



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht

Franke, M.E.

Citation

Franke, M. E. (2022, January 12). *Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*. Meijers-reeks. Boom juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

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

4 | De onvolledige rechtvaardiging

4.1 TWEE TYPEN ONVOLLEDIGHEID

4.1.1 Inleiding

Een rechtvaardigingsgrond is een ingeroepen bevoegdheid die bewerkstelligt dat een op zichzelf onrechtmatige daad toch als rechtmatig wordt aangemerkt.¹ Niet iedere bevoegdheid zal sterk genoeg zijn om deze omslag in kwalificatie te doen plaatsvinden. Een beroep op een bevoegdheid kan tekortschieten, omdat niet (geheel) aan alle voorwaarden van de ingeroepen rechtvaardiging is voldaan. Het beroep kan ook tekortschieten, omdat de handelende een rechtvaardiging inroept die op zichzelf al niet sterk genoeg is om te leiden tot het oordeel dat sprake is van een rechtmatige daad. In allebei de situaties is sprake van onvolledigheid: het verweer van de handelende schiet tekort om het beoogde doel (kwalificatie van de handeling als rechtmatig) te bereiken. Maar de redenen waarom verschillen fundamenteel. Daar ga ik nu op in.

4.1.2 Mislukt beroep op een toereikende, volledige, rechtvaardiging

Het verweer dat de handelende voert, kan als gezegd tekortschieten omdat de handelende zich beroept op een rechtvaardigingsgrond, terwijl niet aan alle voorwaarden daarvoor is voldaan.

Een voorbeeld. Een schutter schiet X dood en beroept zich vervolgens op noodweer. Maar op het moment waarop de schutter op X schoot, lag X ernstig gewond op de grond, met de rug naar de schutter toe. Dan is geen sprake (meer) van een aanval door X en geen noodzaak voor de schutter om zich op deze wijze te verweren. Het noodweerberoep wordt dan ook verworpen.²

Voor wat betreft dit type ontoereikende rechtvaardigingen kan niet veel worden toegevoegd aan wat in het vorige hoofdstuk is geschreven. Voor het succesvol inroepen van een rechtvaardigingsgrond gelden voorwaarden. Als aan die voorwaarden niet is voldaan, zal het beroep op de aangevoerde rechtvaardiging niet kunnen slagen. In die situatie is sprake van een mislukt

1 Vgl. hierboven, par. 1.4.8 (*Bijstelling definitie*).

2 HR (Strafkamer) 7 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1569, NJ 2000/263 (*Oudejaarsavond in het Balkanrestaurant*).

beroep op een op zichzelf toereikende rechtvaardiging. Of de ingeroepen, tekortschietende, rechtvaardiging verder nog enige invloed heeft op het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling, is een vraag die kort aan de orde komt aan het slot van dit hoofdstuk,³ en vervolgens nog in het laatste deel van deze studie.⁴

4.1.3 Geslaagd beroep op een ontoereikende, onvolledige, rechtvaardiging

Van een geheel andere orde zijn de rechtvaardigingen die in dit hoofdstuk centraal staan, die de handelende weliswaar een bepaalde bevoegdheid geven, maar *op zichzelf* tekortschieten als verweer tegen een onrechtmatige daadsactie. In zo'n geval kan men spreken van een geslaagd beroep op een ontoereikende rechtvaardiging. Het beroep op de ingeroepen rechtvaardiging (bevoegdheid) is wel terecht gedaan, maar de ingeroepen bevoegdheid is op zichzelf niet voldoende om de gewenste omslag in het oordeel over de handeling (van onrechtmatig naar rechtmatig) te bewerkstelligen. Ook van deze groep een voorbeeld.

Het treffen van verkeersmaatregelen is een (exclusieve) bevoegdheid van de gemeente, waarmee de gemeente een belangrijk doel als de vlotte doorstroming van het (openbaar) vervoer kan verwezenlijken. Maar wanneer een gemeente een snelle doorstroming van het verkeer wil bevorderen en daartoe een gat in de weg – genaamd bussluis – creëert waarin meer dan veertig personenauto's 'tuimelen', schept de gemeente daarmee een verkeersgevaarlijke situatie. Dan schiet het beroep op de openbare taak van het bevorderen van de verkeerscirculatie tekort als verweer tegen een vordering uit onrechtmatige daad van een automobilist, wiens auto beschadigd raakt door de sluis. Dat ervoer de gemeente Diemen die werd aangesproken door de eigenaar van een in het gat gereden taxi. Volgens de Hoge Raad heeft het hof met juistheid geoordeeld:

'dat het belang van bevordering van een vlotte doorstroming van het openbaar vervoer het scheppen van gevaar voor (de) veiligheid van personen en zaken niet kan rechtvaardigen'.⁵

De gemeente heeft de bevoegdheid om maatregelen te treffen ter uitvoering van de aan haar opgedragen taken. Maar die bevoegdheid is geen volledige rechtvaardiging in die zin dat zij een sluitend verweer oplevert tegen een op onrechtmatige daad gebaseerde schadevergoedingsactie.

3 In par. 4.5 (*De onvolledige rechtvaardiging en het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling en de vergoedingsplicht*).

4 In hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*) en 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

5 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547 (*Bussluis*), r.o. 3.3.

Zo zijn er zeer vele bevoegdheden die de handelende weliswaar de mogelijkheid geven om een bepaalde handeling te verrichten, maar die op zichzelf niet een allesbeslissende invloed hebben op het oordeel of die handeling onrechtmatig is. Denk naast het zojuist besproken handelen in het algemeen belang, aan het uitoefenen van eigenaarsbevoegdheden, het handelen op grond van een vergunning, het rijden door groen licht.⁶ Wanneer een ander door een dergelijke handeling schade lijdt, volstaat de enkele verwijzing naar het algemene belang, de eigenaarsbevoegdheid, de vergunning of het groene licht niet om de schadevergoedingsvordering af te weren.

Deze groep van onvolledige rechtvaardigingen is interessant. Niet alleen vanwege haar vele verschijningsvormen. Maar vooral ook omdat zij een inhoudelijke beoordeling vergt van de gehele handeling, waarbij de ingeroepen rechtvaardiging wordt afgezet tegen het geschonden belang. Het gaat bij deze groep niet simpelweg om de vraag (die in het vorige hoofdstuk is besproken) of al dan niet is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor het inroepen van een rechtvaardigingsgrond. Nee: de handelende heeft een bevoegdheid voor zijn handeling, alleen schort er iets aan die bevoegdheid – zij schiet op zichzelf tekort om een verandering te brengen in de kwalificatie van de daad. In deze gevallen vindt dus een inhoudelijke beoordeling plaats van die bevoegdheid en het effect ervan op de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling.

Bij een volledige rechtvaardiging komt men aan zo'n inhoudelijke beoordeling van de bevoegdheid zelf niet meer toe. Immers: bij de volledige rechtvaardiging volstaat de ingeroepen bevoegdheid per definitie om de daad te rechtvaardigen. Bij de onvolledige rechtvaardiging volstaat de ingeroepen bevoegdheid niet, en hangt het van de andere omstandigheden van het geval af of de daad al dan niet onrechtmatig is.

Voordat deze onvolledige rechtvaardiging nader wordt besproken, eerst nog een afsluitende opmerking.

4.1.4 De onvolledige rechtvaardiging en de aard van de vordering

Met een beroep op een rechtvaardiging richt de handelende zich tegen de kwalificatie van zijn handeling als onrechtmatig. Een ontoereikende rechtvaardiging leidt op zichzelf niet tot een andere kwalificatie; de handeling is en blijft onrechtmatig.

6 Zie over rijden door groen licht: HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6996, NJ 2011/307 (*Groen licht*), r.o. 3.4.2, waarin er veronderstellenderwijs van werd uitgegaan dat de aansprakelijk gestelde automobilist door groen licht reed. Uit die omstandigheid volgde echter niet zonder meer dat de 'groen licht-automobilist' niet aansprakelijk zou kunnen zijn voor de schade die voortvloeide uit de aanrijding die vervolgens plaatsvond.

Maar in een ander opzicht kan de ingeroepen rechtvaardiging wél effect sorteren. Sommige bevoegdheden kunnen weliswaar niet verhinderen dat de daad als onrechtmatig wordt bestempeld, maar ze kunnen er *wel* aan in de weg staan dat een bepaalde vordering, gegrond op die onrechtmatige daad (zoals de verbodsvordering), wordt toegewezen. Opnieuw een voorbeeld ter verduidelijking.

Projectontwikkelaar Nomij verricht bouwwerkzaamheden in Geldrop. Daarbij plaatst Nomij, ter beveiliging van voorbijgangers en van bij de bouw gebruikte materialen, een schutting rond de bouwplaats. Door deze schutting is de winkel van Van den Heuvel 'minder goed zichtbaar (...) voor het winkelend publiek, slechter te bereiken (...) en voor het winkelen minder aantrekkelijk'.⁷ Van den Heuvel lijdt hierdoor omzetschade, die hij gedeeltelijk op Nomij wil verhalen. De zaak komt uiteindelijk voor de Hoge Raad, die overweegt dat:

'het zich (kan) voordoen dat particuliere bouwactiviteiten enerzijds plaatsvinden op zodanige wijze of leiden tot een zodanige omzetschade voor naburige winkelbedrijven dat zij een onrechtmatige daad opleveren die tot vergoeding van die schade verplicht, terwijl zij anderzijds wegens het zwaarwegende maatschappelijke belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd, niet door de rechter kunnen worden verboden, zolang degene voor wiens rekening die activiteiten worden ondernemen, die schade voor zijn rekening neemt.'⁸

De enkele aanwezigheid van het zwaarwegende maatschappelijk belang om te bouwen is ontoereikend om te voorkomen dat de bouwactiviteiten als onrechtmatig worden bestempeld.⁹ Maar zij is sterk genoeg om een verbod van die activiteiten te verhinderen.¹⁰ Een beroep op een niet toereikende rechtvaardiging kan de verweerder op andere fronten in zijn verweer dus wel degelijk van nut zijn. Dit punt moet hier voorlopig blijven rusten.¹¹ Eerst wordt de niet toereikende rechtvaardiging nader beschouwd.

7 Overweging rechtbank, te kennen uit het arrest van het hof, weergave grieven sub C, grief 1. HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, NJ 1987/703 (*Van Gastel/Van den Heuvel*).

8 HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, NJ 1987/703 (*Van Gastel/Van den Heuvel*), r.o. 3, slot.

9 Althans: dat leert de Hoge Raad in het geciteerde arrest. Het volgt ook uit de wet (zie artikel 6:168 BW). Zoals verderop in dit hoofdstuk zal blijken, bestaat over de juistheid van deze grondslag geen eenstemmigheid in de literatuur. Zie par. 4.3 (*Dogmatische onderbouwing*).

10 Tenminste: wanneer de bouwverweerder bereid is de schade voor zijn rekening te nemen, zo blijkt uit de aangehaalde passage.

11 In hoofdstuk 11 (*Involed op oordeel handeling*) kom ik hierop terug, bij de bespreking van de vraag welke gronden volstaan ter ondersteuning van welke vordering, zie par. 11.2.5 (*De samenhang tussen grond, weerlegging en claim*). Over zwaarwegende maatschappelijke belangen in verband met het verbod zie nog Van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod* 2019, p. 40-41.

4.2 WELKE RECHTVAARDIGINGEN?

4.2.1 Het uitoefenen van een bevoegdheid

Soms handelt iemand in principe onrechtmatig (hij beschadigt bijvoorbeeld al dan niet opzettelijk de eigendom van een ander) en beroept hij zich ter rechtvaardiging van zijn handelen op een bepaalde bevoegdheid. Zo'n rechtvaardiging noem ik ontoereikend als zij op zichzelf niet in staat is verandering te brengen in het voorlopige oordeel dat de daad onrechtmatig is. Een dergelijke bevoegdheid biedt dus weliswaar de mogelijkheid tot handelen, maar vrijwaart de handelende niet tegen een schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad. Het kan daarbij gaan om allerlei typen bevoegdheden.

4.2.2 Bevoegdheden in de private sfeer

Bij deze groep ontoereikende rechtvaardigingen kan allereerst worden gedacht aan het uitoefenen van eigenaarsbevoegdheden. Uit de rechtspraak zijn vele zaken te kennen, waarin een eigenaar op zijn eigen terrein activiteiten verricht en daarbij aan anderen schade toebrengt. Bijvoorbeeld het (laten) uitvoeren van heiwerkzaamheden op eigen grond,¹² of het houden van bijen op eigen terrein voor educatieve doeleinden.¹³ De omstandigheid dat de handelende activiteiten ontplooit op zijn eigen terrein impliceert dat hij tot die activiteiten bevoegd was. Maar de aanwezigheid van deze bevoegdheid brengt op zichzelf niet met zich mee dat de handelende niet aansprakelijk zou kunnen zijn uit onrechtmatige daad, wanneer door zijn activiteit schade wordt toegebracht aan anderen.¹⁴

Tot dezelfde categorie van ontoereikende rechtvaardigingen behoort het rijden door groen licht.¹⁵ Ook het handelen op grond van een vergunning kan tot deze categorie worden gerekend. Immers: wie 'groen licht krijgt' of een vergunning tot een bepaalde handeling heeft, heeft daarmee de bevoegdheid om te gaan rijden of de vergunde handeling te verrichten. Maar daarmee is niet gezegd dat de handelende niet onrechtmatig zou kunnen handelen wan-

12 HR 9 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0760, NJ 1973/464 (*Boerenleenbank/Van de Reek*).

13 HR 28 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1717, NJ 1995/513 (*Bijenspat*), zie ook HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2704, NJ 1999/69 (*Bijenspat II*).

14 Althans: als hij wist of kon weten van de kans op schade, zie bijv. Rb. Noord-Holland 11 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7672, JA 2019/167, r.o. 5.4.

15 HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2026, NJ 2006/20 (*Stad Rotterdam/Ibrahim*); HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9749, VR 2007/22 (*Huijbers/NBM*); HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6996, NJ 2011/307 (*Groen licht*).

neer hij deze bevoegdheid uitoefent en daarmee schade toebrengt aan anderen.¹⁶

4.2.3 Bevoegdheden in de (semi-)publieke sfeer

Andere, wellicht belangrijker, voorbeelden zijn te vinden in de publieke of semipublieke sfeer. Eén ervan – hoewel die zich afspeelde tussen burgers – was aan de orde in het hierboven reeds genoemde arrest Van Gastel/Van den Heuvel: het handelen op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen.

Een voorbeeld uit de zuiver publieke sfeer is de rechtspraak over het door artikel 27 Sv (redelijk vermoeden van schuld) gerechtvaardigd strafvorderlijk optreden tegen een verdachte,¹⁷ waarbij aan derden schade wordt toegebracht. Jegens die derden geldt het strafvorderlijk optreden niet als toereikende rechtvaardiging, en is de staat op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk voor onevenredig nadelige gevolgen van het optreden.¹⁸

Daarmee zijn we beland op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid. De overheid handelt bij de uitvoering van haar taken per definitie in het algemeen belang; aan haar is bij uitstek de taak opgedragen ‘zwaarwegende maatschappelijke belangen’ te behartigen. Die behartiging van het algemeen belang kan echter botsen met een ander gerechtvaardigd belang: dat van de individuele burger.

4.2.4 Het spanningsveld: de bevoegdheid van de handelende en de belangen van de benadeelde

Hierboven (in 4.1.3) is deze categorie van de onvolledige rechtvaardigingen ‘interessant’ genoemd: deze groep rechtvaardigingen vergt een inhoudelijke beoordeling van de ingeroepen bevoegdheid. Uit de zojuist genoemde voorbeelden blijkt wat deze categorie werkelijk interessant maakt. Bij de onvolledige rechtvaardiging gaat het niet alleen om de beoordeling van de ingeroepen

16 Vaste leer sinds HR 30 januari 1914, NJ 1914, p. 407 (*Bakker Krul*). Van de nadien verschenen arresten noem ik de klassiekers HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, NJ 1972/278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*) en HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, NJ 1989/743 (*Kalimijnen*). De belangrijkste uitspraken op dit gebied zijn recentelijk schematisch weergegeven door Sniijders, *Preadvies VASR* 2020, p. 31-32.

17 Wanneer het vermoeden jegens de verdachte ontbreekt, is de strafvervolgning ook jegens hem onrechtmatig. Wanneer het vermoeden aanvankelijk wel aanwezig is, maar de strafvervolgning eindigt met vrijspraak, is de vervolging eveneens onrechtmatig. Zie over die laatste situatie hierna in hoofdstuk 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*), par. 5.4.3 (*Een bijzondere toepassing: strafvorderlijk optreden*).

18 Vaste rechtspraak sinds HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615 (*Staat/Lavrijsen*). Zie ook HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392 (*Uzi*), r.o. 3.3. Recenter HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2789, NJ 2018/179.

bevoegdheid, maar vooral ook om de botsing¹⁹ tussen die bevoegdheid enerzijds, en de belangen van de benadeelde die met de uitoefening van die bevoegdheid wordt geconfronteerd anderzijds. De confrontatie tussen de bevoegdheid en de belangen van anderen, dat is de kern van het probleem van de ontoereikende rechtvaardiging.

Om het spanningsveld tussen de bevoegdheid van de handelende en de belangen van de benadeelde te schetsen, begin ik met het verhaal van Sporrong en Lönnroth, twee Zweedse burgers die worden geconfronteerd met de stedenbouwkundig beleid van de gemeente Stockholm, in de periode tussen 1956 en 1980. Het verhaal maakt het schuren voelbaar tussen enerzijds de gemeente, die in het algemeen belang beleid moet maken – en in datzelfde belang soms haar beleid moet herzien – en anderzijds de burger, die daar niet de dupe van wil en mag zijn.

4.2.5 Het lange verhaal van Sporrong en Lönnroth²⁰

Het is 1956. Sporrong is eigenaar van een rond 1860 gebouwd pand, gelegen aan 'Riddaren no 8' in Beneden Norrmalm, een negentiende-eeuwse wijk in het centrum van Stockholm.

De gemeente heeft grootse plannen met de wijk. Over een van de belangrijkste winkelstraten moet een viaduct worden gebouwd, dat leidt naar een grote uitvalsweg. Een van de dragers van het viaduct is gepland op de Riddaren-locatie; de rest van de buurt zal veranderen in parkeerplaats.

Om de plannen te kunnen uitvoeren, vraagt en verkrijgt de stad Stockholm van de Zweedse overheid in juli 1956 een zogenaamd zonaal onteigeningsverlof. Het verlof betreft 164 percelen, waaronder dat van Sporrong. Volgens de Zweedse onteigeningswet moeten binnen een tijdslimiet van vijf jaar na de verlening van het verlof de eigenaars van de percelen zijn gedagvaard voor het vaststellen van compensatie, op straffe van verval van het verlof.

In juli 1961 wordt de tijdslimiet op verzoek van de stad Stockholm met drie jaar verlengd. Op dat moment heeft de gemeente nog niet een stadplan voor de wijk opgesteld. Maar dat verandert met de komst van 'City 62', een algemeen ontwikkelingsplan voor Beneden Norrmalm. De gemeente richt zich hiermee op straatverbreding ten behoeve van privaat verkeer en voetgangers.

In april 1964 wordt wederom verlenging van het onteigeningsverlof gevraagd en gekregen. De tijdslimiet is nu juli 1969. En de gemeente zit niet stil:

19 Wachter spreekt mild van een 'ontmoeten' van belangen, zie zijn annotatie bij HR 16 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5308, NJ 1975/74 (*Stikke Trui*), onder 2.

20 De in deze paragraaf beschreven feiten zijn te vinden in EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, *Series A*, no. 52 (*Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*). Over de schadevergoedingseis van Sporrong en Lönnroth is later beslist (EHRM 18 december 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:1218JUD000715175, *Series A*, no. 88, (*Sporrong and Lönnroth vs. Sweden II*)).

een nieuw stadsplan ziet het licht. In 'City 67' legt de gemeente haar visie neer op de ontwikkeling van Beneden Norrmalm en Östermalm (een andere wijk in het stadscentrum). De nadruk ligt nu, anders dan vijf jaar eerder, op het verbeteren van het *publieke* vervoer, door het verbeteren van het wegensnetwerk. Voorlopig blijft het echter bij plannen; definitieve besluiten worden uitgesteld. Men kan wel schatten wanneer de plannen zullen zijn uitgevoerd: dat zal zijn vóór 1985.

In juli 1969 wordt ten derden male een verlenging van het onteigeningsverlof gevraagd en verkregen. Als datum waarbinnen de gerechtelijke stappen gezet moeten zijn om de compensatie voor de eigenaren vast te stellen geldt nu: juli 1979.²¹

Intussen is het stedenbouwkundig beleid van de gemeente Stockholm met betrekking tot Beneden Norrmalm geëvolueerd. Na 1945 heerste nog de gedachte dat het, deels slecht onderhouden, gebied moest worden geherstructureerd. Grootschalige ontwikkelingsschema's voor de bereikbaarheid van winkels en kantoren werden vastgelegd en het daarvoor noodzakelijke wegensnet werd gepland. De zonale onteigening was voor deze politiek het kern-instrument: in minder dan tien jaar tijd werden meer dan honderd gebouwen afgebroken.

Maar in de jaren zeventig wil de gemeente (en dat is onverenigbaar met het beleid van aanleggen van toegangswegen naar de binnenstad) juist het aantal auto's in de binnenstad terugdringen. Het ideaalbeeld van de gemeente wordt neergelegd in het plan 'City 77', waarbij stadsrenovatie uitgangspunt is. De oude stadswijken moeten geleidelijk aan herbouwd worden, rekening houdend met de aanwezige stadsstructuur. De plannen voorzien in het bewaren en restaureren van de meeste (nog) bestaande gebouwen.²²

Door 'City 77' is het onteigeningsverlof overbodig geworden. Het verlof wordt in mei 1979, op verzoek van de gemeenteraad van Stockholm, opgeheven.

Sporrong bevindt zich in een bijzondere en zeer vervelende situatie. Gedurende 23 jaar staat zijn eigendom bloot aan de mogelijkheid van onteigening. Dat betekent voor hem niet alleen een voortdurende onzekerheid over wat met het perceel gaat gebeuren. Maar het onteigeningsverlof, dat mede op zijn onroerend goed betrekking heeft, heeft uiteraard een negatief effect op de waarde van het goed, en op de mogelijkheid om het bijvoorbeeld te verkopen of verhuren. Bovendien geldt vanaf 1954 een bouwverbod voor de wijk Beneden Norrmalm. Ook hierdoor wordt Sporrong ernstig beperkt in het gebruik van zijn woning. En deze beperking duurt nog langer dan de onteigeningsdreiging, namelijk 25 jaar. Maar een mogelijkheid om schadevergoeding te eisen,

21 Over het onteigeningsverlof: EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, *Series A*, no. 52 (*Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*), par. 11-14.

22 Over het stedenbouwkundig beleid van Stockholm: EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, *Series A*, no. 52 (*Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*), par. 26-30.

heeft Sporrong naar Zweeds recht niet: een compensatieregeling wordt alleen getroffen voor eigenaren die daadwerkelijk worden onteigend, en daartoe behoort Sporrong uiteindelijk niet.

Naast Sporrong zijn er nog andere eigenaars in centraal Stockholm slachtoffer van de grootse en meeslepende vernieuwingsplannen van de gemeente. Een van hen is mevrouw Lönnroth. Zij woont eveneens in Beneden Norrmalm, aan de 'Barnhuset no. 6'. Haar situatie is vergelijkbaar met die van Sporrong: ook zij wordt getroffen door het onteigeningsverlof en het bouwverbod. Alleen moet volgens 'City 67' op de plaats waar haar huis staat niet de pijler van een viaduct komen, maar een parkeerplaats van meerdere verdiepingen.

Gedwongen door haar financiële situatie wil Lönnroth haar huis verkopen in de tijd dat het onteigeningsverbod voor Stockholm geldt. Zij doet zeven pogingen, maar alle potentiële kopers trekken zich terug na overleg met de gemeente. Het vinden van huurders voor het pand blijkt in deze omstandigheden eveneens moeilijk voor Lönnroth. Niet alleen van het onteigeningsverlof ondervindt Lönnroth gevolgen. Ook het bouwverbod treft haar rechtstreeks, wanneer een beoogd hypotheeknemer als voorwaarde ter verkrijging van een lening renovatie van de façade van het pand eist. Lönnroth mag niet verbouwen en loopt de lening dus mis.

De totale duur van het onteigeningsverlof en bouwverbod zijn voor Lönnroth acht, respectievelijk twaalf jaar. Evenmin als Sporrong kan zij recht doen gelden op compensatie van de schade die zij door de plannen heeft geleden, omdat zij uiteindelijk niet is onteigend.

4.2.6 Op zoek naar de balans

Waar ligt het evenwicht tussen aan de ene kant de uitgeoefende bevoegdheid en aan de andere kant de belangen van anderen, die worden geconfronteerd met de gevolgen van de uitoefening van de bevoegdheid? Met die vraag hangt samen de vraag naar de inbedding van de bevoegdheid in het civielrechtelijk systeem. Deze laatste kwestie is nu aan de orde.

4.3 DOGMATISCHE ONDERBOUWING

4.3.1 Een oude discussie

Vanaf ongeveer het midden van de twintigste eeuw – en eigenlijk al een halve eeuw eerder,²³ wordt in de civielrechtelijke literatuur gezocht naar de dogmatische fundering van het handelen op grond van een bevoegdheid. Brengt de

23 Ik denk aan het proefschrift van Paul Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss), 1899.

bevoegdheid mee dat het handelen gerechtvaardigd en dus rechtmatig is? Of is de bevoegdheid een factor die een rol speelt bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling? Of, nog anders: blijft de handeling ondanks de ingeroepen bevoegdheid onrechtmatig, en speelt de bevoegdheid hooguit een rol bij de vaststelling van de schadeomvang?

Het debat over de aanwezigheid van een bevoegdheid en het gevolg daarvan voor het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling is vooral gevoerd op het gebied van één specifieke bevoegdheid: het handelen in het algemeen belang door de overheid. Maar de draagwijdte van het debat is veel breder. Bij de uitoefening van iedere bevoegdheid kan zich immers de vraag voordoen wat de invloed van de bevoegdheid is op het onrechtmatigheidsoordeel. Bij een volledige rechtvaardiging is het antwoord op die vraag gegeven: de handeling is door de aanwezigheid van een dergelijke rechtvaardiging rechtmatig. Maar bij andere rechtvaardigingen is het antwoord niet evident. Een kort overzicht van de discussie tot nu toe.

4.3.2 Bregstein: de rechtvaardigingsgrond in wording

In zijn beroemde Themisartikel uit 1951 geeft Bregstein zijn verklaring voor het feit dat een handeling, waartoe de handelende op zichzelf bevoegd is, mogelijk toch onrechtmatig is, wanneer schade aan een ander is toegebracht.²⁴ Volgens Bregstein kan zo'n handeling, 'ook indien de schade niet te vermijden is en de handelende er een zeer respectabel belang bij heeft om te handelen, inderdaad toch *onrechtmatig* zijn'.²⁵ Hij legt uit waarom:

'Er is (...) een rechtvaardigingsgrond in wording: het recht op uitoefenen van eigen subjectief recht, met name als dit dient ten bate van het algemeen belang; deze grond wordt door het betalen van schadevergoeding volledig.'²⁶

De bevoegdheid tot handelen vormt het begin of de basis van de rechtvaardigingsgrond. De rechtvaardigingsgrond wordt compleet door schadevergoeding te betalen, of zich de belangen van de benadeelde anderszins aan te trekken.²⁷ Wordt de rechtvaardigingsgrond niet 'gecompleteerd', dan blijft de daad onrechtmatig. In de visie van Bregstein kan het betalen van schadevergoeding

24 Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951, p. 273-305.

25 Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951, p. 302 (cursivering in origineel).

26 Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951, p. 302.

27 Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951, p. 299-302.

de daad ook achteraf rechtvaardigen: 'Betaalt men de schade, dan valt de onrechtmatigheid weg.'²⁸

In de visie van Bregstein van Bregstein kan de tekortschietende rechtvaardiging dus worden aangevuld, dat kan zowel voorafgaand als na de schade toebrengende handeling. Maar in beide gevallen schiet de visie als verklaring van aansprakelijkheid tekort. In het eerste geval, wanneer de tekortschietende rechtvaardiging door aanvullende maatregelen of vergoeding wordt 'gecompenseerd', is niet in te zien welke smet aan het handelen zou kleven. Er hoeft niets meer gerechtvaardigd te worden, omdat geen onrechtmatige daad ontstaat. En in het tweede geval, waar Bregstein aanneemt dat een handeling nog kan worden gerechtvaardigd, *nadat* de handeling is gepleegd, schiet de leer eveneens tekort. Immers: zij is in strijd met het uitgangspunt dat een handeling moet worden beoordeeld naar het tijdstip waarop zij werd verricht. Wat na de handeling gebeurt, kan geen invloed meer hebben op dat oordeel.²⁹

4.3.3 Drion: het complex van handeling en schadevergoeding

Op dit laatste bezwaar van de constructie van Bregstein is al gewezen door J. Drion, in een reactie, mede op de constructie van Bregstein.³⁰ Drion had eerder, in 1947, een eigen visie op het vraagstuk ontwikkeld,³¹ en ook hij zocht een oplossing voor het probleem van de grondslag van de vergoedingsplicht in het geval iemand schade lijdt 'door een op zichzelf niet onbetamelijke gedraging'.³² De onrechtmatigheid is volgens hem deze:

'wat men den dader verwijt is het complex van handeling en weigering de schade voor zijn rekening te nemen'.³³

Onrechtmatig is dus het verrichten van een bepaalde handeling zonder de schade voor zijn rekening te nemen.³⁴ Het samenstel van de handeling waar-

28 Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad* 1951, p. 299. De constructie dat men, door zich de belangen van de benadeelde aan te trekken, *achteraf* de onrechtmatigheid kan wegnemen, komt overigens ook voor in recentere jurisprudentie. Zie bijv. Rb. Breda 29 oktober 1985, ECLI:NL:RBBRE:1985:AC9084, NJ 1987/70 (*Ver. van woonwagenvrouwen/Roosendaal en Nispen*).

29 Zie nogmaals Meijers, *Algemene begrippen* 1948, p. 308.

30 In zijn *Ars Aequi*-noot onder HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997 (*Voorste Stroom VII*), AA 1952-1953, p. 96-102.

31 Deze heeft hij neergelegd in een artikelenreeks in WPNR uit 1947: *Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad* 1947 (p. 245-248, 253-256, 261-265, 269-271 en 277-280).

32 Drion, *Een nieuwe koers* 1947, p. 270, r.k.

33 Drion, *Een nieuwe koers* 1947, p. 270, l.k.

34 Drion, annotatie bij HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, NJ 1953/642 (*Voorste Stroom VII*), AA 1952-1953, p. 98, r.k.

toe men bevoegd is en de mate waarin men zich de belangen van anderen heeft aangetrokken, maakt de daad rechtmatig, volgens Drion.

Deze visie staat bekend als de constructie-Drion, wat in feite onterecht is, omdat Drion niet de eerste was die haar verwoordde, of over haar publiceerde. De door Drion beschreven constructie is minstens drie jaar eerder verwoord door Wolfsbergen,³⁵ en in elk geval één jaar voor Drions artikelenreeks gepubliceerd.³⁶

‘Maar overigens lijkt het mij, in overeenstemming met de ruime opvatting van onrechtmatigheid, dat soms het feit dat een toegebrachte schade niet wordt vergoed, op zichzelf een bron van vergoedingsplicht is, ook als de handeling waaruit de schade voortspoot, niet in die zin onrechtmatig is, dat een verbod zou kunnen worden verkregen.’³⁷

Grondslag van de vergoedingsplicht is volgens Wolfsbergen de onrechtmatige daad, die hieruit bestaat

‘dat men bij sommige handelingen – ter beoordeling van de rechter i.v.m. hetgeen maatschappelijk betamelijk is – geacht wordt onzorgvuldig te handelen, indien men de ontstane schade niet vergoedt. Inderdaad ligt dan de onbetamelijkheid niet in die handeling, maar in een nalatigheid, nl. het niet opkomen voor de schade.’³⁸

Precies als Drion concludeert Wolfsbergen dat de handeling uiteindelijk ‘volkomen geoorloofd’ is, maar alleen onder de voorwaarde dat men de daaruit voortvloeiende schade vergoedt.³⁹ Het zou dus passender zijn om van de constructie-Wolfsbergen te spreken. Maar omdat zij bekend is geworden als de leer van Drion, bespreek ik haar onder die naam.

35 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* (1946), p. 69-71.

36 De artikelen van Drion verschenen in juli/augustus 1947. Wolfsbergens *Onrechtmatige daad* werd in 1946 gepubliceerd. Daarbij moet overigens worden bedacht dat Wolfsbergen al in november 1944 in Auschwitz is vermoord. Zoals te lezen is in de inleiding van Meijers op *Onrechtmatige daad*, zond Wolfsbergen de laatste aanvullingen op het manuscript van zijn boek vanuit kamp Westerbork naar een vriend, die de uitgave van het boek zou bezorgen. In september 1944 werd Wolfsbergen van Westerbork naar Auschwitz vervoerd. Zijn laatste gedachten over het onderwerp zijn dus in ieder geval vóór oktober 1944 op papier gezet.

37 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 70.

38 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 70.

39 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 70.

4.3.4 Bloembergen c.s.: bevoegd, dus rechtmatig

Waarom zou men, wanneer wordt gehandeld op grond van een bepaalde bevoegdheid, tóch aannemen dat sprake is van een onrechtmatige daad? Het is een paradoxale gedachte dat het juridisch niet correct zou zijn te doen waartoe men nu juist bevoegd is.

Wat betreft het handelen in het algemeen belang door de overheid is door veel civilisten betoogd dat we hier in wezen te maken hebben met rechtmatig handelen. De aansprakelijkheid zou er daarom dus één uit rechtmatige daad zijn. Die visie is bijvoorbeeld verwoord door Houwing. In zijn noot onder het zevende Voorste Stroom-arrest zegt hij: in het geval de overheid schade veroorzaakt in het algemene belang

‘acht men in werkelijkheid de handeling zelve, gegeven het belang dat zij dient en de wijze waarop zij wordt verricht wordt, ongeacht de schadevergoeding, reeds volledig rechtmatig. Maar men acht het rechtvaardig dat de schade, die door deze handeling, hoezeer ook rechtmatig en alleszins betamelijk, veroorzaakt is, vergoed wordt. (...) Maar in ieder geval is de rechtmatigheid van de handeling niet van deze vergoeding afhankelijk.’⁴⁰

Over Drion en Bregstein en de door hen gebezigde constructies zegt hij:

‘dat wat dezen doen, in wezen niets anders is dan een verplichting tot schadevergoeding op grond van *rechtmatige daad* aannemen. Men vindt in werkelijkheid de handeling niet onrechtmatig (...). Dat zij onbetamelijk zou zijn en het betalen van schadevergoeding haar rechtvaardigingsgrond, is niets dan een fictie, enkel gebruikt om aan een rechtmatige handelen een verplichting tot schadevergoeding te kunnen verbinden op grond van art. 1401, dat zulk een verplichting slechts in geval van onrechtmatig handelen oplegt.’⁴¹

De constructies zouden niet aangeven waarop de schadevergoedingsplicht precies berust en daarmee voorbeelden zijn van de cirkelredenering, die door (R.J.) Polak eerder als volgt was beschreven:

‘gij moet de schade vergoeden, omdat gij de schade niet hebt vergoed’.⁴²

Een modernere vertolker van de gedachte dat het bij overheidsaansprakelijkheid in wezen gaat om aansprakelijkheid voor rechtmatige daad, is Bloember-

40 Ph.A.N. Houwing, annotatie bij HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, NJ 1953/642 (*Voorste Stroom VII*), p. 1193, r.k.

41 Zie nogmaals Houwing, annotatie bij HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, NJ 1953/642 (*Voorste Stroom VII*), p. 1193, r.k.

42 R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid* (diss.) 1949, p. 95.

gen.⁴³ Hij wijst op de 'logische zwakte' van de redeneringen van Bregstein en Drion, en verwoordt in de lijn van Polak zijn bezwaar:

'Waarom moet er nu eigenlijk schadevergoeding betaald worden? Op de keper beschouwd (mede) omdat er geen schadevergoeding wordt betaald. Maar dat kan toch moeilijk een grond voor het betalen van schadevergoeding zijn.'⁴⁴

In zijn interventie tijdens de vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht zegt Bloembergen onomwonden dat de constructies van Bregstein en Drion 'uitermate gewrongen en gekunsteld' zijn en dat deze bovendien verhullen dat het in wezen gaat om schadevergoeding bij rechtmatige daad.⁴⁵ Zijn interventie krijgt stevige bijval van De Wijkerslooth:

'Ik moet bekennen dat mij bij het beluisteren van de interventie van Bloembergen door mijn hoofd schoot: dat denk ik al een hele tijd en ik vroeg mij af wie het nu eindelijk zou durven zeggen.'⁴⁶

De Wijkerslooth had de constructie van rechtmatige daad enkele jaren eerder al bepleit voor handelen op grond van particuliere bevoegdheden.⁴⁷

Een andere belangrijke medestander van Bloembergen kan Van Dam worden genoemd.⁴⁸ Deze betreft de stelling dat het bij handelen waarmee een zwaarwegend belang wordt gediend eigenlijk om rechtmatig handelen gaat,⁴⁹ door naar terreinen buiten dat van de overheidsaansprakelijkheid, zoals dat van hinder en van het vennootschapsrecht. Hij schreef in 2000:

'Het gaat hier om gedragingen die als zodanig niet onrechtmatig zijn. Het Nederlandse recht kent echter geen algemene actie tot schadevergoeding uit rechtmatige daad. De onrechtmatigheid wordt in dit soort gevallen daarom gezocht in het feit dat anderen onevenredig worden benadeeld. Dit wordt ook wel aldus geformuleerd

43 Uitgebreid als waarnemend Advocaat-Generaal in zijn magistrale conclusie voor HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, NJ 1990/794 (*Staat/B, Politie-inval*). Over hetzelfde onderwerp zie ook zijn *Centauren*, in: *Nieuwenhuisbundel* 1992, p. 121-132.

44 Conclusie voor HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, NJ 1990/794 (*Staat/B, Politie-inval*), onder 2.2.

45 Vergadering ter behandeling van de preadviezen van Koeman en De Planque over Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter, VAR 103 (1990), p. 16-20. Geciteerd van p. 17.

46 Vergadering ter behandeling van de preadviezen van Koeman en De Planque over Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter, VAR 103 (1990), p. 20.

47 J.L. de Wijkerslooth, *Het weigeren van schadevergoeding bij rechtmatige daad*, Bouwrecht 1988, p. 562-564.

48 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2000/814. De nieuwe druk bevat een zeer uitgebreide en genuanceerde beschrijving van verschillende typen rechtmatig en onrechtmatig overheids-handelen, zie Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/817-833-3, en 311-1 i.v.m. toerekening.

49 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/1108-4, p. 597.

dat degene die de activiteit verricht zich onvoldoende de belangen van de ander heeft aangetrokken.⁵⁰

De koppeling die Van Dam maakt tussen de verschillende gebieden waar sprake is van het handelen op grond van een bepaalde bevoegdheid, heb ik hierboven (in 4.3.1) ook gemaakt. Niet alleen op het gebied van het overheids-handelen (al is daarover wel het meest geschreven) doet zich de vraag voor wat het effect is van de aanwezigheid van een bepaalde bevoegdheid tot handelen op de civielrechtelijke kwalificatie van die handeling.

En met de kwalificatie die Van Dam aan dit type handelingen hecht, dat het zou gaan om ‘gedragingen die als zodanig niet onrechtmatig zijn’, schaaft hij zich in de lijn van Houwing, (R.J.) Polak, Bloembergen en vele anderen.⁵¹ Een moderne aanhanger van deze stroming is Kortmann. Hij verwijst naar het schade toebrengend overheidshandelen in de Duinwater- en Lefferszaken en stelt:

‘Het betreft overheidsoptreden dat tot schade aan belangen leidt waarop de overheid bedacht was of kon zijn. Als de overheid deze schade toch toebrengt omdat een hoger belang daartoe noopt, is er in mijn optiek geen plaats voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.’⁵²

Volgens Kortmann fungeert het hogere, door de overheid gediende, belang als rechtvaardigingsgrond. Van onrechtmatigheid is dan dus geen sprake.⁵³

4.3.5 Einde discussie?

De discussie, zoals die hierboven in grote lijnen is weergegeven, tendeerde naar het aannemen van aansprakelijkheid op grond van rechtmatige daad.⁵⁴ Spier schrijft al in 1992:

50 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2000/814, p. 198. Hij schaaft onder de besproken groep ook het geval van de executie van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis (t.a.p., p. 199, in de druk van 2020). Die gevallen worden door mij hierna besproken, in hoofdstuk 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*).

51 Opgemerkt moet worden dat Van Dam in de druk van 2020 het iets anders formuleert. Hij beschouwt de overheidsmaatregel en de geleden schade als ‘twee onderscheiden juridische feiten’. De overheidsmaatregel is rechtmatig en geeft geen recht op schadevergoeding; maar onrechtmatig is (zoals in de zaak-Lavrijsen) de schending van het gelijkheidsbeginsel. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/833-1, p. 433-434.

52 Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006, p. 77.

53 Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006, p. 75.

54 Zo reeds M. Scheltema in zijn annotatie bij HR 19 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD7927, NJ 1979/216 (*Semper Crescendo*), onder 4, slot.

‘Duidelijk is dat de rechter schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad aanvaardt.’⁵⁵

Ook is volgens Spier de vraag naar de grondbeginselen niet meer interessant.⁵⁶ Hij concludeert:

‘De discussie die tot nu toe vooral ging over de vraag of aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad werd aanvaard en waarop zij berustte dient zich verder te richten op de vraag in welke gevallen zij geïndiceerd is.’⁵⁷

Einde discussie, zou men kunnen denken. Maar die gedachte is niet juist.⁵⁸ Er waren al langere tijd tegengeluiden, zoals van Brunner,⁵⁹ Hartlief,⁶⁰ Van Maanen⁶¹ en Sieburgh.⁶² Maar ook Van Dam volgt in zijn herziene versie van Aansprakelijkheidsrecht in 2020 een gematigder lijn. Hij beschrijft het probleem van de aansprakelijkheid van bestuursbesluiten bij schending van het gelijkheidsbeginsel:

‘In dit soort gevallen gaat het om maatregelen die de overheid in het algemeen belang treft maar die een kleine groep burgers of bedrijven onevenredig benadeelt. Deze maatregelen en de besluiten waarop ze zijn gebaseerd, zijn echter niet onrechtmatig. Waarop kan in een dergelijk geval dan aansprakelijkheid van de overheid worden gebaseerd?’⁶³

55 J. Spier, *Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad* 1992 (WPNR 1992/6074, Themanummer De overheid in het privaatrecht, opgedragen aan J.M. Polak), p. 987, m.k.

56 J. Spier, *Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad* 1992, p. 987, r.k.

57 J. Spier, *Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad* 1992, p. 993, m.k.

58 Uitgebreid over de grondslag van de aansprakelijkheid in geval van onrechtmatige overheidsbesluiten: Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006. Over de vereisten causaliteit, relativiteit en toerekening zie L. de Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 2014.

59 Brunner in zijn annotatie bij HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, NJ 1992/638 (Varkensmester Leffers), m.nt. C.J.H. Brunner onder NJ 1992/639 (Aalscholvers), onder 4.

60 T. Hartlief, *Aansprakelijkheid bij (on)rechtmatige overheidsdaad*, A&V 1998, p. 79-86.

61 Van Maanen en De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* 2005, p. 172 e.v.

62 Sieburgh gaat uit van onrechtmatigheid die zij bespreekt in verband met strafvorderlijk optreden. De onrechtmatigheid schuilt volgens haar in misbruik van recht (zie *Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?* 2002). Dat lijkt mij overigens een gewrongen constructie. Er wordt geen recht misbruikt, ook niet als men artikel 3:13 zo ruim uitlegt als Sieburgh voorstaat. Er wordt volkomen rechtmatig opgetreden tegen een verdachte. Alleen rechtvaardigt die bevoegdheid niet het onvergoed laten van schade aan anderen. In Asser/Sieburgh 6-IV 2019/345 e.v. worden zowel rechtmatige als onrechtmatige daad als mogelijke grondslag besproken.

63 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/833-1.

Van Dams antwoord op de door hemzelf geformuleerde vraag luidt:

‘Het verdient hier (...) de voorkeur om de overheidsmaatregel en de geleden schade als twee onderscheiden juridische feiten te beschouwen. De overheidsmaatregel is een rechtmatige daad die geen recht geeft op schadevergoeding. De onrechtmatigheid van het overheidsgedrag moet hier worden gezocht in een schending van het gelijkheidsbeginsel.’⁶⁴

De worsteling is zichtbaar. Maatregel en schade worden uiteen getrokken tot twee ‘juridische feiten’. Vervolgens wordt de overheidsmaatregel op zichzelf beschouwd als een rechtmatige daad die geen recht geeft op schadevergoeding. Maar dat is wonderlijk. Met de enkele bevoegdheid om de maatregel uit te vaardigen, is immers niets mis. Om daarop het etiket ‘rechtmatige daad’ te plakken, lijkt niet zo relevant, omdat de bevoegdheid om de maatregel te treffen op zichzelf niet aan de orde zal zijn in een procedure.⁶⁵ Centraal in een procedure over de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de maatregel en over de schadevergoedingsclaim- en dus in dit debat, is de maatregel op grond waarvan schade is toegebracht, maar waarbij verzuimd is rekening te houden met de geschonden belangen.

4.4 VERWERPING VAN DE VISIE VAN BLOEMBERGEN C.S.

4.4.1 Vooraf

Het is waar: de visie van Bloembergen c.s. is aantrekkelijk. Ontdaan van details komt zij hierop neer: handelen in het algemeen of ander zwaarwegend belang is rechtmatig handelen. Dat lijkt logisch en terecht. Maar klopt het ook? Ik meen stellig van niet. Dat zal ik toelichten vanuit twee perspectieven: dat van de bevoegdheid en dat van de normschending: de recht- of onrechtmatigheid. Eerst sta ik nog kort stil bij de relevantie van het onderwerp.

4.4.2 Wat maakt het uit?

De vraag naar het onderscheid tussen onrechtmatig, gerechtvaardigd, of rechtmatig kan gemakkelijk worden bestempeld als een non-issue. Asser, optredend als waarnemend advocaat-generaal in de zaak Van Gastel/Van den Heuvel, ziet die betrekkelijkheid van het probleem:

⁶⁴ Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/833-1, p. 433-434.

⁶⁵ Althans: buiten de hier niet aan de orde zijnde situatie dat er al iets schort aan de bevoegdheid waarop de overheid zich baseert.

‘Ik wil wel toegeven dat het onderscheid tussen een onrechtmatige daad waaraan een rechtvaardigingsgrond het onrechtmatige karakter ontnemt en een niet-onrechtmatige daad soms nogal subtiel is.’⁶⁶

De keus voor de grondslag (rechtmatige of onrechtmatige daad) is evenwel niet onbelangrijk, omdat zij gevolgen heeft voor de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen. Dat blijkt al uit de eerste zin van artikel 6:162:

‘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.’

Voor de verplaatsing van geleden schade kent het burgerlijk recht als algemene buitencontractuele grondslag de onrechtmatige daad. Schadevergoeding voor rechtmatige daad komt men slechts in een klein aantal, expliciet benoemde, gevallen tegen.⁶⁷

4.4.3 Het procedurele belang van het onderscheid

Ook procedureel kan het onderscheid tussen rechtmatige en onrechtmatige daad van belang zijn. Asser, in zijn hierboven al genoemde conclusie voor Van Gestel/Van den Heuvel, legt uit waarom de keuze van de correcte grondslag van belang is:

‘juist omdat een rechtvaardigingsgrond een uitzonderingskarakter heeft met alle gevolgen voor de daaraan te stellen eisen in procesueel en materieel opzicht (te denken valt aan de stelplicht en bewijslast en het gewicht van de eraan ten grondslag liggende feiten en omstandigheden)’.⁶⁸

Alleen al om procestechnische redenen is het onderscheid relevant.⁶⁹ Uiteraard is het onderscheid ook van belang voor een goed begrip van de rechtvaardiging en de aard van de rechtvaardiging.

66 Conclusie voor HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, NJ 1987/703 (*Van Gestel/Van den Heuvel*), onder 22.

67 Vgl. Asser-Sieburgh 6-IV 2019/25.

68 Conclusie voor HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, NJ 1987/703 (*Van Gestel/Van den Heuvel*), onder 22.

69 In dezelfde zin Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 17.

4.4.4 Het belang van het onderscheid in verband met de hoogte van de schadevergoeding

Tenslotte zou de keus van de grondslag rechtmatige of onrechtmatige daad van belang kunnen zijn in verband met de hoogte van de schadevergoeding. Van Maanen en De Lange wijzen erop dat door het nalaten van het aanbieden van schadevergoeding een grotere schade kan zijn ontstaan dan het bedrag dat als compensatie – vooraf – zou moeten zijn aangeboden.⁷⁰

4.4.5 Het manco, gezien vanuit de rechtvaardiging

Volgens Bloembergen transformeert de enkele bevoegdheid waarop de overheid haar handelen baseert (handelen in het algemeen belang), de daad in een rechtmatige. Gezien vanuit de rechtvaardiging is dat te kort door de bocht.

In de toelichting op het – overigens niet ingevoerde – artikel 5.1.3 wordt uitdrukkelijk op dit punt gewezen:

‘Men lette erop dat de enkele omstandigheid, dat een inbreukmakende handeling in het algemeen belang is, daaraan de onrechtmatigheid niet ontnemt; het algemeen belang is geen algemene rechtvaardigingsgrond.’⁷¹

Probleem in de redenering van Bloembergen c.s. is, in de grond, dat de enkele bevoegdheid – het algemeen belang/ het eigen recht – wordt gelijkgesteld met rechtmatigheid. De redenering geeft daarmee blijk van een onjuist begrip van de ingeroepen bevoegdheid.

Niet het feit dat *een* bevoegdheid voorhanden is, maar dat er een *toereikende* bevoegdheid is, maakt de handeling tot een rechtmatige.

4.4.6 Het manco, gezien vanuit de normschending

Dat de redenering van Bloembergen c.s. onjuist is, blijkt ook wanneer men denkt vanuit de normschending. Dat kan (alweer) vanuit twee perspectieven: van de rechtmatigheid en van de onrechtmatigheid. Ik begin met het eerste.

De vraag moet worden gesteld wat ‘rechtmatig’ is in de visie van Bloembergen; het begrip ‘rechtmatigheid’ heeft immers geen vaststaande betekenis. Hierboven heb ik het opgevat als volkomen tegenstelling tot onrechtmatigheid, namelijk als: *zorgvuldig* handelen.⁷² Naar ik vermoed, is dat ook de betekenis die Bloembergen eraan hecht in de bovenstaande citaten. Het ligt ook voor

70 Van Maanen en De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* 2005, p. 173-174 e.v.

71 TM, *Parlementaire Geschiedenis BW Boek 5* 1981, p. 65-66.

72 Zie par. 1.4.7 (*Het verschil tussen rechtmatig en niet-onrechtmatig*).

de hand om de term zo op te vatten in het geval van handelen door de overheid. Deze moet zich, op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zorgvuldig gedragen.⁷³ Rechtmatig overheidshandelen moet dus zijn: gedrag dat de zorgvuldigheidstoets kan doorstaan.

Maar kan het handelen van een overheid die schade toebrengt in algemeen belang, en daarbij verzuimt rekening te houden met getroffen burgers, worden aangemerkt als zorgvuldig handelen? In het licht van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is dat niet vol te houden. In de hierboven besproken casus van *Sporrong en Lönnroth* concludeerde het hof tot een schending van artikel 1 Protocol 1 en 6 lid 1 EVRM.⁷⁴ De Zweedse staat werd dan ook uiteindelijk veroordeeld tot vergoeding van de schade en de proceskosten aan *Sporrong en Lönnroth*.⁷⁵

Niet alleen geredeneerd vanuit het rechtmatigheidsbegrip, maar ook geredeneerd vanuit het onrechtmatigheidscriterium kan de gedachte dat een overheid die handelt in het algemeen belang, maar daarbij onvoldoende rekening houdt met bepaalde belangen, geen stand houden. Immers: de zorgvuldigheidsnorm eist dat bij de handeling een juiste afweging van de betrokken belangen is gemaakt. Wanneer de handelende er blijk van geeft dat hij zich de belangen van derden onvoldoende heeft aangetrokken, zal de handeling om die reden als onzorgvuldig moeten worden aangemerkt. En dat is precies de leer van de Hoge Raad, zoals het volgende, klassieke, arrest demonstreert.

De gemeente Den Haag exploiteert een sprank in de duinen, waardoor zij veel grondwater onttrekt aan de naburige weilanden van Jochems. Deze weilanden dreigen door uitdroging volkomen waardeloos te worden en Jochems moet kostbare maatregelen treffen om dat te voorkomen. De gemeente weigert de kosten hiervan voor haar rekening te nemen. De Hoge Raad meent dat de exploitatie van de sprank door de gemeente 'uit oogpunt der gemeentelijke belangen volkomen gerechtvaardigd of zelfs geboden kan zijn', ook als dat schade met zich meebrengt voor een eigenaar van een naburig erf, als Jochems. Niettemin meent de Hoge Raad dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld. Reden daarvoor is de wijze waarop de gemeente haar belangen heeft nagestreefd, namelijk:

'waar zij de sprank is gaan exploiteeren zonder zich de belangen van zoodanigen eigenaar aan te trekken'.⁷⁶

73 Vgl. bijv. J.M. Polak, *De onrechtmatige daad der overheid*, in: *Onrechtmatige daad*, BWKJ 1996, p. 114.

74 EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, *Series A*, no. 52 (*Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*).

75 EHRM 18 december 1984, *Series A*, no. 88. Aan *Sporrong* werd een bedrag van 800.000 SEK toegekend en aan *Lönnroth* 200.000 SEK. Aan hen beiden tezamen werd een (proces)kostenvergoeding van ruim 700.000 SEK toegekend.

76 HR 18 februari 1944, ECLI:NL:HR:1944:33, NJ 1944/226 (*Haagse duinwaterleiding*).

Dat is wat de gemeente wordt aangerekend: exploitatie van de sprank, *zonder zich de belangen van anderen aan te trekken*, dus op een onjuiste wijze.

Van Maanen en De Lange formuleren het aldus:

‘Het *rechtmatige* besluit had vergezeld dienen te gaan van een – uit het beginsel van *égalité* voortvloeiende – compensatieverplichting. Door het nalaten van dat laatste wordt het gedrag van de overheid *onrechtmatig* tegenover bepaalde onevenredig benadeelde burgers.’⁷⁷

De onrechtmatigheid van het overheidshandelen schuilt dus in het nalaten een goede regeling te treffen voor de burgers die door het besluit onevenredig benadeeld zijn.

4.4.7 Conclusie

Wie, uitgaand van een bevoegdheid zoals het algemeen belang, het handelen op grond van de enkele aanwezigheid van die bevoegdheid, als rechtmatig kwalificeert, ziet voorbij aan de eis van de juiste belangenafweging, en daarmee aan de kern van de zorgvuldigheidstoets. Anders dan vele auteurs, van Bregstein tot Bloembergen c.s., menen, moet de schadevergoeding niet worden betaald omdat geen schadevergoeding is betaald, maar omdat men bij de handeling onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van anderen. Dat is onzorgvuldig en *daarom* is men schadeplichtig.

Wie zich voor zijn schade toebrengend handelen slechts kan beroepen op een onvolledige rechtvaardiging, zal met dat enkele beroep het oordeel over de daad niet van onrechtmatig in rechtmatig kunnen veranderen. De onvolledige rechtvaardiging schiet (op zichzelf) tekort om de handeling als rechtmatig te kunnen kwalificeren.

4.5 DE ONVOLLEDIGE RECHTVAARDIGING EN HET OORDEEL OVER DE RECHTMATIGHEID VAN DE HANDELING EN DE VERGOEDINGSPLICHT

4.5.1 Inleiding

Aan het slot van dit hoofdstuk onderzoek ik kort wat de gevolgen van de aanwezigheid van een onvolledige rechtvaardiging zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling. Kort, omdat verderop in deze studie uitgebreid wordt beschreven hoe de verschillende rechtvaardigingen doorwer-

⁷⁷ Van Maanen en De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* 2005, p. 173.

ken op de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling,⁷⁸ en op de beoordeling van de vergoedingsplicht.⁷⁹

4.5.2 Hoe de ontoereikende rechtvaardiging aan te vullen?

Wanneer een beroep wordt gedaan op een ontoereikende rechtvaardiging, schiet de ingeroepen bevoegdheid op zichzelf tekort als verweer tegen een onrechtmatige daadsactie, zo is in dit hoofdstuk betoogd. Dat wil echter niet zeggen dat het oordeel over de daad uiteindelijk ook ‘onrechtmatig’ zal luiden. Het definitieve oordeel hangt ervan af op welke wijze men, bij het uitoefenen van de bevoegdheid, rekening heeft gehouden met de belangen van anderen. Op welke wijze men rekening kan – of: had moeten – houden met de belangen van anderen, zal van geval tot geval verschillen. Ook deze kwestie komt als gezegd verderop in deze studie nog aan de orde, in hoofdstuk 12 over de gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor het oordeel over de vergoedingsplicht. Hier alvast enkele korte opmerkingen.

Allereerst kan men, bij het uitoefenen van de bevoegdheid, maatregelen nemen die schade bij de ander voorkomen. Wanneer tevoren afdoende maatregelen zijn getroffen, zal geen schade ontstaan, en dus geen vorderingsrecht. Aan de vraag naar de grondslag van een vorderingsrecht of vergoedingsplicht komt men dan dus ook niet toe. Wanneer de maatregelen niet afdoende blijken, is de verplichting tot het treffen van afdoende maatregelen dus niet, of niet juist, nagekomen, en is men vergoedingsplichtig. In de casus van Jochems en de gemeente Den Haag was dit de redenering van de Hoge Raad. De gemeente had maatregelen moeten treffen om Jochems’ schade te voorkomen. Nu zij dat naliet, deed Jochems het in haar plaats en vorderde de kosten ervan vervolgens terug.⁸⁰

Ook kan men zich de belangen van anderen aantrekken door van te voren ‘schadevergoeding aan te bieden of te betalen’ aan hen die door de handeling worden benadeeld.⁸¹ Ook op die manier voorkomt men dat onrechtmatig wordt gehandeld. De handeling is vervolgens geheel rechtmatig; de vergoedingsplicht berust niet op onrechtmatige daad, maar op de contractuele afspraak de schade te vergoeden.

Aan het voorgaande moet worden toegevoegd dat het bij sommige handelingen naar hun aard onmogelijk is om tevoren schadevergoeding aan te bieden. Denk aan strafvorderlijk optreden tegen een verdachte, waarbij aan

78 In hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel handeling*).

79 In hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

80 Zie nogmaals: HR 18 februari 1944, ECLI:NL:HR:1944:33, NJ 1944/226 (*Haagse duinwaterleiding*).

81 HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, NJ 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stroom VII*).

derden schade wordt toegebracht. Dan gaat het om vaak in stilte voorbereide operaties, waarvan het niet gewenst is dat derden daarvan al vooraf op de hoogte zijn. Zolang er geen wettelijke regeling getroffen is die de schade in zo'n geval regelt (en waarin rekening wordt gehouden met alle eventuele betrokkenen), zal de schade alleen achteraf vergoed kunnen worden.⁸²

4.5.3 Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht?

De vraag of een vergoedingsplicht uit onrechtmatige daad bestaat in geval een op zichzelf niet toereikende bevoegdheid is uitgeoefend, komt als gezegd hierna aan de orde. Maar op deze plaats is het goed alvast stil te staan bij de factoren die van belang kunnen zijn voor het oordeel over de vergoedingsplicht. Daarvoor kan worden aangeknoopt bij de rechtspraak van de Hoge Raad over het op zichzelf rechtmatig strafvorderlijk optreden, waardoor aan derden schade wordt toegebracht, waarbij als leidraad geldt het Uzi-arrest uit 2004.⁸³

De Hoge Raad stelt daarin voorop dat ook als een overheidshandeling op zichzelf niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt (zoals bij rechtmatig strafvorderlijk optreden) de overheid op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor onevenredig nadelige gevolgen van zo'n handeling. Dat wil zeggen, zo overweegt de Raad, voor

‘de gevolgen die buiten het normale maatschappelijk risico of normale bedrijfsrisico vallen en die op een beperkte groep burgers of instellingen drukken’.⁸⁴

De vraag of in een bepaald geval de gevolgen van het overheidsoptreden inderdaad buiten het normale risico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. De Hoge Raad somt, kennelijk niet limitatief,⁸⁵ de volgende op:

1. de aard van de overheidshandeling;
2. het gewicht van de daarmee gediend belang;
3. de voorzienbaarheid van de handeling en de gevolgen daarvan voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt;
4. de aard en omvang van de toegebrachte schade.

82 Zie bijvoorbeeld: HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, NJ 1992/638 (*Varkensmester Leffers*).

83 HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392 (*Uzi*).

84 HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392 (*Uzi*), r.o. 3.3, onder verwijzing naar HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615 (*Staat/Lavrijsen*).

85 De Hoge Raad overweegt: ‘van belang hierbij onder meer zijn’, zie HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392 (*Uzi*), r.o. 3.3.

Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat, voor zover het gaat om strafvorderlijk optreden waarvan de gevolgen een ander dan de verdachte treffen,

‘als uitgangspunt (kan) worden gehanteerd dat in het algemeen enig ongemak of gering tijdverlies niet als onevenredig kan worden aangemerkt en dat men dit zal moeten aanvaarden als vallend binnen het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico, maar dat dit niet zonder meer zal kunnen worden gezegd indien zaken van die ander als gevolg van dit optreden worden beschadigd’.⁸⁶

De criteria zijn geformuleerd in het kader van het rechtmatig uitoefenen van een strafrechtelijke bevoegdheid. Naar ik meen, kunnen ze ook worden toegepast bij de beoordeling van het uitoefenen van andere bevoegdheden. In hoofdstuk 12, waar de gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor het oordeel over de vergoedingsplicht aan de orde komen, worden de omstandigheden in een breder verband besproken.⁸⁷ Daar wordt tevens gezien welke andere omstandigheden van belang kunnen zijn dan de door de Hoge Raad genoemde.

4.6 CONCLUSIE EN SLOT

Het uitoefenen van een bevoegdheid is op zichzelf geen rechtmatig handelen. Wanneer is gehandeld op grond van een onvolledige rechtvaardiging en daarbij schade is toegebracht, is het handelen onrechtmatig. Dat laatste kan anders liggen als tevoren een regeling met betrekking tot de te verwachten schadelijke gevolgen was getroffen.

Nu na de volledige rechtvaardiging (in het vorige hoofdstuk) ook de onvolledige rechtvaardiging in beeld is gebracht, is het tijd stil te staan bij het laatste type rechtvaardigingen: de voorwaardelijke rechtvaardiging. Daarover gaat het volgende hoofdstuk.

⁸⁶ HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392 (*Uzi*), r.o. 3.3. Vaste leer, zie bijvoorbeeld HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7396, NJ 2014/467.

⁸⁷ Zie hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*), waar de omstandigheden worden besproken, mede in verband met de proportionaliteitseis, zie par. 12.5.4 (*Het gediende en het geschonden belang*).