld ‘de onrechtmatige daad’ en paragraaf 11.3 ‘schade bij een op zichzelf rechtmatige daad’.

11.2 DE ONRECHTMATIGE DAAD

Niet alleen de civiele rechter maar ook de bestuursrechters passen het onrechtmatige daadsrecht toe.⁶ Dit is conform de wens die de regering bij de totstandkoming van de Awb heeft uitgesproken. Blijkens de Memorie van Toelichting werd met de Awb geen wijziging van het geldende materiële schadevergoedingsrecht beoogd. In de Memorie van Antwoord heeft de regering dit standpunt herhaald. In de bekende *Van Vlodrop*-uitspraak heeft de Afdeling bestuursrechtspraak overwogen dat het algemeen rechtsbeginsel ‘volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden’ niet alleen tot uiting komt in artikel 6:162 BW, maar ook in artikel 8:73 Awb.⁷ Daarmee is echter niet gezegd dat bestuursrechters aan het onrechtmatige daadsrecht over de gehele breedte ook eenzelfde toepassing geven.⁸ Bij gebreke van een instantie die uniforme toepassing van het recht garandeert, heeft de rechtswetenschap een belangrijke taak bij het signaleren van uiteenlopende

5 Zie nader § 11.2.1.

6 Nota bene. Bij de civiele rechter kan men terecht ter verkrijging van meerdere rechtsvorderingen, terwijl men bestuursrechters alleen kan verzoeken om schadevergoeding. Zie verder hoofdstuk 10.

7 Bij de bestuursrechter kan men schadevergoeding verkrijgen uit onrechtmatige daad langs de weg van artikel 8:73 Awb en onder voorwaarden door een schadebesluit uit te lokken. Zie verder hoofdstuk 10.

8 Wat betreft de Centrale Raad van Beroep, zie Van Ettekoven & Schueler 2003.

opvattingen. Interne rechtsvergelijking is noodzaak in een stelsel als het Nederlandse.

11.2.1 Titel 6.3 BW

De onrechtmatige daad heeft de wetgever geregeld in titel 3 van boek 6 BW. De eerste afdeling bevat algemene bepalingen betreffende de onrechtmatige daad. De tweede gaat over aansprakelijkheid voor personen en zaken en is met name interessant in het kader van overheidsaansprakelijkheid voor daden van ambtenaren en wegbeheer. De derde heeft als opschrift 'produktaansprakelijkheid' en blijft in deze studie verder buiten beschouwing. Verreweg de meeste zaken over overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vallen onder de eerste afdeling.

De belangrijkste elementen van de onrechtmatige daad vindt men terug in de artikelen 6:162 en 6:163 BW.

Artikel 6:162, eerste lid, BW: Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.

Artikel 6:162, tweede lid, BW: Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

Artikel 6:162, derde lid, BW: 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.

Artikel 6:163 BW: Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.

De wettekst is in hoge mate een codificatie van de door de Hoge Raad gevormde jurisprudentie over het BW 1838.⁹ Aansprakelijkheid volgens afdeling 6.3.1 berust op een onrechtmatige daad die de dader is toe te rekenen vanwege schuld, de wet of verkeersopvattingen. Schuld betekent verwijtbaarheid. Het is een ruime categorie. Van verkeersopvattingen kan men zich voorstellen dat dit een ruime categorie is. Toch schijnt de wetgever niet deze bedoeling te hebben gehad. Bij toerekening krachtens de wet kán men denken aan de aansprakelijkheden in de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 BW. De wetgever heeft echter

⁹ Zie § 5.5.

een beperkte betekenis aan deze categorie willen geven. Een voorbeeld van toerekening op grond van de wet is aansprakelijkheid van ouders voor onrechtmatige daden begaan door hun kinderen. Dit artikel vindt men eveneens terug in afdeling 6.3.1.

Voor wie de wil van de wetgever tot leidraad neemt, ligt het niet voor de hand de term risicoaansprakelijkheid te gebruiken in verband met aansprakelijkheid op grond van afdeling 6.3.1. Het zou wel kunnen, indien men onder risicoaansprakelijkheid wil verstaan alle aansprakelijkheid buiten schuld. Het begrip ‘risicoaansprakelijkheid’ heeft de wetgever evenmin gelanceerd in de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3. Er lijkt echter weinig op tegen te zijn de daarin genoemde aansprakelijkheden als risicoaansprakelijkheden te bestempelen. Toerekening is daar immers geen kwestie. Sommigen zeggen: onrechtmatigheid evenmin. In afdeling 6.3.2 gaat het veeleer om fouten van anderen (risico) in tegenstelling tot aansprakelijkheid voor eigen gedrag (schuld plus enige bijzondere toerekeningsfactoren) die is geregeld in afdeling 6.3.1.¹⁰

Men kan risicoaansprakelijkheid definiëren als aansprakelijkheid buiten schuld (eng) of als aansprakelijkheid zonder dat er sprake is van verwijtbare onrechtmatigheid.¹¹ Ook is het mogelijk deze term te reserveren voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad buiten toerekening (ruim) op grond van de wet. Volgens Hartkamp hangen risicoaansprakelijkheden nauw samen met het leerstuk van de onrechtmatige daad, maar berusten ze niet op schuld in de zin van verwijtbaarheid. Onrechtmatigheid is vereist, behalve bij artikel 6:165 BW. Over aansprakelijkheid uit rechtmatige daad stelt hij dat het daarbij gaat om een ‘princiepelijk andere materie’, die niet mede onder het begrip risicoaansprakelijkheid is samen te vatten.¹²

De wetgever heeft onrechtmatigheid en toerekenbaarheid afzonderlijk genoemd in het eerste lid van artikel 6:162 BW en aan ieder element een artikellid gewijd. Daaruit kan men afleiden dat de wetgever heeft bedoeld dat het om twee zelfstandige vereisten gaat. Niettemin zijn er schrijvers die dit onderscheid niet zwaar opnemen.

‘Schuld’ is een begrip dat in meerdere betekenissen wordt gebruikt: als synoniem van verwijtbaarheid, van onachtzaamheid (indien geplaatst tegenover opzet) en van onrechtmatige daad.¹³ Voorheen werd al verschillend gedacht over de verhouding tussen de elementen ‘onrechtmatigheid en schuld’. Het BW 1838 kende alleen het schuldbegrip, dat in de rechtspraak werd opgerekt en uiteindelijk is vervangen door het toerekeningbegrip in het NBW 1992. Onder het oude recht meenden sommige schrijvers dat voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou volstaan

¹⁰ Hijma & Olthof 2005, p. 271.

¹¹ G.E. van Maanen in: *Spier e.a.* 2003, p. 6-7.

¹² Asser/Hartkamp 2002 (4-III), p. 20.

¹³ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), p. 82.

dat een gedraging in strijd was met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid. Schuld zou een geheel geobjectiveerd begrip zijn – de norm der dingen was immers de handelswijze van een ‘normaal verstandig’ persoon – dat samenviel met onrechtmatigheid. J. Drion heeft zich tegen deze stellingen gekeerd en met hem vele van zijn tijdgenoten die allen wel hechtten aan het onderscheid tussen onrechtmatigheid en schuld en schuld beschouwden als een subjectief begrip.¹⁴

Ook in de huidige tijd worden vraagtekens geplaatst bij toerekenbaarheid als zelfstandig vereiste. Bovendien is de aantrekkingskracht van de zorgvuldigheidsnorm als overkoepelende constructie nog altijd voelbaar. Van Dam bijvoorbeeld onderkent haar. In een rechtsvergelijkende studie over aansprakelijkheidsrecht vat hij de bovengenoemde discussie als volgt samen: onrechtmatigheid en toerekenbaarheid zijn te onderscheiden, maar niet te scheiden. Het onderscheid is daarom zijns inziens weliswaar nuttig om te handhaven, maar onrechtmatigheid en toerekenbaarheid zijn uiteindelijk twee aspecten van de schending van de zorgvuldigheidsnorm die dienst doet als overkoepelend begrip.¹⁵ Hartkamp daarentegen weerspreekt dat het schuldvereiste opgaat in het onrechtmatigheidsvereiste en gaat uit van een subjectief schuldbegrip.¹⁶

Ik roer deze discussie aan, omdat het voor een rechtsvergelijkende studie van belang kan zijn hoe men tegen deze kwestie aankijkt. Duidelijk zal zijn dat rechtsvergelijking een aanmerkelijk minder zware oefening is wanneer men de vereisten onrechtmatigheid en toerekenbaarheid samen neemt (en dit ook doet met het buitenlandse recht). Een verlichting kan het ook zijn niet na te hoeven denken over de vraag of onzorgvuldigheid nu een rol speelt bij de bepaling van onrechtmatigheid of toerekenbaarheid. Deze studie volgt de onderscheiding die de wetgever heeft aangebracht. Het hoogste rechtscollege in civiele zaken heeft de letter van de wet niet doodverklaard. Zonder het onderscheid wordt ook niet verder duidelijk waarom overheidsaansprakelijkheid in een concreet geval al dan niet verder moet worden uitgebreid.

Onderscheid heeft de wetgever ook gemaakt tussen verschillende onrechtmatigheden onderling. Dit zijn er drie in getal. De derde categorie – schending van de maatschappelijke zorgvuldigheid – heeft een hoge vlucht genomen. Een daad die onrechtmatig is onder één van de andere categorieën, kan men ook zien als een daad die onzorgvuldig is in het maatschappelijk verkeer. Er kunnen evenwel acties zijn die uitsluitend worden gebracht als strijd met een wettelijke plicht of inbreuk op een recht.

De categorieën van onrechtmatigheid uit artikel 6:162, tweede lid, BW dragen namen die vertaald in het Engels doen denken aan de benamingen van uit hoofdstuk 8 en 9 bekende *torts*.

14 J. Drion 1947.

15 Van Dam 2000, p. 167-168.

16 Asser/Hartkamp 2002 (4-III), p. 85-87.

Het tweede lid van artikel 6:162 BW bepaalt bijvoorbeeld dat schending van een wettelijke plicht onrechtmatig is. Deze categorie van onrechtmatigheid valt echter niet samen met een *breach of statutory duty*. 'Onrechtmatigheid' is immers slechts een onderdeel van de onrechtmatige daad, terwijl *breach of statutory duty* een *tort* is, dat wil zeggen de optelsom van alle constitutieve vereisten samen. Het Engelse woord *negligence* heeft onder andere de betekenis van 'onachtzaamheid', maar is ook de naam van een *tort*, die men liever niet vertaalt met 'onzorgvuldigheid' omdat enkel onzorgvuldig handelen niet volstaat voor de vestiging van aansprakelijkheid. Een eerste vereiste is een *duty of care*. De categorieën van onrechtmatigheid zijn criteria voor onrechtmatigheid.

Ze zijn niet van dezelfde snit als de *torts* in het Engelse recht. Het beste kan men zeggen: ze zijn verwant, maar niet identiek.

Het Nederlandse recht verbindt geen harde consequenties aan het onderscheid tussen de categorieën van onrechtmatigheid. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur bijvoorbeeld, zijn slechts ten dele in de Awb of elders gecodificeerd. Het lijkt niet echt uit te maken of zij onrechtmatigheid kleuren als schending van een wettelijke plicht of van de ongeschreven zorgvuldighedsnorm. In beginsel geldt het gewone onrechtmatige daadsrecht ook voor de overheid. Het BW 1992 bevat geen bijzondere bepalingen voor gevallen waarin een overheid uit onrechtmatige daad aansprakelijk wordt gesteld. Een wettelijk geregeld publiekrechtelijk onrechtmatige daadsrecht ontbreekt weliswaar, maar er gelden wel bijzonderheden voor acties tegen de overheid. Zoals een specifieke hoedanigheid van een particulier (bijvoorbeeld een arts) bepalend is voor de wijze waarop de rechter in een concreet geval het recht toepast, geldt dit ook voor de overheid die nu eenmaal bepaalde taken vervult die andere rechtssubjecten niet hebben. Algemeen wordt aangenomen dat het om een apart leerstuk gaat, dat afzonderlijke bespreking verdient in boeken over het aansprakelijkheidsrecht en dat als een apart vak aan faculteiten wordt gedoceerd.

11.2.2 Besluiten

De civiele rechter die zelfstandig oordeelt over de rechtmatigheid van niet-appellabele besluiten, zoals algemeen verbindende voorschriften, neemt bij regelgeving die in strijd is met een hogere wet aan dat de onrechtmatigheid van de betreffende bepalingen vast staat en dat schuld in beginsel is gegeven. Een bestuursrechterlijk oordeel dat een beschikking of een ander appellabel besluit gebrekkig is, resulteert eveneens in een toerekenbare onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW, zelfs al was het bestuursorgaan dat het besluit nam te goeder trouw:

"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. Niet uitgesloten is dat hierop onder bijzondere omstandigheden een uitzondering moet worden gemaakt, ook dan wanneer het niet gaat om een vernietiging wegens strijd met de wet.”¹⁷

Dit is vaste rechtspraak van de Hoge Raad en ook (bij appellabele besluiten) van de bestuursrechters.¹⁸ Het betreft schuldaansprakelijkheid, maar wel van een bijzonder soort – schuld die in beginsel is gegeven. Deze aansprakelijkheid wordt bij gebrek aan een wettelijke grond niet als risicoaansprakelijkheid beschouwd in de zin van titel 6.3 BW.¹⁹

In een wat ouder arrest had de Hoge Raad geoordeeld dat een gemeente bij een aanzegging tot bestuursdwang (toen nog politiedwang geheten) zich ervan bewust had moeten zijn dat zij afweek van de opvattingen van een bestuursrechter en dat zij daarmee het risico had genomen dat haar beschikking zou worden vernietigd.²⁰ Nadien is vast komen te staan dat schuld ook is gegeven wanneer de juiste betekenis van de betreffende regeling met onzekerheid is omgeven²¹ of in het geval de juiste rechtsopvatting ten tijde van het nemen van de beschikking voor de overheid onvoorzienbaar was.²² De overheid zal zich niet met succes kunnen beroepen op dwaling.

In het *Van Gog*-arrest geeft de Hoge Raad drie redenen voor deze lijn in de rechtspraak: het voorkomen dat partijen opnieuw moeten strijden over een punt waarover reeds is beslist in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, dat de civiele rechter over vragen waarover ook de bestuursrechter oordeelt tot een ander oordeel komt en dat de civiele rechter oordeelt over vragen die typisch tot het werkterrein van de bestuursrechter behoren. Het tweede en derde punt hebben geen betekenis voor het geval de bestuursrechter oordeelt over het schadeaspect. Kennelijk vindt de bestuursrechter het redelijk en te billijken dat de burger geen schuld aan de zijde van de overheid hoeft te bewijzen. Constitutionele gevoeligheden komen immers bij de beoordeling van de gebrekkigheid van een besluit aan de orde.²³ Waarschijnlijk vindt ook

17 HR 31 mei 1991, *AB* 1992, 290 m.nt. FHvdB, *NJ* 1993, 112 m.nt. CJHB (concl. A-G Koopmans; Van Gog/Nederweert).

18 Zie onder meer HR 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252 m.nt. MS (concl. A-G Van Soest; Staat/Grosheide & De Kort; Papierfabrieken Van Gelder); HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 m.nt. CJHB (concl. A-G Koopmans; Van Gog/Nederweert); HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113 m.nt. CJHB (concl. A-G Koopmans; BV/Boulogne); HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 150 m.nt. CJHB (concl. A-G Koopmans; Staat/NBC); ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 54 m.nt. dG (raad van Meersen); CRvB 4 mei 2005, *JB* 2005, 179 m.nt. RJNS (raad van bestuur van het Uvv).

19 Zie onder meer A-G Koopmans bij HR 31 mei 1991, *AB* 1992, 290 m.nt. FHvdB (Van Gog/Nederweert).

20 Zie HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669 m.nt. JAB (concl. A-G Franx; St. Oedenrode/Autocentrum Driessen).

21 Over onzekerheid omtrent de inhoud van een bestemmingsplan, zie HR 30 januari 1987, *NJ* 1988, 89 m.nt. MS (concl. A-G Ten Kate; Blaricum/Roozen) en HR 30 januari 1987, *NJ* 1988, 90 m.nt. MS (concl. A-G Ten Kate; Nibourg/Zuidwolde).

22 HR 26 september 1986, *NJ* 1987, 253 m.nt. MS (Staat/Hoffmann-La Roche).

23 Zie nader in § 11.2.5. Zie ook § 10.3.

de Hoge Raad dit een billijke gang van zaken, want wanneer schuld niet is gegeven, is onbekend. Vrees voor *floodgates* speelt ook geen enkele rol in de rechtspraak op dit punt, zoals naar voren komt in het arrest *NBC/Staat*.

In die zaak had de staat bij wijze van verweer aangevoerd dat jaarlijks een zeer groot aantal aanslagen door de belastingdienst wordt opgelegd. Ook zou de inspecteur een marge moeten worden gelaten, aangezien veelal onzekerheid bestaat over de betekenis van de vele, vaak ingewikkelde, heffingswetten. Daar kwam nog bij dat toepassing van de regel uit *Van Gog/Nederweert* op de belastingdienst een verlamrend effect zou hebben, waardoor het met een goede en effectieve belastingheffing gediende algemeen belang zou worden geschaad.²⁴ Het eerste en het laatste bezwaar ervoeren andere overheden volgens de Hoge Raad evenzeer. Ten aanzien van hen was ook geen uitzondering aangenomen.²⁵ Deze overheden hadden bovendien tevens te kampen gehad met de tweede door de staat genoemde moeilijkheid. Reeds daarom bestond er geen aanleiding voor het aannemen van een exceptie.

De Hoge Raad ziet in de in deze zaak opgesomde bezwaren onvoldoende redenen voor het maken van een uitzondering op de regel dat met vernietiging van een besluit vaststaat dat een toerekenbare onrechtmatige daad is gepleegd. Veelzeggend is de volgende passage:

“Bovendien is er geen goede grond om de nadelige gevolgen die voortvloeien uit onjuist gebleken interpretatie, die de inspecteur aan de belastingwet heeft gegeven, voor rekening te laten van een individuele belastingplichtige in plaats van haar te brengen voor rekening van de collectiviteit.”

In § 10.4 bleek dat de ratio van de ontvankelijkheidsleer en ten dele van het beginsel van formele rechtskracht ligt in de taakverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechtters onderling en in het bijzonder in de wens recht te doen aan bestuursrechtspraak. Beide leerstukken erkennen het primaat van bestuursrechtspraak bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van appellabele besluiten. Dit geldt ook voor het leerstuk dat met de vernietiging van een besluit onrechtmatigheid en in beginsel ook schuld zijn gegeven. Zonder dit leerstuk zou de betekenis van het feit dat de wetgever bestuursrechtelijke wegen van rechtsbescherming heeft geopend, afbrokkelen.²⁶ Daarnaast ligt aan deze rechtspraak kennelijk de gedachte ten grondslag dat schade beter door de overheid dan door de burger wordt gedragen én heeft de rechtspraak vertrouwen in aansprakelijkheidsvoorkomende of -beperkende mechanismen. Met een toerekenbare onrechtmatige daad is aansprakelijkheid immers nog niet gevestigd.

24 HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 150 m.nt. CJHB (concl. A-G Koopmans; Staat/*NBC*).

25 HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113 m.nt. CJHB (concl. A-G Koopmans; *BV/Boulogne*).

26 Drupsteen 2002, p. 22.

Op welke gronden een besluit kan worden vernietigd, is aan de orde geweest in § 10.3. Op de intensiteit van de rechterlijke toetsing bij vrije bestuursbeslissingen zal hierna in § 11.2.5 nader worden ingegaan. Stel voor dit moment dat een besluit wordt vernietigd door de bestuursrechter. Het overheidslichaam dat verweer voert in een aansprakelijkheidsprocedure zal beargumenteren dat aan één van de overige vereisten voor een onrechtmatige daad niet is voldaan: schade, causaliteit of relativiteit. Daarnaast kan een overheidslichaam zich nog wel met succes tegen een actie uit onrechtmatige daad teweer stellen voorzover schade is te wijten aan voorbereidings- en uitvoeringshandelingen.²⁷ Ten slotte resteert de mogelijkheid bij een eventuele schadevergoedingsplicht de rechter ervan te overtuigen dat toepassing van de verdelingsregel van artikel 6:101 BW geboden is.

Wat betreft het leerstuk van causaliteit valt op dat vrees voor een te grote toegeeflijkheid naar de burger toe²⁸ gelijktijdig bestaat met (en lijnrecht staat tegenover) schrik voor karigheid.²⁹ Uit hoofdstuk 10 is bekend dat veelal niet het primaire besluit maar de beslissing op bezwaar inzet is van een bestuursrechtelijke procedure. Men kan aarzelen bij de vraag of in dat geval ook sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad. Twijfel zal vooral kunnen ontstaan ten aanzien van vernietiging op formele gronden. Ook in deze gevallen is naar het oordeel van de Hoge Raad sprake van een onrechtmatige daad waarvan de schuld in beginsel is gegeven. Hier zal de overheid in een aansprakelijkheidsprocedure haar verweer vooral willen richten op het ontbreken van een causaal verband – of zelfs van een gebrek aan schade.

Causaliteit stelt als vereiste dat de schade aan de daad kan worden toegerekend. De enkele omstandigheid dat de betreffende handeling een voorwaarde is, zonder welke schade niet was ingetreden en derhalve een *conditio sine qua non*, volstaat niet. Een causaal verband in de zin van artikel 6:98 BW is in beginsel gegeven, wanneer door een onrechtmatige daad een risico op schade in het leven is geroepen en dit risico zich verwezenlijkt. Het is vervolgens aan verweerder te bewijzen dat de schade ook zonder de betreffende gedraging zou zijn ingetreden.³⁰ Tijdens de parlementaire behandeling van de Awb heeft de Minister van Justitie het volgende standpunt ingenomen over de betekenis van de grond voor vernietiging van een besluit voor de elementen 'schade' en 'causaliteit' bij een schadevergoedingsactie:

27 HR 30 januari 1987, *NJ* 1988, 89 m.nt. MS (concl. A-G Ten Kate; Blaricum/Roozen); HR 26 november 1999, *NJ* 2000, 561 m.nt. MS (concl. plv. P-G Mok; Noord-Brabant/Janse). Vgl. hierna HR 9 september 2005, *JB* 2005, 275 m.nt. RJNS (concl. A-G Spier; Valkenswaard).

28 Hennekens 2001, p. 37-39. Zie echter Hartlief 2002, p. 18.

29 Schlössels (2003, p. 518) typeert de opvattingen van Hennekens (2001) en Tak (2002, p. 1459) respectievelijk als een 'bestuurders'- en een 'bestuurdenperspectief'.

30 Over de betekenis van deze omkeringsregel voor aanprakelijkheid bij onrechtmatige besluiten, zie Albers in haar noot bij CRvB 12 mei 2005, *JB* 2005, 200 (Staatssecretaris van Defensie).

“Vernietiging van een besluit impliceert onrechtmatigheid, maar niet iedere onrechtmatigheid die tot vernietiging leidt, is van dien aard dat er een schadevergoedingsplicht ontstaat. Integendeel. Indien de vernietiging bijvoorbeeld is gebaseerd op een formeel gebrek dat niet kon worden gepasseerd, is er materieel geen schade ontstaan omdat dan een nieuw besluit kan volgen van dezelfde inhoud.”³¹

Gevolg van vernietiging van het besluit op bezwaar is dat het bestuursorgaan een nieuwe beslissing op bezwaar zal moeten nemen, met inachtneming van de uitspraak van de bestuursrechter. Het is daarom mogelijk dat het primaire besluit onveranderlijk nadelig blijft voor de burger. Stelt de burger nadien een schadevergoedingsactie in, dan zal om te beginnen de vraag rijzen of hij wel schade lijdt en bij een positieve beantwoording de vraag naar het oorzake-lijk verband tussen de schade en de daad. Naar huidig recht zal het bestuursorgaan aan moeten kunnen tonen dat de burger de schade (naar aard en omvang) ook had geleden wanneer wél van het begin af aan een rechtmatig besluit zou zijn genomen.³² Schade waarvan men aan mag nemen dat de burger die in ieder geval op de overheid zal kunnen verhalen, is verdragings-schade.³³

Ook over relativiteit als controlemechanisme lopen de meningen uiteen. Relativiteit zou geen grote rol moeten spelen, meent de één. Het feit dat het bestuur aan regels is gebonden en volgens regels is georganiseerd vloeit voort uit het beginsel van de rechtsstatelijkheid en dit beginsel strekt mede ter bescherming van belangen van burgers.³⁴ Relativiteit zou uitkomst kunnen bieden wanneer het met het aansprakelijkheidsrecht uit de hand dreigt te lopen, schrijft een ander en men zou niet te snel aan moeten nemen dat jegens een ieder onrechtmatig is gehandeld.³⁵

Door een grondeigenaar werd een bouwvergunning voor één woning aangevraagd. Deze werd geweigerd. Naar het oordeel van de toenmalige Afdeling rechtspraak van de Raad van State was deze afwijzing in strijd met de wet. Vier andere grondeigenaren die geen aanvraag hadden ingediend waren ontvankelijk geweest in de procedure bij de Afdeling. De Hoge Raad oordeelde dat dit slechts betekende dat de Afdeling hen rechtstreeks in hun belang getroffen achtte. Daaruit zou echter niet noodzakelijk volgen dat de gemeente jegens deze grondeigenaren een onrechtmatige daad had gepleegd: de gemeente had geen uitspraak gedaan over het

31 Parlementaire Geschiedenis Awb (Tweede Tranche), p. 480.

32 ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54 m.nt. dG (raad van Meerssen).

33 HR 1 oktober 1999, AB 2000, 5 m.nt. ThGD, NJ 1999, 756 (concl. plv. P-G Mok; Van Dijck/Venray); ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54 m.nt. dG (raad van Meerssen). Zie ook HR 1 april 2005, zaak C03/299HR, <www.rechtspraak.nl> (concl. P-G Huydecoper; Steenbergen).

34 Drupsteen in diens annotatie bij HR 1 oktober 1999, AB 2000, 5 (Van Dijck/Venray).

35 Schlössels 2003, p. 529.

bouwgrondkarakter van andere percelen dan dat waarop de aanvraag betrekking had.³⁶

Wanneer uit de uitspraak van de bestuursrechter blijkt dat deze de oorspronkelijke gronden voor het nemen van het besluit onjuist acht, ofschoon hij het besluit in stand laat, dan is daarmee de onrechtmatigheid van het besluit niet gegeven. Of jegens de betreffende burger onrechtmatig is gehandeld, hangt af van de wijze waarop het bestuursorgaan bij de voorbereiding van het besluit te werk is gegaan.³⁷

Bij wijze van laatste redmiddel kan een overheid proberen de rechter ervan te overtuigen dat de verdelingsregel van artikel 6:101 BW toepassing moet vinden:

“Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.”

Zo kan de schadevergoedingsplicht van overheden binnen de perken worden gehouden, bijvoorbeeld wanneer de motivering van een beschikking onmiskenbaar onjuist is.³⁸ Bij bouwvergunningen is de rechtspraak voor bouwlustige vergunninghouders die een (later venietigde) begunstigende beschikking hebben gekregen zelfs bijzonder streng. Reeds bij redelijke grond voor twijfel over de rechtsgeldigheid van de beschikking kan sprake zijn van vermindering van de schadevergoedingsplicht vanwege eigen schuld aan de kant van de benadeelde.³⁹ Alleen gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de burger dat is opgewekt door een handeling van de overheid kan verhinderen dat een verdeling op grond van artikel 6:101 BW tot stand komt.⁴⁰ Bewijstechnisch is het verre van eenvoudig dit gerechtvaardigd vertrouwen aan te tonen.⁴¹ Een overheid kan een burger niet in alle omstandigheden tegenwerpen dat hij een bepaalde aanvraag maar eerder in had moeten dienen, bijvoorbeeld niet in een geval waarin het zinloos toescheen dit te doen.⁴² Evenmin treedt

36 HR 14 juni 1991, *NJ* 1991, 693 (concl. A-G Koopmans; Rigter/Blaricum).

37 HR 2 juni 1995, *AB* 1995, 542 m.nt. ThGD, *NJ* 1997, 164, m.nt. MS (concl. A-G Koopmans; Aharchi/BV).

38 HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 722 m.nt. MS (concl. A-G Mok; V&D/Groningen).

39 Zie HR 15 juni 1979, *NJ* 1980, 261 m.nt. MS (concl. A-G Franx; Grubbenvorst/Caldenbroich).

40 Zie HR 29 april 1994, *NJ* 1997, 396 m.nt. MS (concl. A-G Koopmans; GE/Den Haag) en ABRvS 3 juli 2002, *AB* 2003, 306 m.nt. BJS (P/B&W van Waterland). Zie echter Pres. rb. Dordrecht 9 januari 2003, zaak 46891 KG ZA 02/224, <www.rechtspraak.nl> (Wesmycon/Dordrecht).

41 Zie bijvoorbeeld HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 151 (concl. A-G Langemeijer; Van Mierlo/Asten).

42 Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 23 februari 1989, *NJ* 1990, 228 (Boon/Deventer).

het ‘eigen schuld’-mechanisme in werking wanneer een rechtzoekende een voorlopige voorziening aan had kunnen vragen, maar dit heeft nagelaten.⁴³ In geen geval mag van een burger worden verwacht dat hij zijn eigen belangen in gevaar brengt teneinde de schadeplicht van de overheid te verlichten.

Toen een burger ondanks uitstel van betaling betaalde overeenkomstig een belastingaanslag die later niet rechtsgeldig bleek te zijn, was de staat toch aansprakelijk voor de renteschade. Betaling doorbrak het causaal verband niet en evenmin was er sprake van eigen schuld.⁴⁴

De omvang van de schadevergoedingsplicht wordt niet minder omdat rechtzoekenden geen bezwaar hebben gemaakt of beroep hebben ingesteld toen dit nog wel mogelijk was.⁴⁵ Zoals bekend uit § 10.4 hebben eisers dan geen actie uit onrechtmatige daad.

Samenvattend kan men stellen dat door het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht een bijzondere lijn loopt – die van aansprakelijkheid voor onrechtmatig bestuurshandelen. Schade, causaliteit en relativiteit zijn aanvullende vereisten. Vergissingen te goeder trouw zijn geen schuldsluitingsgrond. Eigen schuld aan de kant van de burger kan de schadevergoedingsplicht verminderen of zelfs tot nul terugbrengen. Voorzover er sprake is van een vernietigd besluit, is deze rechtspraak mede te verklaren met behulp van het beginsel van gezag van gewijsde in combinatie met de bestaande rechtsmachtverdeling. Niet helemaal duidelijk is of deze rechtspraak staat en valt met de rechtsmachtverdeling zoals die is uitgelegd in hoofdstuk 10. Het zou kunnen zijn, maar de hierboven genoemde argumenten wijzen in een andere richting.

11.2.3 Bijzonderheden bij strijd met een wettelijke plicht

Strijd met een wettelijke plicht kan onrechtmatigheid opleveren in geval van strijd met de eigen voorschriften⁴⁶ of met hogere voorschriften. De bepalingen van de Grondwet zijn niet uitgezonderd,⁴⁷ mits de schade niet is veroorzaakt door een wet in formele zin.⁴⁸ Tegen een actie uit onrechtmatige daad wegens het niet vervullen van een wettelijke verplichting is een gebrek aan financiële

43 Vgl. Neerhof 2003, p. 94-96. Zie ABRvS 6 april 2005, *JB* 2005/147.

44 HR 7 november 1997, *AB* 1998, 221 m.nt. ThGD (concl. A-G Van Soest; Staat/Groskamp).

45 Zie Roozendaal 2003 en Neerhof 2003, p. 100.

46 Zie bijvoorbeeld HR 30 januari 1981, *AB* 1981, 365 m.nt. J.G. Steenbeek (concl. A-G Ten Kate; Zevenaar/De Wingerd) of HR 24 februari 1984, *AB* 1984, 399 m.nt. E.M. van Eijden, *NJ* 1984, 669 m.nt. JAB (concl. A-G Franx; St. Oedenrode/Auocentrum Driessen).

47 Zie bijvoorbeeld HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 m.nt. HD (concl. A-G Berger; Staat/Van Tuyl en De Bron of Pocketbook-arrest).

48 HR 14 april 2000, *AB* 2001, 135 m.nt. T.A. van Kampen (concl. plv P-G Mok; Kooren-Maritiem/Staat).

middelen geen steekhoudend verweer.⁴⁹ Sinds het *Ostermann*-arrest is bekend dat de overheid aansprakelijk kan zijn voor schending van een publiekrechtelijke geschreven norm.⁵⁰ Nadien is deze rechtspraak weer beperkt, zoals bekend uit § 5.5. Het onderscheid tussen de waarborg- en instructienormen heeft de tand des tijds echter niet doorstaan.⁵¹ Naar huidig recht gelden de gewone regels van relativiteit bij acties tegen de overheid. Voorheen was een daad in absolute zin onrechtmatig. Thans is onrechtmatigheid echter relatief. De relativiteitskwestie heeft in het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht twee kanten. De eerste betreft de beoordeling van het verband tussen de onrechtmatigheid en de rechtzoekende, dat tot uiting komt in de zinsnede 'jegens' in artikel 6:162, eerste lid, BW. De tweede de in artikel 6:163 BW gestelde eis dat er een verband bestaat tussen de geschonden norm en de schade.

Een onrechtmatige daad dient onrechtmatig te zijn jegens de benadeelde. Wanneer de rechtzoekende daarnaast schade lijdt en er sprake is van een causaal verband tussen deze schade en de inbreuk of schending, ontstaat een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, tenzij de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Strekt een wettelijke norm mede ter bescherming van het belang van de rechtzoekende, dan zal het voor rechtzoekende op dit punt wel goed komen. Zo zou men tenminste af kunnen leiden uit het arrest *X/Staat*.⁵²

In een kort geding had een gedetineerde overplaatsing gevorderd naar een penitentiaire (half) open inrichting. De Hoge Raad oordeelde, anders dan de president van de rechtbank en het gerechtshof, dat de staat aansprakelijk was uit onrechtmatige daad. Het feit dat na invrijheidstelling vermoedelijk uitzetting zou volgen, deed daaraan geen afbreuk. De voorzieningen van de Beginselenwet gevangeniswezen hadden ten doel de gedetineerde voor te bereiden op de overgang naar de vrije maatschappij.

Dit neemt niet weg dat er wel degelijk regels met betrekking tot vrijheidsontneming zijn waarvan de rechter aanneemt dat ze niet strekken tot bescherming van de schade die een rechtzoekende stelt, zoals in het arrest *B/Staat*.⁵³

Een heroïneverslaafde die veelvuldig met justitie in aanraking was geweest had een actie uit onrechtmatige daad ingesteld tegen de staat ter verkrijging van een gebod tot tenuitvoerlegging van een bevel tot voorlopige hechtenis. De Hoge Raad overwoog dat de regel dat het Openbaar Ministerie verplicht is tot tenuitvoerlegging

49 Zie bijvoorbeeld Rb Breda 29 oktober 1985, *NJ* 1987, 70 (Vereniging van woonwagenvrouwen/Roosendaal en Nispen).

50 Zie HR 20 november 1924, *NJ* 1925, p. 89 (concl. P-G Noyon; *Ostermann/Staat*) en verder § 5.5.

51 Zie Asser/Hartkamp 2002 (4-III), p. 113-115 en p. 289-291.

52 HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 405 m.nt. ThWvV (concl. A-G Leijten; *X/Staat*).

53 HR 6 oktober 1995, *AB* 1996, 65 m.nt. ThGD, *NJ* 1996, 368 m.nt. MSG (concl. A-G Leijten; *B/Staat*).

van een rechterlijk bevel tot het in voorlopige hechtenis nemen of houden van een verdachte niet strekt tot bescherming van de belangen van de verdachte.

In het kader van de in § 11.2.2 besproken jurisprudentie over aansprakelijkheid bij onrechtmatige besluiten is de vraag gerezen of enkele schending van een wettelijke plicht voldoende is om aan het element van ‘onrechtmatigheid’ in de zin van artikel 6:162 BW te voldoen. Het antwoord luidt bevestigend. De schending hoeft niet ‘voldoende ernstig’ te zijn, zo leert het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Papierfabrieken Van Gelder*. De staat had betoogd slechts aansprakelijk te zijn voor een daad van onverbindende wetgeving bij overschrijding van zijn bevoegdheid op ‘klaarblijkelijke en ernstige wijze’.⁵⁴ Advocaat-generaal Van Soest had in zijn conclusie gesteld dat de beleidsvrijheid van de overheid moest worden afgewogen tegen het belang van bescherming van de burger tegen schade die hij had geleden. Hij concludeerde dat het laatstgenoemde belang moest prevaleren. De Hoge Raad volgde de advocaat-generaal:

“De Staat handelt onrechtmatig en is, wanneer de overige vereisten van art. 1401 BW is voldaan, aansprakelijk wanneer hij met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uitvaardigt en op grond van dat voorschrift belasting heft.”

11.2.4 Bijzonderheden bij strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid

Na de donkere periode in het overheidsaansprakelijkheidsrecht rond de vorige eeuwwisseling vormt inbreuk op een recht in 1901 de eerste categorie voor onrechtmatigheid op grond waarvan een overheid weer aansprakelijk wordt gesteld.⁵⁵ Strijd met een wettelijke norm is een volgend criterium voor onrechtmatigheid dat de rechtspraak erkent, al duurt het nog tot 1924 totdat strijd met een publiekrechtelijke rechtsplicht deel uitmaakt van deze categorie. Na het *Lindenbaum/Cohen*-arrest waarin de Hoge Raad buiten kijf stelt dat ook strijd met het ongeschreven recht een onrechtmatigheidscriterium is, blijft overheidsaansprakelijkheid bij schending van de zorgvuldigheid die betaamt in het maatschappelijke verkeer lange tijd beperkt. Strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid⁵⁶ was geen criterium voor onrechtmatigheid bij schade door de uitoefening van een publieke taak die een particulier niet zou kunnen

54 HR 9 mei 1986, *AB* 1986, 429 m.nt. FHvdB, *NJ* 1987, 252 m.nt. MS (concl. A-G Van Soest; Staat/Grosheide en De Kort of *Papierfabrieken Van Gelder*).

55 HR 10 mei 1901, *W* 7606 (concl. A-G Noyon, Boels/Burgemeester van Rotterdam).

56 Ondanks de van het arrest *Lindenbaum/Cohen* afwijkende formulering in artikel 6:162, tweede lid, BW menen auteurs als Van Dam en Hartkamp dat men deze categorie gerust nog – verkort – aan kan duiden met ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’. Zie Van Dam 2000, p. 165 en Asser/Hartkamp 2002 (4-III), p. 54.

vervullen. Dan moest er op zijn minst sprake zijn van een inbreuk op een recht of van schending van een wettelijke plicht.⁵⁷ Dit bleek een lastig vol te houden onderscheid.⁵⁸ Het werd verdedigd met een beroep op de speciale bevoegdheden ter behartiging van het algemeen belang die de overheid heeft. Die moest de rechter niet toetsen aan hetzelfde criterium als het handelen van de burger.⁵⁹ Deze regel uit het *Strooppot*-arrest is nooit expliciet herroepen.⁶⁰ Wellicht komt 'inbreuk op een recht' daarom in de oudere rechtspraak over overheidsaansprakelijkheidsrecht verhoudingsgewijs veel meer voor dan thans het geval is. Sommige zaken zouden in wezen zijn beoordeeld aan de hand van de zorgvuldigheidsnorm.⁶¹ Een bijzonder probleem betreft de *Voortse Stroom*-problematiek, die destijds werd beoordeeld aan de hand van het criterium inbreuk op een recht en die nader aan de orde zal komen in § 11.3.

Bij strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kan men denken aan ongeschreven normen die specifiek het handelen van de overheid normeren, aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶² Daarnaast zijn er de regels voor hinder en gevaarstelling, de verplichting een ander niet bloot te stellen aan gevaren waarop deze niet bedacht hoeft te zijn. De rechtspraak neemt als vertrekpunt dat deze criteria ook toepassing hebben bij overheidsaansprakelijkheid.

Het gevaarzettingsprincipe houdt in dat iemand geen groter gevaar voor een ander in het leven moet roepen dan dat waarop een normaal mens beducht hoeft te zijn. De Hoge Raad formuleerde het in 1965 in het *Kelderluik*-arrest.⁶³

Een onfortuinlijke cafébezoeker, die letselschade had geleden door een val in een kelderluik, stelde met succes de frisdrankfabrikant aansprakelijk wiens medewerker een luik zonder baken open had laten staan tijdens bevoorradingswerkzaamheden in een spaarzaam verlichte gang. Bij de beoordeling van een zodanige vordering komt het aan op de mate van waarschijnlijkheid waarmee kan worden verwacht dat een ander de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zal betrachten, op de grootte van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en op de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.

57 Zie bijvoorbeeld HR 19 december 1952, *NJ* 1953, 642 (*Voortse Stroom* VII).

58 HR 5 mei 1933, *W* 12612 (concl. P-G Tak; Burgemeester van Amsterdam/Halcyon Lijn of Meerboei-arrest).

59 Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW, p. 621 (RvS).

60 Vgl. HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456 (concl. A-G Haak; Heesch/Reijs). Volgens Spier (1987, p. 89) is met dit arrest de *Strooppot*-lijn in de rechtspraak beëindigd. Zie ook Asser/Hartkamp 2002 (4-III), p. 287 en 290.

61 Asser/Hartkamp 2002 (4-III), p. 290-291.

62 Vgl. § 11.2.2.

63 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (concl. A-G Van Oosten; Coca Cola/Duchateau of Kelderluik-arrest).

Dit principe is ook inroepbaar bij acties tegen een overheid.⁶⁴ Deze criteria staan tevens model voor de verscherpte criteria die gelden bij de beoordeling van aansprakelijkheid bij pure omissies, gevallen waarin geen sprake is van een onvoorzichtige actieve gedraging of een zelfgecreëerde gevaarlijke situatie.⁶⁵ Van een rechtsplicht om een gevaarlijke situatie op te heffen of daarvoor te waarschuwen kan slechts sprake zijn wanneer de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, schrijft G.E. van Maanen over de betrekkelijk schaarse rechtspraak op dit terrein.⁶⁶ De vraag hoe schade beoordeeld moet worden wanneer door een bestuursorgaan van een publiekrechtelijke bevoegdheid geen gebruik is gemaakt, is moeilijk in het algemeen te beantwoorden. Naar mijn weten heeft de Hoge Raad zich over deze vraag nog niet uitgesproken. De rechtbanken hebben er wel mee te maken gehad bij overheidsaansprakelijkheid op een specifiek deelterrein van de overheids-taak.⁶⁷

Hinder vormt in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht geen afzonderlijke actie. Men kan hinder willen beoordelen als een inbreuk op een recht, maar ook als een schending van hetgeen naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt omdat de rechtsinbreuk niet wordt gebruikt om een gedraging te kwalificeren maar betrekking heeft op een gevolg.⁶⁸ De laatste opvatting is aantrekkelijk omdat men daarmee vermijdt te hoeven nadenken over de vraag of een inbreuk sec voldoende is of dat daarnaast het aantonen van onzorgvuldigheid is geboden. Met betrekking tot de geoorloofdheid van inbreuken die een hinder vormen met toestemming van de overheid is *Vermeulen/Lekkerkerker* een standaardarrest.⁶⁹

Een boomgaard toebehorend aan Lekkerkerker was niet meer rendabel door vogels die in groten getale waren afgekomen op het stadsvuilnis waarmee een zekere Vermeulen een nabijgelegen plas dempte. Vermeulen beschikte over een Hinderwet-vergunning.

De Hoge Raad heeft in deze zaak geoordeeld dat er sprake was van een inbreuk op het eigendomsrecht van Lekkerkerker – een hinder – gelet op de ernst van de hinder en de omstandigheden waaronder deze plaatsvond:

“(…) dat het antwoord op de vraag in hoeverre een door de overheid verstrekte vergunning invloed heeft op de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrecht-

64 HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 m.nt. G (Staat/Daalder).

65 Spier e.a. 2003, p. 51.

66 Spier e.a. 2003, p. 51-52. Zie ook Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 86-87. Los van kennis van bestaand gevaar kan artikel 2 EVRM met zich meebrengen dat de overheid een adequaat systeem van toezicht er op na houdt, zo betogen deze schrijvers.

67 Zie § 12.5.

68 Asser/Hartkamp 2002 (4-III), p. 46-47.

69 HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278 m.nt. GJS (Vermeulen/Lekkerkerker).

matige daad van degene die overeenkomstig de hem verleende vergunning handelt, doch daarbij schade of hinder toebrengt aan derden, afhangt van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval.”

De Hinderwet (voorloper van de Wet Milieubeheer) had mede ten doel schade aan eigendommen te voorkomen. Naar het oordeel van de Hoge Raad bracht de wet echter niet mee dat daardoor de omvang van de rechten van de eigenaren van naburige percelen werd beperkt. Het is niet zo dat deze eigenaren schade of hinder die zij in het algemeen niet hoeven te dulden, wél zouden moeten verdragen van iemand die voor het schadeveroorzakend handelen een Hinderwetvergunning heeft gekregen.

Succes was er in dit geval ook geweest voor eiser indien verweerder aan had kunnen tonen dat hij de vergunningvoorschriften niet had overtreden en dat hij niet anders te werk had kunnen gaan. Zelfs indien vast was komen te staan dat de toeloop van vogels onvermijdelijk was en niet te voorkomen, was het welslagen van de vordering geen uitgemaakte zaak.

In het recente *Heemstede*-arrest heeft de Hoge Raad de criteria uit *Vermeulen/Lekkerkerker* bevestigd en ook een andere lijn in zijn rechtspraak, namelijk dat daarbij heeft te gelden dat de vergunninghouder er in het algemeen op mag vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunning-verlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen.⁷⁰ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad ook dat een bouwvergunning die formele rechtskracht heeft gekregen en dus geacht moet worden in overeenstemming met het bestemmingsplan te zijn verleend, de houder ervan niet vrijwaart voor aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van onrechtmatige hinder indien hij heeft gebouwd in overeenstemming met de vergunning.

Het bestemmingsplan kan, afhankelijk van de gedetailleerdheid ervan en van de omvang van het onderzoek dat eraan ten grondslag ligt, meer of minder sterke aanwijzingen bevatten dat het gebruik maken van de toegestane bouwmogelijkheden naar maatschappelijke opvattingen niet als onrechtmatige hinder is te beschouwen.

Noemenswaardig is ook het *Aalschovers*-arrest waarin de staat aansprakelijk werd gesteld.⁷¹

70 HR 21 oktober 2005, , nr. C04/142HR, <www.rechtspraak.nl> (concl. A-G Hartkamp; Heemstede).

71 HR 15 februari 1991, AB 1991, 394 m.nt. FHvdB, NJ 1992, 639 m.nt. CJHB (concl. A-G Koopmans; Staat/Organisatie ter verbetering van de binnenvisserij of Aalschovers).

De staat werd aansprakelijk gehouden voor schade veroorzaakt door een aal-schoverskolonie in de Oostvaarderplassen. Het besluit tot aanleg van die kolonie was geoorloofd geweest, maar bleek onrechtmatig te zijn tegenover de exploitant van een viskwekerij die zijn kweekvijvers door de vogels zag belaagd. De staat had rekening moeten houden met de mogelijkheid dat het handhaven en ontwikkelen van een natuurgebied op ongeveer dertien kilometer van de kwekerij voor dit bedrijf een reële bedreiging zou vormen.

De beantwoording van de vraag of het toebrengen van hinder onrechtmatig is hangt blijkens dit arrest af van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval. Daarbij moet onder meer rekening worden gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend en de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen te nemen ter voorkoming van schade. De aanleg is *niet* op zichzelf niet onrechtmatig. Dat wordt hij pas doordat de staat de ontstane schade niet vergoedt.⁷²

11.2.5 Beoordelingsmarges

De civiele rechter staat bij acties uit onrechtmatige daad voor de vraag welke mogelijkheden hij heeft om overheidshandelen te toetsen. De rechtspraak nam aan dat de overheid in ieder geval wel aansprakelijk kan zijn wanneer zij *niet* over vrijheid beschikt. In een zaak over in beslag genomen runderen die onderhands als slachtvee in plaats van als fokvee worden verkocht, neemt de Hoge Raad in 1940 aan dat de overheid in die zaak geen vrijheid heeft. Zij is ook aansprakelijk.⁷³ Bij gebrek aan een discretionaire bevoegdheid toetst de civiele rechter volledig. Dit wil zeggen dat hij zich in het kader van een doelmatigheidstoets de vraag stelt, wat hij zelf in plaats van het bestuursorgaan zou hebben gedaan.

Beoordelingsmarges compliceren het aansprakelijkheidsvraagstuk. De vraag rijst in hoeverre bestuursvrijheid de kwestie bemoeilijkt. Een helder antwoord geeft de Hoge Raad in 1936 in het arrest *De Boer/Staat*.⁷⁴

Een dienstplichtige soldaat weet blijvende invaliditeit aan de schuld van verschillende militaire organen van de staat. De civiele rechter zag geen mogelijkheden te

⁷² Zie HR 15 februari 1991, *AB* 1991, 394 m.nt. FHvdB, *NJ* 1992, 639 m.nt. CJHB, r.o. 4.7.

⁷³ HR 20 december 1940, *NJ* 1941, 365 m.nt. E.M.M. (concl. P-G Berger; Bosgoed/Staat of inbeslaggenomen runderen).

⁷⁴ Zie HR 13 november 1936, *NJ* 1937, 182 m.nt. E.M.M. (*De Boer/Staat*). In het *Ferwerderadeel*-arrest heeft de Hoge Raad nog geoordeeld dat de rechter in het geheel niet zou mogen toetsen wanneer uit enig wettelijk voorschrift voor de overheid een bijzondere vrijheid zou blijken om naar eigen inzicht te oordelen.

oordelen over de vraag of de militaire overheid op de juiste wijze rekening had gehouden met het lichamelijk welzijn van de manschappen. Evenmin kon hij beoordelen of de overheid 'aan dat belang bij de afweging tegenover andere door haar te behartigen belangen voldoende gewicht heeft toegekend'.

Slechts dán zou onrechtmatig zijn gehandeld, indien het betreffende handelen redelijkerwijze niet meer is te beschouwen als 'uitvloeisel van afweging door de militaire organen van de hun toevertrouwde belangen' en het 'kennelijk slechts wijst op door de omstandigheden niet te verontschuldigen misbruik van bevoegdheid'.⁷⁵

Men kan benadrukken dat de rechter in beginsel niet treedt in de toetsing van bestuurlijke vrijheden voorzover het een doelmatigheidsoordeel betreft. De civiele rechter oordeelt niet over de vraag of de overheid binnen die grenzen haar taak op een juiste wijze vervult. Men kan zeggen: omdat de bestuurlijke beleidsautonomie in geding is.⁷⁶ De overheid kan wel aansprakelijk zijn bij overschrijding van de grenzen van haar bevoegdheid. Dit is in ieder geval de situatie wanneer haar beslissing niet redelijkerwijze meer als een uitvloeisel van een door haar binnen de haar toegestane vrijheid gemaakte belangenafweging is te beschouwen.⁷⁷ Buiten de grens van de bestuursbevoegdheid toetst de rechter volledig. De rechter stelt de criteria vast aan de hand waarvan de grens van de bestuursbevoegdheid wordt vastgesteld.

Een tweede voorbeeld. In het uit 1940 stammende *Heldenkermis*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de politie de plicht heeft niet door onvoorzichtigheid de dood van een ander te veroorzaken – een plicht die zich derhalve ook doet voelen bij de uitoefening van een publieke taak en die alleen ter beoordeling van de rechter staat wanneer de grenzen zijn overschreden waarbinnen de overheid vrij moet zijn naar eigen inzicht te handelen. Daarbij zijn de wettelijke omschrijving van de overheidstaak, de aard van de wettelijke taak en de omstandigheden waaronder deze moet worden volbracht van betekenis.⁷⁸ Meijers schreef over dit arrest en het arrest *De Boer/Staat*:

"De arresten *De Boer* en *Heldenkermis* hebben weliswaar aan de militaire autoriteiten en aan de politie een zekere vrijheid toegekend, maar uitsluitend wegens de aan deze ambtenaren opgedragen bijzondere taak en geenszins op de algemene grond, dat het afwegen van het algemeen belang tegenover de bijzondere belangen steeds behoudens willekeur aan de overheid moet worden overgelaten, ook al zouden daardoor wettelijke subjektieve rechten worden aangetast."⁷⁹

75 HR 13 november 1936, *NJ* 1937, 182 m.nt. E.M.M. (*De Boer/Staat*).

76 Asser/Hartkamp 2002 (4-III), p. 294.

77 Later toetst de rechter ook rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zie hierna.

78 HR 29 maart 1940, *NJ* 1940, 1128 (concl. P-G Bergers; Langlais en Van de Poll/Burgemeester van 's-Gravenhage of *Heldenkermis*-arrest).

79 Meijers 1950, p. 322.

G.E. van Maanen en De Lange vinden deze arresten gedateerd. De terughoudende opstelling van de rechter lijkt hun tot een voor de benadeelde ongunstige opvatting te leiden ‘ten aanzien van wat nog als beleid en wat als uitvoering ervan’ moet moeten gelden.⁸⁰ Vrijheid bij uitvoering wordt thans indringender getoetst, constateren zij (instemmend).

Men kan daarbij denken aan het *Diemen*-arrest van de Hoge Raad uit 1991: wanneer de wegbeheerder de weg zo inricht dat deze zonder beveiligingsmaatregelen gevaar oplevert voor personen of zaken, moet zij zorg dragen voor de waarborging van de veiligheid door deugdelijke beveiligingsmaatregelen te nemen zoals waarschuwingen.⁸¹ Het cassatiemiddel had voorgesteld dat de handelswijze van de Gemeente Diemen niet marginaal maar vól diende te worden getoetst. De Hoge Raad gaat mee met dit betoog en casseert het arrest van het gerechtshof. Is eenmaal door de wegbeheerder een bepaalde keuze gemaakt, dan is de vrijheid van de wegbeheerder – aanmerkelijk – gereduceerd.

Kennelijk is het niet altijd zo dat bij een discretionaire bevoegdheid – bij vrijheid, bij een beoordelingsmarge – geen plaats is voor aansprakelijkheid, tenzij de overheid niet in redelijkheid tot een beleidskeuze heeft kunnen komen of misbruik van een bevoegdheid heeft gemaakt⁸² of haar handelswijze in strijd is met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan men aanmerken als strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, al zijn de meeste thans gecodificeerd in de Awb. Lange tijd was een beschikking die in strijd was met een beginsel van behoorlijk bestuur voor de civiele rechter niet zonder meer onrechtmatig. Dat was zij pas wanneer het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.⁸³ Gevreesd werd dat wanneer de rechter over de gehele lijn de toetsing aan de algemene beginselen verrichtte, dit uiteindelijk uit zou lopen op een volledige beleidscontrole door de burgerlijke rechter op de overheid.⁸⁴ In de jaren tachtig van de vorige eeuw is de gewone rechter echter er toe overgegaan in het kader van acties uit onrechtmatige daad te toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In het *Van den Berg/Oude Rijnstromen*-arrest redeneert de Hoge Raad: hoewel aan het waterschap een zekere beleidsvrijheid toekomt, is het niet zo dat het

80 G.E. van Maanen & De Lange 2000, p. 68-69.

81 HR 20 maart 1992, *AB* 1992, 406 m.nt. FHvdB, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (concl. A-G Mok; *Diemen/Rep-Tax*).

82 HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558 (concl. P-G Berger; *Doetinchems woonruimtevoorderings-arrest*); HR 14 januari 1949, *NJ* 1949, 557 (concl. A-G Wijnveldt; *Burgemeester Zandvoort/Van Spingelen*).

83 HR 4 januari 1963, *NJ* 1964, 202-204 m.nt. J.H.B (concl. A-G Langemeijer; *Amsterdamsche Droogdokmaatschappij/Landsmeer*).

84 Stellinga 1973, p. 168.

optreden van een waterschap slechts marginaal kan worden getoetst.⁸⁵ Echt duidelijk is niet wat hier wordt bedoeld. De lijn-'*De Boer/Staat* en *Heldenkermis*' impliceert dus *niet noodzakelijkerwijs* dat het uitgangspunt luidt dat de civiele rechter niet of slechts marginaal toetst.

Men kan terugdenken aan wat in § 10.3 is gezegd over bestuursrechtelijke toetsing en het het op die plaats opgenomen citaat dat stelt dat er geen enkele reden is waarom de rechter de beleidsvrijheid van bestuursorganen op voorhand zou moeten respecteren, dat rechters de regels van het geschreven en ongeschreven recht behoren te respecteren en toe te passen. Het *Doetinchemse woonruimteverbod*-arrest kan men lezen in dit licht. Het *Van den Berg/Oude Rijnstromen*-arrest vanzelfsprekend ook. De toon van de arresten *De Boer/Staat* en *Heldenkermis* klinkt een wat meer Trias-georiënteerde benadering. Het is echter de rechter die de grenzen stelt. Bovendien wordt thans altijd rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur getoetst. Van een 'no go-area' in het aansprakelijkheidsrecht is geen sprake.

11.2.6 Strijd met het EVRM en strijd met het gemeenschapsrecht

Schendingen van EVRM-rechten kunnen een onrechtmatige daad opleveren in de zin van artikel 6:162, tweede lid, BW. Wellicht de bekendste voorbeelden zijn overheidsaansprakelijkheid voor daden van rechtspraak⁸⁶ en voor formele wetgeving.⁸⁷ Schending van een ieder verbindende EVRM-bepaling gaat moeiteloos op in de onrechtmatige daad. Een studie over schadevergoeding bij schending van mensenrechten die de rechtspraak onder het EVRM vergelijkt met die in Nederland hoeft schending van mensenrechten binnen het Nederlandse recht niet afzonderlijk aan de orde te stellen.⁸⁸

Vóórdat het Hof van Justitie in 1991 in de zaak *Francovich* lidstaataansprakelijkheid introduceerde als gemeenschapsrechtelijke aansprakelijkheid beoordeelde de Nederlandse rechter schadeclaims voor schending van gemeenschapsrecht aan de hand van de criteria die het nationale aansprakelijkheidsrecht stelde.⁸⁹ Rechtzoekenden konden een actie instellen uit onrechtmatige daad en de civiele rechter beoordeelde hun vorderingen aan de hand van de bekende voorwaarden. Bezien vanuit het gemeenschapsrecht heeft schadevergoeding voor schending van gemeenschapsrecht een zelfstandige, gemeenschapsrechtelijke grondslag.

85 HR 9 november 2001, AB 2002, 20 (concl. A-G Spier; Van den Berg/Ws Oude Rijnstromen).

86 HR 3 december 1971, NJ 1972, 137 m.nt. GJS (concl. A-G Berger; X/Staat). Zie nader § 12.7.

87 HR 14 april 2000, AB 2001, 135 m.nt. T.A. van Kampen (concl. plv P-G Mok; Kooren-Maritiem/Staat) en HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 m.nt. TK en EAA (concl. P-G Mok; Varkenshouders/Staat).

88 Van Emmerik 1997.

89 Wissink 1997, p. 78.

Betlem en Rood vonden kort na het *Francovich*-arrest de conclusie ‘onontkoombaar’ dat de materiële vereisten van 6:162 BW zouden zijn vervangen door die uit het *Francovich*-arrest, zodat de actie uit onrechtmatige daad ‘een soort lege huls’ werd en de verbintenis tot stand kwam op grond van ‘artikel 6:162 BW juncto *Francovich*’.⁹⁰ Wissink echter zag in het terzijde schuiven van de aansprakelijkheidsvoorwaarden van artikel 6:162 BW een onnodige aantasting van het nationale systeem, omdat in de context van het Nederlandse recht een minder vergaande oplossing mogelijk was en het Hof van Justitie ruimte liet voor het stellen van nadere nationale voorwaarden, voorzover deze niet strijdig zouden zijn met de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.⁹¹ Nederlandse juristen zijn niet zo geneigd de gemeenschapsrechtelijke grondslag van lidstaataansprakelijkheid te benadrukken.⁹² Dit heeft te maken met de overweging van het Hof van Justitie in het *Brasserie/Factortame*-arrest dat het ‘onder voorbehoud’ van de drie *Brasserie/Factortame*-voorwaarden aan de staat is om in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de gevolgen ongedaan te maken van de schade veroorzaakt door een aan hem toe te rekenen schending van het gemeenschapsrecht.⁹³

Francovich-aansprakelijkheid voor schade als gevolg van niet-omgezette richtlijnen wordt in Nederland niet als ‘aansprakelijkheidsverruimend’ gezien. Een in het oog springend kenmerk van Nederlands overheidsaansprakelijkheidsrecht is immers dat bij onrechtmatige (niet-formele) wetgeving en bij door de bestuursrechter vernietigde appellabele besluiten een toerekenbare onrechtmatige daad is gegeven.⁹⁴ Weinig reden tot ophef gaf ook het arrest in de zaken *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, waarin het Hof van Justitie de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid herformuleerde en het vereiste van de voldoende gekwalificeerde schending introduceerde. Het Nederlandse recht stelde immers al minder strenge eisen aan aansprakelijkheid wat betreft de onrechtmatigheid en toerekening van bepaalde overheidshandelingen dan het gemeenschapsrecht in gevallen waarin sprake was van een beoordelingsmarge.⁹⁵ De Nederlandse rechter houdt, anders dan het Hof van Justitie, in het kader van een actie uit onrechtmatige daad bij de beoordeling van de elementen van toerekenbare onrechtmatigheid geen rekening meer met de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel van hoger recht, de omvang van de beoordelingsmarge, de vraag of de schending opzettelijk is begaan en de vraag of opzettelijk schade is veroorzaakt en de vraag naar de verschoonbaarheid van een eventuele rechtsdwaling.⁹⁶ Dit alles betekent dat er voor de Nederlandse situatie thans, althans wat betreft de elementen

90 Beltem & Rood 1992, p. 253. Zie ook Huijgen 1993, p. 247.

91 Wissink 1997, p. 86-87.

92 Zie ook Jans e.a. 2002, p. 391 e.v.

93 HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 74.

94 Zie ook Betlem & Rood 1992, p. 254.

95 Wissink 1997, p. 81-82.

96 Vgl. HvJ 5 maart 1996, zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie/Factortame*, Jur. 1996 p. I-1029, § 56.

van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid, geen strijd bestaat met het beginsel van gelijkwaardigheid.

Bij het formuleren van voorstellen voor hervorming van delen van het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht zou men inspiratie kunnen zoeken bij het gemeenschapsrecht – bijvoorbeeld vanwege onvrede met de aansprakelijkheid bij onrechtmatige besluiten. Wat betreft aansprakelijkheid voor onrechtmatige regelgeving zou introductie van een voldoende gekwalificeerde schending het voor rechtzoekenden moeilijker maken de overheid met succes aansprakelijk te stellen. Bij regelgeving – bij uitstek – komt de overheid immers een ruime beoordelingsmarge toe. Wat betreft aansprakelijkheid voor onrechtmatige beschikkingen is duidelijk dat de burger niet zou winnen bij de test van de voldoende gekwalificeerde schending. De overheid zou er juist bij gebaat zijn. Immers, niet iedere misstap resulteert dan in een toerekenbare onrechtmatige daad, maar slechts die welke voldoende ernstig is. Het te goeder trouw vergissen komt weer in beeld. Deze voorstellen zijn echter niet overgenomen. Causaliteit en relativiteit, alsmede de mogelijkheden die het leerstuk van eigen schuld biedt, zijn afdoende controlemechanismen om besluiten aansprakelijkheid ‘beheersbaar’ te houden. En dan is er ook nog de kwestie van de intensiteit van toetsing bij vrije beslissingen. Op de mogelijke reflexwerking van de rechtspraak van het Hof van Justitie voor overheidsaansprakelijkheid voor daden van rechtspraak zal in § 12.7 kort iets worden gezegd.

11.3 SCHADE BIJ EEN OP ZICHZELF RECHTMATIGE DAAD

De wet kan de weg vrij maken voor aansprakelijkheid uit rechtmatige daad. Traditioneel neemt de wetgever de beslissing of het toekennen van compensatie aanvaardbaar is. Daarnaast kan het bestuur beslissen of het nog reden ziet nadeel te compenseren. Bijzondere wetten kunnen verplichten tot een volledige uitkering. In het geval de overheid een wettelijke bevoegdheid krijgt een burger diens eigendomsrecht (of een gebruiksrecht) te ontnemen, zal deze gepaard gaan met een verplichting de veroorzaakte schade volledig te vergoeden. Een voorbeeld is de Onteigeningswet.

Voorzag de wetgever aanvankelijk bij rechtmatige daad alleen in vergoeding van volledige schade, later kwamen daar wetten bij die vergoeding mogelijk maakte van die schade waarvan de wetgever meende dat deze niet ten laste van getroffen en behoorde te blijven (uiteindelijk) om redenen van billijkheid. Het bekendste voorbeeld is ongetwijfeld de planschaderegeling in artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening die burgers tegemoet komt bij een verlies bestaande uit een waardedaling dat is veroorzaakt door een planologische maatregel. Deze mogelijkheid tot verkrijging van schadevergoeding is kennelijk niet aan een termijn gebonden.⁹⁷ Het gaat om schade

97 ABRvS 1 september 2004, AB 2005,6 m.nt. G.M. van den Broek (raad van Landgraaf).

die redelijkerwijs niet of niet geheel voor rekening van de burger dient te blijven. De schadevergoeding is er één naar billijkheid. In deze gevallen ontnemt de overheid burgers geen rechten, maar zij beknot hen in de uitoefening daarvan. In het geval de overheid⁹⁸ een wettelijke bevoegdheid krijgt aldus te handelen, kan deze bevoegdheidstoekenning gepaard gaan met een verplichting een deel van de veroorzaakte schade te vergoeden. Vroeger was dit een zaak van het bestuur. Beroep stond aanvankelijk open op de Kroon en later op een onafhankelijke bestuursrechter, de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State.⁹⁹ Ook hier gaat het om schadevergoeding bij rechtmatige daad, waarbij de wetgever evenwel aanneemt dat niet alle schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Los van deze wettelijke grondslagen kan men bij de civiele rechter vergoeding verkrijgen van schade bij een op zichzelf rechtmatige daad. De civiele rechter oordeelt over deze vorderingen in het kader van een door een burger ingestelde actie uit onrechtmatige daad. Het vermogensrecht kent geen verbin-tenis tot betaling van schadevergoeding uit rechtmatige daad. Beginpunt van deze lijn in de rechtspraak van de civiele rechter was het *Voortse Stroom*-arrest uit 1943 en het *Haags Duinwaterleiding*-arrest.¹⁰⁰

De eerste zaak. Een gemeente in het zuiden des lands verontreinigde een riviertje door daarin de inhoud van haar riolen te doen afvloeien. Deze handelswijze bedierf de atmosfeer. Het vervuilde water verspreidde bij voortduring walgelijk stinkende uitwasemingen, waardoor het genot van een nabij het riviertje gelegen woning en ook de gebruiks- en kapitaalwaarde van het perceel van eiser sterk verminderden.

In de eerste zaak vorderen eisers een verklaring voor recht dat de handeling van de gemeente onrechtmatig was en schadevergoeding. De gemeente heeft gekozen voor een goedkopere methode. Deze keuze kan volgens de Hoge Raad uit het oogpunt van de te behartigen gemeentebelangen heel goed gerechtvaardigd en zelfs geboden zijn, maar dat sluit niet uit dat de eventueel nadelige gevolgen voor haar rekening behoren te komen:

“In haar verhouding tot dezen eigenaar kan de gemeente, indien de gekozen maatregel faalt, niet met vrucht beweren aan hare verplichting de zorgvuldigheid in acht te nemen, welke in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van diens eigendom betaamde, te hebben voldaan.”

⁹⁸ Strikt genomen: een bestuursorgaan.

⁹⁹ Zie § 10.3.

¹⁰⁰ HR 19 maart 1943, NJ 1943, 312 (concl. P-G Berger; Gemeente Tilburg/Haas) en HR 18 februari 1944, NJ 1944, 226 (Gemeente 's-Gravenhage/Jochems of Haags duinwaterleiding-arrest).

Een beroep op noodtoestand redt de gemeente niet, omdat de gerezen moeilijkheden een gevolg zijn van de indertijd gemaakte keuze ten aanzien waarvan de gemeente door de eigenaar een verwijt kan worden gemaakt.

De tweede zaak. Ten behoeve van haar duinwaterleiding (en de winning van duinwater voor de bevolking) exploiteerde de gemeente een sprank, een afvloeiingsmechanisme dat water onttrok, ook aan de nabijgelegen gronden van een zekere Jochems die (subsidiar) schadevergoeding vorderde omdat daardoor zijn grond verdroogde. Niet bekend is dat de gemeente zuinig was geweest bij het kiezen voor de sprank, in de zin dat er duurdere maar efficiëntere manieren zouden zijn geweest.

In de tweede zaak ziet de Hoge Raad wederom een handelswijze die plaats heeft gehad in het gemeentebelang, met als voorzienbaar (mogelijk) gevolg de aantasting van de eigendom van belendende percelen. Naar het oordeel van de Hoge Raad behoort de gemeente tegenover de eigenaren van de bedreigde percelen eventuele nadelige gevolgen voor haar rekening te nemen.

Omstreeks 1950 doen twee opvattingen de ronde over schadevergoedingsplichten bij daden die op het eerste gezicht rechtmatig zijn, omdat zij een algemeen belang dienen of direct een grondslag hebben in de wet. Volgens de ene leer, onder aanvoering van J. Drion, moet een daad als onrechtmatig (want: onbetamelijk) worden beschouwd wanneer de dader eventuele schade niet voor zijn rekening heeft genomen:

“Naast de gedragingen, die tegenover den eiser onrechtmatig zijn, dus rechtens verboden, en een civiele verbintenis tot schadevergoeding scheppen, erkent de Hoge Raad thans een rubriek van gedragingen, die zelf niet onrechtmatig zijn en niet op verzoek van den eiser door den rechter verboden kunnen worden, maar toch tot een betamelijksplicht tot schadevergoeding leiden, zodat hij die ze verricht en weigert de schade voor zijn rekening te nemen in strijd met de in het maatschappelijke verkeer betamende zorgvuldigheid handelt.”¹⁰¹

De nieuwe koers van de Hoge Raad kan men volgens J. Drion zien als een ‘afzonderlijke rubriek’, al is de actie tot schadevergoeding uiteindelijk gebaseerd op maatschappelijke onbetamelijkheid: het essentiële verschil met de gewone gevallen van onrechtmatige daad is dat de gedraging op zich zelf rechtmatig is, dus rechtens toelaatbaar, mits men de schade voor zijn rekening neemt.¹⁰²

De andere leer, verdedigd door Bregstein, ziet in het geval een verbod wordt gevorderd in het algemeen belang een rechtvaardigingsgrond in wording die zijn voltooiing vindt in het aanbieden van schadevergoeding.

¹⁰¹ J. Drion 1947, p. 83.

¹⁰² J. Drion 1947, p. 97.

Deze jurist zag geen ‘revolutie’ van de onrechtmatige daad en al helemaal geen risicoaansprakelijkheid. De voornoemde arresten waren naar zijn mening niets dan normale toepassingen van ‘de bekende formule’, die enkel deze nieuwigheid met zich bracht: dat de schadeactie en verbodsactie niet noodzakelijk parallel lopen. Het geboden zijn van de handeling kan de rechtvaardiging nog niet vormen. Evenmin kan het feit, dat men eigen eigendomsrecht gebruikt, de schade aan de buurman toegebracht rechtmatig doen zijn, zo redeneerde Bregstein. Men moet zich de belangen van de ander aantrekken, precies zoals de eigenaar die normaal heit, niet zonder meer door mag gaan met heien, wanneer hij bemerkt dat het huis van de buurman gaat scheuren. Houdt men rekening met diens belangen, zo betoogde Bregstein, dan valt de onrechtmatigheid soms weg en is de verbodsactie uitgesloten.¹⁰³

Met het betalen van de schadevergoeding valt de onrechtmatigheid weg en dus ook de verbodsactie – maar niet de onrechtmatige daad als basis voor de schadevergoedingsactie.¹⁰⁴ Voor Bregstein pastte deze constructie bij ‘de wederzijdse afpaling van de bevoegdheden der tot conflicterende subjectieve rechten gerechtigden, ook tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke’.

In een later arrest over rioolozingen in de Voortse Stroom heeft de Hoge Raad voor de leer van Bregstein gekozen.

In die zaak stelde Van Roessel, huurder van een pand gelegen nabij de verontreinigde rivier, schade te lijden door de stankoverlast, die mede bestond uit een ernstige benadeling van de gezondheid en de levenslust. Hij vorderde een verklaring voor recht en een bevel een einde te maken aan de onrechtmatige handeling. Het gerechtshof oordeelde dat de gedraging van de gemeente een inbreuk was op een aan de huurder toekomend subjectief recht, die alleen dan als een onrechtmatige daad jegens hem kon worden aangemerkt als de gemeente door haar handelswijze hetgeen oirbaar is in het maatschappelijk verkeer overschreed.¹⁰⁵ Zulks was het geval. Daarna volgde een belangenafweging van het belang van de gemeente bij afvoer van het rioolwater tegenover het subjectief recht van Van Roessel: omdat de handelswijze van de gemeente vanuit het oogpunt van de gemeentebelangen gerechtvaardigd of geboden was, zou zij door een bijkomende omstandigheid haar onrechtmatig karakter verliezen. Schadevergoeding was een zodanige omstandigheid. De gedraging was niet meer onrechtmatig en kon niet meer worden verboden. De Hoge Raad casseerde het arrest van het gerechtshof niet.¹⁰⁶

¹⁰³ Bregstein 1951, p. 299-300.

¹⁰⁴ Bregstein 1951, p. 301.

¹⁰⁵ Over inbreuk op een recht en de zorgvuldigheidsnorm in de twintigste eeuw, zie § 11.2.5.

¹⁰⁶ HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 m.nt. Ph.A.N.H. (concl. A-G Eggens; Tilburg/Van Roessel of Voortse Stroom VII).

Na dit zevende *Voortse Stroom*-arrest houdt de Hoge Raad het er lange tijd op dat het niet-aanbieden van schadevergoeding een daad niet onrechtmatig maakt.¹⁰⁷

In de hier besproken lijn gaat het uiteindelijk om het maken van een belangenafweging bij het toe- of afwijzen van een *remedy*. Sinds de inwerking-treding van het NBW 1992 is de *Voortse Stroom*-constructie geregeld in artikel 6:168 BW.¹⁰⁸ Een gedraging in het algemeen belang, die een inbreuk maakt op een recht en strijdig is met de maatschappelijke betamelijkheid, is een onrechtmatige daad. Niettemin is er voor een verbod geen grond: de wet bepaalt dat alleen schadevergoeding een passende *remedy* is.¹⁰⁹

Onderwijl ziet de bestuursrechter in het niet-aantrekken van vermogensbelangen van burgers een reden om een besluit te vernietigen wegens strijd met de zorgvuldigheid die het ongeschreven – en sinds de inwerkingtreding van de Awb: geschreven – recht stelt. De Afdeling rechtspraak van de Raad van State verklaart begin jaren tachtig van de vorige eeuw een beroep ingesteld door een scheepswerf tegen een beschikking van de Minister van Verkeer gegrond. Deze beschikking was gebaseerd op een belangenafweging die de Afdeling als onredelijk aanmerkte omdat geen adequate vergoedingsregeling was getroffen voor het bedrijf dat door deze beschikking ernstig verlies zou lijden.¹¹⁰

De minister had de Gemeente Utrecht een vergunning verleend om een opklapbare brug vast te maken ten behoeve van de aanleg van een raillijn tussen Utrecht en Nieuwegein. In verband met de doorvaarhoogte zou de scheepswerf in de nieuwe situatie niet meer bereikbaar zijn. De minister was gehouden bij de vergunningverlening alle betrokken belangen af te wegen, waaronder ook het belang van de werf. Ofschoon de nieuwe brug wenselijk was in het algemeen belang, doorstond de belangenafweging de rechtmatigheidstoets niet. De schadevergoedingsregeling (schadevergoeding te betalen door de Gemeente Utrecht) was onvoldoende helder. De minister beschikte daarop ten tweeden male. De gemeente deed de werf een nieuw bod, maar de werf vond het te laag en stelde wederom beroep in – met succes. Een vergunningverlening die drievijfde van de schade voor rekening van de burger liet, was in de omstandigheden van het geval kennelijk gebaseerd op een onredelijke belangenafweging.¹¹¹

De vergunning zoals in de *Paul Kruger*-casus die wordt vernietigd omdat er geen voorschrift aan is verbonden op grond waarvan schade aan derden op

107 HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 703 m.nt. G (Van Gastel/Van den Heuvel); HR 16 juni 1989, *NJ* 1990, 214 m.nt. MS (concl. A-G Franx; Hofman/Vlissingen).

108 Zie § 10.2.

109 Zie het in § 10.2 geciteerde artikel 6:168, eerste lid, BW.

110 Artikel 8, eerste lid, aanhef en onder c, Wet Arob 1976. Zie § 10.3.

111 ARRS 12 januari 1982, *AB* 1982, 299 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Balast Nedam, De Liesbosch/Minister van Verkeer en Waterstaat of Paul Krugerbrug I) en ARRS 22 november 1983, *AB* 1984, 154 m.nt. J.H.W. de Planque (Paul Krugerbrug II).

adequate wijze dient te worden vergoed, kan men een onzuiver schadebesluit noemen. Sommige schrijvers noemen het echter een onzelfstandig schadebesluit.¹¹² Het is heel verwarrend. Men moet evenwel een keuze maken. Ik kies hier voor de term ‘onzuiver schadebesluit’ en reserveer het begrip ‘onzelfstandig schadebesluit’ voor een ‘artikel 8:73 Awb-claim’.

Het onzuivere schadebesluit leidt niet noodzakelijkerwijs tot vergoeding van volledige schade. Nadeel wordt pas onredelijk, wanneer het onevenredig is. Als deelnemer aan het maatschappelijk verkeer loopt men een zeker risico – en draagt men dat ook. Als ondernemer heeft men een aangepast risico, het zogeheten ondernemersrisico.

Het onzuivere schadebesluit sluit aan bij de oorsprong van bestuursrechtspraak als beroepsrechtspraak waarin vernietiging de centrale bestuursprocesrechtelijke *remedy* was. Zoals bekend uit § 10.3 draagt bestuursrechtspraak in het Awb-tijdperk ook en juist waar het de *remedies* betreft nog de sporen van de oorsprong van de bestuursrechtspraak als beroepsrechtspraak.¹¹³ Wel is schadevergoeding nu een serieuze bestuursprocesrechtelijke *remedy*. Zoals bekend biedt artikel 8:73 Awb een mogelijkheid schadevergoeding te verkrijgen bij de bestuursrechter wanneer deze een beroep gegrond verklaart. Daarnaast kan men via de route van het uitlokken van een zelfstandig of zuiver schadebesluit bij een bestuursorgaan trachten schadevergoeding te verkrijgen. Een zuiver schadebesluit kan niet alleen betrekking hebben op door een onrechtmatig besluit veroorzaakte schade, maar ook op buiten het normale maatschappelijk risico vallend en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkend nadeel als gevolg van een op zichzelf rechtmatig besluit.¹¹⁴

Vergoeding van onevenredige schade in deze zin is ook bekend in de civiele rechtspraak. Als voorbeeld het arrest *Leffers/Staat*.¹¹⁵

In casu strekte een regeling van de Minister van Landbouw en Visserij, waarin een swill-verbod werd uitgevaardigd ter voorkoming van het uitbreken van de Afrikaanse varkenspest, ertoe de belangen te beschermen van al diegenen die zich bezighielden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens. Door die bescherming werd echter een naar verhouding kleine groep van bedrijfsmatige varkensmesters in onevenredige mate in haar belangen getroffen, omdat zij zich volledig had toegelegd op vervoeding van swill en niet plotsklaps op een ander vervoederingsstelsel kon overschakelen. Leffers leed aanzienlijke vermogensschade: zijn bedrijf moest worden geliquideerd.

Volgens de Hoge Raad behoorde het drastische verbod niet tot de normale bedrijfsrisico's die voor rekening van de ondernemer behoorden te blijven.

¹¹² Schueler 1997.

¹¹³ Zie hoofdstuk 10.

¹¹⁴ ABRvS 2 maart 2005, *JB* 2005, 115 (GS Limburg).

¹¹⁵ HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 m.nt. CJHB onder *NJ* 1992, 639 (concl. A-G Koopmans; *Leffers/Staat*).

Daarbij kende de Hoge Raad mede belang toe aan het feit dat Leffers de maatregelen stipt had nageleefd die tevoren waren voorgeschreven om besmetting met ziekten te voorkomen. In die omstandigheden moest worden geoordeeld dat de minister jegens Leffers onrechtmatig had gehandeld. De staat was gehouden de door Leffers geleden schade te vergoeden. De vordering ter verkrijging van een algemeen verbod van uitvoering van de regeling kwam niet voor toewijzing in aanmerking, omdat ook Leffers de uitvaardiging en onmiddellijke uitvoering behoorde te dulden wegens de zwaarwegende maatschappelijke belangen die daarmee waren gediend. In zoverre geen breuk ten opzichte van de hiervoor besproken eerste bijzondere lijn in de civiele rechtspraak. Alleen het vocabulaire is vernieuwend: de naar verhouding kleine groep, de onevenredigheid waarmee Leffers in zijn belang was getroffen.

Dat geldt ook voor de conclusie van advocaat-generaal Koopmans, die de bijzondere schade die Leffers leed tot uitgangspunt in zijn conclusie nam. Hij betrok in zijn advies aan de Hoge Raad zowel het Franse bestuursrecht en het daarin tot ontwikkeling gekomen leerstuk van *égalité devant les charges publiques*, als het gemeenschapsrecht. Omdat de swill-boeren geen mogelijkheid hadden hun bedrijven te reorganiseren, ging hun schade de grenzen te buiten van de risico's die ondernemersactiviteiten met zich brengen. Volgens de advocaat-generaal zou dat anders kunnen zijn, wanneer de ondernemers aan hadden kunnen zien komen dat de swillvervoerding op een gegeven moment werd verboden. Daarover was in deze zaak echter niets gesteld.

In het arrest *Lavrijssen/Staat* heeft de Hoge Raad de lijn van het *Leffers*-arrest doorgetrokken.¹¹⁶

De huurster van twee varkensstallen had schade geleden door rechtmatig justitieel optreden – een huiszoeking waarbij niet onzorgvuldig was gehandeld en geen nodeloze schade was toegebracht. Zij was zelf geen verdachte. Ondanks de rechtmatigheid van het optreden als zodanig, oordeelde de Hoge Raad dat het toebrengen van schade mogelijk onrechtmatig was, wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel.

De Hoge Raad overweegt:

“een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredige nadelige, – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een zeer beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de

116 HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412 m.nt. ThGD, *NJ* 2003, 615 m.nt. MS (concl. A-G Langemeijer; Staat/Lavrijssen).

gemeenschap dienen te worden verdeeld (vgl. HR 8 januari 1991, nr. 14 096, *NJ* 1992, 638, *ABRvS* 6 mei 1997, *AB* 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 *Awb*).¹¹⁷

Het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling blijkt jegens de getroffene onrechtmatig. In zoverre levert een door de rechtbank verleend verlof tot het doen van huiszoeking geen rechtvaardigingsgrond op voor het toebrengen van schade. Deze casus staat ver af van de stankoverlast die in het midden van de vorige eeuw werd veroorzaakt door een verontreinigd riviertje en de Nederlandse gerechten veel werk verschaft. Ofschoon ook hier de gedraging in een algemeen belang plaats heeft – ze is zelfs door de wetgever gesanctioneerd en een machtiging is door de rechter afgegeven – is een verbod niet aan de orde: het gaat direct en alleen over schadevergoeding. De onrechtmatigheid heeft dientengevolge ook niet van doen met een belangenafweging over de vraag of deze gedraging verboden moet (had moeten) kunnen worden. Onrechtmatigheid wordt gekleurd door (on)gelijkheid.

De Hoge Raad houdt derhalve ook in het arrest *Lavrijsen/Staat* vast aan de constructie van de onrechtmatige daad. Schadevergoeding uit rechtmatige daad wordt als zodanig nog immer niet door de Hoge Raad erkend. Ongelijk is onevenredig – en onevenredig kan worden bestreden in een bestuursrechtelijke procedure. Het arrest *Hagenaars/Noord-Brabant* bevestigt deze lijn.¹¹⁸

Door een verkeersmaatregel was een pannenkoekenhuis tijdelijk moeilijk bereikbaar geweest, waardoor het minder klanten trok dan anders. Naar het oordeel van de rechtbank was de betreffende maatregel rechtmatig, ofschoon er sprake zou zijn van een onrechtmatige daad indien vast kwam te staan dat Hagenaars onevenredig was getroffen. Het gerechtshof kwam tot een ander oordeel, omdat het uit ging van de geldigheid van de verkeersmaatregel. Als Hagenaars vond dat zijn belangen strijdig waren met artikel 3:4, tweede lid, *Awb*, had hij de verkeersmaatregel aan moeten vechten in een bestuursrechtelijke procedure. Die rechtsgang was opengesteld maar Hagenaars had er geen gebruik van gemaakt, zodat het gerechtshof uit moest gaan van de geldigheid van het besluit. Voor het maken van een uitzondering was geen plaats, in de zin dat de rechtzoekende schadevergoeding wenste en niet uit was op de vernietiging van het besluit, ook niet toen deze stelde dat het zou gaan om een rechtmatige daad die onrechtmatig was geworden doordat er sprake was van onevenredig nadeel. De bestuursrechter behoorde bij uitstek te beoordelen of de belangen van Hagenaars voldoende waren meegewogen. De Hoge Raad casseerde niet. Het middel dat betoogde dat niet het verkeersbesluit onrechtmatig was, maar de weigering Hagenaars schade te vergoeden, trof geen doel. Ook had het gerechtshof niet miskend dat het beginsel van gelijkheid voor openbare lasten met zich bracht dat schadevergoeding bij een rechtmatig besluit

117 HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412 m.nt. ThGD, *NJ* 2003, 615 m.nt. MS, r.o. 3.8.

118 HR 6 december 2002, *NJ* 2003, 616 m.nt. MS (concl. A-G Keus; Hagenaars/Noord-Brabant).

geboden kan zijn – het gerechtshof was evenwel van oordeel dat Hagenaars van de verkeerde rechtsgang gebruik had gemaakt.

Een *Lavrijssen*-claim zal derhalve bij de civiele rechter niet slagen wanneer de schade is veroorzaakt door een appellabel besluit. In een procedure bij de bestuursrechter kan men buiten de onrechtmatige daad procederen tegen een bestuurs schadebesluit dat een weigering inhoudt onevenredige schade te vergoeden bij een op zichzelf rechtmatige daad. Dan doet het er dus niet toe of dit achterliggende schadeveroorzakende besluit is aangevochten of niet.¹¹⁹ Vele schrijvers hebben dit betoogd.¹²⁰

Van ‘nadeelcompensatie’ spreekt men zowel bij wettelijke als bij buitenwettelijke vergoeding om billijkheidsredenen van onevenredige schade toegebracht door een rechtmatige daad. Vroeger was een zodanige vergoeding in eerste plaats een zaak voor het bestuur. Men sprak van ‘bestuurscompensatie’. Beroep stond open op een hoger bestuursorgaan.¹²¹ Thans toetst de rechter of het rechtmatig is dat een bestuursorgaan nadeel dat burgers ten gevolge van maatregelen van algemeen nut lijden niet vergoedt. Nadeelcompensatie, afkomstig uit de sfeer van de gunst of het beleid, geraakt steeds meer in de sfeer van het recht.¹²² Als het aan sommigen ligt, zelfs geheel in de sfeer van het recht. Er gaan stemmen op die zeggen burgers zich beter rechtstreeks tot de rechter kunnen wenden.¹²³ De vraag is of men dan nog wel kan spreken van schadevergoeding uit billijkheidsoverwegingen.

De vraag of de grondslag van buitenwettelijke nadeelcompensatie nauwkeurig kan worden aangeduid, is het onderwerp van menig rechtsgeleerd debat. Alle schrijvers noemen het beginsel van gelijkheid voor publieke lasten dat vaak in het Frans wordt aangeduid als *égalité devant les charges publiques*. Bij de beoordeling van deze aansprakelijkheid moet van geval tot geval een afweging worden gemaakt. Het normaal maatschappelijk risico, waaronder het bedrijfsrisico, wordt ingekleurd met behulp van een aantal gezichtspunten, waaronder de aard van de schade, zijn relatieve omvang (dat wil zeggen of de schade ten opzichte van anderen in soortgelijke positie als onevenredig zwaar is aan te merken), voorzienbaarheid, de hoeveelheid getroffen en de eigen gedragingen van de burger.¹²⁴

119 Van Ravels 2005.

120 Zie onder meer Schueler 1997, p. 35 en p. 68; Verheij 2002; Pront-Van Bommel 2002, p. 152-155; Koetser 2003, p. 21; Sluysmans & Tollenaar 2003; Van Ravels 2004b, p. 316.

121 Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 523 e.v. en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 726 e.v. Over de oorsprong in het waterstaatsrecht, zie Drupsteen 1984 en Dekker 2002, p. 303 e.v.

122 Schueler (2002, p. 103) schetst een ontwikkeling van ‘smeerolie’ van de besluitvorming naar, in de loop der tijd, meer een ‘recht’ op schadevergoeding.

123 Preadviseur Schueler hield de VAR in 2002 de stelling voor dat er bij *égalité*-aansprakelijkheid sprake is van een zekere discretionaire bevoegdheid voor het bestuur. Slechts een kleine meerderheid stemde vóór. Zie ook Verheij 2002; Schlössels 2002a; Schlössels 2002b.

124 Tjittes 1996, p. 42-45; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 546 e.v.

Er gaan stemmen op het onzuivere schadebesluit af te schaffen nu deze weg de besluitvorming vertraagt en schadevergoeding via een zuiver schadebesluit kan worden verkregen en aansprakelijkheid inhoudelijk aan de hand van dezelfde criteria wordt beoordeeld. Een vergelijking met de ontwikkeling in het civiele recht kan men niet goed maken. Daar moest het verbod als *remedy* wijken voor schadevergoeding bij zwaarwegende maatschappelijke omstandigheden. Rechtzoekenden die de weg van het onzuivere schadebesluit bewandelen zijn weliswaar uit op vernietiging, maar zij schijnen vooral schadevergoeding te willen verkrijgen.

11.4 CONCLUSIE

Materieel wordt overheidsaansprakelijkheid in hoge mate bepaald door de onrechtmatige daad. Titel 6.3 BW regelt de onrechtmatige daad en enkele aansprakelijkheden die bijzonder zijn maar ook te beschouwen als deeltuimakend van hetzelfde leerstuk. Kern van deze aansprakelijkheid is een (aan de dader) toerekenbare onrechtmatige daad. Daarnaast zijn schade, een causaal verband en relativiteit vereist. Niet alleen de civiele rechter past het onrechtmatige daadsrecht toe, in beginsel ook de bestuursrechters indien zij oordelen over een verzoek om schadevergoeding in een procedure tegen een schadeveroorzakend besluit of in een procedure volgend op een zelfstandig schadebesluit van een bestuursorgaan. Geen rechterlijke instantie waarborgt een uniforme toepassing. Ofschoon een bijzondere wettelijke regeling voor de onrechtmatige overheidsdaad ontbreekt, spreekt men toch van een afzonderlijk leerstuk. In beginsel wordt de aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad bepaald volgens dezelfde regels als aansprakelijkheid van particulieren aangevuld met een aantal bijzonderheden.

Het Nederlandse recht kent aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten, bij (lagere) regelgeving, beschikkingen en andere besluiten. Ze is aangenomen in geval van strijd met de wet én met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en aanvaard bij zowel formele als materiële gebreken.

Bewandelt een rechtzoekende een hem openstaande weg van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en leidt dit tot gegrondverklaring van het beroep en vernietiging van het besluit dat voorwerp is van het beroep, dan staat vast dat het besluit (veelvoorkomend: de beslissing op bezwaar) in beginsel een toerekenbare onrechtmatige daad oplevert in de zin van artikel 6:162 BW. Al valt de overheid geen verwijt te maken – onrechtmatigheid en toerekenbaarheid zijn gegeven. De rechtspraak heeft een dubbele ratio: de rechtsmachtverdeling en het gezichtspunt dat schade beter door de overheid dan door de burger kan worden gedragen. Met de vaststelling van een toerekenbare onrechtmatige daad is vestiging van aansprakelijkheid nog geen feit. Vereist zijn immers ook schade, causaliteit en relativiteit. Bij besluiten vormt juist causaliteit een horde van betekenis op het pad van rechtzoekenden door de opbouw van

de bestuursrechtelijke procedure, waarbij de bestuursrechter in standaardgevallen (waarin noch de bijzondere wet, noch de Awb bijzonderheden oplevert) niet oordeelt over de rechtsgeldigheid van het oorspronkelijke besluit maar van de beslissing op bezwaar.

Omdat onrechtmatigheid een bestanddeel vormt van deze aansprakelijkheid leidt verzuim van het bewandelen van de bestuursrechtelijke weg tot het oordeel dat de rechtmatigheid van het besluit gegeven is. Dit geldt ook wanneer de weg van bestuursrechtelijke rechtsbescherming eindigt in een ongegrondverklaring. Dan is eveneens sprake van een rechtmatig besluit. De bestuursrechter stelt zich op hetzelfde standpunt.

Slechts voorzover de handelingen die aan het nemen van het besluit voorafgaan of die er op volgen onrechtmatig zouden zijn, heeft een actie uit onrechtmatige daad ingesteld bij de civiele rechter nog kans van slagen, tenzij die zozeer samenhangen met het beoogde besluit dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter dragen.

De mate waarin en de intensiteit waarmee de bestuursrechter toetst is van direct belang voor de mogelijkheden de overheid aansprakelijk te stellen uit onrechtmatige daad bij schade door een appellabel besluit. In andere gevallen (bij schade door andersoortige handelingen) is de mate waarin en de intensiteit waarmee de civiele rechter toetst van betekenis. In grote lijnen zijn de instrumentaria waarvan de civiele rechter en de bestuursrechters zich bedienen gelijk: zo maken beide gebruik van maatstaven als willekeur, evenredigheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zowel ten aanzien van het bestuursrecht als in het civiele recht wordt ofwel gedacht dat 'de rechter (bestuurs)vrijheid niet toetst, tenzij...', ofwel dat 'de rechter altijd toetst, ongeacht (bestuurs)vrijheid, maar dat de intensiteit kan variëren'. Feitelijk komt het er op neer dat de rechter altijd in ieder geval de rechtsbevoegdheid toetst, een marginale willekeurtoets verricht en toetst op de andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het huidige recht is de immuniteit van de overheid voor civielrechtelijke aansprakelijkheid voorzover men al aanneemt dat ze bestaat, zeer gering. Overigens heeft de tweede benadering de voorkeur.

Bijzonderheden betreffende een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, doen zich nu niet meer voor in de zin dat de overheid ook moet voldoen aan deze zorgvuldigheidsnorm wanneer zij niet handelt op gelijke voet als een particulier. De zorgvuldigheidsnormen die rusten op de overheid kan men gerust pittig noemen, afgaand op uitspraken als 'The King can only do wrong' en, iets minder schokkend maar ook niet mis 'The king can easily do wrong, but he is not wrong all the time'.¹²⁵

Hinder vormt evenmin een afzonderlijke categorie van onrechtmatigheid. Het is niet zo dat deze eigenaren schade of hinder die zij in het algemeen niet hoeven te dulden, wél zouden moeten verdragen van iemand die voor het

125 Tjittes 1996, p. 33 en Konijnenbelt 1996, p. 30.

schadeveroorzakend handelen een vergunning heeft gekregen. De beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag hangt samen met de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waaronder de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend en de mogelijkheid en de bereidheid maatregelen te nemen ter preventie van schade.

Beoordeling van aansprakelijkheid bij strijd met het EVRM of met het gemeenschapsrecht heeft bij bestuurshandelen en regelgeving plaats overeenkomstig de criteria die gelden voor de onrechtmatige daad. Een afzonderlijke actie voor schending van gemeenschapsrecht naast de actie uit onrechtmatige daad is in het Nederlandse recht niet tot ontwikkeling gekomen. Dat zou ook uit de toon vallen. Naar vorm betreft het een actie uit onrechtmatige daad – en de inhoudelijke beoordeling zal in ieder geval bij aansprakelijkheid voor met het gemeenschapsrecht strijdende besluiten niet afwijken van de maatstaven die de rechter hanteert in gevallen zonder een gemeenschapsrechtelijke component.

Aansprakelijk uit rechtmatige daad kan de overheid zijn voorzover de wetgever dat bepaalt. De wetgever heeft regels uitgevaardigd op grond waarvan rechtzoekenden schadevergoeding kunnen vorderen mits is voldaan aan de voorwaarden van de betreffende regeling. Dat de overheid onrechtmatig zou hebben gehandeld, behoeft niet te worden aangetoond. Traditioneel is de civiele rechter bevoegd om deze claims te beoordelen. Wettelijke schaderegelingen kunnen niet alleen strekken tot vergoeding van de volledige schade, maar sinds enige decennia ook tot onevenredige schadevergoeding. Beoordeling van schadeclaims bij onevenredige schade op grond van de wet wordt doorgaans opgedragen aan de bestuursrechter.

Het civiele recht kent formeel niet de rechtmatige daad als tegenhanger van de onrechtmatige daad. In de rechtspraak van de civiele rechter loopt sinds de jaren veertig van de vorige eeuw wel een lijn op grond waarvan rechtzoekenden onder voorwaarden de overheid aansprakelijk kunnen stellen indien zij hun schade niet vergoedt bij een handelswijze waar verder juridisch niets méér op aan te merken is dan dat hij de betreffende burger schade berokkent. Indien het overheidslichaam de schade vergoedt, is zij niet aansprakelijk. Eerst dan is de rechtvaardigingsgrond die haar handelen zijn onrechtmatigheid zal ontnemen compleet. In de literatuur is veel geschreven over deze rechtspraak, maar uiteindelijk heeft de Hoge Raad een lijn uitgezet die nog enkele decennia is gevolgd. Nadien heeft de wetgever in 1992 in het BW een artikel opgenomen dat bepaalt dat de rechter een verbod van een onrechtmatige gedraging af kan wijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld, terwijl de benadeelde zijn recht op vergoeding van de schade behoudt.

Sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad de voornoemde lijn verfijnd. De Hoge Raad maakt gebruik van een constructie waarbij het niet-aanbieden van schadevergoeding leidt tot vestiging

van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bij onevenredige schade – uiteindelijk wegens schending van het zorgvuldigheids- of gelijkheidsbeginsel. Deze rechtspraak heeft de gedachte gevoed dat naast de onrechtmatige daad nu een afzonderlijke grondslag voor aansprakelijkheid bestaat. Formeel zijn deze aansprakelijkheden echter, indien vastgesteld door de civiele rechter, gebaseerd op de onrechtmatige daad.

De bestuursrechter kan een besluit vernietigen op de grond dat het bestuursorgaan dat het besluit nam aan de belangen van de betreffende belanghebbende geen of onvoldoende aandacht heeft geschonken door bijvoorbeeld geen (afdoende) voorwaarde tot betaling van schadevergoeding op te nemen in de bij het besluit behorende voorschriften en daarom onzorgvuldig of onredelijk heeft gehandeld. Onbekend in het bestuursrecht is een constructie waarbij vernietiging van een schadeveroorzakend besluit om zwaarwegende maatschappelijke redenen achterwege dient te blijven, mits schade wordt vergoed.

Onevenredige schade kan men via de bestuursrechter ook op de overheid verhalen door een buitenwettelijk bestuursschadebesluit van een bestuursorgaan uit te lokken. Het gaat om vergoeding van onevenredige schade die buiten het normaal maatschappelijk (bedrijfs)risico valt en op een beperkte groep burgers of instellingen drukt. Het beginsel van gelijkheid van openbare lasten ligt aan deze rechtspraak ten grondslag. Het beginsel van formele rechtskracht speelt geen rol. Schadevergoeding heeft plaats op een andere grondslag dan de onrechtmatige daad.

