



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).

12 | Bijzondere lijnen

12.1 INLEIDING

Als een analyse van uitsluitend algemene lijnen ontoereikend is voor het Engelse overheidsaansprakelijkheidsrecht, dan voldoet dit ook niet voor het Nederlandse. Ten behoeve van de rechtsvergelijking volgt dit hoofdstuk in grote lijnen dezelfde opbouw als het negende.

12.2 WEG-, WATER- EN RIOOLBEHEER

De Wegenwet 1930 legt het Rijk, de provincie, de gemeente en het waterschap de verplichting op openbare wegen te onderhouden opdat deze wegen in een goede staat verkeren.¹ Het betreft een publiekrechtelijke verplichting. De civiele rechter is bevoegd te oordelen over geschillen die daaruit voortvloeien, met dien verstande dat de civiele rechter een beoordeling van een besluit door de bestuursrechter niet over wil doen. Al in het *Ferwerderadeel*-arrest oordeelt de Hoge Raad over aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder. Een waarschuwbord had ontbroken nabij de plaats waar zich een gat in de weg bevond, zodat een ongeluk plaats had kunnen vinden. Zowel de rechtbank als het gerechtshof hadden de vordering van eiser toegewezen. De Hoge Raad verwierp het tegen het arrest van het gerechtshof ingestelde cassatiemiddel. Op de wegbeheerder rust een plicht ervoor te waken dat er geen gevaar bestaat voor de veiligheid van personen en goederen waarvan het vervoer met normale voorzichtigheid plaats vindt. Bij de beoordeling van de schending van die plicht moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, waaronder naast de belangen van de weggebruikers in beginsel ook het financiële belang van de overheid.²

Artikel 6:174 BW bepaalt sinds 1 januari 1992 dat de overheid als wegbeheerder aansprakelijk is voor schade die weggebruikers lijden als gevolg van het niet in een goede staat zijn van de weg. Aansprakelijk is het overheids-

1 Zie artikel 15, eerste lid, Wegenwet. Over 'openbare weg', zie artikel 4 j° artikel 1 Wegenwet. De onderhoudsplicht die geldt voor de openbare weg strekt zich ook uit tot duikers en bermen.

2 HR 9 januari 1942, *NJ* 1942, 295 (concl. P-G Berger; Burgemeester Ferwerderadeel/De Blauw).

lichaam dat moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert, wanneer de openbare weg niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert. Het betreft hier risicoaansprakelijkheid. Toerekening vindt plaats op grond van de wet en niet vanwege schuld of toerekening volgens de verkeersopvatting. Het verweer dat de wegbeheerder niet van het gebrek of van het gevaar op de hoogte is geweest, zal hem niet baten. De wegbeheerder kan zich daarentegen wel met succes tegen een schadevordering verweren, wanneer aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben ontbroken als het overheidslichaam op het tijdstip van het ontstaan van het gevaar met dit gevaar bekend zou zijn geweest.

Wanneer de openbare weg niet gebrekkig is maar in een goede staat verkeert, zal de overheid niet aansprakelijk zijn op grond van artikel 6:174 BW.³ Een kuil in de onverharde grond náást een verhard voetpad is geen gebrek aan het voetpad zelf.⁴ Een dun laagje sneeuw dat de weg bedekt, geldt evenmin als een gebrek van de weg. Sneeuw is immers niet duurzaam met het wegdek verenigd.⁵ Een gebrek – bijvoorbeeld als gevolg van het uitvoeren van werkzaamheden – dat geen gevaar oplevert omdat de plaats van de werkzaamheden op duidelijke wijze is afgezet, leidt evenmin tot aansprakelijkheid op grond van artikel 6:174 BW.⁶ Op deze gevallen is artikel 6:174 niet van toepassing.

Voor de ontsappingsclausule zijn niet alleen van betekenis de functie en de fysieke toestand van de weg, maar ook de wijze waarop verkeersdeelnemers van de weg gebruik maken.⁷ Artikel 6:174 BW bevat geen absolute norm voor een goede staat van onderhoud. Normale, voorzichtige weggebruikers dienen ermee te rekenen dat de weg niet altijd in perfecte staat verkeert. Niet onder alle omstandigheden vergt deze bepaling dat nog vóór het intreden van gladheid een preventieve strooiactie wordt gehouden.⁸ De Provincie Gelderland was niet aansprakelijk toen zij enkel schrikhekken met reflecterende strepen had geplaatst op een plaats waar omgevallen bomen voor een gevaarlijke situatie zorgden. Een automobilist was tegen de schrikhekken opgebotst en van de weg af geraakt. De rechtbank erkende dat de extreem slechte weersomstandigheden de wegbeheerder zeer veel drukte hadden bezorgd. Zij

3 Rb Middelburg 7 november 2001, zaak 498/00, <www.rechtspraak.nl> (Breskensse stoep-tegel). Vgl. echter Rechtbank Middelburg 20 augustus 2003, *NJ* 2003, 734 (Goese straatkolk).

4 Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2003, zaak C0100816/HE, <www.rechtspraak.nl>, r.o. 4.6 (Voetpad te Oss). Vgl. Hof Arnhem 18 april 2002 en 26 september 2000, *NJ* 2003, 53 (Bieleman/Lochem of Gevaarlijke duiker).

5 Rb Arnhem 16 april 2003, zaak 2001/1819, <www.rechtspraak.nl> (Gelderland & Politie Gelderland-Midden). Zie ook HR 3 mei 2002, *AB* 2004, 47, *NJ* 2002, 465 (concl. A-G Spier; Rondweg Dordrecht).

6 Rb Maastricht 23 mei 2002, zaak 69854, <www.rechtspraak.nl> (Meerssen).

7 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 10 (concl. A-G Spier; Scheemda/Olsder). Zie ook Rb 's-Gravenhage 13 maart 2002, *NJ* 2003, 101 (Hazerswouds fietspad).

8 Rb Arnhem 16 april 2003, zaak 2001/1819 (Gelderland)

oordeelde dat voldoende tijdig al het mogelijke was gedaan en dat er voor de provincie bovendien weinig te kiezen was geweest: beter materiaal was eenvoudig niet beschikbaar en door plaatsing van hekken bij een concentratie van openbare straatverlichting was de afwezigheid van knipperlichten gecompenseerd.⁹

De wegbeheerder kan ook aansprakelijk zijn omdat een onrechtmatige daad aan zijn schuld is te wijten of naar verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Aansprakelijk is de overheid dan op grond van artikel 6:162 BW. Bij de parlementaire behandeling van de Wegenwet bleek dat het bevorderen van de veiligheid van het verkeer niet onder de reikwijdte van de onderhoudsplicht van de gemeenten valt. De verplichting te zorgen voor vrij uitzicht bij bochten en kruispunten van wegen rust op gemeentebesturen op grond van de Gemeentewet.¹⁰

Een actie uit onrechtmatige daad kan een mogelijkheid zijn voor rechtzoekenden om hun schade op de overheid te verhalen wanneer artikel 6:174 BW niet van toepassing is.¹¹ Iemand was in een kuil gevallen in de onverharde grond naast een voetpad. De schade was niet het gevolg van een gebrek aan het voetpad zelf. Naar het oordeel van het Hof Den Bosch rustte op de gemeente wel de verplichting ervoor te zorgen dat de openbare weg, daaronder begrepen de naast het voetpad gelegen grond, in een goede staat verkeerde en geen gevaar opleverde voor personen en zaken. Door deze verplichting te schenden handelde de gemeente onzorgvuldig. Zij was aansprakelijk uit onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. De onverharde, direct naast het voetpad gelegen grond was in dit verband mede onder de openbare weg te begrijpen.¹²

Het kan moeilijk zijn met precisie te zeggen op welk artikel een vordering behoort te worden gebaseerd, bijvoorbeeld bij het ontbreken van een waarschuwing tegen omvallende bomen bij een wegafsluiting bestaande uit schrikhekken.¹³

Bij beoordeling van de onzorgvuldigheid is van belang of de wegbeheerder minder aan controle en onderhoud heeft gedaan dan in de gegeven omstandigheden van hem mocht worden verwacht en of er maatregelen getroffen hadden kunnen en moeten worden met het oog op de beschikbare middelen, de mate

9 Rb Arnhem 29 januari 2003, zaak 2002/1120, <www.rechtspraak.nl> (Ermelose schrikhekken).

10 Aldus bleek tijdens de parlementaire behandeling van artikel 16 Wegenwet, zie Van Ginkel 2005, p. 108.

11 Conclusie A-G Spier bij HR 26 september 2003, AB 2004, 46 m.nt. GAvdV (Ws Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland).

12 Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2003, zaak C0100816/HE, r.o. 4.7 (Voetpad te Oss). Vgl. artikel 1, eerste lid onder b, Wegenverkeerswet 1994.

13 Zie Rb Arnhem 16 april 2003, zaak 2001/1819, <www.rechtspraak.nl> (Gelderland). In casu was een vordering ingesteld die gebaseerd was op artikel 6:174 BW. Zie ook Hekster 2003 en Van der Veen in diens noot bij HR 26 september 2003, AB 2004, 46 (Ws Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland).

van waarschijnlijkheid dat weggebruikers schade zouden ondervinden en de te verwachten ernst van die schade. Dit zijn de uit hoofdstuk 11 bekende *Kelderluik-criteria*.¹⁴ Mij is niet gebleken dat het vierde criterium, de bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen waaronder ook financiële middelen zijn te verstaan, tot bijzondere aandacht voor de staatskas leidt. De vraag of de gedupeerde weggebruiker verzekerd is, blijft buiten beschouwing.¹⁵ Bij de vraag of bepaalde veiligheidsmaatregelen moeten worden genomen, is van bijzonder gewicht de mate van waarschijnlijkheid dat weggebruikers niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid zullen betrachten – en daarmee aan de mate van waarschijnlijkheid dat daaruit ongevallen ontstaan en de ernst van die gevolgen en de mate van bezwaarlijkheid van het nemen van veiligheidsmaatregelen. De wegbeheerder behoort erop bedacht te zijn dat weggebruikers enigszins harder rijden dan is toegestaan en minder oplettend zijn dan gewenst.¹⁶ Aan de waarschuwingsplicht van een wegbeheerder ten opzichte van automobilisten mag men hogere eisen stellen dan aan het waarschuwen van fietsers en voetgangers, omdat laatstgenoemden gezien hun veel lagere snelheid meer tijd en gelegenheid hebben de verkeerssituatie te overzien.¹⁷ De waarschuwingsplicht van de wegbeheerder is waarschijnlijk lichter bij een onverharde weg in het buitengebied dan bij een hard pad in de bebouwde kom.¹⁸

Een toerekenbare onrechtmatige daad pleegt de wegbeheerder die gevaren kent en ze desalniettemin laat voortbestaan, terwijl het nemen van eenvoudige maatregelen dit gevaar aanzienlijk zou kunnen verminderen.¹⁹ Van een wegbeheerder kan men echter niet in redelijkheid vergen dat hij hekken en waarschuwingsborden vanwege werkzaamheden op een zodanige wijze neerzet en bevestigt dat ze tegen vandalisme bestand zijn.²⁰ De Hoge Raad heeft wel geoordeeld dat een bord dat verkeer attendeert op opspattende stenen niet noodzakelijkerwijs ook waarschuwt tegen slipgevaar door losliggende stenen.²¹

Te allen tijde dient de wegbeheerder in het oog te houden dat het ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk moet zijn dat een weg hoogstwaarschijnlijk ongeschikt – in de zin van onbegaan-

14 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (concl. A-G Van Oosten; Coca Cola/Duchateau). Zie ook HR 26 september 2003, *AB* 2004, 46 m.nt. GAvdV (concl. A-G Spier; Ws Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland).

15 Gemeenten kunnen zich ook verzekeren. Zie nader Kamphuijsen 2003.

16 Zie ook HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 172 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; Van den Hemel/Royal Nederland).

17 Rb Utrecht 27 september 2000, zaak 109152/HA ZA 99-2249, <www.rechtspraak.nl> (Avero Zorgverzekeringen/Utrecht).

18 Hof Arnhem 18 april 2002 en 26 september 2000, *NJ* 2003, 53 (Bieleman/Lochem of Gevaarlijke duiker).

19 Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2003, zaak C0100816/HE (Voetpad te Oss).

20 Hof 's-Gravenhage 15 mei 1985, *NJ* 1986, 254 (Den Haag/Groenendijk).

21 HR 6 september 1996, *AB* 1997, 33 m.nt. ThGD (concl. A-G Hartkamp; Annema/Staat).

baar – is.²² Volgens het gerechtshof was de wegbeheerder aansprakelijk, maar diende de omvang van de schadevergoedingsplicht met toepassing van artikel 6:101 BW te worden gereduceerd. De Hoge Raad oordeelde echter dat het arrest van het gerechtshof wat betreft de omvang van de waarschuwingsplicht onvoldoende was gemotiveerd. Het arrest *Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland* heeft in ieder geval bevestigd dat de eisen die het maatschappelijke verkeer stelt niet grenzeloos zijn.

Aanvankelijk mocht de wegbeheerder uitgaan van ‘normale voorzichtigheid’,²³ maar sinds het arrest *Diemen/Rep-Tax* is dit anders.²⁴ De gemeente heeft een vergaande zorgplicht voor de goede staat van de openbare weg, opdat de toestand van de weg de veiligheid van personen en zaken niet in gevaar brengt en dient daarbij in aanmerking te nemen dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid in acht nemen. Betoogd is dat *Diemen/Rep-Tax* thans ook onder artikel 6:174 BW zou kunnen worden gebracht.²⁵

Uitzonderlijke schade en uitzonderlijk gróte schade doen aan een bestaand oorzakelijk verband niet af.²⁶ Een causaal verband ontbreekt bijvoorbeeld wel wanneer blijkt dat door preventief strooien (bij dreigende gladheid) een ongeval niet had kunnen worden voorkomen, omdat deze strooiactie nooit op tijd voltooid zou zijn geweest om dit effect te hebben.²⁷ Ten aanzien van eigen schuld, het element dat de omvang van de schadevergoedingsplicht kan verkleinen, is de rechtspraak wisselend gunstig voor rechtzoekenden en overheden.²⁸ Het begaan van een verkeersovertreding kan er wel degelijk toe leiden dat de omvang van de schadevergoedingsplicht vanwege eigen schuld aanmerkelijk wordt verminderd of zelfs tot nul gereduceerd zoals in de hiervoor genoemde zaak *Diemen/Rep-Tax*.²⁹ De dronkenschap van een voetganger die in een werkput aan de rand van de openbare weg viel en door verstikking om het leven kwam, is niet van invloed geweest op de vestiging van aansprakelijkheid en heeft evenmin gevolgen gehad voor de omvang van de schadevergoedingsplicht. De rechtbank overwoog dat de dronkenschap

22 HR 26 september 2003, *AB* 2004, 46 m.nt. GAvdV (Ws Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland).

23 HR 9 januari 1942, *NJ* 1942, 295 (concl. P-G Berger; Burgemeester Ferwerderadeel/De Blauw).

24 Zie HR 20 maart 1992, *AB* 1992, 406 m.nt. FHvdB, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (concl. A-G Mok; *Diemen/Rep-Tax*). Zie ook HR 24 april 1970, *NJ* 1970, 387 (concl. A-G Van Oosten; Jamin).

25 Zie G.E. van Maanen & De Lange 2000, p. 102. Zie ook Van der Does & Snijders 2001, p. 90-91.

26 Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2003, zaak C0100816/HE (Voetpad te Oss) – schuldaansprakelijkheid; Rb 's-Gravenhage 13 maart 2002, *NJ* 2003, 101 (Hazerswouds fietspad) – risico-aansprakelijkheid.

27 Rb Arnhem 16 april 2003, zaak 2001/1819 (Gelderland).

28 Zie bijvoorbeeld Rb 's-Gravenhage 13 maart 2002, *NJ* 2003, 101 (Hazerswouds fietspad).

29 G.E. van Maanen & De Lange 2000, p. 2.

in het niet viel bij wat de gemeente (niet) had gedaan.³⁰ Een vermindering van de eigen reactiesnelheid door de combinatie van drugs en alcohol kan echter wel aan de vestiging van aansprakelijkheid van de wegbeheerder in de weg staan.³¹ Een beroep op eigen schuld omdat de voetganger voorovergebogen had gelopen en onvoldoende oplettend zou zijn geweest, maakte in ieder geval geen indruk toen een onrechtmatige daad jegens een minderjarige was begaan.³²

Waterbeheer is evenals wegbeheer een publiekrechtelijke taak met plichten en bevoegdheden waar beleids- en beoordelingsvrijheid mee kan zijn gemoeid. De beoordeling van het schadeaspect is deels aan de bestuursrechter en deels aan de civiele rechter toevertrouwd. De bestuursrechter bekommert zich om overheidsaansprakelijkheid in het kader van nadeelcompensatie bij discretionaire bevoegdheden op wettelijke of buitenwettelijke grondslag. De civiele rechter buigt zich over vragen van schadevergoeding wanneer iemand stelt dat jegens hem een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW is gepleegd. Wanneer de schadeoorzaak is gelegen in het nemen van een appellabel besluit doet de civiele rechter dit oordeel niet over.

Een belangrijk arrest is *Bargerbeek/Juurling*. Een aardappelboer raakte na hevige regenval in de problemen. Hij baseerde zijn vordering op nalatigheid van het waterschap om de sloten tijdig van plantengroei te ontdoen zodat het water via de sloot afgevoerd kon worden.³³ Het gerechtshof had een zeer ruime zorgplicht aangenomen voor het waterschap: de in de verplichting tot het beheer en onderhoud voor de grondgebruikers gelegen waarborg bracht aansprakelijkheid mee bij schending van deze plicht. De Hoge Raad ging dit te ver: bij gebrek aan een voorziening in het Waterschapsreglement of in andere wettelijke bepalingen kan die waarborg niet worden gebaseerd op het enkele gegeven dat de sloot in onderhoud was bij het waterschap.

Voor aansprakelijkheid, direct en slechts voortvloeiend uit schending van een wettelijke plicht, is geen plaats, maar mogelijk wel voor schending van een zorgvuldigheidsverplichting. Het waterschap heeft een onderhoudsplicht en hoever die reikt hangt af van een aantal factoren. De Hoge Raad noemt er vier: het aantal, de aard en de lengte van de waterwegen, het aantal gronden binnen het gebied waarvan het waterschap weet, of hoort te weten dat zij door hun lage ligging bijzonder kwetsbaar zijn, de financiële en andere middelen die het waterschap ten dienste staan en ter afsluiting de eigen inbreng van de eigenaar of gebruiker van de grond bij het ontstaan van het lage waterpeil. Dienaangaande kan het waterschap 'een zekere marge van beleidsvrijheid niet

30 Rb Maastricht 23 mei 2002, zaak 69854, <www.rechtspraak.nl> (Meerssen).

31 Rb Utrecht 27 september 2000, zaak 109152/HA ZA 99-2249 (Avero Zorgverzekeringen/Utrecht). Het gaat hier overigens om (mogelijke) aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW.

32 Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2003, zaak C0100816/HE, <www.rechtspraak.nl> (Voetpad te Oss).

33 HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332 m.nt. CJHB (concl. A-G Ten Kate; Ws Bargerbeek/Juurlink).

worden ontzegd', aldus de Hoge Raad. In zijn arrest *De Haas/Waterschap De Dommel* heeft de Hoge Raad nog een vijfde gezichtspunt toegevoegd aan de vier *Bargerbeek*-punten: bij de beoordeling van aansprakelijkheid slaat de civiele rechter ook acht op maatregelen die een waterschap heeft genomen om onevenredige nadelen te ondervangen.³⁴

Inmiddels zijn vraagtekens geplaatst bij deze open formule, want een waterschap is alleen ('exclusief') verantwoordelijk voor het handhaven van het waterpeil in het kader van zijn zorg voor de waterhuishouding in een bepaald gebied. Een algemene bestuurstaak heeft het niet. Daarom kan het zich niet verweren door te stellen dat in het kader van een politieke afweging prioriteit is gegeven aan een andere taak. Het kan zich er slechts op beroepen dat binnen die waterstaatkundige taak tot een andere prioriteitenstelling is gekomen, bijvoorbeeld omdat schaarste aan middelen financiële prioriteitenstelling noodzakelijk heeft gemaakt. Drupsteen heeft hierover geschreven:

"Tegen de huidige wettelijke achtergrond zou het uitgangspunt moeten zijn dat ingelanden in beginsel aanspraak kunnen maken op 'droge voeten' en dat het aan het waterschap is om aan te geven waarom in een concreet geval aan deze zorgplicht niet kan worden voldaan. Dan kunnen de argumenten onder a t/m e naar voren komen."³⁵

Succes in aansprakelijkheidsprocedures (of een recht op droge voeten) is er geweest voor ingelanden die de bekendheid van het waterschap met de slechte staat van onderhoud actief hebben bevorderd. Agrariërs die schade aan hun gewassen leden, stelden waterschappen met succes verantwoordelijk voor hun daden omdat zij vóórdat de schade intrad al bij het waterschap over een hoog waterpeil hadden geklaagd.³⁶ Enkel toetsen aan de *Bargerbeek*-criteria is onvoldoende, maakte de Hoge Raad nog eens duidelijk in zijn arrest in de zaak *Mark en Weerij's*. Voor de aansprakelijkheid van een waterschap kan ook van belang zijn dat het op een dreigende overstroming is gewezen.³⁷

Bepalend is volgens de Hoge Raad de mate waarin adequaat is gereageerd op een klacht over een te hoog waterpeil, door zo nodig onderzoek in te stellen en mogelijke maatregelen te treffen. Daarbij moet worden aangetekend dat het waterschap wel over een zekere beleidsvrijheid beschikt. Zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak *West-Friesland/Kaagman*. Behoudens bijzondere gevallen reikt de zorgverplichting van een waterschap niet zover dat het vanzelf moet voorbemalen wanneer regen wordt verwacht of dat het spontaan onderzoek instelt of een ingeland last heeft van te hoge of te lage waterstanden,

34 HR 19 november 1999, AB 2002, 21 m.nt. ThGD (concl. A-G Hartkamp; De Haast/Ws de Dommel).

35 Namelijk de vier *Bargerbeek*-punten en het vijfde gezichtspunt uit het arrest *De Haas/De Dommel*.

36 HR 8 januari 1999, AB 1999, 206 (concl. A-G Spier; Ws West-Friesland/Kaagman).

37 HR 30 januari 2004, NJ 2004, 270 (concl. A-G Keus; Ws Mark en Weerij's).

aldus volgt uit het *Van den Berg/Oude Rijnstromen*-arrest.³⁸ Op het punt van de intensiviteit van de toetsing is de Hoge Raad in *Van den Berg/Oude Rijnstromen* summier. Hoewel aan het waterschap een zekere beleidsvrijheid toekomt, is het niet zo dat het optreden van een waterschap slechts marginaal kan worden getoetst. Annotator Drupsteen heeft zich afgevraagd in zijn noot bij dit arrest of dit ‘niet slechts marginaal’ iedere terughoudendheid overboord zet of dat de Hoge Raad gewoon bedoelt te zeggen dat directe toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot de mogelijkheden behoort. Van Dam gaat ervan uit dat het arrest ‘meer ruimte’ laat bij de beoordeling van de vraag of niet in redelijkheid tot de beslissing in kwestie kon worden gekomen.³⁹

Over overheidsaansprakelijkheid bij onderhoudsverplichtingen wordt verschillend gedacht. Aan de ene kant wordt de vraag gesteld waarom voor een waterschap als onderhoudsplichtige een bijzondere positie zou kunnen claimen. In zijn annotatie bij *West-Friesland/Kaagman* stelde annotator Drupsteen zich de vraag waarom het niet zo is dat wanneer schade optreedt als gevolg van nalatigheid in het onderhoud van een sloot, de onderhoudsplichtige daarvoor in beginsel aansprakelijk is, afgezien van eigen schuld of risico-aanvaarding.⁴⁰

Aan de andere kant wordt een antwoord gezocht, althans voorzover het gaat om het formuleren van verstrekkende regels voor overheidsaansprakelijkheid, in de brede wens overheidsaansprakelijkheid binnen de perken te houden. In zijn conclusie in de zaak *West-Friesland/Kaagman* hield de advocaat-generaal de Hoge Raad een rechtspolitiek perspectief voor:

“Zeker in de huidige tijd past m.i. de nodige voorzichtigheid bij het formuleren van verstrekkende regels op het stuk van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Immers blijkt telkens weer dat deze fungeren als springplank om pogingen te ondernemen de grenzen te verleggen. (...) Overheidsaansprakelijkheid betekent dat bepaalde schades uit publieke middelen moeten worden voldaan. Die enkele omstandigheid noopt m.i. reeds tot de nodige terughoudendheid. Publieke middelen zijn beperkt. (...) Lagere overheden (zoals waterschappen) kunnen hun inkomsten (veelal belastingen en dergelijke meer) verhogen. Het maatschappelijk draagvlak daarvoor is niet onbeperkt. (...) Spreekt het wel voor zich dat te weinig geld beschikbaar is voor bijvoorbeeld onderwijs en gezondheidszorg en wel voldoende voor bepaalde vormen van aansprakelijkheid (...)?”⁴¹

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

39 Van Dam 2002, p. 116.

40 Annotator Drupsteen bij HR 8 januari 1999, *AB* 1999, 206 (concl. A-G Spier; *Ws West-Friesland/Kaagman*).

41 Conclusie A-G Spier bij HR 9 november 2001, *AB* 2002, 20 (*Van den Berg/Ws Oude Rijnstromen*).

Een actie uit onrechtmatige daad wegens vermeend gebrekkig dijkbeheer is gestrand wegens het ontbreken van relativiteit in de zaak *De Lelie Tiel*. Een Verordening Dijkverbetering noodde tot het zo spoedig mogelijk tot stand brengen van dijkverbeteringen binnen een polderdistrict gegeven wettelijke en financiële mogelijkheden. Met het vaststellen van een statistische norm waaraan dijken moesten voldoen, was echter géén 'haar belang aanstonds beschermende rechtsnorm' gegeven die onafhankelijk was van nog te geven beslissingen over andere, aan diverse overheidslichamen toevertrouwde belangen die bij dijkverbetering betrokken waren waaronder financiële belangen en landschappelijke, natuur- en cultuurwaarden.⁴²

Voor aansprakelijkheid van de overheid als rioolbeheerder zoekt de rechter aansluiting bij overheidsaansprakelijkheid bij weg- en waterbeheer. Evenals bij het wegbeheer kan aansprakelijk worden gebaseerd op artikel 6:174 BW⁴³ of op artikel 6:162 BW.⁴⁴ In de spraakmakende zaak over het Dordtse paalrot ontsnapte de Gemeente Dordrecht aan aansprakelijkheid voor schade die droogstand door riool lekkages had toegebracht aan houten paalfunderingen. De gemeente had geregeld controles uitgevoerd en had terstond actie ondernomen nadat paalrot was ontdekt. Ook had zij een subsidieregeling opgesteld ter ondervanging van de schade van de betrokkenen. Noch vanwege artikel 6:162 BW, noch op grond van artikel 6:174 BW was de gemeente aansprakelijk.⁴⁵ In hoger beroep sauveerde het gerechtshof de aansluiting die de rechtbank had gezocht bij de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad in de zaken *Bargerbeek/Juurlink* en *De Haas/De Dommel*.

De Hoge Raad heeft zijn *De Oude Molen*-arrest geoordeeld dat een overheidslichaam, dat in verband met ingrijpende werkzaamheden als vernieuwing van een riolering die voor derden het gevaar meebrengen van schade aan zaken die hun toebehoren, verplicht is voldoende maatregelen te treffen ter voorkoming van zulke schade. Daarbij valt onder meer te denken aan een onderzoeksplicht.⁴⁶ Reeds lang staat vast dat de overheid niet altijd aan aansprakelijkheid ontkomt als deze gedragslijn voorzienbaar tot ernstige schade leidt, zelfs niet wanneer haar gedragslijn volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden is. Aansprakelijk was de gemeente die wegen en riolering aanlegde met als voorzienbaar gevolg dat bij het optreden van een wolkbreuk een

42 Hof Arnhem 20 juni 2000, zaak 99/364, <www.rechtspraak.nl> (De Lelie Tiel/Ws Polderdistrict Tieler- en Culemborgerwaarden).

43 Zie bijvoorbeeld Rb Breda 12 februari 2002, zaak 96445/HA ZA 01-987, <www.rechtspraak.nl>.

44 Zie bijvoorbeeld Rb Maastricht 15 augustus 2002, zaak 61850/HA ZA 00-1241, <www.rechtspraak.nl> (Schinnense wateroverlast).

45 Hof 's-Gravenhage 18 december 2003, NJ 2004, 203 (Dordtse paalrot).

46 HR 21 april 2000, AB 2000, 409 m.nt. ThGD, NJ 2000, 564 m.nt. ARB (concl. A-G Spier; De Oude Molen/Ws Zuiveringschap Limburg).

stortvloed van water zou afstromen, hetgeen allicht tot ernstige schade zou leiden.⁴⁷

Opvallend is dat men er bij de aansprakelijkheid van de overheid voor beheerstaken van uitgaat dat deze wordt beheerst door het privaatrecht. Van der Does en Snijders hebben de term ‘overheidsprivaatrecht’ geïntroduceerd voor ‘de bijzondere regels die gelden ten aanzien van de overheid in het privaatrecht’.⁴⁸ Echt bijzondere regels zijn bij aansprakelijkheid op dit deel-terrein echter niet te bespeuren. Er is zelfs geopperd dat men wellicht op het verkeerde been staat wanneer men aansprakelijkheid van de wegbeheerder ziet als overheidsaansprakelijkheid.⁴⁹ De algemene criteria voor gevaarzetting bekend uit het *Kelderluik*-arrest zijn kennelijk belangrijk, alsmede gezichtspunten uit de rechtspraak over hinder.⁵⁰

12.3 POLITIE EN JUSTITIE

De overheid heeft op het terrein van politie en justitie publieke taken die in belangrijke mate door het publiekrecht worden genormeerd. De beoordeling van de rechtmatigheid van de taakbeoefening van de overheid staat mede ter beoordeling van de civiele rechter. Het Wetboek van Strafvordering geeft de strafrechter onder meer bij voorlopige hechtenis de bevoegdheid schadevergoeding toe te kennen, indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel.⁵¹ Toekenning van schadevergoeding heeft plaats op verzoek van de gewezen verdachte indien en voorzover daartoe gronden van billijkheid aanwezig zijn. De omvang van de vergoeding wordt forfaitair vastgesteld. Aantrekkelijk is de gang naar de civiele rechter omdat deze wel volledige schadevergoeding toe kan kennen. De bestuursrechters blijven strikt genomen buiten beeld.⁵² De door hen gevormde jurisprudentie over buitenwettelijke nadeelcompensatie is niet zonder betekenis voor de rechtspraak van de civiele rechter.⁵³

Een eenvoudige kwestie is het niet, het verkrijgen van een vorderingsrecht uit onrechtmatige daad tegen de politie, of indien van toepassing tegen de

47 Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 1964, *NJ* 1965, 358 (Van Dosselaar/Hoensbroek). Zie ook HR 19 december 1952, *NJ* 1953, 642 m.nt. Ph.A.N.H. (concl. A-G Eggers; Tilburg/Van Roessel).

48 Van der Does & Snijders 2001, p. 1.

49 Drupsteen in diens noot bij HR 6 september 1996, *AB* 1997, 33 (Annema/Staat). Zie ook Spier 1987, p. 52-53 en Van Dam 2002, p. 116.

50 Zie § 11.2.6.

51 Zie de artikelen 89 en 90 Sv.

52 Zie ook artikel 1:6 Awb.

53 Zie uitgebreid Kwakman 2003.

staat.⁵⁴ In de negentiende eeuw werd nog negatief gedacht over aansprakelijkheid voor nalatigheid van de politie. A-G Smits wees in de zaak *Spui* in 1872 op de bezwaren die voor de overheid waren verbonden aan het risico van aansprakelijkheid:

“De Staat moet onder anderen zorgen voor de veiligheid van personen en goederen, maar wanneer een persoon wordt aangerand of een diefstal heeft gepleegd, kan dit geen grond opleveren tot het eischen van schadevergoeding, ook al ware het bewijsbaar dat de politiemagt op den tijd dat en het punt waar het misdrijf geschiedt, niet voldoende was.”⁵⁵

Ook in de huidige tijd leeft het bewustzijn dat ‘bij uitstek’ de politie die ingrijpende beslissingen snel moet kunnen nemen in soms moeilijk voorzienbare situaties.⁵⁶

Een onmogelijke kwestie is aansprakelijkheid voor politioneel optreden echter geenszins, zoals al blijkt uit het klassiek geworden arrest voor overheidsaansprakelijkheid voor daden van politie van de Hoge Raad uit 1940, dat bekend is uit § 11.2.5.⁵⁷ ‘Heldenkermis’ was de naam van een film. De politie trad op in het kader van de handhaving van de openbare orde bij een voorstelling van deze film. Een politiemotor reed een toeschouwer aan. Deze kwam te overlijden. De aard van de overheidstaak vormt geen reden om niet te treden in toetsing van de rechtmatigheid van dit politieoptreden in het kader van een actie uit onrechtmatige daad, aldus de Hoge Raad. Bij uitvoering van die taak geldt ook voor de overheid de plicht ‘om niet door onvoorzichtigheid den dood van een ander te veroorzaken’. Bij de beoordeling van de schending van deze plicht houdt de rechter wel rekening met de grenzen ‘binnen welke de overheid vrij moet zijn om naar eigen inzicht te handelen’. Niet alleen de wettelijke omschrijving, maar ook de aard van de taak en de omstandigheden waaronder deze moet worden volbracht zijn bepalend voor het trekken van deze grenzen. Binnen die grenzen konden verschillende opvattingen bestaan over de wenselijkheid en de noodzaak van een bepaalde maatregel zonder dat van aansprakelijkheid sprake was. De Hoge Raad kwam in deze zaak tot de conclusie dat de politieagent niet onvoorzichtig te werk was gegaan en dat voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op grond van de artikelen 1403 en 1406 (oud) BW geen plaats was. Van Maanen en De Lange zijn de

54 Zie HR 13 mei 1988, *AB* 1988, 468 m.nt. FHvdB, *NJ* 1989, 896 m.nt. W.Konijnenbelt (concl. A-G Asser; Staat/A) en HR 25 september 1992, *NJ* 1994, 767 (concl. A-G Koopmans; Staat/Rotterdam). Voor de persoonlijke aansprakelijkheid van ambtsdragers, zie HR 11 oktober 1991, *AB* 1992, 62 m.nt. FHvdB, *NJ* 1993, 165 m.nt. CJHB en C (concl. A-G Koopmans; Staat en Van Hilten/M).

55 HR 28 juni 1872, *Ned. Regtspraak* (101) 1872-II, § 26, p. 231, p. 233 (*Spui*).

56 Zie A-G Koopmans in diens conclusie bij HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113 m.nt. CJHB (BV/Boulogne).

57 HR 29 maart 1940, *NJ* 1940, 1128 (concl. P-G Bergers; Langlais & Van de Poll/Burgemeester Den Haag).

opvatting toegedaan dat de toen gegeven beslissing naar hedendaagse opvattingen onjuist is. Naar hun mening dient de wijze waarop een maatregel ten uitvoer wordt gelegd niet marginaal maar integraal door de rechter te worden getoetst.⁵⁸

De ruime beoordelingsmarge van de politie is niet onbegrensd: in de eerste plaats is er de wet en in de tweede plaats de maatstaf van de redelijk denkend politieambtenaar en alle uit § 11.2.5 bekende toetsingscriteria.⁵⁹ Daarbij moeten in het bijzonder ook denken aan de in het EVRM neergelegde mensenrechten, al geldt ook daar een *margin of appreciation*. Aansprakelijk kan de politie in de eerste plaats zijn wanneer zij handelend optreedt.

Ijverig en voortvarend ging de politie te werk nadat een oplettende bedrijfsleider haar had geattendeerd op twee verdacht uitziende individuen. Na een klopjacht werden de twee aangehouden, zonder dat er een redelijk vermoeden van schuld bestond. Angst voor terroristische aanslagen was onvoldoende om deze handelswijze te rechtvaardigen.⁶⁰ In een andere zaak was het politiekorps aansprakelijk omdat een agent een gesp voor een pistool had aangezien en daarop zijn wapen had gericht en een schot gelost. Een beroep op putatief noodweer kon deze daad zijn onrechtmatigheid niet ontnemen.⁶¹

Daar staat tegenover dat aan het gedrag van de burger wel degelijk eisen worden gesteld, zoals duidelijk naar voren kwam in de zaak *de Limburgse voortvluchtige*. De politie was op zoek naar een voortvluchtige. Eerst was er aangebeld. De politie toonde coulance toen de bewoner meedeelde vrouwelijk gezelschap te hebben. Toen de agenten voor de tweede keer aanbelden, gaf hij echter niet thuis. Daarop forceerden zij de deur. De schade die daarbij werd toegebracht kwam voor rekening van de betreffende burger die reden genoeg had om te vermoeden dat de politie terug zou keren.⁶²

Daarnaast kan de politie aansprakelijk zijn wanneer zij niet (of niet tijdig) optreedt, zoals de volgende drie uitspraken illustreren. In de eerste zaak was de politie op de hoogte van tijd en plaats van een voorgenomen roofoverval. Niettemin koos zij ervoor het potentiële slachtoffer niet te waarschuwen en geen speciale veiligheidsmaatregelen te nemen, teneinde de verdachte op heterdaad te kunnen betrappen. De politie werd in deze zaak aansprakelijk gehouden.⁶³ De rechter toetste niet slechts marginaal. In de tweede zaak waren de Gemeente Groningen en de politieregio Groningen aansprakelijk voor het, ondanks herhaalde verzoeken, zeer laat herstellen van orde en rust toen rellen waren uitgebroken en het huis van een lid van Provinciale Staten

58 Zie G.E. van Maanen & De Lange 2000, p. 55 en p. 65. Zie ook § 11.2.5.

59 HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173 m.nt. ThWvV (concl. A-G Franx; Kloosterorde der Zusters van Sint Walburga/Staat).

60 Hof 's-Gravenhage 22 februari 1984, NJ 1985, 361 (X/Staat).

61 Hof 's-Gravenhage 12 december 2002, NJ 2003, 188 (A/Regionaal Politiekorps Haaglanden).

62 Rb Maastricht 6 augustus 1998, NJ 1999, 40 (P/Politie Regio Limburg Zuid).

63 Hof 's-Gravenhage 9 december 1976, NJ 1977, 381 (concl. A-G Van Voorst tot Voorst; Maat/Staat).

tot doelwit werd van de relschoppers.⁶⁴ De rechtbank toetste het handelen van de politie hier overigens wel marginaal. Ten derde kan men de zaak noemen over een zwaar aangezet persbericht. De toonzetting was niet van dien aard, dat zij de proportionaliteitstoets niet kon doorstaan. Het vermoeden dat eiser zich had schuldig gemaakt aan een omvangrijke overtreding van de milieuwetgeving bleek redelijk en achteraf ook niet ongefundeerd.⁶⁵

Ook buiten haar taken op het terrein van opsporing en handhaving van de openbare orde kan de politie worden veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding. Deze kwestie is onder meer aan de orde gesteld in *Crisp/Staat*. De Hoge Raad oordeelde in die zaak echter dat schade die was ontstaan toen een onder politiebegeleiding rijdend transport tegen een viaduct opbotste niet op de politie kon worden verhaald ofschoon de politie op grond van de Wegenverkeerswet bevoegd was geweest tot het geven van aanwijzingen.⁶⁶ In het algemeen mocht niet worden aangenomen dat politiebegeleiding wordt voorgeschreven omdat begeleidende politieambtenaren een bijzondere deskundigheid bezitten. In de omstandigheden van het geval rustte op de politie bovendien geen bijzondere waarschuwingsplicht. Annotator Brunner heeft er evenwel op gewezen dat zowel het gerechtshof als de Hoge Raad de mogelijkheid open hebben gelaten dat op de aansprakelijkheidsvraag anders wordt beslist wanneer door nadere afspraken of door gedragingen van de politie bij de bestuurder het vertrouwen is gewekt dat zij het wel tot haar taak rekent om te waarschuwen voor mogelijke onvoldoende doorrijhoogte. A-G Ten Kate was langs een andere weg tot de conclusie gekomen dat de politie niet aansprakelijk was: niet steeds wanneer de overheid bepaalde taken vervult, brengt dit een schadeverhoedende zorgverplichting met zich.

Aan de lagere rechtspraak kan het volgende geval worden ontleend waarin de politie het verwijt was gemaakt dat zij na een verkeersongeluk niet op de plaats des onheils was achtergebleven om zo een tweede ongeluk te voorkomen. In de betreffende zaak is vol getoetst. De handelswijze van de politie doorstond de toets der kritiek omdat er meldingen waren en eerst de sleepdienst en de ambulance waren gebeld. In redelijkheid kon men in die omstandigheden niet verlangen dat agenten achter zouden blijven teneinde andere weggebruikers te attenderen op gladheid of zelfs om de weg af te zetten. In zijn algemeenheid zou dit te ver gaan en voorts niet in overeenstemming zijn met de taakopdracht van de politie.⁶⁷

64 Rb Groningen 22 januari 2003, *NJ* 2003, 169 (Lammers/Groningen en Politieregio Groningen).

65 Hof 's-Hertogenbosch 28 maart 2002, *NJ* 2003, 12, r.o. 4.4.2 (Biemans/Staat en Regiopolitie Brabant-Noord).

66 HR 19 november 1982, *NJ* 1984, 366 m.nt. CJHB (concl. A-G Ten Kate; Crisp/Staat).

67 Aldus de Rb Arnhem 16 april 2003, zaak 2001/1819 (Gelderland).

Aansprakelijkheid voor daden van justitie⁶⁸ is evenmin onmogelijk als voor daden van politie.⁶⁹ Het komt voor dat de civiele rechter geen mogelijkheid ziet schadeveroorzakend justitieel handelen op zijn rechtmatigheid te toetsen. Dit was het geval bij de dubbele tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis na een dubbele veroordeling. Eiser had een rechtsmiddel tegen de tenuitvoerlegging aan kunnen en móeten wenden.⁷⁰

Mensenrechten vormen ook hier een belangrijk toetsingskader. Toen het OM een overeenkomst had gesloten met een topcrimineel aan wie het volledige en absolute geheimhouding had beloofd, dook de overeenkomst in weerwil van deze toezegging op in een rapport dat in de Tweede Kamer werd besproken. Informatie bleek te zijn doorgeleid naar de Binnenlandse Veiligheidsdienst. De Hoge Raad conditioneert de inlichtingenplicht uit artikel 68 Gw. Annotator Schalken vraagt zich af of er een groter belang is dan een levensbelang.⁷¹

Aansprakelijkheid blijkt op dit deelterrein alles behalve eenvoudig te vestigen, wat niet onlogisch is omdat de overheid op het terrein van justitie beschikt over veel vrijheid. Zo was de weigering een gedetineerde de begrafenis van zijn zoontje bij te laten wonen niet onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW.⁷² Factoren die bij deze beslissing hadden meegespeeld, waren de zeer strenge bewaking die benodigd was, de inzet van mankracht, de kans op ontsnapping en het feit dat de vader al afscheid had kunnen nemen van zijn kind. De weigering een veroordeelde in een bepaalde kliniek te plaatsen werd evenmin als een onrechtmatige daad van het Ministerie van Justitie beschouwd waarvoor de staat aansprakelijk zou zijn. De Hoge Raad oordeelde dat het voorlopig oordeel van het gerechtshof dat het vluchtgevaar zwaarder moest wegen geen nadere motivering behoefde. Factoren bij deze beslissing waren de aard van de gepleegde strafbare feiten, de lange duur van de straf en het feit dat de gedetineerde zou worden uitgezet als ongewenste vreemdeling.⁷³

Overheidsaansprakelijkheid voor het opzettelijk toebrengen van schade behoort tot de mogelijkheden, mits men het bestaan van een causaal verband aan kan tonen tussen het onrechtmatig handelen enerzijds en het ontstaan van de schade anderzijds. Precies op dit punt strandde de vordering van een man die op het vliegveld van Colombo in het bezit van vijf pakketjes poedervormige stof was aangehouden. Interpol Den Haag zou opzettelijk foutieve en zeer belastende informatie hebben verstrekt aan Interpol Colombo door slechts een

68 Daaronder niet begrepen de zittende magistratuur, zie nader § 12.7.

69 Zie bijvoorbeeld voor aansprakelijkheid voor onjuiste plaatsing: Rb 's-Gravenhage 28 augustus 2002, NJ 2003, 423. Zie ook HR 16 januari 1987, NJ 1987, 405 m.nt. ThWvV (concl. A-G Leijten; X/Staat). Vgl. HR 11 februari 1977, NJ 1977, 255 m.nt. ThWvV (concl. A-G Franx; Kotälla/Staat).

70 Rb 's-Gravenhage 10 juli 2002, NJ 2003, 435.

71 HR 28 maart 2003, NJ 2004, 71 m.nt. Sch (concl. A-G Langemeijer; Mink K/Staat).

72 Zie Hof 's-Gravenhage 19 juni 1986, NJ 1987, 738 (Staat/M).

73 HR 22 juli 1980, NJ 1980, 646 (concl. A-G Haak; G.C./Staat).

eerdere veroordeling voor een drugsdelict door het gerechtshof te noemen en de daarop volgende vrijspraak door de Hoge Raad onvermeld te laten. Deze informatie zou van rechtstreeks belang zijn geweest voor een veroordeling – aanvankelijk zelfs tot de doodstraf.⁷⁴

Het relativiteitsverweer kan aan de vestiging van aansprakelijkheid in de weg staan. Vergelijk de arresten van de Hoge Raad in de zaken *B/Staat* en *Staat/X*. In de eerste zaak was voorlopige hechtenis in strijd met een wettelijke plicht niet ten uitvoer gelegd. Niettemin was er geen sprake van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Voorlopige hechtenis strekte er niet toe de belangen van een verdachte te beschermen. Dit was niet anders in het geval dat de verdachte die verslaafd was aan heroïne en reeds veelvuldig met justitie in aanraking was geweest, de detentie zag als een mogelijkheid om zich te beteren.⁷⁵ In de tweede zaak leidde het structureel onvoldoende ter beschikking stellen van financiële middelen wel tot aansprakelijkheid voor het niet tijdig doen aanvangen van een behandeling in een daartoe geschikte inrichting, mede gelet op het belang van ter beschikking gestelden om tbs aansluitend op de uitgezeten gevangenisstraf ten uitvoer te leggen.⁷⁶ Voortgezet verblijf in een huis van bewaring bij gebrek aan plaats in een TBS-inrichting is rechtmatig, tenzij in redelijkheid niet meer kan worden geoordeeld dat de omstandigheden het uitblijven van plaatsing nog kunnen wettigen.

Indien strafvervolgning eindigt zonder oplegging van straf of een maatregel – of met oplegging daarvan bij een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegestaan – kan de strafrechter op verzoek van de gewezen verdachte een vergoeding toekennen voor schade geleden tengevolge van ondergane verzekering, klinische observatie of voorlopige hechtenis indien daartoe gronden van billijkheid aanwezig zijn.⁷⁷ Een gewezen verdachte kan daarnaast – in zeer beperkte omstandigheden – ook langs de weg van de onrechtmatige daad aanspraak maken op volledige vergoeding van schade in geval van onrechtmatige vrijheidsontneming.⁷⁸

74 HR 23 januari 2004, nr. C02/277HR, <www.rechtspraak.nl> (concl. P-G Strikwerda; Poeder-arrest).

75 HR 6 oktober 1995, *AB* 1996, 65 m.nt. ThGD, *NJ* 1996, 368 m.nt. MSG (concl. A-G Leijten; *B/Staat*). De rechtsvordering die deze verdachte instelt is dan ook niet schadevergoeding maar het opleggen van een last tot het nemen van maatregelen en het ten uitvoer leggen van de voorlopige hechtenis.

76 HR 5 juni 1998, *AB* 1998, 337 m.nt. ThGD, *NJ* 1998, 741 m.nt. ARB (concl. A-G Langemeijer; *Staat/X*). Een gebrek aan financiële middelen vormt in casu geen rechtvaardigingsgrond.

77 Artikel 89, eerste lid, j° artikel 90, eerste lid, Sv. Deze vergoeding komt ten laste van de staat en onder schade is ook het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat begrepen. Zie ook Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2004, *JOR* 2004, 318 m.nt. B.P.M. van Ravels (Bega-claim/Staat & Vereniging voor Effectenhandel).

78 Vgl. HR 7 april 1989, *NJ* 1989, 532 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Staat/X*); HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 727 m.nt. CJHB en EAA (concl. A-G Leijten; *S/Staat*); HR 29 januari 1999, *AB* 1999, 303 m.nt. ThGD (concl. A-G Bakels; *A/Staat*).

Het opleggen van voorlopige hechtenis is niet alleen onrechtmatig bij strijd met de wet of fundamentele rechten, wanneer bijgevolg direct duidelijk is dat de vrijheidsontneming onrechtmatig is. Uit de rechtspraak blijkt dat de staat ook aansprakelijk kan zijn uit onrechtmatige daad omdat hij 'met de mogelijkheid van het achtertaf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden' bij het gebruik van zware opsporingsmethoden, zoals het met geweld binnendringen van een woning.⁷⁹ De Hoge Raad heeft daarmee geoordeeld dat aan een handeling haar rechtmatigheid niet alleen van het begin af aan kan ontvallen, maar ook achteraf met terugwerkende kracht. Advocaat-Generaal Bloembergen had de Hoge Raad voorgehouden dat, als de Hoge Raad in het onderhavige geval schadevergoeding geboden vond, toekenning beter openlijk kon geschieden, dat wil zeggen bij wijze van schadevergoeding bij rechtmatige daad. Deze suggestie, die niet is overgenomen door de Hoge Raad, heeft de civielrechtelijke literatuur verdeeld.⁸⁰

Opmerkelijk op dit deel terrein van de overheidstaak is de zaak *Joemman*. Een vader vorderde schadevergoeding nadat hij naar later bleek ten onrechte verdachte was geweest. In de betreffende zaak was een meisje na een aanrijding overleden. Niet de vader, maar diens minderjarige zoon bleek de auto te hebben bestuurd. De vader had zijn zoon de kans en gelegenheid geboden er met een auto vandoor te gaan. In het kader van het opsporingsonderzoek waren politieagenten van de gemeentepolitie Den Haag de woning van de houder van het kentekenbewijs (vader Joemman) binnengedrongen toen niet werd opengedaan. Zij beschikten over een schriftelijke last in de zin van artikel 120 Sv. Schade was ontstaan aan de buitendeur en aan afgesloten verbindingstoren binnenshuis.

Volgens de Hoge Raad is het toebrengen en niet vergoeden van schade niet onrechtmatig bij rechtmatig handelen bij behartiging van de aan de staat toevertrouwde publieke belangen. Een uitzondering betreft de situatie waarin deze behartiging achteraf alsnog als onrechtmatig dient te worden aangemerkt. Dan is de staat verplicht schade vergoeden, behoudens aan de gelaedeerde toe te rekenen omstandigheden. Weliswaar had de staat tegenover Joemman volgens de Hoge Raad een onrechtmatige daad gepleegd, maar de schadevergoedingsplicht werd op grond van artikel 6:101 BW tot nul verminderd. Er was een tweede uitspraak van de Hoge Raad nodig om duidelijk te maken dat voor de staat als procespartij dezelfde billijkheidsuitzonderingen dienen te gelden als voor een doorsnee burger, dat men van de staat niet meer mag verwachten in verband met de te vergoeden schade dan van een privé persoon

79 HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794 m.nt. CJHB, r.o. 3.4 (concl. wnd. A-G Bloembergen; Staat/B).

80 Zie bijvoorbeeld Tjittes 1996, p. 39-40 en De Wijkerslooth 1999. Zie echter (over het *Lavrijsen*-arrest) Van Schendel 2003, p. 114. "De overheid is (...) tot vergoeding van deze schade gehouden omdat zij – ik mag wel opgelucht zeggen: gewoon – onrechtmatig heeft gehandeld."

en dat de billijkheid dit ook niet vereist, ondanks het feit dat de staat in confrontatie met de burger onevenredig sterk is.⁸¹

In zijn arrest van 29 april 1994 heeft de Hoge Raad de mogelijkheden via een actie uit onrechtmatige daad schade vergoed te krijgen ingeperkt: als alles volgens de regels is verlopen en er écht sprake was van verdenking, dan kan onrechtmatigheid van een vrijheidsontneming of huiszoeking alsnog achteraf blijken, mits uit het strafdossier blijkt dat verdenking ten onrechte heeft bestaan. Het enkele feit dat vervolging eindigt met een kennisgeving van niet verdere vervolging, is niet toereikend.⁸² Vrijspraak alleen is evenmin voldoende.⁸³ Het leerstuk van de eigen schuld, dat de omvang van schadevergoedingsplichten met toepassing van artikel 6:101 BW om redenen van billijkheid kan doen verminderen, vindt ook hier toepassing.⁸⁴ Lukt het een gewezen verdachte niet aan te tonen dat zijn onschuld uit het dossier blijkt, dan rest hem enkel de weg van artikel 89 Sv.⁸⁵ De civiele rechter kan handelen dat publiekrechtelijk (in dit geval: strafrechtelijk) rechtmatig is, toch als onrechtmatig beoordelen.

Een andere kwestie betreft de vraag of aansprakelijkheid jegens gewezen verdachten ook gegrond kan worden op het beginsel van gelijkheid voor openbare lasten: of het – in voorkomende gevallen – tot het normaal maatschappelijk (bedrijfs)risico van een burger of ondernemer behoort dat hij schade lijdt door het optreden van politie en justitie.⁸⁶

Naar Nederlands recht kunnen anderen dan ex-verdachten een actie uit onrechtmatige daad hebben tegen de staat vanwege het niet vergoeden van schade die is ontstaan bij handelen door politie of justitie dat voor het overige rechtmatig is, zoals bekend uit het in hoofdstuk 11 besproken *Lavrijssen*-arrest. Huiszoeking in het kader van opsporing van strafbare feiten is een goede zaak ten bate van allen, maar het is ongelukkig wanneer slechts een enkeling schade lijdt en die zelf moet dragen. De eigenaresse van de varkensstal zelf was niet verdacht. De Hoge Raad oordeelde dat haar schade diende te worden vergoed. Onevenredig nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade bij een op zich zelf rechtmatige overheids-handeling, zoals in dit geval de huiszoeking, is jegens de getroffene onrechtmatig. De civiele rechter acht zich zoals bekend uitsluitend bevoegd een

81 HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92 (concl. A-G Strikwerda; Joemman/Staat I) en HR 1 oktober 1993, *NJ* 1993, 761 (concl. A-G Hartkamp; Joemman/Staat II).

82 HR 23 december 1994, *NJ* 1995, 512 m.nt. C (concl. A-G Mok; Staat/J). Zie ook HR 20 december 1996, *NJ* 1997, 278 (concl. A-G Mok; E/Staat).

83 HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 727 m.nt. CJHB en EAA (concl. A-G Leijten; S/Staat).

84 HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 301 (concl. A-G Mok; Osse/Staat).

85 HR 12 juni 1998, *AB* 1999, 304 (concl. A-G Langemeijer; B.H. en R.H. / Amsterdam en Staat).

86 Zie S.C.J.J. Kortmann & Faber 2003. G.E. van Maanen (2002, p. 66-67) onderscheidt tussen strafvorderlijke en égalité-situaties: het gaat om een conditionele bevoegdheid, waarbij wordt ingecalculiseerd dat er iets mis kan gaan. Zie ook Spier & Stolker 1983.

schadevergoedingsplicht uit onrechtmatige daad op te leggen, al is wel verdedigd dat hij tot méér bevoegd is. Wel acht hij zich in het kader van artikel 48 Rv bevoegd de rechtsgronden aanvullen en bij een actie uit onrechtmatige daad niet alleen beoordelen of een schot gerechtvaardigd is, maar ook of de schade van een toevallige passant behoort tot zijn normaal maatschappelijk risico.⁸⁷

Het *Lavrijssen*-arrest biedt mogelijk ruimte tot uitbreiding van overheidsaansprakelijkheid. Dat deze ruimte niet onbegrensd is op het terrein van justitiële taken blijkt uit het *Onbegeleid verlof*-arrest.⁸⁸ Tijdens onbegeleid verlof uit de Van Mesdag kliniek gijzelde een patiënt twee vrouwen, misbruikte hen en perste hen af. Eén van hen vorderde schadevergoeding uit onrechtmatige daad, niet alleen van de dader zelf, maar ook van de staat: de staat zou onzorgvuldig jegens haar hebben gehandeld door onbegeleid verlof te verlenen. De rechtbank legt de volgende maatstaf aan: aansprakelijkheid is slechts op haar plaats wanneer het kennelijk onverantwoord en onzorgvuldig is de persoon in kwestie met onbegeleid verlof te sturen.⁸⁹ In beroep stelde de vrouw dat haar belangen zó onevenredig waren geschonden dat de staat de (daardoor aan haar berokkende) schade voor zijn rekening had te nemen. Haar schade, zo betoogde zij, behoorde niet tot het normaal maatschappelijk risico van een burger zoals zijzelf die woonachtig was in de buurt van de Van Mesdagkliniek. Het gerechtshof overwoog:

“een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is (...) dat de onevenredig nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een 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 gemeenschap dienen te worden verdeeld.”

Naar het oordeel van het gerechtshof is het met onbegeleid verlof sturen een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling. Dit vormt echter geen rechtvaardigingsgrond voor het veroorzaken van schade. De schade die de vrouw had geleden was naar het oordeel van het gerechtshof onevenredig. De Hoge Raad casseert dit arrest. Het nemen van de beslissing tot het verlenen van onbegeleid verlof vereist het maken van een zorgvuldige belangenafweging: enerzijds kan geen zekerheid worden verkregen dat betrokkene geen gevaar vormt voor anderen, anderzijds moet er een redelijke en gefundeerde verwachting bestaan dat dit gevaar zodanig is beperkt dat het verlof met het oog op de veiligheid van anderen verantwoord is:

87 Zie Rb Assen 12 februari 2001, *NJ Kort* 2001, 22 (Snippe/Regiopolitie Drenthe).

88 HR 28 mei 2004, *RvdW* 2004, 78 (concl. A-G Spier; onbegeleid verlof).

89 Vgl. de aansprakelijkheid van psychiatrische instellingen, zie Giesen 2003, p. 323-324.

“Dit een en ander brengt mee dat alleen indien vast komt te staan dat de Staat niet tot het verlenen van onbegeleid verlof had mogen besluiten in verband met het (...) nog steeds bestaande en onaanvaardbare risico dat betrokkene door zijn stoornis gevaar voor de persoon of de goederen van anderen zou kunnen opleveren, van onzorgvuldigheid kan worden gesproken die moet leiden tot aansprakelijkheid van de Staat voor de schade die betrokkenen heeft aangericht en die de Staat redelijkerwijze had behoren te voorzien en te voorkomen.”⁹⁰

Het leerstuk van de onevenredige schade vindt in een zodanig geval geen toepassing. De schade die de vrouw lijdt is ‘niet een rechtstreeks gevolg van het verlenen van onbegeleid verlof, doch van het onrechtmatig handelen van betrokkene’. Het heeft alleen betrekking op – op zichzelf – rechtmatig optreden van de overheid dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg heeft dat derden daardoor schade lijden waardoor zij in vergelijking met andere burgers of instellingen onevenredig worden getroffen. Daarvan is in casu volgens de Hoge Raad geen sprake – en wel om drie redenen. De staat had niet kunnen en moeten voorzien dat de uit de stoornis voortvloeiende gevaarlijkheid niet zodanig was teruggebracht, dat het onaanvaardbare risico nog bestond dat deze zich opnieuw aan het plegen van een geweldsmisdrijf zou schuldig maken. ‘Zonder verlof geen schade’ bleek voorts onvoldoende te zijn om te oordelen dat de schade in een zodanig verband staat met deze beslissing dat de schade aan de staat moest worden toegerekend. Ten slotte ging het hier niet om een geval waarin de staat met het oog op het algemeen belang een besluit had genomen dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg had dat de nadelige gevolgen daarvan op onevenredige wijze ten laste van een beperkt aantal betrokkenen kwamen.⁹¹

De Hoge Raad heeft in dit arrest de eisen voor causaliteit aangescherpt en het schijnt toe dat voorzienbaarheid expliciet is vereist bij aansprakelijkheid gebaseerd op het beginsel van gelijkheid voor openbare lasten, in ieder geval in de categorie zaken van onbegeleid verlof van tbs-patiënten. Het tussenarrest van het gerechtshof bood volgens Advocaat-Generaal Spier voldoende aanknopingspunten voor de stelling dat het gerechtshof wel degelijk had onderkend dat schade voorzienbaar was.⁹² Volgens de advocaat-generaal was uit de rechtspraak van de Hoge Raad niet op te maken dat voor vestiging van aansprakelijkheid was vereist dat de overheid de schade had (kunnen) voorzien. Dat lag ook voor de hand, betoogde hij: in een aantal gevallen zou onmiddellijk handelen van de overheid zijn geboden.⁹³

90 HR 28 mei 2004, *RvdW* 2004, 78, r.o. 3.4 (concl. A-G Spier; onbegeleid verlof).

91 HR 28 mei 2004, *RvdW* 2004, 78, r.o. 3.7.2-3.7.4 (concl. A-G Spier; onbegeleid verlof).

92 Zie punt 4.4 van diens conclusie. Zie ook punt 4.7.1.

93 Zie onder 5.11. en 5.12.

12.4 DEFENSIE EN BUITENLANDS BELEID

Dit deel van de overheidstaak is bij uitstek publiekrechtelijk van aard. Toch, ook bij de uitoefening van deze taken doen zich situaties voor die niet rechtstreeks met de uitoefening van deze publieke taak in verband te brengen zijn. Zelfs wanneer er sprake is van handelingen die onlosmakelijk verbonden zijn met veiligheid en buitenlands beleid, is de staat niet immuun voor aansprakelijkheid.⁹⁴ De civiele rechter acht zich reeds lang bevoegd te oordelen over de rechtmatigheid van de uitoefening van de macht die de overheid heeft op dit deelterrein van haar publieke taak. Wel houdt de rechter rekening met de ruime mate van vrijheid die de overheid heeft gelet op 'het belang van de landsverdediging' en 'de aard van de taak der Overheid op dit gebied'. In de uit § 11.2.5 bekende zaak *De Boer/Staat* was de dienstplichtige soldaat die zijn blijvende invaliditeit weet aan de schuld van verschillende militaire organen niet-ontvankelijk in zijn vordering. De concrete feiten die De Boer aandroeg konden, indien zij al vast zouden komen te staan, niet zonder meer de conclusie rechtvaardigen dat de militaire organen zich aan misbruik van bevoegdheid hadden schuldig gemaakt.⁹⁵

Een voorbeeld van een zaak waarin de staat aansprakelijk is gehouden is het *Hoogspanningskabel*-arrest.⁹⁶ De staat was aansprakelijk voor de gevolgen van het stukvliegen van een hoogspanningsleiding door een militair vliegtuig dat in opdracht van hoger hand een duikvlucht had uitgevoerd. De Hoge Raad oordeelde dat door onachtzaamheid was nagelaten de piloot 'voldoende bekend' te maken met het feit dat die leiding zich daar bevond. Naar de normale gang van zaken was te voorzien dat het stukvliegen van de leiding zou leiden tot het uitvallen van de stroom, waardoor financiële schade zou worden geleden. Daarom hadden de superieuren van de piloot van het vliegtuig in strijd gehandeld met de zorgvuldigheid welke in het verkeer betaamde ten aanzien van de belangen van degenen die voor de toevoer van stroom op de leiding waren aangewezen.

Handelingen die van doen hebben met het voeren van buitenlands beleid zijn evenmin principieel aan rechterlijke toetsing in het kader van een actie uit onrechtmatige daad onttrokken. Hier geldt evenzeer dat de autoriteiten een ruime vrijheid hebben die rechters zorgvuldig zullen willen respecteren.⁹⁷ Een belangrijke grens ligt wederom bij (ieder verbindende) verdragsbepalingen waaronder mensenrechten.⁹⁸ Zo had de regering het voornemen soldaten uit het voormalig Koninklijk Nederlands-Indische Leger af te vloeien en hen

94 Zie HR 19 november 1917, W 10197 (Staat/Van Bommel).

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

96 HR 14 maart 1958, NJ 1961, 570 (concl. Langemeijer; Staat/Winterswijkse Stoomweverij).

97 Zie bijvoorbeeld HR 6 februari 2004, NJ 2004, 329 (Juristen voor de Vrede/Staat) en Hof Amsterdam 6 juli 2000, NJCM 2001, p. 208-221 (Dedovic/Kok, De Grave & Van Aartsen). Vgl. Hof 's-Gravenhage 22 november 1984, NJ 1985, 862 (X/Staat).

98 Vgl. HR 25 januari 1952, NJ 1952, 125 (Staat/Boon).

met hun gezinnen naar een gebied te verplaatsen waar zij het gevaar zouden lopen slachtoffer van represailles te worden. De civiele rechter achtte zich bevoegd dit overheidshandelen te toetsen. Voor het gerechtshof was de grens van onrechtmatigheid bereikt, toen het vaststelde dat de bezwaren tegen het alternatief, dat eruit bestond deze mensen naar Nederland over te brengen, niet opwogen tegen de 'hoogst ernstige inbreuk op burgerlijke rechten' van de betrokken militairen. Deze tegenwerpingen wogen in ieder geval niet zwaar genoeg om aan de uitvoering van het regeringsvoornemen haar onrechtmatigheid te ontnemen. De Hoge Raad heeft het arrest van het gerechtshof niet gecasseerd.⁹⁹ Anders dan de advocaat-generaal herkende annotator Houwing in het arrest van het gerechtshof de maatstaf van de 'redelijk denkende mens': geen redelijk denkende mens had het gevaar van represailles kunnen ontkennen – daarom zou de staat onrechtmatig hebben gehandeld.

12.5 TOEZICHT

Toezicht is: horen, zien en handelen.¹⁰⁰ Toezicht kan overgaan in handhaven. Tegenhanger van handhaven is gedogen.¹⁰¹ Gedogen is een toestand, waaraan het nemen van een besluit vooraf kan gaan.¹⁰² De civiele rechter is bevoegd te oordelen over de rechtmatigheid van het feitelijk uitvoeren van toezicht.¹⁰³ Ten aanzien van besluiten zijn de bestuursrechters bevoegd.¹⁰⁴ Zij oordelen in principe ook over de rechtmatigheid van het nemen van een besluit tot handhaving naar aanleiding van een verzoek tot handhaven.¹⁰⁵

Voor overheidsaansprakelijkheid bij toezicht ontbreekt het in Nederland niet aan politieke en rechtsgeleerde belangstelling, al wordt deze interesse niet ingegeven door een vloedgolf van rechtspraak. In hoge mate is deze belangstelling een gevolg van de explosies die zich in de lente van 2000 voordeden in een vuurwerkfabriek in een Enschedese woonwijk en de brand die in de eerste uren van het jaar 2002 woedde in een Volendams café. Vragen over overheidsaansprakelijkheid voor mogelijk falend toezicht en het niet gebruik maken van wettelijke handhavingsbevoegdheden rezen in het bijzonder nadat bekend werd dat de door de overheid ingestelde schadefondsen noch de verzekering van de eigenaar van de vuurwerkfabriek en de Volendamse caféhouder toerei-

99 HR 2 maart 1951, *NJ* 1951, 217 m.nt. Ph.A.N.H. (concl. A-G Langemeijer; Staat/Aponno).

100 Vgl. Kabinetsstandpunt 'Kaderstellende visie op toezicht', *Kamerstukken II* 27 831, nr. 1-2.

101 Over 'handhaven' en 'gedogen' zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nr. 1-2, p. 16.

102 Zie ABRvS 15 april 1994, *AB* 1994, 619 (De Korte/B&W Mariekerke) – over een verdoogverklaring. Zie echter ABRvS 14 januari 2004, *AB* 2004, 242 (Haarlemmermeer) – over een weigering te gedogen.

103 Verheij (2002) oppert dat feitelijke handelingen als toezicht op den duur onder de competentie van de bestuursrechter kunnen worden gebracht.

104 Namelijk wanneer een besluit om handhavend op te treden wordt genomen.

105 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171 m.nt. MS (concl. A-G Spier; Heeze-Leende/Lammers).

kend waren om de schade te dekken.¹⁰⁶ Belangstelling voor overheidsaansprakelijkheid bij toezicht bestaat daarnaast vanwege de positie van de overheid als financieel toezichthouder en economisch toezichthouder op (geprivatiseerde) markten.

Oude rechtspraak op het terrein van falend bouwtoezicht is streng, vindt men. De bevoegdheid brandcontroles uit te voeren of op te treden bij illegale bebouwing of overtreding van vergunningvoorschriften is uiteindelijk te herleiden tot een formele wet. Aanvankelijk is dit gegeven van grote betekenis in de rechtspraak. De vrijheid die de wetgever het bestuur heeft gelaten wordt uitdrukkelijk eerbiedigd, zoals in het *Vijzelstraat*-arrest van het Hof Amsterdam uit 1962.¹⁰⁷ De gemeentelijke Dienst Bouw- en Woningtoezicht had opdracht gegeven tot het uitvoeren van herstelwerkzaamheden aan een pijler van een winkelgalerij in de Vijzelstraat. Een derde kreeg een ongeluk en leed letselschade. Gemeentelijke organen hadden hun bevoegdheden op grond van de Woningwet en de plaatselijke Bouwverordening niet benut. Het gerechtshof oordeelde dat slechts in bijzondere omstandigheden ruimte voor een verplichting jegens een derde bestond waarvan schending tot aansprakelijkheid kon leiden.

Een streng criterium bij aansprakelijkheid van de lokale overheid voor niet ontdekte bouwtechnische fouten hanteert het Hof Den Haag in het *Woudrichem*-arrest. De Gemeente Woudrichem was volgens een uitspraak van het Hof Den Haag jegens de aanvrager van een bouwvergunning in het algemeen niet aansprakelijk voor onontdekte fouten in het bouwplan behorend bij de aanvraag, tenzij de gemeente in zeer ernstige mate tekort geschoten zou zijn, bijvoorbeeld door een zodanige zwakte in de ontworpen constructie over het hoofd te zien zodat gevaar voor plotselinge instorting zou bestaan.¹⁰⁸

Over het verband tussen een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke verplichtingen gaat het *Westerschouwen*-arrest van de Hoge Raad. In die zaak had de eigenaar van een lap grond in Haamstede de toenmalige Gemeente Westerschouwen aansprakelijk gesteld voor haar beweerdelijk tekortschietende handhavingsbeleid. In plaats van de bestaande planologische bestemming te handhaven zou de gemeente door toezeggingen en vergunningen hebben bevorderd dat een natuurgebied verviel tot een 'gebied bezaaid met hekwerken en zanderige wegen vol caravans, tenten, pompen, afvalkuilen'. De Hoge Raad stelt in deze zaak vast dat er sprake was van een bevoegdheid en niet van een plicht tot optreden. Hij constateerde het bestaan van een zekere vrijheid

¹⁰⁶ Zie Dek 2002 en Zwagerman 2002.

¹⁰⁷ Hof Amsterdam 28 juni 1962, NJ 1964, 228 (Amsterdam/Amstelstein).

¹⁰⁸ Hof 's-Gravenhage 7 februari 1989, BR 1989, 637 m.nt. H.C.W.M. Moesker (bouwtoezicht Woudrichem).

die haar begrenzing vond in de redelijkheid.¹⁰⁹ Dit arrest heeft annotator Prins het volgende commentaar ontlokt:

“Wat het adagium ‘publiek recht is publieke plicht’ ook moge betekenen, het wil in ieder geval niet zeggen, dat een burger zich bij de civiele rechter zou kunnen beklagen over de niet-hantering van een der overheid toekomende bevoegdheid, tenzij wellicht dit niet-handelen aangemerkt zou kunnen worden als resultaat van een beslissing, die zelfs een marginale toetsing niet zou kunnen doorstaan.”

Rechtspraak van recentere datum laat een gevarieerd beeld zien wat betreft aansprakelijkheid bij toezicht en handhaving. Opvallend is dat de gewone privaatrechtelijke maatstaven prevaleren, dat relativiteit een geringe rol speelt met uitzondering van aansprakelijkheid bij inspectie en dat het publiekrecht handhaving streng normeert. Deze normering is van betekenis voor de toetsing van beoordelingsmarges. Voorzover besluiten deel uitmaken van het schadeveroorzakend handelen, vindt de leer van de formele rechtskracht in beginsel toepassing. In *Heeze-Leende/Lammers* hadden gedupeerden van geluidsoverlast niet stil gezeten. Zij hadden actief alle voor hen openstaande wegen bewandeld, behalve dan op één punt: zij waren niet opgekomen tegen het uitblijven van een nieuwe beslissing op een verzoek tot sluiting van het overlast veroorzakende bedrijf nadat de aanvankelijke beslissing op dat verzoek was vernietigd. De Hoge Raad ging hieraan echter voorbij.¹¹⁰

Wanneer de overheid niet adequaat heeft gereageerd op een gevaarlijke situatie kan aansprakelijkheid volgen. Zo werd de Gemeente Ruurlo verantwoordelijk gehouden voor schade ontstaan doordat een meisje door een val uit een raam van een pas verbouwde vakantieboerderij gewond was geraakt.¹¹¹ Een gemeenteambtenaar had bij de bouw weliswaar ter plaatse een inspectie uitgevoerd maar verzuimd om aandacht te besteden aan de staat van de ramen.

De Gemeente Oudewater was volgens de President van de Rechtbank Utrecht aansprakelijk voor schade door falend bouwtoezicht toen bestuurlijke actie was uitgebleven ofschoon de gemeente van gebreken in de naleving van (bouw)voorschriften op de hoogte was. Oplettende burgers hadden haar er op attent gemaakt dat hun buur met bouwwerkzaamheden een aanvang had gemaakt zonder over de benodigde vergunning te beschikken. Een gemeenteamttenaar was de situatie ter plaatse zelfs op komen nemen.¹¹²

De Gemeente Rotterdam en de gemeentelijke milieudienst werden met succes aansprakelijk gesteld voor brandschade in een op- en overslagbedrijf

109 HR 12 maart 1971, *NJ* 1971, 265 m.nt. W.F. Prins (concl. A-G Berger; Ter Horst/Westerschouwen).

110 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171 m.nt. MS (concl. A-G Spier; Heeze-Leende/Lammers).

111 Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, 308 m.nt. H.C.W.M. Moesker (Sterkenburg/Ruurlo).

112 Zie Pres. rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003, 304 (Oudewater). Zie ook Van Ravels 2004a.

van gevaarlijke stoffen dat beschikte over een Hinderwetvergunning maar niet voldeed aan de daaraan verbonden voorschriften, hetgeen reeds door een ambtenaar van de milieudienst was geconstateerd en aanleiding was geweest tot waarschuwingen, controles, overleg en het dreigen met sancties.¹¹³ De strafrechter had de uitbraak van de brand geweten aan schuld van het bedrijf dat willens en wetens de wettelijke voorschriften had overtreden. Toch verhaalden de verzekeraars van hen die goederen in de afgebrande loodsen hadden opgeslagen met succes hun schade op de overheid. De milieudienst had gehandeld in strijd met haar wettelijke verplichting. De Rechtbank Rotterdam komt tot het oordeel dat op zowel de gemeente (als vergunningverlener) als op de milieudienst (als toezichthouder) een handhavingplicht rust omdat zij niet in redelijkheid hadden kunnen beslissen te volstaan met de door hen betrachtte mate van handhaving. Toerekenbaar is de onrechtmatige daad daar de overheid het risico kende en behoorde te vermijden. De argumenten van gedaagden dat zij slechts een beginselplicht tot handhaving hadden en beleidsvrijheid ten aanzien van de vragen of en op welke wijze zij in een concreet geval optreden, laten op de rechtbank geen diepe indruk achter. De rechtbank zoekt aansluiting bij een kabinetsnota waarin niet-handhavend optreden slechts aanvaardbaar wordt geacht in uitzonderingsgevallen, mits beperkt in omvang en tijd.¹¹⁴ Voor de rechtbank was in geval van een gevaarlijke situatie als de onderhavige in beginsel elke dag dat deze voortduurde er één te veel. Het relativiteitsverweer strandde omdat de wettelijke handhavingplicht van gedaagden niet uitsluitend beoogde milieuschade te voorkomen maar ook brandschade.

De afwikkeling van de zaak van de *Enschedese vuurwerkramp* heeft tot heden voor de betrokkenen echter een minder voorspoedig verloop gekend. Acties uit onrechtmatige daad waren ingesteld tegen de Gemeente Enschede omdat zij jarenlang overtredingen van milieuvoorschriften en uitbreidingen van de fabriek zou hebben gedoogd en gelegaliseerd en vanwege het feit dat zij geen bouw- en milieuvergunning had geëist voor de plaatsing van zeecontainers met vuurwerk op het terrein van de fabriek. Gemeentelijke bestuursorganen hebben toezichtsbevoegdheden op grond van onder meer de Wet milieubeheer en de Woningwet. Volgens de Rechtbank Den Haag was de wetenschap die de gemeente tot het moment van de ramp bezat of had moeten bezitten het uitgangspunt voor de beoordeling van haar aansprakelijkheid.¹¹⁵ Het feit dat zich een risico heeft verwezenlijkt waarvan de overheid op de hoogte was of had moeten zijn, is onvoldoende voor de vestiging van aansprakelijkheid.

113 Rb Rotterdam 26 mei 2004, nR HA ZA 01-917 (Caldic Chemie/Rotterdam & Milieudienst Rijnmond).

114 *Kamerstukken II* 1996/1997, 25085, nr. 1-2. De uitzonderingen betreffen gevallen waarin handhaving leidt tot aperte onbillijkheden, het achterliggende belang evident beter wordt gediend met gedogen of een zwaarwegend belang gedogen rechtvaardigt.

115 Rb 's-Gravenhage 24 december 2003, NJ 2004, 230 (Vuurwerkramp Enschede). Zie ook Rb 's-Gravenhage 9 november 2005, zaak 02-2319, <www.rechtspraak.nl> (Winterthur/Staat).

Daarvoor is bepalend het antwoord op de vraag of dat risico dermate groot was dat daaruit een rechtsplicht voortvloeit om maatregelen te nemen ter verkleining van dit risico. Daarbij spelen zowel de aard van de mogelijke effecten als de kans dat deze zich voordoen een rol. Tevens dienen de (maatschappelijke) kosten van zodanig optreden te worden afgewogen tegen de voordelen. In deze zaak ontbrak het aan een causaal verband en had de milieudienst controles uitgevoerd waarbij niet zodanige gebreken werden geconstateerd dat deze hadden moeten leiden tot onmiddellijk ingrijpen. De stelling van de gemeente dat zij de containers had verwijderd als zij wel op de hoogte was geweest, bleef onvoldoende weersproken.

Een actie uit onrechtmatige daad tegen de Gemeente Hilversum in de zaak *Restaurant Boeddha* slaagde evenmin.¹¹⁶ Doden en gewonden waren te betreuren bij een brand in het restaurant. De gemeente zou onzorgvuldig of nalatig zijn geweest bij de uitoefening van haar publieke taak burgers tegen brand te beveiligen. Noch de Brandbeveiligingsverordening, noch het door de gemeente gevoerde beleid had echter tot ingrijpen genoopt. De Hoge Raad constateerde dat in feitelijke instanties niet was gebleken dat de laatste controle die plaats had gehad vóór de brand niet goed was uitgevoerd of dat er zich sindsdien wijzigingen hadden voorgedaan die noodzaakten tot nader onderzoek.

Aansprakelijkheid op dit deelterrein kan verder worden aangescherpt met het oog op artikel 2 EVRM, zo betogen Barkhuysen en Van Emmerik.¹¹⁷ Deze schrijvers hebben vraagtekens geplaatst bij het arrest van de Hoge Raad in de Hilversumse zaak in het licht van de uitspraak van het Europese Hof in *Öneryildiz/Turkey*.¹¹⁸ Öneryildiz had, als nabestaande van slachtoffers van een methaanexplosie op een vuilnisbelt in een illegale maar gedoogde sloppenwijk, de Turkse overheid verweten nalatig te zijn geweest wat betreft adequaat preventief en repressief optreden. Het Europees Hof stelde vast dat zowel het recht op leven als het eigendomsrecht was geschonden.

Veranderingen in het denken over de overheid en haar takenpakket hebben kennelijk gevolgen voor de wijze waarop men aankijkt tegen overheidsaansprakelijkheid bij haar toezichthoudende taak. In de literatuur is naar voren gebracht dat toezichthouders ten dele ook een dienstverlenende taak hebben¹¹⁹ en dat de overheid zich meer en meer presenteert als een bedrijfsmatig geleide organisatie, als een aan burgers en bedrijven gelijkwaardige partner.¹²⁰ Denkbeelden als deze kunnen gevolgen hebben voor de intensiteit van de blik

116 HR 22 juni 2001, zaak C99/265HR, <www.rechtspraak.nl> (concl. A-G Spier; restaurant Boeddha).

117 Barkhuysen & Van Emmerik 2003, p. 119. Zie ook Barkhuysen & Van Emmerik 2005.

118 EHRM 18 juni 2002, zaak 48939/99, <www.echr.coe.int> (*Öneryildiz v Turkey*) en EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, zaak 48939/99, *RJ&D ECHR* 2004-XII, NJ 2005, 210 m.nt. EAA (*Öneryildiz v Turkey*).

119 Giesen 2003, 317.

120 Van Dam 2002, p. 104.

waarmee juristen en (onder wie ook de rechter) de bewegingsvrijheid van toezichthoudende bestuursorganen bezien. Met toezicht en handhaven zijn wettelijke plichten en bevoegdheden gemoeid. Bij bevoegdheden kan men een extra (tussen)vraag stellen, namelijk of zich omstandigheden voordoen die maken dat een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt tot een publiekrechtelijke plicht. Men kan ook benadrukken dat toezicht dient ter bescherming tegen mogelijke gevaren en letsel voor derden¹²¹ of ter bescherming van vertrouwen.¹²²

De Rechtbank Den Haag koos in de zaak over de Enschedese vuurwerkramp voor aansluiting bij de *Kelderluik*-criteria voor aansprakelijkheid voor het niet (voldoende) nemen van veiligheidsmaatregelen in verhoudingen tussen burgers onderling. De rechtbank heeft de criteria in de zaak van de *Enschedese vuurwerkramp* in een andere volgorde gepresenteerd¹²³ en formuleerde het kostenaspect net even anders: ‘het afwegen van (maatschappelijke) kosten tegen de voordelen’ is iets zwaarder aangezet dan ‘de mate van bezwaarlijkheid van het nemen van veiligheidsmaatregelen’. In de literatuur wordt voor aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder aansluiting bepleit bij aansprakelijkheid van de wegbeheerder.¹²⁴

Verskillende schrijvers willen vermogensrechtelijke consequenties verbinden aan de uit het bestuursrecht bekende ‘beginselplicht tot handhaving’.¹²⁵ In het milieurecht en bij illegale bebouwing wordt deze beginselplicht als volgt geformuleerd:

“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.”¹²⁶

121 Giesen 2003, p. 318.

122 Van Dam 2002. Voor Giesen (2003, p. 318) staat bescherming van vertrouwen iets meer op de achtergrond.

123 Eerst de aard van mogelijke effecten, dan de kans dat deze optreden en ter afsluiting het kostenaspect.

124 Van Dam 2002, p. 119 en Albers 2004b, p. 208.

125 Zie Albers 2004a en 2004b, p. 206 en Koetser 2002, p. 125. Van Dam (2002, p. 113) noemt de handhavingsplicht die ‘al een feit is in het bestuursrecht’ als bijkomend argument, verwijzend naar De Haan, Drupsteen & Fernhout (1998, p. 458), die echter stellen dat er huns inziens geen civielrechtelijke plicht tot handhaving bestaat.

126 Vz ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 424 m.nt. FM (GS Gelderland) en ABRvS 21 juli 2004, AB 2004, 293 m.nt. JSt (Nederweert). Zie ook ABRvS 2 februari 1998, AB 1998, 181 m.nt. FM (Handhaving Lisse).

Een sprong van 'publiekrechtelijke bevoegdheid' naar 'publiekrechtelijke plicht' naar 'vermogensrechtelijke plicht' is snel gemaakt.

In de literatuur is voorts betoogd dat aansprakelijkheid niet mag worden uitgesloten als uit een wettelijke regeling geen verplichting tot toezicht of handhaving voortvloeit. Uit het ongeschreven recht zou eveneens een zorgvuldigheidsnorm kunnen rijzen¹²⁷ in aansluiting met het vertrouwensbeginsel. Van Dam heeft dit verdedigd in verband met het bestaan van een kennis- en kundeoverschot aan de zijde van de overheid en omdat in een klimaat van 'ons kent ons' teveel zou worden gedoogd.¹²⁸

In de rechtspraak over overheidsaansprakelijkheid bij inspectie uitmondend in het al dan niet verlenen van certificaten van deugdelijkheid, vormt beleidsvrijheid op zich geen reden waarom de overheid immuun zou zijn of zelfs maar om te allen tijde terughoudend te toetsen. Bij overschrijding van de grenzen van de discretionaire bevoegdheid kan handelen onrechtmatig zijn.¹²⁹ Het traject van civielrechtelijke rechtsbescherming is afgesloten wanneer een bijzonder wettelijk traject openstaat. Dat ondervond de eigenaar van visserschip de *Semper Crescendo* eind jaren zeventig van de vorige eeuw.¹³⁰ Nadat hij het schip had gekocht en het was goedgekeurd, begaf de motor het. Toen het schip daarop in overleg met de scheepvaartinspectie was verbouwd, wenste de eigenaar een nieuw certificaat. In plaats van een certificaat van deugdelijkheid werd een vaarverbod zijn deel. Hij stelde dat het opleggen van het vaarverbod strijdig was met een bij hem opgewekte verwachting en vorderde daarop schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Anders dan het gerechtshof kwam de Hoge Raad tot de slotsom dat de beoordeling van (on)rechtmatigheid van deze handelswijze niet aan de civiele rechter is omdat eiser tegen de weigering tot afgifte van een certificaat van deugdelijkheid bij de voorzitter van de Raad voor de Scheepvaart in beroep had kunnen gaan.

De rechtspraak over inspectie en certificaatverlening levert een interessant beeld op wat betreft relativiteitsverweren. Vergelijk het arrest *Van Hooft/Staat* en het *Duwbak de Linda*-arrest. In de eerste zaak had een erkende scheepsbevrachter een actie ingesteld tegen de staat vanwege schade die hij stelde te hebben geleden doordat de rijksinspecteur van verkeer een vervoersovereenkomst, die was gesloten door bemiddeling van niet erkende tussenpersonen, had goedgekeurd.¹³¹ Het gerechtshof wees aansprakelijkheid van de hand omdat de betreffende wet ten doel had een zo billijk mogelijke verdeling van de aangeboden goederen over de scheepsruimte te bereiken en niet bescherming van erkende scheepsbevrachters tegen niet-erkende concurrenten. De

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

128 Van Dam 2002, p. 112-113. Zie ook Albers 2004b, p. 206-207.

129 Zie bijvoorbeeld HR 27 juni 1986, *AB* 1987, 241 m.nt. FHvdB, (concl. A-G Ten Kate; Rauwerda/Staat).

130 HR 19 november 1976, *NJ* 1979, 216 (concl. A-G Ten Kate; Willebroordse/Staat).

131 HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 684 m.nt. CJHB (concl. A-G Franx; Van Hooft/Staat).

Hoge Raad stelde dit oordeel in zoverre bij dat het af zou hangen van de omstandigheden of ondanks de doelstelling tóch door regels niet na te leven of te doen naleven jegens een erkende scheepsbevrachter onzorgvuldig was gehandeld. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer bij een erkende scheepsbevrachter vertrouwen is gewekt dat zijn positie wordt beschermd tegen eventuele concurrentie. Annotator Brunner schreef over dit arrest dat de rechter alleen in duidelijke gevallen zal vaststellen dat een norm slechts het karakter van een instructienorm kan worden toegekend, gelijk eerder Meijers had gedaan in diens noot onder het *Zuiderhaven*-arrest.¹³²

In de tweede zaak had de scheepvaartinspectie juist wel een certificaat verleend, zij het niet tot genoegen.¹³³ Duwbak *De Linda* was door een scheepvaartonderneming gekocht en door verweerders gekeurd, maar bleek niettemin in een zeer slechte staat van onderhoud te verkeren en zonk, daarbij schade toebrengend aan nabijgelegen schepen. De eigenaren van deze schepen vorderden schadevergoeding van de staat wegens onzorgvuldigheid. De stokoude versleten duwbak had afgekeurd en gesloopt dienen te worden, want de bak kon ieder moment zinken en het was voorzienbaar dat aldus schade zou worden berokkend aan andere schepen. Zowel het gerechtshof als de Hoge Raad honoreerden het relativiteitsverweer van de staat. Het is de algemene veiligheid van het scheepvaartverkeer en niet de bescherming van het vermogensbelang van scheepseigenaren die de toepasselijke wetgeving beoogt te beschermen. Het certificaat van onderzoek is een uiting van betrokkenheid uit een algemene verantwoordelijkheid voor veiligheid scheepvaartverkeer. Zij ontnemt de eigenaar van het schip niet diens verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip.

In zijn conclusie in de tweede zaak gaat Advocaat-Generaal Spier in op de mogelijkheden die het leerstuk van de relativiteit biedt teneinde te vergaande overheidsaansprakelijkheid te beteugelen. Bij keuringsbepalingen kan de geest uit de fles raken en niet meer te bezweren zijn, zo houdt de advocaat-generaal de Hoge Raad voor:

“Moeilijk valt uit te leggen waarom enerzijds de solidariteit tanende is met alle vaak diep ingrijpende gevolgen vandien voor velen die in vaak toch al moeilijke omstandigheden verkeren, terwijl op allerlei andere terreinen, waar (aanzienlijk) minder hoogwaardige belangen in geding zijn, kwistig wordt gestrooid met overheidsgeld. Ik zou er een lans voor willen breken dat de rechter op dit punt terughoudendheid aan de dag legt.”¹³⁴

132 HR 23 november 1939, *NJ* 1940, 242 m.nt. E.M.M (concl. A-G Wijnveldt; *Zuiderhaven*). Zie ook § 5.5.

133 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (concl. A-G Spier; duwbak ‘de Linda’).

134 Zie punt 4.45.1. In punt 4.45.2 voegt de A-G daar aan toe dergelijke onevenwichtigheid voor lief nemen indien en voorzover het geldend recht (wet of rechtspraak) daartoe bepaaldelijk nopen.

In hoeverre dit rechtspolitiek betoog de Hoge Raad heeft geraakt, blijft in het ongewisse.

De literatuur is verdeeld over de vraag of het handelen van financiële toezichthouders moet worden getoetst hetzij vol en aan een privaatrechtelijke toetsingsmaatstaf, hetzij marginaal of vol en aan publiekrechtelijke toetsingsmaatstaven. De intensiteit van toetsing die men voorstaat, hangt niet alleen samen met de doelstellingen die men voor toezicht ziet weggelegd maar ook met de verwachtingen die men heeft wat betreft de effecten van aansprakelijkheid voor het functioneren van de toezichthouder.

Giesen bijvoorbeeld zoekt de ratio van financieel toezicht in vertrouwensbescherming en vertrouwen, heeft vertrouwen in de prikkelende werking van aansprakelijkheid en kiest voor het criterium van de 'redelijk handelend toezichthouder'.¹³⁵ De ratio van het toezicht, de taken en de criteria van het *Kelderluik*-arrest bepalen dan de aansprakelijkheid van de toezichthouder. Beleidsvrijheid van de toezichthouder wil volgens hem niet zeggen dat er standaard marginaal moet worden getoetst. Het feit dat het bij financieel toezicht om een publieke taak gaat doet 'nog een extra duit in het (aansprakelijkheids)zakje'.

Van Rossum noemt als doel van financieel toezicht het beschermen van depositohouders, verzekeringnemers en beleggers en de instandhouding en integriteit van de financiële sector.¹³⁶ Zij heeft publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk toezicht geïntroduceerd en is pleitbezorgster van volledige toetsing. Toezichthouders behoren onderzoek te verrichten bij een redelijk vermoeden van niet-naleving van wettelijke regels en corrigerend op te treden bij overtreding. Of de toezichthouder zijn instrumentarium voldoende heeft benut en aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan, zal afhangen van zijn beleidsruimte. Niettemin acht zij een strenge en kritische toetsing van omvang en kwaliteit van het toezicht gerechtvaardigd omdat het publiek de gerechtvaardigde verwachting mag hebben dat een toezichthouder zal doen waarvoor hij is ingesteld.

De Haan-Kamminga stelt voorop dat een derde schade veroorzaakt en dat toezichthouders het veiligstellen van bepaalde belangen dienen die anders niet zouden worden verwezenlijkt.¹³⁷ Zij stelt de vraag of private schaderegeling wel voor de hand ligt, bijvoorbeeld omdat een direct causaal verband tussen de schadeoorzaak en het handelen van de toezichthouder zou kunnen ontbreken en aangezien toezicht plaats vindt in het publieke domein waar een veelheid van belangen afweging verdient. Vrees voor de risicomijdende uitwerking van aansprakelijkheid vraagt om oplossingen buiten het aansprakelijkheidsrecht. Bij rechterlijke toetsing is gelet op de doelstelling van het toezicht en de beleidsvrijheid van de toezichthouder de intensiteit van de

135 Giesen 2002.

136 Van Rossum 2001.

137 De Haan-Kamminga 2003.

toetsing belangrijker dan de norm waaraan wordt getoetst. Een marginale toets doet recht aan het unieke karakter van de toezichthouder en volstaat omdat het publiek niet kan verwachten dat de toezichthouder bij iedere foute situatie ingrijpt, aldus De Haan-Kamminga. Van der Meulen is beducht voor overheids-toezicht als resultaatsverplichting. Hij voorziet daarnaast problemen vanuit het oogpunt van de causaliteit.¹³⁸

De (lagere) rechtspraak heeft tot op heden gekozen voor het criterium van de redelijk handelende toezichthouder, waarbij het bestaan van een beoordelingsmarge niet aan het verrichten van een volle toets in de weg staat. Het private gezichtspunt overheerst. Relativiteit vormt geen bijzonder probleem voor rechtzoekenden in acties tegen toezichthouders wegens het niet benutten van wettelijke bevoegdheden.¹³⁹

In de lente van 2000 deed de Rechtbank Amsterdam uitspraak in een zaak die was aangespannen door een effectenkantoor tegen de Vereniging voor de Effectenhandel (hierna: VvdE), een toezichthouder. De rechtbank hanteerde de maatstaf van 'de redelijk handelend toezichthouder', waarvan de toepassing nader werd bepaald door het wettelijke kader waarbinnen de toezichthouder opereerde. Volgens de rechtbank diende het toezicht dat de VvdE uitoefende ter bescherming van zowel het publiek als ook van de professionele deelnemer. De rechtbank stelde vast dat de VvdE zijn instrumentarium onvoldoende had benut en dat eigen fouten aan de kant van eiser het oorzakelijk verband tussen de schade en de door de toezichthouder gemaakte fouten niet doorbraken.¹⁴⁰

Ook de Rechtbank Den Haag hanteerde de maatstaf van 'de redelijk handelende toezichthouder' in de *Vie d'Or*-zaak die was aangespannen tegen de Verzekeringskamer en de staat door een stichting die de belangen van de (oud) polishouders van de failliete Levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or behartigde.¹⁴¹ De toezichthouder op het verzekeringswezen zou onvoldoende invulling hebben gegeven aan zijn wettelijke taken en daarnaast de hem aangeleverde gegevens onjuist hebben geïnterpreteerd. De rechtbank overwoog dat de verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering primair bij de verzekeringsonderneming zelf lag en dat de taak van de toezichthouder controlerend en soms corrigerend was. Uit de Wet toezicht verzekeringsbedrijf zou moeten worden afgeleid of het ging om een bevoegdheid tot het nemen van een bepaalde beslissing (in welk kader de Verzekeringskamer beschikte over beleidsruimte) of om een gehoudenheid onder bepaalde omstandigheden een bepaalde beslissing te nemen. In het eerste geval diende marginaal en in het

138 Van der Meulen 2002, p. 135.

139 Zie Rb Amsterdam 14 september 2005, *JOR* 2005, 277 (Belangenbehartiging Commandieten Befra/AFM).

140 Rb Amsterdam 7 juni 2000, *JOR* 2000, 153 m.nt K. Frielink (Van den Broek/Ver. voor de Effectenhandel).

141 Rb 's-Gravenhage 13 juni 2001, *JOR* 2001, 215 (St. Vie d'Or/St. Pensioen- & Verzekeringskamer & Staat).

laatste geval volledig te worden getoetst. Van onrechtmatig handelen zou sprake zijn in gevallen waarin de Verzekeringskamer niet in redelijkheid tot haar beslissing had kunnen komen of niet in redelijkheid had kunnen besluiten van haar bevoegdheid geen gebruik te maken. De wijze waarop het beleid ten uitvoer is gelegd, werd ten volle getoetst.

In deze zaak wees de rechtbank alle vorderingen tegen de Verzekeringskamer en de staat af. In hoger beroep heeft het Hof Den Haag zich over de vraag gebogen of de toezichthouder van zijn bevoegdheid om een zogenaamde 'stille bewindvoerder' aan te stellen gebruik had moeten maken.¹⁴² Het gerechtshof oordeelde dat de vraag of het optreden van de Verzekeringskamer beantwoordde aan hetgeen van een redelijk handelend toezichthouder mocht worden gevergd van geval tot geval diende te worden beantwoord aan de hand van alle relevante omstandigheden. Het gerechtshof erkende dat de toezichthouder bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden een zekere beleidsvrijheid had en dat de rechter met die beleidsvrijheid rekening zou moeten houden. Niettemin leidde dit inzicht het gerechtshof niet tot de conclusie dat het optreden van de Verzekeringskamer slechts marginaal mocht worden getoetst. Ook in gevallen waarin aan de toezichthouder beleidsvrijheid toekwam was de maatstaf of gesproken kon worden van handelen van een redelijk handelende toezichthouder en die toetsing was een volledige toetsing op zorgvuldigheid en niet een marginale. Anders dan de rechtbank oordeelde het gerechtshof dat de Verzekeringskamer onrechtmatig had gehandeld en aansprakelijk was.

Uit het *Vie d'Or*-arrest van het Hof Den Haag blijkt niet duidelijk op welke wijze met de beleidsvrijheid van de toezichthouder rekening is gehouden. Aansluiting heeft het gerechtshof gezocht bij het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Van den Berg/Oude Rijnstromen* over aansprakelijkheid van de overheid als waterwegbeheerder. Annotator Van Ravels heeft zich afgevraagd waarom, omdat voornoemd arrest van de Hoge Raad geen betrekking heeft op gebrekig toezicht en evenmin op gebrekkige handhaving van publiekrechtelijke voorschriften door burgers of ondernemingen, maar op het tekortschieten in taak op het terrein van beheer. In die zaak was de betrokken overheid geïnformeerd over het dreigende gevaar en had haar het verzoek bereikt maatregelen te nemen, terwijl de toezichthouder in de *Vie d'Or*-zaak het verwijt trof ambtshalve te hebben nagelaten maatregelen te treffen in een situatie waarin bovendien een derde de directe schadeveroorzaker was. Van Ravels werpt de vraag op waarom niet is gekozen voor de maatstaf uit bijvoorbeeld het *Doetinchemse woonruimtevoordering*-arrest of het *Westerschouwse Duinpolder*-arrest.

In ieder geval lijkt het overheidselement in de rechtspraak over falend financieel toezicht te worden gerelativeerd en dat roept vele vragen op. Een greep uit de selectie. Is de spanning, zoals Van der Does en Snijders die

142 Hof 's-Gravenhage 27 mei 2004, JOR 2004, 206 (*Vie d'Or*/Pensioen- en Verzekeringskamer & Staat).

signaleren, tussen ‘hetgeen in het algemeen geldt en hetgeen geldt als de overheid rechtssubject is’ nog wel ‘steeds aanwezig’?¹⁴³ Of voert misschien ook hier de boventoon, zoals is betoogd bij aansprakelijkheid van de overheid voor haar waterbeheerstaak, dat toezichthouders ‘slechts’ toezicht houden en zich niet kunnen verschansen achter de stelling dat bij het maken van een politieke afweging prioriteit is gegeven aan andere taken? Zouden consumenten en professionals in beginsel aanspraak kunnen maken op ‘droge voeten’? Of is het overheidselement wel zó sterk aanwezig dat het ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer meer van de overheid vergt dan van anderen?¹⁴⁴

De regering heeft in de parlementaire behandeling van het voorstel van de Wet op het financieel toezicht zich op het standpunt gesteld dat de beginselplicht tot handhaving zoals die is uitgekristalliseerd in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak niet wettelijk hoeft te worden verankerd:

“De toezichthouder (AFM en DNB) dient bij handhaving ruimte te hebben voor een belangenafweging in het kader van het zogenaamde toezichthouderdilemma. Enerzijds worden de belangen van professionele marktpartijen en cliënten op de lange termijn gediend door gebonden handhaving, anderzijds is het evenzeer op korte termijn in hun belang dat het vertrouwen in en de continuïteit van de bedrijfsvoering van de overtredende financiële onderneming wordt gehandhaafd. Gelet op dit dilemma zal de AFM (en DNB) van geval tot geval moeten bezien of handhaving wel proportioneel en subsidiair is en ook voor het overige niet in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.”

12.6 VARIA: JEUGDZORG, ONDERWIJS EN HULPDIENSTEN

Drie van de belangrijkste zaken in het Engelse overheidsaansprakelijkheidsrecht in de achterliggende vijftien jaar speelden zich af op het terrein van jeugdzorg en onderwijs: de *Bedfordshire*-zaak, *Barrett v Enfield* en de *Phelps*-zaak. De schadevorderingen hadden mede betrekking op immateriële schade. In het Nederlandse recht is overheidsaansprakelijkheid op deze terreinen van de overheidstaak bij lange na niet zo bekend. Op 1 januari 2005 is de Wet op de jeugdzorg in werking getreden die een aanspraak op jeugdzorg geeft. Ze legt met name de provincies belangrijke taken op en voorziet in toezicht door een Inspectie jeugdzorg die ressorteert onder de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Ook bevat de wet een klachtregeling. Schrijnende gebeurtenissen op het terrein van jeugdzorg hebben de laatste jaren de Nederlandse samenleving opgeschud en niet is uit te sluiten dat zich daaronder gevallen bevinden die overeenkomsten vertonen met de Engelse zaken. In de literatuur

¹⁴³ Van der Does & Snijders 2001, p. 1.

¹⁴⁴ Vgl. Van der Does & Snijders 2001, p. 77.

is reeds betoogd dat bij de niet-tijdige beschikbaarheid van geïndiceerde zorg strenge eisen aan het overheidshandelen dienen te worden gesteld vanwege de bijzondere verantwoordelijkheid die zij draagt. Angst voor *floodgates* zit niet diep, daar waar een regeringsvoorstel wordt gehekelde dat ertoe strekt dat via de rechter wel nakoming kan worden verkregen, maar geen schadevergoeding.¹⁴⁵ Over rechtspraak over overheidsaansprakelijkheid voor falende jeugdzorg is mij weinig jurisprudentie bekend. Noemenswaard is in ieder geval de zaak *Venema* waarin een jong kind onder toezicht en uit huis was geplaatst zonder in kennisstelling van de ouders nadat het vermoeden was gerezen dat de moeder leed aan het syndroom Munchausen by proxy.¹⁴⁶ Het Europese Hof was van oordeel dat de betrokken autoriteiten klagers zonder voldoende rechtvaardigingsgronden hadden geconfronteerd met een *fait accompli*, wat voor het Europese Hof voldoende was om te kunnen concluderen tot schending van artikel 8 EVRM en schadevergoeding toe te kennen op grond van artikel 41 EVRM. Het betrof echter geen aansprakelijkheidsprocedure.

Zaken waarin Nederlandse overheden aansprakelijk zijn gesteld voor ernstig tekortschietend onderwijs of niet erkende dyslexie zijn tot dusverre evenmin zeer geruchtmakend geweest. Wel was er een zaak waarin een ouder van een schoolgaand kind de Gemeente Amsterdam met succes aansprakelijk stelde voor het schenden van de op haar rustende inspanningsverplichting om ervoor te zorgen dat de lesstof uit het schoolprogramma de leerlingen werd aangeboden. De Rechtbank Amsterdam, in deze zaak oordelend in hoger beroep, nam een vergaande inspanningsverplichting aan ter uitvoering van de op de gemeente rustende wettelijke plicht.¹⁴⁷

Geruime tijd was mij slechts één geschil bekend over overheidsaansprakelijkheid voortvloeiend uit optreden van de brandweer. Het had betrekking op de vraag wélke overheid aansprakelijk was.¹⁴⁸ Dit duurde totdat de Rechtbank Amsterdam uitspraak deed in de *Hilversumse brandweerzaak*. In geding was de vraag of de Gemeente Hilversum aansprakelijk was voor schade die een meneer Hoes leed doordat de brandweer de gestelde opkomsttijd niet had gehaald. Naar het oordeel van de rechtbank was het feit dat de aanbevolen opkomsttijd (volgens de 'Handleiding Brandweezorg') niet was gehaald op zichzelf niet onrechtmatig. Het antwoord op de vraag of de gemeente onrechtmatig had gehandeld hing af van de planning en de organisatie van de brandweer. De rechtbank kwam tot de conclusie dat de gemeente toerekenbaar onzorgvuldig had gehandeld jegens Hoes toen de brandweer de aanbevolen opkomsttijd van acht minuten met tien minuten had overschreden.¹⁴⁹ Uitein-

145 Van den Berg & Van de Sanden 2005, p. 303-306.

146 EHRM 17 december 2002, zaak 35731/97, *RJ&D ECHR* 2002-X (*Venema v The Netherlands*).

147 Rb Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000, 104 m.nt. BPV (Gemeente Amsterdam/Scheepman-de Gouw).

148 HR 28 november 1952, *NJ* 1953, 800 m.nt. DV (concl. P-G Berger; Sprang-Capelle/Staat).

149 Rb Amsterdam 18 december 2002, nr. 99-2633 (opgevraagd; ABN Amro/Gemeente Hilversum).

delijk was de Gemeente Hilversum naar het oordeel van de Rechtbank Amsterdam niet aansprakelijk uit onrechtmatige daad. Niet is komen vast te staan dat Hoes als gevolg van het onrechtmatig handelen van de gemeente schade heeft geleden. Aangenomen moet worden dat schade in gelijke omvang ook was ontstaan indien de brandweer tijdig bij de woning van Hoes zou zijn gearriveerd.¹⁵⁰

12.7 REGELGEVING EN RECHTSPRAAK

Overheidsaansprakelijkheid voor lagere regelgeving is in het Nederlandse recht tot ontwikkeling gekomen in het kader van de actie uit onrechtmatige daad. Toetsing van niet-formele wetgeving kan plaats vinden aan hogere regelgeving,¹⁵¹ met inbegrip van de Grondwet en aan het ongeschreven recht.¹⁵² Indien de toets negatief uitvalt, moet een wet(telijke bepaling) wegens onverbindendheid buiten werking worden gesteld. De staatssecretaris die eind jaren zestig van de vorige eeuw door middel het uitvaardigen van materiële wetgeving een verbod stelde op de verkoop van boeken in levensmiddelen- en winkelbedrijven, pleegde een onrechtmatige daad vanwege schending van de grondwettelijk beschermde drukpersvrijheid.¹⁵³

Belangwekkend is het uit hoofdstuk 11 bekende arrest *Papierfabrieken Van Gelder*, waarin de Hoge Raad oordeelde dat met het uitvaardigen van wetgeving die in strijd is met een hogere regeling is niet alleen de onrechtmatigheid maar in beginsel ook schuld gegeven. Voor wetgeving hanteert de rechter geen andere eisen dan voor het nemen van bestuursbesluiten. Een klaarblijkelijke, ernstige en onzorgvuldige bevoegdheidsoverschrijding is evenmin vereist. Zoals eveneens bekend uit hoofdstuk 11 zijn daden van wetgeving niet uitgezonderd in de bijzondere lijn in de onrechtmatige daadsrechtspraak van de civiele rechter bij onevenredige schade.¹⁵⁴ Uit het *Leffers*-arrest moet men afleiden dat een plotseling, drastisch verbod niet behoort tot het normaal maatschappelijk risico van betrokkenen – al kan men zich afvragen hoeveel casusposities alle elementen in zich zullen verenigen waaraan de Hoge Raad in het *Leffers*-arrest betekenis toekent. Het voorbeeld van *Leffers* heeft evenwel doen volgen.¹⁵⁵

150 Rb Amsterdam 13 juli 2005, nr. 99-2633 (opgevraagd; ABN Amro/Gemeente Hilversum).

151 HR 9 mei 1986, AB 1986, 429 m.nt. FHvdB (concl. A-G Van Soest; Staat/Grosheide).

152 HR 16 mei 1986, AB 1986, 574 m.nt. PvB (concl. A-G Mok; Staat/Landbouwluchtvaartbedrijven) en HR 7 oktober 1992, NJ 1994, 44 m.nt. MS (concl. A-G Moltmaker; Legesverordening Beerta).

153 HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt. HD (concl. A-G Berger; Staat/Van Tuyl & De Bron).

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

155 HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 231 m.nt. MS (concl. wnd. A-G Bloembergen; Krijco/Hilversum) en HR 20 juni 2003, AB 2004, 84 m.nt. PvB (concl. A-G Spier; Staat/Harrida).

Principiële obstakels voor het verkrijgen van schadevergoeding en het aansprakelijk stellen van overheden voor daden van wetgeving die in strijd zijn met hogere regelgeving, bestaan wel voor wetten in formele zin, zoals wanneer onrechtmatigheid bestaat uit schending van een bepaling uit de Grondwet. Naar huidig recht is het niet mogelijk de staat aansprakelijk te stellen voor een onrechtmatige daad voor het in strijd met een grondwettelijke rechtsplicht uitvaardigen van een algemeen verbindende voorschrift in de vorm van een wet in formele zin (afkomstig van de regering en Staten-Generaal gezamenlijk). De rechter treedt, blijkens artikel 120 Gw, immers niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten.¹⁵⁶

Het *niet* tot stand brengen van regelgeving zal in het algemeen niet snel tot aansprakelijkheid leiden. Betoogd is dat dit anders is wanneer de overheid op de hoogte is van een specifiek en ernstig risico dat aan de benadeelden of de veroorzaker niet of niet voldoende bekend is.¹⁵⁷ De Rechtbank Alkmaar overwoog in haar vonnis inzake de legionellaramp op de Westfriese flora¹⁵⁸ dat het niet tot stand brengen van een wet in formele zin niet onrechtmatig is, gelet op de taak van de rechter in verhouding tot de wetgever, met de toevoeging dat van zwaarwegende bijzondere feiten of omstandigheden die tot een ander oordeel nopen, in de onderhavige zaak niet was gebleken.¹⁵⁹ Het feit dat er gemeenschapsrecht in geding is, maakt volgens de Hoge Raad in een andere zaak geen verschil.¹⁶⁰ Deze opvatting heeft kritiek geoogst.¹⁶¹ De Hoge Raad zou hebben aangesloten bij de 'nationale' weg en dat zou niet 'Europees' genoeg gedacht zijn. Na alles wat in deze studie is geschreven over de Britse commotie rond de zaak *Factortame*, is deze beroering moeilijk in te denken.

Minder obstakels zijn er als bepalingen van de formele wet in het kader van een actie uit onrechtmatige daad worden getoetst aan ieder verbindende verdragsbepalingen, omdat dan de toepassing van regeling in geding is.¹⁶² Artikel 94 Gw is van grote praktische betekenis voor overheidsaansprakelijkheid voor daden van regelgeving in formele zin. Het artikel garandeert de directe werking van ieder verbindende verdragsbepalingen in de Nederlandse rechtsorde. Langs deze weg is er ook voor varkenshouders die schade lijden door toedoen van de formele wetgever hoop op vergoeding. Bescherming van het recht op eigendom, neergelegd in artikel 1 Prot. 1 EVRM, kan uitkomst bieden. Niet alleen in Straatsburg, maar ook voor de eigen nationale rechter.

156 Zie HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713 (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). Zie ook § 4.4.

157 Van Dam 2002, p. 105-106.

158 Zie nader Akkermans & Brans 2002.

159 Rb Alkmaar 12 december 2002, *NJ* 2003, 68 (Westfriese Flora).

160 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 m.nt. TK (concl. A-G Langemeijer; Waterpakt/Staat).

161 In kaart gebracht door Van Ravels (2003).

162 C.A.J.M. Kortmann 2003.

De Hoge Raad heeft eind 2001 een oordeel geveld over de mogelijkheden.¹⁶³ In de betreffende zaak had de formele wetgever een wet tot stand doen komen die grote veranderingen teweeg zou brengen voor de mestproductie. De oude mestproductierechten waren naar het oordeel van de Hoge Raad geen ‘possessions’ in de zin van artikel 1 Prot. 1 EVRM. De bedrijven van de varkenshouders zelf, kwamen echter wel voor deze kwalificatie in aanmerking. De Hoge Raad boog zich over de vraag of sprake was van ‘expropriation’ in de zin van het tweede lid van het verdragsartikel. De maatstaf was of er een ‘fair balance’ tot stand was gebracht tussen het algemeen belang en de individuele rechten. Van belang was of er, in de woorden van het arrest van de Hoge Raad, een ‘redelijke mate van evenredigheid tussen gebruikte middelen en nagestreefd doel’ bestond. Zo niet, dan was sprake van een buitensporige last. Het gerechtshof had het niet ongerechtvaardigd gevonden dat de varkensbranche de veroorzaakte milieuschade voor zijn rekening nam, zonder onderzoek te doen naar de vraag of er een individuele en buitensporige last was voor betrokkenen. Daarnaast had het gerechtshof buiten beschouwing gelaten dat de wet niet alleen doelen op het terrein van milieu diende, maar ook op dat van de ruimtelijke ordening en het dierenwelzijn.

Een rechterlijke beslissing brengt een publiekrechtelijk rechtsgevolg teweeg en is om die reden een publiekrechtelijke rechtshandeling. Een uitspraak van een rechter is echter geen besluit in de zin van de Awb, want de rechter is geen bestuursorgaan.¹⁶⁴ Bevoegd is de civiele rechter volgens de bekende voorwaarden. Voor aansprakelijkheid van de staat voor onrechtmatige daden van rechtspraak gelden materieel zeer strikte voorwaarden. Vereist is schending van zo fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, terwijl voor rechtzoekenden geen rechtsmiddel openstaat, of heeft opengestaan. De Hoge Raad oordeelde in 1971 dat de staat aansprakelijk is indien:

“bij voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn verontachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan, zou de Staat ter zake van schending van het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk kunnen worden gesteld.”¹⁶⁵

De lat ligt hoog: wanneer niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken. Men zou kunnen zeggen dat de staat immuun is voor aansprakelijkheid voor daden van rechtspraak. Volstrekt

163 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 m.nt. TK en EAA (concl. P-G Mok; Varkenshouders/Staat).

164 Artikel 1:3, eerste lid, Awb j° artikel 1:1, tweede lid, aanhef en onder c, Awb.

165 HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137 m.nt. GJS (concl. A-G Berger). Zie ook HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 727 m.nt. CJHB en EAA (concl. A-G Leijten; S/Staat).

onmogelijk is overheidsaansprakelijkheid echter ook weer niet. Hoogdrempeligheid dient ertoe te voorkomen dat de ene rechter het werk van de andere rechter overdoet.¹⁶⁶ Na de uitspraak van het Europese Hof in *Osman v United Kingdom*,¹⁶⁷ is geopperd dat artikel 6 EVRM van betekenis zou kunnen zijn voor de restrictieve benadering in de Nederlandse rechtspraak van overheidsaansprakelijkheid bij daden van rechtspraak.¹⁶⁸ Ook na *Z v United Kingdom* kan men volharden in deze gedachte, door te beargumenteren dat bij andere categorieën (dan die ene die door de Hoge Raad is erkend), zoals de situatie waarin de rechter de wet onjuist heeft toegepast, sprake is van een 'arbitrary removal of the courts' jurisdiction to determine a whole range of civil claims'.¹⁶⁹ Zij die de aansprakelijkheid naar Nederlands recht voor daden van rechtspraak te streng vinden, pleiten voor reflexwerking van het gemeenschapsrecht. Gelet op de omstandigheden van de zaak *Köbler* ligt het niet voor de hand dat dit een uitbreiding van formaat van de overheidsaansprakelijkheid zal zijn.¹⁷⁰

12.8 CONCLUSIE

Aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder kan zijn gebaseerd op risicoaansprakelijkheid (ex artikel 6:174 BW) of schuldaansprakelijkheid (ex artikel 6:162 BW). Niet aansprakelijk op grond van artikel 6:174 BW is de overheid die niet uit onrechtmatige daad aansprakelijk zou zijn geweest wanneer de wegbeheerder het gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend. Sneeuw en ijsel gelden niet als een gebrek van de weg. De wegbeheerder hoefde niet onder alle omstandigheden preventief te strooien teneinde aan aansprakelijkheid ex artikel 6:174 BW te ontkomen. Normale, voorzichtige weggebruikers moeten er mee rekenen dat de weg niet altijd in perfecte staat verkeert. Bij schending van een niet-wettelijke zorgplicht om te waarschuwen bij gevaar moet de overheid in het Nederlandse recht rekening houden met de mate van waarschijnlijkheid dat weggebruikers niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid zullen betrachten. De rechter betreft in zijn oordeel de grootte van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan en de ernst van die gevolgen en de mate van bezwaarlijkheid van het nemen van veiligheidsmaatregelen. Deze aspecten zijn van belang bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een zorgplicht bepaalde veiligheidsmaatregelen te nemen. De eigen verantwoordelijkheid van een trucker die een zacht paadje oprijdt, komt evenwel bij de vestiging van de aansprakelijkheid aan de orde.

166 HR 17 maart 1978, *NJ* 1979, 204 m.nt. MS (concl. A-G Ten Kate).

167 EHRM 28 oktober 1998, zaak 23452/94, *RJ&D ECHR* 1998-VIII (*Osman v UK*).

168 Zie S.C.J.J. Kortmann, J.S. Kortmann & L.P. Kortmann 2001.

169 EHRM 10 mei 2001, zaak 29392/95, *RJ&D ECHR* 2001-V (*Z v UK*). Zie § 8.3.2.

170 Zie verder § 6.3.4.

De omstandigheid dat het bij aansprakelijkheid van de wegbeheerder om een overheid gaat, heeft niet geleid tot waarneembaar grote zorg over de aanwending van overheidsgelden of tot terughoudendheid. Dit wil niet zeggen dat altijd alle gestelde schade aan een aan de wegbeheerder toegerekende onrechtmatige daad zal worden toegerekend, of dat de eigen gedragingen van de betrokken weggebruiker een schadevergoedingsplicht niet kunnen verminderen.

Op het terrein van water- en rioolbeheer kent het Nederlandse stelsel een open stelsel met een catalogus van factoren die kunnen bijdragen aan de vestiging van overheidsaansprakelijkheid op het terrein van waterbeheer. In de in dit hoofdstuk besproken zaken werd niet steeds slechts marginaal getoetst bij beoordelingsmarges en bestuurlijke vrijheid, zoals bij uitvoeringshandelingen. In de Nederlandse literatuur wordt geschreven over een ‘recht op droge voeten’.

Naar Nederlands recht is de overheid niet immuun voor daden van politie. Uit het *Heldenkermis*-arrest bijvoorbeeld, blijkt dat op de overheid een plicht rust niet door onvoorzichtigheid de dood van een ander te veroorzaken. Toetsing van de vraag of er sprake is van een schending geschiedde anno 1942 terughoudend. De wettelijke omschrijving, de aard van de taak en de omstandigheden waaronder die moet worden volbracht werden van betekenis geacht. De aard van de politietaak lijkt thans in ieder geval niet van grote betekenis te zijn in zaken waarin het schadeveroorzakend handelen niet in directe zin verband houdt met de opsporing van strafbare feiten.

Op het terrein van justitie weegt de beoordelingsmarge zwaar. De eisen aan de beoordeling van toerekenbaarheid kunnen bij schadevorderingen op dit deelgebied dan ook hoog worden gesteld, zoals in de zaak die leidde tot het *Poeder*-arrest waarin opzet was vereist. Een opvallend onderdeel van de Nederlandse rechtspraak over overheidsaansprakelijkheid op dit deelterrein heeft betrekking op onrechtmatige daden jegens ex-verdachten. Een op zichzelf rechtmatig strafvorderlijk optreden kan achteraf en met terugwerkende kracht onrechtmatig blijken te zijn. Ten aanzien van anderen dan ex-verdachten is aansprakelijkheid mogelijk bij een op zichzelf rechtmatige daad, ook wanneer het optreden van de politie niet onzorgvuldig is geweest en geen nodeloze schade heeft veroorzaakt.

Het Nederlandse recht maakt geen onderscheid tussen zaken met een sterke link met defensie en zaken waarin het verband min of meer toevallig is. In geen van beide situaties is de overheid immuun voor aansprakelijkheid. Het is alleen van belang wanneer gevechtshandelingen deel uitmaken van het schadeveroorzakend handelen.

De gedachte dat de aansprakelijkheid van een overheid bij haar toezichthoudende taak niet groter mag zijn dan die van de bank, de bouwer of scheepsbouwer is een gezichtspunt dat in de Nederlandse rechtspraak geen duidelijke rol speelt. Verschillende zaken zijn bestudeerd op het terrein van klassiek toezicht als bouw- en handhavingstoezicht, financieel-economisch

toezicht en inspectie. Wat betreft maatstaven voor beoordeling van aansprakelijkheid voor klassiek en financieel toezicht zoekt de rechtspraak (en bepleit een deel van de literatuur) meer aansluiting bij de criteria die gelden in geschillen tussen particulieren. In gevallen waarin aansprakelijkheid bij klassiek handhavingstoezicht is aangenomen, hadden burgers de overheid gewaar-schuwd voor het bestaan van een mogelijk onrechtmatige situatie. De heersende opinie lijkt te zijn dat een bestuursorgaan een beslissing al dan niet handhavend op te treden juist gerust mag nemen onder invloed van dreigende aansprakelijkheid. EVRM-rechten kunnen de onrechtmatigheid inkleuren en eisen stellen aan de *remedies* die aan de onrechtmatigheid een einde moeten maken. Bij financieel-economisch toezicht blijkt uit de (lagere) rechtspraak geen vrees voor een door schadeclaims angstige en terughoudende toezichthouder. Bezorgdheid daarover overheerst evenmin in de literatuur. In de literatuur lijkt voorts weinig draagvlak te bestaan voor terughoudende toetsing, noch vanuit het oogpunt dat toezicht een dienstverlenende functie zou hebben, noch om reden dat het gaat om een publieke taak. Op het terrein van inspectie heeft in een recent arrest van de Hoge Raad een gebrek aan relativiteit aan de vestiging van aansprakelijkheid in de weg gestaan.

De Nederlandse rechtspraak op het terrein van toezicht is in numeriek opzicht niet omvangrijk. Overheidsaansprakelijkheid op het terrein van jeugdzorg, het verlenen van onderwijsfaciliteiten en het optreden van de brandweer, is echter nog veel minder beeldbepalend voor de overheidsaansprakelijkheid.

Overheidsaansprakelijkheid voor formele wetgeving is als kwestie van nationaal recht problematisch. Dit is anders wanneer het om schending van gemeenschapsrecht gaat of in het geval aansprakelijkheid tot stand komt via bepalingen van het EVRM en de 'buiten toepassing'-bepaling van artikel 94 Gw. Overheidsaansprakelijkheid voor lagere regelgeving is als zodanig niet problematisch. In *Papierfabrieken Van Gelder* heeft de Hoge Raad zelfs bepaald dat bij schending van een regel van hoger recht de onrechtmatigheid én de toerekenbaarheid van de daad van regelgeving zijn gegeven. Zeer gering is de vatbaarheid voor aansprakelijkheid van de Nederlandse staat voor onrechtmatige daden begaan door de rechter, doch ook hier moet men niet spreken van een immuniteit.

