

Onrechtmatige overheidsbesluiten

ONRECHTMATIGE OVERHEIDSBESLUITEN

Unlawful governmental decisions
(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad
van doctor aan de Universiteit Utrecht
op gezag van de rector magnificus, prof. dr. W.H. Gispen,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen
op woensdag 4 oktober 2006 des middags te 12.45 uur

door
Constantijn Nicolaas Johannes Kortmann
geboren op 25 augustus 1970
te Nijmegen

Promotores:

prof. mr. A.A. van Rossum
prof. mr. F.W. Grosheide

Dit proefschrift werd mede mogelijk gemaakt door het G.J. Wiarda Instituut,
Utrechts Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek, Boothstraat 6, 3512
BW Utrecht en door financiële steun van Stibbe advocaten te Amsterdam

Voorwoord

Wie in dit boek het antwoord hoopt te vinden op de vraag of de overheid nu te snel aansprakelijk wordt gehouden voor haar besluiten of juist te zeer immuun is voor schadeclaims van burgers, zal teleurgesteld worden. De gewenste mate van aansprakelijkheid van de overheid is in essentie een politieke vraag, zij het een die steeds meer gestuurd wordt door wetgeving en rechtspraak op Europees niveau. Deze rechtswetenschappelijke verhandeling doet daar geen uitspraken over, maar is gebaseerd op het uitgangspunt van onze wetgever dat de aansprakelijkheid van de overheid in beginsel op dezelfde wijze wordt beoordeeld als die van de burger. Wat dit boek wel biedt, is inzicht in de factoren die de aansprakelijkheid van de overheid voor haar onrechtmatige besluiten bepalen. De rode draad is het onderscheid tussen de twee hoofdvormen van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten. Het vernietigingsberoep heeft de strekking de overheid te bewegen alsnog een rechtmatig besluit te nemen. De schadevordering heeft tot doel de gevolgen van het eenmaal genomen onrechtmatige besluit zoveel mogelijk ongedaan te maken. Door deze beide acties centraal te stellen ('wat vraagt de burger') in plaats van de te beantwoorden rechtsvraag ('is het besluit onrechtmatig') kan tot een doorzichtiger en efficiënter stelsel van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten worden gekomen. De ont koppeling van vernietigingsberoep en schadevordering voorkomt dat een burger om zijn aanspraken op schadevergoeding veilig te stellen tegen een besluit moet doorprocederen tot het vernietigd of herroepen is, zelfs als hij daarbij elk belang heeft verloren. Bovendien maakt deze ont koppeling het wetgever en rechter mogelijk om de aansprakelijkheid voor overheidsbesluiten te reguleren zonder processuele ficties (de formele rechtskracht) of gewrongen constructies (de 'rechtmatige' daad). Het slothoofdstuk van dit boek doet daarvoor enkele suggesties.

Natuurlijk hoop ik dat dit boek een bijdrage zal leveren aan het debat over besluiten aansprakelijkheid. Maar los daarvan, van het onderzoek en het verworven inzicht heb ik in elk geval genoten. Het waren twee mooie jaren. Degenen die daar in de privé-sfeer aan hebben bijgedragen bedank ik daarvoor wel persoonlijk. Op deze plaats verdienen enkele personen een bijzondere vermelding, omdat zij een *condicio sine qua non* waren voor dit boek. Als eerste dank ik Lex Michiels, die mij langs de onderzoeksbureaucratie de weg wees naar twee jaar onderzoek in vrijheid. Die vrijheid heb ik mede te danken aan de compagnons van de praktijkgroep bestuursrecht van Stibbe, die mij de afgelopen periode ruim baan hebben gegeven voor mijn onderzoek. Dit boek had niet voltooid kunnen worden zonder de scherpe blik van Titia Kloos en de vertaling van het slothoofdstuk door Corinne van den Berg, beiden van het Wiarda-instituut. Dieuwke Los hielp mij in de laat-

ste periode met het ‘voor- en nawerk’ van dit boek en het ontwerp van het omslag is van Thessa Kockelkorn, die mij een kijkje gaf in de wondere wereld van design. Hoe meer meelezers hoe meer werk, maar ook: des te beter het boek. Iedereen die mijn eerdere brouwsels gevraagd of ongevraagd van commentaar heeft voorzien ben ik heel erkentelijk. Mijn bijzondere dank gaat uit naar de leden van de leescommissie, prof. P.J.J. van Buuren, prof. I. Giesen, prof. G.E. van Maanen, prof. J.E.M. Polak en prof. N. Verheij voor hun kritische lezing van het manuscript. Tot slot mijn promotores. Jullie begeleiding van mijn onderzoek was niet alleen inspirerend maar ook aangenaam. Ik zou het zo weer doen.

Inhoudsopgave

	TERMINOLOGIE	XI
1	INLEIDING	1
1.1	De overheid aansprakelijk?	1
1.2	Historie	1
1.3	Doctrine	2
1.4	Wetgever, bestuur en rechtspraak	3
1.5	Doel van het onderzoek	4
1.6	Probleemstelling	5
1.7	Vernietiging, onrechtmatigheid en toerekening	5
1.8	Causaal verband en relativiteit	7
1.9	Opzet van dit boek	9
2	NAKOMING EN AANSPRAKELIJKHEID	11
2.1	Inleiding	11
2.2	Evenwicht	12
2.3	Naleving van rechtsplichten	13
2.4	Buitencontractuele aansprakelijkheid	16
2.5	Contractuele aansprakelijkheid	18
2.6	Rechtsplicht en aansprakelijkheid	20
2.7	Rechtvaardigingsgronden	24
2.8	Samenvatting	25
3	OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID UIT ONRECHTMATIGE DAAD	29
3.1	Grondslag voor aansprakelijkheid	29
3.2	De verbintenis tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad in vogelvlucht	31
3.3	Onrechtmatigheid	35
3.4	Toerekening	37
3.5	Onrechtmatigheid, toerekening en eigen schuld	40
3.6	Samenvatting	44

4	BESLUITENAANSPRAKELIJKHEID	47
4.1	Overheidsbesluitvorming – verdelend recht en ordeningsrecht	47
4.2	Naleving van rechtsplichten – handhavingsrecht	48
4.3	Overheidsaansprakelijkheid	50
4.4	Rechtsplichten tot bevoegdheidsuitoefening	53
4.5	De gebondenheid van de bevoegdheidsuitoefening	54
4.6	De uitkomst van de bevoegdheidsuitoefening	57
4.7	Motiveringsgebreken en dispositie	58
4.8	Totstandkomingsgebreken	59
4.9	Onrechtmatigheid of onbevoegdheid	59
4.10	Samenvatting	61
5	BESLUITENAANSPRAKELIJKHEID UIT ‘RECHTMATIGE DAAD’	65
5.1	Aansprakelijkheid uit ‘rechtmatige daad’	65
5.2	Plaatsbepaling	66
5.3	Eén begrip, twee rechtsvorderingen	68
5.4	De relatief onrechtmatige daad	69
5.5	Staat / Lavrijsen introduceert een risico-aansprakelijkheid	72
5.6	Eigen opvatting: één onrechtmatigheidsbegrip	75
5.7	Aansprakelijkheid voor rechtmatige besluitvorming	78
5.8	Voortse stroom exit?	79
5.9	Égalité en Quint / Te Poel	84
5.10	Uitwerking voor het privaatrecht	87
5.11	Uitwerking voor het publiekrecht – handhavingsrecht	91
5.12	Uitwerking voor het publiekrecht – ordeningsrecht	94
5.13	Niet-verdisconteerde belangen – normadressaten en derden	96
5.14	Uitwerking voor het publiekrecht – verdelend recht	101
5.15	De belangenafweging: toetsing door de rechter	101
5.16	Een laatste tegenwerping: scheepsmakelaars en studenten	103
5.17	Samenvatting	106
6	ONGELDIGHEID EN ONRECHTMATIGHEID	111
6.1	De gelijkstelling van (on)geldigheid en (on)rechtmatigheid	111
6.2	Van een processueel naar een materieel debat	112
6.3	Twee verklaringen	115
6.4	Kan een ongeldig besluit toch privaatrechtelijk rechtmatig zijn?	117
6.5	Hypothese: de vernietigingsrechter toetst geldigheid	119
6.6	Toets: een interne rechtsvergelijking	120
6.7	Resultaten: de bronnen van ongeldigheid	125

6.8	Impliceert onbevoegdheid onrechtmatigheid? – attributie versus regulering	125
6.9	Relatieve onbevoegdheid – delegatie en mandaat	130
6.10	Drie gronden voor ongeldigheid en onrechtmatigheid	132
6.11	Samenvatting	135
7	GELDIGHEID EN RECHTMATIGHEID	139
7.1	Inleiding	139
7.2	Geldigheid impliceert publiekrechtelijke rechtmatigheid	140
7.3	(On)geldigheid en (on)rechtmatigheid zijn materieel equivalent	143
7.4	Kan een geldig besluit tot onrechtmatigheid leiden?	144
7.5	Niet-nakoming van bevoegdheden toezeggingen	149
7.6	Niet-nakoming van bevoegdheden overeenkomsten	154
7.7	Een geldig besluit levert geen onrechtmatige daad op	157
7.8	Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke onrechtmatigheid vallen samen	159
7.9	Samenvatting	161
8	FORMELE RECHTSKRACHT EN ONTVANKELIJKHEID	165
8.1	Formele rechtskracht	165
8.2	Procedeedwang versus specialisatie	170
8.3	Procedeedwang versus rechtszekerheid	172
8.4	Procedeedwang versus concordantie	173
8.5	Verdelend recht	176
8.6	Van formele rechtskracht naar schadebeperking	179
8.7	The proof of the pudding	185
8.8	Ontvankelijkheid	188
8.9	Een petitum-gericht stelsel van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten	193
8.10	Samenvatting	197
9	SAMENVATTENDE SLOTBESCHOUWING	201
9.1	Leeswijzer	201
9.2	Wetgever en bestuur – een materieel debat	201
9.3	Rechtspraak – een doelmatige verdeling van rechtsmacht	202
9.4	De huidige interpretatie – aansprakelijkheid staat centraal	203
9.5	Mijn voorstel – gedrag centraal stellen	205
9.6	Aansprakelijkheid uit contract – gedrag en gevolg	207

9.7	Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – alleen gedrag	208
9.8	Een ongeldig besluit levert een onrechtmatige daad op	210
9.9	Aansprakelijkheid en vernietiging: nevensgeschikte remedies	212
9.10	Beperking van besluitenansprakelijkheid – eigen schuld en toerekening	215
9.11	Beperking van besluitenansprakelijkheid – causaal verband	216
9.12	Beperking van besluitenansprakelijkheid – onrechtmatigheid	217
9.13	Beperking van besluitenansprakelijkheid – relativiteit	218
9.14	Slotsom	219
10	SUMMARY	225
10.1	How to read this section	225
10.2	The legislator and the executive – a material debate	225
10.3	The courts – efficient distribution of jurisdiction	226
10.4	The current interpretation – liability is the central issue	227
10.5	My proposal – make behaviour the focal point	229
10.6	Liability out of contract – behaviour and consequences	231
10.7	Liability out of an unlawful act – only behaviour	232
10.8	An invalid decision results in an unlawful act	234
10.9	Liability and annulment: equal remedies	236
10.10	Restriction of liability for decisions – fault and attribution	238
10.11	Restriction of liability for decisions – causal link	240
10.12	Restriction of liability for decisions – unlawfulness	241
10.13	Restriction of liability for decisions – relativity	242
10.14	Conclusion	243
	LITERATUUR	249
	WETGEVING	267
	RECHTSPRAAK	273

Terminologie

ongoorloofd/onrechtmatig

Ongoorloofd gedrag is gedrag dat men rechtens achterwege behoort te laten (par. 1.9). In mijn opvatting is het gelijk aan onrechtmatig gedrag (par. 2.6). Gedrag is onrechtmatig als het de schending van rechtsplicht oplevert zonder rechtvaardigingsgrond (par. 2.7).

gedragsnorm/rechtsplicht

Een rechtsplicht is hetgeen men rechtens behoort te geven, doen of na te laten. Zij heeft in mijn opvatting betrekking op gedrag. Alleen de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan de schending van een rechtsplicht geoorloofd maken (par. 2.3). Rechtsplichten worden gegenereerd door objectieve gedragsnormen of vloeien voort uit verbintenissen. Een verbintenis is in mijn opvatting echter niet gelijk aan een rechtsplicht, omdat een verbintenis naast gedrag (inspanning) ook op gevolg (resultaat) betrekking kan hebben (par. 2.5).

nalevingsactie/schadevergoedingsactie

De actie tot naleving van een rechtsplicht is gebaseerd op art. 3:296 BW. Zij ziet op het toekomstig gedrag van de gedaagde (ex ante). Als aanvang, herhaling of voorzetting van jegens de eiser onrechtmatig gedrag dreigt, slaagt de nalevingsactie behoudens de in de aanhef van art. 3:296 BW genoemde uitzonderingen (par. 2.3).

De schadevergoedingsactie heeft een herstelfunctie. Zij beoogt de gevolgen van een onrechtmatige daad of van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis te redresseren door toekenning van schadevergoeding (ex post). Daarvoor is aansprakelijkheid vereist. Anders dan bij de nalevingsactie is de gedaagde pas aansprakelijk als de onrechtmatige daad of tekortkoming aan hem toegerekend kan worden (par. 2.6 en 3.4).

onrechtmatigheid/tekortkoming

Onrechtmatigheid is een kwalificatie van gedrag (par. 2.4 en 3.2). Gedrag is onrechtmatig als het de schending van een rechtsplicht oplevert zonder rechtvaardigingsgrond (par. 2.7). Van een tekortkoming is sprake als de debiteur achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt. Aan een tekortkoming kan de schending van een rechtsplicht door de debiteur ten grondslag liggen, maar dat hoeft niet. Als een debiteur een bepaald resultaat heeft toegezegd, kan hij tekortschieten zonder onrechtmatig te handelen (par. 2.5 en 2.7).

fout/wanprestatie

Toerekenbaar onrechtmatig gedrag levert een fout van de dader op (par. 3.2). Een toerekenbare tekortkoming levert wanprestatie van de debiteur op (par. 2.5). Wanprestatie kan ook bestaan zonder fout als een bepaald resultaat is toegezegd (par. 2.7). Men kan dit beschouwen als een contractuele risico-aansprakelijkheid. Hoewel de termen fout en wanprestatie een pejoratieve klank hebben, impliceren zij niet noodzakelijk schuld van de dader/debiteur. De onrechtmatigheid/tekortkoming kan hem immers ook krachtens de wet, een rechtshandeling (alleen bij wanprestatie) of de verkeersopvattingen zijn toegerekend (par. 2.5, 3.4 en 2.6).

petitum/fundamentum

Het petitum is de eis, het fundamentum petendi de grondslag van de eis (par. 2.1). De eis geeft aan welke uitspraak de eiser van de rechter verlangt. De grondslag van de eis is/zijn de rechtsregel(s) waar de rechter zijn uitspraak volgens de eiser op moet baseren.

geldigheid/rechtskracht

Geldigheid is een intrinsieke eigenschap van een rechtshandeling. Om daadwerkelijk het beoogde rechtsgevolg in het leven te roepen (rechtskracht te verkrijgen), moet de rechtshandeling in werking treden. Zowel in publiek- als privaatrecht is daarvoor een bepaalde vorm van verklaring/bekendmaking vereist (par. 6.6).

formele/materiële geldigheid

Een rechtshandeling beschouw ik als materieel geldig als zich geen nietigheids- of vernietigingsgronden voordoen. Een vernietigbare rechtshandeling is formeel geldig totdat zij is vernietigd. Bij publiekrechtelijke rechtshandelingen (besluiten) komt deze bevoegdheid slechts aan de rechter toe. Hij mag de formele geldigheid niet aantasten als de actie tot vernietiging is uitgesloten, bijvoorbeeld wegens het verlopen van een beroepstermijn. Formele geldigheid van een materieel ongeldig besluit kan ook het gevolg zijn van een onvolmaakte of onvolledige rechterlijke geldigheidstoetsing (par. 8.1). Een rechtsverhouding wordt uiteindelijk bepaald door het formele geldigheidsbegrip. Na te streven is wel zoveel mogelijk het materiële recht te verwezenlijken (par. 1.5).

onaantastbaar/formele rechtskracht

Een besluit is onaantastbaar als de rechter het niet meer kan vernietigen, ook al is het naar materieel recht ongeldig (geen of tevergeefs aangewend bezwaar of beroep). De rechter gaat dan van de geldigheid (formele rechtskracht) van het besluit uit. In deze betekenis heeft formele rechtskracht niets te maken met een rechtmatigheidsoordeel (par. 8.1).

leer/regel/beginsel van de formele rechtskracht

Het beginsel van de formele rechtskracht houdt in dat het nemen van een besluit rechtmatig wordt geacht zodra het besluit onaantastbaar is geworden. De bestuursrechter gaat nog iets verder: hij neemt rechtmatigheid aan zolang het besluit niet is vernietigd of herroepen (par. 6.1). Met de Hoge Raad vind ik formele rechts-

kracht meer een regel dan een beginsel (par. 8.1). In navolging van de literatuur duid ik deze regel aan als de leer, of het leerstuk van de formele rechtskracht.

dictum/motivering

Het dictum van het besluit bepaalt welke rechtsgevolgen het besluit in het leven roept. De motivering (van art. 3:46 Awb) is de toepassing van het recht op de feiten die aan het besluit ten grondslag liggen (par. 4.7). Bij discretionaire bevoegdheden omvat de motivering tevens de door art. 3:4 Awb vereiste belangenafweging. (par. 4.6).

inhoud/totstandkoming besluit.

De inhoud van een besluit omvat de motivering en het dictum. De totstandkoming ervan omvat: de voorbereidingsprocedure (het verzamelen van feiten) – de besluitvorming zelf (de vergadering van het bestuursorgaan) – de vastlegging van het besluit (moet schriftelijk) en – de bekendmaking (par. 4.8).

implicatie/equivalentie

De logica gebruikt de pijl (\rightarrow) als afkorting voor de implicatie. $A \rightarrow B$ betekent dat telkens als A zich voordoet B zich ook voordoet. Dat betekent niet dat B zich niet zonder A kan voordoen, B kan immers nog een andere oorzaak hebben (zie bijv. par. 7.1). Als $A \rightarrow B$ en $B \rightarrow A$ dan zijn A en B equivalent. Zij doen zich dan ofwel beide, ofwel geen van beide voor.

1 | Inleiding

1.1 De overheid aansprakelijk?

Men hoeft het nieuws van de afgelopen jaren niet op de voet gevolgd te hebben om te bemerken dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht volop in de belangstelling staat. De overheid maakt zich zorgen over de toenemende ‘claimcultuur’ in ons land, terwijl burgers en hun rechtshulpverleners zich erover beklagen de weg kwijt te raken in het woud van bestuursrechtelijke procedures waaruit de overheid uiteindelijk telkens als overwinnaar te voorschijn komt. Wat opvalt, is dat het – ook voor gespecialiseerde juristen – vaak lastig is om te voorspellen of de overheid aansprakelijk gehouden zal worden voor haar optreden. Deze onvoorspelbaarheid heeft als oorzaak dat men het er enerzijds wel over eens is dat overheidsoptreden – zeker als het gaat om de uitvoering van specifieke overheidstaken – niet zonder meer op dezelfde wijze beoordeeld kan worden als dat van een particulier, maar dat anderzijds niet duidelijk is op welke wijze dat dan wel moet. Een complicerende factor is dat – anders dan bij particulieren – het handelen van de overheid vaak door twee rechters beoordeeld wordt, de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Dat geeft aanleiding tot allerlei processuele complicaties waarover de laatste jaren veel geschreven en gediscussieerd is, met name ook na de invoering van de Algemene wet bestuursrecht in 1994. Het materiële aansprakelijkheidsrecht (‘Moet de overheid betalen?’), dat in deze wet niet is geregeld, is daardoor wat op de achtergrond geraakt. Het onderhavige onderzoek beoogt die leemte op te vullen.

1.2 Historie

Het overheidsaansprakelijkheidsrecht is in ons land met name door de burgerlijke rechter ontwikkeld, nadat deze zich in 1915 (bij gebrek aan een afdoende bestuursrechtelijke rechtsgang) bevoegd verklaarde om van alle schuldvorderingen, ook die tegen de overheid, kennis te nemen.¹ Aanvankelijk nam de burgerlijke rechter de gehele rechtsbescherming tegen de overheid voor zijn rekening, maar in de loop van de twintigste eeuw kwamen er steeds meer gespecialiseerde bestuursrechters, die kennis namen van beroepen tegen specifiek benoemde han-

1 HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407, AB klassiek (2003), nr. 3 (Guldemond / Noordwijkerhout).

delingen van de overheid. Met name vanaf de invoering van de wet Arob in 1976 werd een scheiding zichtbaar, waarbij de bestuursrechter besliste op een vernietigingsberoep tegen een overheidsbeschikking, maar de civiele rechter over de aansprakelijkheid van de overheid voor een vernietigde beschikking bleef oordelen. Een logisch gevolg van deze ontwikkelingen was dat tussen de beide typen rechters een taakverdeling gevonden moest worden. De wetgever liet dit grotendeels aan de rechtspraak over waarop de burgerlijke rechter het voortouw heeft genomen door zichzelf een vangnetfunctie toe te bedelen. Die kwalificatie heeft twee aspecten:

- Ten eerste treedt de burgerlijke rechter terug als er tegen het aangevochten overheidshandelen (vaak: het nemen van een beschikking) een voldoende rechtsbescherming biedende rechtsgang bij de bestuursrechter beschikbaar is (de ontvankelijkheidsleer).
- Ten tweede volgt de burgerlijke rechter het oordeel van de bestuursrechter over de geldigheid en de rechtmatigheid van de aangevochten beschikking (als onderdeel van de leer van de formele rechtskracht in ruime zin).²

Met de invoering van de Awb in 1994 is de rechtsmacht van de bestuursrechter aanzienlijk uitgebreid. Niet alleen doordat het besluitbegrip uit artikel 1:3 Awb, dat de toegang tot de bestuursrechter bepaalt, ruimer is dan het beschikkingsbegrip, maar ook doordat de bestuursrechter de algemene bevoegdheid kreeg om het bestuur bij een gegrond beroep tot vergoeding van schade te veroordelen (8:73 Awb). Vanaf 1996 verruimde de bestuursrechter zijn competentie nog verder door beslissingen van de overheid over het al dan niet toekennen van schadevergoeding (onder bepaalde voorwaarden) als appellabel besluit te zien (zelfstandig schadebesluit).³

1.3 Doctrine

Deze emancipatie van de bestuursrechter heeft tot allerlei nieuwe juridische discussies aanleiding gegeven. Bestuursrechtjuristen hebben zich met name geconcentreerd op de inrichting van ons stelsel van rechtsbescherming. Zij hebben veel aandacht geschonken aan de effectiviteit van het bestuursprocesrecht. Zo heeft Polak aangegeven hoe de bestuursrechter tot een meer finale afdoening van geschillen kan komen, ter voorkoming van het ‘gepingpong’ tussen rechter en bestuur.⁴ Verheij schreef in zijn preadvies over de ontwikkeling en grondslag van het zelfstandig schadebesluit en heeft zich tevens gebogen over de mogelijkheden om overheidsaansprakelijkheidsrecht in de Awb te regelen. ‘Moet de bevoegdheid kennis te nemen van een zuiver schadebesluit exclusief aan de bestuursrechter toekomen?’, en ‘Is het besluit van artikel 1:3 Awb een geschikt begrip in het aansprakelijkheidsrecht?’ zijn vragen die hij aan de orde heeft gesteld.⁵

2 Beide leren komen uitgebreid aan bod in hoofdstuk 8. Zie verder recent Tak (RMth 2004) en Schueler (2005).

3 Hierover Verheij (1999).

4 Polak (oratie 2000).

5 Verheij (O&A 2002).

De vraag of een burger – als hij zich eenmaal zonder kleerscheuren door het woud van processuele verwickelingen heen heeft geloodst – uiteindelijk recht heeft op vergoeding van zijn schade (zijn materiële claim) is in het debat tussen de bestuursrechtjuristen onderbelicht gebleven. Dat terrein wordt – grotendeels – overgelaten aan de civilisten (Hartlief, Van Maanen, Smits)⁶ en een enkele civielrechtelijk geïnteresseerde bestuursrechtjurist (Hennekens, Van Ravels).⁷ Zij beperken zich hoofdzakelijk tot het signaleren van nieuwe ontwikkelingen en het annoteren van de gepubliceerde jurisprudentie, die overigens niet onaanzienlijk in getal en belang is.⁸

1.4 Wetgever, bestuur en rechtspraak

Omdat ons overheidsaansprakelijkheidsrecht voornamelijk door de civiele rechter is ontwikkeld, mag het geen verbazing wekken dat dit is geschied op basis van de regeling in het Burgerlijk Wetboek, met name de artikelen 1401 BW (oud) en 6:162 BW. Bijzondere regels vloeien met name voort uit de, hiervoor geschetste, rechtsmachtverdeling met de bestuursrechters. De wetgever heeft zich bij de invoering van artikel 8:73 Awb in 1994 beperkt tot de opmerking dat de bestuursrechter de aansprakelijkheid van de overheid niet anders moet beoordelen dan de civiele rechter tot dan toe deed.⁹ Opvallend is echter dat de bestuursrechter de laatste jaren in een aantal gevallen een eigen lijn lijkt te ontwikkelen, die op punten afwijkt van of zelfs haaks staat op de rechtspraak van de Hoge Raad. Slechts in een enkel geval leidt dat tot codificatie, zoals art. 7:15 lid 2 Awb, dat sinds 2002 de vergoeding van de proceskosten in de bezwaarfase regelt. Deze afwijkingen lijken nogal eens te zijn ingegeven door de wens (die niet alleen bij het bestuur en de bestuursrechter, maar ook in de wetenschap wel leeft) om de aansprakelijkheid van de overheid in te perken, althans, niet verder uit te laten dienen, zoals bij het causale verband. Op andere punten is de bestuursrechter weer ruimhartiger, zoals bij de toekenning van nadeelcompensatie bij onaantastbare appellabele besluiten. Zo is tussen de rechters onderling een discussie te ontstaan over een aantal leerstukken uit het materiële overheidsaansprakelijkheidsrecht, die vraagt om een integrale studie.

6 In AA (Hartlief), JB (Smits) en NTBR (Van Maanen).

7 In De Gemeentestem (Hennekens) en Bouwrecht en NTB (Van Ravels).

8 Pogingen tot nieuwe theorievorming oogstten tot nu toe weinig lof. Zie bijvoorbeeld de bespreking van Hennekens' (2001) afscheidsrede door Hartlief (O&A 2002) en de beschouwingen van Van Ravels (O&A 2004) over de monografie van Koetser (2003). Ik begeef mij op gevaarlijk terrein.

9 PG Awb II, p. 476.

1.5 Doel van het onderzoek

De conclusie van het voorgaande is tweeledig. Enerzijds volgt het door de civiele rechter ontwikkelde materiële overheidsaansprakelijkheidsrecht vrij nauwkeurig de regeling in het Burgerlijk Wetboek, hoewel er in de wetenschap en praktijk stemmen opgaan dat dit leidt tot een te vergaande aansprakelijkheid van de overheid. Met name bestuursrechters lijken hier gevoelig voor, hetgeen soms heeft geresulteerd in van het civiele recht afwijkende jurisprudentie, die zich niet steeds laat verklaren uit de gegeven motiveringen.

Anderzijds blijken de leerstukken die voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht een uitzonderingspositie creëren (zoals de leer van de formele rechtskracht) voornamelijk te zijn ingegeven door processuele motieven. Het huidige juridisch discours spitst zich dan ook toe op de inrichting van ons stelsel van rechtsbescherming. Dat is belangrijk en nuttig, maar daardoor is de vraag waar het de benadeelde burger (en de zich verwerende overheid evenzeer) uiteindelijk om gaat, namelijk of hij recht heeft op schadevergoeding, onderbelicht gebleven. In de praktijk blijkt het ook vaak buitengewoon lastig om de kans van slagen van een claim tegen de overheid in te schatten. Dat komt de rechtszekerheid van burger noch overheid ten goede.

Naar mijn oordeel dient de (mate van) aansprakelijkheid van de overheid primair voort te vloeien uit het materiële recht. De inrichting van het stelsel van rechtsbescherming behoort zoveel mogelijk dienstbaar te zijn aan de verwezenlijking van dat materiële recht. Daarom is het voor zowel wetenschap als praktijk van belang om criteria te formuleren aan de hand waarvan, zoveel mogelijk onafhankelijk van processuele eigenaardigheden, bepaald kan worden of en waarom de overheid naar materieel recht aansprakelijk is voor gebrekkige besluitvorming. Daarbij zullen overigens processuele grondbeginselen, zoals *lites finiri oportet* (aan de rechtsstrijd moet eens een einde komen) niet veronachtzaamd mogen worden.

Doel van dit onderzoek is niet om uitspraken te doen over de gewenste mate van overheidsaansprakelijkheid. Dat is in essentie een politieke vraag, zij het een met steeds meer beperkingen vanuit het Europese recht. Dit onderzoek beoogt de wetgever en de rechter meer inzicht te bieden in het positieve materiële recht dat de aansprakelijkheid van de overheid bepaalt. Dat inzicht kan vervolgens helpen bij het beantwoorden van de vraag op welke wijze (wetgeving, wijziging van jurisprudentie) een gewenste verruiming of beperking van de aansprakelijkheid van de overheid vorm kan worden gegeven.¹⁰ Mijn concrete aanbevelingen aan de wetgever zullen daarom niet de strekking hebben een wijziging te brengen in de mate van overheidsaansprakelijkheid, maar om de consistentie en begrijpelijkheid van het bestaande stelsel te verhogen.

Dit leidt tot de navolgende probleemstelling.

¹⁰ 'Aan welke knoppen er gedraaid moet worden'.

1.6 Probleemstelling

Welke materiële criteria bepalen of de overheid jegens een burger aansprakelijk is voor de schade die zij veroorzaakt bij de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid ter vervulling van een overheidstaak? Als uitgangpunt zal gelden de opvatting van de wetgever dat de aansprakelijkheid van de overheid in beginsel aan de hand van dezelfde maatstaven wordt bepaald als die van de burger. Voorwerp van onderzoek is vervolgens welke mogelijkheden het materiële burgerlijke recht biedt om rekening te houden met de bijzondere positie van de overheid, en waar beïnvloeding van de besluiten aansprakelijkheid niet mogelijk is zonder ingrijpen van de wetgever.

Dat zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter rechtsbescherming verlenen tegen appellabele overheidsbesluiten is met name van invloed op de beoordeling of de overheid een fout heeft gemaakt.¹¹ Het oordeel van de bestuursrechter over een tegen het besluit ingesteld beroep (of het uitblijven van dat oordeel) is bij appellabele besluiten op dat punt maatgevend. Zowel burgerlijke rechter als bestuursrechter onderbouwen dit met processuele argumenten. Mijn onderzoek zal zich primair richten op de verhouding tussen vernietiging, onrechtmatigheid en toerekening naar materieel recht (par. 2.7).

Het beginsel van *restitutio in integrum* bepaalt vervolgens dat de benadeelde burger zoveel mogelijk in de positie wordt gebracht alsof de fout niet was gemaakt. Op dat uitgangspunt brengt het schadevergoedingsrecht diverse correcties aan. De vraag is of en in hoeverre deze correcties voor de overheid anders uitwerken dan voor de burger. Dat lijkt met name het geval voor het causale verband en relativiteit. Daarop zal het onderzoek mede zijn gericht. (par. 2.8).

Aan het slot van deze inleiding zullen de hiervoor geschetste vragen teruggebracht worden tot wat in mijn ogen de essentie is van de eigen aard van het materiële overheidsaansprakelijkheidsrecht. Op basis daarvan schets ik de opbouw van dit boek (par. 2.9).

1.7 Vernietiging, onrechtmatigheid en toerekening

De eerste vraag is of de rechtspraak van de Hoge Raad, dat met de vernietiging van een besluit de onrechtmatigheid en toerekening aan de overheid ervan in beginsel vast staat, in stand kan blijven.¹² Deze rechtspraak vloeit primair voort uit de inrichting van ons stelsel van rechtsbescherming: de Hoge Raad wil ermee voorkomen dat twee rechters over eenzelfde besluit een rechtmatigheidsoordeel geven. Dat veronderstelt dat de burgerlijke rechter op grond van art. 6:162 BW dezelfde beoordeling verricht als de bestuursrechter op een vernietigingsberoep.

¹¹ In het burgerlijk recht is een fout het synoniem van een toerekenbare onrechtmatige daad. Zie par. 4.4.

¹² Met name Van Maanen en Schlössels (Gst. 2004) hebben zich tegen deze jurisprudentie verzet. Tak (RMTh 2004) heeft haar verdedigd.

De vraag is of dat zo is. De bestuursrechter heeft deze rechtspraak overgenomen, wanneer hij oordeelt over de aansprakelijkheid voor appellabele besluiten. Het taakverdelingsargument speelt in die setting echter geen rol. Interessant is dus in hoeverre er naar materieel recht een verband is te leggen tussen de vernietiging van een besluit en de toerekening van dat besluit aan de overheid als een onrechtmatige daad.¹³

Eveneens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is de spiegelbeeldige figuur: zolang een besluit niet is vernietigd of herroepen, moet het geacht worden zowel qua inhoud als totstandkoming rechtmatig te zijn. Deze leer (van de formele rechtskracht) strekt zich uit tot besluiten waartegen de benadeelde bij de bestuursrechter had kunnen opkomen, maar dit niet heeft gedaan. Ook hier is de achtergrond processueel van aard: de burger heeft niet recht op een 'tweede kans' bij de civiele rechter. En ook hier kan als kritiek geuit worden dat de taakverdeling tussen de rechters consequenties heeft voor de materiële aanspraken van de benadeelde. Dat klemt te meer, omdat de achtergrond van het in stand blijven van het besluit een andere kan zijn dan dat het besluit rechtmatig was, bijvoorbeeld het ontbreken of wegvallen van het belang bij de vernietiging of herroeping van het besluit.¹⁴ Interessant is dus de vraag of het nemen van een geldig besluit naar materieel recht inderdaad geen onrechtmatige daad kan opleveren.¹⁵

Opmerkelijk is dat zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter de leer van de formele rechtskracht consequent hanteren, maar tegelijkertijd toch ruimte zien voor vergoeding van schade die het gevolg is van een geldig besluit.¹⁶ De burgerlijke rechter baseert deze aansprakelijkheid met een ingewikkelde redenering op art. 6:162 BW; de bestuursrechter baseert haar op het ongeschreven beginsel van de *égalité devant les charges publiques*. Dit beginsel kan aansprakelijkheid scheppen ondanks de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit. Ten opzichte van het burgerlijke recht geeft het dus een uitbreiding van de overheidsaansprakelijkheid. Hoewel de benadering van de bestuursrechter aanspreekt door haar eenvoud heeft de Hoge Raad geen aanleiding gezien haar over te nemen, vermoedelijk omdat deze benadering volgens hem niet past in het stelsel van het burgerlijke recht. De vraag is dus of de bestuursrechter inderdaad is afgeweken van het uitgangspunt van de wetgever, dat de aansprakelijkheid van de overheid in beginsel aan de hand van dezelfde maatstaven wordt bepaald als die van de burger, en hoe de burgerlijke rechter erin slaagt om binnen het stelsel van het burgerlijke recht tot dezelfde uitkomsten te komen.¹⁷

13 Hoofdstuk 6.

14 Roozendaal (O&A 2003) en Schueler (JB*plus* 2004) hebben deze leer bekritiseerd. Gelpke (O&A 2006) en Van Ettekoven (O&A 2006) hebben haar recent nog verdedigd.

15 Hoofdstuk 7.

16 Naast specifieke wettelijke bepalingen die recht geven op schadevergoeding.

17 Hoofdstuk 5.

1.8 Causaal verband en relativiteit

Als eenmaal de toerekenbare onrechtmatigheid van het nemen van een besluit is vastgesteld, zal de overheid daarvoor slechts aansprakelijk zijn als de schade het gevolg is van het besluit (het causale verband) en als de overtreden norm strekt tot bescherming van het geschonden belang (de relativiteit).¹⁸ Beide criteria worden in de praktijk overigens niet altijd even goed onderscheiden, onder meer omdat bij de bepaling van het causaal verband de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade een rol spelen.¹⁹

Een eerste lastige kwestie is de bepaling van het *condicio-sine-qua-non*-verband tussen besluit en schade.²⁰ In het civiele recht wordt dit verband bepaald door te bezien of de schade ook zou zijn ontstaan als de onrechtmatige daad wordt weggedacht. Anders gezegd: men vergelijkt de positie van de benadeelde met die hij gehad zou hebben zonder onrechtmatige daad. Bij publiekrechtelijke besluitvorming is dat echter lastig. Vaak is het niet mogelijk het besluit weg te denken omdat er een besluit genomen móét worden, bijvoorbeeld op een aanvraag. Het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is er ook op gericht om het bestuur uiteindelijk een rechtmatig besluit te doen nemen. De vraag is dan met welke situatie de positie van de benadeelde moet worden vergeleken. In eerdere artikelen heb ik een aanzet gegeven voor een analyse van deze problematiek.²¹ Daaruit bleek dat het oorzakelijk verband in de zin van het *condicio-sine-qua-non*-verband geen ruimte biedt om voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht een van het gewone aansprakelijkheidsrecht afwijkende positie te creëren. Dit komt, omdat het *condicio-sine-qua-non*-verband een uitwerking is van het beginsel dat de benadeelde zo veel mogelijk in de positie moet worden gebracht als ware de onrechtmatige daad of wanprestatie niet gepleegd, het beginsel van de *restitutio in integrum*.²² Aan het slot van dit boek zal nog wel kort aandacht worden besteed aan de vraag of dit beginsel voor het besluitenaansprakelijkheidsrecht onverkort geldt.

Opvallend is dat de relativiteitsleer een bescheiden rol speelt in het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht.²³ Opvallend, omdat juist bij onrechtmatige publiekrechtelijke besluitvorming veelal sprake is van schending van geschreven normen, en de beschermingsomvang van geschreven normen gemakkelijker te bepalen lijkt dan van ongeschreven normen. De werking van deze leer lijkt zich in de rechtspraak echter te beperken tot de vraag of een *specifieke benadeelde* beschermd wordt door de geschonden norm. Hij wordt niet gehanteerd om *bepaalde typen schade* van vergoeding uit te sluiten, en als dat al wel gebeurt, dan via de sleutel

18 Art. 6:163 BW.

19 Aldus het zodadelijk te bespreken art. 6:98 BW.

20 Als aan dit vereiste niet wordt voldaan ontbreekt het causale verband in beginsel, enkele uitzonderingen daargelaten.

21 Kortmann (NTB 2002) en (Gst. 2005).

22 Omdat het daadwerkelijk ongedaan maken van de gevolgen van een onrechtmatige daad of wanprestatie vaak bezwaarlijk is, wordt schadevergoeding in beginsel voldaan in geld (art. 6:103 BW).

23 Al heeft het duwbak Linda-arrest, HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. JH, AB 2005, 127 m.nt. FvO (Van Hasselt / Staat), het leerstuk wel weer onder de aandacht gebracht.

van het causaal verband, hetgeen op zijn minst dogmatisch onjuist is.²⁴ Ook op dit punt ontbreekt theorievorming voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Toch bevat dit boek geen algemeen onderzoek naar de rol van de relativiteitsleer in het overheidsaansprakelijkheidsrecht, omdat de bestaande theorie op dit punt voldoet, al wordt zij niet steeds juist toegepast.²⁵ Bovendien vergt de relativiteitsleer in haar concrete toepassing een onderzoek naar de strekking van de specifieke wettelijke regeling die in het geding is, welk onderzoek zelden tot eenduidige resultaten leidt.²⁶ Niettemin zal blijken dat het legaliteits- en het specialiteitsbeginsel wel tot enkele duidelijke begrenzingen van de relativiteitsleer leiden.²⁷

De kern van het schadevergoedingsrecht wordt gevormd door art. 6:98 BW. Het artikel bepaalt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Waar onrechtmatigheid, toerekening en relativiteit leiden tot een zwart/wit benadering (de dader is ofwel niet, ofwel ten volle aansprakelijk), biedt art. 6:98 BW de mogelijkheid tot nuancering. Voor zover de schade op grond van dit artikel niet aan de dader kan worden toegerekend, blijft zij – logischerwijs – voor rekening van de benadeelde, met als resultaat dat de draagplicht wordt gedeeld.

Art. 6:101 BW is een uitwerking van art. 6:98 BW. Het artikel bepaalt – kort samengevat – dat als de schade het gevolg is van omstandigheden die deels aan de benadeelde en deels aan de dader zijn toe te rekenen, de draagplicht wordt verdeeld.²⁸ Zo een omstandigheid kan zijn dat de benadeelde zich onvoldoende heeft ingespannen zijn schade te beperken. Als schade op grond van dit artikel voor rekening van de benadeelde blijft, spreekt men van ‘eigen schuld’, hoewel deze term de lading eigenlijk niet goed dekt.²⁹ In de literatuur is betoogd dat de schadebeperkingsplicht een goed alternatief is voor de leer van de formele rechtskracht, omdat beide – in mindere of meerdere mate – de burger dwingen om gebruik te maken van zijn bestuursrechtelijke rechtsmiddelen op straffe van verval van – een deel van – zijn aanspraken op schadevergoeding.³⁰ Die opvatting heeft echter ook kritiek ontmoet.³¹ De vraag is derhalve of art. 6:101 BW in het besluitenansprakelijkheidsrecht ruimte biedt om rekening te houden met de bijzondere positie van de overheid.³²

24 Kortmann (*JBplus* 2003).

25 Verwezen zij naar de dissertatie van Lankhorst (1992) en de conclusie AG bij het duwbak-Linda-arrest.

26 Aldus Scheltema in zijn NJV-referentie over Toezicht, *Handelingen NJV 2005-II*, p. 43.

27 Par. 4.5, 6.10 en 9.9.

28 De verdeling geschiedt naar rato van de wederzijdse causale bijdragen met de mogelijkheid van een billijkheidscorrectie.

29 Maar ‘eigen toerekening’ klinkt niet goed.

30 Roozendaal (*O&A* 2003) en Widdershoven en Ortlep (*O&A* 2004).

31 Van Rossum en Hes (2005).

32 Hoofdstuk 8.

1.9 Opzet van dit boek

Dit hoofdstuk begon met de vaststelling dat er een spanningsveld is tussen enerzijds de opvatting van de wetgever dat de aansprakelijkheid van de overheid naar dezelfde maatstaven wordt beoordeeld als die van de burger, en anderzijds de bij bestuur, rechter en doctrine levende wens om in sommige gevallen een apart aansprakelijkheidsregime te creëren. Ik gaf aan dat naar mijn oordeel de verdeling van rechtsmacht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter geen goed middel is om die wens vorm te geven. Niet het formele, maar het materiële recht dient de omvang van de overheidsaansprakelijkheid te bepalen. De centrale probleemstelling van dit boek is daarom welke mogelijkheden het vigerende recht de rechter biedt om rekening te houden met de bijzondere positie van de overheid, en waar beïnvloeding van de besluitenansprakelijkheid niet mogelijk is zonder ingrijpen van de wetgever.

Het gesignaleerde spanningsveld tussen het positieve civiele aansprakelijkheidsrecht en het gewenste overheidsaansprakelijkheidsrecht heeft betrekking op de uitkomsten van schadeprocedures van de burger tegen de overheid. Als men aanneemt dat het positieve burgerlijke recht doorgaans tot bevredigende uitkomsten leidt in procedures tussen burgers onderling, dan treedt de spanning met name daar op waar men vindt dat de bijzondere positie van de overheid tot een afwijkende uitkomst moet leiden. Naar mijn oordeel is die bijzondere positie zichtbaar in twee situaties.

1. Een overheidsbesluit is in veel gevallen het resultaat van een belangenafweging. Die afweging kenmerkt zich doorgaans door het feit dat het belang van een individuele burger wordt opgeofferd ten behoeve van een hoger (collectief) belang. De overheid heeft dan ‘goed’ gehandeld, maar toch bestaat soms de wens om de benadeelde te compenseren (nadeelcompensatie).
2. De omgekeerde situatie komt ook voor. De overheid heeft dan ‘fout’ gehandeld, terwijl men toch vindt dat de benadeelde geen compensatie verdient. De redenen daarvoor kunnen uiteenlopen, maar in veel gevallen komt het erop neer dat de benadeelde (mede-)verantwoordelijk wordt gehouden voor zijn schade, zulks in sterkere mate dan in de verhouding tussen burgers onderling het geval zou zijn.

Deze situaties staan op het eerste gezicht op gespannen voet met het civiele aansprakelijkheidsrecht, omdat in art. 6:162 BW de fout aan de basis staat van aansprakelijkheid. In de kern leidt ‘fout’ gedrag tot aansprakelijkheid en ‘goed’ gedrag niet. Ik gebruik de termen ‘goed’ en ‘fout’ hier bewust in niet-juridische zin. In de rest van dit boek zal ik spreken van ‘geoorloofd’ en ‘ongeoorloofd’ gedrag. Op deze plaats kan ongeoorloofd gedrag omschreven worden als gedrag waarvan de dader zich dient te onthouden.³³ De vraag is dan of op basis van het huidige burgerlijke recht geoorloofd overheidsoptreden tot aansprakelijkheid kan leiden (1) en of aansprakelijkheid kan uitblijven ondanks ongeoorloofd overheidsoptreden (2).

33 De nuances volgen in hoofdstuk 2.

De verhouding tussen ‘goed/fout’ en wel/geen aansprakelijkheid staat in hoofdstuk 2 centraal. De conclusie daarvan zal zijn dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad niet bepaald wordt door de schadelijke gevolgen van gedrag, maar door de kwalificatie van het gedrag zelf als geoorloofd of ongeoorloofd. Het verbindende element tussen de ongeoorloofdheid van gedrag en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zal de schending van een rechtsplicht blijken, welke rechtsplicht in het onrechtmatige-daadsrecht voortvloeit uit een gedragsnorm. In hoofdstuk 3 wordt bezien hoe de onrechtmatige overheidsdaad werkt, waarna in hoofdstuk 4 een analyse volgt van normen die van toepassing zijn op overheidsbesluiten. Hoofdstuk 5 behandelt de aansprakelijkheid uit ‘rechtmatige daad’. Daar staat centraal de verenigbaarheid van de rechtspraak van de burgerlijke rechter (aansprakelijkheid op basis van een normschending en dus onrechtmatige daad) en van de bestuursrechter (aansprakelijkheid op basis van een zelfstandige grondslag) met het positieve recht.

Nadat de eerste zes hoofdstukken inzicht hebben verschaft over de materieelrechtelijke basis van de besluitenaansprakelijkheid, behandelen de hoofdstukken 6 en 7 de verhouding van het vernietigingsberoep en de schadevergoedingsactie. Centraal in deze hoofdstukken staat de vraag of uit de (on)geldigheid van het besluit (het voorwerp van het vernietigingsberoep) de (on)rechtmatigheid van het nemen van dat besluit volgt (de grondslag van de schadevergoedingsactie). In hoofdstuk 6 blijkt dat de vernietiging van een besluit op dezelfde gronden berust als de kwalificatie van (het nemen van) dat besluit als onrechtmatig. Uit een analyse van de toezegging tot het nemen van een bepaald besluit (een *hard case*) in hoofdstuk 7 blijkt dat het nemen van een naar materieel recht geldig besluit geen onrechtmatige daad kan opleveren.

De verklaring voor de gevonden equivalentie tussen geldigheid en rechtmatigheid is de ontwikkeling van het vernietigingsberoep tot een integrale rechtmatigheidstoets. Ook in het vernietigingsberoep staat centraal of het aan het besluit ten grondslag liggende overheidsgedrag geoorloofd en dus rechtmatig was. Aan het gegeven dat in het vernietigingsberoep en de aansprakelijkheidsactie dezelfde rechtsvraag centraal staat, heeft de civiele rechter de conclusie verbonden dat het hem niet vrij staat bij appellabele besluiten een oordeel te geven over de geoorloofdheid (en dus de rechtmatigheid) van het nemen van het besluit. Hij bakent zijn rechtsmacht ten opzichte van de bestuursrechter dus af op basis van de grondslag van de eis (het *fundamentum petendi*).³⁴ Hoofdstuk 8 zal laten zien dat deze opstelling van de civiele rechter niet strookt met het gewone aansprakelijkheidsrecht en leidt tot een ongewenste procedeedwang. Geconcludeerd zal worden dat binnen het bestaande stelsel de rechtsmacht beter verdeeld kan worden op basis van de inhoud van de eis (het *petitum*).

Hoofdstuk 9 ten slotte, besluit dit boek met een samenvattende slotbeschouwing en enkele aanbevelingen aan de wetgever en de rechter.

34 De bestuursrechter volgt deze lijn in schadezaken. Zie par. 6.1.

2 Nakoming en aansprakelijkheid

2.1 Inleiding

Het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming tegen appellabele overheidsbesluiten kent grosso modo twee acties: het vernietigingsberoep en de vordering tot vergoeding van de door het overheidsbesluit veroorzaakte schade. Uit het perspectief van de burger beoogt het vernietigingsberoep de overheid te bewegen tot naleving van haar rechtsplicht; de vordering uit ‘rechtmatige’ of onrechtmatige overheidsdaad strekt tot vergoeding van de door het overheidsbesluit veroorzaakte schade. De rechtspraak neemt aan dat er een nauw verband bestaat tussen de uitkomst van een vernietigingsberoep en de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige overheidsbesluitvorming. Kortweg leidt een vernietigd besluit tot aansprakelijkheid, een in stand gelaten besluit niet.¹ Die aanname is goed te begrijpen als men de rechterlijke vernietiging beschouwt als een remedie tegen de schending van een rechtsplicht door de overheid, welke schending op haar beurt tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad leidt. Toch is er een aantal gevallen waarin deze redenering tot moeilijkheden leidt. De rechter wil dan ondanks de vernietiging van het besluit geen aansprakelijkheid aanvaarden (bijvoorbeeld omdat het slechts een formeel gebrek betreft), of juist wel schadevergoeding toekennen met instandhouding van het besluit (bijvoorbeeld omdat het besluit een zwaarwegend maatschappelijk belang dient).² De rechterlijke motiveringen om tot zodanige uitkomsten te komen blinken niet telkens uit in helderheid en ondervinden regelmatig kritiek.³

Het nauwe verband tussen de uitkomst van een nalevingsactie en de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige overheidsbesluitvorming ziet men ook terug bij de toetsing van niet-appellabele besluiten door de civiele rechter. De onrechtmatige daad is de basis van zowel de verbodsvordering gericht tegen de uitvoering van een niet-appellabel besluit (bijvoorbeeld een onverbindende regeling), als van

1 Ik abstraheer in dit verband van het causale verband en de relativiteitseis. Zie par. 1.8.

2 Het in par. 1.9 gesignaleerde spanningsveld.

3 Deze komt in de hoofdstukken 6 t/m 9 nog uitvoerig aan bod. Een deel van het probleem is de botsing tussen twee talen en culturen, die van civilisten en publicisten. Het taalprobleem heb ik proberen te ondervangen met een begrippenlijst voor in dit boek.

4 HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 m.nt. MS, AB 1984, 103 m.nt. FHvdB (Staat / LSV c.s.) resp. HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. MS, AB 1986, 574 m.nt. PvB, AB Klassiek (2003), nr. 18 (Landbouvvliegers). Evenals de bestuursrechter is de civiele rechter terughoudend met het opleggen van een gebod om een bepaald besluit te nemen, uit respect voor de scheiding tussen rechter en bestuur. Volgens Polak (O&A 2004) te terughoudend.

de vordering tot vergoeding van schade die het besluit tot gevolg heeft.⁴ Verbindt de regeling daarentegen, dan bestaat er in beginsel geen aanspraak op schadevergoeding. Weliswaar aanvaardt de civiele rechter in bijzondere gevallen aansprakelijkheid voor verbindende regelingen (aansprakelijkheid uit ‘rechtmatige daad’), maar die redenering ondervindt kritiek.⁵

Naar mijn oordeel is het mogelijk om met enkele aanpassingen te komen tot een systeem waarbinnen ook de hiervoor aangeduide ‘lastige gevallen’ goed te plaatsen zijn. Daarvoor is het nodig dat er een scherper onderscheid gemaakt wordt tussen enerzijds (schending van) rechtsplichten en anderzijds aansprakelijkheid dan tot op heden het geval is. Dat geldt niet alleen voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht maar voor het gehele – civielrechtelijke – aansprakelijkheidsrecht. Vaak beschouwt men de gebods- en verbodsvorderingen en de vordering tot schadevergoeding als nevenschiktelijke acties die beide gebaseerd zijn op ‘de onrechtmatige daad’.⁶ Ook in het contractenrecht is niet ongebruikelijk te stellen dat de acties tot nakoming en schadevergoeding beide gebaseerd zijn op wanprestatie.⁷ De gever van het nieuwe burgerlijke wetboek heeft de actie tot naleving van een rechtsplicht (titel 3.11, rechtsvorderingen) gescheiden van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (titel 6.3) en uit wanprestatie (afd. 6.1.9). Het burgerlijk wetboek maakt een onderscheid tussen de nalevingsactie en de schadevergoedingsactie dus in beginsel mogelijk. Dat nodigt uit tot een nadere analyse, waarbij ik niet de onrechtmatige daad en de wanprestatie (het *fundamentum petendi*) centraal stel, maar de nalevingsactie en de schadevordering (het *petitum*).

2.2 Evenwicht

In de Westerse opvatting bestaat onze samenleving uit individuen die het vrij staat hun eigen belangen na te jagen. Dit streven kan ten koste gaan van de individuele belangen van anderen en de collectieve belangen van de maatschappij (daaronder begrepen het belang van het individu zelf). Gedragsnormen hebben de strekking om een evenwicht aan te brengen in het najagen van het eigen belang en het respecteren van de andere belangen.⁸ Met het oog op de rechtszekerheid moet dat evenwicht een zekere bestendigheid hebben. Dat verklaart waarom normen een algemeen karakter hebben naar tijd, plaats en adressaat. De schending van een gedragsnorm levert dus een inbreuk op de rechtszekerheid op van degene die door de norm wordt beschermd.

Gedragsnormen genereren rechtsplichten voor de adressaten van de norm. Een rechtsplicht bepaalt tot welk gedrag de geadresseerde in een concreet geval gehouden is. Ik beperk het object van de rechtsplicht dus tot menselijk gedrag.⁹ Uit de

5 Bloembergen (1992), Van Maanen (2002), en vele anderen. Zie hoofdstuk 5.

6 Vergelijk de parallel tussen de vernietiging of het buiten toepassing laten van een besluit en de aansprakelijkheid daarvoor.

7 Tjong Tjin Tai (WPNR 2004) signaleert dit ook. Uiteindelijk komt hij niet tot de ont koppeling zoals ik die bepleit.

8 Sieburgh (2000), p. 3 noemt dit het evenwicht tussen de adagia *casum sentit dominus* en *alterum non laedere*.

9 Dat strookt met art. 3:296 BW en het is van belang voor het onderscheid met de verbintenis; zie hierna par. 2.3 en 2.5.

niet-naleving van een rechtsplicht kan aansprakelijkheid voortvloeien, maar die beide begrippen zijn niet synoniem. Enerzijds vloeit uit de schending van een rechtsplicht niet altijd aansprakelijkheid voort (bijvoorbeeld omdat de schending niet kan worden toegerekend aan de dader), en anderzijds bestaan er vormen van aansprakelijkheid zonder schending van een rechtsplicht (bijvoorbeeld risico-aansprakelijkheid).

2.3 Naleving van rechtsplichten

Het verbod op eigenrichting houdt in dat burgers niet zelf de naleving van rechtsplichten door anderen kunnen afdwingen. Dat kan slechts door tussenkomst van het overheidsgezag. Art. 3:296 lid 1 BW bepaalt dan ook:

‘Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.’

De tekst van art. 3:296 BW maakt duidelijk dat een rechtsplicht betrekking heeft op gedrag, maar het artikel regelt niet wanneer de gedaagde jegens de eiser verplicht is iets te geven, te doen of na te laten. Weliswaar is ons recht vergeven van tot burgers gerichte geboden en verboden, maar een algemene regel van materieel recht die bepaalt wanneer een burger jegens een ander tot iets verplicht is, ontbreekt in het burgerlijk wetboek. Inspiratie kan echter geput worden uit het burgerlijk wetboek van voor 1992. Dit wetboek kende geen met art. 3:296 BW vergelijkbare bepaling. De verplichting iets te geven, te doen of na te laten destilleerde de rechter voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht uit art. 1401 BW (oud), de voorloper van art. 6:162 BW.¹⁰ Met de invoering van het huidige BW heeft de wetgever niet beoogd daarin verandering te brengen.¹¹ Dat betekent dat de structuur van art. 6:162 BW de rechter tot leidraad dient, wanneer hij vaststelt tot welk gedrag de ene burger jegens de ander verplicht is. Lid 2 van dat artikel merkt – voor zover hier relevant – als een onrechtmatige daad aan een doen of nalaten in strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsplicht, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.¹² Op grond van art. 3:296 BW kan de rechter derhalve een burger veroordelen om een uit geschreven en ongeschreven gedragsnormen voortvloeiende rechtsplicht in acht te nemen (voor zover hij daartoe jegens de eiser is gehouden), behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Zo kan de rechter bijvoorbeeld op vordering van het waterleidingbedrijf een burger verbieden om meer dan 1000 m³ grondwater te onttrekken,

10 HR 18 augustus 1944, NJ 1944/1945, 598 (Alkmaar / Noord-Holland).

11 Asser-Hartkamp 4-III, nr. 118.

12 Deze omschrijving is in lijn met het betoog van Sieburgh (2000), par. 5.4, dat de onrechtmatigheidscategorie ‘inbreuk op een subjectief recht’ alleen ziet op gedrag dat zelf inbreukmakend is. Ook van Dam (2003) stelt de gedragstoetsing centraal (nr. 703).

omdat zijn vergunning dat niet toestaat.¹³ Staat echter het huis van de buurman in brand, dan zal dat mogelijk het oppompen van bluswater kunnen rechtvaardigen. De rechter zal dan geen verbod kunnen uitspreken.¹⁴

Art. 3:296 BW dient tevens als basis voor de vordering tot naleving van rechtsplichten die voortvloeien uit een contractuele verbintenis. Het burgerlijk wetboek bevat – net zomin als in buitencontractuele verhoudingen – geen regel van materieel recht die in algemene zin bepaalt waartoe de debiteur jegens de crediteur verplicht is. Ook hier kan het voor 1992 geldende recht inspiratie bieden. Art. 1374 BW (oud) bepaalde dat het contract partijen tot wet strekt. Het contract roept dus rechtsplichten in het leven die vergelijkbaar zijn met de wettelijke plicht van art. 6:162 lid 2 BW. Naar analogie met de onrechtmatige daad kan de rechter de debiteur tot naleving daarvan kan veroordelen. In het voorbeeld van zojuist kan de rechter op vordering van het waterleidingbedrijf een burger ook verbieden om meer dan 1000 m³ grondwater te onttrekken, omdat hij zich daartoe jegens het waterleidingbedrijf contractueel verbonden heeft. Maar staat het huis van de buurman in brand, dan zal dat mogelijk het oppompen van bluswater kunnen rechtvaardigen. Dan zal de rechter geen verbod kunnen uitspreken.

De situatie waarin de debiteur wegens een hoger belang niet nakomt, wordt in de dogmatiek doorgaans gekwalificeerd als een tijdelijke of blijvende onmogelijkheid van de nakoming. Daar ligt een uitgebreid debat aan ten grondslag, omdat naar normaal spraakgebruik de debiteur bij de aanwezigheid van een hoger belang best na kan komen, al moet hij kiezen tussen twee conflicterende belangen. Daarom onderscheidt de dogmatiek objectieve en subjectieve onmogelijkheid.¹⁵ Tot die laatste categorie behoort het gegeven voorbeeld. Ik geef in die situatie de voorkeur aan de term ‘rechtvaardigingsgrond’ om de parallel met het buitencontractuele recht aan te geven. Of de rechtsplicht nu bestaat uit de naleving van een vergunning of een overeenkomst, in beide gevallen wordt de schending van deze rechtsplicht gerechtvaardigd door het hogere belang van de buurman. In mijn opvatting ziet een rechtvaardigingsgrond primair op de geoorlooftheid van gedrag, en niet op de vervolgvraag of dat gedrag aansprakelijkheid schept. Het staat partijen dan niet ter vrije bepaling welke omstandigheden een rechtvaardigingsgrond opleveren, maar wel welke rechtvaardigingsgronden aan toerekening ex art. 6:75 BW in de weg staan. Deze keuze van terminologie veronderstelt een verschil tussen het overmachtbegrip van enerzijds art. 6:75 BW en anderzijds art. 6:162 lid 2 BW. Dat komt in paragraaf 2.5 aan de orde.¹⁶

13 HR 28 juni 1985, NJ 1986, 356 m.nt. MS, AB 28 juni 1985, NJ 1986, 356 m.nt. MS (Claas / Van Tongeren) en HR 17 september 1982, NJ 1983, 278 m.nt. MS (Zegwaard / Knijnenburg).

14 Dit voorbeeld maakt duidelijk waarom rechtvaardigingsgronden in de praktijk niet vaak een rol spelen bij nalevingsacties, die immers zien op toekomstig gedrag, daaronder begrepen de voortzetting of herneming van gedrag dat al heeft plaatsgevonden. Art. 6:168 BW biedt de rechter de mogelijkheid om een tegen onrechtmatig handelen gerichte verbodsvordering af te wijzen op grond van zwaarwegende maatschappelijke omstandigheden. In hoofdstuk 5 zal ik betogen dat dit artikel overbodig is.

15 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 307 e.v.

16 Deze poging tot harmonisatie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid is geïnspireerd door en ligt in het verlengde van het werk van Sieburgh (diss. 2000 en TPR 2003) en haar recente bewerking van de Asser-delen Verbintenissenrecht, 4-I nr. 307a en 4-III nr. 58-68).

Dat de rechter het door het waterleidingsbedrijf gevorderde verbod tot het oppompen van bluswater niet kan uitspreken, volgt uit de redenering dat als een contract partijen tot wet strekt, de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond in de weg staat aan toewijzing van de vordering tot naleving van die contractuele verplichting, net zoals een rechtvaardigingsgrond de vordering tot naleving van de in art. 6:162 lid 2 genoemde wettelijke plicht verhindert. In beide gevallen overigens, herleeft de rechtsvordering zodra de rechtvaardigingsgrond niet langer aanwezig is. De rechtvaardigingsgrond doet de verplichting dus niet vervallen, maar staat (soms slechts tijdelijk) in de weg aan toewijzing van de rechtsvordering die strekt tot naleving van die verplichting.

Art. 3:296 BW biedt derhalve een wettelijke grondslag om naleving van buitencontractuele en contractuele rechtsplichten door tussenkomst van de rechter af te dwingen. Voor beide typen rechtsplichten geldt dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond aan het slagen van de actie in de weg staat. Het zou de duidelijkheid van de tekst van art. 3:296 BW ten goede komen, als daaraan wordt toegevoegd de zinsnede ‘behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’ net zoals in art. 6:162 lid 2 BW. Men kan daar tegenin brengen dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond impliceert dat er geen sprake is van een verplichting als bedoeld in art. 3:296 BW, maar volgens die redenering zou de genoemde zinsnede ‘behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’ in art. 6:162 lid 2 BW ook overbodig zijn.¹⁷ Mijns inziens is de explicitering van het begrip ‘rechtvaardigingsgrond’ zinvol, omdat zij duidelijk maakt dat er sprake is van een van de algemene regel afwijkende situatie. Aan die bijzondere omstandigheid kan het aansprakelijkheidsrecht vervolgens consequenties verbinden, en dat gebeurt ook, zoals in de volgende paragrafen zal blijken.

De aan- of afwezigheid van een schulduitsluitingsgrond (sinds 1992: toerekeningsuitsluitingsgrond) is voor de nalevingsactie van art. 3:296 BW niet relevant, omdat deze actie de strekking heeft gedrag waartoe iemand verplicht is, voor de toekomst af te dwingen (prospectief).¹⁸ Toerekening speelt alleen een rol bij de (retrospectieve) beoordeling van reeds gepleegde daden. Dit geldt zowel voor contractuele als niet-contractuele rechtsverhoudingen. Daarom bevat art. 3:296 BW terecht geen schuld- of toerekeningsvereiste.¹⁹

In par. 2.1 omschreef ik het vernietigingsberoep als een middel om het bestuur te bewegen tot naleving van haar rechtsplicht. Die omschrijving kan nu gepreciseerd worden. De vernietiging ontnemt met terugwerkende kracht het rechtsgevolg aan het vernietigde besluit. Dat dwingt het

17 Ook in het contractenrecht gaat het tegen het taalgevoel in te stellen dat een rechtvaardigingsgrond de contractuele verplichting jegens de crediteur wegneemt. De grond rechtvaardigt in een concrete situatie slechts de (soms tijdelijke) niet-naleving van die verplichting.

18 HR 26 mei 2000, NJ 2000, 472 m.nt. ARB (CZ / Schreurs).

19 Staat al bij voorbaat vast dat de gedaagde een geslaagd beroep zal doen op een toerekeningsuitsluitingsgrond, bijvoorbeeld psychische overmacht, dan zal bijvoorbeeld een gebod op straffe van een dwangsom weinig uithalen. Toch kan een veroordeling dan zinvol zijn, bijvoorbeeld om de eiser in staat te stellen tot reële executie over te gaan (art. 6:79 BW).

bestuur op zichzelf niet tot naleving van zijn rechtsplicht. De vernietiging *sec* heeft hooguit een redresserend effect, bijvoorbeeld omdat daardoor een betalingsverplichting van de burger vervalt. Redres van de feitelijke gevolgen dient via een (retrospectieve) actie uit onverschuldigde betaling of onrechtmatige daad te geschieden.²⁰

Vaak echter heeft de vernietiging mede tot gevolg dat het bestuur een nieuw besluit moet nemen. Dat is bijvoorbeeld het geval als het vernietigde besluit op aanvraag of op bezwaar is genomen. Ook kan de rechter bij een gegrond beroep het bestuur opdragen een nieuw besluit te nemen met inachtneming van zijn uitspraak.²¹ In zoverre heeft het vernietigingsberoep de strekking van een (prospectieve) actie ex art. 3:296 BW. Hetzelfde geldt voor de bezwaarschriftenprocedure, die zowel ziet op de (retrospectieve) beoordeling van het besluit in primo als op de (prospectieve) verlengde besluitvorming. Dit gemengde karakter van de bestuursrechtelijke rechtbescherming leidt tot een mix van *ex tunc* en *ex nunc* toetsing.²²

In par. 3.5 zal blijken dat het toerekeningsvereiste in het vernietigingsberoep, ook voor zover het *ex tunc* werkt, in beginsel geen rol speelt. Daardoor komt het prospectieve karakter van het vernietigingsberoep nog meer centraal te staan: het beoogt een einde te maken aan een onrechtmatige toestand en het bestuur te bewegen tot het – alsnog – nemen van een rechtmatig besluit, tenzij daartoe geen rechtsplicht (meer) bestaat.

2.4 Buitencontractuele aansprakelijkheid

De niet-naleving van een gedragsnorm verstoort het evenwicht dat die norm beoogt te waarborgen. De grondgedachte van het schadevergoedingsrecht is, dat dit evenwicht moet worden hersteld: de benadeelde moet zoveel mogelijk in de positie worden gebracht alsof de gedraging die de normschending oplevert, niet zou hebben plaatsgevonden, aldus het beginsel van *restitutio in integrum*. Daartegenover staat het met name in het strafrecht geldende beginsel, dat zonder schuld geen aansprakelijkheid kan ontstaan. Deze beide beginselen bijten elkaar in gevallen wanneer buiten schuld een gedragsnorm wordt geschonden. Het burgerlijke delictuele aansprakelijkheidsrecht vaart dan een middenkoers: de dader is ook gehouden tot (in beginsel volledige) schadevergoeding als de onrechtmatige daad hem krachtens de wet of de verkeersopvattingen is toe te rekenen. Een voorbeeld van toerekening krachtens de wet is art. 6:165 BW, op grond waarvan een geestelijke stoornis, die de schulduitsluitingsgrond van art. 39 Sr. oplevert, niet aan civielrechtelijke aansprakelijkheid in de weg staat. Toerekening krachtens verkeersopvattingen vindt bijvoorbeeld plaats wanneer de overheid onrechtmatig handelt door een beschikking te nemen die op grond van nadien gewezen jurisprudentie in strijd met het recht blijkt te zijn.²³

20 Zie reeds HR 28 februari 1975, NJ 1975, 423 m.nt. WFP, AB klassiek (1991), nr. 10 (Parochiehuus Woerden).

21 Art. 8:72 lid 4 Awb.

22 Het misverstand dat bezwaar louter *ex nunc* werkt en vernietiging *ex tunc* heeft Verheij (JBplus 2003) dan ook op heldere wijze uit de wereld geholpen.

23 HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (Staat/NCB). Zie nader par. 3.4.

Het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekening is van belang voor de verbodsactie ex art. 3:296 BW. Op grond van dit artikel kan gedrag waardoor geen rechtsplicht wordt geschonden, niet verboden worden. Maar levert het gedrag wel schending van een rechtsplicht, een onrechtmatige daad op, dan kan het in beginsel verboden worden, ook al kan dat gedrag niet aan de dader worden toegerekend. Art. 6:164 BW bijvoorbeeld luidt:

Een gedraging van een kind dat de leeftijd van veertien jaren nog niet heeft bereikt, kan aan hem niet als een onrechtmatige daad worden toegerekend.²⁴

Spant een kind van 13 een touwtje over de weg om iemand te laten struikelen, dan zal dit weliswaar onrechtmatig zijn, maar niet toerekenbaar.²⁵ Dat laatste doet er niet aan af dat deze gedraging op grond van art. 3:296 BW verboden kan worden. Aansprakelijkheid van het kind voor de gepleegde onrechtmatige daad ontbreekt echter. De gevolgen van het, door de eenmaal gepleegde onrechtmatige daad van het kind verstoorde evenwicht zouden voor rekening van de benadeelde blijven, ware het niet dat de wetgever in art. 6:169 lid 1 BW een kwalitatieve aansprakelijkheid voor de ouders in het leven heeft geroepen. Deze en andere kwalitatieve aansprakelijkheden zijn niet gekoppeld aan onrechtmatig gedrag van de aansprakelijke, maar van een ander tot wie hij in een bijzondere verhouding staat. De band met de onrechtmatige daad is nog losser (maar niet afwezig) bij de aansprakelijkheid voor zaken en dieren. De schadelijke gevolgen van een ‘tekortkoming’ van de zaak of het dier worden daar voor rekening van de bezitter gebracht. De ratio van deze risico-aansprakelijkheid is telkens gelijk aan die van de onrechtmatige daad: een compensatie voor de verstoring van een belangenevenwicht. Kwalitatieve en risico-aansprakelijkheden bestaan daar waar dit evenwicht door gedragsnormen onvoldoende gewaarborgd kan worden.²⁶

De basis van delictuele aansprakelijkheid is dus de schending van een rechtsplicht. In die zin is er een directe relatie tussen art. 3:296 BW en art. 6:162 lid 2 BW. Het toerekeningscriterium beperkt de aansprakelijkheid voor de schending van rechtsplichten. Daar staat tegenover dat de bepalingen van afd. 6.3.2 BW aansprakelijkheid uitbreiden tot gevallen waarin de aansprakelijke persoon niet zelf een rechtsplicht heeft geschonden. Maar op grond van art. 6:162 BW zelf kan delictuele aansprakelijkheid niet bestaan zonder schending van een rechtsplicht.

24 Blijkens de Parlementaire geschiedenis kan de leeftijd zowel aan onrechtmatigheid als toerekening in de weg staan. Sieburgh (2000) beschrijft in par. 6.4 dat het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekening als kwalificatie van de daad respectievelijk de dader van belang is voor een goede werking van de toerekening krachtens verkeersopvattingen. Overigens is wel begrijpelijk dat de wetgever dit onderscheid juist voor kinderen niet heeft willen maken, omdat het lastig uit te maken is wanneer het kind zo jong is dat een bepaalde gedragsnorm in het geheel niet meer voor hem geldt, althans, niet rechtens afdwingbaar is.

25 Vergelijk (onder het oude recht) HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 m.nt. GJS (Broodbezorger). Daar hadden de kinderen het touwtje vermoedelijk niet zelf gespannen.

26 Bijvoorbeeld omdat gedragsnormen te belemmerend zouden werken, het toezicht op en de handhaving van bepaalde gedragsnormen te bezwaarlijk is, toerekening van de normschending aan de dader bezwaarlijk is, of omdat het verhaal op de overtreder moeizaam of onwenselijk is.

2.5 Contractuele aansprakelijkheid

Anders dan bij de onrechtmatige daad is de aansprakelijkheid uit wanprestatie mijns inziens niet gelegen in de verstoring van een objectief belangenevenwicht. De grondslag van die aansprakelijkheid is de schending van het vertrouwen dat de contractuele verbintenis in het leven riep.²⁷ Men zou dit de verstoring van een subjectief belangenevenwicht kunnen noemen. In par. 2.2 bleek dat de rechtszekerheid een zekere bestendigheid vergt van het evenwicht dat met gedragsnormen wordt gewaarborgd. Daarom hebben gedragsnormen een algemeen karakter. In contractuele relaties is die bestendigheid niet zozeer gelegen in de concrete rechtsverhouding, maar in de algemeenheid van de overkoepelende norm dat overeenkomsten in beginsel nagekomen moeten worden. Nieuwenhuis schrijft dat het vertrouwensbeginsel ‘gevoed’ wordt door de rechtszekerheid.²⁸ De schending van een contractuele rechtsplicht levert dus een inbreuk op de rechtszekerheid op van de debiteur, die door het beginsel van *pacta sunt servanda* wordt beschermd.

Het beginsel van *restitutio in integrum* geldt ook in contractuele verhoudingen, en geeft de crediteur na een tekortkoming het recht zoveel mogelijk in de positie te worden gebracht als ware de verbintenis perfect nagekomen.²⁹ En ook hier staat dit beginsel op gespannen voet met het beginsel van geen aansprakelijkheid zonder schuld. Het contractuele aansprakelijkheidsrecht vaart ongeveer dezelfde middenkoers als het delictuele: op grond van de art. 6:74 en 6:75 BW is de dader, naast gevallen van schuld, ook gehouden tot schadevergoeding als de tekortkoming hem krachtens de wet, rechtshandeling of de verkeersopvattingen is toe te rekenen. Een voorbeeld van toerekening krachtens de wet is art. 6:77 BW, op grond waarvan de niet-kenbaarheid van een gebrek in een hulpzaak die een schulditsluitingsgrond oplevert, niet aan contractuele aansprakelijkheid in de weg staat, tenzij dit onredelijk zou zijn. Toerekening krachtens verkeersopvattingen vindt bijvoorbeeld plaats wanneer de debiteur door financiële problemen niet meer in staat is de overeengekomen prestatie te verrichten.³⁰

Vanwege de gelijkenis tussen de toerekeningscriteria van art. 6:75 en art. 6:162 lid 3 ligt het voor de hand een parallel te trekken tussen onrechtmatigheid en tekortkoming, die, als zij toerekenbaar zijn, delictuele respectievelijk contractuele aansprakelijkheid opleveren. Maar die parallel miskent dat de contractuele tekortkoming geen *species* is van de onrechtmatige daad, zoals Hartkamp stelt.³¹ Een verbintenis kan weliswaar een rechtsplicht genereren, maar daartoe is het begrip niet

27 Vergelijk de discussie over het onderscheid tussen (algemene) rechtsplicht en verbintenis in Asser-Hartkamp 4-I, nr. 8.

28 Nieuwenhuis (1979), p. 67. Naast rechtszekerheid noemt hij rechtvaardigheid als ‘voeding’, namelijk in gevallen waarin het vertrouwensbeginsel niet tot een contractuele band leidt, bijvoorbeeld omdat de wil ontbreekt.

29 HR 26 april 2002, NJ 2004, 210 m.nt. JH (Sparrow / Van Beukering) en HR 28 maart 2003, NJ 2003, 389 z.nt. (V. / Branderhorst).

30 Toelichting Meijers bij art. 6:75 BW. Asser-Hartkamp 4-I, nr. 333. Men zou naar analogie met de toerekening van de onrechtmatige daad ook in contractuele verhoudingen de toerekening naar verkeersopvattingen aan de overheid kunnen funderen op de spreidingsgedachte. Zie par. 3.4.

31 Asser-Hartkamp 4-III, nrs. 8 en 122. In deel 4-I, nr. 307 wordt dit overigens genuanceerd.

beperkt.³² In par. 2.3 stelde ik dat een rechtsplicht alleen ziet op gedrag. Resultaatsverbintenissen hebben een ruimere strekking dan alleen het normeren van gedrag. De verbintenis waarbij de debiteur zich (persoonlijk) jegens het waterleidingbedrijf verplicht (zelf) niet meer dan 1000 m³ water te onttrekken normeert slechts zijn gedrag, maar de verbintenis dat op zijn grond niet meer dan 1000 m³ onttrokken zal worden heeft een breder bereik. In de nakoming van die verbintenis kan de debiteur ook tekortschieten zonder zelf een rechtsplicht te schenden, bijvoorbeeld wanneer een ander teveel water oppompt ondanks voldoende toezicht zijnerzijds. Of deze tekortkoming toerekenbaar is, hangt af van de verkeersopvattingen en van hetgeen partijen zijn overeengekomen. Sommige garanties bijvoorbeeld, snijden vrijwel elk beroep van de debiteur op overmacht af. Biedt de overeenkomst geen grond voor toerekening, dan kan deze op grond van de verkeersopvattingen volgen uit een bijzondere relatie tussen de debiteur en degene die het water onttrok.

In mijn opvatting is het begrip overmacht uit 6:75 BW dus beperkt tot de contractuele aansprakelijkheid, en staat het los van de vraag of een verbintenis nagekomen moet worden. De garantie dat niet meer dan 1000 m³ water wordt onttrokken geeft dus niet een onvoorwaardelijk recht op nakoming. Dat komt omdat de nakomingsvordering beperkt is tot het gedrag van de debiteur (art. 3:296 BW), terwijl ook bij onberispelijk gedrag van een tekortkoming in de nakoming van een resultaatsverbintenis sprake kan zijn, die in het geval van een garantie aan de debiteur wordt toegerekend. Dat is evident in gevallen van absolute onmogelijkheid. Dan kan geen nakoming van de contractuele verbintenis gevraagd worden, terwijl door de garantie het recht op schadevergoeding in beginsel blijft bestaan. De debiteur kan ter afwering van aansprakelijkheid geen beroep doen op overmacht in de zin van art. 6:75 BW, omdat de tekortkoming hem krachtens rechtshandeling wordt toegerekend.

Wel kan de garantie mede bepalen welk gedrag van de debiteur geveerd mag worden om tekortschieten te voorkomen.³³ Zo zal in het gegeven voorbeeld niet snel sprake zijn van ‘voldoende toezicht’ als de debiteur heeft gegarandeerd dat er niet meer dan 1000 m³ water wordt opgepompt. Toch volgt uit het feit dat een derde ondanks het uitgeoefende toezicht meer dan 1000 m³ water oppompt niet per definitie dat het toezicht onvoldoende was. De absolute of relatieve onmogelijkheid om meer toezicht uit te oefenen kan aan dat oordeel in de weg staan.

Voor contractuele aansprakelijkheid zonder dat van schending van een rechtsplicht sprake is, zijn specifieke wettelijke bepalingen, zoals de art. 6:169 t/m 6:172 BW overbodig, omdat de aansprakelijkheid van de debiteur anders dan bij delictuele aansprakelijkheid niet gegrond is op een (persoonlijke) schending van een gedragsnorm. Hij schiet reeds tekort, omdat er meer water is onttrokken dan overeengekomen, los van de vraag of zijn gedrag ongeoorloofd was.³⁴ Hetzelfde geldt als het riool op zijn terrein lek is, waardoor het grondwater draineert en er zo meer dan 1000 m³ grondwater wordt onttrokken. Van schending van een

32 Dat – omgekeerd – niet elke rechtsplicht uit een verbintenis voortvloeit, blijkt uit PG boek 6, p. 37-38.

33 Met name als de rechtsplicht van de debiteur bestaat uit een geven of een doen.

34 Art. 6:76 BW is niet van toepassing, omdat de debiteur geen gebruik maakt van de derde bij het uitvoeren van zijn verbintenis met het waterleidingbedrijf.

gedragsnorm door de debiteur hoeft dan geen sprake te zijn.³⁵ Toch zal de tekortkoming hem vermoedelijk krachtens verkeersopvattingen worden toegerekend.³⁶ Bij gebrek aan een contractuele regeling kan de rechter inspiratie putten uit het feit dat de wetgever in niet-contractuele rechtsverhoudingen het risico voor gebrekkige zaken en opstellen voor risico van de bezitter pleegt te brengen.³⁷ Van toerekening krachtens schuld ten slotte, kan sprake zijn als de debiteur bij het aangaan van de overeenkomst de externe factoren die tot de tekortkoming leidden al kon voorzien.³⁸

De basis van contractuele aansprakelijkheid is dus de tekortkoming, een begrip dat ruimer is dan de schending van een rechtsplicht. Er is daardoor, anders dan bij art. 6:162 BW, geen directe relatie tussen art. 3:296 BW en art. 6:74 BW. Ook zonder een rechtsplicht te schenden kan de debiteur tekortschieten. Of de debiteur vervolgens aansprakelijk is voor dit tekortschieten wordt beantwoord op basis van het toerekeningscriterium van art. 6:75 BW, welk artikel wél sterke parallellen vertoont met art. 6:162 lid 3 BW. Aldus kan de debiteur door resultaatsverbintenissen aan te gaan aansprakelijkheden voor zichzelf creëren die vergelijkbaar zijn met de kwalitatieve en risico-aansprakelijkheden van afd. 6.3.2 BW.

2.6 Rechtsplicht en aansprakelijkheid

Essentieel aan art. 3:296 BW is dat het ziet op gedrag, menselijk handelen (daaronder begrepen: geven) en nalaten. De rechter kan iemand weliswaar veroordelen om ervoor te zorgen dat een bepaald resultaat bereikt wordt, maar niet veroordelen tot dat resultaat zelf. Terugkerend naar het eerdere voorbeeld: strikt genomen kan de rechter op grond van art. 3:296 BW de burger slechts gebieden bepaalde maatregelen te treffen opdat er niet meer dan 1000 m³ grondwater wordt onttrokken, maar niet het resultaat opleggen dat er niet meer dan 1000 m³ grondwater wordt onttrokken. Dat laatste is immers geen gebod dat ziet op gedrag maar op het resultaat van gedrag, hetgeen de grenzen van art. 3:296 BW te buiten gaat.

In de praktijk overigens, leggen rechters wel degelijk dergelijke resultaatsverplichtingen op waarna de debiteur zich in een executiegeschil op overmacht kan beroepen als hij al datgene heeft gedaan wat redelijkerwijs van hem gevergd kon worden.³⁹ Toch is dit in feite oneigenlijk gebruik van het executiegeschil: een von-

35 Zodra het lek zich geopenbaard heeft, zal op de debiteur in het algemeen wel de rechtsplicht rusten om maatregelen te treffen. Dat verklaart mijns inziens waarom de rechtsplicht tot nakoming, die ziet op het gedrag van de debiteur, gemakkelijk vereenzelvigd wordt met de verbintenis zelf, die niet alleen op het gedrag van de debiteur, maar ook op het resultaat daarvan betrekking kan hebben.

36 Art. 6:77 BW is niet van toepassing, omdat de debiteur geen gebruik maakt van het riool bij het uitvoeren van zijn verbintenis met het waterleidingbedrijf.

37 De zaak verandert dus als het contract betrekking heeft op het terrein van de crediteur, of van een derde. Deze opvatting strookt met de oratie van Nieuwenhuis (1982), waarin hij betoogt dat bij samenloop van onrechtmatige daad en wanprestatie geen exclusieve keuze voor een van beide rechtsgrondslagen gemaakt moet worden, maar de rechter moet 'coördineren'.

38 Sieburgh (2000), par. 7.5.5 noemt dit anterieure verwijtbaarheid.

39 Dit is overmacht in de zin van art. 611d Rv, en niet in de zin van art. 6:75 BW.

nis waarin de rechter een resultaatsverplichting oplegt, behoort mijns inziens vernietigd te worden wegens overschrijding van de in art. 3:296 BW aan de rechter gegeven bevoegdheid.

Conform de terminologie van art. 611d Rv. beschouwt de executierechter dergelijke gevallen van overmacht als onmogelijkheid. Daarvan is onder meer sprake indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel zijn zin verliest. Dit kan worden aangenomen indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht, aldus het Benelux Gerechtshof, dat in hoogste instantie over geschillen over dwangsommen als bedoeld in boek 2, titel 5, afdeling 3 Rv. oordeelt.⁴⁰ In feite oordeelt het Hof hiermee dat de veroordeelde niet onrechtmatig heeft gehandeld, geen rechtsplicht heeft geschonden. Daarmee is echter nog niets gezegd over de vraag of hij toerekenbaar tekort is geschoten in de zin van de art. 6:74 en 6:75 BW. De aansprakelijkheidsvraag blijft in de procedure van art. 611d Rv. onbeantwoord.

Wordt er in weerwil van de vergunning of van het contract meer dan 1000 m² water onttrokken, dan kan dat tot aansprakelijkheid leiden. Op basis van onrechtmatige daad kan die aansprakelijkheid slechts bestaan als er sprake is van gedrag dat schending van een rechtsplicht oplevert waarvoor geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Daarbuiten is aansprakelijkheid slechts mogelijk op grond van de wet (risico-aansprakelijkheid). Op basis van wanprestatie kan aansprakelijkheid ook ontstaan zonder dat er sprake is van gedrag dat schending van een rechtsplicht oplevert. Die mogelijkheid bestaat zodra de verbintenis niet louter ziet op het gedrag van de debiteur, maar tevens op het bereiken van een bepaald resultaat, al dan niet als gevolg van dat gedrag. Contractuele aansprakelijkheid heeft daarmee een veel ruimer bereik dan delictuele aansprakelijkheid. Soms is zij te vergelijken met de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, als uit de verbintenis louter een gedragsnorm voortvloeit zoals bij een inspanningsverbintenis. Soms is zij te vergelijken met een risico-aansprakelijkheid, zoals bij resultaatsverbintenissen waarbij een beroep op overmacht ex art. 6:75 BW contractueel is uitgesloten. Zo kan de bezitter van een paard met de dierenarts overeenkomen dat hij ervoor zal zorgen dat het paard niet trapt. Hij zal dan de nodige voorzorgsmaatregelen moeten treffen. Doet hij dit niet en trapt het paard toch dan is hij aansprakelijk uit wanprestatie. In een niet-contractuele verhouding zou zijn nalatigheid een onrechtmatige daad kunnen opleveren. Trapt het paard echter ondanks voldoende voorzorgsmaatregelen dan schendt de bezitter geen gedragsnorm. Een actie tegen hem op grond van art. 3:296 BW – om herhaling te voorkomen – zou doelloos zijn. Toch kan hij jegens de dierenarts aansprakelijk zijn uit wanprestatie wanneer het gedrag van het paard in hun onderlinge verhouding voor zijn risico komt. Deze aansprakelijkheid is vergelijkbaar met die van de bezitter van een paard op grond van art. 6:179 BW, welk artikel het gedrag van het paard in een niet-contractuele verhouding voor risico van de bezitter brengt.⁴¹

40 Benelux Gerechtshof 25 september 1986, NJ 1987, 909 m.nt. WHH (Van der Graaf / Agio).

41 Dit voorbeeld is fraai uitgewerkt in Asser-Vranken, *vervolg*, nr. 31.

De conclusie van deze observaties is, dat de toerekeningsvragen in het contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht min of meer parallel lopen. Het verschil is dat toerekening in contractuele verhoudingen ook op basis van een rechtshandeling kan geschieden. Die uitbreiding vloeit voort uit de partij-autonomie.

De parallel ontbreekt wanneer men de niet-nakoming van een verbintenis afzet tegen de niet-naleving van een rechtsplicht. Op grond van art. 3:296 BW kan de rechter slechts tot naleving van rechtsplichten veroordelen en strikt genomen niet tot nakoming van verbintenissen wanneer deze niet zien op gedrag (inspanningsverbintenissen) maar op gevolgen van gedrag (resultaatsverbintenissen). In het commune contractenrecht is dit verschil wellicht wat subtiel, maar in het overheidsprivaatrecht zal het een belangrijk onderscheid blijken.

Het verschil tussen rechtsplichten en verbintenissen is ook voor het aansprakelijkheidsrecht van belang. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan op grond van art. 6:162 BW slechts ontstaan uit de schending van een rechtsplicht. Daarbuiten ontstaat slechts aansprakelijkheid op grond van de wettelijke bepalingen van afd. 6.3.2 BW. Aansprakelijkheid uit wanprestatie kan op grond van art. 6:74 BW voortvloeien uit de schending van een rechtsplicht maar ook daarbuiten, namelijk wanneer de verbintenis een bepaald resultaat als object heeft.⁴² Die aansprakelijkheid kan gelijkenis vertonen met de aansprakelijkheden uit afd. 6.3.2 BW. In de volgende paragraaf zal blijken, dat de debiteur zelfs aansprakelijkheden kan creëren die nog verder strekken.

In par. 1.9 omschreef ik ongeoorloofd gedrag als gedrag waarvan de dader zich dient te onthouden. Die omschrijving kan nu gepreciseerd worden. Onder ongeoorloofd gedrag versta ik gedrag dat schending van een rechtsplicht oplevert.⁴³ Alleen ongeoorloofd gedrag is onrechtmatig en kan tot aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW leiden. In contractuele verhoudingen ligt aan een tekortkoming doorgaans ook ongeoorloofd gedrag ten grondslag. Dat hoeft echter niet. Van een tekortkoming kan ook sprake zijn zonder ongeoorloofd gedrag. Wanprestatie is geen *species* van de onrechtmatige daad.

Dat het hier gemaakte onderscheid tussen rechtsplichten, die louter zien op gedrag, en verbintenissen, die kunnen zien op resultaat, in het overheidsaansprakelijkheidsrecht verhelderend kan werken, blijkt als het toegepast wordt op de zaak GCN / Nieuwegein.⁴⁴

De gemeente Nieuwegein had zich jegens GCN verbonden tot de aanleg van een leidingnet ten behoeve van gaslevering aan woningen en bedrijven in nieuw te bouwen wijken in de gemeente. Enige jaren later achtte het gemeentebestuur het aangewezen om vier nieuwe wijken niet van gasverwarming maar van stadsverwarming te voorzien. Daartoe participeerde de gemeente in het

42 De art. 6:76 en 6:77 BW zien dan ook niet op de tekortkoming, maar op de toerekening daarvan aan de debiteur.

43 Behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Daarover gaat de volgende paragraaf.

44 HR 10 april 1987, NJ 1988, 148 m.nt. WHH (GCN / Nieuwegein I) en HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 m.nt. MS (GCN / Nieuwegein II), AB klassiek (2003), nr. 21.

openbaar lichaam Stamin.⁴⁵ GCN betrok de gemeente hierop in rechte. Het Hof wees schadevergoeding wegens reeds gepleegde wanprestatie toe, maar oordeelde in een tweede arrest een nakomingsactie van GCN voor andere (nieuwe) wijken uitgesloten, omdat de gemeente voldoende aannemelijk had gemaakt dat haar deelneming in Stamin gerechtvaardigd werd door het algemeen belang. In afwijking van de Conclusie van de AG casseerde de Hoge Raad, overwegend – samengevat – dat het niet uitgesloten is dat een nakomingsactie moet falen en de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten, waaronder ook nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die tot een beleidswijziging nopen, kunnen zijn begrepen.

Met deze overweging knoopte de Hoge Raad aan bij (het toen nog ontwerp-)artikel 6:258 BW, dat voorziet in ontbinding of wijziging van een overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid. Dat ‘ongewijzigde instandhouding’ van de overeenkomst niet verwacht mag worden, strookt echter niet met het eerdere arrest in deze zaak, waarin de Hoge Raad de toewijzing van de vordering van GCN uit wanprestatie bekrachtigde. Na wijziging van de overeenkomst zou er immers geen sprake meer zijn van wanprestatie.⁴⁶

De essentie van deze zaak is, dat er geen nakoming afgedwongen kan worden, hoewel de gemeente aansprakelijk is uit wanprestatie. Op basis van het hiervoor gemaakte onderscheid tussen rechtsplichten en verbintenissen is die uitkomst ook zonder toepassing van de redelijkheid en billijkheid te motiveren. Dat de gemeente niet op grond van art. 3:296 BW veroordeeld kan worden om GCN tot gaslevering toe te laten, wil nog niet zeggen dat de gemeente geen wanprestatie pleegt: de gemeente schiet immers wel tekort in de nakoming van haar verbintenis. Het door het Hof vastgestelde algemeen belang rechtvaardigt weliswaar de schending van de rechtsplicht, waarop de vordering ex art. 3:296 BW afstuit, maar doet niet af aan de aansprakelijkheid krachtens art. 6:74 BW, aangenomen dat dit tekortschieten op grond van art. 6:75 BW voor rekening van de gemeente komt. Het voordeel van deze benadering is dat het toepassingsbereik ervan ruimer is dan alleen bij onvoorziene omstandigheden. Stel dat de gemeente op grond van een (nieuwe) wettelijke verplichting had moeten deelnemen aan Stamin, dan had een nakomingsactie daarop af moeten stuiten, of de wetswijziging nu voorzienbaar was of niet. Of de gemeente vervolgens aansprakelijk is uit wanprestatie is een toerekeningsvraag. Op grond van art. 6:74 BW schiet zij tekort; art. 6:75 BW bepaalt of de wetswijziging de gemeente een beroep op overmacht verschaft.

Men kan het resultaat van deze redenering ook bereiken door aan te nemen dat er voor de gemeente Nieuwegein sprake was van een (subjectieve) onmogelijkheid om de overeenkomst met GCN na te komen. Het woord ‘onmogelijkheid’ sugge-

45 Zowel GCN als Stamin waren rechtspersonen op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen, maar dat doet hier verder niet ter zake.

46 Aangenomen dat de uitkomst van de schadeprocedure niet anders zou zijn geweest, als het Hof eerst de nakomingsactie had beoordeeld.

reert echter een situatie die zich in werkelijkheid niet voordeed. De niet-nakoming vloeide niet zozeer voort uit een *impossibilitas* of *difficultas* om aan de contractuele verplichting jegens GCN te voldoen, als wel uit een welbewuste keuze van de gemeente om aan een ander belang voorrang te verlenen. Een burger zal zich om die reden niet snel aan een contract mogen onttrekken, maar voor de overheid ligt dat anders. Haar plicht om rekening te houden met alle betrokken belangen, kan een rechtvaardiging vormen voor de schending van een rechtsplicht jegens het individu, zowel binnen als buiten contract.

2.7 Rechtvaardigingsgronden

De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond verhindert een nalevingsactie ex art. 3:296 BW, maar staat deze ook in de weg aan aansprakelijkheid? De burger die in strijd met zijn contractuele plicht meer dan 1000 m³ grondwater oppompt voor bluswerkzaamheden handelt niet onrechtmatig. Zijn gedag is geoorloofd, maar hij schiet wel tekort in hetgeen de verbintenis van hem vergt. Of deze tekortkoming hem toegerekend kan worden, en de rol daarin van de rechtvaardigingsgrond voor zijn gedrag, hangt af van de verkeersopvattingen en van hetgeen partijen zijn overeengekomen.⁴⁷ Contractuele aansprakelijkheid kan dus bestaan ondanks de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.⁴⁸

Dat is anders voor delictuele aansprakelijkheid. De burger die in strijd met zijn vergunning meer dan 1000 m³ grondwater oppompt voor bluswerkzaamheden handelt niet onrechtmatig, door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Zijn gedrag is geoorloofd. Daarmee vervalt de grondslag voor aansprakelijkheid uit art. 6:162 lid 2 BW.

Sieburgh heeft betoogd dat de rechtvaardigingsgrond in het civiele recht een andere functie heeft dan in het strafrecht en in elk van de rechtsgebieden dus een eigen uitleg behoeft. Dat betoog lijkt mij juist, maar moet mijns inziens niet het door haar beoogde gevolg hebben. Zij stelt dat het redden van een dief uit een brandend huis in strafrechtelijke zin een rechtvaardigingsgrond kan opleveren voor het beschadigen van de eigendommen van de bewoner, maar niet in civielrechtelijke zin. Dat heeft tot gevolg dat de redder jegens de eigenaar van het huis aansprakelijk is. Dat lijkt mij ongewenst, omdat ‘goede werken’, die toch al niet overvloedig voorkomen, zo wel erg onaantrekkelijk worden. Bovendien kan nu niet goed verklaard worden waarom een verbodsactie tegen de ‘held’ moet falen (daar zal iedereen het over eens zijn) ondanks de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond in civielrechtelijke zin. De enge interpretatie van de civielrechtelijke rechtvaardigingsgrond dient hier het resultaat, aansprakelijkheid, terwijl de rechtvaardigingsgrond in het systeem van art. 6:162 lid 2 BW betrekking heeft op het gedrag. Dat is niet onrechtmatig als zich een rechtvaardigingsgrond voordoet.⁴⁹ Naar mijn oordeel is de redder niet aansprakelijk ex art. 6:162 BW.

⁴⁷ Aldus ook Asser-Hartkamp 4-I, nrs. 324 en 331v.

⁴⁸ In hoofdstuk 7 zal die bevinding nuttig blijken als het gaat om de nakoming van bevoegdhedenovereenkomsten.

⁴⁹ Sieburgh (TPR 2003). Het liefst ziet men wellicht de dief aansprakelijk, maar wat als deze geen verhaal biedt? Uitvoerder over goede werken schreef J.S. Kortmann (2005).

Het verval van aansprakelijkheid door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond geldt niet alleen voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zelf maar ook voor de risico-aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW. Bij kwalitatieve aansprakelijkheden spreekt dit voor zich, omdat deze telkens gekoppeld zijn aan de fout van een ander. Risico-aansprakelijkheid voor zaken en dieren ontbreekt wanneer de bezitter niet uit onrechtmatige daad aansprakelijk zou zijn geweest als hij het gebrek in de zaak had gekend of het dier in zijn macht had gehad. Art. 6:178 BW bepaalt onder f dat aansprakelijkheid ontbreekt als de exploitant niet uit onrechtmatige daad aansprakelijk zou zijn geweest indien hij de schade bewust zou hebben toegebracht. Al deze clausules waarborgen dat het bestaan van een rechtvaardigingsgrond voor schadeveroorzakend gedrag aan aansprakelijkheid in de weg staat.⁵⁰

Anders dan geldt voor contractuele aansprakelijkheid sluit de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, inclusief de risico-aansprakelijkheden van afd. 6.3.2 BW, dus uit. Toch wordt het, met name in het overheidsaansprakelijkheidsrecht, wenselijk geacht om de dader onder omstandigheden aansprakelijk te houden voor de nadelige gevolgen van zijn gedrag ondanks de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. In hoofdstuk 5 zal blijken dat de Hoge Raad, wanneer een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt, voor overheidsaansprakelijkheid in die gevallen toch de onrechtmatige daad als grondslag voor aansprakelijkheid kiest. Het zal na het voorgaande niet verbazen dat ik die keuze verwerp, omdat hij naar mijn oordeel niet past in het systeem van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

2.8 Samenvatting

Het vernietigingsberoep en de schadevordering fungeren in het Nederlandse rechtsbestel als twee complementaire acties ter bescherming tegen onrechtmatige bestuursbesluitvorming. Het vernietigingsberoep heeft de strekking om onjuiste besluitvorming ongedaan te maken en het bestuur te bewegen alsnog het juiste besluit te nemen. Op dat laatste punt is het het equivalent van de civielrechtelijke actie ex art. 3:296 BW tot naleving van een rechtsplicht. De schadevordering heeft de strekking om door middel van schadevergoeding te compenseren voor een inbreuk op de rechtszekerheid van de benadeelde. Bij contractuele aansprakelijkheid ligt die rechtszekerheid besloten in de rechtens beschermde vertrouwensband tussen partijen, bij delictuele aansprakelijkheid in het evenwicht dat wordt gewaarborgd door de gedragsnormen die gelden voor de leden van de maatschappij.

⁵⁰ Enzo Sieburgh (2000), par. 9.3.4. Klaassen (1991), par. 3.7 vermeldt dat dit in overeenstemming is met de opvatting van de NBW-gever, zij het dat zij die opvatting bestrijdt. Voor het navolgende is die discussie niet van doorslaggevend belang.

De jurisprudentie neemt een nauw verband aan tussen de uitkomst van een vernietigingsberoep en de schadevordering op grond van onrechtmatige daad. Kort gezegd bestaat dat verband eruit dat een vernietigd besluit een onrechtmatige daad oplevert, terwijl een in stand gebleven besluit rechtmatig wordt geacht. Vaak leidt deze jurisprudentie tot geaccepteerde resultaten, maar er zijn ‘moeilijke’ gevallen waarin het verband als onbevredigend wordt ervaren. Om deze jurisprudentie op haar waarde te kunnen schatten is in dit hoofdstuk bezien hoe de nalevingsactie en de schadevordering zich in het burgerlijke recht in algemene zin tot elkaar verhouden. Die verbreding van het perspectief is zinvol, omdat het verband tussen de nalevingsactie en de schadevordering zich uitstrekt tot buiten het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Zo worden in de praktijk ‘de onrechtmatige daad’ en ‘de wanprestatie’ als basis beschouwd voor zowel de actie ex art. 3:296 BW als de actie tot schadevergoeding ex art. 6:162 BW resp. 6:74 BW. Een scherper onderscheid tussen beide acties geeft meer inzicht in hun onderlinge verhouding en zal het mogelijk maken om binnen het systeem van het burgerlijk recht oplossingen te vinden voor de ‘moeilijke’ gevallen uit het overheidsaansprakelijkheidsrecht. In dit hoofdstuk stond daarom niet de grondslag van de eis (het *fundamentum petendi*) maar de eis zelf (het *petitum*) centraal.

Uit de artikelen 6:162 BW en 3:296 BW, gelezen in samenhang met het voor 1992 geldende art. 1401 BW, is geconcludeerd dat de schending van een rechtsplicht zowel ten grondslag ligt aan de nalevingsactie van art. 3:296 BW, als aan de aansprakelijkheid van art. 6:162 BW. Beide vergen een gedragstoetsing. Buiten de schending van een rechtsplicht kan alleen buitencontractuele aansprakelijkheid bestaan op grond van de wet. In gevallen waarin het maatschappelijke evenwicht naar het oordeel van de wetgever onvoldoende wordt gewaarborgd door gedragsnormen, heeft hij kwalitatieve en risico-aansprakelijkheden in het leven geroepen. Deze voorzien in aansprakelijkheid zonder dat de aansprakelijke persoon zelf een rechtsplicht heeft geschonden. Anderzijds vloeit uit de schending van een rechtsplicht geen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voort, wanneer de dader zich kan beroepen op een toerekeningsuitsluitingsgrond (art. 6:162 lid 3).

Wordt de schending van een rechtsplicht gerechtvaardigd door een hoger belang (een rechtvaardigingsgrond), dan is het gedrag geoorloofd. De nalevingsactie ex art. 3:296 BW faalt en er ontstaat geen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Van een risico-aansprakelijkheid uit afd. 6.3.2 BW is dan evenmin sprake, omdat de wetgever daar door middel van ‘tenzij’-clausules aansluiting heeft gezocht bij het aansprakelijkheidsregime van art. 6:162 BW. Deze observaties zullen in hoofdstuk 5 worden toegepast op de jurisprudentie van de Hoge Raad over de ‘rechtmatige overheidsdaad’.

Uit de artikelen 6:74 BW en 6:75 BW, gelezen in samenhang met het voor 1992 geldende art. 1374 BW, is geconcludeerd dat ook in contractuele verhoudingen de schending van een rechtsplicht ten grondslag ligt aan de nalevingsactie van art. 3:296 BW, maar dat contractuele aansprakelijkheid ook kan bestaan zonder zo een schending. Omstandigheden die de debiteur dwingen om een contractuele rechtsplicht te schenden doen er niet noodzakelijk aan af dat hij tekortschiet in de nako-

ming van zijn verbintenis (zijn belofte niet inlost), met name niet wanneer er sprake is van een resultaatsverbintenis. Toerekening kan dan ex art. 6:75 BW plaatsvinden op basis van schuld, rechtshandeling of verkeersopvattingen. Omdat de debiteur, ook als hij geen rechtsplicht schendt, aansprakelijk kan zijn voor het tekortschieten in een resultaatsverbintenis hoeft de wetgever, anders dan bij de onrechtmatige daad, in contractuele verhoudingen niet per se risico-aansprakelijkheden in het leven te roepen om aansprakelijkheid zonder schending van een rechtsplicht mogelijk te maken. Ook geoorloofd gedrag kan een wanprestatie opleveren, zelfs als zich een rechtvaardigingsgrond voordoet. De observatie dat in contractuele verhoudingen aansprakelijkheid kan ontstaan zonder schending van een rechtsplicht maakt mijns inziens een betere motivering van de GCN-arresten mogelijk (par. 2.6) en zal in hoofdstuk 7 worden uitgewerkt voor de – al dan niet contractuele – toezegging van het bestuur om een bepaald besluit te nemen.

Dit hoofdstuk heeft duidelijk gemaakt dat art. 3:296 BW en art. 6:162 BW beide een gedragstoetsing vergen. Alleen ongeoorloofd gedrag kan verboden worden en tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad leiden.⁵¹ Voorts zagen wij dat het vernietigingsberoep (deels) dezelfde strekking heeft als de nalevingsactie van art. 3:296 BW. Het is echter nog niet duidelijk of de criteria voor vernietiging dezelfde zijn als voor een nalevingsactie ex art. 3:296 BW. Dient voor vernietiging voldaan te zijn aan de vereisten van onrechtmatigheid, toerekenbaarheid en/of nog andere vereisten? Om die vraag te beantwoorden zal hoofdstuk 3 beschrijven hoe de onrechtmatige overheidsdaad werkt, waarna in hoofdstuk 4 een uitwerking volgt voor besluitenansprakelijkheid. Dat hoofdstuk bevat een eerste aanzet voor de vergelijking van vernietigingsgronden met onrechtmatigheidsgronden (geldigheid vs. rechtmatigheid). Nadat hoofdstuk 5 is gewijd aan de vraag of en in hoeverre het *égalité*-beginsel als onrechtmatigheids- en/of vernietigingsgrond fungeert, volgt in de hoofdstukken 6 en 7 een analyse van de materieelrechtelijke verhouding tussen de geldigheids- en rechtmatigheidstoetsing van besluiten. Daaruit vloeit in hoofdstuk 8 een voorstel voor een aangepast stelsel van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten voort, dat beter aansluit bij het burgerlijke recht.

51 Voor aansprakelijkheid is echter tevens toerekenbaarheid aan de dader vereist.

3.1 Grondslag voor aansprakelijkheid

Tot op de dag van vandaag leren de meeste handboeken dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad haar grondslag vindt in het privaatrecht, ook als het gaat om de aansprakelijkheid van de overheid.¹ Dit laat zich verklaren uit het feit dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht in de 20^e eeuw vrijwel geheel door de burgerlijke rechter is ontwikkeld, waarbij deze als vanzelfsprekend burgerlijk recht toepaste.² Met de emancipatie van de bestuursrechtspraak, met name na de invoering van de Algemene Wet bestuursrecht in 1994, heeft echter de opvatting terrein gewonnen, dat niet de bevoegde rechter, maar de aard van de rechtsverhouding bepalend is voor de vraag welk recht van toepassing is, publiek- of privaatrecht.³ Na vergelijkbare stappen van andere bestuursrechters nam de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State deze opvatting over.⁴ Zij overwoog dat de aansprakelijkheid van de overheid voor door haar begane onrechtmatige daden voortvloeit uit:

‘het - in art. 6:162 van het BW en in art. 8:73 van de Awb tot uiting komende - algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden. Dit rechtsbeginsel is publiekrechtelijk van aard indien het zijn werking doet voelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.’⁵

Volgens de Afdeling is de aansprakelijkheid van de overheid dus niet rechtstreeks gebaseerd op art. 6:162 BW, maar op een aan dat wetsartikel ten grondslag liggend rechtsbeginsel, dat voor het materiële bestuursrecht nog niet is gecodificeerd.⁶ Ook de Hoge Raad is niet geheel ongevoelig gebleken voor de gedachte dat

1 Spier c.s. (2003), p. 169 en Van Maanen & De Lange (2005), p. 60 en Van Wijk, Konijnenbelt en van Male, p. 687v. volgen Asser-Hartkamp 4-III, p. 285, die de wettelijke regels betreffende de onrechtmatige daad gelijkelijk op overheid en burger toepasselijk acht.

2 Een historische beschrijving geeft Van Maanen (1996). Meer algemeen hebben Wolfsbergen (1946) en Bloembergen (1965) nog weinig van hun zeggingskracht verloren.

3 Simon (1993), hfdst. 4, Teunissen (1996), p. 163v. en Tak (1997), p. 359.

4 Deze ontwikkeling is fraai beschreven door Verheij (1999).

5 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB, AB klassiek (2003), nr. 40 (Van Vlodrop).

6 Artikel 8:73 Awb geeft geen vorderingsrecht maar een rechtsvordering: als daartoe ‘gronden’ zijn veroordeelt de rechter het bestuur tot betaling van schadevergoeding.

publiekrechtelijke verhoudingen worden beheerst door tot algemene rechtsbeginselen te herleiden (ongeschreven) publiekrecht. Bij een vordering van de overheid uit onverschuldigde betaling overwoog hij:

‘Ingevolge art. 1395 BW - en ook ingevolge art. 6:203 NBW - is degene die zonder rechtsgrond heeft betaald, gerechtigd tot terugvordering. Deze voorschriften geven uitdrukking aan een beginsel dat voor het gehele recht geldt. Dit brengt mee dat zij ook toegepast dienen te worden op betalingen van publiekrechtelijke aard, voor zover uit de wet niet het tegendeel voortvloeit.⁷

Vorderingen uit onrechtmatige daad *tegen* de overheid fundeert de Hoge Raad, ook wanneer het publiekrechtelijke rechtsverhoudingen betreft, echter rechtstreeks op artikel 6:162 BW.⁸ Het overheidsaansprakelijkheidsrecht beschouwt hij kennelijk nog als een zuiver privaatrechtelijke aangelegenheid.

In de literatuur bestaat geen *communis opinio* over de publiekrechtelijke grondslag van overheidsaansprakelijkheid, die met name door de ‘Maastrichtse School’ is ontwikkeld.⁹ De beide Scheltema’s hebben de benadering van de bestuursrechters van een dogmatisch en programmatisch fundament voorzien. Ook zij achten de aard van de rechtsverhouding bepalend voor het toepasselijke recht. Hun uitgangspunten zijn vervolgens:

- a. bestuursrecht en privaatrecht zijn onderscheiden en naast elkaar staande rechtsgebieden. De regels die voor het ene rechtsgebied gelden, zijn niet vanzelfsprekend ook van toepassing op het andere gebied;
- b. er bestaat in de huidige tijd een toenemende behoefte aan convergentie tussen bestuursrecht en privaatrecht. Verschillen in rechtsregels die hun oorsprong niet vinden in het verschillende karakter van de te regelen rechtsverhoudingen, dienen vermeden te worden.¹⁰

Deze uitgangspunten vormen wat mij betreft een goede basis voor de analyse van aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluitvorming. Waar het eerste recht doet aan de eigen aard van het overheidsaansprakelijkheidsrecht, biedt het tweede een bruikbare leidraad voor een ontwikkeling van dat rechtsgebied, mede gelet op de historische privaatrechtelijke wortels ervan.

Intussen moet wel vastgesteld worden dat het eerste uitgangspunt, dat bestuursrecht en privaatrecht nevensgeschikte (en gelijkwaardige) rechtsgebieden zijn, in zekere zin nog een utopie is. In veel gevallen oordeelt niet de bestuursrechter, maar de burgerlijke rechter over publiekrechtelijke rechtsverhoudingen, en deze laatste past op die rechtsverhouding geen ongeschreven bestuursrecht toe, maar

7 HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 299 m.nt. MS (Cornelissen / Groningen). Uitgebreider hierover Scheltema, M.W. (1997), Van Kooten (2002) en met name Bollen (2002).

8 Zie bijv. HR 20 februari 1998, NJ 1998, 536 m.nt. ARB, AB 1998, 231 m.nt. ThGD (Boeder/Staat).

9 Verg. de literatuur in de noten 1 en 3. Koetsier (2003), par. 2.1. neemt een tussenpositie in.

10 Scheltema en Scheltema (2003), p. 3 en 4.

privaatrecht, al dan niet naar analogie.¹¹ Dat zorgt voor spraakverwarring. Wat de ene jurist privaatrecht noemt, zal de andere als ongeschreven bestuursrecht beschouwen. Dit geldt met name voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatige publiekrechtelijke besluitvorming.

Om die spraakverwarring te vermijden heb ik als vertrekpunt genomen, dat de aansprakelijkheid van de overheid wordt bepaald aan de hand van de regels van het privaatrecht. Daarmee beoog ik niet een dogmatisch standpunt in te nemen en dat is ook niet nodig. Of men nu aanneemt dat de rechter overheidshandelen toetst aan het privaatrecht, of aan regels van ongeschreven bestuursrecht die niet anders zijn dan de geschreven privaatrechtelijke regels, is buiten de dogmatische discussie lood om oud ijzer. Interessant wordt het pas als er gronden zijn voor een van het privaatrecht afwijkende beoordeling van schadevorderingen tegen de overheid. Als die situatie zich voordoet, zal ik bezien of een aparte behandeling van de overheid binnen de kaders van het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht is in te passen, of dat een aparte publiekrechtelijke regeling noodzakelijk is. Dat is immers de centrale vraag in dit boek. Mijn benadering strookt zowel met het tweede uitgangspunt van de Scheltema's als met de expliciete wens van de Awb-gever, dat het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht zoveel mogelijk aansluit bij het civielrechtelijke.¹²

3.2 De verbintenis tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad in vogelvlucht

Artikel 6:162 BW geeft de materiële vereisten voor het ontstaan van een verbintenis tot vergoeding van schade ten gevolge van een onrechtmatige daad. Lid 1 luidt:

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, die hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.

Deze formulering maakt duidelijk dat de verbintenis uit onrechtmatige daad voortvloeit uit gedrag. In beginsel gaat het om menselijk gedrag. Wanneer dit gedrag in het maatschappelijk verkeer als gedrag van een rechtspersoon heeft te gelden, is het artikel tot de rechtspersoon zelf gericht.¹³ De dader dient de schade die de ander dientengevolge lijdt te vergoeden.

11 De wetgever heeft dat ook gestimuleerd met schakelbepalingen in boek 3 BW. Zie bijvoorbeeld HR 18 april 2003, AB 2003, 451 m.nt. FvO (Boter Export Holland / Productschap Zuivel) en diverse bijstandszaken, zoals HR 7 april 2000, NJ 2000, 499 m.nt. JBMV.

12 PG Awb II, p. 474 en 476. De bestuursrechters hebben aan deze wens ook gehoor gegeven. De CRvB expliciet bij uitspraak van 30 maart 1995, AB 1995, 334 m.nt. RMvM, JB 1995/99 m.nt. FAMS, de andere bestuursrechters impliciet.

13 HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. CJHB (kleuterschool Babel). Ingevolge art. 2:5 BW staat de rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.

Louter het oorzakelijk verband tussen schade en gedraging als vereiste voor aansprakelijkheid stellen, leidt tot een onaanvaardbare beperking van het recht van een persoon om in vrijheid zijn vermogen en vermogens te benutten.¹⁴ Daarom verbindt het burgerlijk recht slechts aansprakelijkheid aan gedragingen die aan de dader als een onrechtmatige daad kunnen worden toegerekend.¹⁵ Daarmee betreden wij het normatieve gebied van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.¹⁶

De navolgende beschrijving is in niet onbelangrijke mate ontleend aan de dissertatie van Sieburgh en de Asser-delen verbintenissenrecht, die zij inmiddels samen met Hartkamp bewerkt. Dat betekent echter niet dat ik mij geen rekenschap heb gegeven van de kritiek op de aanpak van Sieburgh, te lezen in bijvoorbeeld de besprekingen van haar dissertatie door W.H. van Boom in WPNR (2001) 6441 en C.C. van Dam in VR (2001) nr. 3. Voor zover deze auteurs de systematische of zelfs dogmatische benadering van Sieburgh bekritisieren zullen zij diezelfde kritiek vermoedelijk ook hebben op mijn benadering, waarbij ik slechts kan hopen dat mijn praktijkervaring in de advocatuur in die benadering ook zichtbaar is. Waar Van Boom zijn kritiek op Sieburgh illustreert met voorbeelden uit de sfeer van de ‘rechtmatige daad’, deel ik die, behalve waar het betreft de toepassing van art. 6:168 BW. Dat is te lezen in hoofdstuk 5.

Artikel 6:162 lid 2 BW luidt:

2. ‘Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.’

In par. 3.3 zullen de drie onrechtmatigheidscategorieën voor besluiten aansprakelijkheid worden uitgewerkt. Het zal blijken dat de overheid slechts aansprakelijk is voor een besluit als het nemen daarvan een schending van een geschreven of ongeschreven privaatrechtelijke norm oplevert. Daarmee is de kous nog niet af. Wanneer zich de situatie voordoet, dat het nemen van een besluit geoorloofd wordt geacht, maar de rechter de overheid toch tot vergoeding van de daardoor geleden schade veroordeelt (de ‘rechtmatige overheidsdaad’), lopen de opvattingen over de grondslag van die vergoeding uiteen.¹⁷ Zij die de onrechtmatige daad als

14 Sieburgh (2002) p. 19. Hoofdstuk 5 over de ‘rechtmatige daad’ zal laten zien dat deze stellingname, ontleend aan het respect voor de menselijke autonomie, maar in beperkte mate opgaat voor de overheid. Dat neemt niet weg dat zij wel relevant is voor een goed begrip van de civielrechtelijke aansprakelijkheid uit *onrechtmatige daad*.

15 Bij zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking vloeit de aansprakelijkheid niet voort uit het gedrag van de dader, maar uit het gedrag van een derde of van de benadeelde zelf. De in afdeling 6.3.2 BW geregelde risico-aansprakelijkheden veronderstellen onzorgvuldig gedrag van de dader, ook al is daar in concreto geen sprake van. Zie Sieburgh (2000), par. 9.3.4.

16 Het onderscheid tussen feitelijke en normatieve kwalificaties is mede van belang voor het bewijsrecht. Ten aanzien van feiten bestaat bewijslast, ten aanzien van normatieve kwalificaties een argumenteerlast. Op dat laatste is het bewijsrecht in beginsel niet van toepassing. Zie Akkermans (2002), par. 3.2.

17 De billijkheid zelf wordt wel als legitimatie, maar niet als grondslag voor aansprakelijkheid aanvaard. Bloembergen & Lindenberg (2001), par.6. Asser-Hartkamp 4-III, nrs. 19-21. Dát de billijkheid vergoeding van schade eist, is bij de rechtmatige overheidsdaad minder omstrede dan de grondslag van die vergoeding.

grondslag voorstaan, moeten beargumenteren waarom het nemen van zo een besluit desondanks geoorloofd is. Op hen, die de opvatting huldigen dat er van onrechtmatig handelen geen sprake is, rust de plicht te onderbouwen welke grondslag de verplichting tot schadevergoeding dan wel heeft. Bij de bespreking van de rol van rechtvaardigingsgronden in par. 2.7 kwam dit dilemma al kort ter sprake. Hoofdstuk 5 is er in zijn geheel aan gewijd.

Voor aansprakelijkheid is niet voldoende dat de gedraging onrechtmatig is in de zin van lid 2 van art. 6:162 BW, de gedraging moet onrechtmatig *jegens een ander* zijn.¹⁸ Zo is het onbevoegd uitoefenen van de geneeskunst niet onrechtmatig jegens andere artsen wegens schending van de wet, omdat de overtreden norm strekt tot bescherming van de volksgezondheid en niet tot bescherming van de materiële belangen van de artsen.¹⁹ In casu werd toch aansprakelijkheid aangenomen, omdat de wetsovertreding tevens de schending van een zorgvuldigheidsnorm opleverde, de zogenaamde correctie-Langemeijer.²⁰ In hoofdstuk 4 zal blijken dat deze situatie zich bij besluitenaansprakelijkheid regelmatig voordoet. De onrechtmatigheid is dan zowel gelegen in de schending van de betrokken publiekrechtelijke regeling, als van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

Dat een gedraging slechts jegens de een onrechtmatig is, betekent niet dat deze rechtmatig jegens de ander is. De formulering ‘rechtmatig jegens de ander’ is ambigu, omdat zij zowel betrekking kan hebben op de situatie dat de gedraging niet onrechtmatig is in de zin van lid 2 (en dus rechtmatig), als op de situatie dat zij weliswaar onrechtmatig is in de zin van lid 2, maar niet jegens de ander, genoemd in lid 1. Als de gedraging rechtmatig is, voegt de zinsnede ‘jegens een ander’ niets toe. Is de gedraging onrechtmatig jegens de een, maar niet jegens de ander, dan is het duidelijker te stellen dat deze ‘niet onrechtmatig jegens de ander’ is, dan ‘rechtmatig jegens die ander’. Een onrechtmatige daad is niet jegens eenieder onrechtmatig, maar een rechtmatige daad is jegens eenieder rechtmatig. Wie een vergunningsvoorschrift overtreedt handelt alleen onrechtmatig jegens degenen die door dat voorschrift worden beschermd. Wie het voorschrift in acht neemt handelt (op dat punt) rechtmatig en dus jegens niemand onrechtmatig.

De kwalificatie van gedrag geschiedt dus in twee stappen. Eerst dient beoordeeld te worden of het gedrag rechtmatig of onrechtmatig is. Is het gedrag ‘rechtmatig’, dan is de dader niet aansprakelijk ex art. 6:162 BW. Is het gedrag onrechtmatig dan is de dader alleen aansprakelijk voor schade van benadeelden jegens wie hij onrechtmatig heeft gehandeld. Deze relativiteit van de onrechtmatige daad zal relevant blijken bij de bespreking van de ‘rechtmatige daad’ in hoofdstuk 5.

Krachtens lid 3 van artikel 6:162 BW geschiedt toerekening van de gedraging aan de dader op grond van schuld, de wet of de verkeersopvattingen:

18 Art. 6:162 lid 1 BW.

19 HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (Tandartsen).

20 Zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 102.

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

In de praktijk is toerekening van de onrechtmatige daad regel, niet-toerekening uitzondering. De aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluitvorming is daarvan een sprekend voorbeeld. Op de toerekening van het nemen en handhaven van onrechtmatige besluiten aan de overheid zijn naar positief recht geen uitzonderingen aanvaard, afgezien van louter theoretische. In par. 3.4 zullen de redenen daarvoor nader worden onderzocht.

Een toerekenbare onrechtmatige gedraging duidt het burgerlijk recht aan als een fout.²¹ Voor zover de schade het gevolg is van de fout, komt zij voor vergoeding in aanmerking. Dit geeft uitdrukking aan het beginsel van *restitutio in integrum*, op grond waarvan de benadeelde zoveel mogelijk in de positie moet worden gebracht, als ware er jegens hem geen onrechtmatige daad gepleegd.²² Het uitgangspunt van volledige schadevergoeding en de normatieve correcties daarop bepalen de omvang van de schadevergoedingsverbintenis. Het schadevergoedingsrecht is voor privaatrechtelijke verhoudingen gecodificeerd in afd. 6.1.10 BW. De kern van het materiële schadevergoedingsrecht wordt gevormd door art. 6:98 BW, dat bepaalt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.²³ Deze bepaling heeft een zeker categorisering tot gevolg gehad. Een opzettelijke schending van een veiligheidsnorm leidt tot ruimere aansprakelijkheid dan de niet-opzettelijke schending van een zorgvuldigheidsnorm (aard van de aansprakelijkheid) en letselschade komt eerder voor vergoeding in aanmerking dan zuivere vermogensschade (aard van de schade).²⁴ De differentiatie naar de aard van de schade zal in het overheidsaansprakelijkheidsrecht niet verschillen van het gewone aansprakelijkheidsrecht. Maar gaat het om de aard van de aansprakelijkheid, dan is relevant of en in hoeverre de aansprakelijkheid voor publiekrechtelijke besluitvorming zich onderscheidt van andere (overheids)aansprakelijkheden. De aard van de besluiten aansprakelijkheid komt in de volgende hoofdstukken uitvoerig aan de orde. In het slothoofdstuk zal – kort – bezien worden of dat consequenties heeft voor het op de overheid toepasselijke schadevergoedingsrecht.²⁵

21 Onder meer in afd. 6.3.2 BW.

22 Bloembergen & Lindenberg (2001), nr. 6.

23 Daarnaast bevat afd. 6.1.10 BW bepalingen over de begroting van de schade en de wijze van voldoening.

24 Bloembergen & Lindenberg (2001), par. 13.

25 Par. 9.11.

3.3 Onrechtmatigheid

Artikel 6:162 lid 2 BW omschrijft een onrechtmatige daad als een inbreuk op een subjectief recht of de schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Over de interpretatie van deze definitie bestaat geen consensus. Globaal zijn er twee stromingen te onderscheiden. De verschillen tussen beide zijn het duidelijkst zichtbaar bij het criterium van de inbreuk op een subjectief recht.

De aanhangers van de leer Smits betogen dat een enkele inbreuk op een subjectief recht nog geen schending van een rechtsplicht oplevert die tot de kwalificatie onrechtmatig leidt. Daarvoor is tevens vereist dat het gedrag als onzorgvuldig is aan te merken. De inbreuk op een recht is slechts een aanwijzing dat onzorgvuldig is gehandeld.²⁶

Sieburgh heeft zich in haar proefschrift tegen de leer Smits gekeerd. Zij betoogt dat de aansprakelijkheid voor de inbreuk op een subjectief recht volgt uit het systeem van het burgerlijk recht. Volgens haar heeft de wetgever subjectieve rechten willen vrijwaren van inbreuken, ongeacht de vraag of er sprake is van onzorgvuldig handelen. Een inbreuk op een recht is op te vatten als de schending van een onthoudingsplicht.²⁷ De inbreuk op een subjectief recht moet dan wel beperkt worden uitgelegd. Niet elk belang is een subjectief recht, en slechts als het gedrag zelf op dat recht inbreuk maakt, is er sprake van een rechtsinbreuk.²⁸ Het nadelige effect van gedrag op subjectieve rechten, zoals het veroorzaken van persoon- of zaakschade is onvoldoende om een rechtsinbreuk aan te nemen.²⁹ In dat geval zou immers elk schadelijk gedrag als een rechtsinbreuk en dus als onrechtmatig moeten worden gekwalificeerd.³⁰

De wetsschending laat een vergelijkbare scheiding der geesten zien, zij het dat de controverse daar minder scherp is, omdat de meeste ‘Smitsianen’ aannemen dat de schending van een geschreven norm onzorgvuldig en dus onrechtmatig is behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.³¹

Voor het besluiten aansprakelijkheidsrecht is het onderscheid tussen beide opvattingen van beperkt belang, als men ervan uitgaat dat de onrechtmatigheid van het nemen van een besluit steeds gelegen is in de schending van een geschreven of

26 Smits (WPNR 1938 en 1940. Deze leer kent in varianten aanhangers in Schut (1997), par. 11, Van Dam (2000), par. 8.5 en Van Maanen & De Lange (2005), par. V.3.5. p. 65. Een tussenpositie nemen in Spier c.s. (2003), nr. 20, mede omdat de jurisprudentie van de Hoge Raad bepaald niet eenduidig is.

27 Dergelijke onthoudingsplichten zijn bekend uit het staatsrecht, waar zij de keerzijde van de klassieke grondrechten vormen. Zie Kortmann, C.A.J.M. (2005).

28 Zie over het onderscheid tussen recht en belang al de onvolprezen ‘drie dimensies’ van Van der Hoeven (1989).

29 Sieburgh (2000), par. 5.4. Haar betoog heeft steun gevonden in Asser-Hartkamp 4-III, nr. 36, en bij Nieuwenhuis (2003), p. 22, die mede een inspiratiebron was (RMTh 1998).

30 Het op diverse plaatsen – en soms met enige triomf – gepresenteerde geval van botsende auto’s als bewijs dat niet elke rechtsinbreuk een onrechtmatige daad oplevert, is ondeugdelijk. De botsing zelf is immers niet als gedrag aan te merken, het gaat om het rijgedrag voorafgaande aan de botsing. Dat rijgedrag is zelf geen rechtsinbreuk en moet dus getoetst worden aan de verkeersregels.

31 Spier c.s. (2003), nr. 23, Schut (1997), par. 10, Van Dam (2000), par. 8.4, beschouwt de acceptatie door de wetgever van ongeschreven rechtvaardigingsgronden als een manier om toch een zorgvuldigheidstoets te introduceren.

ongeschreven norm. Uit de leer Smits volgt deze conclusie direct, omdat deze voor onrechtmatigheid steeds een normschending veronderstelt. Maar ook in het systeem van artikel 6:162 BW, met de inbreuk op een subjectief recht als zelfstandige onrechtmatigheidscategorie, lijkt de onrechtmatigheid van het nemen van een besluit altijd mede gelegen zijn in de schending van een geschreven of ongeschreven norm. Men kan immers als volgt redeneren.

Wanneer men conform de leer Sieburgh de rechtsinbreuk beperkt opvat, levert bij beschikkingen meestal niet het nemen van een besluit zelf, maar slechts de uitvoering ervan een rechtsinbreuk op. Bij de toepassing van bestuursdwang of het doorsteken van een dijk bijvoorbeeld, is niet het nemen van de daartoe strekkende beschikking de rechtsinbreuk, maar de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang of de dijkdoorsteking. Deze rechtsinbreuk kwalificeert niet het besluit, maar het op dat besluit gebaseerde feitelijke optreden. In deze gevallen is de eventuele onrechtmatigheid van het besluit zelf dus niet gelegen in de rechtsinbreuk. Als het besluit in overeenstemming met het publiekrecht is genomen, en dus geldig is, dan rechtvaardigt het de inbreuk die de feitelijke uitvoering van het besluit oplevert. Is het besluit niet in overeenstemming met het publiekrecht genomen, dan is de feitelijke rechtsinbreuk weliswaar niet gerechtvaardigd en dus onrechtmatig, maar is de onrechtmatigheid van het besluit gelegen in de schending van het publiekrecht.

Wel een rechtstreekse inbreuk (op het eigendomsrecht) vormt bijvoorbeeld de vestiging van een voorkeursrecht op grond van de Wet voorkeursrecht gemeenten. Maar die beschikking vormt tegelijkertijd de rechtvaardiging van de inbreuk, als zij in overeenstemming met het publiekrecht is genomen, en dus geldig is. Dit voorbeeld laat zien waarom de categorie 'inbreuk op een subjectief recht' voor het besluitenaansprakelijkheidsrecht van beperkte betekenis lijkt, namelijk omdat het geldige besluit de inbreuk legitimeert. De inbreuk en zijn rechtvaardiging vallen als het ware samen in het besluit. Alle besluiten die de burger in zijn vrijheid beperken zijn eigendom naar eigen goeddunken te gebruiken, kunnen worden opgevat als evenzovele inbreuken op subjectieve rechten.³² Is de vaststelling van deze besluiten in overeenstemming met het publiekrecht, dan is daarin tevens de rechtvaardiging voor de rechtsinbreuk gelegen.³³ Die rechtvaardiging komt te ontbreken als het betreffende besluit in strijd met het publiekrecht is genomen, en dus ongeldig is. Maar in dat geval levert de schending van het publiekrecht (naast de rechtsinbreuk zelf) een onrechtmatigheidsgrond op.

Samengevat ontstaat het volgende beeld. Levert het nemen van het besluit zelf een rechtsinbreuk op, zoals de vaststelling van bouw- en gebruiksvoorschriften of de vestiging van een voorkeursrecht, dan wordt die rechtsinbreuk gelegitimeerd door het feit dat het besluit in overeenstemming met het publiekrecht is genomen. Is dat

32 Vaak geschiedt de beperking door middel van een serie besluiten, van abstract (algemeen verbindende voorschriften) tot concreet (beschikkingen). Dit verschijnsel, gelede normstelling, komt in hoofdstuk 4 nader aan de orde.

33 Cf. Asser-Hartkamp 4-III, nrs. 63 en 65.

laatste niet het geval, dan is daarin de onrechtmatigheid gelegen. Legitimeert het besluit ander, feitelijk handelen dat een rechtsinbreuk oplevert, zoals de toepassing van bestuursdwang of het leggen van leidingen in andermans grond, dan vormt het nemen van het besluit niet zelf een inbreuk op een subjectief recht. Wel zal het betreffende feitelijke handelen in beginsel onrechtmatig zijn als het besluit ongeldig is, omdat daarmee de rechtvaardiging van de rechtsinbreuk komt te ontbreken.³⁴ De onrechtmatigheid van het besluit zelf vloeit echter niet dááruit voort, maar uit de schending van publiekrecht.

Deze redenering leidt tot de conclusie dat overheidsbesluitvorming slechts onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 lid 2 BW als een geschreven of ongeschreven rechtsplicht is geschonden. De categorie rechtsinbreuk is dan overbodig. Zij bevat echter twee premisses die nader onderzoek verdienen:

1. de geldigheid van een besluit wordt bepaald door de vraag of het in overeenstemming met het publiekrecht is genomen; en
2. schending van publiekrecht is gelijk te stellen aan schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht als bedoeld in lid 2 van art. 6:162 BW.

Het zijn precies deze twee premisses die een verband leggen tussen de geldigheid van een besluit en de onrechtmatigheid van het nemen ervan, het verband dat in de jurisprudentie over besluiten aansprakelijkheid centraal staat. Hoofdstuk 6 is er in zijn geheel aan gewijd. Dat zal een *revival* van de categorie ‘inbreuk op een subjectiefrecht’ opleveren.

3.4 Toerekening

Toerekening verbindt (de onrechtmatigheid van) de daad met de dader. Krachtens lid 3 van artikel 6:162 BW geschiedt toerekening van de gedraging op grond van schuld, de wet of de verkeersopvattingen.

Het schuldvereiste ziet op de verwijtbaarheid van de concrete dader en moet in subjectieve zin worden opgevat. Toerekening op grond van schuld is niet mogelijk als de dader een beroep kan doen op een schulduitsluitingsgrond.³⁵ In dat geval resteert toerekening op grond van de wet of van de verkeersopvattingen. Volgens Sieburgh ligt het in de rede om bij toerekening krachtens de verkeersopvattingen aan te sluiten bij de in afdeling 6.3.2 geregelde aansprakelijkheden voor anderen en voor zaken. Aldus zijn de twee factoren aan de hand waarvan de inhoud van de verkeersopvattingen wordt bepaald, de hoedanigheid van de dader en de aard van zijn gedraging.³⁶

34 Legitimeert het besluit niet het feitelijk handelen van de overheid zelf, maar van een burger, zoals het leggen van leidingen in andermans grond op basis van een beschikking op grond van de Belemmeringenwet privaatrecht, dan kan het ongeldige besluit onder omstandigheden een schulduitsluitingsgrond opleveren, die aan de toerekening van de onrechtmatige gedraging in de weg staat. Cf. het onbevoegd gegeven ambtelijke bevel (Asser-Hartkamp 4-III, nr. 80). Dat geldt niet voor overheidshandelen, omdat de inbreuk haar krachtens verkeersopvattingen wordt toegerekend. Zie hierna par. 3.4.

35 Asser-Hartkamp 4-III, nrs. 76-82. Dat komt overigens zelden voor (nr. 77).

36 Asser-Hartkamp 4-III, nr. 92. Hartkamp vindt het betoog van Sieburgh aansprekend. De Hoge Raad heeft zich er nog niet expliciet over uitgelaten, maar ook de critici van Sieburgh hebben op dit punt lof voor haar analyse.

In de praktijk betekent dit, dat [buiten schuld] aansprakelijkheid voor onrechtmatig gedrag niet bestaat in gevallen waarin de dader heeft gehandeld als privé-persoon zonder een voor de handeling relevante deskundigheid of maatschappelijke positie en zijn onrechtmatige gedraging de kans op het ontstaan van schade niet eenzijdig heeft verhoogd.³⁷

De eenzijdige verhoging van de kans op het ontstaan van schade rechtvaardigt een ruime toerekening, omdat de dader ten eigen bate een risico voor derden in het leven roept, dat uitstijgt boven hetgeen men in het normaal maatschappelijk verkeer heeft te verwachten.³⁸ Bepaalde besluiten, zoals die omtrent de toepassing van bestuursdwang, verhogen eenzijdig de kans op het ontstaan van schade, hetgeen een ruime toerekening rechtvaardigt. Daar zou men tegenin kunnen brengen dat de overheid niet ten eigen bate handelt, maar ten dienste van het algemeen belang. Dat argument verdient nuancering, omdat het overheidslichaam de aansprakelijkheid voor genomen besluiten via belastingen en heffingen afwentelt op haar ingezetenen.³⁹ Zo komt de schade uiteindelijk terecht bij degenen die profiteren van het risicoverhogend overheidshandelen.

Ook bij overheidsbesluiten die de kans op het ontstaan van schade niet eenzijdig verhogen, is een ruime toerekening gerechtvaardigd. Bij wetsschending is zij gelegen in de hoedanigheid van dader, nu de overheid bij uitstek handelt met een relevante deskundigheid en maatschappelijke positie. Onzekerheid over de uitleg van de wet behoort daarom voor haar rekening te komen. Dit verklaart de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat met de vernietiging van een besluit wegens strijd met de wet niet alleen de onrechtmatigheid, maar ook de schuld van het overheidslichaam zijn gegeven.⁴⁰ Sinds 1991 geldt dat ook voor vernietigingen wegens schending van een ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur.⁴¹ Er is in dit geval ook geen aanleiding om onderscheid te maken tussen wetsschending en schending van ongeschreven beginselen van algemeen bestuur, omdat een onderscheid tussen geschreven en ongeschreven normen voor de toerekening naar verkeersopvattingen arbitrair zou zijn.⁴²

In het arrest Boeder / Staat heeft de Hoge Raad de toerekening van het nemen van onrechtmatige besluiten aan het betreffende overheidslichaam krachtens verkeersopvattingen expliciet aanvaard.

37 Sieburgh (2000), p*** p. 255-256.

38 Een combinatie van het profijt- en het risicobeginsel. Asser-Hartkamp 4-III, nr. 92c, Sieburgh (2000), par. 9.3.3.

39 En via rijksbijdragen, zoals uit het Gemeentefonds, op de gehele samenleving.

40 HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (Staat / NCB). De Hoge Raad gebruikt hier nog het woord 'schuld' omdat toerekening naar verkeersopvattingen onder het oude recht niet mogelijk was. Het arrest Staat en Van Hilten / M., HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 m.nt. CJHB, illustreert hoe de onjuiste uitleg van art. 50 lid 2 Sv. niet voor rekening van de OvJ, maar wel van de Staat komt.

41 HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112, AB 1992, 290 (Van Gog / Nederweert). Enige voorzichtigheid is wel geboden, omdat het Hof in cassatie onbestreden had vastgesteld dat de Afdeling rechtspraak een oordeel omtrent de schuld van de gemeente had gegeven, en de Hoge Raad zich aan dit oordeel van de Afdeling gebonden achtte.

42 De codificatie van het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel in de Awb heeft dan ook geen wijziging in de toerekeningsleer gebracht. Van Maanen en De Lange (2006), par. V.6, betwijfelen dit. Bij toerekening krachtens schuld speelt de kenbaarheid van de norm wel een rol. Zie par. 3.5.

5.2. (...) Indien, zoals in het onderhavige geval, het primaire besluit berust op een onjuiste uitleg van de wet en derhalve onrechtmatig is, moet dit onrechtmatig handelen in ieder geval aan het betrokken overheidslichaam worden toegerekend. In dat geval is immers sprake van een oorzaak welke - in de bewoordingen van art. 6:162 lid 3 BW - naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van dat lichaam komt.

Laatstbedoelde opvattingen verzetten zich ertegen dat de overheid zich tegenover een burger met vrucht zou kunnen beroepen op dwaling dan wel onzekerheid omtrent de juiste uitleg van de wet; hierbij speelt niet alleen een rol dat de wettelijke regelingen niet van de burger afkomstig zijn, maar ook dat het redelijker is de schade die voor een individuele burger voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan om die schade voor rekening te laten van de burger jegens wie dat rechtens onjuiste besluit werd genomen.⁴³

Naast het feit dat wettelijke regelingen niet van de burger afkomstig zijn, noemt de Hoge Raad als aanvullende toerekeningsgrond dat het redelijker is de schade als gevolg van rechtsdwaling bij de overheid voor rekening van de collectiviteit dan van de benadeelde te brengen.⁴⁴ Men zou dit als een uitwerking kunnen zien van de hoedanigheid van de dader, in die zin, dat verdeling van de schade over de collectiviteit inherent is aan het zijn van overheid.⁴⁵ Daar kan tegenin worden gebracht dat de mogelijkheden van de dader om de schade af te wentelen geen rol spelen in die gevallen waarin toerekening krachtens schuld of de wet plaatsvindt, terwijl uit die gevallen nu juist de factoren zijn gedestilleerd die toerekening krachtens verkeersopvattingen rechtvaardigen.⁴⁶ Naar mijn oordeel introduceert de Hoge Raad hier een zelfstandige grondslag voor toerekening naar verkeersopvattingen, namelijk de spreidingsgedachte. Het zal blijken dat deze spreidingsgedachte, die verwant is aan het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*, een verbinding legt tussen de aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige daad enerzijds en 'rechtmatige daad' anderzijds.⁴⁷

Dat de overheid niet onverdeeld gelukkig is met de ruime toerekening op basis van de verkeersopvattingen, blijkt uit de inhoud en totstandkoming van artikel 7:15 lid 2 Awb, dat in 2002 is ingevoerd. Het artikel bepaalt – kort samengevat – dat een belanghebbende alleen recht heeft op vergoeding van zijn in de bezwaarfase gemaakte kosten, als het bestreden besluit 'wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid'. Deze tekst is een compromis tussen

43 HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 m.nt ARB, AB 1998, 231 m.nt. ThGD (Boeder / Staat). In gelijke zin CRvB 24 januari 2001, JB 2001/76 m.nt. LV (Nabestaandenwet).

44 Dat argument hanteert de Hoge Raad ook voor de aansprakelijkheid van een bedrijfsvereniging: HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (BV/Boulogne).

45 Aldus Asser-Hartkamp 4-III, p. 102 en Sieburgh (2000), p. 234.

46 Daarom acht Sieburgh (2000) in par. 10.7.2. de aanwezigheid van verzekering niet relevant voor toerekening, terwijl ook verzekering de dader de mogelijkheid geeft om individuele schade af te wentelen op het collectief van verzekerden.

47 Zie hoofdstuk 5. Toerekening op basis van het *égalité*-beginsel zou bovendien enige begrenzing geven aan de spreidingsgedachte, die immers op elk schadeveroorzakend overheidshandelen toegepast kan worden. Cf. Van Ravels (2004). Daalder (1993) constateerde al dat de 'redelijkheid' een gevaarlijk toerekeningscriterium is. Mijn evaluatie volgt in par. 9.10.

de daarvoor geldende jurisprudentie van de Hoge Raad, die deze kosten op basis van art. 6:96 lid 2 BW in beginsel voor vergoeding in aanmerking liet komen als de hoofdvordering op basis van art. 6:162 BW werd toegewezen, en de jurisprudentie van de bestuursrechters, die met uiteenlopende nuances oordeelden dat alleen in bijzondere omstandigheden aanleiding was voor vergoeding van deze kosten.⁴⁸ Opmerkelijk is dat artikel 7:15 lid 2 Awb vergoeding van kosten beperkt tot gevallen van schuldaansprakelijkheid.⁴⁹ Voor de toerekening naar verkeersopvattingen zoals in het arrest Boeder / Staat is dus geen plaats. Het wetsartikel is daarmee een voorbeeld waarin de wetgever een uitzondering heeft gemaakt op eigen uitgangspunt, dat de aansprakelijkheid van de overheid wordt beoordeeld naar de maatstaven van het civiele aansprakelijkheidsrecht.⁵⁰

3.5 Onrechtmatigheid, toerekening en eigen schuld

Het is niet steeds eenvoudig een onderscheid te maken tussen een gedraging die niet onrechtmatig is, en een gedraging die dat wel is, maar niet aan de schuld van de dader is te wijten. Verheij heeft in zijn oratie een sprekend voorbeeld gegeven uit het overheidsaansprakelijkheidsrecht:

‘Het schoolvoorbeeld is dat van de tandarts die een toevoeging op grond van de Wet op de rechtsbijstand wilde. Die werd hem geweigerd omdat hij een vermogen had. Hij beweerde, dat dit vermogen negatief was, omdat hij een onderhandse lening was aangegaan. Hoewel hij daar herhaaldelijk om was gevraagd, kwam hij pas in hoger beroep met het bewijs van die lening. De Afdeling verwierp daarom zijn beroep. Daar is veel kritiek op gekomen. Maar zelfs degenen die vinden dat de Afdeling had moeten vernietigen omdat het besluit onjuist was, zullen toch met mij eens zijn dat het te grijs zou zijn als die nalatige tandarts ook nog schadevergoeding zou krijgen. Dat toont aan, dat niet iedere vernietiging betekent dat het besluit onrechtmatig was.’⁵¹

In de conclusie van Verheij zal eenieder zich wel kunnen vinden: als de tandarts de toevoeging al had moeten krijgen, dan heeft hij in elk geval geen recht op vergoeding van rente wegens de vertraagde toekenning ervan. Maar betekent dit nu dat de Raad voor de rechtsbijstand niet onrechtmatig heeft gehandeld?

Het antwoord op deze vraag hangt af van de formulering van de norm die de Raad in acht moest nemen. Deze norm is van het type: Als de aanvrager een vermogen V heeft en een inkomen I dan heeft hij recht op een toevoeging ter hoogte van T.

48 HR 17 november 1989, NJ 1990, 746 m.nt. JBMV AB 1990, 81 m.nt. G.P. Kleijn (Velsen / De Waard) versus ABRvS 6 februari 2002 AB 2002, 257 m.nt. CMB (Exploitatievergunning Winterswijk), CRvB 27 september 2001, AB 2002, 26 m.nt. HH (Overplaatsing ambtenaar).

49 Daarnaast wordt ex art. 8:75 Awb de omvang van de kosten forfaitair bepaald.

50 Kritisch hierover Hartlief (NJB 2000), die vindt dat ook op dit punt geen uitzonderingspositie voor de overheid gerechtvaardigd is. De aanvankelijke tekst was overigens een codificatie van de bestuursrechtspraak, die nog meer van het civiele recht afweek.

51 Verheij (2005), par. 7. Het gaat om ABRvS 1 juni 1999, AB 1999, 326 m.nt. MSV.

Deze norm bevat geen enkele referentie aan hetgeen de Raad wist of kon weten omtrent het vermogen van de tandarts. De kritiek op de Afdelingsuitspraak is naar mijn oordeel dan ook terecht: het nemen van het besluit was onrechtmatig en daarom moest het vernietigd.

In de literatuur bestaat bepaald geen eenstemmigheid op dit punt. Hoewel uit de parlementaire geschiedenis van de Awb en de tekst van de voordien geldende wet Arob kan worden afgeleid dat in een vernietigingsberoep slechts op onrechtmatigheid en niet op schuld of toerekenbaarheid wordt getoetst, komt Van Dijk tot de conclusie dat in een vernietigingsberoep de schuldvraag wel degelijk aan de orde komt. Ook Schueler meent dat als de oorzaak van een dwaling bij het bestuur ten aanzien van de feiten geheel bij de burger ligt de bestuursrechter niet vernietigt. In een fraai artikel betogen Daalder en Schreuder-Vlasblom dat het niet aan de rechter is om op de aanvraag van de tandarts te beslissen. Als ik hen goed begrijp dient hij zich te beperken tot twee vragen: heeft het bestuur een zorgvuldig feitenonderzoek verricht (art. 3:2 Awb) en heeft het vervolgens op de *aldus* vastgestelde feiten het recht correct toegepast (art. 3:46 Awb). Als de oorzaak van de – naar ten processe blijkt – onjuiste feitenvaststelling geheel bij de burger ligt, bijvoorbeeld omdat deze niet heeft voldaan aan zijn plicht tot gegevensverschaffing (art. 4:2 lid 2 Awb), dan mag de rechter niet vernietigen omdat het bestuur in dat geval niet onrechtmatig heeft gehandeld, aldus Daalder en Schreuder-Vlasblom. Op deze benadering is dogmatische kritiek denkbaar (dat zij niet strookt met de wetsgeschiedenis; dat zij de realisering van het objectieve materiële publiekrecht belemmert; dat zij uitgaat van een wederkerige rechtsbetrekking tussen bestuur en burger die niet strookt met de verticale verhouding tussen beiden) maar voor een beoordeling daarvan is hier geen plaats. Ik beperk mij tot het bezwaar dat zij de belangen van derden onaanvaardbaar in het gedrang kan brengen.

Stel dat een eigenaar van een houthandel een aanvraag indient voor de interne verbouwing van zijn bedrijfspand. Het bestemmingsplan laat detailhandel toe en de vergunning wordt verleend. Een nabijgelegen supermarktexploitant maakt bezwaar, omdat hij vermoedt dat de verbouwing eigenlijk dient om ter plaatse een concurrerende supermarkt te vestigen. Als dat zo is moet de bouwvergunning worden geweigerd, omdat niet voldaan kan worden aan het vereiste uit de bouwverordening van voldoende parkeergelegenheid op eigen terrein (de parkeernorm voor een supermarkt ligt aanzienlijk hoger dan voor een houthandel). De concurrent kan zijn vermoeden echter niet hard maken, en na een uiterst zorgvuldig feitenonderzoek kunnen B en W niet anders dan de bouwvergunning in bezwaar handhaven. In de beroepsfase slaagt de concurrent erin een kopie van het contract te bemachtigen waaruit blijkt dat na de verbouwing ter plaatse inderdaad een supermarkt zal worden gevestigd. Begrijp ik de theorie van Daalder en Schreuder-Vlasblom goed, dan zal de bestuursrechter de beslissing op bezwaar niet mogen vernietigen als het bestuur voldoende zorgvuldigheid heeft betracht bij het verzamelen van de feiten hetgeen in casu het geval is. Naar mijn oordeel wordt het belang van de concurrent daarmee onaanvaardbaar tekort gedaan.⁵²

Laten wij er vanuit gaan dat de Afdeling in de zaak van de tandarts een vernietiging had moeten uitspreken en bezien welke consequenties dat heeft, mede omdat vanwege de in hoofdstuk 8 te

52 Zie Van Dijk (1990), hoofdstuk 2, Schueler (2005), p. 156, Daalder en Schreuder-Vlasblom (NTB 2000). Kanttekeningen bij de lijn van de Afdeling zet Verheij in zijn noot onder ABRvS 20 februari 2001, AB 2002, 29. Mijn praktische bezwaar gaat niet op in zuivere tweepartijenverhoudingen, zoals in het sociale-zekerheidsrecht.

bespreken leer van de formele rechtskracht anders niet aan de aansprakelijkheidsvraag wordt toegekomen.

Vervolgens had de Raad alsnog een toevoeging moeten verlenen. Dit zou tot gevolg hebben gehad dat de enige overblijvende schade verdragingschade zou zijn. Is de Raad hier nu voor aansprakelijk? Dat de Raad geen bewijs had ontvangen omtrent het negatieve vermogen van de tandarts doet er niet aan af, dat bij het weigeren van de toevoeging de toepasselijke wettelijke norm werd geschonden, zo stelde ik al. Er is dus wel degelijk sprake van onrechtmatigheid. Wel zou het gebrek aan kennis omtrent de vermogenspositie van de tandarts een schulduitsluitingsgrond kunnen opleveren (dwaling ten aanzien van de feiten).

Dit onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekening is wezenlijk. Als er geen sprake van een normschending, dan is de handeling rechtmatig en kan zij niet verboden worden. Voor appellabele besluiten betekent dat, dat het besluit niet vernietigd kan worden. Is de handeling wel onrechtmatig, bijvoorbeeld vanwege schending van een wettelijke norm, dan kan zij in beginsel wel verboden worden. Bestaat de handeling uit het nemen van een appellabel besluit, dan kan dat besluit vernietigd worden.⁵³ Dat betekent echter niet dat voor dat besluit ook aansprakelijkheid bestaat, omdat daarvoor mede vereist is dat de onrechtmatigheid aan de dader kan worden toegerekend. Een verschoonbare dwaling ten aanzien van de feiten staat aan toerekening krachtens schuld in de weg.

Dit exposé helpt de Raad echter niet, omdat hem de onrechtmatigheid vervolgens naar positief recht alsnog wordt toegerekend op grond van de verkeersopvattingen. In het in de vorige paragraaf geciteerde arrest Boeder / Staat overwoog de Hoge Raad immers dat het redelijker is de schade die voor een individuele burger voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan om die schade voor rekening te laten van de burger jegens wie dat rechtens onjuiste besluit werd genomen.

In het voorbeeld van de tandarts lijkt het helemaal niet redelijker om de schade voor rekening te brengen van de collectiviteit. Toch meen ik dat dit geen reden is om een uitzondering te aanvaarden op de toerekening naar verkeersopvattingen. Dat wordt duidelijk als we het voorbeeld transformeren tot een driepartijenverhouding.

Stel dat de tandarts geen toevoeging had aangevraagd, maar een investeringssubsidie voor nieuwe apparatuur in zijn praktijk. Veronderstel bovendien dat de tandarts informatie achterhield op grond waarvan hem de subsidie geweigerd had moeten worden. Veronderstel ten slotte dat de subsidieverlenende instantie geen enkel verwijt gemaakt kan worden dat zij van die informatie niet op de hoogte was. Aan de tandarts wordt subsidie toegekend. Een collega krijgt vervolgens te horen dat zijn subsidieaanvraag wordt afgewezen wegens het bereiken van het

53 Het verband tussen onrechtmatigheid en vernietiging komt uitgebreid aan bod in hoofdstuk 6.

subsidieplafond. Na enige tijd komt de fraude van de tandarts aan het licht. De subsidie aan de frauderende tandarts wordt ingetrokken en zijn collega ontvangt alsnog subsidie. Hoe nu te oordelen over diens vordering tot vergoeding van renteschade?⁵⁴

Naar analogie van het eerste voorbeeld zou de overheidsinstantie een beroep kunnen doen op een schulduitsluitingsgrond: zij wist niet en hoefde niet van de fraude te weten. De benadeelde tandarts staat daar echter buiten: hij kon aanspraak maken op subsidie conform de regeling en heeft die vertraagd ontvangen. In de verhouding tot hem geldt wel degelijk dat het naar positief recht redelijker is de schade voor rekening van het collectief te laten komen dan voor hem als individu. Aan dit voorbeeld kunnen vele voorbeelden uit het ordeningsrecht worden toegevoegd. Als er fouten worden gemaakt bij de verlening van een vergunning, dan doet het er voor de aansprakelijkheid jegens de benadeelde derde niet toe of dat komt doordat de aanvrager onvoldoende informatie heeft verschaft of door een andere oorzaak. In de relatie tot de derde gaat in beide gevallen het argument op dat het redelijker is de schade als gevolg van onrechtmatige vergunningverlening te spreiden dan die voor zijn rekening te laten komen. Dat betekent dat als het bestuur een onjuist besluit neemt, omdat een betrokken burger de benodigde informatie niet of te laat aanneemt, dit weliswaar in de weg kan staan aan toerekening krachtens schuld, maar niet aan toerekening krachtens verkeersopvattingen. Het bestuur heeft naar positief recht ook in dit geval toerekenbaar onrechtmatig gehandeld.

Uit diverse arresten van de Hoge Raad blijkt dat dwaling ten aanzien van het recht niet aan toerekening van onrechtmatige besluitvorming in de weg staat.⁵⁵ Op grond van de in het arrest Boeder / Staat geformuleerde spreidingsgedachte is dat voor een dwaling ten aanzien van de feiten niet anders. Beide dwalingsvormen leiden weliswaar tot afwezigheid van schuld, maar laten (de redenen voor) toerekening krachtens verkeersopvattingen onverlet. Dat betekent overigens niet dat de Raad dus de rente moet vergoeden aan de tandarts die zijn toevoeging te laat kreeg. De oorzaak van deze vertragingsschade is immers de late aanlevering van de bewijsstukken van zijn negatieve vermogen. Als deze oorzaak geheel aan de tandarts kan worden toegerekend, kan de schade op grond van art. 6:101 BW integraal voor zijn rekening worden gelaten.

Onrechtmatigheid, toerekening en eigen schuld zijn naar positief recht dus als volgt te onderscheiden.

1. Onrechtmatig is gedrag, als het een schending van een gedragsnorm oplevert. De beoordeling van dit gedrag staat in beginsel los van de persoon van de dader, tenzij de norm zelf verwijst naar persoonlijke eigenschappen van de

54 Het realiteitsgehalte van dit voorbeeld is in zoverre gering, dat de subsidieontvanger al godsnakend dankbaar (aldus W. den Ouden) is als de subsidie wordt verleend, maar het gaat om het principe.

55 HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (Staat / NCB), HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (BV / Boulogne). In gelijke zin CRvB 24 januari 2001, JB 2001/76 m.nt. LV (Nabestaandenwet).

dader, zoals zijn kennis en kunde. Onrechtmatig gedrag onderscheidt zich van rechtmatig gedrag, doordat het laatste niet verboden kan worden. Toerekenbaarheid speelt in dat verband geen rol.⁵⁶

2. Gedrag is toerekenbaar onrechtmatig, als de onrechtmatigheid de dader verweten kan worden, of wanneer toerekening krachtens de wet of de verkeersopvattingen geschiedt. Bij de toerekening speelt het gedrag van derden geen rol. Toerekening is afhankelijk van de kennis en kunde van de dader, wanneer zij krachtens schuld geschiedt. Voor de overheid levert de spreidingsgedachte een aanvullende toerekeningsgrond krachtens verkeersopvattingen op. Dwaling ten aanzien van de feiten of het recht laten die vorm van toerekening onverlet.
3. Aansprakelijkheid voor toerekenbaar onrechtmatig gedrag kan verminderd worden als de benadeelde zelf heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade. Dat brengt mee dat als door een overheidsbesluit diverse burgers benadeeld worden, onderscheiden kan worden naar de mate waarin elke benadeelde aan de geleden schade heeft bijgedragen, bijvoorbeeld door de benodigde gegevens niet of te laat te verstrekken.

3.6 Samenvatting

In dit hoofdstuk zijn de grondslagen van aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad onderzocht. Waar de meeste handboeken en de civiele rechter de grondslag van deze aansprakelijkheid in het privaatrecht vinden, menen de bestuursrechtters dat deze in verticale verhoudingen tussen overheid en burger gebaseerd is op het ongeschreven bestuursrecht. In deze laatste opvatting vloeit overheidsaansprakelijkheid voort uit het algemene (beide rechtsgebieden omspannende) rechtsbeginsel dat toerekenbaar onrechtmatig veroorzaakte schade vergoed moet worden. Omdat dit rechtsbeginsel (de materiële rechtsgrondslag) alleen in het privaatrecht is gecodificeerd (de formele rechtsgrondslag), heb ik een beoordeling van overheidsaansprakelijkheid naar privaatrecht als vertrekpunt genomen, met het uitgangspunt van de Scheltema's in gedachten, dat onnodige verschillen tussen bestuurs- en privaatrecht vermeden dienen te worden.

Artikel 6:162 lid 1 BW bepaalt dat hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, die hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. De tekst van deze bepaling maakt duidelijk dat aan de aansprakelijkheid van de dader een beoordeling van zijn gedrag ten grondslag ligt. Alleen als dat gedrag als een onrechtmatige daad is te kwalificeren, en deze onrechtmatige daad aan hem toegerekend kan worden, dient hij de schade van de ander te vergoeden.

⁵⁶ Zie reeds par. 2.3 en Sieburgh (2000), par. 6.4.1.

Artikel 6:162 lid 2 BW omschrijft een onrechtmatige daad als een inbreuk op een subjectief recht of de schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Over de interpretatie van deze definitie bestaat geen consensus. De leer Smits stelt dat voor onrechtmatigheid steeds (ook) onzorgvuldigheid is vereist, terwijl de bestrijders van deze leer de drie categorieën van lid 2 als zelfstandige onrechtmatigheidsgronden beschouwen. Beide opvattingen liggen in hun uitwerking overigens niet ver uiteen, omdat wat de een als afwezigheid van onzorgvuldigheid beschouwt de ander kan beschouwen als de aanwezigheid van een (ongeschreven) rechtvaardigingsgrond. Dit onderscheid komt nog aan de orde bij de aansprakelijkheid uit ‘rechtmatige daad’ in hoofdstuk 5.

De controverse omtrent de leer Smits spitst zich toe op de ‘inbreuk op een subjectief recht’, omdat deze categorie zonder zorgvuldigheidstoetsing tot een vrijwel ongelimiteerde aansprakelijkheid zou leiden. Sieburgh heeft daar tegen ingebracht dat dat argument geen hout snijdt als men niet elk belang als een subjectief recht opvat, en bovendien de definitie van ‘inbreuk’ beperkt tot gedrag dat zelf een inbreuk oplevert. Dat strookt met de essentie van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, die immers op een gedragstoetsing is gebaseerd.

Voor besluitenaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad lijkt een stellingname in de controverse niet nodig, omdat de categorie ‘inbreuk op een recht’ daar een beperkte rol speelt. Beschikkingen leveren immers zelden zelf een inbreuk op een subjectief recht op en bij verbodsbepalingen, die dat wel doen, wordt de inbreuk gerechtvaardigd door de aan die verbodsbepaling ten grondslag liggende formele wet. Alleen als de verbodsbepaling in strijd met het publiekrecht is vastgesteld, ontbreekt die rechtvaardiging, maar dan levert die strijd met het publiekrecht ook zelf een onrechtmatige daad op, in de vorm van de schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht. Aan deze redenering liggen echter twee premisses ten grondslag:

1. de geldigheid van een besluit wordt bepaald door de vraag of het in overeenstemming met het publiekrecht is genomen; en
2. schending van publiekrecht is gelijk te stellen aan schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht als bedoeld in lid 2 van art. 6:162 BW.

Bij de bespreking van de verhouding van de geldigheid van een besluit en de rechtmatigheid van het nemen ervan in hoofdstuk 6 zullen deze premisses aan een nader onderzoek worden onderworpen. Daar zal blijken dat in een aantal gevallen de kwalificatie ‘inbreuk op een subjectief recht’ de onrechtmatigheid toch adequater weergeeft dan de schending van een geschreven of ongeschreven norm.

Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, aldus art. 6:162 lid 3 BW. In het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht zijn de toerekening krachtens schuld, verkeersopvattingen en krachtens de wet volgens Sieburgh te herleiden tot twee factoren, de hoedanigheid van de dader en de aard van de gedraging. De toerekening

krachtens verkeersopvattingen vormt daarbij een verbindend element tussen schuld- en risico-aansprakelijkheid. Dit verklaart dat als de gedraging eenzijdig het risico op het ontstaan van schade verhoogt, een ruime toerekening gerechtvaardigd is, dat wil zeggen niet alleen krachtens schuld, maar ook krachtens verkeersopvattingen.

Het is vaste jurisprudentie dat het nemen van een onrechtmatig besluit in beginsel aan de overheid krachtens verkeersopvattingen wordt toegerekend. Dit is niet goed te verklaren uit de aard van het overheidshandelen. Ook besluiten die niet eenzijdig het risico op het ontstaan van schade verhogen immers, vallen onder het ruime toerekeningsregime van de Hoge Raad. Hij onderbouwt dit met het argument dat het redelijker is de schade die voor een individuele burger voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan om die schade voor rekening te laten van de burger jegens wie dat rechtens onjuiste besluit werd genomen. Naar mijn oordeel heeft de Hoge Raad hier een nieuwe, specifiek voor de overheid bedoelde grond voor toerekening naar verkeersopvattingen geïntroduceerd. De aan deze toerekening ten grondslag liggende spreidingsgedachte kan – in aangescherpte vorm – het verbindende element vormen tussen de schuld aansprakelijkheid van art. 6:162 BW en de in hoofdstuk 5 te bespreken risico-aansprakelijkheid op grond van het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*.

De wetgever heeft de toerekening naar verkeersopvattingen uitgesloten als het gaat om vergoeding van in de bezwaarfase gemaakte kosten. Het in 2002 ingevoerde art. 7:15 lid 2 Awb bepaalt dat deze kosten alleen voor vergoeding in aanmerking komen, als het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Daarmee is het een aardig voorbeeld van ingrijpen van de wetgever om een beperktere overheidsaansprakelijkheid te creëren, daar waar de rechter op basis van het burgerlijke recht tot een – in verhouding tot burgers onderling – ruime aansprakelijkheid was gekomen.

Het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekening is niet steeds eenvoudig. Dit geldt met name als de gedaagde zich verweert met het argument dat hij ten tijde van de gedraging niet bekend was of kon zijn met bepaalde feiten of belangen die ten processe werden vastgesteld. Deze onbekendheid kan men kwalificeren als afwezigheid van onzorgvuldigheid (onrechtmatigheid) of als afwezigheid van schuld (toerekening). Naar mijn oordeel kan er alleen dan sprake zijn van afwezigheid van onrechtmatigheid als er ten tijde van de gedraging geen norm was die het betreffende gedrag verbood, of als deze norm zelf rekening hield met hetgeen de dader wist of behoorde te weten. Voor regels die de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden reguleren geldt dat in het algemeen niet. Dat strookt met het objectieve karakter van dat publiekrecht. Dit betekent dat als de overheid een onjuist besluit neemt doordat een burger een verkeerde voorstelling van zaken geeft, dat er niet aan afdoet dat zij aldus een fout maakt. Zij zal op grond daarvan in beginsel aansprakelijk zijn jegens de benadeelden, zij het dat haar in de verhouding tot de burger die de verkeerde voorstelling van zaken gaf, een beroep op eigen schuld toekomt.

4.1 Overheidsbesluitvorming – verdelend recht en ordeningsrecht

In de vorige hoofdstukken zagen wij dat het evenwicht tussen de botsende individuele en collectieve belangen van burgers wordt gewaarborgd door gedragsnormen. In een complexe maatschappij verlangt de rechtszekerheid dat deze gedragsnormen ten minste op hoofdlijnen gecodificeerd worden. De leden van de maatschappij weten dan aan welke grenzen zij zijn gebonden bij het najagen van hun fortuin. In dit perspectief is het scheppen en telkens aanpassen van het evenwicht tussen de belangen van burgers door het stellen en wijzigen van gedragsnormen een kerntaak van de overheid. Deze gedragsnormen worden wel gerekend tot het ordeningsrecht. Typische voorbeelden zijn het ruimtelijk ordeningsrecht, het milieurecht en het verkeersrecht, maar ook het strafrecht. Ordeningsrecht reguleert het gedrag van burgers door normstelling. Voor concrete gevallen genereren die normen rechtsplichten.

Daar waar het stellen van gedragsnormen onvoldoende tegemoetkomt aan het waarborgen van het evenwicht tussen individuele of collectieve belangen, kan de overheid optreden door de herverdeling van middelen. Verdelend recht reguleert het bezit van burgers. Het doet dit veelal door het scheppen van (publiekrechtelijke) verbintenissen. Typische voorbeelden zijn het belastingrecht, het socialezekerheidsrecht en het subsidierecht. Ook het aansprakelijkheidsrecht zelf is tot het verdelende recht te rekenen, met name vanwege de compenserende functie ervan.

De overheid stelt de regels van ordenend en verdelend recht niet op eigen gezag. De legitimatie daartoe ontleent zij aan de representatieve democratie. Deze waarborgt dat de burgers die aan de gestelde regels onderworpen zijn, invloed kunnen uitoefenen op de totstandkoming van deze regels door het kiezen van een volksvertegenwoordiging, zowel op centraal als decentraal niveau. Daarom moet het eenzijdig stellen van gedragsnormen en scheppen van verbintenissen telkens gebaseerd zijn op de wil van de wetgever, die tot uitdrukking komt in de formele wet.¹ Dit staat er niet aan in de weg dat de wetgever het stellen van regels kan dele-

¹ Autonome wetgeving van lagere overheidslichamen hoeft op grond van de representativiteit niet te herleiden zijn tot de formele wet, maar dit pleegt wel het geval te zijn, door middel van bepalingen in de organieke wetgeving, zoals bijvoorbeeld art. 108 GemW. Zie verder Van Ommeren (1996).

geren. Een voorbeeld uit het ordeningsrecht is art. 8.40 Wm, op grond waarvan de regering bevoegd is bij AMvB algemene milieuregels te stellen aan categorieën van inrichtingen. Ook kan de wetgever zelf algemene regels stellen en de concretisering daarvan overlaten aan het bestuur. Een voorbeeld is art. 8.1 Wm, waarin de wetgever een algemeen verbod geeft voor het oprichten en in werking hebben van een inrichting in de zin van die wet. Het bevoegd gezag kan vervolgens bij de vergunningverlening specifieke normen opleggen aan de drijver van de inrichting. Dit proces van gelede normstelling is niet beperkt tot het ordeningsrecht. Ook in het verdelende recht kan het eenzijdig scheppen, wijzigen of tenietdoen van een verbintenis het resultaat zijn van besluitvorming op diverse niveaus. Het begrip ‘normstelling’ is dan minder juist, omdat er geen normen worden geschapen of gewijzigd, maar verbintenissen.

De essentie van (gelede) besluitvorming is telkens dezelfde: de overheid brengt eenzijdig een wijziging aan in de rechtsverhouding tussen burgers onderling of tussen de burger en de overheid.² Het recht dat bepaalt of de schade als gevolg van deze eenzijdige wijziging (of juist het achterwege blijven daarvan) vergoed moet worden, wordt wel besluitenaansprakelijkheidsrecht genoemd.³ Dat recht is het onderwerp van dit boek.

4.2 Naleving van publiekrechtelijke rechtsplichten - handhavingsrecht

Kan de naleving van rechtsregels uit het verdelende of het ordeningsrecht uitsluitend door de burger zelf worden afgedwongen (op basis van art. 3:296 BW), dan worden zij tot het privaatrecht gerekend. Een voorbeeld is het arbeidsrecht van titel 7.10 BW. Is echter het overheidsbestuur zelf (mede) belast met de naleving van de gestelde regels, dan worden zij tot het publiekrecht gerekend.⁴ In zijn verhouding tot de overheid schept de regel voor de normadressaat dan in een concreet geval een publiekrechtelijke rechtsplicht.⁵

In beginsel kan ook de overheid naleving van een publiekrechtelijke rechtsplicht afdwingen op basis van art. 3:296 BW. Sinds het verlaten van de Limmen-Houtkoop leer hoeft zij daarvoor geen bijzonder ‘privaatrechtelijk’ belang te hebben.⁶ De toekenning van bevoegdheden ter handhaving van publiekrechtelijke rechtsplichten krachtens een bijzondere publiekrechtelijke regeling kan echter wel

2 Terecht merkt Schlössels (1998), par. 9.4.1 dan ook op, dat het onderscheid tussen begunstigende en belastende besluiten ongelukkig kan zijn. Het is immers een kwestie van wetgevingstechniek of een activiteit rechtstreeks gereguleerd wordt (belastend besluit), of door middel van een verbodstelsel en vergunningverlening (begunstigend besluit).

3 Zie bijvoorbeeld Schlössels (O&A 2004).

4 Tak (1991), par. 4.2.

5 Meer in het algemeen kan gesteld worden dat een regel jegens de overheid een rechtsplicht schept, zodra de overheid zich een met die regel beschermd belang aantrekt. Dat laatste kan blijken uit de aanwezigheid van handhavingsbevoegdheden.

6 HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718 m.nt. MS, AB 1994, 415 m.nt. GAvdV, AB klassiek (2003), nr. 30. Nieuwenhuis (WPNR 1987) bepleitte dit al.

tot gevolg hebben dat een op art. 3:296 BW gebaseerde vordering een onaanvaardbare doorkruising oplevert van die regeling. De vordering is dan niet-ontvankelijk.⁷ Voor het verdelende recht kan gedacht worden aan de buitengerechterlijke invordering in het belastingrecht en het sociale-zekerheidsrecht. In het ordeningsrecht geschiedt de toepassing van dwangmiddelen, zoals het betreden van privé-domein, de verwijdering van illegale zaken en de detentie van verdachten, krachtens bijzondere bevoegdheid. De rechtsregels die voorzien in de toekenning en regulering van speciale bevoegdheden van de overheid strekkend tot naleving van de rechtsplichten uit het verdelende en het ordeningsrecht, vormen samen het handhavingsrecht.

In de vorige paragraaf bleek dat de essentie van overheidsbesluitvorming de eenzijdige wijziging van een rechtsverhouding tussen burgers onderling of tussen burger en overheid is. Gaat dit nu ook op voor het handhavingsrecht? Voor de inwerkingtreding van de wet Arob in 1976 werd aangenomen dat de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen rechtstreeks uit de wet voortvloeyde. Het overheidsingrijpen had dus een zuiver feitelijk karakter: de overtreding zelf deed het recht van het bestuur ontstaan om de overtreding ongedaan te maken. Dat veranderde toen de voorzitter van de kersverse Afdeling rechtspraak op 25 augustus 1976 oordeelde dat de waarschuwing tot toepassing bestuursdwang een beschikking was.⁸ Het besluit om daadwerkelijk tot handhaving over te gaan beschouwde hij als een op rechtsgevolg gerichte beslissing. Die uitspraak lijkt mij juist: of de naleving van regels nu wordt afgedwongen op basis van een rechterlijk of een bestuurlijk besluit, er vindt een wijziging van de rechtspositie van de overtreder plaats, omdat een nalevingsverplichting wordt omgezet in een verplichting om de tenuitvoerlegging van de rechterlijke uitspraak of het handhavingsbesluit te dulden.⁹

Hier openbaart zich een verschil tussen de handhavende burger en de handhavende overheid. Omdat niet de burger, maar de rechter (als hij de eis toewijst) uiteindelijk de rechtsverhouding tussen de eiser en de gedaagde wijzigt, zal de eisende burger voor die wijziging zelf niet aansprakelijk kunnen zijn. Hooguit de rechter (en dus de Staat) zou aansprakelijk gehouden kunnen worden voor de onrechtmatige uitoefening van de in art. 3:296 BW gegeven bevoegdheid. Dat neemt natuurlijk niet weg dat de burger wel aansprakelijk kan zijn voor de executie van het rechterlijk vonnis.¹⁰ Op dezelfde wijze zal de overheid voor de tenuitvoerlegging

7 Scheltema & Scheltema (2003), par. 2.2.2. Ook voor de burger kan de weg naar art. 3:296 BW zijn afgesneden door het bestaan van een speciale nalevingsactie, namelijk wanneer het overheidsoptreden bestaat uit het nemen van een appellabel besluit. De bevoegdheid van de burger om daartegen een vernietigingsberoep in te stellen, leidt tot niet-ontvankelijkheid van de algemene actie ex art. 3:296 BW. Die niet-ontvankelijkheid komt in hoofdstuk 8 aan de orde.

8 VzARRvS 25 augustus 1976, AB 1976, 214 m.nt. FHvdB (Waarschuwing politiedwang).

9 Blijkens de noot van Teunissen onder ABRvS 14 september 2005, Gst. 7238, nr. 161 m.nt. JMHFT (Tytjerksteradiel) ontwaarde Van der Hoeven zelf het rechtsgevolg in het rechtsoordeel van het bestuur over zijn eigen bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen. Dat vind ik minder overtuigend, omdat dat oordeel op zichzelf geen wijziging in een bestaande rechtsverhouding teweeg brengt. De opvatting van Van der Hoeven wijst op een 'strategisch' besluitbegrip. Daarop wijst inmiddels ook de tekst van art. 5:24 lid 1 Awb.

10 Uitvoeriger hierover Van Rossum (1990), hfdst. II.

van handhavingsbesluiten aansprakelijk kunnen zijn. Maar de overheid zal, anders dan de burger, ook aansprakelijk kunnen zijn voor besluit tot het afdwingen van de naleving van rechtsplichten zelf. Neemt het bestuur een handhavingsbesluit, dan wijzigt het eigenmachtig zijn rechtsverhouding tot de burger. Met dat handhavingsbesluit verplicht het bestuur (en niet de rechter) de burger eenzijdig de tenuitvoerlegging van dwangmaatregelen te dulden. Het bestuur creëert als het ware zijn eigen executoriale titel. Voor die wijziging in de rechtsverhouding kan de betrokken overheid aansprakelijk zijn.

Het voorgaande betekent dat naast besluiten van verdelend en ordenend recht, ook handhavingsbesluiten een eenzijdige wijziging in de rechtsverhouding tussen burger en overheid bewerkstelligen. De aansprakelijkheid die uit die wijziging (of het achterwege blijven daarvan) voort kan vloeien is dus een vorm van besluitenaansprakelijkheid en daarmee mede onderwerp van dit boek. Hoewel handhavingsrecht zich onderscheidt van de normstelling in het ordeningsrecht en het scheppen van verbintenissen in het verdelende recht, is het niet als een geheel nevensgeschikt rechtsgebied te beschouwen. In het ordeningsrecht hebben handhavingsbesluiten de strekking naleving van normen af te dwingen, terwijl zij in het verdelend recht de strekking hebben de herverdeling van middelen af te dwingen. In dat opzicht deelt het handhavingsrecht dus in het karakter van het besluit dat wordt gehandhaafd. Die observatie is met name van belang voor de vraag welke belangen door een genomen besluit worden beschermd.¹¹

4.3 Overheidsaansprakelijkheid

Het aansprakelijkheidsrecht zelf behoort tot het verdelende recht. Het schept geen gedragsnormen maar verbintenissen, in het algemeen tot betaling van een geldsom. De door het aansprakelijkheidsrecht voorziene herverdeling van middelen heeft – onder meer – een herstelfunctie. De gemeenschappelijke deler van de verschillende vormen van aansprakelijkheidsrecht is, dat de benadeelde gecompenseerd wordt voor een verstoring van zijn rechtszekerheid. Bij contractuele aansprakelijkheid heeft die rechtszekerheid primair betrekking op de contractuele vertrouwensband, bij delictuele aansprakelijkheid op het in gedragsnormen besloten liggende belangenevenwicht. De uitwerking hiervan is voor horizontale verhoudingen geregeld in het Burgerlijk Wetboek.

Systematisch gezien schiet het burgerlijk recht voor de beoordeling van overheidsaansprakelijkheid tekort, omdat dit recht in beginsel slechts de verdeling van nadeel tussen dader en benadeelde regelt. De aansprakelijkheidslasten van de overheid daarentegen, worden uiteindelijk door de maatschappij gedragen.¹² Dit kan een argument zijn voor een ruimere overheidsaansprakelijkheid met de redenering dat het redelijker is de nadelige gevolgen van overheidsoptreden ten laste

¹¹ Deze relativiteitsvraag komt in par. 4.5 aan de orde.

¹² De aanwezigheid van verzekeringen relativeert dit verschil overigens.

van het collectief te brengen, dan deze voor rekening van het benadeelde individu te laten.¹³ Het kan eveneens een argument zijn voor een beperktere overheidsaansprakelijkheid, omdat het aanwenden van algemene middelen voor schadevergoeding ten koste gaat van de bekostiging van andere overheidstaken. Men kan verdedigen dat de aansprakelijkheid van de overheid in essentie op een politieke afweging berust.¹⁴ Dat is in praktijk in zekere zin ook wel het geval, nu de formele wetgever zelf het voor de overheid geldende aansprakelijkheidsrecht vaststelt. Die kant van het overheidsaansprakelijkheidsrecht is zichtbaar in allerlei specifieke wettelijke compensatieregelingen in met name het ordeningsrecht, zoals art. 40 Onteigeningswet, art. 49 WRO en art. 15.20 Wm. Het gaat hier telkens om aansprakelijkheid voor geoorloofd overheidsoptreden, die in het burgerlijk recht geen parallel kent.¹⁵

De aansprakelijkheid voor ongeoorloofd overheidsoptreden heeft de wetgever echter ongeregeld gelaten.¹⁶ Een aan art. 6:162 BW nevensgeschikte regel van materieel publiekrecht ontbreekt. De civiele rechter heeft deze leemte gevuld door de aansprakelijkheid van de overheid rechtstreeks op art. 1401 BW (oud) te baseren.¹⁷ Sinds de invoering van de Awb in 1994 heeft ook de bestuursrechter op grond van art. 8:73 Awb de bevoegdheid om bij een gegrond beroep schadevergoeding te kennen. De materiële grondslag daarvoor is eveneens de onrechtmatige daad.¹⁸ Het is de vraag of die grondslag een geschikte is, maar zolang de wetgever op dit punt geen specifieke regeling treft zal dit leerstuk het vertrekpunt moeten zijn voor de bepaling van aansprakelijkheid voor ongeoorloofd overheids-optreden.¹⁹

Wanneer de overheid feitelijk handelt of privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefent, biedt het Burgerlijk Wetboek voldoende houvast om de aansprakelijkheid voor dit overheidsoptreden te bepalen, zoals het dat ook doet voor dienovereenkomstig handelen van burgers. De uitkomsten kunnen echter verschillen, bijvoorbeeld omdat de wet een specifieke aansprakelijkheid scheidt, zoals de aansprakelijkheid van de wegbeheerder (art. 6:174 lid 2 BW), of omdat de overheid aan specifieke voor haar geldende normen is gebonden, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de verplichting om grondrechten te respecteren.²⁰ Anderzijds kunnen bepaalde voor burgers geldende gedragsnormen terzijde gesteld worden, wanneer het feitelijk optreden geschiedt ter uitvoering van een overheidstaak.

13 Zie par. 3.4. Van Ravels (2004) plaatst het *égalité*beginsel in dit bredere perspectief.

14 Deze aspecten bespreekt AG Spier in zijn lezenswaardige conclusie voor HR 9 november 2001, AB 2002, 20 m.nt. ThGD (Van den Berg / De Oude Rijnstromen), nrs. 4.7-4.17.

15 Afd. 6.3.2 BW bevat weliswaar risico-aansprakelijkheden, maar deze veronderstellen steeds een fout of tekortkoming, zij het niet noodzakelijk van de aansprakelijke persoon zelf.

16 Deze leemte wordt, met name waar het de bescherming van eigendom betreft, steeds meer opgevuld door het internationale recht, aldus Barkhuysen en Van Emmerik (O&A 2002).

17 Dit in overeenstemming met de bedoeling van de grondwetgever van 1815. De opvattingen hierover wisselden in de loop der tijd nogal. Zie Van Maanen & De Lange (2005), hfdst. II.

18 PG Awb II, p. 474.

19 Zie par. 3.1.

20 HR 22 maart 1991, AB 1991, 446, m.nt. FHvdB, het vervolg van HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 m.nt. MS, AB-klassiek (2003), nr. 20 (Amsterdam / Ikon II) en HR 26 april 1996, AB 1996, 372, Gst. 1996, 7038 nr. 4 (Rasti Rostelli). Hierover Verheij (NJB 1987).

Zo zal een grondwaterpeilverandering door een waterschap onder omstandigheden geen onrechtmatige daad opleveren, waar diezelfde beïnvloeding van de grondwaterstand door een individuele burger dat wellicht wel zou zijn.²¹ Dat voor de overheid andere gedragsnormen gelden dan voor burgers, doet op zichzelf niet af aan de bruikbaarheid van de civielrechtelijke onrechtmatige daad als grondslag voor overheidsaansprakelijkheid.

Dat ligt mogelijk anders voor besluitenaansprakelijkheid. Hiervoor bleek dat de essentie van publiekrechtelijke overheidsbesluitvorming de eenzijdige wijziging van rechtsverhoudingen is. In het ordeningsrecht vloeit besluitenaansprakelijkheid niet voort uit de schending van een gedragsnorm, maar uit de eenzijdige wijziging van die gedragsnorm zelf. Evenzo ontstaat in het verdelende recht besluitenaansprakelijkheid niet door de niet-nakoming van een verbintenis, maar uit het eenzijdig scheppen of wijzigen van die verbintenis zelf. Nochtans baseert de rechter, bij gebrek aan een specifieke regeling, besluitenaansprakelijkheid in beide rechtsgebieden op de onrechtmatige daad. Waarom een eenzijdige wijziging van een rechtsverhouding onder omstandigheden een onrechtmatige daad oplevert, verklaart hij echter niet. Hij beperkt zich tot de sacrale frase, dat de overheid bij de uitoefening van haar bevoegdheden de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht in acht moet nemen, waaronder zijn te verstaan de toepasselijke wettelijke voorschriften en de algemene rechtsbeginselen.²² Daarmee duidt de Hoge Raad wel de (formele) rechtsbronnen aan van de regels die de overheid in acht moet nemen, maar niet om wat voor een soort regels het gaat. Binnen het systeem van art. 6:162 BW kunnen echter alleen die wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen tot aansprakelijkheid leiden, die een gedragsnorm aan de overheid stellen. Dat geldt lang niet voor alle geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. Daarom kies ik in het navolgende niet de *top down* invalshoek van de Hoge Raad, maar een *bottom up* benadering. Omdat aan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad de schending van een rechtsplicht ten grondslag ligt, zal ik nagaan welke rechtsplichten op de overheid zouden kunnen rusten bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Onderscheiden kan worden naar rechtsplichten die zien op:

- a. de uitoefening van de bevoegdheid zelf (par. 4.4);
- b. de gebondenheid van de bevoegdheidsuitoefening (par. 4.5);
- c. de uitkomst van de bevoegdheidsuitoefening (par. 4.6).

Deze rechtsplichten zien alle op het besluit zelf, de rechtshandeling. Vervolgens zal kort aandacht besteed worden aan de motivering (par. 4.7) en de totstandkoming van besluiten (par. 4.8). Besloten wordt met de vraag of een onbevoegd genomen besluit een onrechtmatige daad oplevert (par. 4.9), welke vraag de aanleiding is voor een uitvoeriger onderzoek naar de verhouding tussen de geldigheid en rechtmatigheid in hoofdstuk 6.²³

21 Wat niet wegneemt dat de overheid bij de vervulling van zijn taak onderworpen is aan strenge zorgvuldigheidseisen, aldus Van Maanen en De Lange (2006), par. V.3. Idem Tjittes (1996).

22 HR 24 april 1992, NJ 1993, 232, AB 1992, 542, Gst. 1992, 6950 m.nt. HH (Zeeland / Hoondert), gelezen in samenhang met HR 24 januari 2003, NJ 2003, 629 m.nt. MRM, AB 2003, 120 m.nt. RW (Maple Tree / Staat).

23 In hoofdstuk 5 zal worden uiteengezet waarom het *égalité*-beginsel, anders dan het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, naar mijn oordeel geen rechtsplicht schept.

4.4 Rechtsplichten tot bevoegdheidsuitoefening

Als de rechter vaststelt dat een bevoegdheid in een concreet geval moet worden uitgeoefend, dan stelt hij in feite vast dat de overheid een rechtsplicht heeft tot het uitoefenen van die bevoegdheid. Wanneer is dat het geval en waar vloeit een dergelijke rechtsplicht uit voort?

De vrijheid van de formele wetgever tot uitoefening van de wetgevende bevoegdheid is aanzienlijk. Rechtsplichten tot wetgeving kunnen slechts voortvloeien uit de algemene rechtsbeginselen, internationaal recht en de grondwet. De rechter is echter zeer terughoudend in de toewijzing van vorderingen gericht tegen wetgevingsfalen: een veroordeling tot wetgeving acht hij op grond van de staatsrechtelijke verhoudingen niet mogelijk en de aansprakelijkheid voor formele wetgeving kan hij door het toetsingsverbod van art. 120 Gw slechts baseren op internationaal recht.²⁴

De rechtspraak over de rechtsplicht om formele wetgeving tot stand te brengen illustreert het onderscheid tussen nalevingsactie en aansprakelijkheid. De Hoge Raad ziet met een beroep op de uitzonderingsclausule van art. 3:296 BW geen mogelijkheid om de staat te veroordelen tot wetgeving, maar dat sluit aansprakelijkheid op grond van de niet-naleving van de rechtsplicht daartoe (op grond van internationaal recht bijvoorbeeld) niet uit.²⁵

Omdat de gevolgen die de rechter verbindt aan wetgevingsfalen in hoge mate beïnvloed worden door het toetsingsverbod van art. 120 Gw en de beperkingen die de rechter zichzelf omwille van de staatsrechtelijke verhoudingen oplegt, zal de aansprakelijkheid voor formele wetgeving en voor autonome lagere wetgeving hier verder buiten beschouwing blijven.²⁶

Anders dan bij wetgeving, kan de rechter voor het bestuur onder omstandigheden wel een verplichting aannemen tot het uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Een voorbeeld is de Afdelingsjurisprudentie over de uitoefening van handhavingsbevoegdheden:

‘2.4. 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.’²⁷

24 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS, AB 1989, 207 m.nt. FHvdB (Harmonisatiewet) en HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem/Staat).

25 Nalevingsactie afgewezen in HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691 m.nt. TK, AB 2004, 39 m.nt. ChB (Waterpakt / Staat). In dat geval zou de Staat wel aansprakelijk kunnen zijn op grond van de Francovich-jurisprudentie. Vide AB-klassiek (2003) nr. 35 en Kortmann, C.A.J.M. (2003).

26 De lijn van Waterpakt is voor de provinciale wetgever doorgezet in HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679 m.nt. TK (Faunabescherming / Friesland). Voor beschouwingen over aansprakelijkheid voor formele wetgeving zij verwezen naar Schutgens (2004) en diens nog te verschijnen dissertatie. Anders dan Polak (O&A 2004) is Van Houten (1997) kritisch over bevelen tot wetgeving.

27 ABRvS 27 juli 2005, AB 2005, 430 m.nt. dG. Dit is standaardjurisprudentie. Zie Albers (JBplus 2005).

De Afdeling heeft met deze standaardoverweging in feite een ongeschreven gedragsnorm gecreëerd, die behoudens bijzondere omstandigheden een rechtsplicht genereert om van handhavingsbevoegdheden gebruik te maken in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift.

Meestal zal de rechtsplicht tot bevoegdheidsuitoefening voortvloeien uit een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel, of uit de wet zelf.²⁸ Waar art. 44 Ww bepaalt dat B en W een bouwvergunning moeten verlenen als het bouwplan – kort samengevat – niet in strijd is met de voorschriften van het bestemmingsplan, de bouwverordening en de welstandsnota, stelt het artikel een gedragsnorm aan B en W, die een rechtsplicht tot verlening van de bouwvergunning genereert als de aanvraag aan de wettelijke vereisten voor verlening voldoet. B en W zijn dan gehouden om de vergunning te verlenen, en de gemeente is, als B en W dit nalaten, op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk, omdat er een rechtsplicht is geschonden.

De rechtsplicht om een publiekrechtelijke bevoegdheid uit te oefenen onderscheidt zich niet wezenlijk van de rechtsplicht om privaatrechtelijke bevoegdheden uit te oefenen. In beide gevallen gaat het om de vraag óf een bevoegdheid uitgeoefend moet worden, een vraag die zich ook met betrekking tot feitelijk overheidsingrijpen kan voordoen. Wetgevings-, toezichts- en handhavingsfalen wordt dan ook vaak als een samenhangend onderwerp gezien.²⁹

4.5 De gebondenheid van de bevoegdheidsuitoefening

Het geschreven of ongeschreven recht legt niet steeds een ondubbelzinnige verplichting op om een bepaalde bevoegdheid op een bepaalde wijze uit te oefenen. Regelmatig kent de wetgever het bestuur een publiekrechtelijke bevoegdheid toe zonder instructies over wanneer die bevoegdheid uitgeoefend moet worden. Dat betekent niet dat het bestuur in die gevallen geheel vrij is in zijn keuze om tot bevoegdheidsuitoefening over te gaan, integendeel. In de vorige paragraaf is al aangestipt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, een rechtsplicht kunnen genereren om een bepaalde bevoegdheid op een bepaalde wijze uit te oefenen. Dat is niet anders voor privaatrechtelijke bevoegdheden. Daarentegen is een wezenlijk verschil tussen beide typen bevoegdheden, dat privaatrechtelijke bevoegdheden in beginsel vrij zijn, terwijl publiekrechtelijke bevoegdheden naar hun aard gebonden zijn. Die binding kent twee aspecten. Ten eerste dient de publiekrechtelijke bevoegdheid te herleiden zijn tot de formele wet op grond van het legaliteitsbeginsel. Ten

²⁸ Cf. Happé (NTB 2004).

²⁹ Uitgebreid over toezichtsfalen Van Dam (2002) Van Rossum (2002) en (2005), Giesen (2005), Verheij en Verhey (2005) en Albers (NTB 2004 en NTBR 2005). Over wetgevingsfalen Van Houten (1997), Van Ommeren (1996) en recenter Polak (O&A 2004).

tweede mag de bevoegdheid alleen worden uitgeoefend met het doel waarvoor de bevoegdheid is gegeven, zulks op grond van het specialiteitsbeginsel.³⁰

Het verschil tussen vrijheid en gebondenheid is zichtbaar in de jurisprudentie over grondgebruik. De gemeente is vrij om bij een gronduitgifte een bestemmingsbeding op te nemen, en dat om financiële redenen te handhaven (*Agrimmo / Amsterdam*), terwijl het behartigen van huisvestingsbelangen met een voorwaarde aan een vrijstelling ex art. 19 WRO nietig is wegens schending van het verbod op détournement de pouvoir (*Alkemade / Hornkamp*).³¹ Een aantal auteurs meent dat de eisen van legaliteit en specialiteit ook voor de privaatrechtelijke bevoegdheden van de overheid (moeten) gelden.³² Die opvatting is best verdedigbaar, maar lastig in de praktijk te brengen. Zij is ook geen positief recht. De Hoge Raad neemt voor het overheidsprivaatrecht vrijheid als uitgangspunt en beperkt deze met het criterium van de onaanvaardbare doorkruising van publiekrecht.³³

De gedragsnorm die voortvloeit uit de gebondenheid van bestuursbevoegdheden, is het verbod op détournement de pouvoir.

Dit verbod is gecodificeerd in art. 3:3 Awb: ‘Het bestuursorgaan gebruikt de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend.’

Deze norm genereert in een concreet geval een rechtsplicht voor het bestuur om zich te onthouden van bevoegdheidsuitoefeningen met een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend. In veel gevallen zal schending van dit verbod ook strijd met de betrokken formele wet opleveren, omdat de doelgebondenheid van de bevoegdheid vaak is uitgewerkt in specifieke regulerende bepalingen, zoals bijvoorbeeld het limitatief-imperatieve stelsel van het reeds genoemde art. 44 Ww.

Met dit verbod hangt nauw samen het voorschrift van art. 3:4 lid 1 Awb om de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Een dergelijke beperking vloeit voort uit het – voor die bevoegdheid al dan niet gecodificeerde – specialiteitsbeginsel. Op grond van dat beginsel mag de uitoefening van een bevoegdheid niet strekken tot behartiging van een bepaald belang, als de wetgever de bescherming van dat belang niet heeft beoogd bij het toekennen van de desbetreffende bevoegdheid. Dat bepaalde belang mag dan – vanzelfsprekend – ook geen rol spelen bij de belangenafweging die leidt tot de bevoegdheidsuitoefening.

30 Veel uitgebreider hierover Van Ommeren (1996) en Schlössels (1998).

31 HR 24 december 2004, nr. C03/295HR, AB 2005, 58 m.nt. GAvdV (*Amstelimmoo en Chidda / Amsterdam*) vs. HR 3 april 1998, NJ 1998, 588 m.nt. ARB, AB 1998, 241 m.nt. ThGD, JB 1998, 128, m.nt. HJS en Gst. 1998, 7079 nr. 3 m.nt. HH (*Alkemade / Hornkamp*).

32 Onder meer Verheij (1999), Tak (1997) en De Haan (2002).

33 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393, AB 1990, 408, BR 1990, p. 697 m.nt. R.J.P.L. Tjittes, Gst. 1991, 6914 nr. 9 m.nt. LD, AB klassiek (2003), nr. 22 (*Windmill*). Verg. Polak (1999) en Kortmann (2004).

Als B en W een milieuvergunning verlenen, is dat het sluitstuk van de normering van de activiteiten van de exploitant ter bescherming van het milieu. Op grond van het specialiteitsbeginsel mogen zij daarin geen voorschriften verbinden opnemen omtrent de hoogte van een op te richten loods. Dat zou in strijd met het verbod van détournement de pouvoir van art. 3:3 Awb zijn. Op grond van datzelfde specialiteitsbeginsel mogen B en W de belangen van omwonenden bij een beperking van de hoogte van de te bouwen loods niet meewegen. Dat is verwoord in de beperking van art. 3:4 lid 1 Awb.

In het besluitenaansprakelijkheidsrecht is het specialiteitsbeginsel van invloed op de relativiteitsleer. Art. 6:163 BW bepaalt:

‘Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.’

Als bepaalde belangen vanwege het specialiteitsbeginsel geen rol mogen spelen bij de uitoefening van een bevoegdheid, dan zal schade aan die belangen ook niet tot aansprakelijkheid kunnen leiden als de betreffende bevoegdheidsuitoefening onrechtmatig is.

Als in het voorbeeld van zojuist de milieuvergunning ten onrechte was verleend, komt uitzichtschade ten gevolge van een opgerichte loods niet voor vergoeding in aanmerking. Dat belang beoogt het vergunningstelsel van de Wet milieubeheer immers niet te beschermen. Wel is denkbaar dat een complementaire privaatrechtelijke norm wel strekt tot bescherming van dit belang. Maar dan gaat het om de aansprakelijkheid van de vergunninghouder.

De relativiteitseis beperkt niet de aansprakelijkheid van het bestuur jegens de exploitant, als de vergunning ten onrechte wordt geweigerd. De bevoegdheidsuitoefening is immers niet gericht op bescherming van zijn (speciale) belangen, maar resulteert in een beperking van zijn vrijheid in het algemeen. Dit wordt uitgewerkt in par. 6.10.³⁴

De doelgebondenheid van publiekrechtelijke bevoegdheden genereert dus een gedragsnorm voor de uitoefening ervan. Het is het bestuur verboden om de bevoegdheid voor een ander doel te gebruiken dan waarvoor zij is gegeven. Die norm is in algemene zin gecodificeerd in art. 3:3 Awb, maar zal in veel gevallen uitgewerkt zijn tot specifieke, regulerende normen in de betrokken wet. Daarin verschillen publiekrechtelijke bevoegdheden van privaatrechtelijke, omdat deze – behoudens misbruik van bevoegdheid – in beginsel voor elk doel kunnen worden aangewend.

34 In gelijke zin Schlössels (1998), par. 8.8.6.

4.6 De uitkomst van de bevoegdheidsuitoefening

Waar het specialiteitsbeginsel een algemene buitengrens geeft tussen de belangen die het bestuur wel en niet mag meewegen, normeert het evenredigheidsbeginsel de uitkomst van de afweging die aan het besluit ten grondslag ligt. Het beginsel is uitgewerkt in art. 3:4 lid 2 Awb, dat bepaalt dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.³⁵ Daartoe dient het bestuur conform art. 3:4 lid 1 Awb de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.³⁶

Bij gebonden besluiten ligt de uitkomst belangenafweging al vast in de voorschriften die de uitoefening van de bevoegdheid reguleren. Schending van het evenredigheidsbeginsel valt dan samen met schending van het betreffende wettelijke voorschrift. Heeft het bestuur discretie, dan zal het zelf belangen af moeten wegen. Het beginsel valt dan uiteen in twee gedragsnormen (die echter vanwege hun algemeenheid doorgaans ook als beginselen worden aangeduid). Het subsidiariteitsbeginsel verplicht het bestuur om bij verschillende alternatieven voor een bepaald resultaat het voor de belanghebbenden minst belastende alternatief te kiezen. Het proportionaliteitsbeginsel verbiedt het bestuur een hoger belang op te offeren voor een lager. De rechter toetst dit overigens terughoudend, zij het dat op grond van het gelijkheidsbeginsel de afweging in gelijke gevallen gelijk dient uit te vallen.³⁷

De ‘objectieve’ rechtsplicht van het bestuur om alle belangen af te wegen kan op gespannen voet staan met ‘subjectieve’ rechtsplichten jegens een individuele burger. Van zo een rechtsplicht kan met name sprake zijn als het bestuur bij die burger het vertrouwen heeft opgewekt in bepaalde zin te besluiten. Het bestuur zal dan een keuze moeten maken tussen zijn algemene plicht tot afweging van alle belangen (macroniveau) en de geïndividualiseerde plicht om opgewekt vertrouwen te honoreren (microniveau). Voor hetzelfde dilemma staat het bestuur als de algemene plicht tot afweging van alle belangen om voorrang strijdt met de geïndividualiseerde plicht om aan een burger geen onevenredige schade toe te brengen. Kiest hij voor nakoming van de ene rechtsplicht, dan rijst de vraag of schending van de conflicterende rechtsplicht tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad leidt. Deze vraag, die tot de essentie van het overheidsaansprakelijkheidsrecht kan worden gerekend, komt uitvoerig aan de orde in de hoofdstukken 6 en 8.

35 Schlössels (1998), par. 9.7 beschouwt het beginsel als het hart van de bestuurlijke belangenafweging.

36 De beperking door het specialiteitsbeginsel kwam in de vorige paragraaf aan de orde.

37 HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. MS, AB 1986, 574 m.nt. PvB, AB Klassiek (2003), nr. 18 (Landbouwwliegers). ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93, JB 1996/158 m.nt. FAMS, AB-klassiek (2003), nr. 36 (Maxis en Praxis).

4.7 Motiveringsgebreken en dispositie

De in de vorige paragrafen gevonden rechtsplichten hebben telkens betrekking op de eenzijdige wijziging van de rechtsverhouding (het rechtsgevolg) tussen de overheid en de geadresseerde van het besluit (in het verdelende recht) of tussen de geadresseerde burger en derden (in het ordeningsrecht). De door een burger geleden schade vloeit echter niet telkens voort uit het rechtsgevolg van het besluit. Zij kan ook ontstaan doordat een burger afgaat op de in het besluit gegeven rechtsoordelen.

Aharchi wordt een AAW/WAO uitkering geweigerd, omdat hij volgens de GMD weliswaar niet de bedongen arbeid maar wel passende arbeid kon verrichten. In beroep stelt Aharchi dat hij 80-100% arbeidsongeschikt is. Op basis van een deskundigenbericht oordeelt de Raad van Beroep echter dat hij zelfs geschikt is om de bedongen arbeid te verrichten. De Raad laat de beschikking dus in stand, zij het op andere gronden. Aharchi is inmiddels ontslagen wegens arbeidsongeschiktheid. Hij vordert schadevergoeding met de stelling dat de motivering van het besluit niet deugde.³⁸

Niet het rechtsgevolg van het besluit (het dictum), maar het daarin gegeven oordeel (de motivering) is nu de schadeoorzaak. Het causale verband is niet gelegen in de binding van het besluit, maar in het vertrouwen op de juistheid van het in het besluit gegeven feitelijke of rechtsoordeel (dispositie). De onjuistheid van dit oordeel zal doorgaans als onzorgvuldig en dus onrechtmatig worden gekwalificeerd, los van de vraag of het dictum juist was.³⁹ Er is dus sprake van een aparte grond voor onrechtmatigheid, die zich naast de in de vorige paragrafen genoemde onrechtmatigheidsgronden kan voordoen. Wanneer zogenaamde ‘bestuurlijke rechtsoordelen’ als besluit worden aangemerkt, is deze onrechtmatigheidsgrond zelfs de enig mogelijke. Rechtsgevolg heeft zo een besluit immers niet.⁴⁰

Door het onjuiste oordeel als aparte onrechtmatigheidsgrond te onderscheiden, is het mogelijk om te differentiëren naar verschillende soorten schade en schadeoorzaken. Zo overwoog de Centrale Raad van Beroep in diverse uitspraken dat de wettelijke bepalingen in de AAW/WAO slechts zien op de aanspraak van betrokkene op een uitkering. Schade als gevolg van ontslag of gederfd inkomen ten gevolge van een onjuist arbeidsongeschiktheidsoordeel kwam naar het oordeel van de Centrale Raad daarom niet voor vergoeding in aanmerking.⁴¹ Beschouwt men echter de onjuistheid van het arbeidsongeschiktheidsoordeel als een zelfstandige onrechtmatigheidsgrond, dan gaat een verweer met die strekking niet op. De

38 Ontleend aan HR 2 juni 1995, NJ 1997, 164 m.nt. MS (Aharchi / Bedrijfsvereniging Tabak).

39 In casu oordeelde de Hoge Raad de beschikking rechtmatig omdat de Raad van Beroep deze – met verbetering van gronden – intact had gelaten. Onder vigour van de Awb zou de bestuursrechter het besluit m.i. hebben vernietigd, eventueel met instandlating van de rechtsgevolgen op grond van art. 8:72 lid 3 Awb.

40 Dat geldt ook voor de inmiddels belangrijkste categorie van appellabele bestuurlijke rechtsoordelen, het zelfstandig schadebesluit. Over rechtsoordelen Van Ommeren (*JBplus* 2000).

41 Zie hierover Kortmann (*JBplus* 2003) en Van Ettehoven en Schueler (2003).

onrechtmatigheid is dan immers niet gelegen in de schending de bepalingen uit de AAW/WAO op basis waarvan de uitkering wordt vastgesteld (het is best mogelijk dat deze op zichzelf correct zijn toegepast op het onjuiste arbeidsongeschiktheidsoordeel), maar in de onjuistheid van het arbeidsongeschiktheidsoordeel zelf (en de schending van de wettelijke bepalingen die op dat oordeel betrekking hebben). Of en in hoeverre de belanghebbende en derden mogen afgaan op de juistheid van dit oordeel is een vraag die los staat van de aanspraken van de belanghebbende op een uitkering.⁴²

4.8 Totstandkomingsgebreken

De Awb en bijzondere wettelijke regelingen kennen talloze regels omtrent de totstandkoming van besluiten. Deze regels leggen rechtsplichten op tot het zorgvuldig vergaren van feiten (art. 3:2 Awb), de voorbereiding van de besluitvorming (afd. 3.4 Awb), advisering (afd. 3.3 Awb), de wijze van besluitvorming (art. 2:4 Awb, alsmede de bepalingen in de betrokken organieke wet), de beslistermijn (afd. 3.4 en afd. 4.1.3 Awb), de vastlegging van het besluit (afd. 3.7 Awb) en de bekendmaking ervan (afd. 3.6 Awb).

Schending van deze rechtsplichten leidt tot onrechtmatigheid. De relevantie daarvan is echter gering, als het betreffende gebrek geen gevolgen heeft gehad voor de inhoud van het besluit (het dictum en de motivering). Het causale verband tussen het besluit en de geleden schade zal dan doorgaans ontbreken.⁴³ Deze gebreken blijven verder dan ook buiten beschouwing.

4.9 Onrechtmatigheid of onbevoegdheid

Omdat aan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad de schending van een rechtsplicht ten grondslag ligt, zal onderzocht moeten worden welke rechtsplichten op de overheid zouden kunnen rusten bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, aldus het slot van par. 4.3. In de vorige paragrafen zijn drie rechtsplichten voor het bestuur gevonden die betrekking hebben op de uitoefening van de bevoegdheid zelf:

- de plicht om een bepaalde bevoegdheid uit te oefenen als de omstandigheden daartoe dwingen;
- de plicht om een bepaalde bevoegdheid niet uit te oefenen voor aan ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is gegeven;
- de plicht om een bepaalde bevoegdheid niet uit te oefenen als in verhouding tot het te dienen doel de rechtstreeks betrokken belangen onevenredig worden geschaad.

⁴² Dit onderscheid kan ook gemaakt worden in de casus van het duwbak Linda arrest. Zie par. 9.13.

⁴³ Uitvoeriger hierover Kortmann (NTB 2002 en Gst. 2005).

De eerste rechtsplicht is een uitwerking van de opvatting dat als de overheid zich bepaalde belangen aantrekt, dat voor haar ook de plicht kan scheppen om die belangen te behartigen. Zij heeft betrekking op alle vormen van overheidsoptreden. De tweede rechtsplicht vloeit voort uit het specialiteitsbeginsel. Die rechtsplicht is specifiek voor publiekrechtelijke bevoegdheden.⁴⁴ De derde rechtsplicht vloeit voort uit het evenredigheidsbeginsel, dat elke bevoegdheidsuitoefening van de overheid normeert. In elk van de drie gevallen leidt schending van de betreffende rechtsplicht ook tot vernietiging van het besluit op grond van respectievelijk ongeschreven recht, art. 3:3 Awb en art. 3:4 lid 2 Awb, al dan niet uitgewerkt in bepalingen in de betrokken wet. De schending fungeert dus als een vernietigingsgrond.⁴⁵

Wanneer een besluit onbevoegd genomen wordt, is dat ook een grond voor vernietiging. De rechter stelt dan vast dat de gepretendeerde bevoegdheid niet bij de besluitnemer aanwezig was en verklaart het besluit ongeldig. Is er in dat geval ook sprake van schending van een rechtsplicht? Het antwoord op die vraag is minder evident dan het misschien op het eerste gezicht lijkt.

Een korte vergelijking met het privaatrecht kan dat verduidelijken. Als een gemeente een computer verkoopt en levert aan een medewerker in het kader van een PC-privé project, en die computer blijkt later eigendom te zijn van het Rijk, dan is de levering onbevoegd verricht. Het gevolg daarvan is dat de overdracht geen effect sorteert, tenzij de verkrijger wordt beschermd door art. 3:86 BW. Hetzelfde geldt als een computer van de gemeente wordt verkocht door een ambtenaar zonder volmacht, tenzij de verkrijger wordt beschermd door art. 3:61 lid 2 BW. Met de onbevoegde levering staat echter niet vast dat de gemeente respectievelijk de ambtenaar onrechtmatig hebben gehandeld. Daarvoor dient er sprake te zijn van een normschending, die niet automatisch voortvloeit uit de onbevoegd verrichte rechtshandeling.⁴⁶

Wanneer het bestuur een besluit neemt zonder daartoe een tot de formele wet te herleiden bevoegdheid te hebben, doet zich de vraag voor of dat alleen gevolgen heeft voor de geldigheid van het besluit, of ook voor de kwalificatie van het overheidsoptreden als rechtmatig dan wel onrechtmatig. In hoofdstuk 6 zal ik onderbouwen waarom het legaliteitsbeginsel niet alleen gevolgen heeft voor de geldigheid van de publiekrechtelijke rechtshandeling, maar ook voor rechtmatigheid van het verrichten van die rechtshandeling (het nemen van het besluit). Daar zal ik beargumenteren waarom de rechtspraak, op grond waarvan een onbevoegd genomen besluit een onrechtmatige daad oplevert, naar mijn oordeel in veel, doch niet in alle gevallen juist is.⁴⁷

44 Weliswaar bevat het BW in art. 3:13 ook een verbod op détournement de pouvoir, maar dat artikel zal bij de meeste privaatrechtelijke bevoegdheden geen rol spelen.

45 De vernietiging wegens schending van de beginselplicht tot handhaving baseert de rechter meestal op het evenredigheidsbeginsel (3:4 lid 2 Awb) of het motiveringsbeginsel (3:46 Awb). Expliciet: ABRvS 2 februari 1998, AB 1998, 181 m.nt. FM. Erg precies is dit niet: volgens mij bevat de Awb geen concrete rechtsnorm op grond waarvan het bestuur een bevoegdheid moet uitoefenen, ook niet in beginsel.

46 Voor onbevoegde vertegenwoordiging blijkt dit uit HR 31 januari 1997, NJ 1998, 704 m.nt. CJHB (Groningen / Globe).

47 Par. 6.8 en 6.9.

4.10 Samenvatting

Karakteristiek aan overheidsbesluitvorming is, dat het bestuur eenzijdig de rechtspositie van burgers wijzigt. In het verdelende recht geschiedt dit veelal door het scheppen van publiekrechtelijke verbintenissen tussen burger en overheid, in het ordeningsrecht door het stellen van gedragsnormen die gelden tussen burgers onderling. Het handhavingsrecht voldoet ook aan deze karakteristiek, omdat daarmee een verplichting van de burger tot naleving van een rechtsplicht eenzijdig wordt aangevuld met een verplichting om het feitelijk afdwingen van die naleving te dulden.

Omdat overheidsbesluitvorming in het algemeen niet plaatsvindt in het kader van een overeenkomst, verbaast het niet dat de rechter besluiten aansprakelijkheid baseert op onrechtmatige daad. Dit strookt ook met de wil van de wetgever die zowel bij de totstandkoming van het BW als de Awb tot uitdrukking is gebracht. Omdat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is gebaseerd op de schending van een rechtsplicht, is onderzocht welke rechtsplichten het bestuur zoal geschonden kan hebben als het een besluit neemt dat de rechter onrechtmatig oordeelt. Waar het besluit (het *dictum*) de eenzijdige wijziging van een rechtsverhouding beoogt, kan die rechtsplicht bestaan uit:

1. de plicht om een bepaalde bevoegdheid (tijdig) uit te oefenen als de omstandigheden daartoe dwingen;
2. de plicht om een bepaalde bevoegdheid niet uit te oefenen voor een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is gegeven;
3. de plicht om een bepaalde bevoegdheid niet uit te oefenen als in verhouding tot het te dienen doel de rechtstreeks betrokken belangen onevenredig worden geschaad, waarbij het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel een belang extra gewicht kunnen geven.

In elk van deze gevallen correspondeert de geschonden rechtsplicht met een vernietigingsgrond. Wanneer de betrokken wet zelf voorschriften geeft omtrent de uitoefening van de bestuursbevoegdheid, wordt de vernietiging doorgaans gefundeerd op schending van het betreffende voorschrift, maar achter dat uitwendige criterium gaat een van de drie zojuist genoemde materiële criteria schuil.⁴⁸ Het wettelijke voorschrift kan dan beschouwd worden als een concretisering van deze rechtsplicht in de betrokken wet. De tweede en derde rechtsplicht zijn bovendien in algemene zin gecodificeerd in de art. 3:3 en 3:4 lid 2 Awb respectievelijk. Alleen de als eerste genoemde rechtsplicht om ‘in actie te komen’ is niet in algemene zin in de Awb gecodificeerd, zij het dat de Awb wel diverse procedurele bepalingen bevat om ‘stil zitten’ tegen te gaan, zoals beslistermijnen en beroepsmogelijkheden.

De hiervoor aangeduide rechtsplichten hebben telkens betrekking op de eenzijdige wijziging van de rechtsverhouding (het rechtsgevolg) tussen de overheid en de

48 Althans, als het wettelijk voorschrift betrekking heeft op de inhoud van het besluit die in het dictum tot uitdrukking komt.

geadresseerde van het besluit (in het verdelende recht) of tussen de geadresseerde burger en derden (in het orderingsrecht). De door een burger geleden schade vloeit echter niet telkens voort uit het rechtsgevolg van het besluit. Zij kan ook ontstaan doordat de burger afgaat op de in het besluit gegeven oordelen. Zo kan een oordeel van een uitkeringsinstantie omtrent de arbeidsgeschiktheid van een werknemer schade veroorzaken los van de beslissing omtrent de toe te kennen uitkering, bijvoorbeeld omdat dat oordeel gevolgen heeft voor het loon van de werknemer of verzekeringsuitkeringen. Niet het rechtsgevolg van het besluit (het dictum) maar het daarin gegeven oordeel (de motivering) is dan de schadeoorzaak. De onjuistheid van een feitelijk of rechtsoordeel zal doorgaans als onzorgvuldig en dus onrechtmatig worden gekwalificeerd. Zij zal tevens tot vernietiging van het betreffende besluit behoren te leiden wegens schending van art. 3:46 BW (de eis van een deugdelijke motivering).

Voorts zijn er wettelijke voorschriften en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur die de totstandkoming, vastlegging en bekendmaking van besluiten reguleren. Ook deze regels genereren in het concrete geval een rechtsplicht voor het bestuur, waarvan schending zowel tot vernietigbaarheid van het besluit leidt als tot de kwalificatie van de besluitvorming als onrechtmatig. Vanwege hun geringe belang voor het materiële overheidsaansprakelijkheidsrecht, blijven zij in dit boek verder buiten beschouwing.

Het lijkt er dus op, dat als de rechter een besluit ongeldig of een regeling onverbindend verklaart, dat betekent dat het nemen van dat besluit of het vaststellen van die regeling ongeoorloofd was. De jurisprudentie gaat daar inderdaad vanuit. Toch is die gelijkstelling niet evident. Zo vernietigt de bestuursrechter een besluit ook als het onbevoegd is genomen. Dat vloeit voort uit het legaliteitsbeginsel, dat voor de geldigheid van een besluit een tot de wet herleidbare bevoegdheidsuitoefening verlangt. Daarmee is nog niet gezegd dat het legaliteitsbeginsel ook een rechtsplicht voor de overheid genereert om zich te onthouden van het onbevoegd nemen van besluiten. De reden van die ongeldigheid is niet noodzakelijk de schending van een geschreven of ongeschreven norm.

Het vorige hoofdstuk opende met de premisse dat het vernietigingsberoep voor appellabele besluiten fungeert als een equivalent van de nalevingsactie ex art. 3:296 BW. Het blijkt nu dat die premisse nuance behoeft. Hoewel de strekking van het vernietigingsberoep (het *petitum*) is het bestuur tot naleving van zijn rechtsplicht te dwingen (namelijk een rechtmatig besluit nemen), zijn de gronden voor vernietiging (het *fundamentum petendi*) niet noodzakelijk beperkt tot de schending van een rechtsplicht. Andersom hoeft ook niet elke schending van een rechtsplicht noodzakelijkerwijs tot vernietiging te leiden. Voor de gevonden rechtsplichten lijkt dat wel het geval, maar in recente jurisprudentie van de bestuursrechter leidt schending van het *égalité*-beginsel, bijvoorbeeld, niet tot vernietiging van het schadeveroorzakende besluit.

De analyse van de verhouding tussen nalevingsactie en schadevergoedingsactie in het onrechtmatige-daadsrecht heeft dus wel inzicht verschaft in de verhouding tussen vernietiging en onrechtmatigheid, maar geeft geen uitsluitsel over het precie-

ze verband tussen beide. Met name de onrechtmatigheid van onbevoegd genomen besluiten blijkt niet eenvoudig te verklaren. Daarom volgt in de hoofdstukken 6 en 7 een diepgaandere analyse van genoemde verhouding tussen geldigheid en onrechtmatigheid, om inzicht te krijgen in de vraag of en in hoeverre het huidige stelsel van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten een basis heeft in het materiële aansprakelijkheidsrecht. Daar zal ook de relativiteitsleer een plaats krijgen.

Op basis van de bevindingen van hoofdstuk 6 en 7, zal in hoofdstuk 8 de onderlinge verhouding tussen nakoming, vernietiging en aansprakelijkheid integraal worden beschouwd, om zo te komen tot een stelsel van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten dat – met inachtneming van procesrechtelijke grondbeginselen – leidt tot een betere realisering van het materiële recht. Eerst echter, zal in hoofdstuk 5 worden onderzocht of de regel dat onevenredig nadelige gevolgen van overheidsoptreden niet ten laste van een individuele burger mogen blijven (*égalité devant les charges publiques*) een rechtsplicht schept, die bij overheidsbesluitvorming in acht moet worden genomen.

5.1 Aansprakelijkheid uit 'rechtmatige daad'

Op grond van art. 6:162 BW is de overheid aansprakelijk voor het nemen van een besluit, als zij daardoor toerekenbaar een geschreven of ongeschreven gedragsnorm schendt. Dat klinkt duidelijker dan het is, omdat juist in het overheidsaansprakelijkheidsrecht stevig gediscussieerd wordt over de grenzen van de verbintenis uit onrechtmatige daad. Eén categorie valt zonder twijfel buiten deze grenzen: de verbintenis tot schadeloosstelling op grond van een specifieke wettelijke nadeelcompensatiebepaling. Deze verbintenis wordt in het leven geroepen door het nemen van een rechtmatig overheidsbesluit, waaraan de wet financiële aanspraken voor de gedupeerden verbindt.¹ De legitimatie van dergelijke wettelijke nadeelcompensatiebepalingen wordt vaak gezocht in het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*, maar het is niet uitgesloten dat ook andere beginselen daaraan ten grondslag liggen.²

De bestuursrechter heeft aanvaard dat de overheid onder omstandigheden ook zonder een wettelijke grondslag aansprakelijk kan zijn voor schade ten gevolge van rechtmatige besluiten:

'Uit de uitspraak van de Afdeling van 18 febr. 1997 inzake nr. E03.94.1886 (JB 1997/47, AB 1997, 143) volgt dat de bevoegdheid tot het nemen van een beslissing op een verzoek om schadevergoeding, voorzover het schade betreft die is ontstaan door de rechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, berust op het – mede aan art. 3:4 tweede lid van de Awb ten grondslag liggende – rechtsbeginsel van 'égalité devant les charges publiques' (gelijkheid voor openbare lasten). Op grond van dit beginsel zijn bestuursorganen gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het normale maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade die is ontstaan in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.'³

-
- 1 Bijvoorbeeld ex art. 40 Ontheeningswet of art. 49 WRO. Dat ook na 1994 een beleidsregel een aanspraak op nadeelcompensatie kan vestigen volgt uit ABRS 3 april 2000, AB 2000, 222 m.nt. MSV (reconstructie Venloseweg).
 - 2 Van den Broek (2002) heeft bijvoorbeeld betoogd dat aan art. 49 WRO, dat recht geeft op schadeloosstelling bij bepaalde planologische besluiten, veler rechtzekerheidsbeginsel ten grondslag ligt. Van Ravels (Gst. 2006) bestrijdt dit niet, maar betoogt dat het *égalité*-beginsel ook hier een geschikte basis biedt. Schueller (2002) noemt een catalogus aan beginselen die nadeelcompensatie legitimeren.
 - 3 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB, AB klassiek (2003), nr. 40 (Van Vlodrop).

De civiele rechter daarentegen, brengt hetzelfde type gevallen onder bij de onrechtmatige daad.⁴ Het onderscheid tussen beide is niet alleen theoretisch interessant, maar ook in de praktijk relevant. Zo noemt bijvoorbeeld art. 6:98 BW de aard van de aansprakelijkheid als een factor die de toerekening van de schade aan de onrechtmatige daad kan beïnvloeden. Er zijn best redenen denkbaar waarom schade op grond van 'rechtmatige overheidsdaad' minder snel wordt toegerekend dan op grond van onrechtmatige overheidsdaad. De burgerlijke rechter, die in beide gevallen van onrechtmatige-daadsaansprakelijkheid uitgaat, kan dat onderscheid niet maken.

In dit hoofdstuk zal ik uiteenzetten waarom de aansprakelijkheid uit 'rechtmatige daad' naar mijn oordeel een risico-aansprakelijkheid is, ook al baseert de civiele rechter haar op art. 6:162 BW. Dat dwingt mij een standpunt in te nemen in een discussie die sinds de artikelen van Drion, Bregstein en Van den Berg nog steeds niet beslist is.⁵

5.2 Plaatsbepaling

Elke definitie van wat aansprakelijkheid uit 'rechtmatige daad' is, zou een prematuur standpunt inhouden, omdat de discussie daarover is ontaard in een ingewikkeld woordenspel.⁶ Daarom begin ik met een plaatsbepaling.

Als de overheid een handeling verricht die de rechter zonder voorbehoud kan (of had kunnen) verbieden omdat zij in strijd is met het recht, dan is er sprake van een zuivere onrechtmatige daad. Bestaat de handeling uit het nemen van een besluit, dan kan het verbod de vorm krijgen van een verbod op het nemen of tenuitvoerleggen van dat besluit (bij niet-appellabele beschikkingen), het buiten toepassing laten ervan (bij algemeen verbindende voorschriften), of de vernietiging van het besluit (bij appellabele besluiten).⁷ Strikt genomen zijn buiten toepassing laten en vernietigen iets anders dan een verbod. Waar het om gaat, is dat de ongeoorloofdheid van de handeling aan het dictum van de rechter ten grondslag ligt. Is een dergelijk ongeoorloofd besluit eenmaal genomen, dan is de overheid aansprakelijk voor de gevolgen daarvan. Deze zuivere onrechtmatige daad vormt de ene kant van het spectrum en valt binnen de kaders van dit boek.

Daar tegenover staat de zuivere rechtmatige daad. Dat is de gedraging die niet verboden kan worden noch een verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad oplevert. Een voorbeeld uit het bestuursrecht is het besluit tot verlening van

4 HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB onder 639, AB 1991, 241 m.nt. FHvdB (Leffers / Staat) en HR 6 december 2002, NJ 2003, 616 m.nt. MS, AB 2004, 17 m.nt. PvB (De Kabouter).

5 Drion (WPNR 1947), Van den Bergh (RMTh 1951), Bregstein (RMTh 1951). Voor recente weergaves van het verloop van deze discussie verwijs ik naar Van Maanen (2002) en Schutgens (2004).

6 Of het wordt een weinig verhelderende omschrijving. Tjittes (1996), p. 38: 'een overheidsgedraging die op zichzelf beschouwd niet onrechtmatig is', Konijnenbelt (1996), p. 26: 'bestuursbesluiten die in beginsel nodig of aanvaardbaar zijn'. Zie aldaar verdere literatuurverwijzingen.

7 Cf. HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 m.nt. MS, AB 1984, 103 m.nt. FHvdB (Staat / LSV c.s.)

8 Bij gebonden besluiten is er geen aanleiding voor nadeelcompensatie, aldus ABRvS 17 november 2004, BR 2005, p. 139 m.nt. JW (Gebruiksvergunning Den Haag). Zie echter par. 5.12.

een bouwvergunning. Wordt daarbij artikel 44 Woningwet in acht genomen, dan is de verlening van de bouwvergunning niet ongeoorloofd, noch is zij een grondslag voor schadevergoeding. Deze zuivere rechtmatige daad vormt de andere kant van het spectrum en valt buiten de kaders van dit boek.⁸

Tussen deze twee uitersten beweegt zich het mysterie van de aansprakelijkheid uit ‘rechtmatige daad’. Het betreft de gevallen waarin het overheidshandelen in beginsel geoorloofd of zelfs geboden wordt geacht, terwijl de onevenredig benadeelden toch aanspraak kunnen maken op schadeloosstelling.⁹ De moeilijkheden ontstaan als zij deze aanspraak niet op een specifieke wettelijke grondslag kunnen baseren, omdat zij dan bij de burgerlijke rechter aangewezen zijn op een vordering uit onrechtmatige daad. Het waterbeheer en de varkenshouderij hebben de bekendste voorbeelden opgeleverd.

De gemeente Tilburg voert rioolwater af via de Voortse Stroom¹⁰ hetgeen stankoverlast geeft. De gemeente Den Haag onttrekt duinwater aan het terrein van Jochems. In beide gevallen kan de gemeente de onrechtmatigheid opheffen door het aanbieden of betalen van schadeloosstelling.¹¹

Ter voorkoming van besmettelijke dierziekten verbiedt de Minister bepaalde vormen van diervoeding. Dit is onrechtmatig zonder een compensatieregeling te treffen voor de onevenredig getroffen bedrijven.¹²

De fundamentele kritiek op deze jurisprudentie is, dat er sprake is van een cirkelredenering: de overheid handelt onrechtmatig door geen schade te vergoeden, terwijl artikel 6:162 BW aan onrechtmatig handelen de verplichting verbindt om schade te vergoeden. Ofwel: omdat u de schade niet vergoedt, handelt u onrechtmatig en moet u de schade vergoeden. Centraal in de discussie staat dan ook de grondslag van de verplichting tot schadeloosstelling.¹³ In de volgende paragrafen zal ik uiteenzetten, waarom deze grondslag niet de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW is, althans, zou moeten zijn.

9 Het in par. 1.9 gesignaleerde dilemma. Omdat ik de term schadevergoeding reserveer voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, en de term nadeelscompensatie voor de aansprakelijkheid op basis van een specifieke (pseudo-)wettelijke regeling, gebruik ik voor deze tussencategorie voorlopig het woord schadeloosstelling, dat helaas ook niet helemaal neutraal is.

10 In de bronnen wordt Voortse en Voorste Stroom door elkaar gebruikt. Voor beide is wat te zeggen. Het gaat namelijk om een stroompje langs De Voort, maar dit stroompje is tegelijkertijd de tegenhanger van De Achterste Stroom. Zie verder www.dommel.nl. Onder ‘projecten’ zijn kaartjes van het stroomgebied van De Dommel te vinden.

11 Ontleend aan Voortse Stroom VII en Duinwater, HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 m.nt. PhANH en HR 18 febr. 1944, NJ 1944, 226 (Jochems / Den Haag).

12 Ontleend aan Leffers / Staat en Meiland / Staat, HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB onder 639, AB 1991, 241 m.nt. FHvdB en HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 m.nt. TK en AB 1998, 256 m.nt. ThGD.

13 Van der Grinten merkt in zijn noot onder HR 3 april 1987, NJ 1987, 703 (Nomij / Van den Heuvel) op dat het niet vergoeden van schade geen onrechtmatige daad, maar wanprestatie oplevert. Dat illustreert het probleem: de grondslag van de schadevergoedingsverbintenis ontbreekt.

5.3 Eén begrip, twee rechtsvorderingen

Onrechtmatigheid was in het burgerlijk recht van vóór 1992 de basis voor twee rechtsvorderingen. Ten eerste kon de rechter op basis van art. 1401 BW (oud) een dreigende of voortdurende onrechtmatige gedraging verbieden. Dat was de preventieve werking het artikel. Ten tweede kon hij de dader, als de onrechtmatige daad eenmaal was gepleegd, veroordelen de benadeelde schadeloos te stellen. Dat was de repressieve (en redresserende) werking van het artikel. De geoorloofdheid van gedrag en de kwalificatie van gedrag als grondslag voor een schadevergoedingsplicht vielen dus samen in het begrip onrechtmatige daad.¹⁴

Het huidige BW heeft daar verandering in gebracht door een expliciet onderscheid te maken tussen verbintenissen en rechtsvorderingen. Art. 3:296 BW bepaalt dat de rechter hem, die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe op vordering van de gerechtigde veroordeelt, tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt. Op de vraag of iemand jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, moet het materiële burgerlijk recht antwoord geven. De materiële verplichting tot het vergoeden van schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad vloeit voort uit artikel 6:162 lid 1 BW. De verplichting om zich te onthouden van onrechtmatig gedrag (in de zin van art. 6:162 lid 2 BW) is niet expliciet in de wet geregeld. Nochtans is op dit punt geen wijziging ten opzichte van het oude recht beoogd: wat onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW, is ongeoorloofd, en dient door de rechter op basis van art. 3:296 BW in beginsel te worden verboden.¹⁵

De 'rechtmatige daad' nu, ziet op die gedraging waarvan men (kennelijk) vindt dat zij op zichzelf wel geoorloofd is, zij het dat de benadeelde niet in de (financiële) kou mag blijven staan. Kwalificeert men deze gedraging als onrechtmatig, dan is er weliswaar een grond voor schadevergoeding, maar wordt onduidelijk waarom de gedraging niet ongeoorloofd is. Acht men de gedraging rechtmatig, dan rijst de vraag op welke grondslag er schadeloosstelling betaald moet worden.

De eenvoudigste en elegantste oplossing voor dit dilemma is om aan te nemen dat dergelijke gedragingen rechtmatig zijn, en dat een eventuele verplichting tot schadeloosstelling niet voortvloeit uit onrechtmatige daad, maar uit een andere, zelfstandige rechtsgrond.¹⁶ Met name civilisten (doch niet alle) hebben daar bezwaar tegen, omdat het burgerlijk recht blijkens artikel 6:1 BW een semi-gesloten stelsel van verbintenissen kent, en er zich voor deze gevallen eigenlijk geen andere grond voor schadeloosstelling aandient dan de onrechtmatige daad.¹⁷ Dit bezwaar is niet louter juridisch-technisch van aard. Het semi-gesloten stelsel van verbintenissen wil voorkomen dat voor burgers verplichtingen ontstaan zonder dat

¹⁴ Zie hierover reeds par. 2.3.

¹⁵ Asser-Hartkamp 4-III, nr. 118.

¹⁶ Dat daarmee elke begrenzing van aansprakelijkheid wordt losgelaten is onjuist: de afzonderlijke bron van verbintenissen kent immers zijn eigen grenzen.

¹⁷ Tjittes (1996), par. 2.2, geeft een overzicht van de meningen. De opvatting dat ons stelsel van verbintenissen geheel gesloten is, heeft de Hoge Raad afgewezen in het arrest Quint / Te Poel, dat is gecodificeerd in het woord 'voortvloeit' van art. 6:1 BW. Of dit arrest soelaas biedt onderzoek ik in par. 5.9.

de wet daarin voorziet. Het is een uitwerking van het rechtszekerheidsbeginsel.¹⁸ Een uitzondering op het vereiste van een expliciete wettelijke grondslag behoeft dus een stevige motivering.¹⁹ Daarom laat ik eerst een aantal constructies de revue passeren waarmee de afgelopen decennia is getracht de gevallen waarin ongeoorlooftheid en aansprakelijkheid niet parallel lopen, binnen het BW een plaats te geven. Na vastgesteld te hebben dat deze constructies niet bevredigend zijn, onderbouw ik hoe het loslaten van het semi-gesloten stelsel van verbintenissen voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht zo veel mogelijk binnen aanvaardbare proporties kan worden gehouden.

5.4 De relatief onrechtmatige daad

De constructie van de Hoge Raad in de Voortse Stroom-arresten, maar ook in bijvoorbeeld het Leffers-arrest, is dat bepaald overheidsgedrag (lozen, grondwater onttrekken, het uitvaardigen en handhaven van een swill-verbod) onrechtmatig (ongeoorloofd) is, zolang daaraan niet een schaderegeling is verbonden. Voor (preventieve) verbodsvorderingen is deze constructie nog wel dogmatisch te onderbouwen, door aan te nemen dat het complex van handelen zonder schadeloos te stellen onrechtmatig is (Drion) of door te stellen dat het met de onrechtmatige handeling te dienen algemeen belang een rechtvaardigingsgrond in wording is, die compleet wordt door de benadeelden schadeloos te stellen (Bregstein). Treft de overheid een schaderegeling, dan maakt dat de handeling die onrechtmatig zou zijn geweest, rechtmatig en kan een verbod niet worden uitgesproken.

In deze dogmatiek biedt het treffen van een schaderegeling achteraf, dus nadat het gewraakte overheidsingrijpen heeft plaatsgevonden, geen soelaas, omdat een eenmaal gepleegde onrechtmatige daad niet – met terugwerkende kracht – rechtmatig kan worden.²⁰ De overheid heeft in dat geval dus een onrechtmatige daad gepleegd door geen schaderegeling te treffen en is verplicht de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden. Maar in die situatie vallen oorzaak en gevolg van de onrechtmatigheid in feite samen, en is de al vermelde kritiek van toepassing dat ‘de schade moet worden vergoed omdat zij niet reeds is vergoed’.²¹ Toch is de opvatting dat iemand onrechtmatig handelt door geen schaderegeling te treffen niet volstrekt onbruikbaar, als men het aanbieden van een schaderegeling beschouwt als een manier om aan de belangen van de potentiële benadeelden tegemoet te komen. Die gedachte werk ik uit in par. 5.8. Daar zal blijken dat de Voortse-Stroombenadering weliswaar bruikbaar is, maar niet voor de ‘rechtmatige overheidsdaad’.

18 Zie Asser-Hartkamp 4-I nr. 47 e.v.

19 In par. 5.9 kom ik hier op terug.

20 Van Maanen (2002), par. 3.4. De benadeelden zal het overigens lood om oud ijzer zijn of de overheid hun schade vergoedt op basis van onrechtmatige daad of in het kader van een schaderegeling, zolang beide tot hetzelfde resultaat leiden.

21 Het Meiland-arrest laat de worsteling zien die vervolgens ontstaat bij de bepaling van de omvang van de schade. HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 m.nt. TK, AB 1998, 256 m.nt. ThGD.

De Voortse-Stroombenadering kent nog een zwakke plek: zij voorziet niet in een oplossing voor gevallen waarin het geschonden belang zich pas achteraf aandient. De overheid kan dan moeilijk verweten worden dat zij niet vooraf een schaderegeling heeft getroffen.²² Van onzorgvuldigheid jegens de benadeelde is volgens de Hoge Raad immers pas sprake indien en voor zover de dader op diens belangen bedacht moest zijn.²³ Het enkele feit dat door een rechtmatig genomen en uitgevoerd overheidsbesluit onevenredige schade ontstaat, kan het nemen van dat besluit niet met terugwerkende kracht onrechtmatig maken. Dat zou in strijd met de elementaire logica zijn.²⁴ In het recentere arrest Staat / Lavrijsen koos de Hoge Raad dan ook een andere benadering. Hij oordeelde dat een huiszoeking die voldoet aan de eisen die het strafprocesrecht daaraan stelt, op zichzelf wel rechtmatig is, ook jegens derden als Lavrijsen, maar dat dat niet in de weg staat aan het oordeel dat het daarbij toebrengen van onevenredige schade onrechtmatig kan zijn:

'Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel 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 (vgl. HR 8 januari 1991, NJ 1992, 638, ABRvS, 6 mei 1997, AB 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 Awb). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffen onrechtmatig is. In zoverre levert een door de Rechtbank verleend verlot tot het doen van huiszoeking dus geen rechtvaardigingsgrond op voor het toebrengen van schade.'²⁵

Deze passage wekt op het eerste gezicht de suggestie dat de opsporingsambtenaren bij de op zichzelf rechtmatige huiszoeking onzorgvuldig te werk waren gegaan, en daarom onrechtmatig handelden, maar dat is niet het geval: louter het onevenredig benadelen van Lavrijsen als onschuldige huurder was onrechtmatig. Dat vloeit volgens de Hoge Raad voort uit het *égalité*-beginsel.

22 Denkbaar is dat de overheid 'preventief' een schaderegeling treft met het oog op nog onbekende belangen. Maar een dergelijke schaderegeling overstijgt het karakter van de individuele tegemoetkoming. Het is een nadeelscompensatieregeling. Op de onrechtmatigheid van het niet treffen van een nadeelscompensatieregeling met een algemeen karakter heeft de rechtmatige-daadsjurisprudentie van de burgerlijke rechter geen betrekking.

23 HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-199 m.nt. CJHB (bodemverontreinigingen). Deze overweging behoeft wel enige nuancering, die ik zodadelijk geef.

24 Van Maanen (2002), par. 2.2 en 4.5. De redenering van Sieburgh (2000), p. 30, dat een gedraging die aanvankelijk rechtmatig leek, op grond van later blijkende omstandigheden toch onrechtmatig is, overtuigt mij niet. Alleen als die later blijkende omstandigheden al aanwezig waren ten tijde van de gedraging, zoals bij een naar achteraf blijkt ongegrond conservatoir beslag (HR 15 april 1965, NJ 1965, 331 m.nt. DJV inz. Snel / Ter Steege), kunnen zij invloed uitoefenen op het onrechtmatigheidsoordeel. Dat geldt echter niet voor schade als gevolg van de gedraging, ook niet als die schade onevenredig is. De schade kwalificeert het gedrag niet, aldus Sieburgh zelf op p. 18. Cf. Asser-Hartkamp 4-III, nr. 18d.

25 HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 m.nt. MS, AB 2001, 412 m.nt. ThGD (Staat / Lavrijsen).

Deze redenering van de Hoge Raad lijkt op de constructie van de absoluut rechtmatige, maar relatief onrechtmatige daad.²⁶ Die houdt in, dat een gedraging vanuit algemeen perspectief rechtmatig kan zijn, maar jegens een specifieke benadeelde onrechtmatig. Een pré van deze benadering is, dat zij tot uitdrukking brengt dat er sprake is van een belangenconflict. De huiszoeking is geboden op grond van het algemeen belang, maar conflicteert met de belangen van Lavrijsen. Omdat het algemeen belang prevaleert, is de huiszoeking rechtmatig in absolute zin, en dus geoorloofd, maar omdat de toegebrachte schade disproportioneel is, is zij onrechtmatig in relatieve zin, jegens Lavrijsen, en aldus een grondslag voor schadevergoeding. Deze relativisering van de onrechtmatige daad lijkt op het eerste gezicht te stroken met het wettelijk systeem, dat in artikel 6:162 BW spreekt van een onrechtmatige daad jegens een ander. Maar dat is schijn. Artikel 6:162 BW brengt tot uitdrukking dat onrechtmatigheid niet voldoende is voor aansprakelijkheid, de daad moet ook jegens de ander onrechtmatig zijn. Ofwel: een (in absolute zin) onrechtmatige daad hoeft nog niet jegens een ander (in relatieve zin) onrechtmatig te zijn.²⁷ De hier besproken constructie gaat van precies het omgekeerde uit: een in absolute zin rechtmatige daad hoeft nog niet jegens een ander (in relatieve zin) rechtmatig te zijn. Maar dat is juist in tegenspraak met artikel 6:162 BW. Lid 2 namelijk, omschrijft de onrechtmatige daad – samengevat – als een inbreuk op een recht of schending van een geschreven of ongeschreven norm. Rechtmatigheid is niet meer of minder dan de afwezigheid van een onrechtmatigheidsgrond.²⁸ Dat sluit uit dat een rechtmatige gedraging toch onrechtmatig jegens een enkeling kan zijn.²⁹

Het arrest Staat / Lavrijsen spoort overigens niet precies met de constructie van de relatieve onrechtmatigheid, omdat De Hoge Raad de huiszoeking niet alleen ‘op zichzelf rechtmatig’ achtte, maar zelfs ‘jegens Lavrijsen op zichzelf rechtmatig’. Dat de Hoge Raad desondanks tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad concludeert, kan ik niet volgen. In de latere arresten S. / Staat en Staat / Harrida spreekt de Hoge Raad slechts van een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling die jegens de getroffen onrechtmatig is.³⁰ Aan al deze arresten kleeft nochtans hetzelfde bezwaar als aan de relatieve onrechtmatige daad, namelijk dat artikel 6:162 BW niet voorziet in de mogelijkheid dat een gedraging tegelijkertijd rechtmatig en onrechtmatig is. Maar ook los van de tekst van art. 6:162 BW vermag ik niet in te zien hoe een relatief onrechtmatige gedraging toch rechtmatig, en dus geoorloofd kan zijn.

26 In varianten verdedigd door Van Maarseveen (NJB 1954), Teunissen (NJB 1994) en Schutgens (2004), hfdst. V. Het arrest kan ook nog zo gelezen kunnen worden, dat de huiszoeking strafrechtelijk rechtmatig, maar civielrechtelijk onrechtmatig is, maar ook in die lezing resteren de zodadelijk te bespreken problemen.

27 Dit is algemeen aanvaard. Zie Van Maanen (1986), p. 197 en Lankhorst (1992), p. 239.

28 Aldus ook Sieburgh (2000), p. 28.

29 Zie reeds par 3.2.

30 HR 21 maart 2003, nr. C01/196HR, RvdW 2003, 53 (S. / Staat). HR 20 juni 2003, AB 2004, 84 m.nt. PvB (Staat / Harrida).

5.5 Staat / Lavrijsen introduceert een risico-aansprakelijkheid

Wat de Hoge Raad in het arrest Staat / Lavrijsen mijns inziens bedoelt te zeggen, is dat de huiszoeking weliswaar geoorloofd is, en dus niet verboden kan worden met toepassing van artikel 3:296 BW, maar niettemin onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW, en dus tot schadevergoeding verplicht. Die vaststelling lost het probleem niet op, want dan blijft nog steeds de vraag waarom de gedraging geoorloofd is, ondanks de onrechtmatigheid ervan. Artikel 6:168 BW biedt geen soelaas, omdat dat artikel betrekking heeft op ongeoorloofd gedrag dat wegens zwaarwegende maatschappelijke omstandigheden geduld moet worden. Het laat de schadevergoedingsplicht volledig in stand, en niet voor zover de schade onevenredig is.³¹ Men kan de vraag ook andersom formuleren: hoe kan een volstrekt geoorloofde, en zelfs geboden gedraging toch onrechtmatig zijn? De Hoge Raad acht het toebrengen van onevenredige schade jegens Lavrijsen onrechtmatig. De vraag nu is, welke gedragsnorm de Staat aldus heeft geschonden. De Hoge Raad heeft het over:

de regel, 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 drukende - 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.

Hoewel de Hoge Raad van een 'regel' spreekt, kan het niet gaan om een gedragsnorm in de zin van art. 6:162 BW. De regel heeft namelijk niet betrekking op het overheidsoptreden zelf maar louter op de gevolgen daarvan. Nu is het op zichzelf niet ongewoon dat aan gedrag grenzen gesteld worden wegens de verwachte schadelijke gevolgen ervan, maar van overschrijding van die grenzen was in de besproken casus geen sprake. De onrechtmatigheid was gelegen in het feit dat op zichzelf volstrekt rechtmatig gedrag onevenredige schade veroorzaakte. De kwalificatie van gedrag mag echter niet worden bepaald door een incidentele, niet in de gedragsnorm verdisconteerde belangschending als gevolg van dat gedrag. Gedragsnormen hebben de strekking om belangen te beschermen, maar de loutere schending van een belang levert niet de schending van de gedragsnorm op.³² Keren wij nu terug naar de vraag hoe een geoorloofde, en zelfs geboden gedraging toch onrechtmatig kan zijn. De Hoge Raad brengt deze scheiding tussen geoorloofdheid en onrechtmatigheid tot stand door een regel te introduceren die geen gedragsnorm is (zodat er geen sprake is van ongeoorloofd gedrag), maar wel tot aansprakelijkheid leidt (die gebaseerd wordt op art. 6:162 BW). Van een

31 Het artikel is m.i. inconsequent, zie par. 5.8.

32 Alleen bij de inbreuk op een subjectief recht is dat het geval, omdat daar de schending van het (in dat geval rechtens beschermde) belang van de benadeelde en het gedrag van de dader samenvallen. Het is dan niet mogelijk dat een rechterlijk verlot wel een rechtvaardigingsgrond voor het gedrag, maar niet voor het toebrengen van schade oplevert (zoals de Hoge Raad het in Staat / Lavrijsen formuleert), omdat gedrag en inbreuk samenvallen.

onrechtmatige daad is dan geen sprake: de *égalité*-regel is hier een bron van risico-aansprakelijkheid.

Men zou hier tegenin kunnen brengen dat de Hoge Raad niet rechtstreekse aansprakelijkheid voor onevenredige schade aanvaardt, maar het toebrengen van die schade onrechtmatig acht, zodat de zorgvuldigheidstoets wel degelijk op overheidsgedrag betrekking heeft. Die interpretatie leidt echter tot inconsistenties als de onevenredige schade de schending van een belang betreft waar de dader niet op bedacht hoefde te zijn. Toen de Staat uit onrechtmatige daad ageerde jegens bodemvervuilers, overwoog de Hoge Raad:

‘3.8.4 Zoals gezegd, gaat het in deze verhaalsacties op de voet van art. 21 IBS telkens om de vraag of sprake is van onrechtmatigheid in de zin van art. 1401 (oud) BW doordat is gehandeld in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Of van zodanig handelen sprake is, hangt – in abstracto – daarvan af of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe dan ook mede is vereist dat hij dat belang kende of had behoren te kennen. Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn. Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig heeft gehandeld (vgl. HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536). In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste.’³³

Volgens de Hoge Raad handelt een burger dus jegens de overheid niet in strijd met een ongeschreven norm, als hij niet bedacht was of behoorde te zijn op haar belangen. Past men deze regel toe op Lavrijsen, die de overheid aansprakelijk stelde uit onrechtmatige daad, dan zou het verweer van de Staat, dat zij niet bedacht was en behoefde te zijn op de belangen van Lavrijsen, moeten slagen.³⁴

Helemaal zuiver is de formulering van de Hoge Raad in de bodemvervuilingsarresten mijns inziens niet. De dader kan immers best een zorgvuldigheidsnorm schenden ook als hij niet bedacht hoefde te zijn op de belangen van anderen. Het bestaan van de zorgvuldigheidsnorm hangt immers niet af van hetgeen waarop een concrete dader bedacht moest zijn. Pas als het gaat om belangen (of het causale verband tussen het gedrag en de schade aan die belangen) waarop de gehele groep waartoe de dader behoort niet bedacht hoefde te zijn, kan gesteld worden dat de zorgvuldigheidsnorm zich niet tot de dader richt, of zelfs, dat er geen zorgvuldigheidsnorm met betrekking tot het gewraakte gedrag bestaat.³⁵ Die situatie deed zich in het arrest Staat / Shell voor, omdat ten tijde van de bodemverontreiniging niemand – ook de Staat zelf niet – bedacht

33 HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 m.nt. CJHB (Staat / Shell).

34 En ook als de Staat wel bedacht had moeten zijn op de aanwezigheid van een onschuldige derde, dan nog zou dat de geoorloofdheid van het politieoptreden onverlet laten. Zie hierna par. 5.6.

35 Cf. Sieburgh (2000), par. 6.4.1.

was op de mogelijkheid dat zij zich het saneringsbelang zou gaan aantrekken, althans, zo was in feitelijke instanties vastgesteld.³⁶

Is er wel een zorgvuldigheidsnorm die zich tot de dader richt, dan doet het er voor de onrechtmatigheid niet toe of hij bedacht was op de door die norm beschermde belangen. Voor geschreven normen onderkent de Hoge Raad dat zelf ook: 'Indien een onrechtmatige daad bestaat uit het handelen in strijd met de wet, dient te worden vastgesteld of de wettelijke norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Het strookt met het karakter van geschreven rechtsregels dat daarbij niet afzonderlijk behoeft te worden vastgesteld dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde die de geschonden norm beoogt te beschermen.'³⁷ Ik zie niet in waarom deze overweging beperkt blijft tot geschreven rechtsregels. Het onderscheid tussen geschreven en ongeschreven rechtsregels is slechts gelegen in de kenbaarheid van de norm. Maar de van de dader persoonlijk verlangde kennis kan slechts een rol spelen in het kader van de toerekening van de onrechtmatige daad.³⁸

Gedrag kan dus niet onzorgvuldig zijn, louter vanwege de schadelijke gevolgen ervan. Daarvoor is tevens vereist dat er een norm bestaat, die het betreffende gedrag verbiedt met het oog op het voorkomen van die schade. Een *ongeschreven* zorgvuldigheidsnorm is niet aanwezig als het schadelijke gevolg niet kenbaar was ten tijde van de gedraging.³⁹

Kan gedrag wél onrechtmatig zijn wegens schending van een *geschreven* norm die louter ziet op de gevolgen van dat gedrag? In het strafrecht lijken dergelijke normen te bestaan. Bij dood door schuld vormt het gevolg van de daad het bestanddeel van het delict, niet de daad zelf. Een voorbeeld is het bellen met een mobieltje in de auto met een dodelijke aanrijding als gevolg. Ook als het rijdend bellen zelf niet strafbaar is, kan de dader veroordeeld worden. Toch vindt ook hier een gedragstoetsing plaats, bij de beoordeling van de schuldvraag. Pas als de bestuurder verwijtbaar onvoorzichtig heeft gehandeld, is er sprake van culpa.⁴⁰ Hoewel de delictomschrijving zich lijkt te concentreren op het gevolg van de daad, vindt er wel degelijk een gedragstoetsing plaats in het kader van de schuldvraag.

De dader kan wel op grond van een geschreven *regel* aansprakelijk zijn voor louter de gevolgen van zijn gedrag. De bepalingen van afdeling 6.3.2 BW verbinden aan allerlei op zichzelf rechtmatige gedragingen, zoals het inschakelen van niet-ondergeschikten en ondergeschikten, het bezitten van dieren, zaken en opstallen, het gebruiken van gevaarlijke stoffen en het exploiteren van stortplaatsen en mijnen, aansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen daarvan. Het gedrag zelf echter wordt niet verboden. De regels van afdeling 6.3.2. BW zijn dus geen gedragsnormen, maar geschreven bronnen van verbintenissen. Voor de regel van de Hoge Raad, dat onevenredige schade ten gevolge van overheidshandelen niet voor reke-

36 Van Dunné (2005) betoogt in een retrospectief het tegendeel.

37 HR 30 september 1994, NJ 1996, 199 m.nt. CJHB (Van den Brink / Staat).

38 Dit onderscheid maakte ik al eerder in par. 3.5.

39 Niet alleen niet-kenbaar voor de dader, maar niet-kenbaar voor eenieder. Als het schadelijke gevolg slechts niet kenbaar is voor de groep waartoe de dader behoort, maar wel voor een ander groep, dan bestaat de norm wellicht wel, maar richt hij zich niet tot de groep waartoe de dader behoort, en dus niet tot de dader zelf.

40 Cf. HR 14 november 2000, NJ 2001, 37 (strafkamer).

ning van de benadeelde mag komen, geldt hetzelfde: de regel is geen gedragsnorm, maar een bron van verbintenissen.

Regels die gedrag verbieden louter vanwege de gevolgen die dat gedrag achteraf blijkt te hebben, dus los van de vraag of die gevolgen kenbaar zijn, bestaan in ons rechtsstelsel niet, of het nu geschreven of ongeschreven regels betreft. Dat is geen toeval. In ongeschreven vorm verdragen zij zich niet met de rechtszekerheid, dezelfde rechtszekerheid die ten grondslag ligt aan gesloten stelsel van verbintenissen. Voor geschreven regels is dat niet anders. Koppelen zij aansprakelijkheid aan louter de gevolgen van gedrag dan blijkt ofwel de gedragstoetsing in een ander kader plaats te vinden (strafrechtelijke schuld) ofwel de regel het gedrag niet te verbieden, maar slechts aansprakelijkheid te scheppen (risico-aansprakelijkheid). Regels die louter aan de gevolgen van gedrag rechtsgevolg verbinden, zijn derhalve geen gedragsnormen, maar bronnen van verbintenissen. Wat de Hoge Raad een onrechtmatige daad noemt, is in feite een op het *égalité*-beginsel gebaseerde risico-aansprakelijkheid.

5.6 Eigen opvatting: één onrechtmatigheidsbegrip

De middelen om de aansprakelijkheid voor op zichzelf geoorloofd overheidsingrijpen binnen het systeem van het BW te baseren op de onrechtmatige daad, blijken erger dan de kwaal. Om het gesloten stelsel van verbintenissen in stand te houden, verwordt onrechtmatigheid van een kwalificatie van gedrag tot een kwalificatie van de gevolgen van dat gedrag. Het effect daarvan is tegengesteld aan het doel: de met het gesloten stelsel beoogde rechtszekerheid voor de dader verdwijnt in gevallen waarin de gevolgen objectief onvoorzienbaar waren, zoals bij strafvorderlijk optreden het geval kan zijn. Door toch aansprakelijkheid voor zulke onevenredige schade te aanvaarden creëert de Hoge Raad een buitenwettelijke risico-aansprakelijkheid. Zijn de gevolgen wel voorzienbaar, maar prevaleert een hoger belang, zoals bij de veterinaire import- en voedermaatregelen, dan is onduidelijk waarom het gedrag (relatief) onrechtmatig is, ondanks de geoorloofdheid ervan. Men kan dat ook anders stellen: als het hogere belang het gedrag geoorloofd doet zijn, waarom fungeert het dan niet tevens als een rechtvaardigingsgrond in de zin van art. 6:162 lid 2? Naar mijn oordeel slechts vanwege het gewenste resultaat: aansprakelijkheid. Ook deze aansprakelijkheid is een risico-aansprakelijkheid, omdat het schadetoebrengend gedrag niet zelf onrechtmatig is. Het loslaten van het verband tussen de geoorloofdheid van, en de aansprakelijkheid voor bepaald gedrag om het gesloten stelsel in stand te houden, leidt *de facto* tot een open stelsel van verbintenissen. De Hoge Raad dient dus terug te keren naar het oorspronkelijke, eenduidige onrechtmatigheidsbegrip.⁴¹

41 Dat dat ook goed past in het systeem van het burgerlijk wetboek besprak ik al in hoofdstuk 2.

Het aansprakelijkheidsrecht heeft naast een redresserende functie een preventieve functie: het geeft sturing bij het maken van keuzes.⁴² Die keuzes zijn met name lastig in als er sprake is van conflicterende rechtsplichten. De vorige paragrafen beschreven een aantal van die situaties, waarin de behartiging van het algemeen belang ten koste ging van zekere individuele belangen. Een eenduidig onrechtmatigheidsbegrip maakt het mogelijk om ook in dergelijke situaties de 'juiste keuze' te maken. Het dwingt tot het stellen van prioriteiten. Een juiste prioritering leidt dan tot geoorloofd overheidsoptreden zonder aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, een verkeerde tot ongeoorloofd overheidsoptreden en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.⁴³ Bij relatieve onrechtmatigheid is dat niet zo: als twee conflicterende rechtsplichten naast elkaar kunnen bestaan, wordt de dader door de kat of de hond gebeten, omdat veronachtzaming van een van beide plichten al voldoende is voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens de gerechtigde. Of de dader nu kiest voor het hogere of het ondergeschikte belang, in beide gevallen handelt hij onrechtmatig.⁴⁴ Ook een juiste prioriteitenstelling, die leidt tot geoorloofd gedrag, kan aansprakelijkheid dan niet voorkomen. Dat doet afbreuk aan de sturende functie van het aansprakelijkheidsrecht.⁴⁵

In de vorige paragraaf dienden zich twee categorieën van de 'rechtmatige overheidsdaad' aan. In de zaken van het type Lavrijsen gaat het om overheidshandelen dat, naar achteraf blijkt, een 'onschuldige' onevenredig heeft getroffen. Van conflicterende rechtsplichten is hier geen sprake: de overheid handelde in overeenstemming met de wet en veronachtzaamde evenmin de belangen van benadeelde, eenvoudigweg omdat die belangen onbekend waren en zij daarmee dus geen rekening *kon* houden. Zij handelde niet onzorgvuldig en dus niet onrechtmatig in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.⁴⁶ Een plicht tot schadevergoeding moet gebaseerd worden op een andere grondslag, en gebleken is, dat zowel de bestuursrechter (expliciet) als de civiele rechter (impliciet) dat in dit type gevallen inmiddels ook doen.⁴⁷

Hier kan men tegenin brengen dat de belangen van onschuldige derden niet geheel onbekend zijn: de overheid aanvaardt bij strafvorderlijk optreden welbewust het risico dat onschuldigen daardoor schade lijden en handelt daarom jegens die der-

42 Zie bijv. Sieburgh (2000), par 3.2.1, Bloembergen (1992).

43 Aldus al de reactie van Van den Bergh (1952) op de Voortse-Stroomarresten. Bloembergen (1992) verdedigt deze lijn ook consequent.

44 Het actierecht van titel 3.11 kan aan een rechtsvordering wel voorrang geven, zoals bij de botsende leveringsrechten van art. 3:298 BW, maar die sturing is beperkt: de debiteur is op grond van het materiële recht niet verplicht om aan de oudste leveringsrecht voorrang te geven. De prioritering is daar neutraal. Die situatie is niet vergelijkbaar met de 'rechtmatige overheidsdaad', waarin de ene verplichting prioriteit heeft boven de andere. De bekende interne rechtsvergelijking van de 'rechtmatige overheidsdaad' met de botsende leveringsrechten gaat dan ook niet op. Bovendien vergelijkt men wanprestatie met onrechtmatige daad. Zie voor de verschillen met name par. 2.7.

45 Onder omstandigheden zou de dader geneigd kunnen zijn tot schending van de hogere norm, bijvoorbeeld wanneer die slechts – moeilijk verhaalbare – immateriële schade tot gevolg heeft.

46 Opmerkelijk en m.i. inconsequent is dat Asser-Hartkamp 4-III voor later onschuldig blijvende verdachten wel een zelfstandige compensatiegrond verkiest, maar voor getroffen derden vasthoudt aan de onrechtmatige daad. Vergelijk de nrs. 18d met 18c en 119.

47 Par. 5.1 en 5.5 respectievelijk.

den onrechtmatig. Men plaatst het optreden dan in de sleutel van gevaarzetting.⁴⁸ Zelfs lijkt de Hoge Raad recent een nieuw vereiste aan aansprakelijkheid uit ‘rechtmatige daad’ toe te voegen, namelijk dat het overheidsoptreden ‘tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg heeft dat de nadelige gevolgen daarvan op onevenredige wijze ten laste van een beperkt aantal betrokkenen komen’.⁴⁹ Toch zal, zelfs als aan betreffende criteria voor onrechtmatigheid is voldaan, strafvorderlijk optreden in het algemeen niet ongeoorloofd en zelfs geboden worden geacht. Dat brengt ons bij de zaken van het type Duinwater en Leffers. Het betreft overheids-optreden dat tot schade aan belangen leidt waarop de overheid bedacht was of kon zijn. Als de overheid deze schade toch toebrengt omdat een hoger belang daartoe noopt, is er in mijn optiek geen plaats voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De aanvankelijke schending van de gedragsnorm wordt immers gerechtvaardigd door het hogere belang. De leer van Bregstein, dat het hogere belang slechts een rechtvaardigingsgrond in wording is die volmaakt wordt door het aanbieden van schadevergoeding, deugt mijns inziens niet, omdat op die manier elke rechtvaardigingsgrond gedegradeerd kan worden tot een rechtvaardigingsgrond in wording.⁵⁰

De rechtspraak van de Hoge Raad gaat uit van een ruim onrechtmatigheidsbegrip, ofwel een beperkte uitleg van het begrip rechtvaardigingsgrond, waardoor geoorloofd, en zelfs geboden gedrag onrechtmatig kan zijn en tot aansprakelijkheid kan leiden.⁵¹ Om te voorkomen dat dergelijk gedrag verboden kan worden, heeft de wetgever in art. 6:168 BW een uitzondering gecreëerd voor onrechtmatig gedrag dat wegens zwaarwegende maatschappelijke omstandigheden geduld moet worden. Dit systeem heeft het mogelijk gemaakt dat de Hoge Raad – om tot aansprakelijkheid te komen – overheids-optreden als onrechtmatig is gaan kwalificeren zonder dat er sprake is van schending van een gedragsnorm. Dat staat niet alleen haaks op art. 6:162 BW, dat voorziet in een gedragstoetsing met rechtvaardigingsgronden, maar doet ook afbreuk aan de sturende functie van het onrechtmatige-daadsrecht. Daarom dient het onrechtmatigheidsbegrip weer beperkt uitgelegd te worden: alleen ongeoorloofd gedrag leidt tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, en dit gedrag kan in beginsel ook verboden worden. Uit mijn pleidooi voor één onrechtmatigheidsbegrip vloeit voort dat de aansprakelijkheidsactie ex art. 6:162 BW en de verbodsactie van art. 3:296 BW aan dezelfde rechtmatigheidstoets onderhevig zijn, zoals dat ook onder het oude recht gold.⁵² De kunstgreep van artikel 6:168 BW is daarmee overbodig geworden.⁵³

48 Cf. Van Maanen en de Lange (2006), p. 164. Het lastige is dat de OvJ moeilijk van te voren kan waarschuwen dat hij dwangmiddelen zal toepassen. Cf. HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast). Uitgebreider over waarschuwingsplichten Giesen (2006).

49 Van Ravels (2005), par. 6 heeft m.i. terecht aarzelingen bij de voorzienbaarheidseis. Die strookt namelijk niet met het *égalité*-beginsel, dat betrekking heeft op het gevolg van overheids-optreden.

50 De invloed van een schaderegeling op de onrechtmatigheid bespreek ik in par. 5.8.

51 Cf. Van Maanen en De Lange (2006), par. V.4.

52 Par. 2.3.

53 Dit komt nog uitgebreider aan de orde in par. 5.8.

Bij conflicterende rechtsplichten is de gedraging pas onrechtmatig als aan de verkeerde rechtsplicht prioriteit is gegeven. In dat geval is de dader aansprakelijk uit onrechtmatige daad, en is er geen reden om de handeling niet te verbieden. Wordt de belangaantasting daarentegen gerechtvaardigd door een ander, prevalerend belang, dan is het gedrag integraal rechtmatig. Het kan niet verboden worden, maar biedt ook geen grondslag voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Vinden wij toch dat in deze gevallen een schadeloosstelling op haar plaats is, dan zal daar een andere rechtsgrond voor gevonden moeten worden dan de onrechtmatige daad.⁵⁴

5.7 Aansprakelijkheid voor rechtmatige besluitvorming

Wat betekent dit nu voor het besluitenaansprakelijkheidsrecht? In elk geval dat de formule van Staat / Lavrijsen verlaten moet worden. Dat is voor appellabele besluiten niet zo'n grote stap. De bestuursrechter hanteert deze formule niet. Als een burger schade lijdt door een op zichzelf rechtmatig besluit, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, dan kan hij een zelfstandig verzoek doen aan het bestuur om deze schade te vergoeden.⁵⁵ De (afzonderlijke) grondslag voor de schadevergoeding is dan het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*. Op basis van dit beginsel kan het bestuur een zelfstandig schadebesluit nemen.⁵⁶

Bij appellabele besluiten komt de civiele rechter niet aan toepassing van Staat / Lavrijsen toe, omdat hij veronderstelt dat de bestuursrechter volledig op rechtmatigheid toetst, inclusief de inachtneming van het *égalité*-beginsel in het kader van de toetsing aan art. 3:4 lid 2 Awb.⁵⁷ Die veronderstelling, gebaseerd op de parlementaire geschiedenis van dit artikel en de hierna te bespreken jurisprudentie over onzelfstandige schadebesluiten, is inmiddels achterhaald, maar heeft wel het voordeel dat voor appellabele besluiten de strijd tegen Staat / Lavrijsen niet nodig meer is.⁵⁸ Het leerstuk van de formele rechtskracht, dat in hoofdstuk 8 nog uitgebreid aan de orde komt, staat vanwege deze veronderstelling aan een zelfstandige beoordeling van de civiele rechter in de weg.

Voor niet-appellabele besluiten, waartegen alleen de civiele rechter rechtsbescherming biedt, heeft het arrest Staat / Lavrijsen wel betekenis. Aanvankelijk

54 Dat laatste vinden ook Bloembergen in zijn conclusie voor HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 m.nt. CJHB, AB 1990, 251 m.nt. FHvdB (Staat / Bekkers) en in zijn annotatie bij HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem / Staat), Scheltema en Van Buuren in diverse annotaties, Scheltema & Scheltema (2003), par. 6.4.1, Van Maanen (2002), par. 2.2, Van der Does en Sniijders (2001), nr. 51. De uitwerking van dit standpunt volgt vanaf par. 5.9.

55 Zie reeds ABRvS 9 juni 2003, AB 2004, 6 m.nt. FM, BR 2004, p. 686 m.nt. BPMvR (aanwijzing SBZ Eilandspolder) en explicieter ABRvS 14 juli 2004, AB 2005, 214 m.nt. CMB (verkeersbesluit Haarlem), ABRvS 29 september 2004, AB 2005, 46 m.nt. K.J. de Graaf (verkeersbesluit Enschede).

56 Par. 5.1. Dat de bestuursrechter gevolg en niet gedrag centraal stelt, blijkt ook uit het feit dat bij *nova* alsnog of opnieuw om nadeelcompensatie kan worden verzocht. Cf. Schueler (2005), p. 226 en ABRvS 26 september 2001, BR 2002, p. 797 m.nt. BPMvR (Nunspeet).

57 HR 6 december 2002, NJ 2003, 616 m.nt. MS, AB 2004, 17 m.nt. PvB (Pannenkoekenhuis De Kabouter).

58 Zie Schueler (2005), par. 8.5.

baseerde de Hoge Raad aansprakelijkheid voor ‘rechtmatige overheidsregelgeving’ op het niet-treffen van een schaderegeling, maar in het *Harrida*-arrest heeft hij zich ook voor deze categorie van de *Lavrijsen*-formule bediend.⁵⁹ Niet het achterwege laten van een schaderegeling, maar het toebrengen van schade die buiten het normale maatschappelijk risico valt zelf is onrechtmatig.⁶⁰ Dat de Hoge Raad de aansprakelijkheid voor schade aan onbekende belangen (*Lavrijsen*) en bekende belangen (*Harrida*) op dezelfde wijze fundeert, maakt duidelijk dat hij deze aansprakelijkheid niet langer op een gedragstoetsing baseert, maar koppelt aan de gevolgen van dat gedrag. Betreft het buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende gevolgen, dan verplicht het *égalité*-beginsel tot schadeloosstelling. De overheid is risico-aansprakelijk voor onevenredige schade.

Mijn conclusie is, dat de bestuursrechter en de civiele rechter beiden het *égalité*-beginsel als zelfstandige grondslag voor besluitenaansprakelijkheid hebben aanvaard. Weliswaar formuleert de Hoge Raad in het *Harrida*-arrest het *égalité*-beginsel als een regel waarvan schending een onrechtmatige daad oplevert, maar omdat deze regel geen gedragsnorm is, construeert hij in feite een aansprakelijkheid buiten de onrechtmatige daad. Daarmee is de rechtspraak van de beide rechters materieel gesproken over de hele linie geharmoniseerd. Het is slechts wachten tot de Hoge Raad dit ook zo uitspreekt en ophoudt met verhullend argumenteren.⁶¹

5.8 Voortse stroom exit?

Moet de Voortse-Stroomconstructie nu naar de mestvaalt van de rechtsgeschiedenis worden verwezen?⁶² Dat zou niet alleen een definitief afscheid zijn van de *Leffers*-doctrine van de civiele rechter, maar ook van *Paul-Krugerbrug*doctrine van de bestuursrechter. De Afdeling oordeelde dat het verlenen van een vergunning voor een niet-beweegbare brug ongeoorloofd was zonder een passende schadeloosstelling voor de getroffen scheepswerf *De Liesbosch* en vernietigde de vergunning.⁶³ Het gaat hier om gevallen waarin het nemen van een besluit onrechtmatig is, tenzij tegelijkertijd in een afdoende schadeloosstelling wordt voorzien (een onzelfstandig schadebesluit). Mijn hiervoor weergegeven opvattingen sluiten

59 HR 20 juni 2003, NJ 2005, 189, AB 2004, 84 m.nt. PvB, JB 2003/223 m.nt. GEvM (Staat/*Harrida*). Aansprakelijkheid vanwege het achterwege laten van een schaderegeling vindt men in HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB onder nr. 639 (*Leffers*/Staat), HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 231 m.nt. MS (*Krijco*/*Hilversum*), HR 18 april 1997, NJ 1997, 456 (*De Waal*/Staat) en HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 m.nt. TK (*Meiland*/Staat).

60 Volgens AG Spier (Staat/*Harrida*, alinea 3.1.2) berust het onderscheid tussen beide op een te microscopische lezing van de eerdere jurisprudentie. Het onderscheid is echter wezenlijk, omdat er een verschuiving plaatsvindt van gedragstoetsing naar gevolgttoetsing, en dus van onrechtmatige daad naar risico-aansprakelijkheid.

61 Asser-Vranken, Algemeen deel, *vervolg*, hfdst. III.

62 Van Maanen (2002), p. 42.

63 ARRvS 22 november 1983, AB 1984, 154 m.nt. JHWdP, AB klassiek (2003), nr. 15 (*Paul Krugerbrug* II). In de *Paul-Krugerbrug*uitspraken overigens, ging de discussie alleen maar over de omvang van de nadeelscompensatie. De Afdeling vernietigde aanvankelijk de vergunning omdat terzake onvoldoende duidelijkheid bestond. Dat duidt veeleer op een schending van het rechtszekerheidsbeginsel, waarover aan het eind van deze paragraaf meer.

deze constructie niet uit, zij het dat zij betrekking heeft op een ander leerstuk dan de 'rechtmatige overheidsdaad'.

De gegrondverklaring van het beroep in dit soort gevallen is in mijn optiek alleen te verklaren door aan te nemen, dat de belangen aantasting niet gerechtvaardigd wordt door het doel van het besluit. De verlening van de vergunning is dan ongeoorloofd, omdat zij de evenredigheidsstoets van artikel 3:4 lid 2 Awb niet doorstaat.⁶⁴ In die situatie is het denkbaar dat het bestuur een verbodsactie (wat bij besluiten neerkomt op vernietiging, onverbindendverklaring of buiten toepassing laten) afwendt door zodanig aan de belangen van de benadeelde tegemoet te komen, dat deze niet langer prevaleren.⁶⁵

Dit geldt overigens niet alleen in het overheidsaansprakelijkheidsrecht, maar ook in verhoudingen tussen burgers onderling. Wie een activiteit wil ondernemen, maar daarin wordt belemmerd door te respecteren belangen van ander, kan de ongeoorloofdheid van die activiteit onder omstandigheden wegnemen door aan de belangen van die ander tegemoet te komen.⁶⁶ Die redenering is niet gelijk aan de gewraakte 'omdat u mijn schade niet vergoedt handelt u onrechtmatig'. Het gaat erom of *vooraf* zodanig aan de belangen van de benadeelde tegemoet wordt gekomen, dat deze zich in redelijkheid niet meer mag verzetten tegen de schadetoebrengende activiteit.⁶⁷ Vaak zal het voor de dader mogelijk zijn om aan de belangen van de benadeelde tegemoet te komen door zelf maatregelen te treffen, maar soms is daar de medewerking van de benadeelde voor nodig. Gedacht kan worden aan een fabriek die teveel geluid produceert, zodanig dat de wettelijke geluidsniveaus in omliggende woningen worden overschreden. Als een geluidsstudie uitwijst dat het treffen van bronmaatregelen (geluidsdempers) en overdrachtsmaatregelen (geluidsschermen) niet mogelijk is, biedt de fabriek de eigenaars van de woningen aan om dubbel glas te plaatsen.⁶⁸ Denkbaar is nu, dat de weigering van een onwonende om daaraan mee te werken dusdanig onredelijk is, dat hij daarmee zijn rechten verliest om uit onrechtmatige daad tegen de fabriek te ageren. Deze redenering is te beschouwen als een uitwerking van de regeling van misbruik van bevoegdheid, die is opgenomen in art. 3:13 BW. Misbruik van bevoegdheid wordt niet snel aangenomen, en dat lijkt mij in het onderhavige geval ook terecht.

64 Schueller (2002), p. 120 maakt een vergelijkbaar onderscheid, en duidt de doel-middelstoets van artikel 3:4 lid 2 Awb aan als de beperkte proportionaliteitstoets. Dat dit in de tweede Paul-Krugerbruguitspraak niet goed naar voren komt, is omdat de gemeente zelf al had besloten om compensatie aan te bieden, zij het te weinig.

65 De rechtspraak van het EHRM over art. 1 EP EVRM suggereert dat een inbreuk op een eigendomsrecht altijd disproportioneel is zonder voorafgaande schadeloosstelling. Zie hierover Barkhuysen en Van Emmerik (2005).

66 Dat zou m.i. ook een veel elegantere oplossing opleveren dan die in HR 3 april 1987, NJ 1987, 703 m.nt. G. (Nomij / Van den Heuvel), waar de Hoge Raad de doorgang van normale bouwactiviteiten als een zwaarwegend maatschappelijk belang betitelde om de afwijzing van een verbodsvordering ter zake van onrechtmatige hinder (onttrekken van winkels aan het zicht) te billijken. Vreemd in de redenering van de Hoge Raad is dat de individuele bouwer moet opdraaien voor de schade ten gevolge van activiteiten die kennelijk een zwaarwegend maatschappelijk belang vertegenwoordigen. Vond de Hoge Raad niet gewoon het individuele belang van de bouwer prevaleren?

67 Aldus redeneerde de Hoge Raad al in Voortse Stroom VII, zie Van Maanen (2002), p. 29. Het onderscheid tussen vooraf en achteraf compenseren maakt ook Van Ravels (2004).

68 Laten we ervan uitgaan dat het flats zijn, zodat geluidsoverlast buiten de woning geen rol speelt.

Uitgangspunt blijft immers, dat de fabriek zich aan de geldende geluidsnormen heeft te houden. Dat betekent dat hij zich niet al te snel aan zijn verplichtingen moet kunnen onttrekken met de stelling dat hij aangeboden heeft aan de belangen van benadeelden tegemoet te komen. Onrecht mag niet te snel afkoopbaar zijn.⁶⁹ Een tegemoetkoming kan geschieden in de vorm van geld, maar als het nadeel niet zuiver financieel is, ligt dat niet direct voor de hand. De genoemde fabriek die onrechtmatige geluidhinder produceert, kan die onrechtmatigheid in beginsel niet wegnemen door financiële compensatie aan te bieden, omdat daarmee niet aan het geschade belang van de benadeelden (een behoorlijk woonklimaat) wordt tegemoetgekomen. Extra terughoudendheid is dus geboden bij het verdisconteren van een aanbod tot financiële compensatie bij de toetsing van een actie uit onrechtmatige daad. Niet snel zal van iemand verwacht mogen worden dat hij een op zichzelf verboden gedraging moet dulden, omdat hij financieel gecompenseerd wordt. Dan zal de dader met andere maatregelen aan zijn belangen tegemoet moeten komen.⁷⁰ Wanneer echter het dreigende nadeel zuiver financieel van aard is, zal de weigering van een aanbod tot financiële compensatie eerder onredelijk zijn.

De Voortse-Stroomconstructie biedt dus, mits behoedzaam toegepast, een mogelijkheid om de uitkomst van een belangenafweging te laten kantelen in het voordeel van de dader. De jurisprudentie vanaf het Leffers-arrest daarentegen, geeft voornamelijk voorbeelden waar de constructie is toegepast in een situatie waar zij niet voor is bedoeld. Wordt een besluit genomen of een maatregel uitgevaardigd ter voldoening aan een maatschappelijke plicht, zoals de onmiddellijke bescherming van de volksgezondheid of de landbouw, dan zal die plicht een rechtvaardigingsgrond vormen voor het toebrengen van schade, zelfs als deze het normale maatschappelijk risico overstijgt. De bevoegdheidsuitoefening kan dan niet verboden worden en een eventuele schadeloosstelling staat in dat geval los van de rechtmatigheid van die bevoegdheidsuitoefening.⁷¹ Rechtvaardigt het algemeen belang een *a priori* onrechtmatige schending van de belangen van de benadeelde niet, dan zou een verbodsvordering in beginsel moeten slagen. Alleen in dat geval kan de afwijking van een verbod afhankelijk zijn van een financiële tegemoetkoming, mits daarmee afdoende aan de belangen van de benadeelde tegemoet wordt gekomen. De Voortse-Stroomzaak zelf zou daarvan een voorbeeld kunnen zijn (de gemeente had daar diverse alternatieven voor de afvoer van het afvalwater), zij het dat de vraag rijst of de benadeelden onredelijk zouden handelen als zij een aanbod tot financiële compensatie zouden weigeren. Geld lost stank immers niet op. De Hoge Raad dacht daar indertijd kennelijk anders over. Met het Hof achtte hij het mogelijk dat de gemeente door het aanbieden van schadevergoeding omwo-

69 Het spiegelbeeld geeft HR 2 mei 1930, NJ 1930, p. 929 m.nt. PS (Heimans / Wallicht & Matthes).

70 Zo lees ik ook het Aalscholvers-arrest, HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 m.nt. CJHB. De stelling van Van Maanen (2002), p. 34, dat het creëren en instandhouden van de Oostvaardersplassen ‘natuurlijk’ niet onrechtmatig is lijkt mij te kort door de bocht. Wie vogels aantrekt, dient zich rekenschap te geven van de nadelige gevolgen voor anderen, zeker als die anderen ter plaatse al aanwezig waren. In Vermeulen / Lekkerkerker, HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278, m.nt. GJS, was dat al niet anders.

71 Zo ook Schueler (2002), p. 122 over de Amsterdamse Noord-Zuidlijn.

nenden zou kunnen dwingen mee te werken aan de voor de gemeente meest rendabele oplossing.

Mijn opvatting, dat de Voortse-stroomconstructie in het Leffers-arrest ten onrechte is toegepast, heeft consequenties voor art. 6:168 BW. Het artikel bepaalt dat de rechter een verbodsvordering kan afwijzen als de betreffende onrechtmatige gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. Anticiperend op dit artikel wees de Hoge Raad de verbodsvordering van Leffers inzake de uitvoering van het swill-verbod af. In mijn opvatting is het artikel in die context overbodig: als gedrag behoort te worden geduld, dan is dat gedrag geoorloofd (in casu: geboden) en dus niet onrechtmatig.⁷² Het criterium van de 'zwaarwegende maatschappelijke belangen' duidt inderdaad op de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond: het betrokken belang is zodanig groot, dat het overheidsoptreden geoorloofd en zelfs geboden is. Een schadeloosstelling kan dan niet gebaseerd worden op onrechtmatige daad.

Meijers zag dat ook zo. De voorloper van artikel 6:168 BW is afkomstig uit boek 5 van zijn ontwerp.⁷³ Volgens artikel 5.1.2 lid 2 was rechtmatig – in lijn met hetgeen ik hier betoog – het toebrengen van hinder, die volgens lid 1 onrechtmatig zou zijn maar in het algemeen belang geduld moest worden. Het artikel voorzag voor dergelijke gevallen in een compensatieverplichting, die de toelichting aanduidt als een specifieke, wettelijke grondslag voor schadevergoeding bij rechtmatige daad.⁷⁴ Pas in 1977 is deze bepaling naar boek 6 overgebracht, waarbij de rechtmatige daad zonder verdere plichtplegingen werd getransformeerd tot een onrechtmatige daad, die onder omstandigheden niet verboden behoeft te worden.⁷⁵ Die transformatie is in mijn ogen een verslechtering, omdat een gedraging die niet verboden kan worden en dus geoorloofd is, rechtmatig is.⁷⁶

Omdat artikel 6:168 BW is geënt op de zojuist beschreven Voortse-Stroomconstructie, hoeft het niet geheel verworpen te worden. In titel 6.3 hoort het echter niet thuis. Het artikel richt zich tot de rechter en zou daarom in gewijzigde vorm opgenomen kunnen worden in titel 3.11, rechtsvorderingen. Gedacht kan worden aan een nieuw lid 2 in art. 3:296 BW:

'De veroordeling van het eerste lid wordt niet uitgesproken, indien de gerechtigde misbruik van zijn bevoegdheid maakt door de vordering van het eerste lid in te stellen gelet op het aanbod van gedaagde om aan de belangen van de gerechtigde tegemoet te komen. De rechter kan aan de

72 Bloembergen (1992) meent dat een uitzondering gemaakt kan worden voor 'misbruik van recht', maar daarin voorzien de art. 3:296 BW jo. 3:13 BW, die ik zodadelijk bespreek.

73 Art. 5.1.2. Zie Ontwerp Meijers tekst p. 187 en toelichting p. 382-385.

74 Wellicht geïnspireerd door de Belgische cassatierechter, die deze burendrechtelijke aansprakelijkheid sinds 1960 op 'rechtmatige daad' baseert, aldus Hoop (NTBR 2005).

75 Zie hierover ook Asser-Hartkamp 4-III, nrs. 67 en 119 en Schutgens (2004), p. 34-36.

76 De wordingsgeschiedenis art. 6:168 BW geeft overigens wel steun aan de opvatting van de Hoge Raad, dat de wetgever aansprakelijkheid voor rechtmatige daden uiteindelijk niet heeft aanvaard. Gezien de ontwikkeling in de rechtspraak is dat kop-in-het-zand-politiek gebleken.

afwijzing van de vordering van de gerechtigde de verplichting tot zekerheidsstelling door de gedaagde verbinden.⁷⁷

Deze bepaling is naar mijn oordeel, anders dan art. 6:168 BW, een juiste codificatie van de gedachten die ten grondslag liggen aan de Voortse-Stroomconstructie. Strikt noodzakelijk is zij overigens niet, omdat de strekking ervan al voortvloeit uit het huidige artikel 3:296 BW, gelezen in samenhang met artikel 3:13 BW.

Denkbaar is ten slotte dat het bestuur onrechtmatig handelt door bij het nemen van een besluit niet vooraf in een schaderegeling te voorzien, opdat de onzekerheid van de benadeelden over de effectuering van hun aanspraken op grond van het *égalité*-beginsel wordt verminderd. De onrechtmatigheid is dan echter niet gelegen in het feit dat niet tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de benadeelden, maar in het feit dat zij onnodig in onzekerheid worden gelaten omtrent hun aanspraken, die voortvloeien uit het *égalité*-beginsel. De onrechtmatigheid vloeit dan voort uit een schending van het rechtszekerheidsbeginsel.⁷⁸ Het is die schending die een eventueel verbod rechtvaardigt, en de geleden schade is niet zozeer hetgeen de benadeelden op grond van het *égalité*-beginsel toekomt, maar de schade die geleden wordt door vertragingen in en onzekerheden omtrent de uiteringen op grond van dat beginsel. Deze situatie zal zich nauwelijks voordoen in gevallen waarbij er reeds een wettelijke nadeelcompensatieregeling bestaat. Dat is een argument om het *égalité*-beginsel waar mogelijk uit te werken in wettelijke compensatieregelingen.⁷⁹

Mijn conclusie is, dat de Voortse-Stroomconstructie eigenlijk weinig te maken heeft met het leerstuk van de 'rechtmatige overheidsdaad'. Eerder is zij onder te brengen in het leerstuk van misbruik van bevoegdheid aan de zijde van de benadeelde. Het gaat om situaties waarin de belangen van de benadeelde op onrechtmatige wijze dreigen te worden geschaad, maar hij apert onredelijk zou handelen als hij, in plaats van het aanbod tot compensatie te aanvaarden, een verbod van de schadetoebrengende handeling zou eisen. Is schadetoebrengend overheidsoptreden echter geboden met het oog op hogere belangen dan is er geen plaats voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Het niet-vaststellen van een schaderegeling (een nadeelcompensatieregeling) zou dan hooguit onrechtmatig kunnen zijn, omdat aan de rechtszekerheid van de benadeelden onnodig afbreuk wordt gedaan. Wettelijke regelingen voor nadeelcompensatie als uitwerking van het *égalité*-beginsel zouden aan die rechtszekerheid aanzienlijk kunnen bijdragen. In de

77 Lid 2 dient vervolgens vernummerd te worden tot lid 3. Door plaatsing in titel 3.11 biedt de bepaling ook een oplossing voor vergelijkbare impasses in het contractenrecht.

78 De meeste onzuiver-schadebesluitprocedures gaan dan ook niet om de vraag óf nadeelcompensatie vereist is, maar of de door het bestuur op eigen initiatief getroffen compensatieregeling afdoende aan de belangen van de benadeelde tegemoet komt.

79 Bij ernstige ingrepen, zoals onteigening, kan de wet voorzien in de verplichting om vooraf of gelijktijdig schadeloos te stellen. Op grond van art. 1 EP EVRM bestaat deze verplichting mogelijk ook voor andere eigendomsinbreuken. Zie Barkhuysen & Van Emmerik (O&A 2002) en (2005).

volgende paragrafen zal blijken dat er nog meer argumenten pleiten voor codificatie van nadeelcompensatierecht.

5.9 Égalité en Quint / Te Poel

Nu de Voortse-stroomconstructie weliswaar nuttig is gebleken, maar niet specifiek voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht, is het hele veld te overzien. Het blijkt dat zowel de bestuursrechter als de civiele rechter in feite twee criteria hanteren ter bepaling van de aansprakelijkheid van de overheid.

Het eerste criterium is de klassieke gedragstoetsing in het kader van de onrechtmatige daad: levert het overheidsoptreden toerekenbaar een inbreuk op een subjectief recht, of een schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht op, zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, dan is de overheid aansprakelijk uit onrechtmatige daad. Dit is een wettelijke schuldaansprakelijkheid.⁸⁰

Het tweede criterium is de gevolgtuetsing op basis van het *égalité*-beginsel: resulteert het overheidsoptreden in buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende schade, dan komt die schade om die reden voor vergoeding in aanmerking. Dit is een buitenwettelijke risicoaansprakelijkheid.

In hoeverre nu, verzet art. 6:1 BW zich tegen de aanvaarding van een verbintenis op grond van het *égalité*-beginsel, nu deze niet uit de wet voortvloeit? Met de Scheltema's kan men betogen dat er geen sprake is van een inbreuk op het gesloten stelsel van verbintenissen, omdat het *égalité*-beginsel niet een buitenwettelijke privaatrechtelijke, maar publiekrechtelijke verbintenis creëert.⁸¹ De gedachte dat overheidsaansprakelijkheidsrecht in verticale verhoudingen geen privaatrecht maar publiekrecht is, spreekt wellicht aan. Hij mag echter geen vrijbrief zijn om alle verworvenheden en waarborgen van het privaatrecht zonder omhaal aan de kant te zetten. Niet voor niets is het – door mij onderschreven – uitgangspunt van de beide Scheltema's, dat onnodige verschillen tussen bestuursrecht en privaatrecht moeten worden voorkomen. Ook de aanvaarding van een buitenwettelijke *publiekrechtelijke* verbintenis⁸² op basis van het *égalité*-beginsel behoeft dus een stevige onderbouwing, zodanig:

dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wet in de wet geregelde gevallen.⁸³

⁸⁰ Eigenlijk dus: toerekenbaar-gedragsaansprakelijkheid. In de visie van de Scheltema's is het een buitenwettelijke, want in het bestuursrecht niet-gecodificeerde aansprakelijkheid. Zie par. 3.1.

⁸¹ Scheltema & Scheltema (2002), par. 3.1.

⁸² Het gaat hier om een eenzijdige verbintenis van de overheid jegens de burger. Eenzijdige publiekrechtelijke verbintenissen jegens de overheid behoeven zonder meer een grondslag in de wet op grond van het legaliteitsbeginsel.

⁸³ HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. D.J. Veegens (Quint / Te Poel).

Het meest voor de hand liggende argument is, dat de wetgever al in tal van bijzondere wetten regelingen een compensatieplicht voor rechtmatig overheidsoptreden heeft opgenomen. Men zou kunnen aannemen dat die regelingen specifieke codificaties zijn van het *égalité*-beginsel, dat algemene gelding heeft. Dit is echter niet het geval: diverse wettelijke nadeelcompensatieregelingen kennen een ander motief, zoals bijvoorbeeld art. 49 WRO (rechtszekerheid) en de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen (solidariteit).⁸⁴ Bovendien kan men uit de aanwezigheid van specifieke wettelijke nadeelcompensatieregelingen evengoed concluderen dat de wetgever een algemene grondslag nu juist niet heeft gewenst.

Aansluiting bij de in het burgerlijk wetboek geregelde aansprakelijkheden is evenmin eenvoudig. Weliswaar ligt aan de risico-aansprakelijkheden van afd. 6.3.2 BW geen onrechtmatig gedrag ten grondslag, maar zij liggen wel in het verlengde van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Telkens staat het tekortschieten van een ander, een zaak of een dier centraal en het bestaan van een rechtvaardigingsgrond heft die risico-aansprakelijkheid op.⁸⁵ De aansprakelijkheid uit 'rechtmatige overheidsdaad' gaat verder, omdat zij niet gekoppeld is aan onrechtmatig gedrag of een tekortschieten anderszins, maar aan de positie van de benadeelde, die ten opzichte van anderen onevenredig zwaar wordt getroffen. Een dergelijke risico-aansprakelijkheid kent ons burgerlijk recht niet.

Dogmatisch is de aanvaarding van het *égalité*-beginsel als *algemene* aansprakelijkheidsgrond binnen het stelsel van de wet dus nauwelijks te beargumenteren.⁸⁶ Dat neemt niet weg dat rechtspraak en literatuur het *égalité*-beginsel inmiddels wel als algemene grondslag voor overheidsaansprakelijkheid hebben aanvaard, al formuleert de civiele rechter die aansprakelijkheid nog in termen van de onrechtmatige daad.⁸⁷ Aanvaarding van het *égalité*-beginsel als een grondslag voor buitenwettelijke risicoaansprakelijkheid sluit bovendien goed aan bij de in de rechtspraak aanvaarde toerekening van onrechtmatige besluitvorming aan de overheid krachtens verkeersopvattingen (de spreidingsgedachte).⁸⁸ Uiteengezet is al dat de toerekening krachtens verkeersopvattingen een vloeiende overgang bewerkstelligt tussen de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en risicoaansprakelijkheden.⁸⁹ Als men aanvaardt dat het *égalité*-beginsel aan de basis staat van een risicoaansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaden, dan is beter te begrijpen dat de aan dit beginsel verwante spreidingsgedachte de toerekening van onrechtmatige

84 Zie hierover Van Ravels (2002), par. 2.3, die de WTS daarom niet als nadeelcompensatieregeling beschouwt. Van Maanen (2002), par. 2.7 ziet solidariteit juist als een betere legitimering voor nadeelcompensatie dan het *égalité*-beginsel.

85 Zie hierover par. 2.7.

86 Van Maanen (2002), par. 2.3 ziet die ruimte wel. Datzelfde geldt voor van Buuren (AB klassiek 2003, nr. 25) en Tjittes (1996), par. 2.2. Bloembergen (1992) en De Wijkerslooth ook, maar alleen in concrete gevallen. Dat laatste sluit mijn argumentatie ook niet uit.

87 Deze aanvaarding is geïnspireerd door het Franse recht. Vide reeds Van den Bergh (RMTh 1951) en C.A.J.M. Kortmann (1971). Verheij (O&A 2002) toont overtuigend aan dat alleen dit beginsel in de huidige stand van zaken als een algemene grondslag kan dienen.

88 Sterker: het *égalité*-beginsel en haar uitwerking kan de wel erg algemene spreidingsgedachte begrenzen.

89 Par. 3.4.

overheidsbesluiten krachtens verkeersopvattingen draagt. Het beginsel legt zo een verbinding tussen de overheidsaansprakelijkheid voor rechtmatige en onrechtmatige besluiten.⁹⁰

Dat de rechtspraak over de hele linie het *égalité*-beginsel als een ongeschreven bron van verbintenissen aanvaardt, dat dit goed aansluit op de toerekening naar verkeersopvattingen bij vernietigde besluiten en dat de resultaten van die rechtspraak in het algemeen als billijk worden aanvaard, doet er niet aan af dat de inpassing van dit beginsel in ons gecodificeerde aansprakelijkheidsrecht niet evident is. Een codificatie ontbreekt en art. 6:1 BW biedt mijns inziens onvoldoende ruimte om de *égalité*-verbintenis op basis van ongeschreven recht in algemene zin te aanvaarden. Dat probleem doet zich ook voor als men het ongeschreven bestuursrecht als de bron van dit type verbintenissen beschouwt, omdat dit ongeschreven bestuursrecht evenmin een vrijbrief biedt voor de aanvaarding van nieuwe bronnen van verbintenissen.⁹¹ De rechtszekerheid die ten grondslag ligt aan artikel 6:1 BW is in het overheidsaansprakelijkheidsrecht niet minder belangrijk. Naar mijn oordeel is het dan ook wenselijk dat de wetgever op korte termijn tot een codificatie komt van de hier besproken rechtspraak.⁹² De diverse nadeelcompensatieregelingen bieden daar voldoende inspiratie voor.⁹³ Hoewel ik hierna codificatie op deelterreinen zal bepleiten, heeft ook een algemene regeling tenmiste het voordeel van een expliciete keuze van de wetgever die duidelijkheid brengt omtrent de stand van het positieve recht.

Zolang de wetgever niet ingrijpt, zal de rechter zijn taken moeten waarnemen, waarbij zijn streven moet zijn zo min mogelijk afbreuk te doen aan de strekking van art. 6:1 BW. De lastigste vraag waarvoor hij zich gesteld ziet, is hoe bepaald moet worden of schade gerekend kan worden tot iemands normale maatschappelijk risico.⁹⁴ Het gaat mij er niet om, de precieze criteria te vinden aan de hand waarvan deze vraag beantwoord kan worden.⁹⁵ In het kader van dit boek is van belang hoe de aansprakelijkheden voor onrechtmatige en rechtmatige besluitvorming zich verhouden. Als vertrekpunt neem ik weer de aansprakelijkheid in privaatrechtelijke, horizontale verhoudingen (par. 5.10). Van daar uit benader ik de aansprakelijkheid van de overheid in publiekrechtelijke, verticale verhoudingen. Ik doe dit voor twee rechtsgebieden waarin nadeelcompensatie een grote rol speelt, namelijk het handhavingsrecht (par. 5.11), het ordeningsrecht (par. 5.12 en 5.13) en vergelijk deze met een rechtsgebied waarin nadeelcompensatie nauwe-

90 Het ligt dan ook voor de hand om deze toerekeningsleer uit te breiden tot alle rechtsverhoudingen waarin het *égalité*-beginsel een rol speelt.

91 Voor deze materieelrechtelijke kant van de Afdelingsuitspraak inzake Van Vlodrop is destijds echter nauwelijks aandacht geweest.

92 Gelukkig tref ik Verheij (O&A 2002) aan mijn zijde. Nu zijn minister nog.

93 Van Ravels (2002) neemt eenvoudigweg de Regeling nadeelscompensatie Verkeer en Waterstaat als vertrekpunt van zijn betoog. Dat zou toch eigenlijk de wet moeten zijn.

94 De *anormalité* van de last. De *specialité* als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel komt in dat verband ook aan de orde. Uitgebreid hierover Tjepkema (O&A 2004).

95 M.K.G. Tjepkema bereidt over dit onderwerp een dissertatie voor. Zie voorts: Van Ravels (2002) en (2005), Verheij (O&A 2002) en HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 m.nt. JBMV, AB, JA 2004/14 m.nt. WHvdB (Staat / H.)

lijks een rol speelt: het verdelende recht (par. 5.14). Op basis daarvan kom ik tot conclusies met een algemenere strekking (par. 5.15). Na een laatste tegenwerping (par. 6.16) volgt een samenvatting van mijn bevindingen (par. 5.17).

5.10 Uitwerking voor het privaatrecht

In paragraaf 6.6 bepleitte ik een zuivering van de onrechtmatige daad door gedrag slechts als onrechtmatig te kwalificeren als er sprake is van schending van een gedragsnorm. Gedrag dat schade veroorzaakt maar vanwege een hoger belang toch geoorloofd of zelfs geboden wordt geacht, is dan niet onrechtmatig, zelfs niet als de schade voorzienbaar is. Binnen het systeem van art. 6:162 lid 2 BW kan men dit resultaat – rechtmatig gedrag – langs twee wegen bereiken, namelijk door afwezigheid van de schending van een rechtsplicht of door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.⁹⁶ Ik bespreek dit onderscheid eerst voor normale privaatrechtelijke verhoudingen, om de daaruit voortvloeiende inzichten toe te passen op het overheidsaansprakelijkheidsrecht.

De aansprakelijkheid uit ‘rechtmatige daad’ baseert de Hoge Raad op schending van ongeschreven recht, de schending van een zorgvuldigheidsnorm. De inhoud van een zorgvuldigheidsnorm wordt doorgaans bepaald door een afweging van de – bij het genormeerde gedrag – betrokken belangen.⁹⁷ Gedrag zal in veel gevallen wettelijk gereguleerd zijn en, voor zover het binnen die kaders blijft, het resultaat zijn van een abstracte belangenafweging door de wetgever. Binnen deze kaders zullen de met het met het gedrag te dienen belangen moeten worden afgewogen tegen de op te offeren belangen van derden. Men kan nu redeneren dat als het te behartigen belang prevaleert, het gedrag rechtmatig is omdat er geen zorgvuldigheidsnorm is geschonden.⁹⁸ Die uitkomst is ook te bereiken door het te behartigen belang te beschouwen als een rechtvaardigingsgrond voor aanvankelijk onrechtmatig handelen. Bestaat de onrechtmatigheid uit de schending van een wettelijke plicht of de inbreuk op een subjectief recht, dan is die redenering zelfs de enig mogelijke.⁹⁹ De abstracte belangenafweging die besloten ligt in de wettelijke plicht of de bescherming van het subjectieve recht, moet dan wijken voor de behartiging van een concreet, hoger belang. Het privaatrecht duidt deze situatie wel aan als noodtoestand. Buiten de gevallen van de rechtsinbreuk of de schending van een wettelijke norm is het lastiger uit te maken welke van de twee redeneringen de juiste is. Immers, betekent de aanwezigheid van het hogere belang dat er geen zorgvuldigheidsnorm is geschonden, of rechtvaardigt zij de aanvankelijke

⁹⁶ Het onderscheid vertoont een parallel met de controverse tussen de voor- en tegenstanders van de leer Smits.

⁹⁷ Asser-Hartkamp 4-III, nrs. 43 en 51g. In deze betekenis zal ik de term zorgvuldigheidsnorm hanteren.

⁹⁸ Voor overheidsbesluitvorming is deze toets opgenomen in art. 3:4 lid 2 Awb. Denkbaar is het aanbieden van een schadeloosstelling van invloed is op de uitkomst van de belangenafweging. Die mogelijkheid besprak ik in par. 6.8.

⁹⁹ Bij de wettelijke plicht kan gedacht worden aan het hinderartikel 5:37 BW, en bij de inbreuk op een subjectief recht aan het betreden van de wei van de landheer om het vee van de pachter te redden.

schending van een zorgvuldigheidnorm? Deze vraag kan beantwoord worden door aansluiting te zoeken bij de gevallen waarin de onrechtmatigheid bestaat uit rechtsinbreuk of wetsschending. De plicht tot behartiging van het hogere belang kan alleen dan een rechtvaardigingsgrond opleveren, als dat belang niet is verdisconteerd in de abstracte afweging die geleid heeft tot de wettelijke norm of de bescherming van het subjectieve recht. Net als een geschreven norm is een ongeschreven zorgvuldigheidnorm het resultaat van een afweging in abstracto: hij heeft betrekking op 'normale' gevallen, ook al is de grens tussen normaal en abnormaal minder goed waarneembaar dan bij een geschreven norm.¹⁰⁰ Ook in het geval van ongeschreven normen kan alleen de plicht tot behartiging van een belang die niet in de ongeschreven norm is verdisconteerd een rechtvaardigingsgrond opleveren. Pas dan is er sprake van noodtoestand.

De inhoud van een ongeschreven zorgvuldigheidnorm wordt dus bepaald door in abstracto de bij het genormeerde gedrag betrokken belangen vast te stellen en deze vervolgens af te wegen, voor zover deze niet reeds zijn afgewogen in het toepasselijke wettelijke kader. Vervolgens kan het concrete, te beoordelen gedrag, aan deze zorgvuldigheidnorm worden getoetst.¹⁰¹ Is de uitkomst van deze toetsing dat de zorgvuldigheidnorm is geschonden, dan kan deze schending gerechtvaardigd worden door een bijzonder belang, als dat niet reeds is verdisconteerd in het toepasselijke wettelijke kader of de toepasselijke ongeschreven zorgvuldigheidnorm. Een dergelijk belang levert dan een geschreven of ongeschreven rechtvaardigingsgrond op.

Er is nu een parallel te trekken tussen de aansprakelijkheid voor 'rechtmatige overheidsdaad' en de vergoedingsplicht bij noodtoestand, als men de plicht van de overheid tot het dienen van het hogere, algemene belang beschouwt als een rechtvaardigingsgrond voor op zichzelf onrechtmatig overheidsoptreden.

In het privaatrecht wordt aangenomen dat het handelen in noodtoestand weliswaar rechtmatig is, maar dat de gevolgen van dit handelen niet zonder meer voor rekening van het slachtoffer moeten blijven.¹⁰² De gedachte is kennelijk dat wat het slachtoffer onder normale omstandigheden niet hoeft te dulden, niet geheel voor zijn rekening behoeft te blijven vanwege een omstandigheid (het hogere belang dat de noodtoestand oplevert) die hem verder niet aangaat. Dit is met name duidelijk wanneer het gaat om de inbreuk op een subjectief recht of de strijd met een wettelijke plicht. Bekend zijn de voorbeelden van de uitsmijter die bij het uiteenjagen van relschoppers een (al dan niet onschuldige) omstander raakt met een ijzeren staaf, of de verduistering van tapijten ten behoeve van onderduikers.¹⁰³ Het in

100 Die algemeenheid is constitutief: anders is er geen sprake meer van een norm. Zie hierover Sieburgh (2000) par. 5.6.2.

101 Denkbaar is dat in de zorgvuldigheidnorm ook voor de dader niet-kenbare belangen zijn verdisconteerd, bijvoorbeeld wanneer deze norm voortvloeit uit het gewoonterecht of een protocol. De ongeschreven norm heeft dan het karakter van een geschreven norm. In dat geval zal vastgesteld moeten worden of de dader met de norm zelf bekend was of behoorde te zijn. Anders kan er sprake zijn van een schulduitsluitingsgrond. In het overheidsaansprakelijkheidsrecht zal deze situatie zich niet snel voordoen.

102 Asser-Hartkamp, 4-III nr. 60.

103 Sieburgh (TPR 2003), p. 667-681.

beginsel onrechtmatige gedrag wordt gerechtvaardigd door de hogere plicht om het mikpunt van de reldshoppers respectievelijk de onderduikers te helpen (aangenomen dat er geen betere manier was om hun belangen te behartigen).¹⁰⁴ Volgens het huidige BW moet nu aan de hand van het beginsel van ongerechtvaardigde verrijking worden uitgemaakt in hoeverre in deze gevallen een verplichting tot schadevergoeding bestaat.¹⁰⁵ Nu de overheid niet incidenteel maar *qualitate qua* het belang van de gemeenschap behartigt, en ook door die gemeenschap wordt gefinancierd (belastingen), zal het naar analogie de overheid moeten zijn die (namens de verrijkte gemeenschap) de individuele benadeelde schadeloos stelt, wanneer de plicht tot behartiging van het algemeen belang ‘aanvankelijk onrechtmatig’ overheidsoptreden rechtvaardigt.¹⁰⁶ Bovendien ligt in de aanwezigheid van het hogere belang besloten, dat de verrijking van de gemeenschap groter is dan de schade die de benadeelde lijdt, zodat de begrenzing tot het bedrag van de verrijking in deze situatie geen rol speelt.¹⁰⁷

Ondanks een daartoe strekkend betoog van Langemeijer heeft de Hoge Raad de aansprakelijkheid voor ‘rechtmatige overheidsdaad’ niet op ongerechtvaardigde verrijking willen baseren.¹⁰⁸ Dat is niet heel verrassend, omdat de reikwijdte van dit leerstuk in beginsel beperkt is tot concrete vermogensverschuivingen.¹⁰⁹ Dezelfde kritiek kan men overigens ook hebben op toepassing van dit leerstuk in het genoemde geval van noodtoestand. Dat neemt niet weg dat de aansprakelijkheid voor ‘rechtmatige daden’ naar mijn oordeel dichter ligt bij de ongerechtvaardigde verrijking dan bij de onrechtmatige daad. Het gaat immers om een situatie waarin het schadeveroorzakende gedrag geoorloofd is, en niet de dader, maar de begunstigde aansprakelijk is jegens de benadeelde. Dat de overheid bij ‘rechtmatige daden’ namens de begunstigde gemeenschap aansprakelijk is, heeft het onderscheid tussen dader en begunstigde vertroebeld, maar niet weggenomen. Het verklaart bijvoorbeeld waarom een overheidsfunctionaris – anders dan bij onrechtmatige overheidsdaad – nooit aansprakelijk wordt gehouden uit ‘rechtmatige overheidsdaad’, omdat hij niet persoonlijk als representant van de gemeenschap optreedt.¹¹⁰

De parallel met de noodtoestand maakt voorts duidelijk dat de vergoedingsplicht bij rechtmatige daden geen regel maar uitzondering is. Onder normale omstandigheden zal gedrag ofwel onrechtmatig zijn en niet mogen plaatsvinden, ofwel

104 In dit geval kan het gedrag de evenredigheidstoets, die uiteenvalt in een toetsing van proportionaliteit en subsidiariteit, doorstaan. Het is deze evenredigheidstoets die art. 3:4 lid 2 Awb aanlegt.

105 PG Boek 6, p. 617v, Asser-Hartkamp 4-III nrs. 60 en 359. Schoordijk (1987), p. 263v.. Sieburgh (TPR 2003) komt tot aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW door de rechtvaardigingsgrond een relatieve werking toe te kennen, al stelt zij dat niet zo expliciet.

106 Dit is de materiële rechtsgrondslag: hij legitimeert de aansprakelijkheid, zoals de ongeoorlooftheid van gedrag de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad legitimeert. Dat neemt niet weg dat de wet (de formele rechtsgrondslag) in beide gevallen nog nadere eisen aan aansprakelijkheid stelt. Cf. Teunissen (2000).

107 Art. 6:212 BW maximeert de vergoeding tot het bedrag van de verrijking.

108 Langemeijer (1969).

109 Met name in zakenrechtelijke verhoudingen, waarbij de natrekkingsregel vermogensverschuivingen zonder titel kan veroorzaken. Zie J.S. Kortmann (2005), par. 12.2. Hij acht het leerstuk ongeschikt als aansprakelijkheidsgrondslag voor altruïsme.

110 Ook hier is een parallel zichtbaar met de in par. 3.4 beschreven toerekening naar verkeersopvattingen.

rechtmatig zijn en niet tot aansprakelijkheid leiden. Alleen een bijzonder, niet in de gedragsnorm verdisconteerd belang kan aanvankelijk onrechtmatig gedrag rechtvaardigen, en alleen in dat bijzondere geval kan er een vergoedingsplicht bestaan, die niet op onrechtmatige daad is gebaseerd. Dat is mijns inziens de betekenis die moet worden toegekend aan het vereiste van een abnormale last, dat het *égalité*-beginsel stelt.¹¹¹

In gevallen van 'rechtmatige overheidsdaad' derhalve, maakt het hogere belang dat de overheid inroept ter rechtvaardiging van de normschending, haar gedrag geoorloofd. Omdat dat hogere belang niet verdisconteerd was in die norm, wordt het evenwicht tussen de betrokken belangen, waarvan de norm het resultaat was, verstoord ten koste van de benadeelde.¹¹² Dat evenwicht kan hersteld worden door dat nadeel te vergoeden. Dit herstel van evenwicht ligt naar mijn oordeel ook ten grondslag aan de billijkheid, die eist dat het onschuldige slachtoffer van een in noodtoestand verrichte daad schadeloos gesteld wordt.¹¹³

Een vertrekpunt voor de aansprakelijkheid van de overheid bij 'rechtmatige overheidsdaad' zou dus kunnen zijn dat er sprake moet zijn van aanvankelijk onrechtmatig handelen, dat gerechtvaardigd wordt door een plicht tot behartiging van een belang dat niet in de geschonden norm is verdisconteerd. De aansprakelijkheid van de overheid berust op dan het feit dat de (gerechtvaardigde) normschending het belangenevenwicht verstoort dat in de norm besloten ligt. De legitimering van deze aansprakelijkheid is een andere dan van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: zij ligt niet besloten in de ongeoorloofdheid van het gedrag van de dader, maar in het offer dat van de benadeelde wordt gevraagd ten behoeve van de begunstigde gemeenschap. De overheid is dan ook niet als dader, maar als (financieel) vertegenwoordiger van de begunstigde gemeenschap aansprakelijk.¹¹⁴ Dit concept kan verklaren dat het *égalité*-beginsel naast een abnormale ook een speciale last vereist voor aansprakelijkheid. Treft immers het overheidsoptreden eenieder in min of meer gelijke mate, dan vallen baat en last samen, en is er geen reden voor compensatie.¹¹⁵ Deze gedachten werk ik nader uit in de volgende paragrafen.

111 Wat niet uitsluit dat aan *anormalité* nog nadere eisen worden gesteld, zoals bij aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW de aansprakelijkheid ook door meer factoren wordt bepaald dan alleen de fout.

112 Het kan ook zijn dat het belang op zichzelf wel verdisconteerd was, maar niet de wijze of mate van aantasting ervan, zoals in de in par. 5.12 te bespreken Leffers-casus.

113 Als dit evenwichtsherstel ten grondslag ligt aan alle gevallen van ongerechtvaardigde verrijking, dan zou dat leerstuk een geschikte basis zijn voor schadevergoeding bij 'rechtmatige daad'. Maar zover is het (nog) niet. Zie Asser-Hartkamp 4-III, nrs. 349v.

114 In praktijk is dat verschil beperkt omdat ook schadevergoeding uit onrechtmatige daad wordt gefinancierd uit publieke middelen. Een verschil is bijvoorbeeld dat het m.i. uitgesloten is dat een overheidsfunctionaris – anders dan bij onrechtmatige overheidsdaad – aansprakelijk is uit 'rechtmatige overheidsdaad'.

115 Als de baat niet gelijk verdeeld is, dan kan verhaal op de specifiek gebate groep in de rede liggen. Een recent voorbeeld is de introductie van art. 49a WRO. Zie voorts Bierbooms (1997).

5.11 Uitwerking voor het publiekrecht - handhavingsrecht

De kern van het handhavingsrecht wordt gevormd door duldingsbepalingen. Het verplicht burgers om feitelijk overheidshandelen dat in horizontale verhoudingen ongeoorloofd zou zijn, op grond van het algemeen belang te dulden. Het aanvankelijk onrechtmatige optreden wordt (materieel) gelegitimeerd door het belang dat burgers (bepaalde) gedragsnormen ook daadwerkelijk naleven. Deze legitimatie laat zich vanuit privaatrechtelijke optiek enigszins vergelijken met de noodtoestand. Met het oog op de rechtszekerheid is deze rechtvaardigingsgrond voor algemene gevallen gecodificeerd in de vorm van een publiekrechtelijke bevoegdheid die het betreffende overheidsoptreden (formeel) legitimeert.¹¹⁶ Zo is bijvoorbeeld het binnentreden van een woning of het doorzoeken van documenten slechts geoorloofd als dat gerechtvaardigd wordt door een op de formele wet gebaseerd publiekrechtelijk besluit.¹¹⁷ Deze formele wet is het resultaat van een abstracte afweging van de wetgever tussen het belang van de verdachte bij een ongestoord genot van zijn rechten en dat van de gemeenschap bij een inbreuk daarop. Wanneer leidt dergelijk optreden nu tot aansprakelijkheid?

Van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is sprake als het publiekrechtelijke besluit dat het optreden rechtvaardigt ongeldig is. De legitimering van het optreden komt dan te ontbreken. Is het besluit daarentegen rechtsgeldig, dan rechtvaardigt dat het aanvankelijk onrechtmatige optreden.¹¹⁸ Op grond van de parallel met de noodtoestand zou men nu een vergoedingsplicht jegens de benadeelde kunnen aanvaarden. Die vergoeding heeft de strekking het (in het privaatrecht besloten) evenwicht te compenseren dat verstoord is door het overheidsoptreden op basis van het publiekrechtelijke besluit. Maar, zo kan men nu tegenwerpen, die gedachtengang leidt niet alleen tot compensatie van de onschuldige derde, zoals bijvoorbeeld Lavrijsen, maar ook van de strafrechtelijke verdachte zelf. Die tegenwerping is eenvoudig te weerleggen. De verdachte verkeert immers, anders dan de getroffen onschuldige derde, niet in een vergelijkbare positie als andere derden die niet getroffen worden door het overheidsoptreden, juist omdat hij verdachte/overtreder is. Maar dat is wel weer zo, als de verdachte achteraf gezien ten onrechte als verdachte is aangemerkt. Dit legt het probleem bloot van de aanvaarding van buitenwettelijke compensatie op grond van een rechtsbeginsel: het is lastig overheidsaansprakelijkheid op basis van ongeschreven recht af te bakenen.

Voor een aantal gevallen heeft de wetgever dit probleem onder ogen gezien. Zo zijn belangen van de verdachte verdisconteerd in de regeling in het wetboek van Strafvordering waar het betreft de toepassing van sommige dwangmiddelen. Dit

116 Dit geldt voor zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke handhaving, waarbij parallellen zijn te trekken tussen opsporing (strafrecht) en toezicht (bestuursrecht) jegens de verdachte, en punitieve (strafrecht) en reparatoire (bestuursrecht) sancties jegens de overtreder.

117 In deze context heeft het besluit een bredere betekenis dan in art. 1:3 Awb, omdat daaronder ook beslissingen van de OvJ en de rechter-commissaris begrepen kunnen worden.

118 Zie al par. 3.3.

heeft ertoe geleid dat de verdachte in specifiek geregelde gevallen recht heeft op vergoeding van schade en kosten.¹¹⁹ De compensatierechten van de verdachte hebben in die gevallen een wettelijke basis.¹²⁰ Anders is dit voor 'onschuldige derden', zoals Lavrijsen. Hun belangen zijn niet door de wetgever verdisconteerd. Daarmee bedoel ik het volgende.

Als de wetgever bij het opstellen van een wettelijke regeling de belangen van benadeelden verdisconteert, dan doet hij dat op twee niveaus.¹²¹ Ten eerste weegt hij de met de regeling te dienen belangen af tegen de daarvoor opgeofferde belangen, voor zover deze belangen kenbaar zijn. Kunnen de te dienen belangen de opoffering rechtvaardigen (proportionaliteit), en is er geen alternatief om die belangen op een minder belastende wijze te dienen (subsidiariteit), dan doorstaat het besluit tot vaststelling van de regeling de evenredigheidstoets, die voor Awb-besluiten sinds 1994 is gecodificeerd in art. 3:4 lid 2 Awb.¹²² In dat geval is het hogere belang voldoende zwaarwegend om een verstoring van het in privaatrechtelijke normen besloten evenwicht te rechtvaardigen. Deze belangenafweging is noodzakelijkerwijs abstract: dat is inherent aan het stellen van algemene regels. Op dit niveau zijn de belangen van Lavrijsen wel verdisconteerd: ook als de wetgever haar geval concreet onder ogen zou hebben gezien, zouden de vereisten voor een huiszoeking niet anders zijn geweest: het opsporingsbelang weegt nu eenmaal zwaarder.

Ten tweede zal de wetgever zich kunnen afvragen of de verstoring van dit evenwicht, de van de benadeelden verlangde opoffering, maatschappelijk aanvaardbaar is.¹²³ Ook deze afweging is – om dezelfde reden – een abstracte. Oordeelt de wetgever de opoffering maatschappelijk onaanvaardbaar, dan treft hij een schaderegeling om aan de getroffen belangen tegemoet te komen. De bepaling van wat maatschappelijk aanvaardbaar is, is in beginsel voorbehouden aan de wetgever. Dit is niet alleen zo, omdat art. 120 Gw aan rechterlijke toetsing in de weg staat. In essentie gaat het om de politieke vraag hoever de solidariteit (*fraternité*) in onze maatschappij gaat, mede in het licht van de daaraan verbonden transactiekosten. Het is in beginsel niet aan de rechter om die vraag te beantwoorden. Het verbod op rechterlijke toetsing lijdt alleen uitzondering, wanneer hoger recht tot compensatie verplicht, zoals art. 1 EP EVRM. Het arrest NVV / Staat is hier een voorbeeld van.¹²⁴ Het illustreert bovendien fraai dat art. 1 EP EVRM – anders dan het Nederlandse recht – de hier beschreven tweefasen toets al wel kent. Eerst dient de rechter de *fair balance* tussen de maatregel en de schade te onderzoeken, en vervolgens of die schade een *individual en excessive burden* constitueert.

119 Art. 89-93 Sv (schadevergoeding) en 551 en 551a Sv (kosten).

120 Anders is dit voor de 'bestuursrechtelijke' verdachte, die schade lijdt door toezichtsmaatregelen. Naar mijn oordeel ligt het in de rede dat de wetgever voor hen die onevenredig schade lijden door op zichzelf gerechtvaardigde toezichtshandelingen, eveneens een wettelijke nadeelscompensatieregeling in het leven roept.

121 Zie reeds Van Buuren (1993), De Moor - van Vugt (1995), Schlössels (1998), par. 9.7, Van Maanen (2002), par. 2.6 en Schueler (2002), par. 3.2 en 9.7.

122 De formele wetgever is aan dit wetsartikel weliswaar niet formeel gebonden (zie art. 1:1 lid 2 sub a Awb), maar wel aan het aan dat artikel ten grondslag liggende evenredigheidsbeginsel.

123 Deze term, die ik ontleen ik aan De Planque (1989), par. 1.5 drukt goed uit wanneer schade het 'normale maatschappelijke risico' overstijgt.

124 HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 m.nt. EAA en TK, AB 2002, 25 m.nt. PvB (NVV / Staat).

De praktijk nu leert, dat deze tweede afweging van de wetgever in veel gevallen niet, of slechts ten dele plaatsvindt, zoals in het geval van door strafvorderlijk optreden benadeelde derden. Het betoog dat de wetgever daardoor onrechtmatig handelt, gaat m.i. naar positief recht niet op, omdat geen rechtsregel hem verplicht om zich een oordeel te vormen over de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de schending van bepaalde belangen.¹²⁵ Het abstracte karakter van het stellen van regels brengt bovendien mee, dat niet elke concrete belangschending verdisconteerd kan worden. De wetgever kan dit ondervangen door een op individuele gevallen toegesneden schaderegeling te treffen, zoals gebeurd is in de art. 89-93 Sv. Doet hij dat niet, dan zal de rechter deze leemte moeten opvullen: hij zal moeten bepalen of de schending van niet door de wetgever verdisconteerde belangen tot compensatie verplicht.¹²⁶

Men kan het ook andersom stellen: als aanvaard wordt dat een rechtsbeginsel (naar positief recht: het *égalité*-beginsel) een materiële rechtsgrondslag (legitimatie) biedt voor de compensatie van bepaalde belangenaantastingen, dan is het aan de wetgever om deze materiële rechtsgrondslag te formaliseren in wettelijke compensatiebepalingen. Deze codificatie omvat de interpretatie van het begrip normaal maatschappelijk risico.¹²⁷ Alleen daar waar een codificatie achterwege is gebleven, of waar een belang in die codificatie niet is verdisconteerd, resteert er een taak voor de rechter om vast te stellen of het *égalité*-beginsel (preciezer: het op dat beginsel gebaseerde ongeschreven recht) tot vergoeding noopt. Het ligt voor de hand dat hij daarbij aansluiting zoekt bij de gevallen waarin het *égalité*-beginsel wel is gecodificeerd, maar eenvoudig is dat niet, omdat – zoals eerder opgemerkt – veel wettelijke compensatieregelingen (ook) andere motieven hebben dan louter codificatie van het *égalité*-beginsel.

Hoe moet nu de buitenwettelijke toekenning van compensatie aan onschuldig gebleken verdachten worden gewaardeerd? De Hoge Raad overwoog daaromtrent:

‘4.3.2 Vooropgesteld zij dat de gewezen verdachte op grond van art. 6:162 BW schadevergoeding ter zake van het toepassen van strafvorderlijke dwangmiddelen kan vorderen, indien uit de stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak van de onschuld van de verdachte en alsdan van het achteraf bezien ongefundeerd zijn van de verdenking blijkt, zodat hij ten onrechte als verdachte is aangemerkt. Wanneer uit die stukken niet blijkt dat de betrokkene onschuldig was, moet ervan worden uitgegaan dat de verdenking tegen de betrokkene aan de in art. 27 Sv neergelegde maatstaf beantwoordde, dat strafvorderlijke maatregelen op grond van die verdenking niet onrechtmatig waren en dat de verdachte dan voor het verkrijgen van schadevergoeding ter zake van het gebruik van strafvorderlijke dwangmiddelen is aangewezen op de mogelijkheden die de art. 89-93, 591 en 591a Sv hem bieden (vgl. HR 29 april 1994, nr. 15280, NJ 1995, 727; HR 23 december 1994, nr. 15517, NJ 1995, 512; HR 12 juni 1998, nr.

125 Wederom: met uitzondering van verplichtingen op grond van hoger recht.

126 In par. 5.9 beargumenteerde ik al dit op gespannen voet staat met art. 6:1 BW, maar het is niet zinvol om een halve eeuw rechtspraak over ‘rechtmatige overheidsdaad’ te negeren.

127 Hetgeen niet wegneemt dat het de wetgever vrij staat om ook met andere motieven een schaderegeling te treffen.

16585, C97/064, NJ 1999, 99; HR 21 april 2000, nr. R97/184, NJ 2001, 143). Wanneer uit die stukken wel van de onschuld van de gewezen verdachte blijkt, zodat in beginsel aanspraak op schadevergoeding bestaat, zal het veelal, zoals ook in de hiervoor aangehaalde jurisprudentie, gaan om schade die het gevolg is van de door de gerezen verdenking op zichzelf gerechtvaardigde toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen. Er is evenwel geen reden de alsdan voor vergoeding in aanmerking komende schade te beperken tot schade als gevolg van de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen, omdat ook wanneer ander optreden van politie en justitie in het kader van de strafvervolging tot schade heeft geleid, de aanvankelijk in de gerezen verdenking gelegen rechtvaardiging voor dat optreden is komen te ontbreken. Tegen het aanvaarden van een dergelijke beperking pleit ook dat het in de praktijk veelal niet mogelijk zal zijn een onderscheid te maken tussen schade die het gevolg is van toepassing van - meer of minder ingrijpende - dwangmiddelen en schade die het gevolg is van ander optreden van politie en justitie in het kader van de strafvervolging dat aanvankelijk door de gerezen verdenking werd gerechtvaardigd.¹²⁸

De toekenning van schadevergoeding aan onschuldig gebleken verdachten baseert de Hoge Raad niet op het *égalité*-beginsel, maar op de aanname dat er – achteraf bezien – geen sprake was van een verdenking die voldeed aan de eisen van art. 27 Sv.¹²⁹ Deze benadering overtuigt niet, omdat achteraf blijkende onschuld niet noodzakelijk afdoet aan de juistheid van de verdenking, waarop het dwangmiddel berust.¹³⁰ Niet de schuld of onschuld, maar de verdenking rechtvaardigt de toepassing van dwangmiddelen. Zuiverder is het om ook voor deze verdachten toepassing te geven aan het *égalité*-beginsel: zodra hun onschuld vaststaat, komen zij in dezelfde positie te verkeren als onschuldige derden zoals Lavrijsen. Dat veronderstelt wel dat de wetgever de belangen van onschuldig gebleken verdachten niet onder ogen heeft gezien. Anders zou het toekennen van buitenwettelijke nadeelcompensatie impliceren dat de rechter de afweging die ten grondslag ligt aan de regeling van 89-93 Sv onjuist acht.¹³¹ Nu deze schadevergoedingsregeling betrekking heeft op verdachten die niet (of voor minder) veroordeeld zijn en van wie dus onzeker is gebleven of zijn onschuldig zijn of niet, is wel verdedigbaar dat, nu de belangen van onschuldige derden zoals Lavrijsen niet in de wet zijn verdisconteerd, ditzelfde geldt voor onschuldig gebleken verdachten.¹³²

5.12 Uitwerking voor het publiekrecht - ordeningsrecht

De kern van ordeningswetgeving wordt gevormd door verbods- en gebodsbepalingen. Zij beogen een evenwicht aan te brengen in de uiteenlopende belangen van

128 HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346 m.nt. CJHB (Staat/S.).

129 Deze redenering vindt men al in HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 m.nt. CJHB, AB 1990, 251 m.nt. FHvdB (Staat / Bekkers).

130 Aldus ook Asser-Hartkamp 4-III, nr. 18d, Van Maanen (2002), par. 4.5 en Verheij (O&A 2002), p. 121, noot 29.

131 Art. 120 Gw staat daaraan in de weg. Zie verder par. 65.16.

132 Het tegendeel vind ik overigens ook best verdedigbaar. Dat geeft maar weer aan hoezeer codificatie nodig is.

de betrokken burgers. Dat evenwicht wordt telkens aangepast aan veranderende omstandigheden middels op de wetgeving gebaseerde besluitvorming, zoals vergunningen, ontheffingen, vrijstellingen en nadere regels, daaronder begrepen wijziging en intrekking. Wederom is de vraag wanneer de overheid aansprakelijk is voor een besluit dat een gewijzigde rechtsverhouding tot gevolg heeft.

De vergelijking met de noodtoestand in het privaatrecht gaat nu niet goed meer op, omdat het eenzijdig wijzigen van rechtsverhoudingen ten nadele van individuen (anders dan feitelijk handhavend optreden) geen privaatrechtelijke equivalent kent. Het gaat niet om de overtreding van een privaatrechtelijke gedragsnorm die gerechtvaardigd wordt door de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, maar om het wijzigen van de gedragsnorm zelf. Anders gezegd: er is geen sprake van doorbreking van het in de gedragsnormen besloten evenwicht ten behoeve van een concreet hoger belang, maar van een verandering van dat evenwicht zelf. De ene burger levert wat vrijheid in ten behoeve van de bescherming van de vrijheid van de andere. Die verandering kan plaatsvinden op diverse niveaus van abstract (formele wetgeving) tot concreet (beschikkingen).¹³³

Toch is er vanuit een perspectief van overheidsaansprakelijkheidsrecht wel een parallel te trekken met feitelijk overheidsoptreden dat gerechtvaardigd wordt door een publiekrechtelijke regeling. In het ene geval leidt het feitelijk handelen tot aantasting van belangen, in het andere geval het besluit zelf, maar in beide gevallen is de materiële legitimatie van die aantasting gelegen in het algemeen belang (of een specifiek deelbelang) en de formele legitimatie in (de herleidbaarheid tot) de formele wet. Het verschil tussen beide is dat feitelijk overheidsoptreden geen basis in de formele wet behoeft, wanneer dat optreden binnen de gedragsnormen van het privaatrecht plaatsvindt. Voor het eenzijdig wijzigen van een rechtsverhouding is altijd een wettelijke basis nodig.¹³⁴ De parallel is dus te trekken met die gevallen waarin het feitelijk overheidsoptreden een wettelijke basis behoeft, ofwel, wanneer de aard van de rechtsverhouding verticaal is, zoals in het handhavingsrecht. Men kan de beslissing om feitelijk op te treden dan duiden als een besluit op grond waarvan de geadresseerde het optreden moet dulden.¹³⁵ Een dergelijk besluit is vergelijkbaar met bijvoorbeeld het opleggen van een gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht, op grond waarvan een grondeigenaar een inbreuk op zijn eigendomsrecht door een derde moet dulden.

De gemeenschappelijke kern van het handhavingsrecht en het ordeningsrecht is dus een eenzijdige wijziging in de rechtsverhouding tussen de geadresseerde enerzijds en de overheid resp. derden anderzijds, zulks op basis de formele wet of van een tot de formele wet te herleiden regeling of besluit. Deze wettelijke basis is te beschouwen als een codificatie van het algemeen belang als rechtvaardigingsgrond voor het overheidsingrijpen. Dit brengt mee dat de aansprakelijkheid voor overheidsoptreden in het ordeningsrecht op dezelfde wijze beoordeeld kan worden als in het handhavingsrecht.

133 Par. 4.3.

134 Dat kan ook gelden voor feitelijk optreden, als dit optreden *de facto* leidt tot een eenzijdige ingreep, zoals de fluoridering van drinkwater. HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 m.nt. ARB (Fluoridering II).

135 Zie reeds par. 4.2.

In par. 4.6 bleek al dat het nemen van een besluit onrechtmatig is als in verhouding tot het met het besluit te dienen doelen de rechtstreeks betrokken belangen onevenredig worden geschaad. Dit is de doel-middeltoets, die in de vorige paragraaf als het eerste niveau van belangenafweging werd aangeduid. De tweede afweging, of de van de benadeelde verlangde opoffering maatschappelijk aanvaardbaar is, geschiedt niet in het kader van de rechtmatigheidstoets.¹³⁶ Daarvoor is primair de wil van de wetgever doorslaggevend. Deze kan blijken uit het bestaan van een wettelijke nadeelcompensatieregeling. Ontbreekt echter zo'n regeling, of kan de benadeelde in een concreet geval geen aanspraken aan de regeling ontleen, dan is de vraag of hij op basis van het *égalité*-beginsel toch een recht op schadevergoeding heeft. Zoals in de vorige paragraaf is betoogd, kan daarvan naar mijn oordeel alleen sprake zijn, als het betrokken belang niet reeds is verdisconteerd bij de totstandkoming van de wettelijke nadeelcompensatieregeling of juist het achterwege laten daarvan. Is de maatschappelijke aanvaardbaarheid van zijn opoffering wel gewogen, dan kan slechts de onrechtmatigheid van het besluit of van de nadeelcompensatieregeling een grondslag voor aansprakelijkheid bieden.¹³⁷

Mijn opvatting heeft tot gevolg dat het bij de toekenning van nadeelcompensatie geen rol speelt of de uitgeoefende bevoegdheid gebonden is. Die gebondenheid betreft immers het eerste niveau van weging: deze heeft dan al volledig plaatsgevonden in de regeling op basis waarvan het besluit is genomen. Dat sluit echter geenszins uit dat de wetgever zich niet de vraag heeft gesteld of de schending van bepaalde belangen maatschappelijk aanvaardbaar is. Die vraag staat los van de wijze waarop de geleden besluitvorming plaatsvindt. De – nauwelijks gemotiveerde – Afdelingsjurisprudentie op dit punt lijkt mij dan ook onjuist.¹³⁸

5.13 Niet-verdisconteerde belangen – normadressaten en derden

Hoewel het niet mogelijk is om voor elke afzonderlijke wettelijke regeling aan te geven welke belangen daarin zijn verdisconteerd, is het wel mogelijk om enige algemene trekken te schetsen. Wanneer de wetgever een verbod of gebod in het leven roept, dan geschiedt dat doorgaans door middel van algemeen verbindende voorschriften, vervat in een (materieel)wettelijke regeling. Een dergelijke regeling heeft tot gevolg dat de geadresseerden van het verbod of gebod vrijheid moeten opofferen ten behoeve van de met die regeling te dienen belangen. Die laatste belangen kunnen individuele belangen van derden zijn (bijvoorbeeld geluidshin-

¹³⁶ Als het besluit de doel-middeltoets doorstaat is het immers rechtmatig genomen.

¹³⁷ Dat strookt met de rechtspraak waarin geen ruimte is voor het *égalité*-beginsel naast een wettelijke nadeelcompensatieregeling. ABRvS 17 juli 2002, AB 2002, 395 m.nt. ARN (Planschade Egmond0 en ABRvS 13 oktober 2004, AB 2004, 459 m.nt. AvH (Westerschelde).

¹³⁸ ABRvS 17 november 2004, BR 2005, p. 139 m.nt. JW (Gebruiksvergunning Den Haag). Van Ravels (2005), par. 5 signaleert dat eerdere jurisprudentie in die richting kritisch ontvangen werd.

der), boven-individuele ofwel collectieve belangen (bijvoorbeeld defensie) of – en veelal – beide (monumentenbescherming, ruimtelijke ordening, infrastructuur, waterbeheer). Aangenomen mag worden dat bij de totstandkoming van een dergelijke regeling alle opgeofferde belangen van de normadressaten zijn afgewogen tegen alle met de regeling te dienen belangen. De regeling kan de evenredigheidstoets doorstaan als de te dienen belangen prevaleren boven de te verwachten opofferingen (proportionaliteit) en er geen minder belastend alternatief voorhanden is (subsidiariteit). Vaak is het mogelijk met individuele belangen rekening te houden door middel van gelede normstelling. Via lagere regelingen en vergunningstelsels wordt dan op individueel niveau afgewogen of het met de regeling te dienen belang opweegt tegen het belang van de benadeelde. De uitkomst van die afweging wordt vervolgens neergelegd in de vergunning(voorschriften) of in de lagere regeling, zoals een bestemmingsplan. Men zou gelede normstelling kunnen zien als een uitwerking van het subsidiariteitsbeginsel: zij beoogt de individuele vrijheden van de normadessaat niet meer te beperken dan de betrokken individuele en collectieve belangen van derden vorderen.

De inachtneming van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit sluit niet uit dat de individuele belangen van de normadressaten toch op maatschappelijk onaantvaardbare wijze geschaad worden.¹³⁹ Daar waar de wetgever zelf een oordeel heeft gegeven omtrent de maatschappelijke aanvaardbaarheid van veroorzaakt nadeel (door het vaststellen van een nadeelcompensatieregeling), dient de rechter zich te beperken tot de toets of deze regeling in overeenstemming is met hoger recht. Voor aanvullende buitenwettelijke nadeelcompensatie is dan geen plaats. Zo zullen rechtsgeldige planologische besluiten geen aanspraak kunnen geven op buitenwettelijke nadeelcompensatie omdat art. 49 WRO al een compensatieregeling geeft.¹⁴⁰ Hetzelfde geldt voor aanscherping van een milieuvergunning, gelet op de artikelen 15.20 en 15.21 Wm.¹⁴¹ De uitwerking en toepassing van de nadeelcompensatieregeling kan de rechter wel toetsen, aan bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel.¹⁴²

Heeft de wetgever voor de normadressaten niet in een nadeelcompensatieregeling voorzien, dan ligt het in de rede te veronderstellen dat dit een bewuste keuze is geweest. Die belangen zijn immers uitdrukkelijk aan de orde geweest bij het opstellen van de regeling. Voor een buitenwettelijke nadeelcompensatie is dan geen plaats.¹⁴³ De vaststelling van een parkeerverordening (een ‘wet’ op decentraal niveau) zal dus in beginsel geen aanleiding geven tot toekenning van buitenwettelijke nadeelcompensatie aan de normadressaten, ook al ontbreekt een compensatieregeling, omdat aangenomen mag worden dat de gemeenteraad hun be-

139 In de par. 5.11 aangeduid als het tweede niveau van weging.

140 ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95 m.nt. ARN, JB 2004/12 m.nt. RJNS (straatprostitutie Heerlen).

141 Welke regeling overigens, evenals art. 49 WRO, veeleer gebaseerd is op het rechtszekerheidsbeginsel dan het *égalité*-beginsel.

142 Een voorbeeld is HR 17 juli 1988, NJ 1989, 714 m.nt. MS (Deltaschadewet).

143 Dat geldt niet alleen voor de rechter maar ook voor het bestuur: het toekennen van nadeelcompensatie naast een uitkering op grond van een uitputtende wettelijke compensatieregeling, ontbeert m.i. een deugdelijke grondslag. Dat zou wellicht anders kunnen zijn als de aan de wet ten grondslag liggende afweging evident verouderd is, maar ook dan is in het licht van art. 6:1 BW terughoudendheid geboden.

langen volledig heeft gewogen, dus ook de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de inbreuken daarop.

De belangen die niet in (de afwezigheid van) een wettelijke compensatieregeling zijn verdisconteerd, kunnen in aanmerking komen voor compensatie op grond van het *égalité*-beginsel. Regelmatig neemt het bestuur zelf de verantwoordelijkheid voor het opstellen van een nadeelcompensatieregeling. De toets aan het *égalité*-beginsel als de grondslag voor aansprakelijkheid beperkt zich dan tot de uitleg die het bestuur heeft gegeven aan het begrip 'normaal maatschappelijk risico'.¹⁴⁴ Deze toets is marginaal, omdat bij de interpretatie van dit begrip allerlei beleidsmatige aspecten een rol spelen, zoals de gewenste mate van solidariteit in onze samenleving en de daarmee gepaard gaande transactiekosten. Wel kan de rechter volledig toetsen of het bestuur, gegeven diens opvatting omtrent het 'normaal maatschappelijk risico' deze opvatting consistent en in overeenstemming met de in de *égalité* besloten liggende gelijkheid heeft uitgewerkt. Bovendien behoudt hij een aanvullende rol voor zover het bestuur heeft nagelaten bepaalde belangen in de door hem uitgevaardigde nadeelcompensatieregeling te verdisconteren.

De Leffers-casus kan mijn opvattingen illustreren.

De Minister vaardigde op stel en sprong een swill-voederverbod uit ter voorkoming van het uitbreken van een Afrikaanse-varkenspestepidemie. Op twee manieren nu, werden hier belangen van varkensboeren getroffen die niet in de Veewet waren verdisconteerd. Ten eerste de belangen van alle varkensboeren die onder het verbod vielen. Die waren – naar ik aanneem – op zichzelf door de wetgever wel meegewogen bij de totstandkoming van de Veewet, maar niet de plotselinge wijze waarop deze door de regeling werden aangetast. Normaal gesproken zou een degelijke invoering in strijd zijn geweest met het rechtszekerheidsbeginsel. Schending van dit beginsel werd echter gerechtvaardigd door de dreiging van een epidemie die onmiddellijk afgewend moest worden. Er was sprake van een noodtoestand: de noodzaak tot het op stel en sprong invoeren van het verbod was niet in de Veewet verdisconteerd.¹⁴⁵ In casu hield de Minister met deze abnormale last rekening door in de ministeriële regeling een nadeelcompensatieregeling op te nemen: een opkoopregeling voor de waardeeloos geworden swill-kookketels.¹⁴⁶ Zou die nadeelcompensatieregeling bewust niet zijn getroffen, dan hadden de varkensboeren de Staat slechts op grond van onrechtmatige regelgeving aansprakelijk kunnen stellen.¹⁴⁷

Leffers zelf behoorde tot een specifieke groep van varkensboeren die hun bedrijf volledig op

144 Voorzover dus de wetgever daar nog geen impliciet of expliciet oordeel over heeft gegeven. Onder meer Schlössels (1998), par. 9.7, stelt dat het *égalité*-beginsel geen vrijheid aan het bestuur laat. Als dat zo is, dan ligt in feite alle macht bij de rechter op dit punt.

145 Zou dat wel het geval zijn geweest, dan zou de Minister m.i. niet de vrijheid hebben gehad om zonder grondslag in de Veewet een nadeelcompensatieregeling vast te stellen.

146 Tjepkema (2004) signaleert terecht dat het (juridisch toetsbare) vereiste van een speciale last hier geen rol speelt. Afgezien van de eventuele bescherming van art. 1 EP EVRM was het vaststellen van de nadeelcompensatieregeling daarom een zuiver politieke keuze.

147 De rechter zou dan alleen mogen aannemen dat de door de varkensboeren (als groep) geleden schade buiten hun maatschappelijk risico valt, als de wetgever bij de vaststelling van de Veewet niet het oog heeft gehad op een plotselinge verbod als het onderhavige. Anders zou hij de verboden van art. 120 Gw en 11 AB veronachtzamen.

swill-voeding hadden ingericht. De bijzondere belangen van die groep waren niet in de nadeelcompensatieregeling verdisconteerd, en daarom kon Leffers een beroep doen op het *égalité*-beginsel.¹⁴⁸ Zouden de belangen van Leffers c.s. wel verdisconteerd zijn in de ministeriële nadeelcompensatieregeling, dan zou de rechter m.i. kunnen oordelen dat deze regeling zich niet verdraagt met het *égalité*-beginsel, omdat van Leffers c.s. in vergelijking tot de andere varkensboeren dan een onevenredig zware opoffering geleverd werd. Het woord 'onevenredig' heeft hier betrekking op de vergelijking met de andere varkensboeren. Het brengt tot uitdrukking dat het *égalité*-beginsel niet een perfecte gelijkheid eist, maar slechts beoogt te grote verschillen in benadeling tegen te gaan. Deze *specialité* van de last is als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel wel juridisch toetsbaar.

Deze casus is uitzonderlijk: gewoonlijk zal de wetgever de belangen van de geadresseerden van een verbods- of gebodsbepaling volledig hebben gewogen, zowel in de doel-middeltoets van art. 3:4 lid 2 Awb als de vraag of de verlangde opofferingen maatschappelijk aanvaardbaar zijn. Anders ligt dat voor de belangen van derden. Het is mijn indruk dat deze belangen veelal niet door de wetgever zijn verdisconteerd.¹⁴⁹

Ten dele heeft dit te maken met het specialiteitsbeginsel. De strekking van de Wet milieubeheer bijvoorbeeld is de bescherming van het milieu. De afweging die aan het vergunningstelsel van hoofdstuk 7 van deze wet ten grondslag ligt, is die tussen de (alle) belangen van de drijver van de inrichting, en de individuele en collectieve milieubelangen van derden. Dat betekent dat de privacybelangen van de omwonenden van de inrichting geen rol spelen bij de afweging die leidt tot de in de milieuvergunning op te nemen voorschriften. Noch de wetgever, noch het bestuur behoeven zich dus af te vragen of de schending van dit type belangen maatschappelijk onaanvaardbaar is. De afweging van privacybelangen heeft de milieuwetgever zich niet aangetrokken, maar overgelaten aan de privaatrechtelijke verhoudingen. Dit sluit aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, dat handelen conform een vergunning niet uitsluit dat dat handelen toch jegens derden onrechtmatig is, namelijk wanneer er sprake is van schending van belangen die niet zijn verdisconteerd in de afweging, die aan de vergunningverlening ten grondslag ligt.¹⁵⁰ Publiekrecht en privaatrecht zijn hier complementair: belangen die niet verdisconteerd zijn in de publiekrechtelijke normering worden afgewogen in het kader van de toetsing aan hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁵¹ Evenmin verdisconteerd plegen te zijn de zogenaamde afgeleide belangen van derden. Het gaat niet om belangen die door de normstelling beschermd worden, maar om belangen van derden die aangetast worden als gevolg van de aan de

148 De Hoge Raad kwam tot dezelfde uitkomst, maar via de eerder besproken – en m.i. ondeugdelijke – onrechtmatigheidsredenering.

149 De Wet milieubeheer bijvoorbeeld, voorziet alleen in vergoeding voor aanscherping van milieu-eisen, niet voor benadeling van derden bij verruiming. Een uitzondering is art. 49 WRO, dat ook vergoeding van door derden geleden schade mogelijk maakt.

150 Zie HR (Vermeulen / Lekkerkerker), de annotatie van Bloembergen bij HR 3 november 2000, NJ 2001, 108 (EBS/Groenewegen) en HR 21 oktober 2005, BR 2005, p. 287 m.nt. Chao-Duyvis (Ludlage / Paradijs).

151 Zie par 4.5. Schlössels (1998), par. 9.6.2 signaleert in de rechtspraak een ruimere opvatting, die hij onderschrijft.

normadressaat opgelegde beperkingen. In het handhavingsrecht kwamen al de onschuldige derden, zoals Lavrijsen, aan de orde. In het ordeningsrecht betreft het alle belangen die samenhangen met het belang van de normadressaat. Gedacht kan worden aan zijn zakelijke relaties, zoals de leverancier van Leffers, die mede getroffen wordt door het faillissement van diens bedrijf. Dit type belangen pleegt niet te worden meegewogen bij de vaststelling en uitvoering van wettelijke regelingen.¹⁵² In het algemeen zullen dergelijke afgeleide belangen ook maar beperkt nadeel ondervinden van overheidsbesluitvorming, juist omdat zij afgeleid zijn.¹⁵³ Toch is niet ondenkbaar dat van zo een zijdelings betrokken belanghebbende een onaanvaardbare opoffering wordt verlangd. Op grond van de parallel met het handhavingsrecht (Lavrijsen) moet het dan ook niet uitgesloten worden geacht dat dergelijke afgeleide belangen voor nadeelcompensatie in aanmerking komen.

Mijn veronderstelling, dat de wetgever de belangen van de normadressaten en de met de regeling te dienen belangen van derden wél heeft verdisconteerd (zowel in de doel-middeltoets als in de maatschappelijke-aanvaardbaarheidstoets) en de overige belangen (die doorgaans ook buiten de doel-middeltoets vallen) niet, is overigens maar in beperkte mate terug te vinden in de rechtspraak van de bestuursrechter. De rechtspraak over verkeersmaatregelen bijvoorbeeld, stelt eenvoudigweg dat de daardoor veroorzaakte schade behoudens bijzondere omstandigheden tot het gewone maatschappelijke risico van de benadeelde behoort. Een onderscheid naar typen belangen wordt daarbij niet gemaakt.¹⁵⁴ De kritiek op deze rechtspraak is dat een criterium ontbreekt om te bepalen wanneer de schade niet meer tot het normale maatschappelijke risico behoort.¹⁵⁵ Bovendien zijn de criteria die de rechter in dit verband aanlegt lastig te onderscheiden van de toerekeningscriteria van art. 6:98 BW. Dit alles pleit ervoor om het nadeelcompensatierecht een aparte plaats te geven naast het civiele aansprakelijkheidsrecht. Daarbij gaat mijn voorkeur uit naar specifieke wettelijke nadeelcompensatieregelingen waaruit duidelijk een keuze blijkt van de wetgever omtrent hetgeen hij als maatschappelijk aanvaardbare benadeling beschouwt. Zolang de wetgever dat niet doet, is de burger in zekere zin overgeleverd aan de grillen van bestuur en rechter.¹⁵⁶

152 Dat ziet men terug in de rechtspraak, die een afgeleid belang niet beschouwt als een belang ex art. 1:2 Awb. Uitgebreid hierover De Poorter (2003). Het verschil met de toepassing van bestuursdwang is dat iedere betrokkene dat optreden moet dulden en in die zin dus ook rechtstreeks belanghebbende is.

153 Cf. Conclusie AG Spier voor HR 3 februari 2006, nr. C04/246HR, NJ 2006, 325 m.nt. MRM (RBA / SFR) waar het een onrechtmatige-daadssituatie betrof.

154 Zie bijv. ABRvS 29 september 2004, AB 2005, 46 m.nt. K.J. de Graaf (verkeersbesluit Enschede) en ABRvS 14 juli 2004, AB 2005, 214 m.nt. CMB (verkeersbesluit Haarlem).

155 Zie bijv. ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004, 138 m.nt. ARN (verlegging NUON-leidingen) en de in de vorige noot genoemde annotatoren. In de planschadesfeer heeft de Afdeling op dit punt als wetgever-plaatsvervanger opgetreden, maar geeft zij een ruimhartiger interpretatie van het normaal maatschappelijk risico dan bij buitenwettelijke nadeelscompensatie. Kritisch daarover Van Ravels (2006), par. 7.

156 Gegeven deze situatie is het begrijpelijk dat de eigendomsbescherming van art. 1 EP EVRM snel aan belangstelling wint. Dat geeft de nationale rechter nog enig juridisch houvast.

5.14 Uitwerking voor het publiekrecht - verdelend recht

De in de vorige paragrafen ontwikkelde theorie is als volgt samen te vatten. Bij de eenzijdige wijziging van rechtsverhoudingen in het handhavings- en het ordeningsrecht vindt op twee niveaus een belangenafweging plaats. Het in art. 3:4 lid 2 Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel bepaalt of de afweging de toets der rechtmatigheid kan doorstaan. De afweging of het maatschappelijk aanvaardbaar is de verlangde opoffering zonder compensatie te laten is in beginsel politiek van aard en dient bij voorkeur door de wetgever te worden gemaakt. Alleen op het tweede niveau niet-verdisconteerde belangen komen in aanmerking voor compensatie door bestuur of rechter.

Wanneer de overheid middelen herverdeelt (verdelend recht), volgt de afweging of de verlangde opoffering maatschappelijk aanvaardbaar is uit de aard van het besluit. Men kan ook stellen dat in het verdelend recht beide niveaus van belangenafweging samenvallen. Daarmee strookt dat het aansprakelijkheidsrecht deel uitmaakt van het verdelende recht. De beslissing omtrent nadeelcompensatie valt in het verdelende recht in beginsel samen met de beslissing omtrent het te nemen besluit zelf.¹⁵⁷

Toch is ook in het verdelende recht wel denkbaar dat er sprake is van schending van niet in de regeling verdisconteerde belangen, of een inbreuk die groter of abrupter is dan de regelsteller voor ogen had. In dat soort situaties pleegt de rechter doorgaans geen schadevergoedingsverbintenis aan te nemen, maar corrigeert hij door de betreffende regeling buiten toepassing te laten wegens niet in de regeling verdisconteerde omstandigheden. In paragraaf 5.16 zal de verhouding tussen het buiten toepassing laten van een regeling en het toekennen van nadeelcompensatie indringender worden beschouwd.

5.15 De belangenafweging: toetsing door de rechter

De voorgaande paragrafen hebben duidelijk gemaakt dat in het aansprakelijkheidsrecht de belangenafweging een belangrijke rol speelt. In privaatrechtelijke verhoudingen ligt zij ten grondslag aan geschreven en ongeschreven gedragsnormen. Schending van deze normen leidt tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, tenzij een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. In dat laatste geval wordt onder omstandigheden een vergoeding billijk geacht van de begunstigde aan de benadeelde. Deze vergoeding compenseert de verstoring van het belangenevenwicht dat besloten ligt in de overtreden gedragsnorm. Dat evenwicht is verstoord, omdat het belang dat als rechtvaardigingsgrond dient, niet in die norm is verdisconteerd.

¹⁵⁷ Vanuit een ander perspectief in vergelijkbare zin Van Ravels (2005), par. 4.

Wanneer de overheid in verticale verhoudingen optreedt, verstoort zij telkens het privaatrechtelijke evenwicht. De rechtvaardiging daarvoor wordt gegeven door een basis in de formele wet. Aan het in deze wet verankerde overheidsoptreden ligt een belangenafweging ten grondslag: de daarmee te dienen belangen moeten – in abstracto – prevaleren boven de daardoor verlangde individuele opofferingen. Deze afweging kan de rechter niet toetsen aan de grondwet of algemene rechtsbeginselen.¹⁵⁸ Laat de wetgever de belangenafweging over aan het bestuur (gelede normstelling), dan kan de rechter deze wel toetsen aan het in art. 3:4 lid 2 Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel. Schending van dit evenredigheidsbeginsel levert een onrechtmatige daad op.¹⁵⁹ Of de doel-middelafweging de evenredigheidstoets kan doorstaan, toetst de rechter terughoudend. In het Landbouwvliegers-arrest overwoog de Hoge Raad, dat de rechter een niet door de formele wetgever gegeven voorschrift onverbindend, en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen, als het overheidsorgaan in redelijkheid niet tot het betreffende voorschrift kon komen, gegeven de belangen die bij het uitvoeren van dat voorschrift bekend waren of behoorden te zijn.¹⁶⁰ Is er sprake van onevenredigheid (in de doel-middelafweging), dan is de betreffende regeling onverbindend en behoeft zij aanpassing.¹⁶¹

Is de regeling verbindend, dan resteert de vraag of de opoffering van concrete belangen ten gevolge van deze regeling maatschappelijk aanvaardbaar is. Hier is slechts een rol voor het bestuur en de rechter weggelegd, wanneer het gaat om belangen, die de wetgever niet heeft betrokken bij zijn eigen oordeel omtrent de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de aantasting. De niet door de wetgever verdisconteerde belangen kunnen het voorwerp van bestuurlijke of rechterlijke compensatie zijn. Daarbij doet het er naar mijn oordeel niet toe, of het bestuur discretionaire bevoegdheid heeft.¹⁶² Treft het bestuur zelf een compensatieregeling, dan is de rechterlijke toetsing daarvan beperkt voor zover het de interpretatie van het begrip 'normaal maatschappelijk risico' betreft. De wijze waarop deze interpretatie vervolgens in de compensatieregeling wordt uitgewerkt, kan wel vol worden getoetst, aan onder meer de in het *égalité*-beginsel besloten liggende gelijkheidseis.¹⁶³ De rechter fungeert als sluitstuk van dit systeem door de aansprake-

158 Art. 120 Gw en HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS, AB 1989, 207 m.nt. FHvdB (Harmonisatiewet). In gelijke zin CRvB 24 januari 2001, JB 2001/76 m.nt. LV (Nabestaandenwet).

159 Zie reeds par. 4.4.

160 HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS, AB 1986, 574 m.nt. PvB, AB Klassiek (2003), nr. 18 (Staat/VNL en LNV). Het 'behoorden te zijn' moet in deze context objectief worden uitgelegd. Het gaat erom of de belangen en de het causale verband kenbaar waren ten tijde van de vaststelling van de regeling. Over de verhouding van onverbindendheid en onrechtmatigheid gaat hoofdstuk 6. De wat subjectieve formulering is niet terug te vinden in de vergelijkbare Afdelingsuitspraak over de evenredigheidstoetsing van beschikkingen in ABRvS ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93, JB 1996/158 m.nt. FAMS, AB-klassiek (2003) nr. 36 (Maxis en Praxis).

161 Onder omstandigheden kan die aanpassing inhouden dat een financiële compensatieregeling wordt getroffen, met name als de opgeofferde belangen ook financieel van aard zijn. Zie par. 5.8. Deze tegemoetkoming moet niet verward worden met compensatie van schade die buiten het normale maatschappelijke risico valt.

162 Zie par. 5.12.

163 Evenals bij formele wetgeving kan de toepassing van de nadeelscompensatieregeling in concrete gevallen worden beperkt of aangevuld door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (*contra legem*).

lijkheid te beoordelen van de schending van (ook door het bestuur) niet verdisconteerde belangen, zulks op basis van (het ongeschreven recht dat voortvloeit uit) het *égalité*-beginsel. Dat rechtsvindingsproces is niet eenvoudig, met name niet waar het betreft de vaststelling van hetgeen buiten iemands ‘normale maatschappelijk risico’ valt.¹⁶⁴ Inspiratie kan de rechter putten uit vergelijkbare gevallen waarin wetgever en/of bestuur daarover wel een standpunt hebben ingenomen.¹⁶⁵ Ook in dat geval echter, is behoedzaamheid geboden, omdat geschreven compensatieregelingen vaak meer of andere motieven hebben dan de codificatie van het *égalité*-beginsel alleen. In noodtoestandachtige situaties ten slotte, kan een vergelijking met het privaatrecht behulpzaam zijn. Een terughoudende opstelling van de rechter bij het aannemen van aansprakelijkheid op grond van het *égalité*-beginsel strookt met het gegeven dat deze aansprakelijkheid hoe dan ook op gespannen voet staat met de rechtszekerheid, die eist dat verbintenissen uit de wet voortvloeien.

5.16 Een laatste tegenwerping: scheepsmakelaars en studenten

Met de onderscheiding van de belangenafweging op twee niveaus en de beperking van de rol van bestuur en rechter tot niet-verdisconteerde belangen is een consistent systeem van aansprakelijkheid uit rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad verkregen, dat de positie van de formele wetgever onaangetaast laat. Maar hoe verhoudt het zich tot het Scheepsmakelaarsarrest?

Na de invoering van het NBW in 1992 wordt het scheepsmakelaars bij formele wet (de Overgangsregeling, door het Hof aangeduid als: de Wet) mogelijk gemaakt de levering van teboekgestelde schepen bij onderhandse akte te blijven verzorgen. De scheepsbemiddelaar Kooren behoudt die mogelijkheid niet, en vordert schadevergoeding. Volgens de Hoge Raad is het Hof er ‘kennelijk en terecht [er]van uitgegaan dat het oordeel dat het uitvaardigen, handhaven en uitvoeren van een wet in formele zin jegens een persoon onrechtmatig is wegens strijd met algemene rechtsbeginselen, neerkomt op toetsing van die wet aan zulke beginselen en het heeft evenzeer met juistheid geoordeeld dat het in art. 120 neergelegde toetsingsverbod mede betrekking heeft op toetsing aan algemene rechtsbeginselen (HR 14 april 1989, nr. 13 822, NJ 1989, 469).’¹⁶⁶

Ook als de belangen van Kooren niet waren verdisconteerd is deze passage is op zich nog geen probleem, omdat in mijn optiek de toekenning van nadeelcompensatie los staat van de rechtmatigheid van de schadeveroorzakende regeling zelf. Het vaststellen van een rechtmatige regeling kan immers buiten het normale maatschappelijk risico vallende nadelen tot gevolg hebben. Kooren deed dan ook een

164 Van Wijk & Konijnenbelt (2002), p. 738 spreken van nadeel waar redelijkerwijs geen rekening mee gehouden behoefde te worden.

165 Cf. Wiarda (1999), hfdst. 12. Asser-Scholten, nr. I.15.

166 HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem/Staat), r.o. 3.4.1. Het aangehaalde arrest is het Harmonisatiewetarrest.

beroep op het Leffers-arrest, stellende dat de wetgever niet onder ogen had gezien dat hij onevenredig in zijn belangen werd getroffen doordat de Overgangsregeling slechts op scheepsmakelaars, en niet op scheepsbemiddelaars zoals hij van toepassing was. De Hoge Raad vervolgt aldus:

'Het subonderdeel verwijt het Hof in het bijzonder te hebben miskend dat, als door de inwerkingtreding van een wet in formele zin een (rechts)persoon als Kooren in onevenredige mate in zijn belangen wordt getroffen, art. 120 niet aan een veroordeling tot schadevergoeding in de weg staat, ongeacht of de wetgever de positie van hen die door de maatregel in onevenredige mate in hun belangen worden getroffen onder ogen heeft gezien. Ook dit verwijt berust op de onjuiste opvatting dat art. 120 de rechter niet belet te oordelen dat een wet in formele zin wegens strijd met algemene rechtsbeginselen onrechtmatig is. Voor zover het subonderdeel zich beroept op HR 18 januari 1991, nr. 14 096, NJ 1992, 638, miskent het dat het in de zaak waarop dit arrest betrekking had niet ging om toetsing van een wet in formele zin.'¹⁶⁷

Hier wreekt zich dat de Hoge Raad zowel vorderingen tot schadevergoeding als tot nadeelcompensatie baseert op de onrechtmatige daad. Hij kan daardoor geen onderscheid maken tussen de in de Overgangsregeling vervatte afweging (in feite: heroverweging) van het doel van het NBW (de notariële tussenkomst bij het passeren van leveringsakten) en de daardoor veroorzaakte nadelen (de beperking van de activiteiten van de scheepsmakelaars) enerzijds, en de vraag of deze nadelen tot het normale maatschappelijke risico van de benadeelden behoren.¹⁶⁸ Bloembergen merkt in zijn noot terecht op dat Kooren weliswaar geen vordering uit 'rechtmatige daad' had ingesteld, maar dat het niet voor de hand ligt dat de Hoge Raad die grondslag had geaccepteerd. De nadien door de Hoge Raad uitgezette lijn (Staat / Lavrijsen) geeft, wanneer men daarin de risico-aansprakelijkheid onderkent, alle aanleiding om dat nu wel te doen.

Naar mijn oordeel had de Hoge Raad als volgt kunnen redeneren. De invoering van het NBW in 1992 heeft tot gevolg gehad dat scheepsmakelaars en bemiddelaars (zoals Kooren) niet langer meer leveringsakten voor teboekgestelde schepen kunnen opmaken. De wetgever heeft het nodig geacht aan de belangen van de scheepsmakelaars tegemoet te komen door middel van de Overgangsregeling. Als de belangen van bemiddelaars als Kooren in dat verband niet verdisconteerd zijn, ligt de vraag voor of de nadelige gevolgen daarvan binnen het normale maatschappelijke risico van scheepsbemiddelaar Kooren vallen. Het feit dat de wetgever wel tegemoet is gekomen aan de belangen van de scheepsmakelaars suggereert het tegendeel, tenzij de positie van scheepsmakelaars wezenlijk verschilt van die van bemiddelaars, bijvoorbeeld omdat de laatste groep minder ernstig getroffen wordt door het verlies van het recht leveringsakten op te maken. Is dat laatste niet

¹⁶⁷ R.o. 3.4.1. Het aangehaalde arrest is Leffers / Staat.

¹⁶⁸ Ditzelfde probleem speelde in het Kabouterarrest, HR 6 december 2002, NJ 2003, 616 m.nt. MS, AB 2004, 17 m.nt. PvB (Hagenaars / Noord-Brabant). Kortmann, C.A.J.M. (1971), par III.4a bepleitte al dit onderscheid wel te maken.

het geval, dan ligt de weg naar aansprakelijkheid op grond van het *égalité*-beginsel open. De verbindendheid van de Overgangsregeling raakt dat verder niet. De Hoge Raad komt aan deze redenering niet toe, omdat hij het niet verdisconten van de belangen van Kooren in de sleutel van onrechtmatigheid plaatst, en art. 120 Gw volgens hem in de weg staat aan een rechtmatigheidstoetsing van de Overgangsregeling. Opmerkelijk is dat de vraag of de belangen van Kooren niet zijn verdisconteerd, wel een rol had kunnen spelen:

‘Onderdeel 1 klaagt onder b over onjuistheid, althans onbegrijpelijkheid, van ’s Hofs oordeel dat bij de totstandkoming van de Wet de omstandigheid dat andere groepen van personen dan de eerdergenoemde scheepsmakelaars niet onder de in de Wet opgenomen overgangsregeling vielen, door de wetgever bij de afweging is betrokken. Deze klacht kan reeds bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Zoals het Hof heeft opgemerkt, wordt in dit geding niet verlangd dat de Wet ten aanzien van Kooren buiten toepassing blijft. Derhalve is niet aan de orde de in voormeld arrest van 14 april 1989 (rov. 3.9) aangestipte mogelijkheid dat een wet buiten toepassing moet blijven op de grond dat toepassing ervan in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel.’¹⁶⁹

Waarom niet-verdisconteerde omstandigheden tot het buiten toepassing laten van de wet kunnen leiden, zette de Hoge Raad uiteen in het aangehaalde Harmonisatiewet-arrest. Hij acht een wezenlijk onderscheid aanwezig tussen:

‘enerzijds: het in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling op de grond dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel, en anderzijds: het wegens zulk een strijd buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond van omstandigheden welke bij haar tot stand komen in de afweging zijn betrokken, dus in gevallen waarvoor zij nu juist is geschreven. Het eerste raakt niet aan de verbindende kracht van de betrokken bepaling en staat de rechter ingevolge voormelde jurisprudentie vrij; het tweede ontnemt echter aan die bepaling haar verbindende kracht en is de rechter ingevolge art. 120 Gr.w verboden.’

De Hoge Raad bracht met deze passage tot uitdrukking dat het toetsingsverbod niet afdoet aan zijn contra-legemjurisprudentie, zoals het buiten toepassing laten van een formele-belastingwetbepaling op grond van het vertrouwensbeginsel.¹⁷⁰ Kooren zou dus wel belang bij zijn cassatieklacht hebben gehad, als hij had gevorderd de Overgangsregeling jegens hem buiten toepassing te laten, vanwege niet in die regeling verdisconteerde omstandigheden. Die vordering zou hem echter weinig geholpen hebben, omdat deze wet zich tot scheepsmakelaars richtte.¹⁷¹

169 R.o. 3.4.2. Wederom aangehaald is het Harmonisatiewetarrest.

170 HR 12 april 1978, BNB 1978, 135-137 (doorbraakarresten).

171 Zijn verlangen is dat de Overgangsregeling ook op hem van toepassing is.

Op het eerste gezicht is het merkwaardig dat volgens het Scheepsmakelaarsarrest de rechter wel de bevoegdheid heeft om een formele wet op grond van niet-verdisconteerde omstandigheden buiten toepassing te laten, maar niet om de wetgever (de Staat) tot compensatie te veroordelen. De verklaring daarvoor is, dat de Hoge Raad de toekenning van schadevergoeding op onrechtmatige daad grondt, en het toetsingsverbod naar zijn oordeel niet alleen ziet op de verbindendheid, maar ook op de rechtmatigheid van de wet.¹⁷² Als echter de Hoge Raad het *égalité*-beginsel als grondslag voor een zelfstandige risico-aansprakelijkheid aanvaardt, dan is het Harmonisatiewetarrest daar uitstekend in te passen. De rechter kan dan de door de wetgever gerealiseerde verdeling van middelen doorbreken op grond van niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden. In het verdelende recht kan hij dat bereiken door de regeling jegens de benadeelde buiten toepassing te laten, in het ordeningsrecht is het slechts mogelijk door toekenning van nadeelcompensatie. Maar in beide gevallen raakt het rechterlijk ingrijpen niet aan de verbindendheid van de wet zelf.

5.17 Samenvatting

De privaatrechtelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW is gebaseerd op een gedragstoetsing: alleen gedrag dat inbreuk maakt op een subjectief recht of schending van een geschreven of ongeschreven gedragsnorm oplevert, leidt tot aansprakelijkheid. Omstreden is of gedrag, dat geoorloofd is, toch tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan leiden. De Hoge Raad acht dit mogelijk, namelijk op grond van de regel 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 gelijkkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld. Omdat deze regel aansprakelijkheid niet koppelt aan gedrag maar aan de gevolgen van gedrag, geeft hij geen gedragsnorm, en concludeert de Hoge Raad in deze gevallen ten onrechte tot overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Juist is naar mijn oordeel de benadering van de bestuursrechter, die de regel beschouwt als een zelfstandige bron van nadeelcompensatieverbintenissen naast de schadevergoedingsverbintenis uit onrechtmatige daad.

Naar mijn oordeel doet de Hoge Raad er beter aan expliciet een zelfstandige aansprakelijkheid op basis van het *égalité*-beginsel te erkennen, en de kwalificatie onrechtmatig te reserveren voor ongeoorloofd gedrag. Dat doet recht aan de sturende functie van het onrechtmatige-daadsrecht. Artikel 6:168 BW is dan overbo-

¹⁷² Zie de aangehaalde r.o. 3.4.1 uit het arrest Kooren-Maritiem.

¹⁷³ Dit sluit niet uit dat het tegemoetkomen aan de belangen van de benadeelde onder omstandigheden de onrechtmatigheid van gedrag kan wegnemen, maar dat speelt in gevallen dat er nu juist geen hoger belang is dat het gedrag rechtvaardigt. Zie par. 5.8.

dig, omdat gedrag dat wegens zwaarwegende maatschappelijk belangen geduld moet worden, niet onrechtmatig is: die belangen vormen immers een rechtvaardigingsgrond voor het aanvankelijk onrechtmatige gedrag. De aansprakelijkheid voor zodanig gedrag kan gebaseerd worden op het *égalité*-beginsel, dat bij uitstek van toepassing is op gevallen waarin zwaarwegende maatschappelijke belangen worden gediend.¹⁷³

Om te achterhalen hoe deze vorm van aansprakelijkheid in het privaatrecht gelegitimeerd zou kunnen worden, heb ik een vergelijking getrokken met de privaatrechtelijke noodtoestand. Deze staat in de weg aan onrechtmatigheid, omdat de schending van de gedragsnorm door een hoger belang wordt gerechtvaardigd. Niettemin wordt het onder omstandigheden billijk geacht dat degene bij wie het hogere belang berust, de benadeelde compenseert. Deze compensatie beoogt het evenwicht te herstellen, dat door de – gerechtvaardigde – schending van de privaatrechtelijke gedragsnorm eenzijdig was verstoord.

Overheidsoptreden is bij uitstek gericht op het dienen van ‘hogere belangen’. Wanneer die hogere belangen een inbreuk op privaatrechtelijke gedragsnormen rechtvaardigen, dient daaraan omwille van de rechtszekerheid en de democratische legitimatie een wettelijke basis ten grondslag te liggen.¹⁷⁴ Naar analogie met de privaatrechtelijke noodtoestand kan men het nu billijk achten dat de door het overheidsoptreden benadeelden gecompenseerd worden. Deze compensatie verstrekt de overheid niet als dader, zoals bij onrechtmatige daad, maar namens de begunstigde gemeenschap. Niet elke benadeling leidt echter tot een compensatieplicht. Daarvan kan op grond van het *égalité*-beginsel pas sprake zijn als zij het normale maatschappelijke risico van de benadeelde te buiten gaat.

Deze overwegingen zijn niet anders wanneer het overheidsoptreden niet feitelijk van aard is, maar een publiekrechtelijke rechtshandeling inhoudt. Zo een rechtshandeling brengt een wijziging aan in de tussen burgers geldende privaatrechtelijke gedragsnormen (zoals het invoeren van een verbod) of schept verbintenissen tussen burger en overheid (zoals het invoeren van een belastingplicht). Net als bij op publiekrecht gebaseerd feitelijk overheidsoptreden vindt er een verstoring plaats van het voordien bestaande evenwicht. Die verstoring kan geredresseerd worden door het toekennen van nadeelcompensatie op basis van het *égalité*-beginsel.

Om zicht te krijgen op het onderscheid tussen overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en die op grond van het *égalité*-beginsel is de publiekrechtelijke rechtshandeling aan een nader onderzoek onderworpen. Uit het perspectief van het aansprakelijkheidsrecht is de essentie van overheidsbesluitvorming gelegen in de weging van belangen. Deze vindt op twee niveaus plaats.

De eerste is de afweging of de met de besluitvorming te dienen belangen de daardoor verlangde opofferingen kunnen rechtvaardigen. Deze afweging geschiedt primair door de formele wetgever. Hij kan deze delegeren aan het bestuur, waar-

174 Behoudens echte gevallen van noodtoestand, waarin het ongeschreven (staats)noodrecht voorziet.

bij de mate van geleding van de normstelling de concreetheid van de afweging bepaalt (het absolute verbod versus het vergunningstelsel). De geldigheid van de rechtshandeling wordt (onder meer) bepaald door de uitkomst van deze belangenafweging te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel: de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4 lid 2 Awb). Doorstaat het besluit deze toets niet, dan is het nemen daarvan onrechtmatig.¹⁷⁵ Omdat onrechtmatigheid het resultaat is van een gedragstoetsing, kunnen (en moeten) bij deze afweging slechts (objectief) kenbare belangen worden betrokken.¹⁷⁶

De tweede afweging betreft de vraag of de aldus opgeofferde belangen tot compensatie nopen. Het gaat hier om de gevolgen van de besluitvorming, daaronder begrepen de schending van belangen die niet kenbaar waren ten tijde van de besluitvorming. Van een afweging is strikt genomen geen sprake: het gaat om de vraag of de verlangde opoffering in verhouding staat tot hetgeen normaal gesproken van een burger verlangd kan worden (het normale maatschappelijke risico).¹⁷⁷

De met het besluit te dienen belangen spelen daarbij geen rol. De uitkomst van deze weging behoort niet van invloed te zijn op de geldigheid van het besluit, omdat er geen sprake is van een toetsing van de geoorlooftheid van (het nemen van) het besluit zelf, maar van de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de (deels niet kenbare) gevolgen ervan.¹⁷⁸ De onrechtmatige daad kan dus niet als grondslag voor deze compensatie dienen.

Het zou de voorkeur verdienen dat de wetgever het resultaat van de tweede weging telkens vastlegt in een nadeelcompensatieregeling. De praktijk leert echter anders, en een algemene rechtsplicht tot het vaststellen van zo een nadeelcompensatieregeling bestaat naar positief recht niet. Dat verklaart de ontwikkeling van nadeelcompensatiebeleid door het bestuur en het feit dat de rechter ertoe is overgegaan om ook zonder een basis in de wet of dat beleid een verplichting tot nadeelcompensatie aan te nemen. Deze ontwikkelingen vullen de door de wetgever gelaten leemtes.

Daar waar de wetgever zelf een oordeel heeft gegeven omtrent de maatschappelijke aanvaardbaarheid van concreet nadeel (door het vaststellen, of bewust achterwege laten van een compensatieregeling), is er voor de rechter geen taak meer. Hij mag immers de verbindendheid van de wet niet beoordelen. Niet door de wetgever verdisconteerde belangen vormen hierop een uitzondering. Dat ligt in de lijn van het Harmonisatiewet-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het buiten toepassing laten van een wet wegens niet-verdisconteerde omstandigheden niet raakt aan de verbindendheid van de formele wet.

Onthoudt de formele wetgever zich van een oordeel omtrent de maatschappelijke aanvaardbaarheid van concreet nadeel, dan kan het bestuur een voorziening tref-

175 Over het verband tussen ongeldigheid en onrechtmatigheid gaat hoofdstuk 6.

176 Subjectieve kenbaarheid is alleen van belang voor de toerekening krachtens schuld. Zie par. 3.4.

177 Met Cleiren (O&A 2005) ben ik dan ook niet gecharmeerd van de 'evenredigheid in concreto'.

178 Tenzij het belang een specifieke (grond)wettelijke of verdragsrechtelijke bescherming kent. Het is dan te kwalificeren als een subjectief recht. Cf. Schlössels (1998), par. 9.7.

fen, door het vaststellen van een nadeelcompensatieregeling. De rechter zal zich moeten beperken tot de beoordeling of de vaststelling en toepassing van deze compensatieregeling in overeenstemming is met hoger recht en de algemene rechtsbeginselen.¹⁷⁹ Zijn beoordeling beperkt zich tot een marginale toets van de uitleg die het bestuur heeft gegeven aan het begrip ‘normale maatschappelijk risico’. De toetsing aan de in het *égalité*-beginsel verankerde gelijkheidseis is echter wel een volle.

Daar waar wetgever en bestuur de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de schending van bepaalde belangen niet onder ogen hebben gezien, of bewust aan de rechter hebben overgelaten, heeft deze laatste een meeromvattende taak. Hij zal moeten beoordelen in hoeverre het *égalité*-beginsel in dat geval (ten grondslag ligt aan ongeschreven recht dat) aanspraak geeft op een vergoeding.¹⁸⁰ Dat proces van rechtsvinding is niet eenvoudig. Inspiratie zal de rechter moeten putten uit het reeds bestaande nadeelcompensatierecht.

De consequentie van hiervan is, dat het weinig zinvol is om het *égalité*-beginsel als een algemene risico-aansprakelijkheid te codificeren, omdat het primair aan de wetgever is om per geval of categorie van gevallen te bepalen hoever iemands eigen maatschappelijke risico reikt. Hoe beter de wetgever zich van deze taak kwijt, des te minder er voor de rechter de noodzaak is om buiten de wet om een aanvullende rol op zich te nemen. Het criterium van de niet-verdisconteerde belangen biedt de rechter voldoende armslag om wetgevingsfalen in concrete gevallen te ondervangen.

De aansprakelijkheid voor rechtmatig overheidsoptreden kenmerkt zich dus door een op zichzelf geoorloofde schending van individuele belangen, die op grond van solidariteit en gelijkheid toch tot compensatie noopt. Men kan zich afvragen of deze vorm van aansprakelijkheid niet het gehele overheidsaansprakelijkheidsrecht kan omvatten, inclusief de onrechtmatige overheidsdaad. Een dergelijke alomvattende aansprakelijkheid zou gebaseerd zijn op de schending van individuele belangen die op grond van solidariteit en gelijkheid tot compensatie noopt. Net als het *égalité*-beginsel biedt zo een algemene aansprakelijkheidsgrondslag bijzonder weinig (juridisch) houvast. Daarom is het begrijpelijk dat de wetgever de onrechtmatige daad als een aparte grondslag voor overheidsaansprakelijkheid heeft gehandhaafd. Men zou dit aldus kunnen interpreteren, dat als er sprake is van ongeoorloofd overheidsoptreden, de beginselen van solidariteit en gelijkheid telkens tot compensatie nopen. Dat strookt met de ruime toerekening die de Hoge Raad hanteert bij vernietigde besluiten, welke op grond van het *égalité*-beginsel zou kunnen gelden voor het gehele overheidsaansprakelijkheidsrecht.¹⁸¹

179 Bijv. het gelijkheidsbeginsel. Voor het eigendomsrecht wordt op basis van art. 1 EP EVRM getoetst of er sprake is van een ‘individual and excessive burden’. Zie Barkhuysen en Van Emmerik (2005), p. 63.

180 Het zou wellicht zuiverder zijn om twee beginselen te onderscheiden: de *fraternité*, die betrekking heeft op het normale maatschappelijke risico, en de *égalité*, die ziet op de gelijkheid voor de openbare lasten. Deze interpretatie is echter niet de gebruikelijke. Cf. Van Maanen (2002), par. 2.7

181 Zie reeds par. 3.4. Dit leidt niet noodzakelijk tot een grotere overheidsaansprakelijkheid, omdat het begrip maatschappelijk risico eng of ruim uitgelegd kan worden. Zie par. 9.10.

6.1 De gelijkstelling van (on)geldigheid en (on)rechtmatigheid

In hoofdstuk 2 is vastgesteld dat – anders dan bij contractuele aansprakelijkheid – volgens art. 6:162 BW aansprakelijkheid uit onrechtmatig daad slechts kan voortvloeien uit de schending van een rechtsplicht, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Gaat het om feitelijk overheidsoptreden dat naar burgerlijk recht een onrechtmatige daad zou opleveren, dan kan een daartoe strekkend besluit het optreden rechtvaardigen (bijvoorbeeld een bestuursdwangbesluit). De legitimering van het overheidsoptreden is dan terug te voeren op de – krachtens een democratisch proces tot stand gekomen – formele wet. Is het besluit ongeldig, dan ontvalt daarmee de rechtvaardiging aan het feitelijke overheidsoptreden.

De onrechtmatigheid van overheidsbesluitvorming zelf bleek in hoofdstuk 4 minder goed in het systeem van het burgerlijk recht te passen, omdat de eenzijdige wijziging van een rechtsverhouding (de essentie van een overheidsbesluit) geen pendant in het privaatrecht kent. Zo bleek het lastig te verklaren of en waarom een onbevoegd genomen en dus ongeldig besluit een onrechtmatige daad oplevert, al neemt de rechtspraak dat wel aan. Daarom is nader onderzoek nodig naar de verhouding tussen de geldigheid van een besluit en het rechtmatigheidsoordeel dat over het nemen van dat besluit wordt geveld.

Het nemen van een later vernietigd, en dus (met terugwerkende kracht) ongeldig besluit levert een onrechtmatige daad op, als het ongeoorloofd is de rechtsverhouding tussen burgers onderling of tussen overheid en burger eenzijdig te wijzigen zonder een toereikende publiekrechtelijke basis. Naar positief recht neemt de rechter de geldigheid van het besluit inderdaad als maatstaf voor zijn rechtmatigheidsoordeel. Men ziet dit terug op alle niveaus van publiekrechtelijke besluitvorming, waarbij het er niet toe doet of de geldigheid is beoordeeld door de bestuursrechter of de civiele rechter:

1. het nemen en handhaven van een door de bestuursrechter later vernietigde beschikking levert een toerekenbare onrechtmatige daad op;¹ een niet vernie-

¹ Standaardjurisprudentie, zie onder meer HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. J.A. Borman, AB 1984, 399 m.nt. E.M. van Eijden, AB klassiek (2003) nr. 17 (St. Oedenrode/Driessen) en HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB, AB 1992, 290 m.nt. FHvdB onder 291 (Van Gog / Nederweert). De bestuursrechters hebben de jurisprudentie overgenomen. Zie ABRvS 24 maart 2004, AB 2004, 165 m.nt. AvH, →

- tigde beschikking is in beginsel rechtmatig;² en
2. het uitvaardigen van een onverbindend voorschrift en het op die basis handelen levert een toerekenbare onrechtmatige daad op;³ een verbindend voorschrift is in beginsel rechtmatig.⁴

Het verbinden van geldigheid met rechtmatigheid ziet men ook terug in de uitleg van art. 120 Gw. Het daarin vervatte verbod om de verbindendheid (geldigheid) van formele wet aan de Grondwet en de algemene rechtsbeginselen te toetsen impliceert volgens de Hoge Raad een verbod om te oordelen dat een formele wet onrechtmatig is wegens strijd met de Grondwet of de algemene rechtsbeginselen.⁵ Het in de jurisprudentie aangenomen verband tussen geldigheid en rechtmatigheid gaat dus verder dan alleen de zojuist genoemde onrechtmatigheid van de eenzijdige wijziging van een rechtsverhouding. Niet alleen beschouwt de rechter (het nemen van) een ongeldig besluit als een onrechtmatige daad ongeacht de reden van de ongeldigheid; ook moet (het nemen van) een besluit in beginsel rechtmatig worden geacht zolang het niet is vernietigd. Bovendien geldt deze rechtspraak ook voor besluiten die niet de eenzijdige wijziging van een rechtsverhouding tot gevolg hebben, zoals de weigering van een vergunning.⁶

Wat verder opvalt is, dat de rechter aan zijn rechtmatigheidsoordeel niet de schending van een concrete rechtsplicht ten grondslag legt, maar de rechtmatigheid van het nemen van het besluit rechtstreeks afleidt uit de geldigheid van dat besluit. Daarom hoeft hij zich ook niet af te vragen waarom een onbevoegd genomen besluit een onrechtmatige daad oplevert. De ongeldigheid van dat besluit is voor dat oordeel immers voldoende. Dat betekent dat het onderzoek naar de verhouding tussen geldigheid en rechtmatigheid niet alleen relevant is voor onbevoegd genomen besluiten, maar voor alle besluiten. Waarom levert het nemen van een (on)geldig besluit een (on)rechtmatige daad op?

6.2 Van een processueel naar een materieel debat

De in de jurisprudentie aanvaarde gelijkstelling van ongeldigheid en onrechtmatigheid wordt door literatuur en rechtspraak niet gefundeerd op het materiële aan-

→ JB 2004/225 m.nt. AMLJ (zsb Gww-vergunning Leiduin), CBB 17 april 2003, AB 2003, 277 m.nt. JHvdV (West-Nijlvirus), CRvB 24 januari 2001, JB 2001/76 m.nt. LV (Nabestaandenwet).

- 2 HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 m.nt. ARB onder 88, AB 2000, 89 m.nt. PvB, AB klassiek (2003), nr. 44 (Groningen / Raatgever) en HR 6 december 2002, NJ 2003, 616 m.nt. MS, AB 2004, 17 m.nt. PvB (Pannenkoekenhuis De Kabouter). De bestuursrechters hebben de jurisprudentie overgenomen. Zie wederom ABRvS 24 maart 2004, AB 2004, 165 m.nt. AvH, JB 2004/225 m.nt. AMLJ (zsb Gww-vergunning Leiduin), CBB 17 april 2003, AB 2003, 277 m.nt. JHvdV (West-Nijlvirus), CRvB 6 april 2000, JB 2000/126 m.nt. RJNS (Buitenfunctiestelling inspecteur). Zolang het besluit nog niet onaantastbaar is hanteert de Hoge Raad een ontvankelijkheidsbeleid dat ik in hfdst. 8 bespreek.
- 3 HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 (Staat / Van Gelder Papierfabriek). Zie ook HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 (Staat / LSV c.s) en HR 11 oktober 1996, NJ 1997, 165 m.nt. MS (Leenders / Ubbergen).
- 4 HR 17 december 2004, NJ 2005, 152 m.nt. TK, JB 2005/32 m.nt. RJNS (OZB Hengelo / Staat).
- 5 HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem / Staat).
- 6 Op grond van art. 1:3 lid 4 jo. 6:2 Awb wordt met een besluit gelijkgesteld de weigering het verlangde besluit te nemen, ook al heeft zij in strikte zin geen rechtsgevolg. De bestuursrechter kan een dergelijke weigering dan ook vernietigen.

sprakelijkheidsrecht, maar op de gewenste verdeling van rechtsmacht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter.⁷ Voorkomen moet worden, aldus de Hoge Raad, dat partijen opnieuw strijden over een punt waaromtrent reeds een rechterlijk oordeel is gegeven (stare-decisis-argument), dat twee rechters over dezelfde rechtsvraag tot afwijkende oordelen komen (unisono-argument) en dat belanghebbenden, wanneer zij binnen de (korte) beroepstermijn het besluit niet aanvechten, dit alsnog kunnen doen bij de burgerlijke rechter (rechtszekerheid-argument). Omdat de bestuursrechter de bijzondere rechter is, is zijn oordeel omtrent de hem toebedeelde rechtsvragen leidend (specialisatie-argument).⁸

Op de aldus gegeven verdeling van rechtsmacht is van diverse zijden kritiek gekomen. Het stelsel zou leiden tot een fragmentarische beoordeling van overheidsaansprakelijkheid, star en formeel zijn, teveel gericht op formele besluitmomenten, procedeedwang in de hand werken, de geloofwaardigheid van rechter en bestuur aantasten en zich niet verdragen met een effectieve toepassing van het Europese recht.⁹ Op het laatste na is geen van deze kritiekpunten materieelrechtelijk van aard. Dat komt waarschijnlijk omdat de Hoge Raad het stelsel onderbouwt met processuele argumenten en haar niet verklaart vanuit het materiële recht. In feite zegt de Hoge Raad: als de bestuursrechter een besluit vernietigt, moet ik de onrechtmatigheid daarvan aanvaarden, opdat ik niet opnieuw een oordeel geef over dezelfde rechtsvraag. En als de bestuursrechter een besluit in stand laat, moet ik om dezelfde reden de rechtmatigheid daarvan aanvaarden. De Hoge Raad legt echter niet uit waarom het *dezelfde* rechtsvraag is die hij moet beantwoorden. Kennelijk acht hij het vanzelfsprekend dat de bestuursrechter door zijn beoordeling van de rechtsgeldigheid van het besluit een rechtmatigheidsoordeel uitsprekt.¹⁰

Op zichzelf is dat niet zo'n gekke gedachte. Om met Tak te spreken: 'Wie ontkent dat bestuursrechters bij het toetsen van die geldigheid een rechtmatigheidsoordeel uitspreken, ontkent dat zij rechters zijn.'¹¹ Maar bij nadere beschouwing is deze stelling toch wat kort door de bocht. Want als de *burgerlijke* rechter de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling beoordeelt, spreekt hij in beginsel geen rechtmatigheidsoordeel uit. Integendeel, in het burgerlijk recht zijn de nietigheid van een rechtshandeling en de onrechtmatigheid van een gedraging twee onderscheiden kwalificaties, die elk een eigen beoordelingskader kennen.¹² Dwaling, bijvoorbeeld, kan leiden tot een vernietigbaar contract, maar dat betekent niet dat er sprake moet zijn geweest van onrechtmatig handelen van een van

7 Voor algemeen verbindende voorschriften onderbouwt de Hoge Raad de gelijkstelling helemaal niet. Zie HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt. HD, AA XVIII, 266 m.nt. M.T. en G. (Pocketbooks II).

8 Aldus de veelbesproken aangehaalde jurisprudentie. Zonder pretentie van volledigheid noem ik Polak (1999) en als recente publicaties Schueler (JBplus 2004), Tak (RMTh 2004), Van Rossum en Hes (2005), Gelpke (O&A 2006) en Van Ettekoven (O&A 2006). Zie nader hfdst. 8.

9 Van Maanen en Schlössels (Gst. 2004), Schueler (JBplus 2004). Zij is verdedigd door Tak (RMTh 2004).

10 De bestuursrechter heeft deze jurisprudentie overgenomen, zonder aan te geven in hoeverre hij de argumenten van de Hoge Raad tot de zijne heeft gemaakt.

11 Tak (RMTh 2004), p. 7.

12 Deze zin laat het verschil ook zien: het verrichten van de rechtshandeling kan onrechtmatig zijn; de rechtshandeling zelf is geldig of ongeldig.

de partijen.¹³ Andersom kan het sluiten van een overeenkomst best een onrechtmatige daad opleveren, zonder dat er sprake is van een grond die tot nietigheid of vernietigbaarheid van die overeenkomst leidt, bijvoorbeeld in het geval van misleiding die geen bedrog oplevert.¹⁴

De vraag is dus, of het hiervoor geschetste directe verband tussen geldigheids- en rechtmatigheidsoordelen, dat in het privaatrecht niet bestaat, wel aanwezig is in het materiële bestuursrecht. Ofwel: is de gelijkstelling tussen (on)geldigheid en (on)rechtmatigheid alleen processueel van aard, of heeft zij ook een basis in het materiële recht? Als dat zo is, namelijk, dan moet de kritiek op deze gelijkstelling beperkt blijven: het enige verwijt kan dan nog zijn dát de Hoge Raad niet bereid is de rechtmatigheidstoets van de bestuursrechter over te doen.¹⁵ Maar als het nemen van een naar materieel recht ongeldig besluit niet altijd een onrechtmatige daad oplevert, of het nemen van een naar materieel recht geldig besluit toch onrechtmatig kan zijn, dan behoeft de door de Hoge Raad aanvaarde gelijkstelling een sterkere onderbouwing. De processuele voordelen moeten dan opwegen tegen het nadeel dat het formele (on)rechtmatigheidsoordeel niet altijd strookt met de materiële rechtswerkelijkheid. Als het bijvoorbeeld mogelijk is dat de verlening van een nadien vernietigde vergunning naar materieel recht niet onrechtmatig is, dan zullen er goede argumenten moeten zijn om toch, op grond van de gelijkstelling, de onrechtmatigheid daarvan uit te spreken. Dat kan alleen als de instandhouding van de gewenste verdeling van rechtsmacht prevaleert boven het belang van de realisering van het materiële recht.

In één geval is van dat laatste in het huidige stelsel al sprake. Als tegen een besluit niet, of niet tijdig vernietigingsberoep wordt ingesteld, dan gaat de Hoge Raad van de geldigheid van dat besluit uit, zelfs als vaststaat dat dat besluit vernietigd zou zijn als daartegen wel tijdig beroep was ingesteld. Het besluit heeft formele rechtskracht.¹⁶ Dit betekent dat een niet-aangevallen besluit formeel geldig is (geldig wordt geacht), zelfs als het materieel ongeldig is. Processuele argumenten hebben het hier gewonnen van het streven om materieel recht te doen. Maar dat betekent nog niet, dat ook de gelijkstelling van (on)geldigheid en (on)rechtmatigheid noodzakelijkerwijs op processuele gronden rust. Stel bijvoorbeeld, dat tegen de weigering van een vergunning geen beroep wordt ingesteld. De beoordeling van een op de weigering gebaseerde actie uit onrechtmatige daad kent dan twee stappen. Als eerste stap gaat de rechter uit van de geldigheid van de weigering op grond van de formele rechtskracht. Die aanname heeft, zoals gezegd, een zuiver processuele achtergrond, omdat daarbij geen rol speelt of het weigeringsbesluit ook materieel voldoet aan de eisen voor rechtsgeldigheid. De tweede stap is ver-

13 Voor onrechtmatigheid zijn bijkomende omstandigheden nodig, aldus HR 31 januari 1997, NJ 1998, 704 m.nt. CJHB, JOR 1997/47 m.nt. SCJK (Groningen / Globe).

14 Art. 3:44 BW.

15 Datzelfde geldt als de bestuursrechter als schaderechter optreedt: ook hij neemt het rechtmatigheidsoordeel uit het vernietigingsberoep tot uitgangspunt.

16 HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 m.nt. ARB onder 88, AB 2000, 89 m.nt. PvB, AB klassiek (2003), nr. 44 (Groningen / Raatgever). De terminologie is hier lastig, omdat het begrip formele rechtskracht vaak ook de gelijkstelling van (on)geldigheid en (on)rechtmatigheid omvat. Zie nader hfdst. 8.

volgens, dat de rechter oordeelt dat het nemen van het weigeringsbesluit rechtmatig is. Hij komt tot dat oordeel, omdat het nemen van een geldig besluit volgens hem niet onrechtmatig kan zijn. Van deze tweede stap, die hier centraal staat, is nog niet duidelijk of deze slechts een processuele achtergrond heeft, of (ook) voortvloeit uit het materiële recht. Zoals gezegd, die onduidelijkheid moet verdwijnen om zicht te krijgen op de argumenten pro en contra de gelijkstelling van (on)geldigheid en (on)rechtmatigheid.

6.3 Twee verklaringen

Wanneer levert het nemen van een besluit een onrechtmatige daad op? Als er sprake is van de schending van een rechtsplicht die voortvloeit uit een geschreven of ongeschreven gedragsnorm, zo bleek in par. 3.3.¹⁷ Als het nemen van een ongeldig besluit naar materieel recht een onrechtmatige daad oplevert, moet er dus sprake zijn van schending van een rechtsplicht. Dat onrechtmatigheid uit ongeldigheid voortvloeit kan nu op twee manieren worden verklaard.

De eenvoudigste verklaring is, dat het bestuur zich in algemene zin dient te onthouden van het nemen van ongeldige besluiten. In die interpretatie is er (kenmerkend) een ongeschreven, overkoepelende gedragsnorm voor de overheid die luidt: gij zult geen ongeldige besluiten nemen. Het doet er dan voor de onrechtmatigheid verder niet toe wat de oorzaak van de ongeldigheid is. Er is een directe relatie tussen de ongeldigheid van de rechtshandeling en de kwalificatie van deze rechtshandeling als onrechtmatig. De rechter kan het ongeldige besluit verder als een 'black box' beschouwen.

De consequentie van deze aanname is, dat de relativiteitsleer nauwelijks een rol kan spelen bij besluitenaansprakelijkheid. Immers: welk publiekrechtelijk gebrek er ook aan het besluit kleeft, privaatrechtelijk is er telkens sprake van schending van hetzelfde algemene verbod om geen ongeldige besluiten nemen. Een milieuvergunning bijvoorbeeld, kan vernietigd worden omdat de daarin opgenomen geluidsnormen te ruim zijn, maar ook omdat de aanvraag niet op de voorgeschreven wijze ter inzage heeft gelegen. Als in beide gevallen dezelfde norm is geschonden, namelijk: gij zult geen ongeldig besluit nemen, dan is de positie van eisers die schade claimen wegens geluidsoverlast ook dezelfde: een onderscheid naar de beschermingsomvang van de geschonden norm is niet mogelijk.

Een tweede, alternatieve verklaring van de genoemde gelijkstelling is, dat uit ongeldigheid onrechtmatigheid voortvloeit, omdat een besluit alleen ongeldig kan zijn vanwege de schending van een publiekrechtelijke rechtsnorm. Die schending levert vervolgens een onrechtmatige daad op. De literatuur noemt deze laatste stap wel de gelijkstelling van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke onrechtmatig-

17 In de par. 5.4 t/m 5.9 is uitgewerkt om welke rechtsplichten het kan gaan. Verwezen zij naar de samenvatting in par. 5.10.

heid.¹⁸ De relatie tussen ongeldigheid en onrechtmatigheid is nu indirect. De onrechtmatige daad bestaat niet uit het nemen van het ongeldige besluit zelf, maar uit de schending van een publiekrechtelijke norm bij het nemen van dat besluit. Deze schending levert enerzijds een onrechtmatige daad op en is anderzijds de oorzaak van de ongeldigheid van het besluit.

In de literatuur lijkt deze verklaring de meest geaccepteerde, zij het dat hij vaak gezien wordt als een praktische oplossing voor de verdeling van rechtsmacht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter.¹⁹ De Hoge Raad onderbouwt zijn stelsel van rechtsmachtverdeling immers met het argument – samengevat – dat hij niet rechtsvragen wil beantwoorden waarover de bestuursrechter heeft geoordeeld, kan oordelen of had kunnen oordelen. Dat argument zou loos zijn, als het nemen van een ongeldig besluit *sec* al een onrechtmatige daad zou opleveren: het doet er dan immers niet toe welke rechtsvragen de bestuursrechter heeft beantwoord of had kunnen beantwoorden.

Maar er zijn ook inhoudelijke argumenten voor de stelling dat uit ongeldigheid onrechtmatigheid voortvloeit, omdat zij de schending van een publiekrechtelijke rechtsnorm als gemeenschappelijke noemer hebben. Ten eerste overwoog de Hoge Raad in het Ostermann-arrest al, dat de schending door de overheid van een wettelijk voorschrift, van welke aard dan ook, zonder meer een onrechtmatige daad oplevert.²⁰ Inmiddels geldt deze jurisprudentie ook voor schending van publiekrecht, niet zijnde een wettelijk voorschrift.²¹ Ten tweede laat deze interpretatie ruimte voor toepassing van de relativiteitsleer. Dat komt tegemoet aan de kritiek, dat niet elke schending van een publiekrechtelijke rechtsnorm tot aansprakelijkheid leidt. Die rechtsnorm moet dan wel de strekking hebben om bescherming te bieden tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.

De relativiteitsleer legt echter ook de beperkingen van de Ostermann-doctrine bloot. Wanneer B en W een bouwvergunning verlenen in afwijking van het bestemmingsplan en dus in strijd met art. 44 Ww, schenden zij onmiskenbaar een publiekrechtelijke rechtsnorm. Die rechtsnorm heeft echter niet de strekking om de belangen van de bouwer te beschermen: het vergunningstelsel van art. 40 Ww, en de in art. 44 Ww voorziene toetsing van het bouwplan aan het bestemmingsplan, is immers in het leven geroepen ter bescherming van de belangen van anderen dan de bouwer zelf: ten behoeve van die belangen beperkt het verbod van art. 40 Ww de vrijheid van de bouwer om te bouwen wat hij wil. Toch wordt de ver-

18 Zie Schueler (JB*plus* 2004), p. 84 en Scheltema onder HR 27 mei 1994, NJ 1997, 158 m.nt. MS (Sprangers / Staat). Voor privaatrechtelijke bevoegdheden heeft de wetgever in art. 3:14 BW expliciet bepaald dat de uitvoering daarvan in strijd met publiekrecht ongeoorloofd (en dus onrechtmatig) is.

19 Zie bijv. Van Maanen & De Lange (2005), p. 95 en 102.

20 HR 20 november 1924, NJ 1925, p. 89, AB klassiek (2003), nr. 4 (Ostermann).

21 Af te leiden uit HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726 m.nt. MS (Tolkentarieven) en HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. MS, AB 1986, 574 m.nt. PvB, AB Klassiek (2003), nr. 18 (Landbouwwliegers). Van Maanen en de Lange (2006) signaleren dat de Hoge Raad aan de strijd met ongeschreven publiekrecht geen principiële overwegingen heeft gewijd. Dat de wetgever bij de invoering van de wet Arob onder de rechtmatigheidstoets mede begreep de toetsing aan enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur, wijst er niettemin op dat de rechtmatigheid van overheidsbesluitvorming integraal aan geschreven en ongeschreven recht wordt getoetst.

lening van de bouwvergunning in strijd met het bestemmingsplan ook onrechtmatig jegens de bouwer geacht.²² Naar mijn oordeel is die onrechtmatigheid niet gelegen in de schending van de Woningwet, maar in het oordeel van het bestuur, dat in het besluit besloten ligt. Door de vergunning te verlenen, verklaart het bestuur impliciet of expliciet dat het bestemmingsplan naar zijn oordeel het bouwplan ter plaatste toelaat. Als dit oordeel vervolgens in een vernietigingsberoep onjuist blijkt te zijn, dan is in die onjuistheid de onrechtmatigheid gelegen.²³ Deze onrechtmatigheid is vergelijkbaar met de onrechtmatigheid van onjuiste informatieverstrekking voorafgaande aan het besluit. Zij vloeit niet voort uit het dictum van het besluit, maar uit de motivering. Vat men het besluit samen als ‘wij verlenen u bouwvergunning omdat zich geen van de weigeringsgronden van art. 44 Ww voordoen’, dan ligt de onrechtmatigheid niet besloten in het eerste deel (het dictum) maar het tweede deel van de zin (de motivering).²⁴ Uit deze laatste vorm van onrechtmatigheid vloeit naar positief recht overigens lang niet altijd aansprakelijkheid voort. Wie bouwt op basis van het vertrouwen dat de hem verleende bouwvergunning in bezwaar en beroep in stand blijft, doet dat op eigen risico.²⁵

Mijn voorlopige conclusie is dat de onrechtmatigheid van ongeldige besluiten twee gronden kan hebben.

1. De schending van een publiekrechtelijke rechtsnorm die de uitoefening van de bevoegdheid reguleert. Deze schending kan slechts tot aansprakelijkheid leiden voor schade aan belangen die de betrokken norm beoogt te beschermen. De schadeoorzaak is het dictum van het besluit.
2. De onjuistheid van het oordeel dat in het besluit besloten ligt. Deze schending kan in beginsel tot aansprakelijkheid leiden jegens eenieder die op dat oordeel af mocht gaan. De schadeoorzaak is de motivering van het besluit.

6.4 Kan een ongeldig besluit toch privaatrechtelijk rechtmatig zijn?

Een aantal auteurs verdedigt dat met de vernietiging (ongeldigheid) van een besluit niet de privaatrechtelijke onrechtmatigheid vast staat, maar slechts de publiekrechtelijke.²⁶ Dat standpunt gebruiken zij als wapen tegen het arrest Van Gog / Nederweert, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het nemen en handhaven van een later vernietigde beschikking een onrechtmatige daad oplevert. Volgens deze auteurs miskent de Hoge Raad dat met de vernietiging weliswaar de publiek-

22 HR 1 oktober 1999, AB 2000, 5 m.nt. ThGD, Gst. 2000, 7114, nr. 4 m.nt. HH (Van Dijk / Venray). Hierover Van der Grinten (NbBW 2000).

23 In feite is dit een geval van de ‘correctie Langemeijer’. De schending van een publiekrechtelijke norm brengt tevens de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm mee. Zie par. 3.2.

24 Deze grond voor onrechtmatigheid kwam al kort in par. 4.7 aan de orde.

25 Zie HR 29 april 1994, AB 1994, 530 m.nt. FHvdB, AB klassiek (2003), nr. 31 (Gemeenschappelijk eigendom / Den Haag). In gelijke zin: ABRvS 3 juli 2002, AB 2002, 306 m.nt. BJS (Bouwvergunning Waterland). Toen de rechtsbescherming nog beperkt was tot administratief beroep en spontane vernietiging was de leer genuanceerder: HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261, m.nt. MS, AB 1979, 528 m.nt. J.R.St. (Grubbenvorst / Caldenbroich).

26 Van Maanen (2002), par. 2.2, Tak (RMTh 2004), par. 4.

rechtelijke onrechtmatigheid vast staat, maar niet de privaatrechtelijke. Zij zien daarbij geen principieel verschil tussen schending van geschreven of ongeschreven publiekrecht. Ook een wegens strijd met de wet vernietigd besluit hoeft volgens hen dus niet per se onrechtmatig te zijn.²⁷ Lid 2 van artikel 6:162 BW bepaalt nochtans dat schending van een wettelijke plicht een onrechtmatige daad oplevert?²⁸ Hoe is deze opvatting dan te begrijpen?

De eerste verklaring is dat schending van de wet onvoldoende is om onrechtmatigheid aan te nemen. De leer Smits stelt dat schending van de wet (of de inbreuk op een recht) slechts onrechtmatig is als daardoor tevens onzorgvuldig wordt gehandeld jegens de benadeelde.²⁹ Loutere wetsschending is dus onvoldoende voor een onrechtmatigheidsoordeel. Behalve dat deze leer op gespannen voet staat met de tekst van art. 6:162 BW, zijn de bezwaren daartegen in feite dezelfde als de thans te bespreken tweede verklaring voor de stelling dat schending van de wet geen onrechtmatigheid oplevert.

De tweede verklaring voor een mogelijke discrepantie tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke onrechtmatigheid zou kunnen zijn dat het wetsbegrip van artikel 6:162 lid 2 BW niet het gehele publiekrecht omvat, maar slechts de geschreven publiekrechtelijke waarborgnormen. Is een besluit ongeldig wegens schending van een zogenaamde instructienorm, dan zou die publiekrechtelijke onrechtmatigheid geen privaatrechtelijke onrechtmatigheid opleveren, tenzij er daarnaast sprake is van schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (hier ziet men de leer Smits weer terug). Deze opvatting vindt geen steun in het positieve recht. Art. 6:162 BW noch het Ostermann-arrest maken onderscheid tussen verschillende soorten wettelijke plichten. Dat is naar mijn oordeel ook terecht. Het nemen van een besluit is een vorm van overheidsgedrag, bestaande uit de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Als de wetgever daar met publiekrechtelijke normen grenzen aan stelt, dan is dat een normering van een specifieke vorm van overheidsgedrag. De schending van een bevoegdheidsregulerende norm is dus de schending van een wettelijke gedragsnorm, en dat levert volgens art. 6:162 BW een onrechtmatige daad op. Natuurlijk is het mogelijk dat de betreffende norm niet de bescherming van de geschonden belangen van de benadeelde beoogt, maar die toets vindt plaats in het kader van de relativiteitsleer (art. 6:163 BW).³⁰ Vanuit die optiek is een instructienorm een norm zonder enige (externe) beschermingsomvang. Het zou aanbeveling verdienen om dergelijke normen, waarmee geen enkele bescherming van de burger (of van een ander overheidslichaam) wordt beoogd, niet in materiële wetgeving vast te leggen, maar in de vorm

27 Ik concentreer mij op die categorie, temeer nu de meeste ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur inmiddels zijn gecodificeerd en de grenslijn tussen geschreven en ongeschreven publiekrecht meer bepaald wordt door de agenda van de wetgever dan door inhoudelijke factoren.

28 Waarbij ik in het midden laat of art. 6:162 BW rechtstreeks of slechts 'invullend' ten grondslag ligt aan besluitenaansprakelijkheid. Dat leidt immers tot hetzelfde resultaat. Zie reeds par. 3.1.

29 Zie Sieburgh (2000), par. 4.3.1. De leer kwam al even aan bod in par. 3.3.

30 Aldus ook Asser-Hartkamp 4-III, nr. 104.

van interne richtlijnen of beleidsregels.³¹ Dat laat overigens onverlet, dat ook de schending van een instructienorm onrechtmatig is, ook al kan de individuele burger aan die norm geen bescherming ontleenen. Voor het aansprakelijkheidsrecht is die onrechtmatigheid verder niet relevant.

In de vorige paragraaf bleek dat de Hoge Raad sinds het Ostermann-arrest de schending van een wettelijk voorschrift van welke aard dan ook als een privaatrechtelijke onrechtmatige daad beschouwt. De zojuist weergegeven alternatieven voor die jurisprudentie overtuigen niet.³² Publiekrechtelijke onrechtmatigheid is wat mij betreft niet te onderscheiden van privaatrechtelijke onrechtmatigheid:

I. publiekrechtelijke onrechtmatigheid → privaatrechtelijke onrechtmatigheid

Hiermee is nog niet de vraag beantwoord of en waarom elk ongeldig besluit een onrechtmatige daad oplevert. En evenmin is verklaard waarom (het nemen van) een geldig besluit nooit als een onrechtmatige daad zou kunnen worden gekwalificeerd. De eerste vraag staat in dit hoofdstuk centraal. De tweede behandel ik in hoofdstuk 7.

6.5 Hypothese: de vernietigingsrechter toetst geldigheid

De interpretatie van de geldende jurisprudentie uit de vorige paragrafen kan schematisch als volgt worden weergegeven:

II. ongeldigheid ← publiekrechtelijke onrechtmatigheid → privaatrechtelijke onrechtmatigheid³³

Meteen is nu al te zien dat deze interpretatie de opening biedt dat een besluit ongeldig is, maar het nemen ervan toch geen privaatrechtelijke onrechtmatige daad oplevert, namelijk in het geval de ongeldigheid een andere oorzaak kent dan de schending van een publiekrechtelijke norm. De vraag is of die opening ook daadwerkelijk bestaat. Daarvoor is het nodig te bezien welke factoren de (on)geldigheid van een besluit bepalen.

Voor appellabele besluiten bepaalt artikel 8:72 lid 1 Awb dat de rechter bij een gegrond beroep een besluit vernietigt (ongeldig verklaart). Wanneer hij echter het beroep gegrond dient te verklaren, regelt de wet niet. Dit is op zichzelf al een opmerkelijke constatering. Waar het materiële burgerlijke recht nauwkeurig regelt wanneer rechtshandelingen nietig of vernietigbaar zijn, kent het bestuursrecht

31 En zelfs aan deze pseudo-wetgeving kent de Hoge Raad sinds 1990 een waarborgkarakter toe, wanneer hij haar kwalificeert als recht in de zin van art. 99 RO. Zie HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118 m.nt. MS, AB 1990, 306, m.nt. FHvdB, AB klassiek (2003), nr. 23 (Leidraad administratieve boeten 1984).

32 En eenvoudig siert goede dogmatiek. Cf. Asser-Scholten, p. 50.

33 In de tweede pijl liggen de twee genoemde onrechtmatigheidsgronden besloten: de schending van de publiekrechtelijke norm en de schending van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, zoals uiteengezet in de vorige paragraaf. De betekenissen van de pijl wordt verklaard in de terminologielijst voorin dit boek.

alleen het formeelrechtelijke artikel 8:72 lid 1 Awb. Beschouwt de wetgever de vernietigingsgronden in het materiële bestuursrecht als vanzelfsprekend?³⁴ Parlementaire geschiedenis en literatuur gaan ervan uit dat de rechter toetst of (het nemen van) het bestreden besluit onrechtmatig is.³⁵ Als dat inderdaad de enige toets is die de rechter aanlegt, en dus de enige materiële grond voor vernietiging is, dan kan men ook schrijven:

III. ongeldigheid → publiekrechtelijke onrechtmatigheid → privaatrechtelijke onrechtmatigheid

Immers, in dat geval kan de ongeldigheid van een besluit naar materieel recht alleen maar voortvloeien uit de schending van een publiekrechtelijke rechtsnorm, i.e. publiekrechtelijke onrechtmatigheid. Het is echter de vraag of de rechterlijke toetsing bij een vernietigingsberoep zich beperkt tot een rechtmatigheidstoetsing, in die zin dat alleen een publiekrechtelijke normschending zou kunnen leiden tot een gegrond beroep. Van een parallel met de toetsing van rechtshandelingen door de civiele rechter is in elk geval geen sprake. Als deze de geldigheid van rechtshandelingen beoordeelt, voert hij niet zozeer een rechtmatigheidstoets uit, als wel een rechtsgeldigheidstoets: voldoet de rechtshandeling aan de vereisten die de wet aan geldigheid ervan stelt? Is er bijvoorbeeld sprake van een wilsgebrek, dan kan dat tot vernietiging van de rechtshandeling leiden, zonder dat er een rechtmatigheidsoordeel wordt gegeven. Mijn hypothese is daarom dat bij een vernietigingsberoep niet primair de rechtmatigheid, maar de geldigheid van het beroepen besluit ter beoordeling van de rechter staat. Dat moet mijns inziens ook zo zijn, omdat het beroep is gericht op de vernietiging, en dus de ongeldigverklaring van het besluit. Daartoe dient de rechter na te gaan of er een vernietigingsgrond is, onafhankelijk van de vraag of die grond een onrechtmatige daad oplevert of niet.

6.6 Toets: een interne rechtsvergelijking

De hypothese, dat de beoordeling van een beroep tegen een besluit niet zozeer een rechtmatigheidsonderzoek vergt, als wel een onderzoek naar vernietigingsgronden, toets ik door de vereisten voor een geldige publiekrechtelijke rechtshandeling op een rijtje te zetten. Dat gebeurt in de navolgende tabel door een interne rechtsvergelijking met de privaatrechtelijke rechtshandeling.³⁶

34 Geestig is de verklaring van Duk en Nicolai (RMThemis 1993) in voetnoot 10: 'Geen wonder: de administratie ontwerpt zulke regelingen zelf. Zij stelt geen straf op eigen nalatigheden.' De wet Arob noemde de vernietigingsgronden overigens wel degelijk: strijd met een algemeen verbindend voorschrift, détournement de pouvoir, abus de pouvoir, schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

35 Zie bijv. T&C Awb (2003), art. 8:70 Awb; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2002), p. 614, De Haan, Drupsteen en Fernhout 2 (1998), IV.97, PG Awb II, p. 465.

36 Dat kan, omdat de publiekrechtelijke rechtshandeling van artikel 1:3 Awb een pendant is van de privaatrechtelijke rechtshandeling van titel 3.2 BW. Zie De Haan, Drupsteen en Fernhout 2 (1998), I.9 en Michiels (1987), par. 1.3.

	privaatrecht	publiekrecht
1	een op rechtsgevolg gerichte wil	een op rechtsgevolg gerichte wil
2	van een natuurlijke of rechtspersoon	van een geconstitueerd ambt
3	bevoegdheid op basis van autonomie	bevoegdheid op basis van heteronomie
4	openbaarmaking door een verklaring	openbaarmaking door bekendmaking
5	geen vernietigingsgronden	geen vernietigingsgronden

1. Ten eerste vereist de privaatrechtelijke rechtshandeling een op rechtsgevolg gerichte wil (art 3:33 BW). Voor de publiekrechtelijke rechtshandeling is dat niet anders: er zal sprake moeten zijn van op rechtsgevolg gerichte wilsvorming binnen een geconstitueerd ambt.³⁷
2. Is dat ambt eenhoofdig, dan is de wilsvorming in beginsel vergelijkbaar met die van een natuurlijk persoon. Is er sprake van collegiaal bestuur, dan vindt de wilsvorming plaats door interne besluitvorming, vergelijkbaar met de wilsvorming in de samengestelde organen van een rechtspersoon.³⁸
3. De privaatrechtelijke bevoegdheid: om rechtshandelingen te verrichten is gebaseerd op de menselijke autonomie.³⁹ Het bestuur heeft echter geen eigen, autonome publiekrechtelijke bevoegdheid: deze moet – in beginsel – steeds te herleiden zijn tot de formele wet.⁴⁰
4. Het privaatrecht vereist een met de wil overeenstemmende verklaring, zij het met enige nuancerings (zie de art. 3:34 t/m 3:36 BW). De verklaring is in beginsel vormvrij en moet de ontvanger bereiken om werking te krijgen (art. 3:37 BW). De publiekrechtelijke rechtshandeling is niet vormvrij, deze dient in schriftelijke vorm bekend gemaakt te worden (art 1:3 Awb jo. 3:40 Awb) om als besluit werking te krijgen. Stemt de verklaring (de inhoud van het bekendgemaakte besluit) niet overeen met de wil, dan leidt dat in beginsel echter niet tot ongeldigheid, zoals zodadelijk wordt uiteengezet.
5. Tot slot kan een privaatrechtelijke rechtshandeling ongeldig zijn, omdat er sprake is van een nietigheidsgrond of een ingeroepen vernietigingsgrond. Gemakshalve neem ik deze categorie samen onder het kopje vernietigbaarheid, omdat ook een zuivere nietigheid in het algemeen pas relevant is als een partij daar een beroep op doet. Een publiekrechtelijke rechtshandeling is zelden nietig.⁴¹ Zij is vernietigbaar als haar inhoud en/of totstandkoming in strijd

37 Of de wil op rechtsgevolg is gericht staat onder meer ter discussie bij bestuurlijke oordelen. Zie hierover Michiels (1987), hfdst. 1 en Van Ommeren (JBplus 2000).

38 Het besluit van dat orgaan wordt echter als wilsvorming van de rechtspersoon zelf geduid, terwijl in de systematiek van de Awb niet de rechtspersoon, maar het bestuursorgaan tot de rechtshandeling besluit. In de praktijk maakt dat allemaal niet veel uit. M.i. zou het veel voordelen hebben om aan te nemen dat ook in het publiekrecht de rechtspersoon de rechtshandeling verricht op basis van een bestuursbesluit. De Awb ontwikkelt zich echter in tegengestelde richting: daar wordt de band met de publiekrechtelijke rechtspersoon juist steeds meer losgelaten.

39 Art. 3:32 BW bepaalt dat iedere natuurlijk persoon bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen, voor zover de wet niet anders bepaalt. Deze bekwaamheid, die beperkt kan zijn door minderjarigheid en geestesziekten, vooronderstelt de op de menselijke autonomie gebaseerde bevoegdheid.

40 Zie het preadvies van Teunissen (2000) voor het symposium 'de autonomie van het bestuursrecht'.

met het recht is.⁴² De eerder vermelde aanname dat de rechter een besluit vernietigt als hij het besluitvormingsproces (publiekrechtelijk) onrechtmatig oordeelt, heeft op dit geval betrekking.

Het lijkt dus weliswaar niet onjuist, maar wel onvolledig te stellen dat een besluit ongeldig is, als de rechter het nemen van het besluit onrechtmatig oordeelt (eis 5). Het besluit is ook ongeldig als er aan een van de overige vereisten (eisen 1-4) voor geldigheid van de rechtshandeling niet is voldaan. Vanuit privaatrechtelijke optiek zijn de eisen 1 t/m 4 echter van een andere orde dan eis 5.

De eisen 1 t/m 4 kunnen als formele vereisten aan de rechtshandeling beschouwd worden: zonder dat voldaan is aan deze basisvereisten kan er van een existente rechtshandeling in het geheel geen sprake zijn. Zij zijn constitutief van aard. Het betreft de gevallen waarin verklaring of wil ontbreken, of waarin wil en verklaring niet overeenstemmen. De vertrouwensbescherming is in het privaatrecht overigens van dien aard, dat in veel gevallen waarin de verklaring niet overeenstemt met de wil, er toch van een rechtshandeling conform de verklaring sprake is. In de wettelijke systematiek is echter de overeenstemming tussen wil en verklaring het uitgangspunt.

In het bestuursrecht is dat anders. Ik ken geen voorbeelden uit de rechtspraak waarin een bekendgemaakte schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan niet als besluit werd gekwalificeerd omdat de aan die beslissing ten grondslag liggende wil ontbrak. Gedacht kan worden aan de burgemeester die in paniek het verkeerde noodbevel geeft, maar dat voorbeeld is tamelijk exotisch.⁴³ Minder vergezocht is het geval waarin een ambtenaar per abuis het concept-besluit ondertekent en verzendt, in plaats van het daadwerkelijk genomen besluit met een afwijkende inhoud. Heeft de ambtenaar ondertekeningsmandaat maar geen beslismandaat, dan is er sprake van een op zichzelf rechtsgeldige verklaring namens het ambt, die echter afwijkt van diens wil. In het privaatrecht doen zich vergelijkbare gevallen van onbevoegde vertegenwoordiging voor. Behoudens – samengevat – gevallen van toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid, komt er daar geen rechtshandeling tot stand.⁴⁴ In het bestuursrecht daarentegen, is het vaste jurisprudentie dat voor de vraag of een bestuursrechtelijke rechtshandeling tot stand is gebracht, existent is, de eventueel aan het besluit klevende bevoegdheidsgebreken niet van betekenis zijn.⁴⁵ Alleen wanneer er geen sprake is van een bevoegdheidspretentie of als deze onmiskenbaar ongefundeerd is, zal de rechtshandeling ook in het bestuursrecht niet tot stand komen, non-existent zijn.⁴⁶ Zodra enige twijfel

41 Zie hierover Schreuder-Vlasblom onder ABRvS 12 augustus 1999, AB 1999, 327 met verdere verwijzingen en Duk en Nicolai (RMTh 1993), Van den Burgh (NJB 2006).

42 Spontane vernietiging blijft hier buiten beschouwing.

43 Het is de vraag of het ontbreken van de wil in het bestuursrecht überhaupt een rol speelt. Het bestuursrecht richt zich niet naar de innerlijke wil, maar naar de externe strekking van de rechtshandeling, aldus Michiels (1987), par 1.3.2. In gelijke zin Schlössels (1998), par. 2.5 en 9.3 en uitvoerig Simon (1993).

44 Artikel 3:61 lid 2 BW.

45 Duk en Nicolai (RMTh 1993), p. 27, De Haan, Drupsteen en Fernhout 2 (1998), I.46v. Zie ook ABRvS 23 oktober 1997, AB 1998, 386 m.nt. MSV.

mogelijk is, komt de rechtshandeling tot stand, ook al is zij naar materieel recht ongeldig.⁴⁷ Dit systeem geldt in het bestuursrecht zowel voor overschrijding van de eigen bevoegdheid als voor onbevoegde vertegenwoordiging (ontbrekend mandaat). Het lijkt daarmee op de regeling in het BW voor rechtshandelingen van onbekwamen (art. 3:32 lid 2 BW). Deze zijn ook existent, maar vernietigbaar, en nietig indien eenzijdig en ongericht.

Het geheel ontbreken van een verklaring ten slotte zal in beide rechtsgebieden zelden relevant zijn, omdat dan niet openbaar wordt dat er een rechtshandeling in de maak is. Wel kan in het privaatrecht discussie ontstaan of de verklaring de ontvanger heeft bereikt, hetgeen een vereiste voor de werking van de rechtshandeling is (art. 3:37 lid 3 BW). Dat is in het bestuursrecht niet anders: een besluit treedt pas in werking als het op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt (art. 3:40 Awb). Voor de geldigheid van de rechtshandeling doet dit strikt genomen noch in het privaatrecht – noch in het bestuursrecht ter zake.

Als een besluit niet in werking is getreden, omdat het niet op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt, zal een tegen dat besluit gericht beroep (als prematuur ingesteld) tot niet-ontvankelijkheid moeten leiden, zij het dat artikel 6:10 Awb het in bepaalde gevallen mogelijk maakt een dergelijk beroep aan te houden totdat het besluit wel in werking is getreden. Bekendmakingsgebreken leiden dus doorgaans niet tot vernietiging. In gevallen waarin wel vernietiging wordt uitgesproken, is het besluit wel afdoende bekendgemaakt en dus in werking getreden, maar de vernietiging het gevolg van de schending van een publicatievoorschrift waarvan niet naleving tot vernietiging leidt.⁴⁸ De grond van de vernietiging is dan niet zozeer gelegen in het ontbreken van een constitutief vereiste voor de geldigheid van de rechtshandeling, maar in een totstandkomingsgebrek dat in het bestuursrecht – anders dan in het privaatrecht – tot vernietiging leidt. Zoals in par. 4.8 is opgemerkt, blijven totstandkomingsgebreken hier verder buiten beschouwing, voor zover zij geen gevolgen hebben voor (de motivering of het dictum van) het besluit zelf.

De vernietigingsgronden van eis 5 zijn in de privaatrechtelijke optiek van andere aard dan de voorgaande vier. Zij staan niet in de weg aan de totstandkoming van de rechtshandeling, maar onthouden aan die – existente – rechtshandeling haar geldigheid.⁴⁹

Een privaatrechtelijke rechtshandeling is nietig ingeval zij in strijd is met de open-

46 Voorbeelden zijn CBB 2 april 2003, AB 2004, 162 m.nt. GC en ABRvS 1 juni 2005, JB 2005/210 m.nt. LJMT (kostenverhaal Den Haag).

47 Michiels (1987), par. 3.3.2 en Duk en Nicolai (RMTh 1993), p. 28. Een zeldzaam voorbeeld van nietigverklaring onder de Awb geeft ABRvS 7 februari 1997, AB 1997, 154 (bestemmingsplan Nieuwland). De Hirs Ali kwestie heeft deze kwestie weer actueel gemaakt, zie Van den Burgh (NJB 2006) en Samkalden (NJB 2006).

48 Hetgeen enigszins opmerkelijk is, omdat de publicatie van een besluit geen deel uitmaakt van de inhoud of wijze van totstandkoming van een besluit. Anderzijds ligt het voor de hand dat de rechter ook aan deze voorschriften toetst in het kader van een vernietigingsberoep, omdat publicatie als de afronding van het besluitvormingsproces kan worden gezien. Zie ABRvS 21 februari 2006, BR 2006, p. 447.

49 Erg scherp is dit onderscheid overigens niet, nu de eisen 1 t/m 4 niet altijd constitutief van aard zijn, zoals in de diverse gevallen van gebrekkige wilsvorming (3:32 lid 3, 3:34 lid 2 BW).

bare orde of de goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW), een dwingende wetsbepaling (3:40 lid 2) BW, of niet in de voorgeschreven vorm is verricht (art. 3:39 BW). Het moet dan overigens wel gaan om schending van een essentieel vormvereiste.⁵⁰

Het bestuursrecht kent alleen schriftelijkheid als een vormvereiste, maar dat vereiste is constitutief. Een niet op schrift gestelde beslissing van een bestuursorgaan is als besluit non-existent.⁵¹ Daarom is een met artikel 3:39 BW vergelijkbare bepaling overbodig.

Overblijft nu de hoofdmoot van de rechterlijke toetsing in een vernietigingsberoep, namelijk of het besluit is genomen met inachtneming van de toepasselijke wettelijke bepalingen en rechtsbeginselen, daaronder begrepen de geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit is de rechtmatigheidstoets waar de Parlementaire Geschiedenis van de Awb op doelt: de ongeldigheid van de rechtshandeling vloeit voort uit de schending van een publiekrechtelijke norm. Deze rechtmatigheidstoetsing is ruimer dan de toets van artikel 3:40 BW, niet alleen omdat in beginsel schending van elke toepasselijke publiekrechtelijke norm tot vernietiging leidt, maar ook omdat naast de inhoud tevens de wijze van totstandkoming van het besluit wordt getoetst. Dat het om een rechtmatigheidstoets gaat, die de grenzen van de privaatrechtelijke geldigheidstoets te buiten gaat, blijkt uit het feit dat een afwijzing van een aanvraag vernietigd kan worden.⁵² Met de geldigheid van een rechtshandeling heeft een dergelijke vernietiging weinig van doen. Een afwijzing is immers geen rechtshandeling maar een feitelijke handeling, die op grond van art. 1:3 lid 4 Awb uit een oogpunt van rechtsbescherming met de corresponderende rechtshandeling is gelijkgesteld.

Tot slot de wilsgebreken. Wil en verklaring stemmen dan wel overeen, maar de vorming van de wil vertoont gebreken. In het privaatrecht leidt dat tot vernietigbaarheid van de rechtshandeling als er sprake was van bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden of dwaling.⁵³ Opmerkelijk is dat deze wilsgebreken geen publiekrechtelijke pendant kennen, terwijl het toch bepaald niet ondenkbaar is dat een publiekrechtelijk besluit onder dergelijke invloeden tot stand is gekomen.⁵⁴ De praktische relevantie van deze constatering is echter beperkt, omdat deze vernietigingsgronden primair strekken ter bescherming van degene die de rechtshandeling verricht, in het publiekrecht dus het bestuur.⁵⁵ Dat bestuur heeft nu juist niet de bevoegdheid om bij de rechter vernietiging van het besluit te vragen.⁵⁶ De wilsgebreken behoeven hier verder dus geen bespreking.

50 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 219 en 467.

51 In spoedeisende gevallen mag soms later aan het vereiste van schriftelijkheid worden voldaan. Zie bijv. art. 5:24 lid 6 Awb.

52 Art. 8:72 lid 1 jo. 8:1 jo. 1:3 lid 4 Awb.

53 Art. 3:44 BW en art. 6:228 BW.

54 Men kan daartegenover stellen dat niet de persoon die het ambt bekleedt de rechtshandeling verricht, maar het ambt zelf en dat het ambt niet onder invloed van wilsgebreken kan handelen, maar dat lijkt mij te theoretisch. ABRvS 20 juli 2005, AB 2005, 419 m.nt. Ortlep (Maasdriel) suggereert dat bedrog tot nietigheid van het besluit zou kunnen leiden, maar het lijkt mede gezien de kritische annotatie te vroeg daaraan vergaande conclusies te verbinden.

55 Vergelijk art. 2:15 lid 3 BW, dat de rechtspersoon en belanghebbenden de bevoegdheid geeft om vernietiging te vragen van besluiten van haar organen.

56 Wel voorziet de wet regelmatig in de bevoegdheid om het besluit in te trekken als er sprake is van een 'wilsgebrek', bijv. art. 59 Ww.

6.7 Resultaten: de bronnen van ongeldigheid

Wat heeft deze interne rechtsvergelijking nu opgeleverd?

1. Wilsgebreken en essentiële vormvereisten spelen, anders dan in het privaatrecht, in het publiekrecht geen rol van betekenis, terwijl daarentegen de rechtmatigheidstoetsing van publiekrechtelijke rechtshandelingen een veel groter bereik kent dan de toetsing van privaatrechtelijke rechtshandelingen aan artikel 3:40 BW. Dat verklaart waarom, anders dan in het privaatrecht, de geldigheidstoets die de vernietigingsrechter uitvoert, algemeen beschouwd wordt als een – publiekrechtelijke – rechtmatigheidstoets.
2. Anders dan in het privaatrecht leiden in het publiekrecht de diverse verschijningsvormen van de onbevoegd verrichte rechtshandeling doorgaans niet tot non-existentie, maar tot vernietigbaarheid, ofwel materiële ongeldigheid. Onderzocht zal dus moeten worden of het nemen van een besluit dat ongeldig is vanwege onbevoegdheid, een onrechtmatige daad oplevert. (Zou onbevoegdheid tot non-existentie hebben geleid, dan was dat onderzoek niet relevant geweest voor de gelijkstelling van (on)geldigheid en (on)rechtmatigheid.⁵⁷)

De conclusie van de vergelijking met de privaatrechtelijke rechtshandeling is, dat aan de ongeldigheid van een publiekrechtelijke rechtshandeling steeds de schending van een publiekrechtelijke norm ten grondslag ligt. Alleen onbevoegd genomen besluiten vormen een uitzondering op deze regel. Hypothese III uit par. 6.5 moet dus iets genuanceerd worden:

IV. ongeldigheid → publiekrechtelijke onrechtmatigheid of onbevoegdheid
 → privaatrechtelijke onrechtmatigheid

De vraag is nu: is het onbevoegd nemen van een besluit onrechtmatig, en zo ja, waarom?

6.8 Impliceert onbevoegdheid onrechtmatigheid – attributie versus regulering

In de vorige paragraaf bleek dat een onbevoegd genomen besluit naar materieel recht weliswaar ongeldig is, maar niet non-existent. Voor existentie van een rechtshandeling naar publiekrecht is voldoende dat de handeling op rechtsgevolg is gericht⁵⁸ en de aan de handeling ten grondslag liggende publiekrechtelijke bevoegdheidspretentie niet zo doorzichtig is, dat geen zinnig mens er door kan

⁵⁷ Een verklaring voor deze verschillen met het privaatrecht is de heteronomie van het bestuur. De geldigheid van zijn publiekrechtelijke rechtshandelingen vloeit niet voort uit een autonome wil, maar uit zijn bij of krachtens de wet gegeven taken en bevoegdheden. Daarom bepaalt niet zozeer de wilsvorming van het bestuur, maar de inachtneming van het publiekrecht de geldigheid van het besluit.

⁵⁸ Duk en Nicolai (RMTh 1993), p. 5, achten dit synoniem aan de in de rechtspraak gehanteerde zinsnede, dat het rechtsgevolg kennelijk beoogd was. Mijns inziens is met name van belang dat voor de geadresseerde van de handeling *kenbaar* is dat rechtsgevolg wordt beoogd.

worden bedrogen. Laten wij de privaatrechtelijke rechtshandeling buiten beschouwing, dan is er dus sprake van een besluit in de zin van art. 1:3 Awb zodra de existente rechtshandeling op schrift is gesteld. Het onderwerp van dit boek is dus wel wat ruimer dan de definitie van art. 1:3 Awb op het eerste gezicht doet vermoeden. De buitengrens is de scheidslijn tussen existente en non-existente besluiten. Een non-existent besluit is weliswaar niet niets – het kan wel degelijk rechtsgevolgen hebben, bijvoorbeeld als onrechtmatige daad – maar als feitelijke handeling valt het buiten het kader van dit boek.

Dat een besluit ondanks het ontbreken van een toereikende bevoegdheid schade kan veroorzaken, komt ten eerste omdat het – behoudens zeldzame gevallen van nietigheid – zijn geldigheid behoudt totdat het vernietigd of herroepen is.⁵⁹ Dat de inspecteur die een varkensmaatregel oplegde, daartoe onbevoegd was, deed er niet aan af, dat zijn maatregel opgevolgd moest worden totdat deze herroepen werd.⁶⁰ Onbevoegdlijk geheven belasting is verschuldigd zolang de aanslag niet is vernietigd. Wat maakt het nemen van zo een besluit onrechtmatig?

Men zou kunnen menen dat het zonder toereikende bevoegdheid nemen van een besluit onrechtmatig is, omdat het een schending oplevert van de wettelijke bepaling die de betreffende bevoegdheid toekent.⁶¹ Als artikel 125 lid 2 GemW aan B en W de bevoegdheid geeft om bestuursdwang toe te passen, dan wordt die bepaling geschonden als een ambtenaar op eigen houtje – en zonder toereikend mandaat – een besluit tot toepassing van bestuursdwang neemt; vervolgens levert schending van de wet op grond van artikel 6:162 lid 2 BW een onrechtmatige daad op, zo zou men kunnen redeneren. Die redenering deugt mijns inziens niet. Er is in deze situatie namelijk geen sprake van *schending* van artikel 125 lid 2 GemW. Sterker nog, dit artikel kan mijns inziens niet geschonden worden, want een attributie-, delegatie- of mandaatbepaling geeft geen norm: zij zegt niets over de uitoefening van een bevoegdheid, maar deelt die bevoegdheid toe. Bovendien kan deze redenering niet goed verklaren waarom de uitoefening van een in het geheel niet-bestaande bevoegdheid (zoals bijvoorbeeld vóór 1998 het opleggen van een dwangsom bij overtreding van het bestemmingsplan in plaats van het uitoefenen van bestuursdwang) wetsschending oplevert. Artikel 125 GemW zou dan zo uitgelegd moeten worden, dat de uitoefening van de daarin *niet* toegekende bevoegdheden schending van dat artikel oplevert. Maar die interpretatie is onzinnig, omdat dan alle wetsartikelen geschonden zouden worden waarin de bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom *niet* wordt toegekend.

De onrechtmatigheid van het onbevoegd nemen van een besluit kan dus niet gelegen zijn in de schending van een wetsartikel dat een bevoegdheid toekent (attributie). Evenmin is zij gelegen in schending van een wetsartikel of een geschreven of ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur dat een bevoegdheid begrenst

59 Hoofdstuk 8 gaat hier nog uitgebreider op in.

60 ABRvS 12 augustus 1999, AB 1999, 327 m.nt. MSV en ABRvS 10 augustus 2000, JB 2001/271 (Varkensmaatregel). Cf. CBB 7 oktober 1998, AB 1999, 20 m.nt. JHvdV (IJslandse pony's).

61 De Haan, Drupsteen en Fernhout 2 (1998), I.47 schrijven kortweg dat bevoegdheidsgebreken steeds tot strijd met de wet zijn te herleiden. Uitbreider hierover Voermans (2004).

(regulering), omdat nu juist een niet-bestaande bevoegdheid wordt uitgeoefend. Van schending van een wettelijke plicht is dus geen sprake. Als het onbevoegd nemen van een besluit onrechtmatig is wegens schending van een ongeschreven rechtsplicht, biedt dat weinig nieuw inzicht, omdat dat niet de vraag beantwoordt die hier centraal staat, namelijk waarom er van onrechtmatigheid sprake is.⁶²

In het systeem van art. 6:162 lid 2 BW resteert als onrechtmatigheidsgrond dan slechts de inbreuk op een subjectief recht. In par. 3.3 beredeneerde ik echter dat aan de onrechtmatigheid van (het nemen van) een besluit slechts de schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht ten grondslag kon liggen. Daaraan lag de premisse ten grondslag dat de geldigheid van een besluit wordt bepaald door de vraag of het in overeenstemming met het publiekrecht is genomen. Nu blijkt dat een onbevoegd genomen besluit weliswaar ongeldig is, maar niet noodzakelijk de schending van een publiekrechtelijke norm oplevert.⁶³ Dat betekent dat de categorie ‘inbreuk op een subjectief recht’ hernieuwde beschouwing verdient.

Als de inspecteur belasting heft maakt hij een rechtstreekse inbreuk op het eigendomsrecht van de belastingplichtige. Immers, door de heffing (die geldig is zolang zij niet is vernietigd) ontstaat zonder privaatrechtelijke titel een schuld aan de fiscus: het vermogen van de belastingplichtige vermindert met het bedrag van de heffing. Gewoonlijk wordt deze inbreuk gerechtvaardigd, omdat de heffing te herleiden is tot de formele wet, die de inbreuk rechtvaardigt. Bij een onbevoegd genomen besluit ontbreekt die rechtvaardiging: ook al is er geen publiekrechtelijke rechtsnorm geschonden, de heffing is toch onrechtmatig omdat zij een niet-gerechtvaardigde inbreuk op een subjectief recht oplevert. Die inbreuk vloeit voort uit de formele geldigheid van het besluit (die bestaat zolang het niet is vernietigd), terwijl het ontbreken van de rechtvaardigingsgrond voor de inbreuk voortvloeit uit de onbevoegdheid, de materiële ongeldigheid van het besluit. Dit voorbeeld kan veralgemeniseerd worden tot alle besluiten in het verdelende recht waarbij eenzijdig verplichtingen aan de betrokken burger worden opgelegd. In het ordeningsrecht is het bij algemeen verbindend voorschrift opgelegde verbod de meest voorkomende inbreuk op het eigendom van de normadressaat. Geschiedt dit zonder toereikende bevoegdheid, dan ontvalt daarmee de rechtvaardigingsgrond voor die inbreuk.

Het lijkt er dus op dat een onbevoegd genomen besluit een onrechtmatige daad oplevert, omdat het de burger zonder rechtvaardiging eenzijdig beperkt in zijn vrijheid om zijn vermogen naar eigen inzicht te benutten. Het vormt een inbreuk op zijn subjectieve rechten, die niet gerechtvaardigd wordt, omdat daartoe een basis in de formele wet ontbreekt. Het onbevoegd uitvoeren van een verbod op de verkoop van pocketboeken buiten de gevestigde boekhandel is dus onrechtmatig, omdat daardoor de vrijheid van de boekverkoper om zijn pocketboeken te verkopen waar hij wil, eenzijdig wordt beperkt zonder dat dit gerechtvaardigd wordt

62 Constructies als ‘de maatman’ of Kelderluikcriteria bieden hier geen soelaas.

63 Gebleken is immers dat een attributie bepaling niet geschonden *kan* worden, en een bevoegdheidsregulerende bepaling wordt niet geschonden.

door een democratisch tot stand gebrachte wet.⁶⁴ Om dezelfde reden is het uitvaardigen en handelen op basis van een onverbindende belastingverordening onrechtmatig. De relativiteitseis beperkt in deze gevallen de aansprakelijkheid jegens de normadessaat niet: zijn belangen worden zonder onderscheid beschermd door het beginsel dat de vrijheid van de burger om naar eigen inzicht zijn vermogen(s) te benutten slechts bij of krachtens de wet mag worden beperkt. Zo maakt het niet uit of winstderving van een ondernemer het gevolg is van een exploitatiebeperking uit de bouw- milieu- of economische regelgeving: telkens komt deze voor vergoeding in aanmerking als het in het leven roepen van deze beperking onrechtmatig was.

Anders ligt dit voor besluiten waarbij vrijheid wordt ‘teruggegeven’. Wordt een regeling ingetrokken zonder dat daartoe de bevoegdheid bestaat, dan komt daarmee de bescherming te vervallen, die de betrokken regeling aan bepaalde belangen verleende. Nu zal deze situatie niet zo vaak voorkomen, omdat in de bevoegdheid tot vaststelling van een regeling doorgaans ook de bevoegdheid tot intrekking ervan besloten ligt. Beter voorstelbaar is dat een verbod deels wordt opgeheven, bijvoorbeeld door verlening van een ontheffing terwijl de regeling niet in een ontheffingsmogelijkheid voorziet. De onrechtmatigheid van een dergelijke ontheffing jegens derden is m.i. daarin gelegen, dat hun zonder toereikende bevoegdheid de bescherming wordt ontnomen die de regeling hun biedt. De relativiteitseis beperkt in deze gevallen de aansprakelijkheid jegens de derden wel degelijk: alleen de aantasting van de door de regeling beschermde belangen komt voor vergoeding in aanmerking. Zo zal de winstderving van een ondernemer in beginsel wel voor vergoeding in aanmerking komen als deze het gevolg is van een onbevoegd verleende vrijstelling van een tot een concurrent gericht exploitatieverbod, maar niet als deze het gevolg is van een aan die concurrent onbevoegd verleende ontheffing van een lozingsverbod.⁶⁵

Om beide categorieën van onrechtmatigheid (eenzijdig inperken van vrijheid of verminderen van bescherming die een regeling biedt) te scharen onder de categorie ‘inbreuk op een subjectief recht’ vergt een uitleg van het inbreukcriterium die wellicht verder gaat dan door Sieburgh verdedigd.⁶⁶ De inbreuk is echter wel – zoals vereist – rechtstreeks: het overheidsgedrag zelf is inbreukmakend. Het is immers een rechtshandeling die zonder tussenliggende feitelijke causale keten de belangen van de benadeelde aantast. Dat rechtvaardigt naar mijn oordeel de extensieve interpretatie van het begrip subjectief recht in de context van de besluiten-aansprakelijkheid. Die interpretatie leidt ook niet tot inconsistenties in privaatrechtelijke verhoudingen, omdat de ene burger niet door een eenzijdige rechtshandeling inbreuk kan maken op een subjectief recht van de andere burger.⁶⁷

64 Cf. HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt. HD, AA XVIII, 266 m.nt. M.T. en G. (Pocketboeken II).

65 Met dien verstande dat als de ontheffing een concurrentievoordeel oplevert, er tevens sprake kan zijn van de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (de correctie Langemeijer, zie par. 3.2). Er zal dan wel sprake moeten zijn van bijkomende omstandigheden, bijvoorbeeld als met de ontheffing beoogd werd de houder een concurrentievoordeel te verschaffen.

66 Zie par. 3.3.

67 Historisch gezien ligt de respectering van subjectieve rechten (als tegenhanger van belangen) zelfs aan de basis van de rechtsbescherming tegen de overheid. Zie Van der Hoeven (1989).

Tot nu toe gaat het telkens om de onbevoegde inperking van de vrijheid van de geadresseerde van het besluit (bijvoorbeeld door heffing van belasting of invoering van een verbod) of de onbevoegde vermindering van de bescherming, die de betrokken regeling aan de belangen van derden biedt (bijvoorbeeld door de verlening van een ontheffing). Is de onbevoegde vaststelling van een regeling (bijvoorbeeld tot invoering van een verbod) nu ook onrechtmatig jegens derden wier belangen de regeling (het verbod) beoogt te beschermen? Deze vraag doet zich niet zo vaak voor, omdat derden veelal geen schade zullen lijden door de onbevoegde invoering van een verbod strekkende tot bescherming van hun belangen. Maar als een derde toch schade lijdt, is het besluit *jegens hem* niet onrechtmatig vanwege schending van het legaliteitsbeginsel. Er is immers geen sprake van een eenzijdige inperking van zijn vrijheid of vermindering van de bescherming van zijn belangen.

De derde kan schade lijden doordat hij zijn gedrag afstemt op de regeling, terwijl de regeling (het verbod) later onverbindend blijkt. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een onderneming bepaalde investeringen doet op basis van een brancheringsregeling in het bestemmingsplan, die later onverbindend blijkt, waardoor concurrenten zich ook kunnen vestigen. De onrechtmatigheid is dan niet gelegen in het dictum van het besluit (de verbodsbepaling of de weigering van de vergunning), maar in de motivering, waarin de bevoegdheidspretentie besloten ligt. De onrechtmatigheid jegens hem is niet gelegen in een inbreuk op zijn recht, maar in de onjuistheid van het oordeel van het bestuur dat in de regeling besloten ligt (nl. dat de WRO de bevoegdheid geeft om een dergelijke brancheringsregeling in het bestemmingsplan op te nemen). Jegens hem is de vaststelling van het bestemmingsplan onzorgvuldig geweest. Hetzelfde type onrechtmatigheid, maar nu jegens de geadresseerde, doet zich voor bij de eerdergenoemde verlening van een ontheffing zonder dat de betrokken regeling een ontheffingsmogelijkheid kent. Wordt de ontheffing op bezwaar herroepen, dan kan de ontheffinghouder schade lijden doordat hij zijn gedrag op de eerdere verlening heeft afgestemd. Behalve jegens de derde is het onbevoegd verlenen van de ontheffing ook jegens de ontheffinghouder zelf onrechtmatig, omdat in dat besluit een onjuiste bevoegdheidspretentie besloten ligt.

Mijn conclusie is dat de onrechtmatigheid van onbevoegd genomen besluiten drie gronden kan hebben.

1. De inbreuk op de vrijheid van de burger zijn vermogen(s) naar eigen inzicht te benutten, zonder dat daaraan een geldig besluit als rechtvaardiging ten grondslag ligt. De relativiteitseis beperkt deze aansprakelijkheid niet. De schadeoorzaak is het dictum van het besluit.
2. De vermindering van de bescherming die een regeling aan bepaalde belangen beoogt te geven, zonder dat daaraan een geldig besluit als rechtvaardiging ten grondslag ligt. De relativiteitseis beperkt deze aansprakelijkheid tot de belangen die de regeling beoogt te beschermen. De schadeoorzaak is het dictum van het besluit.

3. De onjuistheid van het oordeel dat in het besluit besloten ligt. Deze schending kan in beginsel tot aansprakelijkheid leiden jegens eenieder die op dat oordeel af mocht gaan. De schadeoorzaak is de motivering van het besluit.

De eerste twee onrechtmatigheidsgronden zijn te herleiden tot het legaliteitsbeginsel; de laatste is een concretisering van een algemeen voor de overheid geldende zorgvuldigheidsnorm om geen onjuiste informatie te verstrekken omtrent de inhoud en toepassing van haar publiekrechtelijke bevoegdheden.

De hypothese uit paragraaf 7.7:

- V. ongeldigheid → publiekrechtelijke onrechtmatigheid of onbevoegdheid
 → privaatrechtelijke onrechtmatigheid

was dus juist.

6.9 Relatieve onbevoegdheid – delegatie en mandaat

De conclusie van de vorige paragraaf gaat op voor gevallen waarin een bevoegdheid wordt gepretendeerd die in werkelijkheid niet bestaat, of niet in de gepretendeerde omvang. Men zou deze gevallen kunnen aanduiden als absolute onbevoegdheid (ontoereikende attributie). Bestaat de onbevoegdheid eruit, dat een wel bestaande bevoegdheid wordt uitgeoefend door een onbevoegd persoon of orgaan – aan te duiden als relatieve onbevoegdheid (ontoereikende delegatie of mandaat) – dan is zij minder overtuigend. Als bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld terwijl deze op grond van de toepasselijke wet bij AMvB gesteld moeten worden, dan betekent dat niet noodzakelijk dat deze regels een grotere vrijheidsbeperking opleggen dan wanneer ze bij AMvB gegeven zouden zijn. Als de ministeriële regels blijven binnen het wettelijke kader en ook overigens geen schending van publiekrecht opleveren, dan is de enig overblijvende vraag of dezelfde regels ook bij daadwerkelijk bij AMvB zouden zijn gesteld. Dat is echter een causaliteitsvraag.

Het uitvaardigen van een regeling door een onbevoegde levert m.i. dan ook niet noodzakelijk een onrechtmatige daad op, wanneer zij, ware zij door het bevoegde orgaan uitgevaardigd, geldig geweest zou zijn.⁶⁸ Datzelfde geldt ook voor andere besluiten dan algemeen verbindende voorschriften. Verleent een onbevoegde ambtenaar bouwvergunning in overeenstemming met art. 44 Ww, dan is die verlening m.i. niet onrechtmatig, uitsluitend omdat de betreffende mandaatregeling gebrekkig is. Integendeel, wanneer het de uitoefening van een gebonden bevoegdheid betreft, is eigenlijk niet goed in te zien waarom de loutere onbevoegdheid van de ambtenaar tot de kwalificatie onrechtmatigheid zou moeten leiden.

⁶⁸ Ervan uitgaande dat het uitvaardigen van de regeling in dat geval rechtmatig zou zijn geweest. Dat dat zo is, blijkt in hoofdstuk 7.

Voor de uitoefening van discretionaire bevoegdheden ligt dit mogelijk anders. Want hoe te oordelen over de situatie dat een ambtenaar onbevoegdlijk, maar overigens rechtmatig vrijstelling verleent van het bestemmingsplan, waarna B en W de vrijstelling in bezwaar herroepen, en waarbij tevens vaststaat dat B en W de vrijstelling (om doelmatigheidsredenen) ook nooit verleend zouden hebben? Jegens de bouwer is de verlening onrechtmatig om dezelfde reden als al eerder genoemd: bij hem is het vertrouwen gewekt dat de vrijstelling rechtsgeldig verleend werd. Maar welke rechtsplicht is jegens de omwonenden geschonden? Deze casus vertoont weer veel overeenkomst met de gevallen van absolute onbevoegdheid: jegens derden is het primaire besluit onrechtmatig, omdat de bescherming die het bestemmingsplan hun biedt wordt verminderd zonder dat daaraan een bevoegd genomen besluit ten grondslag ligt.

Het essentiële verschil tussen de uitoefening van gebonden en vrije bevoegdheden in dit kader is, dat het wel bevoegde bestuursorgaan in het laatste geval ruimte heeft tot zelfstandige wilsvorming, het concretiseren van een norm of verbintenis. Is de bevoegdheid gebonden, dan is de uitoefening daarvan niet meer dan uitvoering. Oefent een onbevoegd orgaan of persoon een gebonden bevoegdheid uit, dan kan de rechter het betreffende besluit vernietigen wegens onbevoegdheid, maar de rechtsgevolgen in stand laten, omdat rechtens geen ander besluit mogelijk is.⁶⁹ Bij een discretionaire bevoegdheid heeft hij die mogelijkheid in het algemeen niet. Staat echter vast dat het bevoegde bestuursorgaan de bevoegdheid op dezelfde wijze zou hebben uitgeoefend als de onbevoegde, dan is er weer geen belemmering om de rechtsgevolgen in stand te laten. De kernvraag is dus of het bevoegde orgaan hetzelfde besluit genomen zou hebben.⁷⁰ Men kan het aan de rechter in een beroepsprocedure overlaten om deze vraag aan het bevoegde orgaan te stellen en op basis van het antwoord daarop een beslissing te nemen omtrent het al dan in stand laten van de rechtsgevolgen van het onbevoegd genomen besluit. Naar mijn oordeel kan de noodzaak van rechterlijke tussenkomst vermeden worden door het bevoegde orgaan naar analogie van art. 3:69 BW de bevoegdheid te geven het onbevoegd genomen besluit te bekrachtigen.⁷¹ Wordt het besluit niet op de voorgeschreven wijze bekrachtigd, dan zal het moeten worden vernietigd of herroepen. Het nemen van dat besluit is dan om dezelfde reden onrechtmatig als bij absolute onbevoegdheid.

69 Art. 8:72 lid 3 Awb. Zie ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 102 m.nt. ICvdV (CodArts).

70 Naar positief recht determineert deze vraag de aansprakelijkheid ook al, maar dan via het causale verband. ABRvS 12 augustus 1999, AB 1999, 327 m.nt. MSV (varkensmaatregel).

71 De artikelen 6:18 en 6:19 Awb bieden die mogelijkheid niet, omdat het in mijn voorstel niet gaat om de wijziging of intrekking van een besluit door hetzelfde orgaan, maar om de bekrachtiging van een besluit door een ander orgaan.

6.10 Drie gronden voor ongeldigheid en onrechtmatigheid

De conclusie van par. 3.2 was dat de onrechtmatigheid van ongeldige besluiten twee gronden kan hebben.

1. De schending van een publiekrechtelijke rechtsnorm die de uitoefening van de bevoegdheid reguleert. Deze schending kan slechts tot aansprakelijkheid leiden voor schade aan belangen die de betrokken norm beoogt te beschermen. De schadeoorzaak is het dictum van het besluit.
2. De onjuistheid van het oordeel dat in het besluit besloten ligt. Deze schending kan in beginsel tot aansprakelijkheid leiden jegens eenieder die op dat oordeel af mocht gaan. De schadeoorzaak is de motivering van het besluit.

Een interne rechtsvergelijking leverde vervolgens op dat aan de ongeldigheid van een besluit naast de schending van een publiekrechtelijke rechtsnorm (1) ook onbevoegdheid ten grondslag kan liggen. Het nemen van een besluit zonder toereikende bevoegdheid bleek in par. 3.6 echter ook een onrechtmatige daad op te leveren. Daarvoor waren drie gronden aan te wijzen.

3. De inbreuk op de vrijheid van de burger zijn vermogen(s) naar eigen inzicht te benutten, zonder dat daaraan een geldig besluit als rechtvaardiging ten grondslag ligt. De relativiteitseis beperkt deze aansprakelijkheid niet. De schadeoorzaak is het dictum van het besluit.
4. De vermindering van de bescherming die een regeling aan bepaalde belangen beoogt te geven, zonder dat daaraan een geldig besluit als rechtvaardiging ten grondslag ligt. De relativiteitseis beperkt deze aansprakelijkheid tot de belangen die de regeling beoogt te beschermen. De schadeoorzaak is het dictum van het besluit.
5. De onjuistheid van het oordeel dat in het besluit besloten ligt. Deze schending kan in beginsel tot aansprakelijkheid leiden jegens eenieder die op dat oordeel af mocht gaan. De schadeoorzaak is de motivering van het besluit.

Een onrechtmatigheidsgrond hebben onbevoegd genomen besluiten met de overige ongeldige besluiten gemeen, namelijk de onzorgvuldigheid van de onjuistheid van het oordeel dat in het besluit besloten ligt (2 en 5). De schending van deze – ongeschreven – norm beschermt eenieder die op de geldigheid van het besluit gerechtvaardigd vertrouwd.

Verder lijken de onrechtmatigheidsgronden voor onbevoegd genomen besluiten en overige ongeldige besluiten uiteen te lopen (1 versus 3 en 4). Bij schending van een publiekrechtelijke regulerende norm is de onrechtmatigheid gelegen in de schending van een wettelijke of ongeschreven rechtsplicht; bij onbevoegdheid is de onrechtmatigheid gelegen in de inbreuk op een subjectief recht, althans wanneer men dat laatste begrip niet te beperkt opvat. Toch zijn beide onrechtmatigheidsgronden onder één noemer te brengen, als men de regels die de uitoefening van een bevoegdheid reguleren, opvat als begrenzingen van die bevoegdheid. Zij bepalen in het concrete geval wanneer de inbreuk op het subjectieve recht van de belanghebbende niet gerechtvaardigd wordt door de bevoegdheidsuitoefening, ook al is deze in abstracto te herleiden tot de formele wet. Als bijvoorbeeld bij een belastingheffing een te hoog tarief wordt toegepast, is er sprake van schending van de (regulerende) norm die het tarief regelt. Men kan echter evengoed stellen dat

voor het teveel gehevene geen grondslag in de betreffende belastingwet te vinden is.

Dat bij de uitoefening van een bevoegdheid de schending van regulerend publiekrecht en onbevoegdheid in wezen dezelfde onrechtmatigheidsgrond opleveren, illustreert het volgende voorbeeld.

Stel dat de gemeentelijke speelautomatenverordening in artikel 2 lid 1 bepaalt dat de burgemeester vergunning kan verlenen voor het exploiteren van een speelautomatenhal. Lid 2 bepaalt dat er in de gemeente maar voor een speelautomatenhal vergunning mag worden verleend. Verleent de burgemeester nu toch voor een tweede hal vergunning, dan oefent hij zijn bevoegdheid uit in strijd met lid 2. Hij schendt een voorschrift dat zijn bevoegdheidsuitoefening reguleert, en dus onrechtmatig. In een andere gemeente bepaalt artikel 2 dat de burgemeester maximaal 1 vergunning kan verlenen voor het exploiteren van een speelautomatenhal. Verleent de burgemeester nu voor een tweede hal vergunning, dan overschrijdt hij zijn bevoegdheid. Materieel gesproken is er echter geen enkel verschil tussen zijn onbevoegd handelen en het onrechtmatig handelen van zijn eerdergenoemde collega.

Dit voorbeeld is niet uitzonderlijk: in zeer veel gevallen hangt het af van de redactie van het algemeen verbindend voorschrift of er sprake is van een ongeoorloofde uitoefening van een bevoegdheid of van overschrijding of zelfs het geheel ontbreken van die bevoegdheid. Dat ondersteunt de conclusie, dat het nemen van een besluit zonder toereikende bevoegdheid, net als de schending van een regulerende norm bij de uitoefening van een wel toereikende bevoegdheid, een onrechtmatige daad oplevert.

Alleen als het besluit bestaat uit een weigering een bepaalde bevoegdheid uit te oefenen, is deze synthese minder overtuigend. De rechtsplicht tot uitoefening van een bevoegdheid begrenst die bevoegdheid immers niet. Deze moet dus als aparte onrechtmatigheidscategorie worden gehandhaafd. Dat schending van deze rechtsplicht ook tot vernietiging leidt, komt doordat in het systeem van de Awb de weigering om een besluit te nemen ook aan het vernietigingsberoep onderworpen is.⁷²

De gronden die zowel aan de ongeldigheid van een besluit als aan de onrechtmatigheid van het nemen daarvan ten grondslag kunnen liggen zijn dus samengevat de volgende.

1. Schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht tot uitoefening van een bevoegdheid. In het verdelende recht vloeit deze rechtsplicht gewoonlijk uit de wet voort, als uitoefening van de bevoegdheid een publiekrechtelijke verbintenis in het leven roept. Vernietiging van de weigering is dan gebaseerd op strijd met het betrokken wetsartikel. Is daarentegen de rechtsplicht ongeschreven (zij vloeit bijvoorbeeld voort uit een taak van het bestuur, of uit een ongeschreven rechtsbeginsel, zoals het vertrouwens- of het gelijkheidsbe-

72 Art. 6:2 Awb.

- ginsel) dan wordt de vernietiging in de praktijk vaak gegrond op een motiveringsgebrek (zoals bij de weigering handhavend op te treden). De shadeoorzaak is telkens het dictum van het besluit (de al dan niet fictieve weigering om de rechtshandeling te verrichten).
2. De inbreuk op een subjectief recht door de eenzijdige wijziging van een rechtsverhouding zonder toereikende bevoegdheid (attributie), of met overschrijding van de grenzen die het publiekrecht in het concrete geval stelt (regulering). De eenzijdige wijziging kan bestaan uit de inperking van de handelingsvrijheid van de adressaat van het besluit (invoering verbod, heffing van belasting), dan wel de vermindering van de bescherming die derden aan de betrokken regeling kunnen ontlene (verlening vergunning). Vernietiging van het besluit grondt de rechter in dit geval ofwel op onbevoegdheid (attributie), ofwel op strijd met een regulerende norm (vervat in de wet of ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur). De shadeoorzaak is telkens het dictum van het besluit (de rechtshandeling).
 3. Schending van een ongeschreven rechtsplicht tot het geven van juiste feitelijke en rechtsoordelen in de motivering van het besluit. Deze oordelen kunnen ook impliciet uit het besluit blijken. Vernietiging van het besluit wordt doorgaans niet (rechtstreeks) op deze schending gebaseerd, omdat zij gewoonlijk samengaat met een van de onder 1 of 2 genoemde vernietigingsgronden. Leidt echter het onjuiste rechtsoordeel of feitelijke oordeel niet tot een onjuist dictum, dan zal de vernietiging gebaseerd moeten worden op een materieel motiveringsgebrek (art. 3:46 BW).⁷³ De shadeoorzaak is de motivering van het besluit.

De gronden 1 en 2 sluiten elkaar onderling uit. Grond 3 zal zich doorgaans voordoen naast de gronden 1 en 2. Zogenaamde ‘bestuurlijke rechtsoordelen’ zullen louter op grond 3 onrechtmatig kunnen zijn.

Bij de eerste twee gronden speelt de relativiteitseis mijns inziens geen rol als de onrechtmatigheid is gelegen in de eenzijdige inperking van de handelingsvrijheid van de adressaat van het besluit, of de instandhouding van die inperking (bij niet-uitoefening van de bevoegdheid, bijvoorbeeld de weigering van een milieuvergunning). Het legaliteitsbeginsel vrijwaart immers alle belangen tegen vrijheidsbeperkingen van overheidswege zonder toereikende wettelijke grondslag.

Is de onrechtmatigheid gelegen in de eenzijdige vermindering van de bescherming die derden aan de betrokken regeling kunnen ontlene, of het achterwege laten van het vergroten van die bescherming (bij niet-uitoefening van de bevoegdheid, bijvoorbeeld de weigering strengere milieuvoorschriften op te leggen), dan speelt de relativiteitseis wel een rol: alleen aantasting van die belangen tot bescherming waarvan de regeling strekt, kan leiden tot aansprakelijkheid. Op de rol die de rela-

⁷³ HR 2 juni 1995, NJ 1997, 164 m.nt. MS (Aharchi / Bedrijfsvereniging Tabak) laat zien dat de bestuursrechter dit niet steeds doet, wat in dat arrest tot gevolg had dat de eiser de onrechtmatigheid van het gegeven rechtsoordeel door de leer van de formele rechtskracht helemaal niet meer aan de orde kon stellen. Zie nader hoofdstuk 8.

tiviteitseis speelt als de onrechtmatigheid bestaat uit het geven van een onjuist feitelijk of rechtsoordeel, kom ik kort terug in de slotbeschouwing (par. 9.13).

6.11 Samenvatting

Omdat de aansprakelijkheid voor ongeoorloofde besluiten naar positief recht zijn grondslag vindt in art. 6:162 BW, is in hoofdstuk 4 nagegaan welke rechtsplichten het bestuur kan schenden bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Daarbij heb ik een materiële benadering gekozen, omdat de frase ‘strijd met de wet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur’ weinig inzicht biedt in wat nu de werkelijke reden is voor de onrechtmatigheid van het nemen van het besluit. Het resultaat van die benadering was, dat de rechtsplichten voor het bestuur, waar het betreft het dictum van het besluit, in drie categorieën te onderscheiden zijn:

1. de rechtsplicht om een besluit te nemen wanneer overheidsoptreden geboden is (de vraag óf de bevoegdheid uitgeoefend moet worden);
2. de rechtsplicht om de bevoegdheid niet voor een ander doel te gebruiken dan waarvoor zij is gegeven (de buitengrenzen van de bevoegdheid);
3. de rechtsplicht om tot een evenwichtige belangenafweging te komen (de materiële zorgvuldigheid als sluitstuk van gelede normstelling).⁷⁴

In de praktijk zullen deze rechtsplichten vervat zijn in de betrokken publiekrechtelijke regeling (regulerende normen) of voortvloeien uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Onduidelijk bleef echter, waarom de rechtspraak een onbevoegd genomen, en dus ongeldig besluit ook als een onrechtmatige daad kwalificeert. Daarom is in dit hoofdstuk onderzoek gedaan naar de verhouding tussen de geldigheid van een besluit en het rechtmatigheidsoordeel dat over het nemen van dat besluit wordt geveld.

Naar positief recht neemt de rechter, wanneer hij oordeelt over de aansprakelijkheid van het bestuur, de geldigheid van het besluit inderdaad als maatstaf voor zijn rechtmatigheidsoordeel. Die maatstaf heeft echter een veel ruimer bereik dan alleen onbevoegd genomen besluiten. Zij strekt zich ook uit tot in strijd met de wet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur genomen besluiten en tot weigeringen om besluiten te nemen. Bovendien neemt de rechter ook het omgekeerde aan, namelijk dat het nemen van een geldig besluit geen onrechtmatige daad kan opleveren. Wat verder opvalt is dat de rechter aan zijn rechtmatigheidsoordeel niet de schending van een concrete rechtsplicht ten grondslag legt, maar de onrechtmatigheid van het nemen van het besluit rechtstreeks afleidt uit de ongeldigheid van dat besluit. Daarom is in dit hoofdstuk onderzocht of en waarom het nemen van een ongeldig besluit een onrechtmatige daad oplevert.

⁷⁴ Hoofdstuk 5 liet zien dat de plicht om nadeelcompensatie toe te kennen niet voortvloeit uit een gedragsnorm maar een zelfstandige verbintenis is. Het is dus geen rechtsplicht.

De equivalentie tussen ongeldigheid en onrechtmatigheid wordt in rechtspraak en literatuur niet onderbouwd met materieelrechtelijke argumenten, maar met de gewenste verdeling van rechtsmacht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Voorkomen moet worden, aldus de Hoge Raad, dat de burgerlijke rechter dezelfde rechtsvragen als de bestuursrechter (opnieuw) beantwoordt. Het is echter niet evident dat de burgerlijke rechter bij het uitspreken van een rechtmatigheidsoordeel dezelfde rechtsvragen moet beantwoorden als de bestuursrechter in een vernietigingsberoep. De criteria voor de geldigheid (ofwel: de gronden voor nietigheid en vernietiging) van een privaatrechtelijke rechtshandeling bijvoorbeeld, zijn geenszins dezelfde als de criteria aan de hand waarvan de rechtmatigheid van het verrichten van zo een rechtshandeling wordt beoordeeld.

Dat het nemen van een ongeldig besluit een onrechtmatige daad oplevert kan naar materieel recht op twee manieren worden verklaard. De eerste verklaring legt een direct verband tussen ongeldigheid en onrechtmatigheid: het nemen van een ongeldig besluit is onrechtmatig omdat de burger erop mag vertrouwen dat de overheid rechtsgeldige besluiten neemt. De tweede verklaring legt een indirect verband: het nemen van een ongeldig besluit is onrechtmatig omdat aan zowel de ongeldigheid als de onrechtmatigheid de schending van publiekrecht ten grondslag ligt. Deze laatste verklaring strookt met het Ostermann-arrest, maar dat maakt de eerste verklaring niet overbodig. Het Ostermann-arrest kan namelijk niet verklaren waarom de verlening van een ongeldige vergunning jegens de vergunninghouder onrechtmatig is. De geschonden norm strekt in dat geval immers niet tot bescherming van de belangen van de aanvrager. De onrechtmatigheid van de vergunningverlening jegens de vergunninghouder is mijns inziens gelegen in het onjuiste oordeel van het bestuur omtrent de toelaatbaarheid van de vergunde activiteit. De schade wordt veroorzaakt doordat de vergunninghouder op dit onjuiste oordeel afgaat.

Volledigheidshalve is onderzocht of het mogelijk is dat het nemen van een besluit rechtmatig is ondanks de schending van publiekrecht. Men kan betogen dat de schending van een publiekrechtelijke norm niet noodzakelijkerwijs onrechtmatige daad oplevert, omdat voor onrechtmatigheid tevens onzorgvuldigheid is vereist. Daaraan verwant (maar minder verstrekkend) is het betoog dat instructienormen, in tegenstelling tot waarborgnormen, geen (geschreven of ongeschreven) rechtsplichten scheppen als bedoeld in art. 6:162 BW, zodat schending van instructienormen niet steeds een onrechtmatige daad oplevert. Mij hebben die betogen niet kunnen overtuigen: de grenzen die de wetgever of het ongeschreven recht stellen aan (de wijze van) bevoegdheidsuitoefening reguleren overheidsoptreden en zijn derhalve gedragsnormen. Schending van die regels levert dus een onrechtmatige daad op. Voor zover de regels niet de strekking hebben bepaalde belangen te beschermen, begrenst de relativiteitsleer de overheidsaansprakelijkheid.

Levert nu het nemen van een naar materieel recht ongeldig besluit altijd een onrechtmatige daad op, en – omgekeerd – is het nemen van een naar materieel recht geldig besluit altijd rechtmatig? In dit hoofdstuk stond de eerste vraag cen-

traal.⁷⁵ Een interne rechtsvergelijking leerde dat de publiekrechtelijke rechtshandeling een ander karakter heeft dan de privaatrechtelijke: wilsgebreken bijvoorbeeld, spelen daar geen rol van betekenis, terwijl de schending van publiekrecht, die in het privaatrecht een bescheiden rol speelt (art. 3:40 BW) in het publiekrecht de voornaamste reden voor vernietiging is. Beide verschillen laten zich verklaren door de tegenstelling van de autonome private persoon versus de heteronome overheid.

De conclusie van de rechtsvergelijking was dat de ongeldigheid van een besluit slechts kan voortvloeien uit de schending van publiekrecht en onbevoegdheid. Uit het perspectief van het aansprakelijkheidsrecht bleek er vervolgens geen relevant onderscheid te maken tussen besluitvorming zonder toereikende bevoegdheid (absolute onbevoegdheid) en besluitvorming in strijd met normen die de uitoefening van de bevoegdheid inhoudelijk reguleren. In beide gevallen namelijk, brengt het bestuur eenzijdig een wijziging in een bestaande rechtsverhouding teweeg zonder dat de formele wet daarvoor een toereikende basis biedt. Het besluit is dus naar materieel recht ongeldig, maar veroorzaakt schade omdat het (formeel) zijn geldigheid behoudt zolang het niet is vernietigd. De gemeenschappelijk noemer van deze onrechtmatigheid kan gevonden worden in het criterium ‘inbreuk op een recht’ van art. 6:162 lid 2 BW.

Bestaat de onbevoegdheid daaruit, dat een op zichzelf bestaande bevoegdheid oprechtsgeldige wijze wordt uitgeoefend, maar door een niet-bevoegd persoon of orgaan (relatieve onbevoegdheid), dan heeft de onrechtmatigheid een ander karakter. De eenzijdige wijziging van de rechtsverhouding vindt dan immers plaats binnen de grenzen van het publiekrecht, zodat het rechtsgevolg voor de burger niet verschilt van een bevoegd genomen besluit. Dat is alleen anders, als er sprake is van een discretionaire bevoegdheid, die de onbevoegde besluitnemer anders invult dan het bevoegde orgaan zou hebben gedaan. De jurisprudentie beschouwt ook relatieve onbevoegdheid als onrechtmatig overheidsoptreden, en behandelt de vraag welk besluit het bevoegde orgaan zou hebben genomen in het kader van het causale verband. Dit verband ontbreekt als het bevoegde orgaan hetzelfde besluit genomen zou hebben. Voor het uiteindelijke resultaat, de overheidsaansprakelijkheid, maakt dit geen verschil. Niettemin zou het proceseconomisch zijn om – naar analogie met art. 3:69 BW – de rechtsfiguur van bekrachtiging in het publiekrecht op te nemen. Rechterlijke interventie kan dan achterwege blijven. Na bekrachtiging is er geen grond meer om het onbevoegde besluit onrechtmatig te oordelen. Vindt geen bekrachtiging plaats, dan is het onbevoegd genomen besluit om dezelfde reden onrechtmatig als in gevallen van absolute onbevoegdheid.

Het nemen van een ongeldig besluit levert naar materieel recht dus inderdaad een onrechtmatige daad op, omdat de gronden voor vernietiging en onrechtmatigheid dezelfde zijn. Waar het betreft de inhoud van het besluit, vallen zij in drie groepen uiteen.

75 In het volgende hoofdstuk de tweede.

1. De schending van een rechtsplicht tot uitoefening van een bevoegdheid (falend bestuur). Vernietiging volgt in dit geval uit strijd met een expliciet wettelijk voorschrift of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.⁷⁶ De schadeoorzaak is het dictum van het besluit.
2. De inbreuk op een subjectief recht zonder toereikende bevoegdheid. Vernietiging volgt in dit geval uit onbevoegdheid of strijd met een regulerende norm. De schadeoorzaak is het dictum van het besluit.
3. Een onjuist feitelijk of rechtsoordeel. Vernietiging volgt in dit geval uit een materieel motiveringsgebrek. De schadeoorzaak is de motivering van het besluit.

Omdat deze gronden zowel de geldigheidstoets in het vernietigingsberoep als de rechtmatigheidstoets bij een actie uit onrechtmatige daad volledig omvatten, is de door de Hoge Raad aanvaarde gelijkstelling tussen vernietiging en onrechtmatigheid juist. Het materiële recht biedt geen steun voor het betoog dat de Van Gog / Nederweert jurisprudentie moet worden verlaten, althans waar het de onrechtmatigheid betreft.⁷⁷ De verklaring hiervoor is dat het vernietigingsberoep zich in de loop der tijd heeft ontwikkeld tot een volledige rechtmatigheidstoets. Als men ervan uitgaat dat in het vernietigingsberoep ook daadwerkelijk een integrale rechtmatigheidstoets plaatsvindt, is er op het punt van de onrechtmatigheid geen rol meer weggelegd voor de burgerlijke rechter wanneer hij oordeelt over de aansprakelijkheid voor appellabele besluiten. In hoofdstuk 8 zal gezien moeten worden of er wel een taak resteert voor de burgerlijke rechter, als de rechtmatigheidstoets in het vernietigingsberoep niet goed uit de verf is gekomen, of als er helemaal geen vernietigingsberoep is ingesteld. Dan betreden wij het terrein waar materieel recht en procesrecht elkaar raken. Eerst echter zal in het volgende hoofdstuk worden gezien of het nemen van een geldig besluit toch een onrechtmatige daad kan opleveren.

76 Deze onrechtmatigheidsgrond wordt in ons recht niet apart onderscheiden, waardoor de rechter pleegt terug te vallen op algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

77 De toerekening kwam al aan de orde in par. 3.4. Ik kom daar nog op terug in de slotbeschouwing.

7.1 Inleiding

In par. 6.1 is uiteengezet dat in de rechtspraak een nauw verband wordt aangenomen tussen de geldigheid van een besluit en de rechtmatigheid van het nemen ervan. Dat verband is naar materieel recht niet vanzelfsprekend; in het privaatrecht kan een rechtshandeling ongeldig zijn zonder dat er sprake is van een onrechtmatige daad en omgekeerd. Een interne rechtsvergelijking leerde echter dat de geldigheidstoets die in het vernietigingsberoep plaatsvindt wel degelijk een rechtmatigheidstoets is. De conclusie van hoofdstuk 6 was dan ook dat de rechtspraak op grond waarvan een vernietigd besluit een onrechtmatige daad oplevert, een basis heeft in het materiële recht en niet alleen voortvloeit uit overwegingen van verdeling van rechtsmacht.

Het nemen van een ongeldig besluit levert naar materieel recht een onrechtmatige daad op, omdat de gronden voor vernietiging en onrechtmatigheid dezelfde zijn. Betekent dit nu ook, dat het nemen van een geldig besluit altijd rechtmatig is? Men zou immers *a contrario* kunnen stellen dat het besluit in het geval van publiekrechtelijke onrechtmatigheid (materieel) ongeldig zou zijn geweest. Ofwel, volgt uit:

- I. ongeldigheid → publiekrechtelijke onrechtmatigheid of onbevoegdheid
→ privaatrechtelijke onrechtmatigheid
- II. geldigheid → publiekrechtelijke rechtmatigheid en bevoegdheid
→ privaatrechtelijke rechtmatigheid?

Zoals beschreven in par. 6.1 beschouwt de rechtspraak inderdaad (het nemen van) een besluit als rechtmatig zolang het besluit niet is vernietigd of herroepen. De zojuist gegeven *a contrario* redenering is echter onvoldoende om aan deze rechtspraak een materieelrechtelijke basis te geven. Uit de eerste pijl van premisse I volgt namelijk niet dat *elke* publiekrechtelijke onrechtmatigheid leidt tot ongeldigheid (naar materieel recht) van het betreffende besluit.¹ Bovendien volgt uit de tweede pijl van premisse I niet dat *elke* privaatrechtelijke onrechtmatigheid publiekrechtelijke onrechtmatigheid of onbevoegdheid vooronderstelt. Het is immers denkbaar dat een naar publiekrecht rechtmatig besluit toch een privaatrech-

¹ Dat elke onbevoegdheid leidt tot materiële ongeldigheid van het besluit staat buiten kijf.

telijke onrechtmatige daad oplevert. Het is deze laatste vraag die in dit hoofdstuk centraal staat. Eerst echter zal onderzocht worden of het mogelijk is een besluit geldig is ondanks de schending van publiekrecht bij het nemen van dat besluit.

7.2 Geldigheid impliceert publiekrechtelijke rechtmatigheid

Als het mogelijk is bij het nemen van een besluit een publiekrechtelijke norm te schenden die niet tot ongeldigheid leidt, dan kan het bestuur door een geldig besluit te nemen toch publiekrechtelijk onrechtmatig handelen. De gelijkstelling van materiële geldigheid en rechtmatigheid is dan weerlegd. En op het eerste gezicht lijkt die mogelijkheid inderdaad te bestaan, in een drietal gevallen.

Ten eerste geeft de Awb een uitzondering op de regel dat een normschending tot onrechtmatigheid leidt, door in artikel 6:22 te bepalen dat schending van een vormvoorschrift niet tot vernietiging en dus ongeldigheid van het besluit hoeft te leiden, als de belanghebbende daardoor niet is benadeeld.² Voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht is deze uitzondering zonder betekenis. In het zeldzame geval dat een belanghebbende schade lijdt door de schending van het vormvoorschrift, is het artikel immers niet van toepassing. Zou echter de wetgever besluiten tot een uitbreiding van de werkingssfeer van art. 6:22 Awb tot gevallen waarin belanghebbenden wel benadeeld zijn, dan kan het nemen van een door de bestuursrechter in stand gelaten besluit wel degelijk onrechtmatig zijn. Mede in het licht van art. 6 EVRM zou de burgerlijke rechter de leer van de formele rechtskracht dan moeten heroverwegen. Momenteel is daar echter (nog) geen sprake van.

Ten tweede leidt overschrijding van de beslistermijn niet tot vernietiging van het te laat genomen besluit, tenzij het een fatale termijn betreft, i.e. een termijn na het verstrijken waarvan de bevoegdheid tot het nemen van een besluit komt te vervallen.³ De vernietigingsgrond is in dat laatste geval echter niet de schending van de voorgescreven beslistermijn, maar de onbevoegdheid zelf.

Anders dan de schending van een vormvoorschrift is de schending van een beslistermijn wel van praktische betekenis. Recent nog veroordeelde de rechtbank te Middelburg de gemeente Terneuzen tot betaling van schadevergoeding wegens termijnoverschrijding bij de verlening van een vrijstelling van het bestemmingsplan.⁴ Die uitspraak illustreert dat de rechter de gelijkstelling van geldigheid en rechtmatigheid bij overschrijding van beslistermijn niet van toepassing acht. Immers, ondanks de geldigheid van het besluit oordeelde de rechtbank de overschrijding van de beslistermijn onrechtmatig. Dat is strikt genomen ook juist: niet

2 De tekst van het artikel luidt: 'Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan ondanks schending van een vormvoorschrift, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.'

3 Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 mei 2002, AB 2003, 143 m.nt. J. Robbe.

4 Rb. Middelburg 15 december 2004 BR, 2005, p. 438, m.nt. J.W. van Zundert (Bouwplan Terneuzen).

het nemen van het (op zichzelf geldige) besluit is onrechtmatig, maar het (eerder in de tijd liggende) uitblijven van dat besluit.

Dat het te laat nemen van een geldig besluit een onrechtmatige daad oplevert, is dus geen weerlegging van de hypothese dat het nemen van een geldig besluit altijd rechtmatig is. De onrechtmatigheid is namelijk gelegen in het niet-nemen van een besluit, en een niet-genomen besluit kan noch geldig noch ongeldig zijn, zodat de hele gelijkstelling toepassing mist. Met die constatering strookt de jurisprudentie, dat een fictieve weigering geen formele rechtskracht kan krijgen.⁵ Formele rechtskracht is immers gekoppeld aan de geldigheid van een besluit, en een fictieve weigering is geldig noch ongeldig.

Ten derde leidt schending van een publiekrechtelijke norm niet noodzakelijk tot ongeldigheid als er sprake is van conflicterende rechtsplichten. Denk hierbij aan de *contra-legalis* jurisprudentie (schending van een wettelijke norm op grond van het vertrouwensbeginsel of het gelijkheidsbeginsel) en haar tegenhanger: het niet honoreren van opgewekt vertrouwen bij gebonden beschikkingen (schending van het ongeschreven vertrouwensbeginsel of van het gelijkheidsbeginsel ten behoeve van de inachtneming van de wettelijke norm). Vormt deze categorie dan de weerlegging van de hypothese, dat het nemen van een materieel geldig besluit altijd rechtmatig is?

Het *contra legem* nemen van een besluit is voor de geadresseerde altijd begunstigend en alleen toegestaan in rechtsverhoudingen waarin derden geen schade kunnen ondervinden van de wetsschending, zoals het belastingrecht, het socialezekerheidsrecht en het ambtenarenrecht. In het ordeningsrecht wordt het nemen van een besluit in strijd met de wettelijke voorschriften bij mijn weten niet toegestaan.⁶ In die zin lijkt de *contra-legalis* jurisprudentie wel wat op art. 6:22 Awb: schending van de wet op grond van het vertrouwensbeginsel leidt niet tot ongeldigheid mits de (andere) belanghebbenden daardoor niet worden benadeeld. Daarmee mist zij relevantie voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht.

Wel relevant is de omgekeerde situatie, dat de wet in de weg staat aan honorering van gerechtvaardigd vertrouwen, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een toezegging om het bestemmingsplan ten gunste van een belanghebbende te wijzigen, of een milieuvergunning te verlenen. Dit is de situatie waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State pleegt te oordelen, dat maar beperkt gewicht kan worden toegedacht aan een toezegging omtrent een bevoegdheidsuitoefening, omdat daarmee de rechtsbescherming voor derden illusoir zou worden.⁷ Dit lijkt inderdaad een voorbeeld te zijn van een geval, waarin de vernietigingsrechter een besluit geldig oordeelt, terwijl er toch een zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens degene die gerechtvaardigd vertrouwen ontleende aan het voorafgaande gedrag van het bestuur. Of deze schending een privaatrechtelijke

5 HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 m.nt. MS, AB 2002, 421 m.nt. PvB (Heeze-Leende) en ABRvS 21 november 2001, AB 2002, 183 m.nt. AMLJ (sporthal Maarssen).

6 Zie Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male (2002), p. 359. Stellig in ABRvS 26 oktober 2005, JB 2006/8 (Calamus).

7 ABRvS 7 juli 1997, BR 1998, p. 122, Gst. 1998, 7080, nr. 7 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Neerrijnen) en ABRvS 28 mei 2001, AB 2002, 116 (Chaamsweg-Chaamsebaan).

onrechtmatige daad oplevert, komt in par. 7.4 aan de orde, maar van publiekrechtelijke onrechtmatigheid is naar mijn oordeel geen sprake. Zoals uiteengezet in par. 4.1 kenmerkt het ordeningsrecht zich door het vinden van een evenwicht in uiteenlopende belangen. Daarmee is niet te verenigen dat het bestuur jegens een burger een individuele rechtsplicht heeft tot het nemen van een bepaald besluit. Dat betekent dat het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel in de bestuurlijke afweging niet tot individuele rechtsplichten leiden, maar slechts tot een extra gewicht dat aan het belang van de betrokkene gehecht moet worden. Dat extra gewicht zal in het ordeningsrecht doorgaans niet doorslaggevend zijn, omdat opgewekt vertrouwen bij de ene burger in beginsel niet ten koste mag gaan van de behartiging van de belangen van de overige burgers. Zo zal de toezegging om een geluidsscherm aan te leggen in beginsel niet leiden tot de verplichting dat ook daadwerkelijk te doen, omdat de rechtsbescherming van hen, die zich verzetten tegen de aanleg daarmee illusoir zou worden. Wel kan het in een concreet geval voorkomen dat er geen belangen van derden in het geding zijn. In zo een geval kan aan het vertrouwensbeginsel wel doorslaggevend betekenis worden toegekend.⁸ De situatie is dan vergelijkbaar met een tweepartijenverhouding uit het verdelende recht. De honorering van het opgewekte vertrouwens kan in dat geval niet tot aansprakelijkheid leiden.

In mijn opvatting is het nemen van een geldig besluit dus steeds publiekrechtelijk rechtmatig, ook als daardoor gerechtvaardigd vertrouwen wordt geschonden. In par. 7.4 en volgende werk ik uit of deze opvatting te verenigen is met de door de Hoge Raad aanvaarde overheidsaansprakelijkheid voor toezeggingen en gewekte verwachtingen.

Deze paragraaf begon met de vraag of het mogelijk is een geldig besluit te nemen en toch een publiekrechtelijke norm te schenden. Op het eerste gezicht leek dat inderdaad het geval. Het bestuur kan bij de besluitvorming wettelijke normen schenden zonder dat dit leidt tot vernietiging. Het bleek echter, dat vernietiging doorgaans alleen achterwege blijft als door de normschending geen belanghebbenden worden geschaad. Voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht zijn die gevallen niet relevant. Vervolgens is de in het ordeningsrecht voorkomende situatie beschouwd dat inachtneming van het wettelijke kader leidt tot schending van het vertrouwens- of het gelijkheidsbeginsel. Naar mijn opvatting kan een dergelijke schending geen publiekrechtelijke onrechtmatigheid opleveren, omdat de essentie van besluitvorming in het ordeningsrecht de afweging van uiteenlopende belangen is. Daarmee is het bestaan van rechtsplichten jegens individuen niet te verenigen.

⁸ Een voorbeeld geeft ABRvS 8 september 2004, AB 2004, 458 m.nt. CNJK, BR 2004, p. 1034 m.nt. dG (tracébesluit HSL Zuid V).

De conclusie van het voorgaande is:

III. geldigheid → publiekrechtelijke rechtmatigheid

Het nemen van een geldig besluit is – voorzover relevant voor het aansprakelijkheidsrecht – naar publiekrecht altijd rechtmatig. Of niet honorering van opgewekt vertrouwen naar privaatrecht wel een onrechtmatige daad kan opleveren, komt in par. 7.4 e.v. aan de orde. Eerst vat ik de bevindingen tot nu toe samen.

7.3 (On)geldigheid en (on)rechtmatigheid zijn materieel equivalent

Het vorige hoofdstuk begon met de vraag of de door de Hoge Raad aanvaarde gelijkstelling tussen (on)geldigheid en (on)rechtmatigheid een basis heeft in het materiële recht. Daartoe heb ik de hypothese onderzocht dat de ongeldigheid van een besluit en de privaatrechtelijke onrechtmatigheid van het nemen van dat besluit de schending van publiekrecht als gemeenschappelijke oorzaak hebben. Laten wij nu de bevindingen van het vorige hoofdstuk en van de voorafgaande paragrafen eens op een rijtje zetten.

De interne rechtsvergelijking van par. 6.6 leerde dat de ongeldigheid van een existent besluit slechts twee oorzaken kan hebben (par. 6.7). Het bestuur kan de bevoegdheid ontberen om het betreffende besluit te nemen (onbevoegdheid) of het kan bij het uitoefenen van die bevoegdheid publiekrechtelijke normen hebben geschonden (schending van publiekrecht). Dat schending van publiekrecht naar privaatrecht een onrechtmatige daad oplevert is positief recht (par. 6.3), en de kritiek daarop is in par. 6.4 niet overtuigend bevonden. Dat het onbevoegd nemen van een besluit naar privaatrecht een onrechtmatige daad oplevert, werd al onderbouwd in par. 6.8.

De gemeenschappelijke gronden voor ongeldigheid en onrechtmatigheid zijn (par. 6.10):

1. Schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht tot uitoefening van een bevoegdheid.
2. De inbreuk op een subjectief recht door de eenzijdige wijziging van een rechtsverhouding zonder toereikende bevoegdheid (attributie), of met overschrijding van de grenzen die het publiekrecht in het concrete geval stelt (regulering).
3. Schending van een ongeschreven rechtsplicht tot het geven van juiste feitelijke en rechtsoordelen in de motivering van het besluit.

Uit dit alles volgde dat het nemen van een materieel ongeldig besluit altijd een onrechtmatige daad oplevert.

IV. ongeldigheid → publiekrechtelijke onrechtmatigheid of onbevoegdheid
→ privaatrechtelijke onrechtmatigheid

A contrario is het nemen van een geldig besluit dan rechtmatig, tenzij er andere onrechtmatigheidsgronden bestaan dan onbevoegdheid of schending van publiekrecht.

- V. geldigheid → publiekrechtelijke rechtmatigheid en bevoegdheid
 → privaatrechtelijke rechtmatigheid

Par. 7.2 liet zien dat het nemen van een geldig besluit naar publiekrecht niet onrechtmatig kan zijn, waarbij de vraag of dit naar privaatrecht desondanks een onrechtmatige daad oplevert gereserveerd werd voor bespreking in par. 7.4 e.v.

Het begint er dus op te lijken dat de gelijkstelling van ongeldigheid en onrechtmatigheid en van geldigheid en rechtmatigheid niet alleen stoelt op opportunitetsprincipes over de gewenste verdeling van rechtsmacht, maar ook een stevige basis heeft in het materiële recht. Maar voordat ik die conclusie definitief trek, heeft een ‘geparkeerd’ onderwerp nog behandeling, namelijk de verhouding tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke onrechtmatigheid, ofwel de verhouding tussen schending van de publiekrechtelijke, bevoegdheidsregulerende norm en de privaatrechtelijke gedragsnorm. Dat moet antwoord geven op twee vragen. De eerste is, of de schending van publiekrecht bij het nemen van een besluit naast ongeldigheid ook altijd een privaatrechtelijke onrechtmatige daad oplevert (de tweede pijl van IV) Deze vraag is reeds besproken in par. 6.4 en positief beantwoord. De tweede is, of het nemen van een besluit met inachtneming van het publiekrecht altijd rechtmatig is, dat wil zeggen, of dat niet toch een privaatrechtelijke onrechtmatige daad kan opleveren (de tweede pijl van V). Die vraag komt thans aan bod.

7.4 Kan een geldig besluit tot onrechtmatigheid leiden?

Kan een geldig, en dus publiekrechtelijk rechtmatig besluit (zie par. 7.2) toch een onrechtmatige daad opleveren?

Een vergelijkbare vraag is al in extenso aan de orde geweest bij de bespreking van de aansprakelijkheid uit ‘rechtmatige daad’. Daar stond centraal of het nemen van een besluit op zichzelf (privaatrechtelijk) rechtmatig kan zijn, maar toch onrechtmatig jegens de benadeelde. In par. 5.6 betoogde ik dat dat naar mijn oordeel niet mogelijk zou moeten zijn: een gedraging is of rechtmatig of onrechtmatig, en niet beide tegelijk, omdat het anders onmogelijk is een juiste, rechtmatige keuze te maken. Betekent dit nu automatisch dat een publiekrechtelijk rechtmatige gedraging niet privaatrechtelijk onrechtmatig kan zijn? Op besluiten toegespitst: kan het nemen van een geldig besluit niet anders dan privaatrechtelijk rechtmatig zijn?

Met name als het bestuur een discretionaire bevoegdheid uitoefent, is voorstelbaar dat er naar publiekrecht verschillende rechtmatige keuzes zijn, die vanuit privaatrechtelijk perspectief niet alle rechtmatig zijn. Dat zou betekenen dat de publiekrechtelijke rechtmatigheidstoets onvolledig is, dat wil zeggen, dat een besluit in

overeenstemming met het publiekrecht en dus geldig kan zijn, terwijl het nemen daarvan toch onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW.

De vraag is dus of het mogelijk is dat het bestuur een rechtsgeldig, en dus publiekrechtelijke rechtmatig besluit neemt, terwijl het nemen van dat besluit zelf (en dus niet zozeer de wijze van uitvoering) toch als privaatrechtelijk onrechtmatig moet worden gekwalificeerd. Laat ik vooropstellen dat een bevestigend antwoord haaks zou staan op het stelsel van rechtsmachtverdeling dat in de afgelopen decennia tot stand is gekomen. De kern van dat stelsel is immers, dat de civiele rechter niet die rechtsvragen wil beantwoorden die al aan de bestuursrechter zijn voorgelegd of dat hadden kunnen worden.⁹ De Hoge Raad neemt daarbij tot uitgangspunt, dat de publiekrechtelijke rechtmatigheidstoets volledig is en de civiele rechter niet nog een aanvullende privaatrechtelijke rechtmatigheidstoets hoeft te verrichten.¹⁰ Toch is er één twijfelgeval, dat ik illustreer aan de hand van de zaak van Hagenaars tegen de provincie Noord-Brabant.¹¹

Op 4 juli 1995 besluiten Gedeputeerde Staten (GS) van de provincie Noord-Brabant voor reconstructiewerkzaamheden tijdelijk de weg af te sluiten, waaraan Hagenaars' pannenkoekenhuis 'De Kabouter' is gelegen. Hagenaars komt niet op tegen dit verkeersbesluit, maar vordert wel vergoeding van onevenredige schade. Hof en Hoge Raad oordelen dat (het nemen van) het verkeersbesluit rechtmatig is omdat Hagenaars daar niet tegen is opgekomen. Zou de bestuursrechter het beroep van Hagenaars ongegrond hebben verklaard, dan zou dat oordeel *a fortiori* gelijkloidend zijn geweest. Dit is in overeenstemming met genoemd uitgangspunt van de Hoge Raad, dat het nemen van een publiekrechtelijk rechtmatig besluit niet privaatrechtelijk onrechtmatig kan zijn.

Stel nu dat GS aan Hagenaars eerder hadden toegezegd dat zijn pannenkoekenhuis de gehele reconstructieperiode bereikbaar zou zijn. Kan hij nu aanspraak maken op vergoeding van zijn schade, doordat er toch een wegafsluiting heeft plaatsgevonden? Dit voorbeeld vertoont gelijkenis met het arrest Staat / Bolsius.¹²

Bolsius informeert bij het GAB of hij in aanmerking komt voor een verhuiskostenvergoeding ten behoeve van een overplaatsing van Oosterhout naar Haaksbergen. Het GAB bevestigt dat, maar ten onrechte: op de aanvraag wordt – in overeenstemming met de toepasselijke regeling – negatief beschikt. Bolsius stelt geen beroep in maar vordert schadevergoeding ter hoogte van de gederfde verhuiskostenvergoeding. Het Hof acht het verweer van de Staat, dat de verhuiskostenbeschikking rechtmatig geacht moet worden, niet relevant, omdat Bolsius de onrechtmatigheid van de informatie van het GAB aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd. Maar – en dat is essentieel – de schade van Bolsius bestaat niet uit de gederfde vergoeding. Vastgesteld moet worden of Bolsius nadeel heeft geleden door de foutieve informatie, ofwel, of hij in een gunstiger

9 Zie par. 6.2.

10 Dit uitgangspunt is voor de Hoge Raad ook een fundament van de gelijkstelling van (on)geldigheid en (on)rechtmatigheid, die in dit hoofdstuk centraal staat.

11 HR 6 december 2002, NJ 2003, 616 m.nt. MS, AB 2004, 17 m.nt. PvB (Pannenkoekenhuis De Kabouter).

12 HR 2 november 1990, NJ 1993, 635 m.nt. MS, AB 1990, 223 m.nt. G.P. Kleijn (Staat / Bolsius).

positie zou hebben verkeerd als hij van meet af aan had geweten dat hij geen aanspraak kon maken op de vergoeding. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof dit juist gezien.

Hagenaars zou met een beroep op dit arrest kunnen stellen dat de aan hem gedane toezegging zelf onrechtmatig was, maar daar zou hij weinig mee opschieten, omdat hij in beginsel dezelfde schade zou hebben geleden zonder die toezegging.¹³ Dat is alleen anders voor schade die Hagenaars mogelijk heeft geleden door zijn gedrag af te stemmen op de toezegging (dispositieschade), maar de hoofdmoot van zijn nadeel zal toch veroorzaakt zijn door de wegafsluiting zelf.¹⁴ Dit was niet anders in het arrest Staat / Van Benten.¹⁵

Het ministerie van L en V schrijft ten onrechte dat Van Benten geen BTW verschuldigd is over de vergoeding die hij voor zijn swill-installatie zal ontvangen op basis van de Regeling verbod voedsel- en slachtafvallen. Als toch BTW verschuldigd blijkt, stelt Van Benten geen beroep in tegen het compensatiebesluit, maar vordert hij dit bedrag van de Staat op basis van onrechtmatige daad. Het Hof wijst die vordering toe, maar de Hoge Raad casseert, omdat Van Benten niet de niet-nakoming van een toezegging aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd. De onrechtmatige daad bestaat uit het geven van onjuiste inlichtingen en dus moet, aldus de Hoge Raad, vergeleken worden met de situatie dat Van Benten zou zijn medegedeeld dat over de vergoeding wel BTW was verschuldigd. De Staat had betoogd dat in dat geval de vergoeding niet hoger zou zijn uitgevallen, en dit essentiële verweer had het Hof ten onrechte verworpen.

Vermoedelijk zou een vordering van Hagenaars met als grondslag de onrechtmatigheid van de toezegging omtrent de wegafsluiting, dus stranden op het verweer dat hij zonder die toezegging dezelfde schade zou hebben geleden. En op de keper beschouwd wil Hagenaars ook helemaal niet betogen dat de aan hem gedane toezegging onrechtmatig is. Het is de niet-nakoming van de toezegging dat er geen wegafsluiting zou plaatsvinden, die hem grieft. Voor vergoeding van de daardoor geleden schade moet hij stellen dat niet zozeer de toezegging zelf, maar het niet-nakomen daarvan onrechtmatig is. Hij zou daartoe een beroep kunnen doen op het arrest Heesch / Reijs.¹⁶

B en W bereiken met mw. Reijs overeenstemming over een ruilvereenkomst, op basis waarvan zij enkele percelen grond met de gemeente zal ruilen. Daardoor zal zij de beschikking krijgen over een bouwperceel van ca. 3300 m³ en hoeft de gemeente niet tot onteigening over te gaan van de benodigde percelen voor het 'plan Heelweg'. B en W zeggen toe dat zij de overeenkomst in de eerstvolgende vergadering aan de gemeenteraad ter bekrachtiging zullen voorleggen. Maar dat doen zij niet, de grondruil gaat niet door en de percelen van mw. Reijs worden door onteigening verkregen. Met de rechtbank oordeelt het hof dat B en W zich contractueel verplicht hebben de ruiltransactie aan de Raad voor te leggen en dat dit na te laten wanprestatie van de

13 Dat zou voor Frank Bolsius ook wel eens zo kunnen zijn. Ik weet niet hoe die zaak is afgelopen.

14 Een geval waarin wel dispositieschade werd geleden geeft Hof Den Bosch 9 november 1992, NJ 1993, 311 (Roosendaal en Nispen / Uytdehaag).

15 HR 7 oktober 1994, NJ 1997, 174 m.nt. MS, AB 1996, 125 m.nt. B.J.P.G. Roozendaal (Staat / Van Benten).

16 HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 m.nt. CJHB (Heesch / Reijs).

gemeente oplevert. De schade wordt ex aequo et bono begroot op de waarde van de kans dat de gemeenteraad de ruilovereenkomst zou hebben bekrachtigd. De Hoge Raad oordeelt dat de enkele toezegging van B en W nog geen verbintenis uit overeenkomst tot nakoming van die toezegging doet ontstaan, maar wel de zorgvuldigheidsplicht meebrengt die toezegging na te komen. Met verbetering van gronden verwerpt hij het cassatieberoep.

Hagenaars zou dus bij de civiele rechter kunnen betogen dat het nemen van het verkeersbesluit mogelijk publiekrechtelijk rechtmatig is, maar dat het niet nakomen van de aan hem gedane toezegging privaatrechtelijk onrechtmatig is. Dat betoog doet denken aan het arrest Staat / Harrida (zie par. 5.4), waarin de Hoge Raad oordeelde dat de uitvaardiging van een importverbod van Brits rundvlees op zichzelf rechtmatig was (vergelijk de op zichzelf rechtmatige wegafsluiting), maar jegens Harrida onrechtmatig (vergelijk de onrechtmatige schending van de toezegging). Ik schreef al dat deze constructie mij niet aanspreekt, omdat een en hetzelfde gedrag mijns inziens niet tegelijk rechtmatig en onrechtmatig kan zijn, en omdat die constructie tot gevolg heeft dat het bij conflicterende rechtsplichten onmogelijk is een zuiver rechtmatige keuze te maken.¹⁷ Dogmatisch gezien verschilt het betoog van Hagenaars wel iets van het Harrida-arrest, omdat hij twee verschillende rechtmatigheidsbegrippen hanteert: het nemen van het verkeersbesluit zou publiekrechtelijk rechtmatig zijn, maar privaatrechtelijk onrechtmatig vanwege de niet-nakoming van de toezegging. Dat komt wel tegemoet aan de kritiek dat een handeling niet tegelijk rechtmatig en onrechtmatig kan zijn (het betreft nu immers twee afzonderlijke rechtmatigheidsbegrippen), maar lost niet het dilemma van de provincie op, die zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk rechtmatig dient te handelen. Dat laatste is niet mogelijk als het vanuit publiekrechtelijk oogpunt rechtmatige besluit toch een privaatrechtelijke onrechtmatige daad oplevert. De provincie zal dus als verweer voeren dat als het verkeersbesluit vanuit publiekrechtelijk oogpunt rechtmatig is, het nemen daarvan niet toch privaatrechtelijke onrechtmatig kan zijn.

Voor gebonden besluiten is dit verweer wellicht afdoende, maar bij besluiten waar het bestuur discretie heeft, en er dus verschillende rechtmatige alternatieven zijn, geldt dat niet zonder meer. Hagenaars kan aanvoeren dat de wegafsluiting vanuit publiekrechtelijke optiek misschien rechtmatig is, maar dat een andersluidend verkeersbesluit, dat de bereikbaarheid van zijn pannenkoekenhuis conform de toezegging onverlet had gelaten, eveneens de publiekrechtelijke rechtmatigheidstoets zou hebben doorstaan. Als dat inderdaad zo is, dan lijkt op basis van het arrest Heesch / Reijs de conclusie gewettigd dat de provincie onzorgvuldig heeft gehandeld door de toezegging niet na te komen. Immers, de provincie had de discretie om de toezegging te honoreren, zonder daardoor in strijd te komen met het publiekrecht.

17 Zie par. 5.6.

Is dit dan een voorbeeld waarin het bestuur een publiekrechtelijk rechtmatig besluit neemt terwijl het tegelijkertijd vanuit privaatrechtelijk perspectief onrechtmatig handelt door de toezegging aan Hagenaars niet na te komen? Naar positief recht is deze vraag lastig te beantwoorden. Er is mij geen uitspraak bekend waarin de civiele rechter moest oordelen over de gevolgen van de niet-nakoming van een toezegging een bepaald besluit te nemen, terwijl de bestuursrechter het genomen besluit in stand had gelaten.¹⁸ Gelet op de strikte wijze waarmee de Hoge Raad het leerstuk van de formele rechtskracht hanteert, vermoed ik dat de civiele rechter zal oordelen dat het nemen van een door de bestuursrechter in stand gelaten besluit privaatrechtelijk rechtmatig is, ook al strookt de inhoud van dat besluit niet met een gedane toezegging.¹⁹ Het besproken arrest Staat / Bolsius geeft daar ook wel een aanwijzing voor. De Hoge Raad schetst in r.o. 3.3. twee wegen naar redres bij opgewekt vertrouwen:

‘Dankzij de Wet Arob staan in een geval als het onderhavige twee wegen open waarlangs de burger die meent het slachtoffer te zijn geworden van onjuiste, hem van overheidswege verstrekte inlichtingen, redres kan zoeken, wegen die echter tot verschillend resultaat leiden. Hij kan op de voet van art. 7 Wet Arob tegen de afwijzende beschikking - eventueel na bezwaar - bij de administratieve rechter beroep instellen teneinde van deze vernietiging van die beschikking en van het overheidsorgaan dat deze had genomen, een nieuwe voorziening op zijn verzoek te verkrijgen. Hij kan ook, uitgaande van de rechtsgeldigheid van de afwijzende beschikking, op de voet van art. 1401 BW bij de burgerlijke rechter op grond van aan die beschikking voorafgaand, jegens hem onrechtmatig optreden waarvoor de overheid aansprakelijk is, vergoeding vorderen van de schade welke hij heeft geleden doordat hij heeft gehandeld in de door dat optreden gewekte veronderstelling dat in andere zin zou worden beschikt. Uit art. 99 Wet op de Raad van State (Wet RvS) blijkt reeds dat het volgen van de eerste weg niet belet ook de tweede weg te volgen. De stelling dat het de burger, wanneer hij zulks in zijn belang oordeelt, niet zou vrijstaan te kiezen alleen de tweede wet te volgen, miskent dat met de Wet Arob is beoogd de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid uit te breiden.

Anders dan de Staat bij de toelichting op het middel heeft doen betogen, bergt erkenning van deze keuzevrijheid niet het gevaar in zich dat de burgerlijke rechter terzake tot beslissingen komt welke onverenigbaar zijn met die van de administratieve rechter. Wanneer de burger in een geval als het onderhavige van die vrijheid gebruik heeft gemaakt door eerst, in beroep, de rechtsgeldigheid van de beschikking te onderwerpen aan het oordeel van de administratieve rechter, zal de burgerlijke rechter bij zijn beoordeling van de ingestelde vordering tot schadevergoeding, zo dat beroep tot vernietiging van de beschikking heeft geleid, immers van de nietigheid en, zo dat beroep is verworpen, van de rechtsgeldigheid van de beschikking hebben uit te gaan. Wat laatstbedoelde mogelijkheid betreft, verdient nog aantekening dat, anders dan de Staat veronderstelt,

18 Ook de literatuur laat het hier afweten. Zie Huijgen (1991), p. 79v., Scheltema en Scheltema (2003), p. 180, Tak (1997), p. par. 6.2.5 en 6.5.3, Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male (2002), par. 7.37v., 14.5 en 14.9. De Haan, Drupsteen & Fernhout 2 (1998), II.38 en 42. Van der Does & Sijnders (nr. 38c).

19 Zou de Hoge Raad de leer van de formele rechtskracht verlaten (zie hfdst. 8, dan zou het probleem blijven bestaan in gevallen waarin de bestuursrechter zich al over de publiekrechtelijke rechtmatigheid van de besluitvorming heeft uitgesproken, ervan uitgaande dat de civiele rechter niet tot een afwijkend oordeel over de publiekrechtelijke rechtmatigheid wenst te komen.

de omstandigheid dat de administratieve rechter door onjuiste of onvolledige inlichtingen opgewekt vertrouwen dat in bepaalde zin zou worden beschikt, onvoldoende heeft geoordeeld om de vervolgens in andere zin genomen beschikking te vernietigen, de burgerlijke rechter niet zonder meer belet te oordelen dat het geven van die inlichtingen onzorgvuldig was en verplicht tot vergoeden van de daardoor veroorzaakte schade.⁷

Het staat er niet letterlijk, maar de laatste zin doet – *a contrario* – vermoeden, dat de omstandigheid dat de bestuursrechter een beschikking in stand laat, de burgerlijke rechter wél belet te oordelen dat het niet *honoreren* van het opgewekte vertrouwen onzorgvuldig was. Voor Hagenaars zou dat betekenen, dat zijn beroep op het arrest Heesch / Reijs niet slaagt: het niet-nakomen van een toezegging is niet onzorgvuldig, als dit krachtens publiekrecht geoorloofd is.

We kunnen met deze conclusie echter geen genoegen nemen. In het kader van dit hoofdstuk is de vraag namelijk of naar materieel recht het nemen van een publiekrechtelijk rechtmatig besluit een privaatrechtelijke onrechtmatige daad kan opleveren. Dat de vordering van Hagenaars lijkt te moeten falen, kan een materieelrechtelijke, maar ook een processuele achtergrond hebben. Het Bolsius-arrest sluit namelijk niet uit dat naar materieel privaatrecht jegens Hagenaars onzorgvuldig wordt gehandeld, terwijl de Hoge Raad dat oordeel niet wenst uit te spreken, omdat hij om processuele redenen uitgaat van de gelijkstelling van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtmatigheid en hij niet wil treden in de bevoegdheid van de bestuursrechter om de publiekrechtelijke rechtmatigheid van besluiten te beoordelen.

Laat ik er geen doekjes om winden: naar mijn oordeel is er ook naar materieel recht geen sprake van privaatrechtelijk onrechtmatig handelen, als GS besluiten de provinciale weg af te sluiten ondanks een andersluidende toezegging, wanneer dit verkeersbesluit de publiekrechtelijke rechtmatigheidstoets kan doorstaan. De onderbouwing daarvan vergt een uitstapje naar de werking van het vertrouwensbeginsel in publiek- en privaatrecht.

7.5 Niet-nakoming van bevoegdhentoezeggingen

Laten we de rechtsvraag uit het in de vorige paragraaf gegeven voorbeeld wat algemener formuleren: kan het bestuur jegens een burger onzorgvuldig handelen door een besluit te nemen in strijd met een toezegging aan die burger, ook al kan dat besluit de publiekrechtelijke rechtmatigheidstoets doorstaan?²⁰ Twee antwoorden zijn denkbaar.

1. Ja. Dat een besluit in overeenstemming met het publiekrecht wordt genomen, doet er niet aan af dat door de niet-nakoming van een andersluidende toezeg-

20 In de titel van deze paragraaf duid ik deze toezegging aan als een bevoegdhentoezegging, dit naar analogie van de bevoegdhedenovereenkomst waardoor de overheid zich contractueel verbindt tot het nemen van een bepaald besluit.

ging een (privaatrechtelijke) rechtsplicht wordt geschonden.²¹ Deze rechtsplicht vloeit voort uit het vertrouwensbeginsel. Voor die schending is in elk geval geen rechtvaardigingsgrond als ook een besluit in overeenstemming met het publiekrecht genomen had kunnen worden, waarmee de toezegging zou zijn nagekomen.

2. Neen. De bestuurlijke vrijheid die besloten ligt in de toekenning van discretionaire bevoegdheden, wordt ook door het privaatrecht gerespecteerd. Zolang het bestuur zijn afweging maakt binnen de grenzen van de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, daaronder begrepen het vertrouwensbeginsel, is daarin de rechtvaardiging gelegen voor de niet-nakoming van de toezegging.

In essentie weerspiegelen deze twee antwoorden twee visies die men kan hebben over de rol van het vertrouwensbeginsel in het grensgebied van publiek- en privaatrecht. Een kort exposé over de karakteristieken van de beide rechtsgebieden kan de argumentatie voor mijn eigen opvatting inzichtelijk maken.

Centraal in het burgerlijke (verbintenissen)recht staat de rechtsbetrekking tussen in beginsel gelijkwaardige individuen. Omdat deze individuen autonoom zijn, kunnen ze zich jegens de ander verbinden tot een bepaalde prestatie. De rechtsplicht tot nakoming van deze verbintenis vloeit voort uit het vertrouwensbeginsel: belofte maakt schuld. Tegenover de verplichting van de debiteur staat een recht van de crediteur: hij kan er – behoudens bijzondere omstandigheden – aanspraak op maken dat de debiteur zijn verplichtingen nakomt.²²

De harde kern van het bestuursrecht daarentegen wordt gevormd door de behartiging van het algemeen belang door de overheid, en in dat verband de afweging van de uiteenlopende betrokken individuele belangen.²³ Die afweging geschiedt gedeeltelijk in abstracto, door het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften en beleid, deels in concreto, door het nemen van beschikkingen. Van verbintenissen jegens individuele burgers is in beginsel geen sprake; wel kan de afweging van het bestuur zodanig zijn beperkt door regels en beleid dat er *de facto* nog maar een mogelijk besluit overblijft. In die zin kan er dan gesproken worden van een aanspraak van de belanghebbende burgers op dat besluit. Dat doet er niet aan af, dat dat (gebonden) besluit de resultante is van een belangenafweging. Dat geldt niet alleen voor het orderingsrecht, maar ook voor het verdelende recht.²⁴ Het resultaat van de (gelede) besluitvorming is in het verdelende recht weliswaar geen gedragsnorm maar een publiekrechtelijke verbintenis, maar dat neemt niet weg dat deze verbintenis het resultaat is van een door wetgever en bestuur gemaakte belangenafweging. Laten wet en beleid ruimte voor verschillende keuzes, dan is het primair aan het bestuur om voors en tegens van die keuzes af te wegen. Het resultaat van die afweging is niet volledig door het publiekrecht genormeerd: vaak zijn bin-

21 Men kan hierin het onderscheid lezen tussen het besluit als rechtshandeling en als rechtsfeit, een onderscheid waaraan de Maastrichtse School hecht. Zie Tak (RMTh 2004), Schlössels (1998), par. 9.7. en Simon (1993).

22 Asser-Hartkamp 4-I, nrs. 6 en 7. Cf. hoofdstuk 2.

23 Cf. VAR-cie (2004).

24 Zie hierover al hoofdstuk 4.

nen de rechtmatigheidsgrenzen uiteenlopende keuzes mogelijk.²⁵ Daarbij is het in het verdelende recht doorgaans eenvoudiger rekening te houden met individuele belangen dan in het ordeningsrecht, omdat de eventueel daaruit voortvloeiende extra financiële lasten over de gehele gemeenschap worden omgeslagen.²⁶

Kenmerkend aan publiekrechtelijke besluitvorming is dus de afweging van uiteenlopende, en vaak conflicterende belangen, binnen de grenzen van het recht. Wat is nu de invloed van beloftes in deze besluitvorming?²⁷ Dat hangt ervan af welke rol men het vertrouwensbeginsel toedeelt. In het contractenrecht geeft het beginsel prioriteit aan het belang van de crediteur bij nakoming boven het belang van de debiteur om niet na te komen. Er is sprake van een recht op nakoming. Dat kan, omdat de debiteur in beginsel niet tot taak heeft andere belangen te behartigen dan het zijne.²⁸ En als hij toch een ander, hoger belang moet behartigen, hoeft dat niet noodzakelijk aan nakoming in de weg te staan. De aannemer die plotse-ling voor zijn zieke moeder moet zorgen bijvoorbeeld, kan zijn contract doorgaans toch nakomen door een onderaannemer in te schakelen. Voor de overheid ligt dat anders. Inlossing van beloftes aan individuen kan op gespannen voet staan met haar plicht om rekening te houden met alle betrokken belangen. Daarom schept het vertrouwensbeginsel in de relatie tussen overheid en burger geen onvoorwaardelijk recht op nakoming van een individuele belofte, maar legt het veeleer de overheid de plicht op het belang van de burger bij nakoming van de belofte mee te wegen.²⁹ De vraag is nu, welk gewicht aan het belang bij nakoming moet worden toegekend.

De rechtspraak van de bestuursrechter laat zien dat als het gaat om de nakoming van beloftes, het vertrouwensbeginsel niet telkens een even sterke werking heeft. In het ordeningsrecht kan de invloed van opgewekt vertrouwen nagenoeg nihil zijn, omdat het wettelijke kader de afweging van alle betrokken belangen voorop stelt, bijvoorbeeld bij de vaststelling van een bestemmingsplan of de verlening van een milieuvergunning.³⁰ In het ambtenarenrecht³¹ en het verdelende recht, zoals het fiscale recht³² en het sociale-zekerheidsrecht³³ is de werking ervan vaak sterker, en wanneer de belofte de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden betreft, is de rol van het vertrouwensbeginsel in beginsel even sterk als in de ver-

25 Dat is de zachte kern van het bestuursrecht, aldus Duk (RMTh 1978).

26 Dat verklaart dat in het verdelende recht het individuele belang soms zelfs de wettelijk voorziene verdeling doorbreekt door *contra legem* werking van het vertrouwens- of het gelijkheidsbeginsel. Zie hiervoor par. 7.2.

27 Zodadelijk wordt nog het gebruik van het niet-juridische woord 'belofte' toegelicht.

28 Voor bepaalde rechtshandelingen doorbreekt de wetgever de individuele autonomie, omdat de debiteur zich nu juist wel het belang van een derde dient aan te trekken. Een voorbeeld is art. 1:88 BW, dat voor bepaalde rechtshandelingen aan het ontbreken van toestemming van de echtgenoot de sanctie van vernietigbaarheid verbindt. Het belang van de crediteur delft dan het onderspit.

29 Strikt genomen geldt dit voor verhoudingen tussen burgers onderling ook, zij het dat de belangen van derden daar zelden een grond voor niet-nakoming zullen zijn. Daarom stelt de Hoge Raad in het arrest Meegdes / Meegdes (HR 21 december 1956, NJ 1957, 126 m.nt. LEHR) het recht op nakoming voorop.

30 ABRvS 7 juli 1997, BR 1998, p. 122, Gst. 1998, 7080, nr. 7 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Neerrijnen) en ABRvS 28 mei 2001, AB 2002, 116 (Chaamsweg-Chaamsebaan).

31 CRvB 4 november 2004, TAR 2005, 8.

32 HR 18 april 1984, AB 1984, 500 m.nt. FHvdB.

33 CRvB 5 januari 2006, AB 2006, 170 m.nt. HBr (Boete loonopgave) en ABRvS 1 maart 2006, AB 2006, 188 m.nt. NV (Terugvordering huursubsidie), waar de annotator verwijst naar het proefschrift van Nicolai.

houding tussen burgers onderling.³⁴ Er is dus sprake van een glijdende schaal: naarmate het overheidshandelen meer trekken heeft van een afweging van uiteenlopende belangen, daaronder begrepen collectieve belangen zoals veiligheid en milieu, is de invloed van het vertrouwensbeginsel in de relatie tussen de overheid en de individuele belanghebbende geringer. Is het overheidshandelen primair gericht op behartiging van het ‘eigen belang’, dan zal de werking van het vertrouwensbeginsel navenant toenemen.

Hier kan men tegenin brengen dat de overheid geen eigen belang heeft, maar altijd het algemeen belang behartigt en dat dus haar rol als belangenafweger de enig mogelijke is.³⁵ Die tegenwerping overtuigt mij niet, om twee redenen. Ten eerste negeert zij de praktijk, die leert dat binnen een overheidsinstelling wel degelijk een eigen (veelal financieel) belang wordt ‘gevoeld’: de ambtenaar noemt dat soms het gemeenschapsbelang, maar vaker het overheidsbelang. Juridisch relevanter is, dat de overheid er uiteindelijk moogelijk zijn ter behartiging van het algemeen belang, maar dat niet elke handeling van de overheid daarop is gericht.³⁶ Koopt de gemeente een stuk grond voor de bouw van het gemeentehuis, dan kan het zich niet aan die koop onttrekken met het argument dat het geld bij nader inzien nuttiger kan worden besteed. Ofwel: zolang het algemeen belang zich slechts manifesteert als het eigen (financiële) belang van de overheid, dan zal het vertrouwensbeginsel een sterke werking hebben. De overheid is dan doorgaans verplicht haar beloftes na te komen.

Tot nu toe sprak ik in algemene termen over een door de overheid gedane belofte. Ik gebruikte bewust een niet-juridische term, omdat de mate waarin het vertrouwensbeginsel de overheid bindt niet alleen afhangt van de rol die zij vervult (belangenafweger of eigen beheer), maar ook van de wijze waarop het vertrouwen is gewekt. Ook hier is sprake van een glijdende schaal, lopende van zuivere informatievoorziening tot het aangaan van een contractuele verplichting. Van zuivere informatievoorziening omtrent publiekrechtelijke besluitvorming is sprake als de overheid aan de burger uiteenzet binnen welke kaders het bestuursorgaan zijn bevoegdheden uitoefent. Alleen als het gaat om gebonden besluiten zal de informatie betrekking kunnen hebben op de uitkomst van de bevoegdheidsuitoefening: ‘volgens regeling X hebt u recht op besluit Y’. De werking van het vertrouwensbeginsel zal in dit geval gering zijn, omdat in de mededeling niet licht een belofte is te lezen dat besluit Y ook daadwerkelijk genomen zal worden: de overheid heeft niet de bedoeling zich tot meer te verplichten dan hetgeen reeds uit de rege-

34 Dit geldt ook voor HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 m.nt. MS, AB klassiek (2003), nr. 21 (GCN / Nieuwegein II), waar de HR contractuele binding als uitgangspunt neemt, en de redelijkheid en billijkheid inroep als ontsnappingsroute. In hoofdstuk 3 betoogde ik al dat ook in privaatrechtelijke verhoudingen het algemeen belang als rechtvaardigingsgrond voor niet-nakoming kan dienen.

35 Schreuder-Vlasblom verdedigt dat (NTB 2005, p. 240). Evenzo Tak in zijn noot onder het aangehaalde GCN-arrest, AB klassiek (2003), nr. 21. Schlössels (1998), par. 3.3. vermeldt dat wel onomstreden is dat het algemeen belang grondslag is voor alle overheidsactiviteit. Het begrip algemeen belang heeft dan echter een ruimere betekenis dan ‘de individuele en collectieve belangen van de bij het overheidsoptreden betrokken burgers’.

36 Dat geldt niet alleen voor de overheid. Zo zal in de christelijke opvatting het leven van de mens wellicht gericht zijn op naastenliefde, maar om dat leven in stand te houden moet er ook gegeten worden. Het kopen van een brood voor eigen consumptie zou ik niet willen beschouwen als een daad van naastenliefde.

ling zelf voortvloeit. Als het bestuur uiteindelijk niet besluit Y maar Z neemt, dan zal de burger zijn schadevordering dus slechts kunnen gronden op de onjuistheid van de informatie. Voor een ‘nakomingsvordering’ is geen grond. Is er daarentegen sprake van een overeenkomst, dan doet de overheid een belofte omtrent de uitkomst van de bevoegdheidsuitoefening: ‘wij zullen besluit Y nemen’. Is aan de overige vereisten voor contractuele binding voldaan, dan heeft deze belofte juist wel de strekking om een zelfstandige verplichting te scheppen naast hetgeen reeds uit de regeling zelf voortvloeit. Als het bestuur uiteindelijk niet besluit Y maar Z neemt, dan zal de burger zijn schadevordering kunnen baseren op de onjuistheid van de informatie, maar ook op de niet-nakoming van de belofte.³⁷

De toezegging bevindt zich ergens tussen beide uitersten, evenals de grenslijn tussen de gevallen waarin er wel (contract) en geen (informatie) grondslag is voor nakoming. In het verleden zijn pogingen gedaan om de toezegging als afzonderlijke rechtsfiguur te introduceren.³⁸ Ik zie het nut daar niet zo van in. Naar mijn oordeel is niet zozeer de kwalificatie van een mededeling als (al dan niet) een toezegging relevant, maar de ligging van de genoemde grenslijn tussen contract en informatievoorziening. Die bepaalt immers of er (in beginsel) een recht op nakoming bestaat van de toezegging, en of bij niet-nakoming de schade als gevolg van de niet-nakoming (cf. het genoemde arrest Heesch / Reijs) dan wel slechts de schade als gevolg van de onjuistheid van de toezegging zelf (cf. het genoemde arrest Staat / Bolsius) voor vergoeding in aanmerking komt.³⁹ Wat mij betreft kan de toezegging dan ook gewoon als een overeenkomst worden gekwalificeerd, als de overheid beoogde zich te binden en haar ‘aanbod’ niet onverwijld na kennisgeving is afgewezen.⁴⁰

Vloeit uit de toezegging geen contractuele verbintenis voort, dan bestaat er ook geen recht op nakoming. De constructie waarin de toezegging een rechtsplicht scheidt, die bij niet-nakoming schadeplichtigheid op grond van onrechtmatige daad doet ontstaan spreekt mij niet aan.⁴¹ Hoe is die rechtsplicht anders te duiden dan als een uitvloeisel van de verbintenis om de toezegging na te komen?⁴² Zo wordt de onrechtmatige daad in feite gebruikt voor een uitbreiding van het contractsbegrip buiten het bepaalde in art. 6:213 BW om.⁴³ Dan is het beter man en paard te noemen, en de niet-nakoming van de toezegging niet als een onrechtmatige daad maar als wanprestatie te kwalificeren.

37 Die (contractuele) aansprakelijkheid wordt zodadelijk nader uitgewerkt.

38 Menu (1994), met verdere literatuurverwijzingen. Zie voorts de noot van Verhey onder ABRvS 1 maart 2006, AB 2006, 188 m.nt. NV (Terugvordering huursubsidie).

39 De schade als gevolg van niet-nakoming is het positieve contractsbelang, de schade als gevolg van het vertrouwen op de toezegging (dispositie) het negatieve contractsbelang. Cf. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 162 en Bloembergen en Lindenberg (2001), nr 44.

40 Zie Bloembergen (RMTh 1996), p. 58, en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 616, 4-II, nr. 67.

41 Ackermans-Wijn (1989), p. 105.

42 De meerwaarde van de toezegging als aparte rechtsfiguur zou daaruit kunnen bestaan, dat zij geen recht geeft op nakoming, maar wel verplicht tot vergoeding van schade als gevolg van niet-nakoming. Zo kan men HR 25 januari 1985, NJ 1985, 559 m.nt. PAS (Sittard / Patelski) lezen. Van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad als in het arrest Heesch / Reijs is dan geen sprake. Deze lezing staat bovendien op gespannen voet met art. 6:1 BW.

43 Menu (1994) merkt op p. 273-274 terecht op dat deze constructie niet zuiver is, maar doet daar niet moeilijk over, omdat de praktische implicaties volgens hem gering zijn (p. 280 e.v.).

De niet-nakoming van een overheidstoezegging die geen contractuele verbintenis schept, kán overigens wel een onrechtmatige daad opleveren, namelijk als het bestuur aan het belang bij nakoming van de toezegging onvoldoende gewicht heeft toegekend. Maar de onrechtmatigheid is dan niet gelegen in de schending van een rechtsplicht tot nakoming van de toezegging, maar in het feit dat de afweging van alle belangen, waaronder het belang bij nakoming van de toezegging, de publiekrechtelijke rechtmatigheidstoets niet kan doorstaan. Een geval waarin er ondanks publiekrechtelijke rechtmatigheid sprake is van privaatrechtelijke onrechtmatigheid, doet zich dan niet voor.⁴⁴

Omdat de toezegging een omstandigheid is die niet in de betrokken wettelijke regeling is verdisconteerd, zou de aansprakelijkheid voor een van de toezegging afwijkend besluit ook nog gefundeerd kunnen worden op het *égalité*-beginsel.⁴⁵ Erg voor de hand ligt dat echter niet. In hoofdstuk 5 bleek dat de mogelijkheden voor de rechter om buiten de wet om aansprakelijkheid aan te nemen op grond van het *égalité*-beginsel beperkt zijn. In mijn opvatting zal de rechter bij zijn beoordeling van wat binnen het maatschappelijk risico van de benadeelde valt, moeten aansluiten bij de bestaande wettelijke en beleidsmatige nadeelscompensatieregelingen.⁴⁶ Deze plegen momenteel niet te voorzien in compensatie voor teleurgestelde verwachtingen. De speelruimte van de rechter zal op dit vlak naar mijn oordeel beperkt moeten blijven tot gevallen, waarin de maatschappelijke onaanvaardbaarheid van het nadeel van de betrokkene buiten kijf staat.

7.6 Niet-nakoming van bevoegdhedenovereenkomsten

De mate waarin het vertrouwensbeginsel de rechtsverhouding tussen overheid en burger bepaalt blijkt dus van twee factoren af te hangen, de wijze waarop het vertrouwen is gewekt (informatie versus belofte), en de overheidshandeling waarop het vertrouwen betrekking heeft (beheer versus belangenbehartiging). Frictie ontstaat wanneer de overheid zich jegens een individuele burger contractueel verbindt omtrent de uitkomst van een afweging tussen uiteenlopende belangen. De contractuele verhouding duidt dan op een sterke werking van het vertrouwensbeginsel, terwijl de rol van het bestuur als belangenafweger juist een zwakke werking indiceert. Dat is precies de situatie uit de vorige paragraaf, waarin GS aan Hagenaars toezegden zijn restaurant bereikbaar te houden, terwijl hun verkeersbesluit omtrent de wegafsluiting het resultaat behoort te zijn van een afweging van alle betrokken belangen.⁴⁷ De verplichtingen van het bestuur om zijn toezegging na te komen enerzijds, en een onbevooroordeelde belangenafweging te verrichten

44 Zoals gezegd kan de toezegging zelf ook een onrechtmatige daad opleveren, maar dat bepaalt niet de rechtmatigheid van het nemen van het besluit waarop de toezegging betrekking heeft.

45 Een dergelijke uitbreiding is door Schueler (2002), par 5.1 bepleit, zij het dat hij het vertrouwensbeginsel als zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie beschouwt. ABRvS 22 maart 2001, AB 2001, 195 m.nt. dG (camping de Plagge) en ABRvS 1 maart 2006, BR 2006, p. 544 m.nt. Nijmeijer (Middelharnis) suggereren op dit punt inderdaad enige ruimte. Cf. Schueler (2002), par. 3.3.

46 Zie hoofdstuk 5.

47 Waarbij bijvoorbeeld in aanmerking genomen moet worden dat de reconstructie langer duurt als het restaurant van Hagenaars bereikbaar moet blijven.

anderzijds, strijden hier om voorrang. Op het eerste gezicht benaderen bestuursrechter en burgerlijke rechter dit dilemma op verschillende wijze. Waar de bestuursrechter de belofte laat meewegen als onderdeel van de belangenafweging, stelt de civiele rechter de nakoming van de belofte voorop, maar aanvaardt hij dat de bijzondere omstandigheden zich tegen nakoming kunnen verzetten.⁴⁸ Materieel gezien behoren beide rechters mijns inziens hetzelfde te doen: daar waar een overheidsbesluit het resultaat is van een afweging van uiteenlopende individuele en collectieve belangen, kan het vertrouwensbeginsel geen onvoorwaardelijke rechtsplicht scheppen tot nakoming van een individuele belofte. De bestuursrechter zal wat scherper moeten kijken naar de vraag of het bestuur de mogelijkheid heeft om met inachtneming van de belangen van derden de belofte gestand te doen, terwijl de civiele rechter het recht op nakoming van die belofte zal moeten relativeren wanneer daardoor de belangen van derden onevenredig in het gedrang komen.⁴⁹

Het vertrouwensbeginsel geeft in het algemeen een extra gewicht aan het betrokken belang bij nakoming van de belofte, zeker als deze deel uitmaakt van een overeenkomst. Dat spreekt voor zich wanneer de contractspartij van de overheid al heeft gepresteerd of geïnvesteerd in het vertrouwen op deze nakoming (dispositie). Zij lijdt dan immers extra nadeel als het bestuur toch in andere zin besluit. Maar dat wil niet zeggen dat het vertrouwensbeginsel geen gewicht in de schaal legt als niet aan het dispositievereiste is voldaan. Dat de overheid betrouwbaar is en haar beloftes nakomt is op zichzelf al een niet te veronachtzamen (algemeen) belang.⁵⁰ Een bevoegdheidsovereenkomst kan naar mijn oordeel dan ook niet op een lijn worden gesteld met een beleidsregel, die in beginsel slechts het bestuur zelf bindt. Die gelijkstelling zou onvoldoende recht doen aan de belofte van het bestuur aan de betreffende burger.⁵¹ De rechter (bij appellabele besluiten: de bestuursrechter) zal in dat verband niet alleen moeten toetsen of de belangen van derden zwaarder wegen dan die van de crediteur (proportionaliteit), maar ook of er geen alternatief is om de verbintenis na te komen met inachtneming van die belangen van derden (subsidiariteit). Als Hagenaars dus stelt dat de wegfsluiting onrechtmatig is omdat met hem is overeengekomen dat zijn pannenkoekenhuis bereikbaar blijft, dan zal die klacht m.i. moeten slagen als GS het hogere belang (het onderhoud van de weg en daarmee de veiligheid van alle weggebruikers) ook hadden kunnen dienen zonder de weg af te sluiten.⁵² De onrechtmatigheid van de

48 Het is lastig vast te stellen welke positie de civiele rechter momenteel inneemt, omdat de nakoming van een overeenkomst die bestaat uit het nemen van een besluit vrijwel telkens bij de bestuursrechter wordt uitgevochten. Het arrest GCN / Nieuwegein duidt erop dat de HR gebondenheid nog steeds centraal stelt. Mijn kritiek daarop gaf ik in par. 2.6

49 Een goed voorbeeld is ABRvS 8 september 2004, AB 2004, 458 m.nt. CNJK, BR 2004, p. 1034 m.nt. dG (tracébesluit HSL Zuid V), waar een contractuele verbintenis tot aanleg van een geluidsscherm moest worden nagekomen, niet omdat er sprake was van een recht op nakoming, maar omdat er onvoldoende gewicht was gehecht aan het belang van appellante bij nakoming van de gemaakte afspraken. Ware het tracébesluit niet appellabel geweest, dan had de civiele rechter waarschijnlijk geredeneerd dat het financiële belang van de Minister geen rechtvaardiging vormde voor niet-nakoming, met dezelfde uitkomst als gevolg.

50 Aldus J.H.A. van der Grinten in zijn annotatie onder ABRvS 26 februari 2003, AB 2003, 265 (onttrekking Bergen). Evenzo Mok (1997) en Spier (1981).

51 Hierover uitgebreider Kortmann (2002), par. 5.4.

52 Aangenomen dat belangen van derden daardoor niet onaanvaardbaar in het gedrang zouden raken.

wegafsluiting is dan niet gelegen in de niet-nakoming van de belofte, maar in de gebrekkige belangenafweging: een publiekrechtelijke onrechtmatigheid derhalve.⁵³

De regel *pacta sunt servanda* zal niettemin moeten wijken, zodra de individuele of collectieve belangen van derden te zeer in het gedrang komen.⁵⁴ Die belangen vormen dan een rechtvaardigingsgrond voor de niet-nakoming van de overeenkomst. Stel dat GS inderdaad geen andere mogelijkheid hadden dan de weg af te sluiten. Kan de provincie dan toch contractueel aansprakelijk zijn jegens Hagenaars? In par. 2.5 heb ik betoogd dat een rechtvaardigingsgrond – anders dan in het delictuele aansprakelijkheidsrecht – niet in de weg hoeft te staan aan contractuele aansprakelijkheid. Er is immers onverminderd sprake van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis.⁵⁵ Overmacht in de zin van art. 6:75 BW levert de rechtvaardigingsgrond niet noodzakelijk op. Kon het bestuur voorzien dat de verbintenis niet nagekomen zou worden, dan kan die tekortkoming hem krachtens schuld worden toegerekend. Heeft het bestuur het nemen van het toegezegde besluit gegarandeerd (en dus een beroep op overmacht uitgesloten), dan biedt de overeenkomst zelf (de rechtshandeling) een grond voor toerekening. En buiten deze gevallen zou toerekening van de tekortkoming naar verkeersopvattingen gefundeerd kunnen worden op het rechtsbeginsel van de *égalité devant les charges publiques*. Die rol vervulde het beginsel immers ook in het delictuele aansprakelijkheidsrecht.⁵⁶

De niet-nakoming van de toezegging levert in deze gevallen geen onrechtmatige daad maar een wanprestatie op.⁵⁷ Zij vertoont enige gelijkenis met de rechtmatige overheidsdaad: het nemen van het gewraakte besluit is op zichzelf rechtmatig, zij het dat er een plicht tot schadevergoeding bestaat op een andere grondslag dan de onrechtmatige daad. In hoofdstuk 2 is beargumenteerd dat de aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad slechts gebaseerd kan worden op schending van een rechtsplicht, zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Daarbuiten behoeft aansprakelijkheid in een buitencontractuele rechtsverhouding (zoals bij de ‘rechtmatige daad’) een afzonderlijke wettelijke grondslag. Dat burgerlijke rechter en bestuursrechter deze aansprakelijkheid funderen op het ongeschreven *égalité*-beginsel is een noodgreep, die zich eigenlijk niet goed ver-

53 Cf. art. 3:4 lid 2 Awb. Voorstelbaar is nog dat de overheid aan het belang van Hagenaars tegemoetkomt door het aanbieden van een schadeloosstelling en aldus de belangenafweging doet kantelen. Zie daarover par. 5.8.

54 De rechter pleegt het bestuur bij deze afweging een aanzienlijke vrijheid te laten. HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. MS, AB 1986, 574 m.nt. PvB, AB Klassiek (2003), nr. 18 (Landbouwvliegers) en ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93, JB 1996/158 m.nt. FAMS, AB-klassiek (2003) nr. 36 (Maxis en Praxis). Met name de subsidia-riteitsstoets zou m.i. indringender mogen plaatsvinden dan uit deze uitspraken blijkt, wanneer het gaat om de nakoming van bevoegdheidsovereenkomsten. Dat is ook de strekking van de conclusies aan het einde van de dissertatie van Spier (1981), nrs. 90 en 102.

55 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 307 en 307a benadrukt terecht dat tekortschieten een neutraal begrip is, dat los staat van de aanwezigheid van rechtvaardigingsgronden of schulduitsluitingsgronden.

56 Zie hoofdstuk 2 waar de parallel tussen toerekening bij wanprestatie en onrechtmatige daad is beschreven, en par. 3.4 over de rol van het *égalité*-beginsel bij de toerekening van de onrechtmatige overheidsdaad.

57 Tenzij het bestuur slechts een inspanningsverbintenis op zich nam. In dat geval hoeft er van een tekortkoming geen sprake te zijn als een andersluidend besluit wordt genomen.

draagt met het (gematigd) gesloten stelsel van verbintenissen.⁵⁸ Uit contract kan de overheid echter ook aansprakelijk zijn als de schending van de rechtsplicht tot nakoming van de verbintenis gerechtvaardigd wordt door een hoger belang. Dit neemt immers niet weg dat er sprake is van een tekortkoming, die in beginsel kan worden toegerekend. De werking van het égalité-beginsel kan daar dus beperkt blijven tot de toerekening van de tekortkoming naar verkeersopvattingen. Een zelfstandige contractuele aansprakelijkheid naast art. 6:74 BW hoeft er niet op gefundeerd te worden.⁵⁹

7.7 Een geldig besluit levert geen onrechtmatige daad op

Keren we nu terug naar de vraag waarmee paragraaf 7.5 begon: kan het bestuur jegens een burger privaatrechtelijk onrechtmatig handelen door een besluit te nemen in strijd met een toezegging aan die burger, ook al kan dat besluit de publiekrechtelijke rechtmatigheidstoets doorstaan? Twee antwoorden kwamen in aanmerking:

1. Ja. Dat een besluit in overeenstemming met het publiekrecht wordt genomen, doet er niet aan af dat door de niet-nakoming van een andersluidende toezegging een (privaatrechtelijke) rechtsplicht wordt geschonden. Deze rechtsplicht vloeit voort uit het vertrouwensbeginsel. Voor die schending is in elk geval geen rechtvaardigingsgrond als ook een besluit in overeenstemming met het publiekrecht genomen had kunnen worden, waarmee de toezegging zou zijn nagekomen.
2. Neen. De bestuurlijke vrijheid die besloten ligt in de toekenning van discretionaire bevoegdheden, wordt ook door het privaatrecht gerespecteerd. Zolang het bestuur zijn afweging maakt binnen de grenzen van de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, daaronder begrepen het vertrouwensbeginsel, is daarin de rechtvaardiging gelegen voor de niet-nakoming van de toezegging.

Het is inmiddels duidelijk geworden dat voor het antwoord op deze vraag twee factoren van belang zijn.

Ten eerste de aard van de toezegging. Deze kan mijns inziens slechts een rechtsplicht tot nakoming in het leven roepen, als uit de toezegging een overeenkomst voortvloeit. Is dat niet het geval, dan is er slechts sprake van onjuiste informatieverstrekking. Het geven van die informatie kan onrechtmatig zijn (Staat / Bolsius), maar dat doet niet af aan de rechtmatigheid van het genomen besluit. De aansprakelijkheid blijft in dat geval beperkt tot de dispositieschade (het negatieve ‘contractsbelang’). De gegeven informatie kán het vertrouwen opwekken dat dienovereenkomstig wordt besloten. Dat vertrouwen zal een rol moeten spelen bij de besluitvorming, maar zonder overeenkomst is er geen rechtsplicht om dat vertrouwen te honoreren. De eventuele aansprakelijkheid van de overheid uit onrecht-

⁵⁸ Par. 5.9.

⁵⁹ Dit stemt overeen met de bevindingen van hoofdstuk 2.

matige daad kan dus niet gelegen zijn in de schending van een rechtsplicht tot nakoming van de toezegging. De schade ten gevolge van de niet-nakoming (het positieve contractsbelang) komt op die grond niet voor vergoeding in aanmerking. Voor niet-bindende toezeggingen is het antwoord op de vraag dus negatief (2): een andersluidend publiekrechtelijk rechtmatig besluit nemen levert geen onrechtmatige daad op.

Vloeit uit de toezegging om een bepaald besluit te nemen een contractuele verbintenis voort, dan rust op de overheid wel een rechtsplicht tot nakoming. Deze rechtsplicht kan echter niet steeds worden afgedwongen. Dat brengt ons bij de tweede relevante factor, de aard van de besluitvorming. Is bij de besluitvorming louter het 'eigen, financiële belang' van de overheid in het geding, dan zal aan het vertrouwensbeginsel veelal een doorslaggevend gewicht worden toegekend, of de beoordeling nu door de bestuursrechter of de burgerlijke rechter plaatsvindt. Onder omstandigheden kan het zelfs de wet opzij zetten. Is het besluit daarentegen de resultante van een afweging van individuele en collectieve belangen, dan speelt het vertrouwensbeginsel een bescheidener rol. Moet het bestuur een ander, hoger belang laten prevaleren, dan rechtvaardigt dat belang de schending van de rechtsplicht tot nakoming van de verbintenis. Ook voor bindende toezeggingen is het antwoord op de vraag dus negatief (2): een andersluidend publiekrechtelijk rechtmatig besluit nemen levert geen onrechtmatige daad op. Daarbij geldt echter wel de onder (1) genoemde beperking. Voor de schending van de toezegging is geen rechtvaardigingsgrond aanwezig, als ook een besluit in overeenstemming met het publiekrecht genomen had kunnen worden, waarmee de toezegging zou zijn nagekomen (subsidiariteit). In dat geval zal de bestuursrechter het besluit naar mijn oordeel moeten vernietigen wegens strijd met art. 3:4 lid 2 Awb.

Vormen de belangen van derden wel een rechtvaardigingsgrond om de bindende toezegging niet na te komen, dan kan de aansprakelijkheid van de overheid niet voortvloeien uit onrechtmatige daad. Aansprakelijkheid uit wanprestatie is wel mogelijk, omdat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond daaraan niet noodzakelijk in de weg staat. De schade ten gevolge van de niet-nakoming (het positieve contractsbelang) komt dan wel voor vergoeding in aanmerking.

In beide gevallen (niet-contractuele en contractuele toezeggingen) kan de niet-nakoming van een toezegging tot het nemen van een besluit een onrechtmatige daad opleveren, als het belang bij nakoming van die toezegging onvoldoende is meegewogen bij de besluitvorming. Maar dan is het niet de niet-nakoming van de toezegging zelf, maar de onzorgvuldigheid van de belangenafweging of de onevenredigheid van de uitkomst daarvan, die tot de kwalificatie onrechtmatigheid leidt. De onrechtmatigheid is dan niet gelegen in de schending van de rechtsplicht tot nakoming van de toezegging, maar in de schending van publiekrecht. Is bij de belangenafweging het publiekrecht in acht genomen, dan is er van onrechtmatigheid geen sprake. Het nemen van een geldig besluit kan dus geen onrechtmatige daad opleveren:

VI. publiekrechtelijke rechtmatigheid → privaatrechtelijke rechtmatigheid

7.8 Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke onrechtmatigheid vallen samen

In de voorgaande paragrafen is bezien of er een relevant onderscheid gemaakt kan worden tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtmatigheid. Omdat de publiekrechtelijke rechtmatigheid (samen met de bevoegdheid) de geldigheid van een besluit bepaalt, en de privaatrechtelijke rechtmatigheid de aansprakelijkheid voor het nemen van dat besluit, is het onderscheid tussen beide relevant voor de in de jurisprudentie aanvaarde gelijkstelling tussen de geldigheid van een besluit en de aansprakelijkheid voor het nemen ervan.

Op het eerste gezicht lijken de twee rechtmatigheidsbegrippen wellicht verschillend. Van publiekrechtelijke onrechtmatigheid is sprake wanneer het bestuur bij het nemen van een besluit de (publiekrechtelijke) normen die de uitoefening van de bevoegdheid reguleren, niet in acht neemt. Wanneer er sprake is van een discretionaire bevoegdheid kan de publiekrechtelijke onrechtmatigheid onder meer gelegen zijn in de (materiële) onzorgvuldigheid van de belangenafweging. In het privaatrecht vloeit onrechtmatigheid voor uit de schending van een rechtsplicht jegens een individu. Met name in het ordeningsrecht lijkt er daarom van een tegenstelling sprake, waar de publiekrechtelijke rechtmatigheid bij de uitoefening van een vrije bevoegdheid wordt bepaald door de afweging van alle betrokken belangen, terwijl de privaatrechtelijke rechtmatigheid wordt bepaald door de aantasting van het individuele belang. Toch is die tegenstelling schijn.

Publiekrechtelijke normen bieden mede bescherming aan individuele belangen. Schending van de wet of van de plicht tot een zorgvuldige belangenafweging levert de schending van een rechtsplicht op. Als de betrokken norm de individuele belangen van de benadeelde beoogde te beschermen, dan levert deze niet-geïndividualiseerde publiekrechtelijke onrechtmatigheid wel degelijk geïndividualiseerde privaatrechtelijke onrechtmatigheid op. Dat bleek al in par. 6.4.

Daarmee is nog niet gezegd dat de inachtneming van publiekrechtelijke normen altijd tot privaatrechtelijk rechtmatig overheidsgedrag leidt. Dat punt onderzocht ik aan de hand van de toezegging om een besluit te nemen (een *hard case*). Met name in het ordeningsrecht vertegenwoordigt zo'n toezegging slechts een van de vele belangen waarmee het bestuur rekening dient te houden, terwijl volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad (het arrest Heesch / Reijs) de niet-nakoming van zo een toezegging naar privaatrecht een onrechtmatige daad oplevert jegens de individuele burger. Ik concludeerde dat als de publiekrechtelijke belangenafweging in het nadeel van deze burger uitvalt, het bestuur jegens die burger ook naar privaatrecht niet onrechtmatig handelt door de aan hem gedane toezegging niet na te komen. Wel stelde ik aan die publiekrechtelijke afweging de eis, dat het bestuur geen alternatief ter beschikking staat om de toezegging op publiekrechtelijk rechtmatige wijze wél na te komen. Alleen in dat geval is m.i. gewaarborgd dat de uitkomst van de publiekrechtelijke belangenafweging ook jegens de individuele belanghebbende (privaatrechtelijk) rechtmatig is, omdat het (hogere) belang van

derden dan daadwerkelijk een rechtvaardigingsgrond oplevert als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW.

Mijn conclusie is, dat er geen relevant verschil is tussen de publiekrechtelijke rechtmatigheidstoets aan de hand waarvan de rechter de geldigheid van een besluit beoordeelt, en de privaatrechtelijke rechtmatigheidstoets die de rechter aanlegt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid voor het nemen van een besluit. Hoe is dit nu te rijmen met de gesignaleerde tegenstelling tussen de macroscopische benadering van het publiekrecht (afweging van alle belangen) en de microscopische benadering van het privaatrecht (schending van het individuele belang)? De verklaring daarvoor is mijns inziens tweeledig.

Ten eerste is – anders dan de rechtmatigheidstoetsing van de privaatrechtelijke rechtshandeling op grond van art. 3:40 BW – de publiekrechtelijke rechtmatigheidstoetsing van een besluit integraal.⁶⁰ De geldigheid van het besluit wordt niet alleen bepaald door de grenzen van de betrokken bevoegdheid, maar mede bepalend is of het bestuur na afweging van alle betrokken belangen tot een juiste keuze is gekomen. Die keuze betekent in het orderingsrecht meestal dat het hogere belang wordt behartigd ten koste van individuele lager gewaardeerde belangen. Ook al toetst de bestuursrechter met enige terughoudendheid, het object van die toetsing is wel de keuze van het bestuur, overheidsgedrag dus.⁶¹

Ten tweede staat in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht weliswaar de schending van individuele belangen centraal, maar is de rechtmatigheidstoetsing in het systeem van het BW niet gerelateerd aan het geschonden belang, maar aan het gedrag van de dader.⁶² Ook in de verhouding tussen burgers onderling kan het voorkomen dat het individuele belang van de ene burger geschonden wordt ten behoeve van de behartiging een hoger belang. De aanvaarding van rechtvaardigingsgronden in het privaatrecht maakt het mogelijk om bij de beoordeling van de (privaatrechtelijke) rechtmatigheid van gedrag de belangen van derden van invloed te laten zijn. Bepalend voor het uiteindelijke rechtmatigheidsoordeel is niet de schending van het belang van de benadeelde, maar de keuze die de dader heeft gemaakt tussen de conflicterende belangen. Is de dader een bestuursorgaan dat een besluit neemt, dan staat dus ook naar privaatrecht de keuze van dat bestuursorgaan centraal in de rechtmatigheidstoetsing.

De gemeenschappelijk kern van de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke rechtmatigheid is dus, dat zij beide de geoorloofdheid van het door het bestuur genomen besluit bepalen. Verleent het bestuur een vergunning in overeenstem-

60 Dat was niet altijd vanzelfsprekend. Vide HR 25 november 1977, NJ 1978, 255 m.nt. MS, AB 1978, 1 m.nt. J.R. St., AB klassiek (2003), nr. 11 (Loosdrechts Plassenschap). De ontwikkeling van de bestuursrechtelijke toets tot een integrale rechtmatigheidstoets verklaart wel de ontwikkeling in de rechtspraak van de civiele rechter om die rechtmatigheidstoets niet meer zelfstandig uit te voeren. Dat die ontwikkeling te ver is doorgeschooten komt in hoofdstuk 8 aan de orde.

61 In hoofdstuk 5 is uiteengezet dat op deze evenredigheidstoets nog een tweede afweging volgt, die betrekking heeft op de vraag of de verlangde opoffering wel maatschappelijk aanvaardbaar is. Die afweging leidt echter niet tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar uit een zelfstandige aansprakelijkheid uit 'rechtmatige daad'.

62 Zie hoofdstuk 3.

ming met het publiekrecht, dan is het verlenen van die vergunning geoorloofd. In hoofdstuk 2 heb ik al betoogd, dat gedrag naar privaatrecht slechts onrechtmatig kan zijn, als het ongeoorloofd is. Voor onrechtmatigheid moet immers sprake zijn van schending van een gedragsnorm. Dat betekent dat als uit het publiekrecht volgt dat het verlenen van een vergunning geoorloofd is, die verlening naar privaatrecht niet onrechtmatig kan zijn. Omdat gedrag niet tegelijkertijd geoorloofd en ongeoorloofd kan zijn, vallen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke (on)rechtmatigheid samen.

7.9 Samenvatting

Het nemen van een ongeldig besluit levert naar materieel recht een onrechtmatige daad op omdat de gronden voor vernietiging en onrechtmatigheid dezelfde zijn, zo bleek in het vorige hoofdstuk. Waar het betreft de inhoud van het besluit, vallen zij in drie groepen uiteen.

1. De schending van een rechtsplicht tot uitoefening van een bevoegdheid (falend bestuur). Vernietiging volgt in dit geval uit strijd met de wet of een motiveringsgebrek. De schadeoorzaak is het dictum van het besluit.
2. De inbreuk op een subjectief recht zonder toereikende bevoegdheid. Vernietiging volgt in dit geval uit onbevoegdheid of strijd met een regulerende norm. De schadeoorzaak is het dictum van het besluit.
3. Een onjuist feitelijk of rechtsoordeel. Vernietiging volgt in dit geval uit een motiveringsgebrek. De schadeoorzaak is de motivering van het besluit.

Geldt nu ook het omgekeerde, dat het nemen van een geldig besluit altijd rechtmatig is, dat wil zeggen, nooit een onrechtmatige daad oplevert? Het nemen van een geldig besluit kan onrechtmatig zijn, als het mogelijk is dat een normschending bij de besluitvorming niet tot ongeldigheid leidt. Het meest sprekende voorbeeld is de situatie waarin het bestuur een toezegging doet omtrent het te nemen besluit. Honoreert het bestuur die toezegging, dan kan dat onder omstandigheden strijd met de wet opleveren (*contra-legem*jurisprudentie). Van onrechtmatigheid is in dat geval echter geen sprake, omdat de wetsschending wordt gerechtvaardigd door de (hogere) plicht om de betreffende toezegging na te komen. Voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht is die categorie bovendien van weinig belang, omdat honorering van vertrouwen *contra legem* slechts in het verdelende recht is aanvaard. Het niet toepassen van de wet geschiedt ten voordele van de burger en er zijn in dat rechtsgebied geen individuele of collectieve belangen van derden die door de wetsschending worden geschaad.

Het omgekeerde geval is voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht wel van belang: wanneer het bestuur de toezegging niet honoreert met een beroep op de grenzen van de wet of de door het bestuur te dienen belangen. Als dat beroep slaagt (hetgeen met name in het ordeningsrecht mogelijk is), leidt de niet-nakoming van de toezegging niet tot ongeldigheid van het besluit. Op grond van het arrest Heesch / Reijs levert de niet-nakoming van een toezegging nochtans een onrechtmatige daad op. Wanneer de niet-nakoming van de toezegging bestaat uit

het nemen van een andersluidend besluit, zou het nemen van een rechtsgeldig besluit dus een onrechtmatige daad kunnen opleveren. Op grond van het in hoofdstuk 2 ontwikkelde onrechtmatigheidsbegrip heb ik die gedachte verworpen met de volgende redenering.

De aansprakelijkheid voor de niet-nakoming van een toezegging kan op twee gronden worden gebaseerd. De eerste is dat de toezegging zelf niet gedaan had mogen worden. Die onrechtmatigheid vloeit dan voort uit de onjuistheid van de met de toezegging gegeven informatie. Zij staat in beginsel los van de uiteindelijke inhoud van het besluit. Deze grond kan slechts leiden tot vergoeding van het ‘negatieve contractsbelang’ van de benadeelde: de schade die hij geleden heeft door op de toezegging af te gaan. Hij moet dan – evenals bij onrechtmatige informatievoorziening – in de positie worden gebracht alsof de toezegging niet zou zijn gedaan. Vaak (zoals bij Bolsius en Van Benten) biedt deze grondslag weinig soelaas, omdat de schade slechts het ‘positieve contractsbelang’, het belang van de benadeelde bij de nakoming van de toezegging betreft.

Vergoeding van het ‘positieve contractsbelang’ kan alleen gegrond worden op de niet-nakoming van de toezegging. In mijn opvatting is deze niet-nakoming niet onrechtmatig als zij gerechtvaardigd wordt door de behartiging van een hoger belang, dat al dan niet in de betreffende wettelijke regeling is verdisconteerd.⁶³ Het bestuur heeft dan immers bij het nemen van het besluit de juiste prioriteit gesteld: zijn handelen is geoorloofd (of zelfs geboden) en derhalve rechtmatig. De aansprakelijkheid voor de niet-nakoming zal dus op een andere grondslag gebaseerd moeten worden. Die grondslag kan wanprestatie zijn, als de overheidstoezegging een contractuele verbintenis heeft geschapen en het nemen van een andersluidend besluit te kwalificeren is als een tekortschieten in de nakoming van die verbintenis. Het bestaan van het hogere belang (de rechtvaardigingsgrond) staat in dat geval weliswaar in de weg aan nakoming, maar niet noodzakelijk aan toerekening van de tekortkoming in de nakoming. Deze toerekening kan immers geschieden krachtens schuld (als het bestuur het hogere belang had moeten voorzien), rechtshandeling (als het bestuur een beroep op overmacht had uitgesloten) of verkeersopvattingen (waarbij het *égalité*-beginsel net als bij de onrechtmatige daad de toerekening zou kunnen legitimeren).

Leidt de toezegging niet tot een contractuele verbintenis, dan is het bestuur noch uit onrechtmatige daad, noch uit wanprestatie aansprakelijk voor het nemen van een besluit in strijd met die toezegging, als er daarvoor een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Van vergoeding van het (positieve) belang bij de nakoming kan dan geen sprake zijn. Dat is m.i. ook terecht, omdat het bestuur zich niet verbonden had tot nakoming van die toezegging. Wel is nog denkbaar dat het *égalité*-beginsel in dit geval een buitenwettelijke grondslag voor aansprakelijkheid zou geven, maar dat ligt in mijn (in hoofdstuk 5 uiteengezette) opvatting niet voor de hand, omdat dat niet goed aansluit bij de uitleg die wetgever en bestuur doorgaans aan dit beginsel geven.

De conclusie is, dat als de uitkomst van een vernietigingsberoep is dat het bestuur

63 Deze situatie zal zich met name in het ordeningsrecht voordoen.

een omtrent het besluit gedane toezegging niet na hoeft te komen vanwege de aanwezigheid van een hoger belang, dit hogere belang een rechtvaardiging vormt voor de niet-nakoming. De eventuele aansprakelijkheid van het bestuur berust dan niet op onrechtmatige daad.

Het nemen van een geldig bestuursbesluit kan derhalve geen onrechtmatige daad opleveren: het is altijd rechtmatig. In hoofdstuk 6 bleek al dat het nemen van een ongeldig besluit telkens een onrechtmatige daad oplevert. Voor bestuursbesluiten is er dus op materieelrechtelijk niveau een equivalentie tussen de begrippen geldigheid en rechtmatigheid. Omdat de geldigheid van een besluit wordt bepaald door een publiekrechtelijke rechtmatigheidstoets, is er naar positief recht geen onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtmatigheid. De verklaring daarvoor is mijns inziens dat de geldigheidstoetsing van besluiten zich met de emancipatie van het bestuursrecht heeft ontwikkeld tot een integrale rechtmatigheidstoets, waarbij het gedrag van het bestuursorgaan centraal staat. Daarmee is de essentie van het vernietigingsberoep komen samen te vallen met die van de privaatrechtelijke onrechtmatigheidstoetsing, namelijk de vraag of het betreffende overheidsgedrag geoorloofd is. Is het nemen van het besluit naar materieel recht geoorloofd, dan is het niet onrechtmatig en ontbreekt er een grond voor vernietiging. Wordt het besluit daarentegen vernietigd, dan was het nemen ervan ongeoorloofd en derhalve naar privaatrecht onrechtmatig.

Naar materieel recht bezien is de in de jurisprudentie aanvaarde gelijkstelling tussen de uitkomst van de publiekrechtelijke geldigheidstoetsing en de uitkomst van de privaatrechtelijke rechtmatigheidstoetsing dus correct. De Hoge Raad onderbouwt deze jurisprudentie met het argument, dat voorkomen moet worden dat civiele rechter en bestuursrechter een antwoord geven op dezelfde rechtsvraag. Die rechtsvraag is inderdaad dezelfde, namelijk of het nemen van het betreffende besluit geoorloofd is. De argumentatie van de Hoge Raad is mijns inziens deugdelijk als het gaat om vernietigde besluiten. De bestuursrechter vernietigt een besluit alleen als zich een publiekrechtelijke onrechtmatigheidsgrond voordoet. Omdat publiekrechtelijke onrechtmatigheid niet van privaatrechtelijke onrechtmatigheid is te onderscheiden, zou er sprake zijn van een verkapt hoger beroep, als de civiele rechter de rechtmatigheidsvraag opnieuw zou beantwoorden.

Anders is dit voor de leer van de formele rechtskracht. Als de bestuursrechter een besluit in stand laat, dan kan dat zijn omdat hij de aangevoerde onrechtmatigheidsgronden heeft verworpen. Om te voorkomen dat hij dezelfde rechtsvraag nogmaals beantwoordt, zal de civiele rechter dan uit moeten gaan van de rechtmatigheid van het nemen van het besluit. De bestuursrechter kan echter ook het besluit in stand laten, omdat niet alle onrechtmatigheidsgronden zijn aangevoerd. Is tegen het besluit geen bezwaar of beroep ingesteld, dan heeft de bestuursrechter zelfs in het geheel geen rechtmatigheidstoetsing verricht. Toch gaat de civiele rechter ook in die gevallen uit van de rechtmatigheid van (het nemen van) het besluit. Dit is te verklaren door aan te nemen dat de civiele rechter niet alleen van de formele geldigheid, maar ook van de materiële geldigheid (en dus de rechtmatigheid van het nemen) van een niet aangevochten besluit uitgaat. Het materiële

recht dwingt daar niet toe: niets staat er aan in de weg om van de formele geldigheid van een besluit uit te gaan (omdat het niet is vernietigd of herroepen) en tegelijkertijd van de materiële ongeldigheid (omdat het besluit niet in overeenstemming met de wet en de algemene rechtsbeginselen is genomen), en dus van de onrechtmatigheid van het nemen van dat besluit. De civiele rechter zou zelfs nog verder kunnen gaan en ook de formele geldigheid van een besluit zelfstandig kunnen beoordelen. In het volgende hoofdstuk zal de robuustheid worden onderzocht van de argumenten die de Hoge Raad ten grondslag legt aan het leerstuk van de formele rechtskracht, uitgaande van de materieelrechtelijke equivalentie van de gronden voor vernietiging en onrechtmatigheid.

8.1 Formele rechtskracht

In de voorgaande hoofdstukken is de aansprakelijkheid voor overheidsbesluitvorming naar materieel recht onderzocht. Daarbij heb ik centraal gesteld dat een rechtmatigheidsoordeel een toetsing van gedrag vergt. Alleen als besluitvorming ongeoorloofd is, kan de overheid daarvoor uit onrechtmatige daad aansprakelijk zijn.

Omdat een vernietigingsberoep in beginsel niet een gedragstoets maar een geldigheidstoets veronderstelt (de geldigheid van het besluit staat immers ter discussie), is bezien of de in de jurisprudentie aanvaarde gelijkstelling tussen de (on)geldigheid van een besluit en de (on)rechtmatigheid van het nemen ervan wel een basis in het materiële aansprakelijkheidsrecht heeft. Dat bleek inderdaad het geval: het nemen van een ongeldig besluit levert naar materieel recht een onrechtmatige daad op, terwijl het nemen van een geldig besluit naar materieel recht niet onrechtmatig kan zijn. De verklaring daarvoor is, dat het vernietigingsberoep zich heeft ontwikkeld tot een volwaardige gedragstoetsing.¹

Deze verklaring zou in de praktijk alleen afdoende zijn als de geldigheid van het besluit, en dus de geoorloofdheid van het bestuurshandelen, in het vernietigingsberoep op ideale wijze zou worden getoetst aan het materiële recht. Zodra een vernietigingsberoep onvolkomenheden vertoont, door omissies van de betrokken partijen of de rechter, is het mogelijk dat de uitkomst ervan niet meer de materieel-rechtelijke werkelijkheid weerspiegelt. In dit hoofdstuk staat centraal in hoeverre dat consequenties moet hebben voor de aansprakelijkheid van het bestuur op grond van onrechtmatige besluitvorming.

Een ideale toets veronderstelt ten eerste dat rechters geen fouten maken ('een volmaakte toets'). Van een volmaakte toets is geen sprake, als de rechter geen vernietiging uitspreekt, terwijl hij dat op basis van de stukken en het verhandelde ter zitting (cf. art. 8:69 Awb) wel had moeten doen, of omgekeerd. Het spreekt voor zich dat de werkelijkheid minder ideaal is, hetgeen ons brengt bij het procesrechtelijk uitgangspunt *lites finiri oportet*. Het geldigheidsoordeel dat een rechter velt

¹ Zie de hoofdstukken 6 en 7. De gelijkstelling speelt in de praktijk een geringere rol bij niet-appellabele besluiten, omdat de verhouding tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter daar geen rol speelt.

over een besluit wordt geacht definitief en juist te zijn, als daartegen geen rechtsmiddel meer open staat.² Daaraan doet niet af dat de Staat aansprakelijk kan zijn voor rechterlijk falen, omdat een dergelijke aansprakelijkheid het rechterlijk oordeel zelf intact laat.³ Uit de stelregel dat aan de rechtsstrijd een eind moet komen, volgt dat een eenmaal gegeven rechterlijk oordeel door partijen niet nog eens bij een andere rechter ter toetsing kan worden voorgelegd, noch bij dezelfde rechter in een andere procedure. Acht bijvoorbeeld de bestuursrechter bij onherroepelijke uitspraak een vergunning geldig, dan zijn partijen in volgende procedures – bij de bestuursrechter of de civiele rechter – aan dat oordeel gebonden, ook al is het geldigheidsoordeel naar materieel recht onjuist. De vergunning heeft formele rechtskracht. Vanwege de in het vorige hoofdstuk gevonden equivalentie van geldigheid en rechtmatigheid moet het verlenen van de vergunning dan ook rechtmatig worden geacht.⁴ Om dezelfde reden moet de verlening van een vergunning onrechtmatig worden geacht als de bestuursrechter deze heeft vernietigd, ook al was die vernietiging naar materieel recht onjuist.⁵

Het uitgangspunt dat aan de rechtsstrijd een einde dient te komen, heeft voor appellabele besluiten dus twee consequenties:

1. Als de bestuursrechter een besluit (on)geldig oordeelt is de (civiele of bestuurs-)rechter aan dat geldigheidsoordeel in een geschil tussen dezelfde partijen gebonden, ook al was het oordeel van de bestuursrechter verkeerd;
2. Omdat aan het geldigheidsoordeel van de bestuursrechter een rechtmatigheidsoordeel ten grondslag ligt, is de (civiele of bestuurs-)rechter tevens aan dat rechtmatigheidsoordeel in een geschil tussen dezelfde partijen gebonden, ook al was het oordeel van de bestuursrechter verkeerd.

Deze bindende kracht van het oordeel van de bestuursrechter staat in de literatuur niet ter discussie.⁶ De enige uitzondering die de Hoge Raad hierop heeft aanvaard, namelijk als in de (bezwaar- of) beroepsprocedure sprake is geweest van schending van fundamentele rechtsbeginselen, lijkt mij een vergissing. Zij past niet goed in ons procesrechtelijk systeem, dat berust op het uitgangspunt dat *lites finiri oportet* en op de daaraan complementaire staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke uitspraken.⁷

2 Het onderscheid tussen gewone en buitengewone rechtsmiddelen laat ik hier voor wat het is.

3 Uit HR 3 mei 1971, NJ 1972, 137 (Onrechtmatige rechtspraak) blijkt dat staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke uitspraken niet snel wordt aangenomen. Voor een uitbreiding pleiten Kortmann, C.A.J.M. (2003), Polak (O&A 2004), De Jong (2004). Het arrest HvJEG 30 december 2003, NJ 2004, 160 m.nt MRM, AB 2003, 429 m.nt. RW (Köbler / Oostenrijk) heeft, waar het EG-recht betreft, daartoe een eerste aanzet gegeven.

4 Aangenomen dat de rechtmatigheidstoets volledig was. Dat komt zodadelijk aan de orde.

5 Hier speelt de volledigheid van de toets in zoverre geen rol, dat de rechter niet alle onrechtmatigheidsgronden geïdentificeerd hoeft te hebben om tot een onrechtmatigheidsoordeel te komen. Eén normschending is daarvoor voldoende.

6 Wel wordt betoogd dat het civielrechtelijke onrechtmatigheid zou verschillen van de publiekrechtelijke. In par. 7.6 concludeerde ik al dat daarvan m.i. geen sprake is.

7 Dit is uitgewerkt in mijn noot bij het arrest HR 7 mei 2004, NJ 2005, 131, AB 2004, 329 m.nt. GAvdV, JB 2004/202 m.nt. EvdL, JBPr 2005/1 m.nt. CNJK. (Paul / Den Haag).

Een ideale toets veronderstelt ten tweede, dat de burger de geldigheid van het besluit in volle omvang blootstelt aan een toets aan het materiële recht. ('een volledige toets'). Ook op dit punt is de werkelijkheid meestal minder ideaal. Appellanten voeren nu eenmaal niet steeds alle beroepsgronden aan. Zo kan een bouwvergunning worden aangevochten wegens strijd met de bouwverordening. Als de bestuursrechter constateert dat er geen strijd is met de bouwvergunning, maar wel met het bestemmingsplan, dan zal hij het beroep toch moeten verwerpen, omdat dat laatste niet is aangevoerd.⁸ De geldigheid van de bouwvergunning staat daarmee vast. Zij zal door partijen niet opnieuw in een andere rechterlijke procedure ter discussie kunnen worden gesteld, ook al is het geldigheidsoordeel naar materieel recht onjuist.⁹

Maar hoe moet nu het betoog beoordeeld worden, dat de verlening van de bouwvergunning een onrechtmatige daad oplevert, omdat het bestemmingsplan het bouwwerk niet toelaat? Hier is de rechter niet gebonden aan de uitspraak van de bestuursrechter. Die heeft op dit punt immers geen oordeel gegeven, noch in zijn motivering noch in het dictum. Men kan nu de fictie introduceren dat de bouwvergunning is verleend in overeenstemming met het bestemmingsplan, omdat de belanghebbende heeft nagelaten op dat punt een beroepsgrond naar voren te brengen. Een actie uit onrechtmatige daad faalt dan.

Redeneert men langs deze lijn door, dan is de ultieme consequentie, dat als de burger geen enkele beroepsgrond tegen een besluit aanvoert, of in het geheel geen beroep instelt, de rechter dat besluit niet alleen als geldig, maar ook het nemen ervan als rechtmatig moet beschouwen.¹⁰ De Hoge Raad huldigt inderdaad het standpunt dat

'de burgerlijke rechter, wanneer tegen een besluit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze beroepsgang niet is gebruikt, in beginsel ervan dient uit te gaan dat het besluit zowel wat betreft zijn wijze van totstandkoming als wat betreft zijn inhoud in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en met de algemene rechtsbeginselen. Deze in verscheidene arresten van de Hoge Raad tot uitdrukking gebrachte regel berust op de gedachte van een doelmatige taakverdeling, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat ten aanzien van overheidsbesluiten de beslissing omtrent de vraag of het besluit jegens een belanghebbende als onrechtmatig moet worden aangemerkt, in een administratief rechtelijke procedure wordt genomen. Hieruit vloeit voort dat degene die de administratiefrechtelijke procedure niet heeft gebruikt, zich niet op de onrechtmatigheid van het besluit kan beroepen.'¹¹

8 Zie bijv. ABRvS 14 januari 2004, AB 2004, 239 m.nt. TN.

9 Een andere opvatting zou tot een verkapt appel leiden tegen het geldigheidsoordeel van de bestuursrechter.

10 Althans, in verhouding tot die burger.

11 Vaste jurisprudentie. Het citaat komt uit HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869 m.nt. MS, AB 1998, 416 m.nt. ThGD, Gst. 7102, nr. 3 m.nt. BJPG Roozendaal (Kaveka). De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze regel overgenomen in ABRvS 24 maart 2004, AB 2004, 165 m.nt. AvH, JB 2004/225 m.nt. AMLJ (Gww-vergunning Leiduin).

Samengevat geldt naar positief recht dus het volgende.

1. Een geldigheidsoordeel van de bestuursrechter kan door de betrokken partijen niet opnieuw ter discussie worden gesteld, ook al is het verkeerd. Datzelfde geldt voor de aan dat geldigheidsoordeel ten grondslag liggende rechtmatigheidsoordelen. Dit volgt uit de stelregel *lites finiri oportet* en de daaraan complementaire staatsaansprakelijkheid voor onjuiste rechterlijke oordelen.
2. Aan het geldigheidsoordeel van de bestuursrechter ligt niet noodzakelijk een volmaakte en volledige rechtmatigheidstoets ten grondslag. Toch kunnen zowel de geldigheid van een appellabel besluit als de rechtmatigheid van het nemen ervan niet in een andere procedure dan het vernietigingsberoep ter discussie worden gesteld. Dit berust volgens de Hoge Raad op een doelmatige taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter.¹²

Wat verwarring veroorzaakt, is dat rechtspraak en literatuur de beide regels nogal eens tezamen aanduiden als de leer van de formele rechtskracht.¹³ De Hoge Raad lijkt iets preciezer. Zijn twee standaardoverwegingen zijn de volgende:

‘De taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter brengt tevens mee dat moet worden uitgegaan van de geldigheid van een besluit van een bestuursorgaan indien daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet is gebruikt, hetzij niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid (kort gezegd: het beginsel van de formele rechtskracht).’¹⁴

en

‘Het onderdeel, dat hier met “de formele rechtskracht” de regel op het oog heeft dat, indien tegen een beschikking van een bestuursorgaan een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan, maar deze rechtsgang niet is gebruikt, de burgerlijke rechter, ingeval de geldigheid van de beschikking in het voor hem gevoerde geding in geschil is, in beginsel ervan dient uit te gaan dat die beschikking zowel wat haar wijze van totstandkomen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen, faalt.’¹⁵

12 Uit een oogpunt van rechtsbescherming kan deze fictie niet worden tegengeworpen aan degenen die de geldigheid van het besluit niet konden aanvechten: HR 20 november 1987, NJ 1988, 843 m.nt. MS, AB 1988, 117 FHvdB (Montenegro) en recent HR 3 februari 2006, NJ 2006, 325 m.nt. MRM, AB 2006, 225 m.nt. GAvdV (RBA / SFR). Dat neemt niet weg dat zij bij de civiele rechter niet de geldigheid van het besluit zelf ter discussie kunnen stellen, omdat diens oordeel slechts tussen partijen (*inter partes*) werkt en niet jegens eenieder (*erga omnes*), zoals de uitspraak op een vernietigingsberoep.

13 Van Angeren (1998), nr. 39, De Haan, Drupsteen en Fernhout 2 (1998), IV.137, Van Maanen en de Lange (2006), hfdst VI en bijv. Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, NJ 2004, 230 (Vuurwerkkramp Enschede) en ABRvS 24 maart 2004, AB 2004, 165 m.nt. AvH, JB 2004/225 m.nt. AMLJ (Gww-vergunning Leiduin). De verwarring bestaat al sinds het veel geciteerde artikel van Mok en Tjittes (RMTh 1995).

14 HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 m.nt. ARB onder 88, AB 2000, 89 m.nt. PvB, AB klassiek (2003), nr. 44 (Groningen / Raatgever) en *passim*.

15 HR 11 maart 2005, NJ 2005, 170 z.nt., AB 2005, 285 m.nt. FvO (subsidiefraude) en *passim*. Voor alle duidelijkheid: het onderdeel faalde, maar de weergave van de formele rechtskracht in dit citaat is correct.

Dat de Hoge Raad in het eerste citaat de formele rechtskracht van het besluit als een beginsel aanduidt lijkt wat overdreven. Het begrip ‘formele rechtskracht’ beschrijft gewoon wat er aan de hand is: ook al is het besluit naar materieel recht ongeldig (en dus vernietigbaar), als het besluit niet meer vernietigd (of herroepen) kan worden, behoudt het (definitief) zijn geldigheid. Formele rechtskracht is een eigenschap van alle rechtshandelingen die niet van rechtswege nietig zijn. Daar is verder niets mystieks aan. De Hoge Raad brengt er hooguit mee tot uitdrukking dat de civiele rechter niet de bevoegdheid heeft zelf alsnog de geldigheid van het besluit aan te tasten.¹⁶ Op de eerste overweging van de Hoge Raad is naar mijn oordeel dan ook weinig aan te merken.

De tweede overweging ligt wel degelijk onder vuur.¹⁷ Het gaat hier namelijk niet om een eigenschap van het besluit, geldigheid of ongeldigheid, maar om de kwalificatie van de besluitvorming als rechtmatig of onrechtmatig. De Hoge Raad kwalificeert het nemen van het besluit als rechtmatig *omdat* het niet vernietigd is, zelfs als de bestuursrechter zich niet over de rechtmatigheid heeft uitgelaten. Hij rechtvaardigt deze rechtmatigheidsfictie met de doelmatige taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter.¹⁸ De Hoge Raad moet deze doelmatige taakverdeling wel zeer hoog aanslaan, want het aanvaarden van de rechtmatigheid van gedrag zonder dat daaraan een rechterlijke toets ten grondslag ligt, staat op gespannen voet met het overige aansprakelijkheidsrecht, waarin de gedragstoetsing nu juist een centrale plaats inneemt. De leer heeft tot gevolg dat wie een schadevordering wil effectueren, gedwongen is de geldigheid van het schadeveroorzakende besluit aan te vechten tot het vernietigd of herroepen is. Deze procedeedwang is een theoretisch, maar zeker ook een praktisch bezwaar, waar de andere in de literatuur genoemde bezwaren eigenlijk uit voortvloeien.

Dat zowel de eerste als de tweede overweging in de literatuur als ‘formele rechtskracht’ worden aangeduid heeft niet aan de helderheid van het debat bijgedragen. Voorstanders onderbouwen hun standpunt met het argument dat over de geldigheid van een besluit niet te lang rechtsonzekerheid mag bestaan, terwijl tegenstanders de ongelukkige gevolgen van de rechtmatigheidsfictie benadrukken.¹⁹ Dit hoofdstuk gaat over de tweede overweging, de rechtmatigheidsfictie.

16 Cf. Van der Linden (1998). Auteurs die schrijven dat formele rechtskracht een eigenschap van een besluit is, hebben m.i. alleen gelijk als zij daarmee doelen op de geldigheid van een besluit. Dat onderscheid wordt echter niet altijd even consequent gemaakt. Bijv. Van Angeren (1998), nr. 39.

17 Bijv. Roozendaal (O&A 2003), Ortlep en Widdershoven (O&A 2004). Zij wordt ook verdedigd, het meest fanatiek door Spier in zijn hoedanigheid als AG met wisselend succes: niet in HR 18 februari 2005, NJ 2005, 283 z.nt., JB 2005/92 m.nt. EvdL, JBPr 2005/35 m.nt. CNJK (SER / NVV); wel in HR 9 september 2005, NJ 2006, 93 m.nt. MRM, JB 2005/275 m.nt. RJNS (Kuijpers / Valkenswaard).

18 Hetgeen de Hoge Raad hier als regel aanduidt, duid ik in navolging van de literatuur aan als ‘de leer van de formele rechtskracht’, al beschrijft de term ‘formele rechtskracht’ de inhoud van die regel eigenlijk niet adequaat, zoals zojuist uiteengezet. Zie ook de terminologie voor in dit boek. In het strafrecht is de rol van deze regel beperkter. Zie reeds Buruma en Daalder (RMTh 1994).

19 Zo heeft het gros van de voorbeelden van Van Ettekoven (2006) betrekking op de onaantastbaarheid van het dictum van beschikkingen met formele rechtskracht, de geldigheid dus. Alleen in par. 3.1 sub f geeft hij enkele voorbeelden van de rechtmatigheidsfictie.

8.2 Procedeerdwang versus specialisatie

De procedeedwang is het meest schrijnend, als het voor de burger eigenlijk niet zinnig meer is om de geldigheid van het besluit ter discussie te stellen, omdat de activiteit waarop het besluit ziet al is afgelopen.²⁰ Bekende voorbeelden zijn de vergunningen voor eenmalige activiteiten, de reeds toegepaste bestuursdwang, en de periodiek verleende vergunningen.²¹ Maar ook wanneer de gelding van het besluit nog niet is afgelopen, plaatst de procedeedwang de burger bij appellabele besluiten in een ongunstiger positie dan bij ander (overheids)handelen. Heeft hij bij onrechtmatig feitelijk overheidshandelen de keuze tussen een nalevingsactie ex art. 3:296 BW en een vordering tot vergoeding van schade, wanneer het om een appellabel besluit gaat, kan de laatste vordering niet zonder de eerste: zonder een geslaagd vernietigingsberoep kan de schadevordering niet worden toegewezen. Een vernietigingsberoep heeft immers (mede) de strekking van een nalevingsactie.²² Preciezer gezegd: zonder een vordering die strekt tot beëindiging van een onrechtmatige toestand (namelijk de rechtskracht van een onrechtmatig genomen besluit) kan een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van die onrechtmatige toestand niet slagen.²³

Dit gebrek aan keuzevrijheid is met name in het orderingsrecht klemmend, omdat het vernietigingsberoep daar gericht is op het ongedaan maken van een wijziging in de rechtsverhouding tussen burgers onderling, terwijl een schadevordering uit onrechtmatige daad een verbintenis van de overheid jegens de burger tot inzet heeft. Zo kan de leer van de formele rechtskracht een burger dwingen tot het instellen van een vordering die gericht is op een resultaat dat hij zelf niet (meer) wenst. Een voorbeeld is de situatie waarin een bouwvergunning na bezwaar van de buurman wordt herroepen en de aanvrager met die buurman een ander bouwplan overeenkomt, dat voor de buurman wel aanvaardbaar is, en daarvoor een vergunning verkrijgt. De aanvrager heeft nu geen enkel belang meer bij verlening van de oorspronkelijke bouwvergunning. Toch moet hij een beroep met die strekking instellen om zijn aanspraken op schadevergoeding te behouden. De leer van de formele rechtskracht heeft dus het ongewenste gevolg dat de gelding van een besluit onderwerp wordt van een geschil, dat in het meest extreme geval door geen der partijen wordt gewenst. Een sprekend voorbeeld van deze situatie is de zaak van het Pannenkoekenhuis De Kabouter, waarvan de eigenaar zich wel wilde neerleggen bij (de werking van) het besluit tot tijdelijke wegafsluiting, maar door die

20 De Planque (1989), p. 105 constateerde al dat dergelijke procedures het aanzien van het overheidsbestuur geen goed doen.

21 Een uitwerking voor jaarlijkse vergunningen voor het uitzaaien van oesterzaad in de Oosterschelde geeft Kortmann (NJB 2005).

22 In HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 m.nt. MS, AB 1984, 103 m.nt. FHvdB (Staat / LSV c.s.) wijdde de Hoge Raad een soortgelijke overweging aan de vordering tot buitenwerkingstelling van een algemeen verbindend voorschrift. Zie over het karakter van het vernietigingsberoep par. 2.3.

23 De terugwerkende kracht van de vernietiging is slechts van belang voor het redres. De feitelijke gevolgen worden daarmee niet ongedaan gemaakt. Zie reeds HR 28 februari 1975, NJ 1975, 423 m.nt. WFP, AB 1975, 128 m.nt. JRst., BR 1975, p. 455 m.nt. CLR, AA 1975, 561 m.nt. J. Wessel, AB klassiek 1991, nr. 10 (Parochiehuus Woerden) en Verheij (JBplus 2003).

– alleszins reële – opstelling bij de civiele rechter werd uitgesloten van elke vorm van schadevergoeding.²⁴

Als argument voor het ‘gedwongen’ vernietigingsberoep wordt wel de specialisatiegedachte genoemd.²⁵ Het zou de voorkeur verdienen dat de rechtmatigheid van een besluit beoordeeld wordt door de daartoe gespecialiseerde rechter, te weten de bestuursrechter (daaronder begrepen de belastingrechter).²⁶ Dat argument overtuigt mij om twee redenen niet.

Ten eerste kent de rechtsmacht van de bijzondere rechter nog dermate veel uitzonderingen, dat de gewone (civiele) rechter regelmatig geadieerd wordt om besluiten te beoordelen. Evident is dat voor de uitzonderingsbepalingen van hoofdstuk 8 Awb (8:2 t/m 8:6), waarvan de onmogelijkheid beroep in te stellen tegen algemeen verbindende voorschriften de meeste rechtspraak van de civiele rechter heeft opgeleverd. Voorts zijn besluiten waartegen bezwaar of administratief beroep openstaat aan een rechtstreekse toetsing door de bestuursrechter onttrokken. Leidt een bezwaar tot herroeping van het primaire besluit, dan zal de rechter in een schadeprocedure zelf moeten beoordelen of (het nemen van) het primaire besluit onrechtmatig was.²⁷ Aanvullend optreden van de civiele rechter kan voorts het gevolg zijn van de grenzen van de art. 1:1 t/m 1:3 Awb. Zo geniet een afgeleid belanghebbende (geen rechtstreeks belang in de zin van art. 1:2 Awb) onverkorte rechtsbescherming van de civiele rechter tegen onrechtmatige besluitvorming,²⁸ en verschilt de rechtmatigheidstoetsing van bestuurlijke rechtsoordelen door de civiele rechter in feite niet van de rechtmatigheidstoetsing van een met dat oordeel corresponderend besluit.²⁹ Dat de civiele rechter bij die toetsing kwalitatief minder hoogstaand werk zou afleveren dan de bestuursrechter, wordt bij mijn weten niet verdedigd.³⁰ Als men de specialisatiegedachte werkelijk serieus wil nemen, dan zal de wetgever de competentie van de bestuursrechter moeten uit-

24 HR 6 december 2002, NJ 2003, 616 m.nt. MS, AB 2004, 17 m.nt. PvB (Hagenaars / Noord-Brabant). De formele rechtskracht had in dat geval minder belemmerend gewerkt als de Hoge Raad een compensatiegrondslag buiten onrechtmatige daad had aanvaard. Het resultaat van het arrest, dat nadeelscompensatieclaims exclusief bij de bestuursrechter terecht komen, is overigens best verdedigbaar, maar op andere gronden. Zie Verheij (2005) en de annotaties in NJ en AB. De lijn van de bestuursrechter wijkt hier af. Zie par. 5.7.

25 Zie Van Angeren (1998) en Polak (1999) met verdere verwijzingen. Een recent overzicht van de argumenten geeft Schueler (2005), par. 6.1.

26 Volgens HR 26 februari 1988, NJ 1989, 528 m.nt. MS en AB 1989, 80 m.nt. F.A. van Bakelen (Hot Air / Staat) geldt dit zelfs als elk ander belang bij het vernietigingsberoep verloren is gegaan.

27 HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 m.nt. ARB, AB 1998, 231 m.nt. ThGD (Boeder / Staat), CRvB 24 februari 1998, AB 1998, 177 m.nt. HBr (weigerig WW) en ABRvS 9 april 2003, BR 2003, p. 705 m.nt. BPMvR, Gst. 2003, 7194, nr. 170 m.nt. LMK (toonzaal Heemstede).

28 HR 19 december 2003, NJ 2004, 386 m.nt. PCEvW, JB 2004/73 (Sotel / Bergen op Zoom) en HR 3 februari 2006, NJ 2006, 325 m.nt. MRM, AB 2006, 225 m.nt. GAvdV (RBA / SFR). De civiele rechter spreekt echter geen vernietiging of onverbindendverklaring *erga omnes* uit.

29 Zie HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 m.nt. MS, AB 1988, 42 m.nt. PvB (Blaricum / Roozen). De bestuursrechter leest in een rechtsoordeel om strategische redenen soms een besluit. Zie par. 4.7. De belastingrechter doet dit niet en dan verleent de burgerlijke rechter doorgaans geen aanvullende rechtsbescherming: HR 21 april 2006, NJ 2006, 271 (Abacus / Staat).

30 Het tegendeel soms wel, met als argument dat de cassatieprocedure zich beter leent voor rechtsvorming dan de procedures bij de bestuursrechters (soms in eerste en enige instantie). Bijv. Tak (RMTh 2004). De rechterlijke macht vindt zelf ook dat de civiele rechter voldoende geëquipeerd is om besluiten te beoordelen, als men de uitkomsten van de studiemiddag *Under construction*, wil geloven. Het verslag staat in Van de Sande en Schillemans (O&A 2005).

breiden tot alle geschillen die een publiekrechtelijke rechtsbetrekking betreffen. Zover is het echter nog niet.³¹

Ten tweede speelt het specialisatieargument in het geheel geen rol als het verzoek aan het bestuur om de schade te vergoeden in een zelfstandig schadebesluit resulteert. Dat besluit wordt immers door de gespecialiseerde bestuursrechter beoordeeld, als die – kort samengevat – het schadeveroorzakende besluit mocht beoordelen.³² Toch hanteert de bestuursrechter in beroepen tegen zelfstandige schadebesluiten het leerstuk van de formele rechtskracht met dezelfde gestrengheid als zijn civielrechtelijke collega. Dat doet vermoeden dat specialisatie (in elk geval voor de bestuursrechter) als argument maar beperkt gewicht in de schaal legt.

Naar mijn oordeel is het specialisatieargument zinvol als twee rechters over hetzelfde besluit een rechtmatigheidstoets moeten vellen. Dan ligt het voor de hand de gespecialiseerde bestuursrechter een leidende rol te geven. Het argument is naar mijn oordeel echter niet zo zwaarwegend, dat het de civiele rechter steeds behoort te weerhouden van een rechtmatigheidsoordeel, zelfs als de bestuursrechter zich niet over het besluit heeft uitgelaten.

8.3 Procedeerdwang versus rechtszekerheid

Een tweede, met de procedeedwang samenhangend, bezwaar tegen de leer van de formele rechtskracht is, dat het instellen van de schadevordering *de facto* aan dezelfde korte termijn is gebonden als het vernietigingsberoep zelf. Wie binnen zes weken geen actie onderneemt, staat met lege handen. Dit staat in schril contrast met de gewone verjaringstermijnen van 5 en 20 jaar, waaraan nog toegevoegd kan worden dat de zeswekentermijn geen verjarings- maar een vervaltermijn is.³³ Het meest schrijnende voorbeeld is wellicht de explosie van SE Fireworks in Enschede, waar de omwonenden pas na de ramp beseften dat de verleende milieuvergunningen niet deugden. De alsnog ingestelde beroepen werden ongegrond verklaard wegens termijnoverschrijding.³⁴ Schadevorderingen wegens onrechtmatige vergunningverlening stuiten dan af op de formele rechtskracht van deze vergunningen.³⁵ Het argument dat deze korte vervaltermijn de rechtszekerheid zou

31 Voor deze discussie leze men Verheij (1999). Het rapport van de VAR-cie (2004) bepleit dan ook m.i. terecht voor een uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter tot het zogenaamde 'omringende' bestuursrecht.

32 De precieze formulering geven ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB, JB 1997/118 m.nt. HJS, BR 1997, p. 600 m.nt. BPMvR, AB klassiek (2003), nr. 40 (Van Vlodrop) en ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 395 m.nt. NV, JB 2004/345, BR 2005, p. 41 m.nt. BPMvR (Jochems) met verwijzingen naar de rechtspraak van de andere bestuursrechters..

33 Dat leidt tot aanzienlijke verschillen. De bestuursrechter toetst de vervaltermijn amtsshalve (ABRvS 30 januari 2002, AB 2002, 151), terwijl op de verjaringstermijnen van titel 3.11 BW een beroep moet worden gedaan (Asser-Hartkamp 4-I, nr. 686). Voorts begint de verjaringstermijn van 5 jaar pas te lopen als de benadeelde met de schade en de aansprakelijke persoon bekend is. Vergoeding van schade die bekend wordt na afloop van de beroepstermijn stuit in beginsel af op de formele rechtskracht. Tot slot kan de benadeelde een verjaringstermijn stuiten, waarna een nieuwe termijn van 5 jaar gaat lopen; een pro forma beroep levert meestal niet meer dan 4 weken respijt, eenmalig.

34 ABRvS 1 juni 2001, AB 2001, 215 m.nt. FM. Ook hier geldt overigens, dat het de omwonenden al lang niet meer te doen was om de geldigheid van de vergunning zelf: de inrichting bestond niet meer!

35 Aldus in elk geval Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, NJ 2004, 230 (Omwonenden / Staat en Enschede).

dienen, overtuigt mij niet. Dat de rechtszekerheid is gediend met een korte periode van onduidelijkheid over de *geldigheid* van een besluit is met name in het orderingsrecht evident: onzekerheid over de gelding van een besluit dat gedragsnormen stelt of wijzigt, moet vanzelfsprekend zoveel mogelijk vermeden worden.³⁶ Waarom de rechtszekerheid die snelle duidelijkheid ook zou vereisen als de benadeelde slechts de *rechtmatigheid* van (het nemen van) het besluit ter discussie stelt, is niet duidelijk. Het gaat dan immers niet om de rechtsverhouding tussen burgers onderling (die ligt met de geldigheid vast), maar om de vraag of op de overheid een verbintenis tot vergoeding van schade aan de benadeelde rust. De rechtszekerheid eist op die vraag niet een spoediger antwoord dan bij andere schadevorderingen tegen de overheid het geval is.³⁷ De regels uit het BW over verjaring bieden naar mijn oordeel voldoende bescherming voor de overheid tegen eventueel chicaneus gedrag. Ook de rechtszekerheid is dus geen goed argument om vast te houden aan de leer van de formele rechtskracht.³⁸

8.4 Procedeerdwang versus concordantie

De procedeedwang wordt in het orderingsrecht nog klemmender, als zich verscheidene partijen mengen in het geschil over het besluit. In dat geval heeft de benadeelde zijn rechten zelfs nog niet veilig gesteld als de rechter het bestreden besluit vernietigt, of wanneer het bestuur het herroept. Gaat immers een andere belanghebbende tegen die vernietiging of herroeping in (hoger) beroep, dan blijft de benadeelde gedwongen de rechtsstrijd te volgen en, als het beroep van de ander slaagt, zelf opnieuw (hoger) beroep in te stellen om te voorkomen dat hem uiteindelijk de formele rechtskracht wordt tegengeworpen.

In deze gevallen wordt de leer van de formele rechtskracht wel verdedigd met het argument, dat voorkomen moet worden dat verschillende rechters tot verschillende oordelen komen omtrent dezelfde rechtsvraag, namelijk of het nemen van het besluit rechtmatig is.³⁹ Als de civiele rechter (of de bestuursrechter in het kader van een zelfstandig schadebesluit) op vordering van de benadeelde de rechtmatigheid van (het nemen van) een besluit moet beoordelen, terwijl andere belanghebbenden nog bij de bestuursrechter procederen tegen (de geldigheid van) het besluit zelf, dan zou chaos dreigen.

36 Die gedachte ligt meer algemeen ten grondslag aan de zeer beperkte nietigheidsgronden in het bestuursrecht. Zie par. 6.6. Het is ook een argument voor het openstellen van het vernietigingsberoep voor algemeen verbindende voorschriften. Zie Polak (O&A 2004) en Schutgens (RMTh 2006).

37 Zie Verheij (2005). Er kunnen wel redenen zijn om onderscheid te maken tussen overheidsaansprakelijkheid en private aansprakelijkheid. Zie par. 4.3 en hierna par. 8.5.

38 De oplossing van Gelpke (2006), om onder omstandigheden een tweede vernietigingsberoep tegen een besluit toe te laten ter verkrijging van een rechtmatigheidsoordeel, maar waarbij de rechter het besluit ten behoeve van de rechtszekerheid van derden in stand laat op basis van art. 8:72 lid 3, maakt de procedeedwang nog schrijnender.

39 Zie hierover par. 6.2

Op het eerste gezicht spreekt dit argument wellicht aan, maar mijns inziens behoeft het relativering. Ten principale kan de vraag gesteld worden of het werkelijk zo erg is dat de rechter in een schadeprocedure tussen een benadeelde en de overheid tot een ander oordeel komt over de rechtmatigheid van (het nemen van) een besluit dan de bestuursrechter in een procedure tussen andere belanghebbenden en het bestuur. In sommige gevallen vereist een adequate rechtsbescherming zelfs dat in de ene procedure tot een ander oordeel wordt gekomen dan de andere, ook al betreft het dezelfde rechtsvraag.

In het civiele recht is dit bijvoorbeeld het geval wanneer geprocedeerd wordt over een absoluut recht, zoals het eigendomsrecht of een octrooirecht.⁴⁰ Wanneer iemand een dergelijk recht betwist met de stelling dat het bijvoorbeeld niet op rechtsgeldige wijze is verkregen, dan zal het verweer van de gerechtigde, dat de rechter in een eerdere procedure tegen een ander al had beslist dat hij het recht op rechtsgeldige wijze had verkregen, niet de doorslag kunnen geven. Natuurlijk kan het eerdere vonnis wel inspiratie bieden, maar er kan geen binding vanuit gaan, omdat de eiser bij die procedure niet was betrokken.⁴¹ Iets vergelijkbaars doet zich voor bij algemeen verbindende voorschriften. Als de bestuursrechter in een geschil tussen de ene burger en het bestuur oordeelt dat een voorschrift verbindend is, doet dat niet af aan de mogelijkheid voor een andere burger om zich vervolgens op de onverbindendheid van datzelfde voorschrift te beroepen, aldus het arrest SER / NVV.⁴² Het omgekeerde komt ook voor. In het Kaveka-arrest werkte het op het beroep van Welco uitgesproken onrechtmatigheidsoordeel niet door in de schadeprocedure die Kaveka vervolgens aanspande: jgens Kaveka werd de vaststelling van het bestemmingsplan rechtmatig geoordeeld.⁴³

Een en ander neemt overigens niet weg, dat het de geloofwaardigheid van de rechterlijke macht ten goede komt, als de rechters onnodige verschillen vermijden bij de beantwoording van dezelfde rechtsvragen. Dit is treffend tot uitdrukking gebracht in het standaardarrest over de formele rechtskracht.

De gemeente Heesch bedingt van Van de Akker een vergoeding van f 3215,- om uit te wegen op de Vinkelsestraat. Van de Akker vordert dit bedrag nadien als onverschuldigd betaald terug, met een beroep op Afdelingsjurisprudentie, waarin het Maastrichtse uitwegvergunningstelsel onverbindend werd geoordeeld. In cassatie staat het oordeel van het Hof dat het hier om een vergelijkbaar geval gaat niet meer ter discussie. De gemeente verweert zich met een beroep op het Hoogeloon-arrest, waarin dergelijke vergoedingen oirbaar werden geacht. De Hoge Raad oordeelde dat 'het oordeel over de vraag of dergelijke uitwegvergunningstelsels rechtens aanvaardbaar zijn, typisch behoort tot die vragen tot het beantwoorden waarvan de Afd. rechtspraak RvS is geroepen. Dat reeds pleit ervoor de vaste jurisprudentie van de Afd. te volgen.'⁴⁴

40 Absolute rechten gelden, evenals besluiten in het ordeningsrecht, jgens eenieder, *erga omnes*.

41 Mogelijk kan hem wel tegengeworpen worden dat hij zich in die procedure niet had gevoegd, maar dat wordt beoordeeld in het kader van de schadebeperkingsplicht.

42 HR 18 februari 2005, NJ 2005, 283 z.nt., JB 2005/92 m.nt. EvdL, JBPr 2005/35 m.nt. CNJK (SER / NVV). Kritisch hierover Schutgens (RMTh 2006).

43 HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869 m.nt. MS, AB 1998, 416 m.nt. ThGD, Gst. 7102, nr. 3 m.nt. BJPG Roozendaal (Kaveka).

44 HR 16 mei 1986, NJ 1987, 723 m.nt. MS, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB, AA 1986, 642 m.nt. HH, Gst. 1987, 6842 nr. 3 m.nt. WK, AB klassiek (2003), nr. 19 (Heesch / Van den Akker). De rechtsvraag kwam aan de orde, omdat de Hoge Raad een uitzondering op de formele rechtskracht aanvaardde: Van den Akker hoefde het beschikkingskarakter van de heffing niet te beseffen.

Deze benadering komt mij juist en werkbaar voor. Uit een oogpunt van rechtsbescherming dient er geen bindende kracht uit te gaan van een uitspraak die de bestuursrechter doet in een geschil waarin eiser geen partij was, maar de uitkomst van dat geschil kan wel van invloed zijn op de beslissing van de civiele rechter (of de bestuursrechter in een zelfstandig-schadebesluitprocedure) op de vordering van de eiser tegen de overheid. Die invloed zal met name groot zijn als de eiser geen andere relevante argumenten aanvoert dan die de bestuursrechter reeds bij zijn oordeel betrof. De vraag of een voorschrift verbindend is bijvoorbeeld, zal veelal bepaald kunnen worden onafhankelijk van de door partijen aangedragen argumenten.

Om de eenheid van rechtspraak te bewaren is het dus niet nodig om strikt vast te houden aan de leer van de formele rechtskracht. De door de Hoge Raad zelf genoemde mogelijkheid, om waar mogelijk aan te sluiten bij de jurisprudentie van de bestuursrechter, waarborgt dat die eenheid van recht in elk geval niet minder is dan tussen civielrechtelijke uitspraken onderling. Bovendien doet deze lijn recht aan de specialisatiegedachte zonder dat zij leidt tot onnodige procedeedwang. In concreto betekent dat het volgende.

1. Een besluit is geldig zolang het niet is vernietigd of herroepen. Vernietiging van een besluit werkt jegens eenieder (*erga omnes*).
2. De bindende kracht van het oordeel van de bestuursrechter is beperkt tot het beroepen besluit.⁴⁵
3. Het oordeel van de rechter omtrent de geldigheid van een besluit en de daaraan ten grondslag liggende rechtmatigheidsoordelen zijn bindend in een later geschil tussen dezelfde partijen, zulks op grond van de stelregel *lites finiri oportet*.
4. Het oordeel van de rechter omtrent de geldigheid van een besluit en de daaraan ten grondslag liggende rechtmatigheidsoordelen binden een burger in een ander geschil niet, wanneer deze geen partij was bij het beroep tegen de geldigheid van het besluit.⁴⁶
5. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het nemen van een besluit dient de rechter zich zoveel mogelijk te richten naar een eventueel eerder rechterlijk oordeel over dat besluit, zulks met inachtneming van het gestelde onder de punten 1 t/m 4.

45 HR 18 april 2003, AB 2003, 451 m.nt. FvO (Boter Export Holland / Productschap Zuivel) en ABRvS 13 juli 2005, AB 2005, 320 m.nt. Ortlep, JB 2005/255 m.nt. EvdL (Tredmolen Soest).

46 Vanwege regel 1 is deze regel wat betreft de geldigheid alleen relevant voor niet-appellabele besluiten, omdat die niet vernietigd kunnen worden. Zou een rechter het besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een algemeen verbindend voorschrift nietig verklaren, dan is daarop regel 1 van toepassing. De civiele rechter pleegt zich die bevoegdheid echter niet toe te meten. Scheltema & Scheltema (2003), par. 2.2, vinden dat opmerkelijk. De reden is m.i. dat een privaatrechtelijke rechtshandeling, die de civiele rechter wel kan vernietigen, niet *erga omnes* werkt. Schutgens (RMTh 2006) signaleert dat een uitspraak van de civiele rechter over de verbindendheid *inter partes* van een algemeen verbindend voorschrift *de facto* wel *erga omnes* werkt.

Langs deze lijnen kan de civiele rechter (of de bestuursrechter in het kader van een zelfstandig schadebesluit) de rechtmatigheid van (het nemen van) een besluit zelfstandig beoordelen, zonder dat de eenheid van rechtspraak onaanvaardbaar in het gedrang komt.

8.5 Verdelend recht

De Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters hanteren de formele rechtskracht zonder onderscheid des geschils. Ook in het verdelende recht derhalve heeft een niet of tevergeefs ingesteld beroep het effect dat het nemen van het bestreden besluit rechtmatig wordt geacht. Hier spreekt het leerstuk op het eerste gezicht meer aan dan in het ordeningsrecht.

Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Als een belastingplichtige nalaat bezwaar te maken en beroep in te stellen tegen hem opgelegde aanslagen dan worden deze definitief geldig (onherroepelijk); zij krijgen formele rechtskracht in de strikte zin van het woord.⁴⁷ Een vordering uit onverschuldigde betaling stuit op die definitieve geldigheid af: de belastingschuld zelf kan daarvoor immers niet meer ter discussie staan.⁴⁸ De belastingplichtige zou de vordering uit onverschuldigde betaling nu kunnen ‘omzeilen’ door een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen. Als de belasting in strijd met het recht geheven was, en deze niet als onverschuldigd betaald is terug te vorderen, dan is de schade als gevolg van de onrechtmatige belastingheffing ten minste gelijk aan het op de aanslag betaalde bedrag.

In het verdelende recht is de strekking van het vernietigingsberoep in veel gevallen ongeveer gelijk is aan de strekking van een vordering uit onrechtmatige overheidsbesluitvorming. Wie een weekje te laat beroep instelt tegen de belastingaanslag wegens een vakantie in Antalya hoeft zich zonder de leer van de formele rechtskracht geen zorgen te maken: hij kan zijn eventuele schade immers vergoed krijgen met een vordering uit onrechtmatige belastingheffing. Het loslaten van de leer van de formele rechtskracht zou tot gevolg hebben dat de korte bezwaar- en beroepstermijnen hun werking vrijwel geheel wordt ontnomen. Om dat tegen te gaan overwoog de Hoge Raad in het Maple Tree-arrest:

3.3.1. Nu, zoals hiervóór overwogen, de door Maple Tree op aangifte voldane bedragen aan omzetbelasting wegens het niet tijdig gebruik maken van de daartegen openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang wat de heffing betreft onherroepelijk vaststaan, kan de Staat in beginsel een beroep doen op de in de rechtspraak (onder meer HR 16 oktober 1992, nr. 14724, NJ 1993, 638 [inz. Vulhop / Amsterdam]) ontwikkelde regel dat de burgerlijke rechter in een dergelijk geval ervan dient uit te gaan dat de heffing zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. De aan dit beginsel verbonden bezwaren kunnen evenwel door bij-

47 Aan de geldigheid ervan valt dan niet meer te tornen. Zie par. 8.1.

48 Hetzelfde geldt voor een verweer met die strekking tegen invorderingmaatregelen.

komende omstandigheden zo klemmend worden dat hierop, gezien de bijzonderheden van het gegeven geval, een uitzondering moet worden gemaakt.

3.3.2. Doet een uitzondering als zojuist bedoeld zich niet voor, dan kan de belastingplichtige die heeft verzuimd tijdig van zijn recht van bezwaar en beroep bij de belastingrechter gebruik te maken, niet met vrucht voor de burgerlijke rechter aanvoeren dat de heffing ongeldig is en de geheven belasting hem als onverschuldigd betaald moet worden gerestitueerd; evenmin kan hij met vrucht aanvoeren dat de heffing onrechtmatig is en dat de geheven belasting hem bij wege van schadevergoeding moet worden terugbetaald.⁴⁹

Hieruit kunnen verschillende conclusies worden getrokken. Betoogd kan worden dat de leer van de formele rechtskracht in het verdelende recht gehandhaafd moet blijven. Wil men echter deze leer in het ordeningsrecht afschaffen of mitigeren, dan maakt onverkorte handhaving van de leer van de formele rechtskracht in het verdelende recht het systeem er in zijn totaliteit niet eenvoudiger op. Er dreigen dan allerlei grensvlakproblemen.

Het sociale-zekerheidsrecht kan dat illustreren. Stel dat een uitkeringsinstantie de werkgever van een zieke werknemer een loondoorbetalingsplicht oplegt voor de duur van twee maanden. Na afloop van de twee maanden krijgen werkgever en werknemer discussie over zijn arbeidsgeschiktheid. De advocaat van de werknemer leest het rapport van de keuringsarts en komt tot de conclusie dat de uitkeringsinstantie op basis daarvan een langere loondoorbetalingsplicht had moeten opleggen. Laten wij aannemen dat de advocaat dat goed gezien heeft. De werknemer nu, kan de geldigheid van het besluit van de uitkeringsinstantie niet meer aanvechten, omdat de bezwaartermijn is verstreken. Een actie van de werknemer tegen de werkgever tot doorbetaling faalt op die grond. Dat is ook goed verdedigbaar, omdat de geldigheid van het besluit van de uitkeringsinstantie – net als in het ordeningsrecht – de rechtsverhouding tussen twee burgers bepaalt. De korte bezwaartermijn dient dus mede de rechtszekerheid van de werkgever. Dat argument geldt niet voor een actie van de werknemer uit onrechtmatige daad, die niet tegen de werkgever, maar tegen de uitkeringsinstantie is gericht. Op grond van de leer van de formele rechtskracht zal de vordering tegen de uitkeringsinstantie toch worden afgewezen. Wanneer de uitkeringsinstantie zich niet zou kunnen verweren met de leer van de formele rechtskracht, dan zou zij aansprakelijk zijn voor hetgeen de werkgever te weinig heeft betaald. Dat lijkt mij terecht, omdat de schade dan gedragen wordt door degene die de fout heeft gemaakt.

Dit betekent overigens niet noodzakelijk dat de werkgever profiteert van de fout van de uitkeringsinstantie. Laatstgenoemde kan immers met een wijzigingsbeschikking de loondoorbetalingsplicht alsnog verlengen, mits de rechtszekerheid (of de betreffende regeling) zich daar niet tegen verzet. In dat geval wordt de schade van de werknemer navenant minder, waardoor een vordering uit onrechtmatige daad tegen de uitkeringsinstantie – voor zover het de hoofdsom betreft – geheel of gedeeltelijk teniet gaat.⁴⁹ Dit resultaat is m.i. bevredigender dan wanneer de leer van de formele rechtskracht wordt toegepast: de (dreigende) actie uit onrechtmatige daad van de benadeelde werknemer dwingt het bestuursorgaan om alsnog een juiste beschikking te nemen, tenzij de rechtszekerheid van de derde-belanghebbende (de werkgever) zich daartegen verzet.

49 Tenzij de werkgever inmiddels geen verhaal meer biedt.

Toepassing van de leer van de formele rechtskracht zou in dit voorbeeld tot gevolg hebben dat de werkgever ten koste van de werknemer profiteert van een fout van de uitkeringsinstantie.

Dit voorbeeld laat zien dat zodra in het verdelende recht sprake is van drie- of meerpartijenverhoudingen, deels dezelfde bezwaren tegen de leer van de formele rechtskracht opkomen, die in de voorgaande paragrafen voor het ordeningsrecht zijn beschreven. Een vergelijkbare casus kan zich bijvoorbeeld in het subsidie-recht voordoen, wanneer er sprake is van een subsidieplafond. Subsidieverlening aan de een kan dan tot gevolg hebben dat een ander geen subsidie meer kan ontvangen. Ook in die situatie beschermt de leer van de formele rechtskracht de subsidieverlener ten koste van degene die zijn aanspraken op subsidie ziet afstuiten op het subsidieplafond, ook als dat plafond is bereikt door onrechtmatige verlening aan een ander.

Een verdere verfijning is denkbaar, door de leer van de formele rechtskracht te beperken tot strikte tweepartijenverhoudingen, zoals in het belastingrecht en het sociale-voorzieningsrecht.⁵⁰ Daar is de procedeedwang het minst klemmend, omdat de belanghebbende met zijn vernietigingsberoep in het algemeen precies datgene kan bereiken wat hij nastreeft, namelijk een rechterlijk oordeel over zijn schuld aan, of vordering op de overheid.⁵¹ Toch is er ook in deze verhoudingen rechtspraak die nodeloos procederen in de hand werkt. Een bekend voorbeeld is de periodieke beschikking waaraan telkens hetzelfde gebrek kleeft.

Vulhop voldoet watertoeristenbelasting op aangifte over 1979-1983. Hij vecht de belastingheffing over april 1980 aan bij de belastingkamer van het gerechtshof en wint in cassatie omdat de belastingverordening onverbindend is. De gemeente restitueert vrijwillig de belasting over de jaren na 1980, maar niet over de periode daarvoor. Rente en kosten vergoedt zij evenmin. De vorderingen van Vulhop, die zijn gebaseerd op de onrechtmatige vaststelling van de verordening, falen omdat alle andere heffingen (dan die van april 1980) niet zijn aangevochten en dus formele rechtskracht hebben. Scheltema schrijft in zijn annotatie dat hij het niet onredelijk acht dat Vulhop geen aanspraak meer kan maken op restitutie van belasting voldaan voor april 1980, maar vraagt zich af of Vulhop verweten kan worden dat hij na april 1980 niet elke maandelijkse heffing heeft bestreden.⁵²

Men kan zich voorstellen dat de belastingplichtige in dergelijke gevallen volstaat met de mededeling dat hij tegen alle toekomstige belastingheffingen hetzelfde bezwaar heeft als tegen de aangevochten heffing en zelfs, dat een dergelijke mededeling niet nodig is als daarover bij het bestuur in redelijkheid geen twijfel kan bestaan.

50 Het ambtenarenrecht neemt door de uitgebreide rechtsmacht van de bestuursrechter op grond van art. 8:1 lid 2 Awb een wat bijzondere positie in, en blijft hier verder buiten beschouwing.

51 Zij het dat hij bij de bestuursrechter geen executoriale titel kan krijgen. Hierover nader par. 8.9.

52 HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt. MS (Vulhop / Amsterdam). Hetzelfde fenomeen is zichtbaar bij tevergeefs aangevochten belastingheffing die later in strijd met EG-recht blijkt te zijn. Zie daarover uitvoerig Ortlep en Widdershoven (O&A 2004) en Barkhuysen en Griffioen (NJB 2004).

Wat voorts tegen handhaving van de leer van de formele rechtskracht in tweepartijenverhoudingen pleit, is dat aan een van haar doelstellingen, spoedige rechtszekerheid door een korte beroepstermijn, juist minder gewicht toekomt dan in het ordeningsrecht. Waar het evident is dat de maatschappij gediend is met spoedige duidelijkheid over de geldigheid van een planologisch besluit of een milieuvergunning, geldt dat veel minder voor een belastingaanslag of een bijstandsuitkering. Verheij heeft langs deze lijn doorgeredeneerd, en geconcludeerd dat er in zuivere tweepartijenverhoudingen eigenlijk geen goede redenen zijn om de zeer korte bezwaar- en beroepstermijnen te handhaven.⁵³ Zou zijn voorstel wet worden, dan zal de formele rechtskracht aan praktisch belang inboeten. Hoe langer immers de vervaltermijn voor het vernietigingsberoep, hoe minder de behoefte zal bestaan om alsnog een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen. Daar kan nog aan toegevoegd worden dat de jurisprudentie van de Hoge Raad erop wijst dat bij een samenloop van twee grondslagen voor in wezen dezelfde vordering (bijv. terugbetaling van belasting) de kortste verjaringstermijn geldt.⁵⁴ Deze rechtspraak kan men doortrekken in die zin, dat de burger in het verdelende recht op straffe van een geslaagd beroep van de fiscus op verjaring binnen de bezwaartermijn aanspraak moet maken op terugbetaling.⁵⁵

Als men al de leer van de formele rechtskracht voor financiële beschikkingen zonder derde-belanghebbenden zou willen handhaven, dan nog rijst de vraag of zij niet beter vervangen kan worden door een alternatief, dat – net zoals als dat nu voor de formele rechtskracht geldt – het hele besluiten aansprakelijkheidsrecht bestrijkt en dat enerzijds het nuttige effect van die leer behoudt in financiële tweepartijenverhoudingen, maar anderzijds tegemoetkomt aan de bezwaren tegen het huidige stelsel in met name meerpartijenverhoudingen. Ik meen dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord, omdat het naar mijn oordeel mogelijk is de leer van de formele rechtskracht los te laten zonder de doelstellingen van die leer geweld aan te doen.

8.6 Van formele rechtskracht naar schadebeperking

In de voorgaande paragrafen is gebleken dat aan de argumenten voor de leer van de formele rechtskracht (specialisatie, rechtszekerheid en eenheid van rechtspraak) onvoldoende gewicht toekomt om de uit die leer voortvloeiende procedeedwang te rechtvaardigen. Dat geldt met name in het ordeningsrecht, maar ook in het verdelende recht wanneer derden belang hebben bij de uitkomst van de besluitvorming. Bij financiële beschikkingen in zuivere tweepartijenverhoudingen

53 Verheij (2005). Hij lijkt wel vast te willen houden aan de leer van de formele rechtskracht.

54 Zie HR 21 april 2006, NJ 2006, 272 z.nt. (Inno / Sluis) met verdere verwijzingen in conclusie AG. Nieuwenhuis (1982) gaf in zijn oratie al een genuanceerde visie op deze samenloopproblematiek.

55 De vergelijking gaat niet helemaal op, omdat de bezwaar- en beroepstermijnen vervaltermijnen zijn, en geen verjaringstermijnen. Onduidelijk is voorts wat de stuitingstermijnen zijn. Waar het mij om gaat, is dat het criterium 'in wezen dezelfde vordering' *petitum*-gericht is.

ontmoet de leer minder bezwaren, maar juist daarvoor wordt wel bepleit om de korte bezwaar- en beroepstermijnen te laten varen, met als gevolg dat de praktische betekenis van de formele rechtskracht aanzienlijk zal afnemen.

Heeft de Hoge Raad het dan bij het verkeerde eind als hij het heeft over het om diverse redenen onontbeerlijke leerstuk van de formele rechtskracht? Niet helemaal.

Stel dat een gemeente jarenlang onroerende-zaaksbelasting heft op grond van een verordening die niet verbindt, omdat zij niet op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt. Zouden nu, na een succesvolle procedure van een oplettende burger, alle inwoners van de gemeente de geheven belasting bij wijze van schadevergoeding uit onrechtmatige daad kunnen terugvorderen, dan zou de gemeentebegroting met terugwerkende kracht geheel ontwricht raken.⁵⁶ Hetzelfde geldt in het ordeningsrecht voor bijvoorbeeld bestemmingsplannen. De exploitatiebegroting (inclusief planschade) die aan een bestemmingsplan ten grondslag ligt, verliest veel van zijn betrouwbaarheid, als na het onherroepelijk worden van het bestemmingsplan vorderingen uit onrechtmatige besluitvorming (bijv. wegens strijd met het Besluit Luchtkwaliteit) nog tot (omvangrijke) schadeclaims kunnen leiden.⁵⁷ Die onzekerheid zou een rem kunnen zetten op de realisering van (grote) projecten.

Het vervallen van de plicht om op te komen tegen onwelgevallige bestuursbesluiten kan tot gevolg hebben dat het bestuur pas na lange tijd geconfronteerd wordt met onvoorziene aansprakelijkheid voor besluiten die achteraf onrechtmatig blijken te zijn. Dat kan een reële bedreiging vormen voor de overheidsbegroting en defensief bestuur in de hand werken.⁵⁸ De leer van de formele rechtskracht werpt een dam op tegen dergelijke aansprakelijkheden, al is het een beperkte. Zij beschermt de overheid immers niet tegen schadeclaims die gegrond zijn op de onrechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift dat burgers rechtstreeks verplichtingen oplegt, noch tegen vorderingen die stoelen op de onrechtmatigheid van feitelijk overheidsoptreden ter uitvoering van het onverbindende voorschrift.⁵⁹

Deze observaties brengen ons terug bij het al in par. 4.3 genoemde spanningsveld waarin het overheidsaansprakelijkheidsrecht zich bevindt. Enerzijds is het redelijker om schade ten gevolge van onrechtmatig overheidsoptreden ten laste van de gemeenschap te brengen dan van het getroffen individu, terwijl anderzijds voor-

56 Cf. het betoog van AG Spier (alinea 4.2-4.7) voor het arrest SER / NVV (HR 18 februari 2005, NJ 2005, 283 z.nt., JB 2005/92 m.nt. EvdL, JBPr 2005/35 m.nt. CNJK), die zijn pijlen met name richt op het ‘voordeeltje’ dat burgers toe zou vallen door de gebrekkige regelgeving.

57 Zij het dat in het ordeningsrecht de causaliteits- en relativiteitseis al tot een aanzienlijke beperking van ‘nakomende’ claims kan leiden. In het gegeven voorbeeld zullen vorderingen tot vergoeding van andere schade dan ten gevolge van slechte luchtkwaliteit daar m.i. op moeten afstuiten.

58 Schutgens (2004), p. 15, noemt dit effect voor formele wetgeving de ‘feitelijke doorkruising’ van de verbindende wet.

59 Zoals in HR 11 oktober 1996, NJ 1997, 165 m.nt. MS (Leenders / Ubbergen) en HR 18 februari 2005, NJ 2005, 283 z.nt., JB 2005/92 m.nt. EvdL, JBPr 2005/35 m.nt. CNJK (SER / NVV). Dit ‘lek’ relativeert ook wel weer de angst voor een vloed van schadeclaims als het leerstuk van de formele rechtskracht wordt verlaten.

komen moet worden dat een omvangrijke en onvoorspelbare overheidsaansprakelijkheid verlamdend werkt op het openbaar bestuur en ten koste gaat van een goede behartiging van andere overheidstaken. In de vorige paragrafen heb ik betoogd dat de leer van de formele rechtskracht geen goede oplossing is om een evenwicht te vinden in dit spanningsveld, omdat zij tot een ongewenste procedeedwang leidt. In het bredere perspectief van het overheidsaansprakelijkheidsrecht in het algemeen is bovendien een bezwaar van deze leer, dat zij geen wettelijke basis heeft en niet goed aansluit bij het overige aansprakelijkheidsrecht.

Het ligt het primair op de weg van de wetgever om de balans te vinden in het spanningsveld tussen adequate rechtsbescherming en effectief openbaar bestuur en deze zonodig vast te leggen in bijzondere regels.⁶⁰ Haar aandacht zal daarbij mede dienen uit te gaan naar het materiële overheidsaansprakelijkheidsrecht.⁶¹ Maar tot dat moment is de rechter bij de beoordeling van onrechtmatige overheidsbesluitvorming gebonden aan de kaders van het gewone onrechtmatige-daadsrecht. De poging van de rechtspraak om (de effectiviteit van) het openbaar bestuur te beschermen via het onrechtmatigheids criterium heeft naar mijn oordeel per saldo niet tot een goed stelsel geleid. De rechtmatigheidsfictie die besloten ligt in de leer van de formele rechtskracht leidt tot procedeedwang, ontbeert een wettelijke basis en sluit ook niet goed aan bij het gewone aansprakelijkheidsrecht.

Toch biedt het civiele aansprakelijkheidsrecht wel mogelijkheden om rekening te houden met het belang van het openbaar bestuur om snel duidelijkheid te verkrijgen over de financiële gevolgen van zijn besluitvorming. De rechter kan zich daartoe laten inspireren door hetgeen de wetgever heeft beoogd met de opname van diverse bestuurlijke voorprocedures in de Awb en daarbuiten. Bestuurlijke voorprocedures hebben de strekking dat het bestuur zich een zo goed mogelijk beeld kan vormen van de bij de (voorgenomen) besluitvorming betrokken belangen en de daartegen levende bezwaren. De burger die geen gebruik maakt van de mogelijkheid om zijn bezwaren in de bestuurlijke voorprocedure voor het voetlicht te brengen, kan naar mijn oordeel onder omstandigheden verweten worden zich onvoldoende te hebben ingespannen om zijn schade te beperken. Immers, daardoor is het bestuur wellicht de mogelijkheid ontnomen om met zijn bezwaren rekening te houden en daaraan tegemoet te komen door zijn besluit te herroepen (bij een bezwaarprocedure) of een ander besluit te nemen dat het oorspronkelijk voornemen was (bij een openbare voorbereidingsprocedure).⁶² De schade is dan, in de bewoordingen van art. 6:101 BW, mede het gevolg van een aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid.⁶³ Is het bestuur eenmaal geïnformeerd over de bij de burger levende bezwaren, dan hoeft van die burger vervolgens niet ge-

60 Inmiddels is een commissie ingesteld die advies zal uitbrengen aan de wetgever over de toekomst van het overheidsaansprakelijkheidsrecht.

61 Ik kom hier in het slothoofdstuk op terug.

62 Het verdisconteren van het bestaan van een speciale rechtsgang in de schadebeperkingsplicht is al eerder geopperd door Roozendaal (1998) en Widdershoven & Ortlep (O&A2004) op basis van vergelijking met de ons omringende rechtsstelsels en het EG-recht. Zie reeds het standaardarrest HvJEG 5 maart 1996, AB 1996, 249 m.nt. FHvdB, AB klassiek (2003), nr. 35 (Brasserie du Pêcheur en Factortame), r.o. 81-84.

63 Ik deel de visie van Keirse (2003), par. 2.5, dat art. 6:101 BW de wettelijke basis vormt voor de schadebeperkingsplicht, welke plicht geen rechtsplicht is. Datzelfde geldt voor de hier geïntroduceerde informatieplicht van de betrokken burger.

vergd te worden, zoals in het huidige stelsel, dat hij in alle gevallen blijft doorprocederen tegen een besluit tot het vernietigd of herroepen is: het bestuur is immers op de hoogte van zijn bezwaren en de – potentieel – daaruit voortvloeiende schade, en heeft dus zelf de gelegenheid om aansprakelijkheid te voorkomen door zijn besluitvorming te heroverwegen. In dat kader kan van de burger overigens wel verlangd worden dat hij medewerking verleent aan gerechtvaardigde verzoeken van het bestuur om zijn bezwaren en eventuele schade nader te onderbouwen.

De verdiscontering van de opstelling van de burger in het ‘eigen risico’ van art. 6:101 BW in plaats van in de leer van de formele rechtskracht, heeft alleen zin als zij ook tot andere, betere uitkomsten leidt, zonder afbreuk te doen aan die gevallen waarin het huidige stelsel wel tot bevredigende resultaten leidt.⁶⁴ Zou de rechter onder het mom van art. 6:101 BW de leer van de formele rechtskracht in stand laten, dan kan hij beter de in die leer besloten rechtmatigheidsfictie handhaven.⁶⁵ Van een daadwerkelijke vernieuwing (en verbetering) is sprake als het gedrag van de burger wordt verdisconteerd langs de navolgende lijnen.

1. Wil de burger voorkomen dat (een deel van) de schade voor zijn eigen risico wordt gebracht, dan dient hij het bestuur niet langer dan nodig in het ongewisse te laten over de gevolgen van en bezwaren tegen diens (voorgenomen) besluitvorming, opdat het de gelegenheid heeft tot een adequate heroverweging.⁶⁶ De burger dient het bestuur in beginsel in de daartoe aangewezen procedure te informeren.⁶⁷ Een onvolledige aanvraag kan eveneens, in de bewoordingen van art. 6:101 BW, gelden als een aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid.
2. Is het bestuur eenmaal bekend met de bezwaren van de benadeelde, dan hoeft deze tegen (de geldigheid van) het besluit zelf slechts rechtsmiddelen aan te wenden (en door te procederen) als en zolang dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden. Hierbij kan aangesloten worden bij de jurisprudentie over vragen van een voorlopige voorziening als schadebeperkende maatregel, op grond waarvan de verantwoordelijkheid voor het voorkomen en beperken van de schade primair bij het bestuur ligt.⁶⁸ Daarbij is mede van belang welke

64 Die analyse ontbreekt bij de genoemde auteurs. Roozendaal (1998), p. 273 beperkt zich tot de opmerking dat slechts als de schade niet voorkomen had kunnen worden door gebruik te maken van openstaande rechtsmiddelen, de burger geen eigen schuld kan worden verweten.

65 Mijn voorstel ligt in de lijn van de door Van Rossum en Hes (2005), p. 114 en 125 aangehaalde Europese rechtspraak. De auteurs betogen dat deze rechtspraak materieel niet tot andere uitkomsten leidt dan de leer van de formele rechtskracht (p. 132). Ik betwijfel dat, omdat het HvJEG het niet-instellen van een vernietigingsberoep alleen tegenwerpt als daarmee hetzelfde resultaat kon worden bereikt. Cf. par. 8.5.

66 In CRvB 15 december 2005, AB 2006, 54 m.nt. BPMvR, JB 2006/61 m.nt. ARN (renteschade herziening dagloon) wees het UWV na ambtshalve herziening van een uitkering vergoeding van wettelijke rente af, omdat de benadeelde niet de noodzakelijke gegevens had verschaft bij de besluitvorming in primo. Dat lijkt mij juist. De CRvB verklaart het beroep tegen deze afwijzing ongegrond met een beroep op de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW wegens het niet instellen van rechtsmiddelen. Dat ontmoet m.i. terecht kritiek van annotator Van Ravels: zo toegepast leidt art. 6:101 BW niet tot andere resultaten dan de leer van de formele rechtskracht. Zie noot 68.

67 Te noemen zijn de art. 3:15, 4:7, 4:8, 6:5, 7:2 en 7:16 Awb. In het kader van art. 3:45 Awb (rechtsmiddelverwijzing) zou het bestuur kunnen wijzen op de gevolgen van het niet-kenbaar maken van bezwaren.

68 Hierover Neerhof (O&A 2003) en Keirse (2003) par. 4.3.3, die op een terughoudende lijn in de rechtspraak wijzen. Dat moet ook zo blijven, anders blijft de leer van de formele rechtskracht *de facto* bestaan. Cf. noot 66.

- mogelijkheden het bestuur heeft om de schade te beperken.⁶⁹ Van de benadeelde kan in elk geval niet gevergd worden dat hij doorprocedeert, als schade daardoor niet (verder) voorkomen noch ongedaan gemaakt kan worden.⁷⁰
3. De informatieplicht heeft geen betrekking op feiten en omstandigheden waarmee het bestuur bekend verondersteld mag worden. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als een burger aan zijn bezwaar tegen een belastingaanslag de onverbindendheid van een belastingverordening ten grondslag legt. Ten aanzien van volgende aanslagen die op dezelfde verordening zijn gebaseerd, mag het bestuur in beginsel bekend verondersteld worden met de bezwaren van de belastingplichtige.⁷¹
 4. De informatieplicht heeft geen betrekking op feiten en omstandigheden waarmee de burger niet bekend was noch behoefde te zijn. Die situatie deed zich voor bij de milieuvergunningverlening aan SE Fireworks. De vordering uit onrechtmatige daad van de omwonenden stuit dan niet af op art. 6:101 BW, omdat de omwonenden zich ten tijde van de vergunningverlening niet bewust hoefden te zijn van de daaraan klevende gebreken.⁷² Omdat artikel 6:101 BW een toerekeningscriterium kent, kan bij de te verlangen kennis van de burger rekening worden gehouden met zijn maatschappelijke positie, zijn verhouding tot het bestuur (geadresseerde of derde) en de wijze van kennisgeving (per brief of door algemene publicatie).⁷³
 5. Door toepassing van art. 6:101 BW in plaats van de leer van de formele rechtskracht, spelen de uitzonderingen op die leer in beginsel geen rol meer. Zo zal een erkenning van onrechtmatigheid door het bestuur (zoals in het arrest St. Oedenrode / Van Aarle) de procespositie van de eiser wel verbeteren, maar een uitzondering op de regel dat rechtmatigheid wordt voorondersteld, is het niet meer. Het creëren van onduidelijkheid omtrent de mogelijkheid bezwaar te maken of beroep in te stellen (zoals in het arrest Heesch / Van de Akker) kan aan een beroep van het bestuur op art. 6:101 BW in de weg staan.

Het grootste voordeel van de verdiscontering van het gedrag van de benadeelde in het kader van art. 6:101 BW in plaats van in de leer van de formele rechtskracht is, dat de benadeelde niet langer gedwongen is (door) te procederen tegen het besluit zelf, als hij bij een oordeel over de geldigheid van dat besluit geen belang (meer) heeft. Procedures tegen uitgewerkte vergunningen en ten uitvoer gelegde bestuursdwangbesluiten behoren dan tot het verleden. Datzelfde geldt voor weigeringen van vergunningen die inmiddels achterhaald zijn door nieuwe ontwikkelingen, zoals een alternatief bouwplan of gewijzigde bedrijfsactiviteit. In al deze gevallen kan de benadeelde de rechtmatigheid van het besluit laten beoordelen in een procedure die als inzet heeft waar het hem werkelijk om gaat: schadevergoe-

69 Keirse (2003), par. 4.2.2.

70 Zoals in ABRvS 8 december 2004, AB 2006, 139 m.nt. JvdG onder nr. 140 (Delisea). Kritiek dzz. in NJB 2005/41.

71 In gelijke zin de annotatie van MS onder HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt. MS (Vullhop / Amsterdam). Het bestuur kan dan bijvoorbeeld besluiten om uitstel van betaling te verlenen.

72 Ook als het bestuur om dezelfde redenen heeft gedwaald, is het naar positief recht redelijker om de schade dan ten laste van het collectief te brengen, dan ten laste van de individuele benadeelden. Verg. par. 3.4. en de kritiek daarop in par. 9.10.

73 Zo kan gedifferentieerd worden naar categorieën van slachtoffers.

ding.⁷⁴ Heeft hij in de bestuurlijke voorprocedure het bestuur in kennis gebracht van zijn bezwaren tegen het besluit, of kan hem redelijkerwijs niet verweten worden dat te hebben nagelaten, dan zal een beroep van het bestuur op art. 6:101 BW naar mijn oordeel moeten falen.

Gaat het om een beschikking die een financiële verbintenis schept tussen burger en overheid, dan zal van de burger in het algemeen wel verwacht mogen worden dat hij bezwaar maakt. Omdat zijn belang bij een beroep parallel loopt met zijn belang bij een schadevordering die op de onrechtmatigheid van (het nemen van) dat besluit is gebaseerd, is verdedigbaar dat de schadebeperkingsplicht tevens het instellen en doorzetten van beroep omvat. Toch past ook hier terughoudendheid. Ook in het belastingrecht zijn de bevoegdheden van de rechter om schadevergoeding toe te kennen beperkt, hetgeen voor de burger aanleiding kan zijn om zijn schadevordering integraal aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Zolang de belastingrechter op dit punt geen complete set bevoegdheden heeft, lijkt mij dat ook geen bezwaar: het voorkomt een splitsing van het geschil over twee rechters. Maar kan de belastingplichtige het verwijtbaar laten verstrijken van de beroepstermijn dan niet omzeilen met een onrechtmatige-daadsvordering? Wellicht, maar het dunkt mij dat de burgerlijke rechter dit kan ondervangen met zijn verjaringsjurisprudentie, op grond waarvan bij een samenloop van grondslagen voor dezelfde vordering de kortste verjaringstermijn gewoonlijk de doorslag geeft. Aldus zal de leer van de schadebeperking in het financiële tweepartijenrecht meestal tot dezelfde resultaten als de leer van de formele rechtskracht leiden, met dien verstande, dat er aanleiding kan zijn om de bezwaar- en beroepstermijnen in deze situaties te verruimen overeenkomstig het voorstel van Verheij.⁷⁵

Natuurlijk neemt de toepassing van art. 6:101 BW als door mij bepleit, niet alle bezwaren weg, die men kan hebben tegen het loslaten van de leer van de formele rechtskracht. Zo zal de overheid minder snel dan thans duidelijkheid verkrijgen over haar aansprakelijkheid voor bestuursbesluitvorming, ook als deze het vernietigingsberoep heeft doorstaan. Dat bezwaar verdient echter relativering, omdat de leer van de formele rechtskracht die snelle duidelijkheid alleen biedt voor appellabele besluiten. Voor rechtstreeks werkende algemeen verbindende voorschriften en feitelijke uitvoering geldt voor de overheid geen bijzonder regime. Een belangrijker punt is, dat als de wetgever ervoor kiest het overheidsaansprakelijkheidsrecht zoveel mogelijk te laten aansluiten bij burgerlijke recht, het de rechter niet vrij staat om een rechtmatigheidsfictie te introduceren die daar haaks op staat. Voor de toepassing van art. 6:101 BW zoals door mij bepleit, geldt dat niet. Bovendien neemt zij de ongewenste procedeedwang weg die uit de leer van de formele rechtskracht voortvloeit.⁷⁶

74 Dat hoeft niet per se de civiele rechter te zijn. Mijn voorstel behoudt zijn relevantie als de bestuursrechter de exclusieve bevoegdheid krijgt om over besluiten aansprakelijkheid te oordelen.

75 De praktijk leert dat bijvoorbeeld de belastingdienst vaak vrij soepel omgaat met termijnoverschrijdingen: verzoeken van particulieren om ambtshalve herziening van belastingheffing worden in het algemeen welwillend ontvangen.

76 Dat effect gaat overigens teniet als er rechtsonzekerheid bestaat over wijze waarop de rechter art. 6:101 BW toepast. Cf. Van Rossum en Hes (2005). Het is dus van belang dat de rechter duidelijke deelregels formuleert. Daarvoor heb ik zojuist een aanzet gegeven. Een wettelijke regeling op dit punt zou de rechtszekerheid verder kunnen vergroten.

8.7 The proof of the pudding

Mijn pleidooi voor het verlaten van de leer van de formele rechtskracht ligt bepaald niet in lijn met de recente jurisprudentie van de Hoge Raad, die het heeft over een om diverse redenen onontbeerlijke beginsel. Eén argument is daarbij nog niet de revu gepasseerd. In het arrest Dekker / Barneveld overwoog de Hoge Raad – samengevat – dat het vigerende stelsel aldus moet worden verstaan dat, in het bijzonder ter vermijding van procedurele complicaties, een belanghebbende zich pas na een beslissing op het beroep bij de Kroon tot de burgerlijke rechter kan wenden.⁷⁷ Van Angeren beschouwt dit ordeningsprincipe als de essentie van de formele rechtskracht:

Het zegt nog niets over de latere rol van de burgerlijke rechter maar stipuleert wat een juiste volgorde van procedures is.⁷⁸

Dit ordeningsprincipe zou stroken met de wil van de wetgever, want art. 6:13 Awb bepaalt:

Geen beroep kan worden ingesteld tegen een op bezwaar of in administratief beroep genomen besluit door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten geen bezwaar te hebben gemaakt of administratief beroep te hebben ingesteld tegen het oorspronkelijke besluit.

De redenering van Van Angeren snijdt mijns inziens geen hout, omdat de strekking van de bezwaarprocedure dezelfde is als die van het beroep op de administratieve rechter, namelijk herroeping of vernietiging van het besluit, waardoor het zijn gelding verliest. De strekking van een actie uit onrechtmatige daad daarentegen, is het verkrijgen van schadevergoeding.⁷⁹ Het ordeningsargument gaat dus alleen op als met een actie bij de civiele rechter hetzelfde wordt beoogd als met een bezwaar- of beroepsprocedure, namelijk de gelding (rechtskracht) van het besluit ter discussie stellen. Dat lijkt op het eerste gezicht inderdaad mogelijk: op de schending van rechtsplicht kan immers ook een verbods- of gebodsvordering worden gebaseerd (art. 3:296 BW).⁸⁰ Is het dan niet zo, dat met een dergelijke vordering de bijzondere rechtsgang omzeild kan worden, waardoor er processuele chaos ontstaat? Het arrest Schut / Utrecht, waarin twee bijzondere rechtsgangen een rol speelden, zou dat moeten kunnen illustreren.⁸¹

77 HR 12 december 1986, NJ 1987, 381 m.nt. MS, AB 1987, 151 m.nt. FHvdB (Dekker / Barneveld).

78 Van Angeren (1998), nr. 36.

79 Datzelfde geldt voor een beroep tegen een zelfstandig schadebesluit.

80 Van Etekoven (2006) betoogt dat van een geslaagde schadevergoedingsactie reflexwerking uit gaat: het bestuur zal het onrechtmatige besluit dan willen intrekken, waardoor de rechtszekerheid van derden alsnog in gevaar komt. Mij lijkt dat juist een gunstig effect: het bestuur wordt gedwongen het belang van de benadeelde bij intrekking (rechtmatigheid) af te wegen tegen het belang van de derde bij handhaving van het besluit (rechtszekerheid). Als het besluit onaantastbaar is, dan zal die rechtszekerheid zwaar wegen. Soms laat de wet intrekking zelfs niet toe (art. 59 Ww). Vergelijk het voorbeeld in par. 8.5.

81 HR 5 september 1997, NJ 1998, 47 z.nt., AB 1998, 175 m.nt. ThGD onder nr. 176 (Schut / Utrecht).

B en W van Utrecht vaardigen aan de firma Schut een dwangsombeschikking uit wegens overtreding van diverse voorschriften uit haar milieuvergunning. Het beroep van Schut wordt bij de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State niet-ontvankelijk verklaard wegens termijnoverschrijding. Tegen het dwangbevel tot invordering van verbeurde dwangsommen gaat Schut in verzet. Haar argument is dat uit haar gegronde beroep tegen een later bestuursdwangbesluit blijkt dat het eerdere dwangsombesluit onjuist was. Het verzet faalt bij rechtbank en Hof. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep met de overweging dat er geen reden is om een uitzondering te maken op de rechtsgeldigheid van de dwangsombeschikking, zelfs niet indien als vaststaand kan worden aangenomen dat die beschikking zou zijn vernietigd, wanneer daartegen tijdig bij de bestuursrechter zou zijn opgekomen.

Laat ik voorop stellen dat ik het met de uitkomst van deze zaak eens ben. Omdat de dwangsombeschikking strekt tot naleving van de milieuvergunning, die regels stelt van ordeningsrecht, heeft de korte beroepstermijn de strekking om spoedig duidelijkheid te verschaffen over de verplichting van Schut om de die regels ook daadwerkelijk na te leven. De rechtszekerheid vereist dat de geldigheid van de dwangsombeschikking niet later, in een andere procedure, opnieuw ter discussie wordt gesteld. De gelijkstelling van geldigheid en rechtmatigheid was in dit arrest dan ook niet aan de orde. De vraag is nu of de uitkomst in deze procedure anders zou zijn geweest in het door mij voorgestane stelsel. Voor de verzetsprocedure geldt dat in elk geval niet, omdat ook in mijn opvatting uitgegaan moet worden van de geldigheid van de dwangsombeschikking, nu deze niet is vernietigd of herroepen.⁸² Schut zou echter kunnen overwegen een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen. Hij zou dan kunnen vorderen:

- a. vergoeding van schade bestaande uit ten onrechte betaalde dwangsommen;
 - b. vergoeding van schade, voortvloeiend uit het voldoen aan de oplegde last;
 - c. een verbod op invordering van de dwangsommen;
 - d. een gebod tot intrekking of herroeping van de dwangsombeschikking.
- Voor zover aan deze vorderingen de onrechtmatigheid van (het nemen van) de dwangsombeschikking ten grondslag wordt gelegd, stuiten zij in het huidige stelsel af op de leer van de formele rechtskracht. Hoe zou de rechter deze in het door mij voorgestane stelsel moeten beoordelen?
- a. De vordering tot vergoeding van schade bestaande uit ten onrechte betaalde dwangsommen lijkt op de vordering tot terugbetaling van belasting die is voldaan op een (niet vernietigde of herroepen en dus) geldige maar onrechtmatige heffing. Ik zette al uiteen dat in een dergelijk geval de belastingplichtige in beginsel niet aan zijn schadebeperkingsplicht heeft voldaan als hij geen bezwaar maakt tegen de beschikking. De schade vloeit immers louter voort uit de geldigheid van die beschikking. Leidt het bezwaar niet tot herroeping, dan heeft Schut in beginsel de keuze tussen beroep instellen of een schadevergoedingsactie. Die laatste keuze ligt niet voor de hand, maar kan bijvoorbeeld

82 Zie par. 8.1.

ingegeven zijn door de mogelijkheid om in een civiele procedure tegelijkertijd vergoeding te vorderen van schade als gevolg van feitelijk optreden van de gemeente Utrecht.⁸³

- b. Veronderstel nu dat Schut haar bezwaren tegen de last tijdig kenbaar had gemaakt (bijv. door middel van een zienswijze ex art. 4:8 Awb), om vervolgens haar activiteiten te verplaatsen naar een andere locatie, dan zou zij haar belang bij vernietiging van de dwangsombeschikking hebben verloren. Het niet-instellen van een vernietigingsberoep zou in mijn optiek dan niet in de weg behoeven te staan aan een geslaagde vordering ex art. 6:162 BW (onrechtmatige besluitvorming) strekkende tot vergoeding van haar verplaatsingsschade.⁸⁴ Op dit punt levert mijn voorstel dus wel een andere uitkomst op dan de leer van de formele rechtskracht.
- c. Aan een vordering ex art. 3:296 BW, strekkende tot een verbod aan de gemeente Utrecht tot invordering van de dwangsommen, kan Schut in elk geval niet de ongeldigheid van de dwangsombeschikking ten grondslag leggen. Die is immers onaantastbaar, vanwege de niet-ontvankelijkverklaring van het beroep bij de Afdeling. De geldigheid van de dwangsombeschikking brengt mee dat de invordering van verbeurde dwangsommen in beginsel rechtmatig is.⁸⁵
- d. Dit laatste geldt ook voor een vordering ex art. 3:296 BW, strekkende tot het opleggen van een gebod aan de gemeente Utrecht (uit te voeren door B en W) om de dwangsombeschikking te herroepen of in te trekken. Als de dwangsombeschikking in strijd met het recht was genomen, zou Schut daarop weliswaar haar gebodsvordering kunnen baseren, ware het niet dat de wetgever tegen de dwangsombeschikking een vernietigingsberoep heeft opengesteld.

Dit laatste argument is nieuw. In het stelsel dat ik in de vorige paragrafen uiteenzette, zou de vordering tot intrekking van de dwangsombeschikking immers moeten slagen, nu met de geldigheid van de dwangsombeschikking de rechtmatigheid van het nemen ervan *niet* vast staat. Toch is het argument niet in tegenspraak met mijn voorstel om de leer van de formele rechtskracht te verlaten, maar een aanvulling erop. De vordering faalt namelijk niet omdat de dwangsombeschikking rechtmatig wordt geacht, maar omdat hetgeen is gevorderd geëffectueerd kan worden door het doorlopen van de speciale rechtsgang. Zo dient naar mijn oordeel het aan het begin van deze paragraaf genoemde ordeningsprincipe te worden uitgelegd: als de strekking van een vordering bij de gewone rechter gelijk is aan de strekking van het vernietigingsberoep, dan moet zij falen. Dat geldt ook in het onder c genoemde geval, omdat de wetgever een (bijzondere) verzetsprocedure in

83 Dit voorkomt de versnippering, waar in de literatuur over wordt geklaagd. Cf. Van Maanen & Schlössels (Gst. 2004), Van Maanen (NJB 2004), Schueler (JB*plus* 2004).

84 De rechtzekerheid is nu niet in het geding. Schut voldoet immers aan de last en ondergraaft de geldigheid van de dwangsombeschikking dus niet. Zijn vordering kan overigens nog afstuiten op (onder meer) het ontbreken van causaal verband. Zie voor een vergelijkbaar geval HR 1 april 2005, JB 2005/136 z.nt. (Janse / Steenberg).

85 De gemeente Utrecht verlangt immers nakoming van een rechtsplicht van de fa. Schut. Wel is denkbaar dat een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur aan invordering in de weg staat, zoals het vertrouwens- of het gelijkheidsbeginsel. Vergelijk de uitzonderingen van art. 3:296 lid 1 BW.

het leven heeft geroepen, waarin de burger kan opkomen tegen de invordering van dwangsommen.

De civiele rechter zal de vordering in de onder c en d genoemde gevallen niet mogen afwijzen, maar niet-ontvankelijk moeten verklaren. De grondslag van die beslissing is niet het *fundamentum petendi* (schending van een rechtsplicht, onrechtmatigheid), maar het *petitum* (de gebods-/verbodsvordering). Omdat dit in de ontvankelijkheidsjurisprudentie van de Hoge Raad niet geheel eenduidig naar voren komt, zet ik thans uiteen hoe zonder de leer van de formele rechtskracht toch tot een geordend systeem van verdeling van rechtsmacht gekomen kan worden.

8.8 Ontvankelijkheid

De Hoge Raad legt aan zowel zijn ontvankelijkheidsbeleid als de leer van de formele rechtskracht een doelmatige verdeling van rechtsmacht ten grondslag. De samenhang tussen beide heeft hij tot uitdrukking gebracht in het arrest Groningen / Raatgever.

Het beroep van mevrouw Raatgever tegen een bijstandsbesluit van B en W van Groningen slaagt. Zij vordert vergoeding van haar kosten van rechtsbijstand bij de civiele rechter. De gemeente Groningen bepleit niet-ontvankelijkheid, omdat zij deze vordering ook bij de bestuursrechter (via een zelfstandig schadebesluit) had kunnen instellen. De Hoge Raad vat zijn eigen rechtspraak als volgt samen: ‘Het bepaalde in art. 112 Gr.w brengt mee dat de burgerlijke rechter bevoegd is kennis te nemen van vorderingen waaraan de eiser, zoals ook in het onderhavige geval, ten grondslag heeft gelegd dat jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd.⁸⁶ Uitgangspunt is evenwel dat ook in een zodanig geval de eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, wanneer, kort gezegd, de bestuursrechter voldoende rechtsbescherming biedt (HR 28 februari 1992, nr. 14635, NJ 1992, 687 [Changoe]). De taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter brengt tevens mee dat moet worden uitgegaan van de geldigheid van een besluit van een bestuursorgaan indien daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet is gebruikt, hetzij niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid (kort gezegd: het beginsel van de formele rechtskracht)’.⁸⁷

Een eiser dient dus niet-ontvankelijk te worden verklaard als de bestuursrechter voldoende rechtsbescherming biedt. Wat betekent dit nu precies? In het al wat oudere arrest Willemse / NAB vorderde Willemse premie als onverschuldigd betaald terug van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, stellende dat hij niet

⁸⁶ In de praktijk betekent dat de burgerlijke rechter steeds bevoegd is. Daarom bakent hij zijn rechtmacht ten opzichte van de bestuursrechter af met ontvankelijkheidcriteria. Het grondwettelijke stelsel is helder beschreven door Versteeg (1987) en Van Angeren (1998).

⁸⁷ HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 m.nt. MS onder 88, AB 2000, 89 m.nt. PvB (Groningen / Raatgever). De afloop van de zaak volgt aan het eind van deze paragraaf.

premieplichtig was. Het Hof verklaarde deze vordering niet-ontvankelijk, omdat de te beantwoorden rechtsvraag bij uitsluiting aan de Raad van Beroep was opgedragen. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep:

‘dat derhalve juist is ’s Hof’s beslissing, dat het geschil hetwelk het onderhavige geding beheerst, aan het oordeel van den burgerlijken rechter is onttrokken, en dat deze rechter op dien grond de door Willemse ingestelde vordering niet kan ontvangen zolang dit geschil niet door den administratieven rechter is beslecht.’⁸⁸

In dit arrest beschouwde de Hoge Raad dus de aard van het geschil doorslaggevend voor de ontvankelijkheid van de vordering. Hoewel de lijn van het arrest Willemse / NAB niet expliciet is verlaten, is het de vraag of de Hoge Raad Willemse thans opnieuw niet-ontvankelijk zou verklaren. Willemse kon de administratiefrechtelijke rechtsgang niet meer volgen, omdat de termijn daarvoor ruimschoots was verstreken. Volgens het arrest Groningen / Raatgever zou de vordering van Willemse dus wel ontvankelijk zijn, maar afstuiten op de formele rechtskracht van het premiebesluit.⁸⁹ In de bewoordingen van het arrest Willemse / NAB zou men ook kunnen stellen dat er door de termijnoverschrijding geen geschil meer was dat nog door de administratieve rechter beslecht kon worden.

Kan derhalve de eiser de bestuursrechtelijke rechtsgang nog volgen of heeft hij daarin nog geen einduitspraak gekregen, dan volgt niet-ontvankelijkheid; is de rechtsgang niet of tevergeefs doorlopen dan leidt de leer van de formele rechtskracht tot een afwijzing.⁹⁰

Van Angeren beschouwt de leer van de formele rechtskracht zelfs als een *species* van de ontvankelijkheidsleer:

‘De hoofdregel is dat de belanghebbende bij verzuim gebruik te maken van de administratieve rechtsgang niet ontvankelijk is in zijn vordering ten principale (b.v. schadevergoedingsactie) bij de gewone rechter.’⁹¹

Positief recht is deze hoofdregel niet, omdat het genoemde verzuim tot afwijzing van de vordering in plaats van niet-ontvankelijkheid leidt, maar hij is wel een kernachtige samenvatting van de ratio van het ontvankelijkheidsbeleid en de leer van de formele rechtskracht: met het oog op een doelmatige verdeling van rechtsmacht laat de gewone rechter zich niet uit over geschillen die aan een bijzondere rechter ter beslechting zijn opgedragen.

88 HR 26 juni 1964, NJ 1965, 2 m.nt. GJS (Willemse / NAB).

89 Dat is in het door mij voorgestelde systeem niet anders, omdat Willemse aan zijn vordering de ongedigtheid en niet de onrechtmatigheid van de premiebeschikkingen ten grondslag legt.

90 Aldus ook de noot van MS onder HR 26 februari 1988, NJ 1989, 528 m.nt MS en AB 1989, 80 m.nt. F.A. van Bakelen (Hot Air / Staat) en Schueler (2005), par. 5.1.2.

91 Van Angeren (1998), nr. 32. Deze passage staat dan ook in de eerste paragraaf van hoofdstuk 7, dat een uitwerking is van hoofdstuk 6 met de titel ‘de formele rechtskracht’. Beide hoofdstukken maken onderdeel uit van deel II: ‘De ontvankelijkheid ten principale’.

Mijn kritiek op de rechtmatigheidsfictie die besloten ligt in de leer van de formele rechtskracht gaf ik al. Maar ook het ontvankelijkheidsbeleid van de Hoge Raad behoeft enige bijstelling.

Het eerste argument daarvoor is, dat niet-ontvankelijkverklaring van een vordering die is gebaseerd op onrechtmatige besluitvorming of een ongeldig besluit, onpraktisch is, als er nog een beroep loopt bij de bestuursrechter. Immers, wordt dit beroep gegrond verklaard, dan dient de eiser opnieuw een dagvaarding uit te brengen met exact dezelfde vordering. Beter is het dan dat de rechter de zaak aanhoudt tot de bestuursrechter zich over de geldigheid van het besluit heeft uitgesproken. Voor vorderingen van de overheid die gebaseerd zijn op de geldigheid van een besluit doet de Hoge Raad dat al zo.⁹²

Een belangrijker bezwaar is, dat het ontvankelijkheidsbeleid van de Hoge Raad haaks staat op het systeem van de wet, omdat het oordeel omtrent de ontvankelijkheid afhangt van hetgeen aan de vordering ten grondslag wordt gelegd, en niet van de inhoud van de vordering zelf. Zowel in het Wetboek van burgerlijke Rechtsvordering als in de Algemene wet bestuursrecht hangt ontvankelijkheid van de vordering/het beroep af van de hoedanigheid van de aanlegger, de aard van de vordering, zijn belang bij de vordering, de wijze waarop hij het geschil inleidt en de daarbij in acht te nemen termijnen.⁹³ Daarentegen kan volgens het ontvankelijkheidsbeleid van de Hoge Raad eiser ook niet-ontvankelijk zijn, omdat hij daaraan de ongeldigheid van een besluit ten grondslag legt. Zo wordt bijvoorbeeld een belastingplichtige niet ontvangen in zijn vordering tot terugbetaling van belasting als hij die baseert op de ongeldigheid van de belastingheffing.⁹⁴ Erkent de fiscus echter de onverschuldigdheid van de betaling, dan is de vordering volgens de Hoge Raad weer wel ontvankelijk.⁹⁵ Lastig wordt het nu als de eiser zijn vordering primair baseert op ongeldige belastingheffing en subsidiair op erkenning van de onverschuldigdheid van de betaling. De primaire grondslag zou tot niet-ontvankelijkheid moeten leiden, de subsidiaire niet. Het is echter niet de grondslag van de vordering, maar de vordering zelf die niet-ontvankelijk wordt verklaard.⁹⁶ Die vordering zou dus tegelijk ontvankelijk en niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Dat illustreert waarom het ontvankelijkheidsoordeel van de vordering zelf, en niet van de grondslag van de vordering dient af te hangen.

Naar mijn oordeel is er geen bezwaar tegen om de ontvankelijkheid van een vordering bij de burgerlijke rechter af te laten hangen van de aard van het geschil, mits deze aard wordt beoordeeld aan de hand van het *petitum*, en niet van het *fundamentum petendi*.

92 HR 7 april 1995, NJ 1997, 166 m.nt. MS (Smit / Staat).

93 Ook wanneer de vordering niet is onderbouwd, kan de rechter dus een ontvankelijkheidsbeslissing nemen.

94 Vergelijk het aangehaalde arrest Willemsse / NAB.

95 Aldus HR 24 december 1976, NJ 1977, 380 z.nt. (Tilburgse leges). In die zaak was overigens geen bezwaarschrift ingediend, zodat deze zaak naar de huidige stand van de rechtspraak vermoedelijk afgedaan zou zijn met toepassing van de leer van de formele rechtskracht.

96 Of de eiser of de vordering niet-ontvankelijk wordt verklaard is m.i. een kwestie van smaak. Sommigen zullen betogen dat slechts een eiser ontvangen kan worden, en niet zijn vordering, of andersom.

Bakels interpretatie van het ontvankelijkheidsbeleid van de Hoge Raad lijkt in die richting te wijzen. In zijn conclusie voor de zaak Staat / Zevenbergen vat hij onder verwijzing naar het arrest Loosdrechtse Plassenschap⁹⁷ de rechtsmachtverdeling als volgt samen:

‘Indien de eiser stelt dat jegens hem onrechtmatig is gehandeld, is de burgerlijke rechter bevoegd. De eiser wordt in zijn vordering echter *niet-ontvankelijk* verklaard indien voor hem een voldoende rechtsbescherming biedende administratieve rechtsgang openstaat of heeft opgegaan, waarmee hij hetzelfde resultaat kan bereiken als hij nastreeft met de bij de burgerlijke rechter ingestelde vordering’.⁹⁸

In deze resultaatsgerichte interpretatie, die ik onderschrijf, heeft de gewone (burgerlijke) rechter niet alleen een aanvullende taak als de bijzondere rechter absoluut onbevoegd is, maar ook als de bijzondere rechter slechts een specifieke uitspraakbevoegdheid mist, die de burgerlijke rechter wel heeft.⁹⁹ Dat betekent dat een vordering uit onverschuldigde belastingbetaling altijd ontvankelijk is bij de burgerlijke rechter, omdat de bestuursrechter niet de (uitspraak)bevoegdheid heeft om de fiscus tot terugbetaling te veroordelen. Door vernietiging van de belastingaanslag maakt hij slechts de grondslag van de betaling ongedaan. Een executoriale titel tot terugbetaling kan een beroep bij de belastingrechter echter niet opleveren.¹⁰⁰

Naar mijn opvatting dient de gewone rechter de eiser niet-ontvankelijk in zijn vordering te verklaren als er voor hem een voldoende rechtsbescherming biedende bijzondere rechtsgang beschikbaar is die tot toewijzing van de vordering (het *petitum*) kan leiden. In de praktijk betekent dit dat vrijwel alle vorderingen die rechtstreeks gericht zijn tegen de rechtsgevolgen van een appellabel besluit bij de gewone rechter niet-ontvankelijk zijn, omdat met een vernietigingsberoep bewerkstelligd kan worden dat deze rechtsgevolgen met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt worden.¹⁰¹ Een vordering tot preventie of redres van de feitelijke gevolgen van een appellabel besluit is in beginsel wel ontvankelijk bij de gewone rechter, omdat de bijzondere rechter op dat vlak nauwelijks bevoegdheden heeft. Vorderingen gericht tegen niet-appellabele besluiten ten slotte, zullen steeds ontvankelijk zijn bij de gewone rechter, aangenomen dat aan de overige ontvankelijkheidsvereisten is voldaan.

97 HR 25 november 1977, NJ 1978, 255 m.nt. MS, AB 1978, 1 m.nt. J.R. St., AB-klassiek 2003, nr. 11 (Loosdrechtse Plassenschap).

98 Conclusie voor HR 15 november 2002, NJ 2003, 617, punt 2.2. In punt 2.13 concludeert hij m.i. terecht dat de motivering van HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 m.nt. MS, AB 2000, 89 m.nt. PvB (Groningen / Raatgever) op dit punt niet onberispelijk is.

99 Aldus ook J.B.J.M ten Berges annotatie van het arrest Loosdrechtse Plassenschap, AB-klassiek 2003, nr. 11, p. 87, die echter – iets minder nauwkeurig – spreekt van processuele bevoegdheden.

100 Ook niet als de rechter ex art. 8:72 lid 4 zelf in de zaak voorziet.

101 Een eis is wel ontvankelijk bij de burgerlijke rechter als eiser geen belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb is. Zie reeds par. 8.2. Wellicht mede daarom lijkt de Afdeling haar interpretatie van 1:2 Awb recent te verruimen: ABRvS 24 mei 2006, AB 2006, 228 m.nt. TN, JB 2006/212 m.nt. RJNS (bouwvergunning Groesbeek) en met name ABRvS 17 mei 2006, JB 2006/211 m.nt. RJNS onder 212 (Sportkantine Alexandria '66). De Varcie (2004), p.103 en De Poorter (2003), par. 8.2.1.6 en 14.6 hadden dit al bepleit.

Het door mij voorgestane ontvankelijkheidsbeleid zorgt voor de nodige harmonisatie tussen schadeprocedures bij de gewone rechter en beroepen tegen zelfstandige schadebesluiten bij de bestuursrechter. Deze laatste immers, verklaart een beroep tegen een (negatief) zelfstandig schadebesluit niet niet-ontvankelijk als tegen het schadeveroorzakende besluit nog een beroep aanhangig is. Hij zal dan ofwel het beroep ongegrond verklaren met de overweging dat zolang het schadeveroorzakende besluit niet is vernietigd, van de rechtmatigheid daarvan moet worden uitgegaan, ofwel het beroep aanhouden in afwachting van de uitkomst van die beroepsprocedure. In mijn optiek dient de civiele rechter hetzelfde te doen.¹⁰²

De ontvankelijkheid laten afhangen van het *petitum* en de bijbehorende uitspraakbevoegdheden van de bijzondere rechter heeft tot slot als voordeel dat de gewone rechter zijn rechtsmacht nauwkeurig kan afstemmen op die van de bijzondere rechter: telkens als de laatste (door wetwijziging) een uitspraakbevoegdheid krijgt of verliest kan de gewone rechter de ontvankelijkheid van op die bevoegdheid gerichte vorderingen doen verdwijnen of juist in het leven roepen.¹⁰³ De aanvaarding van het zelfstandig schadebesluit door de bestuursrechter had voor de Hoge Raad dan ook geen problemen in de ontvankelijkheidssfeer hoeven geven, anders dan het arrest Groningen / Raatgever suggereert:

3.5.5. Het in 3.5.4 overwegene leidt tot de slotsom dat een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht voor zuivere schadebesluiten als vorenbedoeld moet worden aanvaard in dier voege dat ook indien bij zulk een besluit afwijzend is beslist op een op onrechtmatig besluit gegrond verzoek tot schadevergoeding, de eiser niet op grond daarvan door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in een op dezelfde grondslag ingestelde vordering tot vergoeding van schade. Heeft de bestuursrechter in eerste of enige instantie evenwel eenmaal het beroep tegen een schadebesluit als hierbedoeld ongegrond verklaard - tot welk geval de Hoge Raad zich thans beperkt -, dan zal de eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk verklaard dienen te worden in een vordering tot schadevergoeding die betrekking heeft op hetzelfde onrechtmatige besluit als waarop het zuivere schadebesluit betrekking had. Op deze wijze wordt een voor de praktijk eenvoudig te hanteren maatstaf geboden voor de afbakening van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter terzake die strookt met de taakverdeling tussen hen.

Deze passage laat niet alleen zien dat zelfs de Hoge Raad af en toe het beginsel van de formele rechtskracht en ontvankelijkheid door elkaar gebruikt, maar ook dat hij een eiser niet-ontvankelijk zal verklaren in zijn schadevordering zodra de bestuursrechter op het beroep tegen het zelfstandig schadebesluit heeft beslist.¹⁰⁴

102 Zij het dat beide rechters niet van de rechtmatigheid van het besluit uit dienen te gaan, maar zich daarover een zelfstandig oordeel moeten vormen, waarbij zij zich in het algemeen zullen richten naar hetgeen de bestuursrechter oordeelt op het beroep tegen het schadeveroorzakende besluit.

103 Kon bij de eiser onduidelijkheid bestaan omtrent de ontvankelijkheid, dan zal de burgerlijke rechter hem ex art. 70 lid 2 Rv. verwijzen naar de bijzondere rechter.

104 De Hoge Raad beperkt zijn overwegingen tot ongegrondverklaring, maar het stelsel wordt helemaal grillig als een gegrond beroep wel tot een ontvankelijke vordering bij de gewone rechter zou leiden. Dat neemt de literatuur dan ook niet aan. Zie Schueler (2005), par. 5.2.3. en de annotatie van Van Buuren in AB-klassiek (2003), nr. 44. Voor een helder onderscheid tussen ontvankelijkheid en formele rechtskracht pleitte al Van Rossum (NJB 1999).

Dat lijkt mij niet wenselijk. De bestuursrechter heeft immers niet de (uitspraak)-bevoegdheid om het bestuur te veroordelen tot schadevergoeding, hij kan slechts een beroep tegen een zelfstandig schadebesluit gegrond of ongegrond verklaren. Zelfs als hij zelf in de zaak voorziet door ex art. 8:72 lid 4 Awb het besluit te herroepen en daar zijn eigen besluit tot toe- of afwijzing van de schadevergoeding in de plaats te stellen, levert dat de eiser nog geen executoriale titel tot betaling op. De Hoge Raad had kunnen volstaan met de overweging dat een zelfstandig schadebesluit slechts een rechtsoordeel is van het bestuur over zijn eigen aansprakelijkheid – althans, wanneer de grondslag van aansprakelijkheid onrechtmatige daad is – en dat de civiele rechter aan dat rechtsoordeel niet is gebonden, zolang de bestuursrechter dat oordeel niet juist heeft geacht.¹⁰⁵ De vordering tot vergoeding van schade is dan onveranderd ontvankelijk bij de burgerlijke rechter, waarbij deze zich naar het oordeel van de bestuursrechter over het schadeveroorzakende besluit en (eventueel) het zelfstandig schadebesluit dient te richten.¹⁰⁶

Wat betekent dit nu voor de door Schut in te stellen vorderingen, genoemd aan het einde van de vorige paragraaf? Zijn vorderingen tot vergoeding van schade (a en b) zullen bij de gewone rechter in elk geval ontvankelijk zijn. Naar mijn oordeel maakt het daarbij geen verschil of er nog een beroep aanhangig is tegen de dwang-sombeschikkingen. In dat beroep kan immers op haar schadevordering niet worden beslist.¹⁰⁷ Haar vordering om de invordering van de dwangsommen te verbieden (c) zou om die reden bij de gewone rechter eveneens ontvankelijk zijn, ware het niet dat de wetgever een bijzondere verzetsprocedure in het leven heeft geroepen. De vordering strekkende tot herroeping of intrekking van de dwang-sombeschikking (d) zal niet ontvankelijk moeten zijn, omdat art. 8:72 lid 4 Awb de bestuursrechter de bevoegdheid geeft om het bestuur op te dragen een nieuw besluit te nemen met inachtneming van zijn uitspraak.

Nu het door mij voorgestane stelsel voor de zaak Schut / Utrecht eenduidige antwoorden geeft op vragen omtrent ontvankelijkheid en inhoudelijke beoordeling, kan het in meer algemene zin worden afgezet tegen het vigerende stelsel van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten.

8.9 Een petitum-gericht stelsel van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten

In het huidige stelsel bakent de burgerlijke rechter zijn rechtsmacht ten opzichte van de bestuursrechter af aan de hand van het *fundamentum petendi*. Legt de eiser aan zijn vordering de ongeldigheid of de onrechtmatigheid van een besluit ten

105 Daarin verschilt het buitenwettelijke zelfstandige schadebesluit van het wettelijke: die laatste categorie bevat geen rechtsoordeel over aansprakelijkheid, maar scheidt de aanspraak zelf. Zo bestaat er zonder een planschadebesluit ex art. 49 WRO geen aanspraak op planschade.

106 Geeft de burgerlijke rechter als eerste een oordeel, dan mag het bestuur zijn zelfstandig schadebesluit motiveren door verwijzing naar die uitspraak, aldus ABRvS 20 april 2001, JB 2001/134 m.nt. F.A.M.S. (Moerdijk).

107 Afgezien van de facultatieve bevoegdheid van art. 8:73 Awb, die zodadelijk aan de orde komt.

grondslag, dan verklaart de civiele rechter hem niet-ontvankelijk als de bestuursrechter zich nog uit kan laten over het besluit (ontvankelijkheidsbeleid). Heeft de eiser geen of tevergeefs beroep ingesteld tegen het besluit, dan beschouwt de burgerlijke rechter (en ook de bestuursrechter, als deze oordeelt over een schadeverzoek) het besluit als geldig en (het nemen ervan als) rechtmatig (de leer van de formele rechtskracht). Naar mijn oordeel heeft het huidige stelsel als theoretisch bezwaar dat het niet goed past in het gewone aansprakelijkheidsrecht (de rechtmatigheidsfictie van de formele rechtskracht) noch in het burgerlijke procesrecht (ontvankelijkheid gerelateerd aan de grondslag van de eis). Belangrijker is wellicht nog het praktische bezwaar, dat het de eiser dwingt om beroep in te stellen tegen een besluit en door te procederen tot het besluit is vernietigd of herroepen, ook al is zijn eis daar niet op gericht, of zijn belang bij vernietiging of herroeping verloren gegaan.¹⁰⁸

Onderscheidt men in het stelsel van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten nauwkeurig tussen de verschillende rechtsvorderingen die de eiser kan instellen, en baseert men daarop de rechtsmachtverdeling (zowel formeel als materieel) dan wint dat stelsel mijns inziens aan helderheid en bruikbaarheid. De eiser weet zich er dan van verzekerd dat hij ontvangen wordt door de rechter die de bevoegdheid heeft om op zijn vordering een inhoudelijke uitspraak te doen, zonder dat hij gedwongen wordt eerst een andere, bijzondere rechtsgang te doorlopen, waarvan de uitkomst hem – in het ergste geval – niets te bieden heeft dan een entreebiljet tot de procedure waarin zijn vordering daadwerkelijk wordt beoordeeld. Het door mij voorgestane stelsel van rechtsbescherming tegen appellabele overheidsbesluiten is *petitum*-gericht en zou er als volgt uit moeten zien, waarbij ik de hiervoor besproken zaak Schut / Utrecht als illustratie gebruik.

A. Vorderingen inzake de rechtsgevolgen van een appellabel besluit.

Deze vorderingen zullen bij de burgerlijke rechter gewoonlijk niet-ontvankelijk moeten zijn, omdat het vernietigingsberoep daarin voorziet.

1. De vordering gericht op ongedaanmaking van de rechtsgevolgen van een besluit zal de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk verklaren, omdat het vernietigingsberoep deze strekking heeft. Zou Schut bij de gewone rechter ex art. 3:49 BW vernietiging vorderen van het dwangsombesluit, dan zal deze Schut niet-ontvankelijk verklaren.¹⁰⁹ In het verlengde daarvan is de vordering ex art. 3:296 BW strekkende tot herroeping en/of vervanging van een besluit niet-ontvankelijk, omdat de bestuursrechter daartoe na vernietiging opdracht kan geven ex 8:72 lid 4 Awb. Zou Schut bij de gewone rechter vorderen het bestuur te veroordelen tot herroeping van het dwangsombesluit, dan zal deze Schut niet-ontvankelijk verklaren.

¹⁰⁸ Cf. VAR-cie (2004), par. 4.1, die de nadelen van het – in casu gedwongen – vernietigingsberoep beschrijft.

¹⁰⁹ Een vordering ex art. 3:302 BW tot verklaring van recht dat het besluit nietig is, zal m.i. wel ontvankelijk zijn, maar zelden toegewezen worden. Zie par. 6.6.

2. De vordering ex art. 3:296 BW strekkende tot het (preventief) afdwingen of voorkomen van de rechtsgevolgen van een besluit zal de burgerlijke rechter vermoedelijk ook niet-ontvankelijk verklaren, al is hier enige discussie mogelijk. Zou een buurman van Schut bij de gewone rechter vorderen de gemeente Utrecht te gebieden een bestuursdwangbesluit te nemen, dan zal deze hem niet-ontvankelijk verklaren, omdat op grond van art 1:3 lid 2 Awb een afwijzing van een aanvraag gelijk wordt gesteld met een besluit, zodat de bestuursrechter competent is.¹¹⁰ Deze kan de vordering materieel toewijzen door zelf in de zaak te voorzien ex art. 8:72 lid 4 Awb.¹¹¹ Daarentegen bestaat voor een vordering strekkende tot een (preventief) verbod aan het bestuur om een besluit te nemen, strikt genomen geen rechtsgang. De Awb kent geen bepaling waarbij het verzoek om een besluit *niet* te nemen gelijk wordt gesteld met een besluit. Toch ligt het niet in de rede dat de civiele rechter in dit geval rechtsmacht heeft totdat het bestuur een besluit heeft genomen.¹¹² Zolang de wetgever deze leemte niet opvult, zou de bestuursrechter rechtsmacht kunnen creëren door een extensieve interpretatie van art. 6:10 Awb.¹¹³ Een sommatie van Schut aan de gemeente Utrecht om geen bestuursdwangbesluit te nemen, kan de bestuursrechter opvatten als een prematuur bezwaarschrift, waarna de voorzieningenrechter ex art. 8:81 Awb een verbod op het nemen van het dreigende bestuursdwangbesluit kan uitspreken.¹¹⁴ Erg duidelijk is deze situatie voor de eiser echter niet, zodat de burgerlijke rechter in voorkomend geval gebruik zou moeten maken van de bevoegdheid ex art. 70 lid 2 Rv. om eiser naar de bestuursrechter te verwijzen.¹¹⁵

B. Vorderingen inzake de feitelijke gevolgen van een appellabel besluit.

Deze vorderingen zullen bij de burgerlijke rechter gewoonlijk ontvankelijk moeten zijn, omdat er tegen feitelijk handelen zelden een bijzondere rechtsgang openstaat.¹¹⁶

1. Een vordering ex art. 3:296 BW strekkende tot het afdwingen of tegengaan van de uitvoering van een besluit is in beginsel ontvankelijk, omdat de be-

110 Cf. HR 11 november 2005, NJ 2006, 256 m.nt. MRM (Jaspers / Staat). Voor besluiten van algemene strekking geldt vermoedelijk hetzelfde op grond van het bepaalde in art. 6:2 Awb, tenzij het besluit op de negatieve lijst van art. 8:5 Awb is geplaatst.

111 Dat de bestuursrechter dit meestal niet doet als het bestuur discretionaire ruimte heeft, doet er niet aan af dat hij de betreffende uitspraakbevoegdheid wel heeft. Daarom resteert er geen taak voor de burgerlijke rechter. Cf. HR 25 november 1977, NJ 1978, 255 m.nt. MS, AB 1978, 1 m.nt. J.R. St., AB klassiek (2003), nr. 11 (Loosdrechts Plassenschap).

112 Een verbod op tenuitvoerlegging van het bestuursdwangbesluit is wel ontvankelijk, maar biedt geen soelaas in dit geval, zo zal blijken onder B.

113 Dit artikel maakt het mogelijk een prematuur ingediend bezwaar- of beroepschrift aan te houden totdat het besluit waartegen het zich richt is genomen.

114 Dit overstrekt de reikwijdte van art. 6:10 Awb ongeveer net zoveel als een recente Voorzittersuitspraak dat deed met art 6:18/6:19 Awb, VzABRvS 8 december 2005, nr. 200505837/3.

115 In zaken waarin de rechtbank in eerste aanleg bevoegd is, is dit eenvoudig: de civiele rechter moet dan alleen van 'pet' wisselen.

116 Een uitzondering is het ambtenarenrecht, waar art. 8:1 lid 2 Awb ook tegen feitelijke handelingen beroep openstelt.

stuursrechter terzake geen bevoegdheid heeft.¹¹⁷ Zou Schut bij de gewone rechter een verbod op tenuitvoerlegging van een bestuursdwangbesluit vorderen, dan is die vordering weliswaar weinig kansrijk, maar wel ontvankelijk.¹¹⁸ In het verdelende recht heeft een verbodsvordering soms kans van slagen, bijvoorbeeld wanneer de algemene beginselen van bestuur zich verzetten tegen terugvordering van ten onrechte uitgekeerde bijstand.¹¹⁹ Rechtspraak en wetgever hebben overigens voor in- en terugvordering in veel gevallen een bijzondere rechtsgang gecreëerd door de beslissing tot terugvordering als een besluit aan te merken respectievelijk door verzet open te stellen tegen het dwangbevel tot invordering. Zou Schut bij de gewone rechter derhalve een verbod op de invordering van dwangsommen vragen, dan zal hij wegens het bestaan van de verzetsprocedure niet-ontvankelijk worden verklaard.¹²⁰

2. Een vordering ex art. 6:162 BW tot vergoeding van de door het besluit veroorzaakte schade is in beginsel ontvankelijk, omdat de wetgever de bevoegdheid van de bestuursrechter ex art. 8:73 of 8:73a Awb om het bestuur tot schadevergoeding te veroordelen uitdrukkelijk als niet-exclusief heeft aangemerkt. Bij de beoordeling van de vordering zal de burgerlijke rechter zich in beginsel richten naar het oordeel van de bestuursrechter over het schadeveroorzakende besluit.¹²¹ Heeft echter de bestuursrechter op basis van art. 8:73 of 8:73a Awb een bepaalde schadepost toe- of afgewezen, dan zal dat deel van de vordering niet-ontvankelijk verklaard moeten worden.¹²² Een vordering tot vergoeding van in de bestuursrechtelijke rechtsgang gemaakte proceskosten zal bij de burgerlijke rechter steeds niet-ontvankelijk zijn, omdat de art. 8:74, 8:75 en 8:75a Awb de bestuursrechter daartoe exclusief bevoegd maken.¹²³ Ook voor het verkrijgen van een executoriale titel is tussenkomst van de burgerlijke rechter in deze gevallen niet nodig, nu art. 8:76 Awb bepaalt dat een veroordeling van de bestuursrechter tot betaling van een geldbedrag ten uitvoer kan worden gelegd overeenkomstig de bepalingen van het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

117 Het instellen van zo een verbods- of gebodsvordering tegen de overheid heeft alleen zin als het besluit een rechtsplicht van het bestuur jegens de burger of vice versa schept, dus in het verdelende recht en het handhavingsrecht.

118 Weinig kansrijk, omdat het besluit het daarop gebaseerde handelen in beginsel legitimeert.

119 Cf. HR 10 augustus 1992, NJ 1993, 636 m.nt. MS, AB 1993, 12 z.nt. (M. / Roosendaal en Nispen).

120 In die verzetprocedure worden zijn kansen beperkt door het feit dat daarin de geldigheid van het dwangsombesluit niet ter discussie kan worden gesteld. Het geschil is daardoor beperkt tot de vraag of dwangsommen zijn verbeurd en zo ja, of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich tegen invordering verzetten.

121 In het vernietigingsberoep tegen het schadeveroorzakende besluit blijft dit oordeel beperkt tot de rechtmatigheid. Heeft de bestuursrechter zich ook al uitgelaten over het gelieerde zelfstandige schadebesluit, dan ligt er een integraal oordeel over de aansprakelijkheid, en is de rol van de burgerlijke rechter beperkt tot het verlenen van een executoriale titel.

122 Terecht wordt in de literatuur opgemerkt dat de beperkte bevoegdheid van de bestuursrechter om schadevergoeding toe te kennen (nl. alleen schade ten gevolge van appellabele besluiten) tot versnippering leidt. Bijv. Van Maanen (NJB 2004) en Schueler (JBplus 2004).

123 Zie de annotatie van Widdershoven onder HR 17 december 2004, NJ 2006, 361 m.nt. MRM, AB 2005, 111 m.nt. RW (proceskosten vernietigingsberoep).

8.10 Samenvatting

Omdat in het vernietigingsberoep de geoorloofdheid van het betrokken overheidsgedrag centraal staat, levert het nemen van een ongeldig besluit naar materieel recht een onrechtmatige daad op, terwijl het nemen van een geldig besluit niet onrechtmatig kan zijn. Die conclusie is in de praktijk alleen bruikbaar als de geldigheid van het besluit op volledige en volmaakte wijze wordt getoetst aan het materiële recht. Als een burger niet alle of helemaal geen vernietigingsgronden bij de bestuursrechter voordraagt, rijst de vraag in hoeverre dat consequenties heeft voor een latere vordering op grond van bijvoorbeeld onverschuldigde betaling of onrechtmatige daad. Het procesrechtelijke uitgangspunt van *lites finiri oportet* brengt mee dat partijen hetzelfde geschil niet opnieuw aan een rechterlijke toets mogen onderwerpen. Dat heeft in het vigerende stelsel tot twee regels geleid.

1. Als de bestuursrechter een besluit (on)geldig oordeelt is de civiele of bestuursrechter aan dat geldigheidsoordeel in een geschil tussen dezelfde partijen gebonden, ook al was het gegeven oordeel naar materieel recht niet juist.
2. Omdat aan het geldigheidsoordeel van de bestuursrechter een rechtmatigheidsoordeel ten grondslag ligt, is de (civiele of bestuurs-)rechter tevens aan dat rechtmatigheidsoordeel in een geschil tussen dezelfde partijen gebonden, ook al is het oordeel van de bestuursrechter verkeerd.

De burgerlijke rechter, en in zijn voetsporen de bestuursrechter, heeft de tweede regel zodanig uitgebreid, dat hij ook van de rechtmatigheid van het nemen van een besluit uitgaat als de bestuursrechter geen rechtmatigheidsoordeel heeft uitgesproken. Deze rechtmatigheidsfictie, die wordt aangeduid als de leer van de formele rechtskracht, strookt niet met het stelsel van de wet. Bovendien heeft de leer het praktische bezwaar dat zij de benadeelde verplicht om tegen de geldigheid van een besluit te procederen tot het vernietigd of herroepen is op straffe van verval van diens aanspraken. Dat klemmt met name wanneer het belang bij de vernietiging of herroeping inmiddels is komen te vervallen. De vraag is of de argumenten voor deze leer daar tegen opwegen.

Als eerste argument voor de leer van de formele rechtskracht wordt wel genoemd dat voorkomen moet worden dat de burgerlijke rechter oordeelt over rechtsvragen die de wetgever aan de bestuursrechter heeft toebedeeld. Dat argument snijdt op zichzelf hout, ware het niet dat in het huidige stelsel nog een aanzienlijk deel van de publiekrechtelijke besluitvorming aan de rechtsmacht van de bestuursrechter is onttrokken. Zo oordeelt de burgerlijke rechter zelfstandig over de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften en herroepen primaire besluiten. Wanneer de bestuursrechter in het kader van een zelfstandig schadebesluit moet oordelen over de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit, speelt het specialisatieargument in het geheel geen rol.

Een tweede argument voor de leer van de formele rechtskracht wordt ontleend aan de behoefte van burgers aan rechtszekerheid. Ook dat argument snijdt houdt, althans waar het de geldigheid van het besluit betreft. Met name in het ordeningsrecht hebben burgers er belang bij dat er zo kort mogelijk onzekerheid bestaat over de gelding van een besluit dat een wijziging in hun onderlinge rechtsverhouding

aanbrengt. Het belang bij spoedige duidelijkheid is echter minder pregnant als het gaat om de vraag of de overheid gehouden is om de door het besluit veroorzaakte schade te vergoeden. De rechtszekerheid eist op die vraag niet een spoediger antwoord dan bij andere schadevorderingen tegen de overheid het geval is. Zo valt niet in te zien waarom de gemeente Enschede na zes weken niet aansprakelijk meer gehouden kan worden voor gebrekkige milieuvergunningverlening, maar wel voor bijvoorbeeld gebrekkige publieksvoorlichting over de activiteiten in de inrichting.

Tot slot wordt nog wel aangevoerd dat het loslaten van de leer van de formele rechtskracht de eenheid van rechtspraak in gevaar zou brengen. Ook aan dat argument komt zeker gewicht toe, zij het niet onbeperkt. De rechtspraak van de Hoge Raad zelf laat dat al zien, waar hij wel bereid is om een zelfstandig oordeel te vormen over de rechtmatigheid van een besluit op vordering van degene die geen belanghebbende is in de zin van art 1:2 Awb, of van degene die niet verweten kan worden geen bezwaar of beroep te hebben ingesteld. Ook de rechtspraak over de verbindendheid van algemene voorschriften laat zien dat de eenheid van rechtspraak soms moet wijken voor de rechtsbescherming. Dat neemt niet weg dat het de eenheid van rechtspraak ten goede komt als de gewone rechter zich waar mogelijk richt naar het oordeel van de bijzondere rechter.

Mijn conclusie is dat de argumenten voor de leer van de formele rechtskracht niet opwegen tegen het bezwaar van procedeedwang die zij meebrengt. Dit bezwaar is minder sterk aanwezig in het verdelende recht, met name als het gaat om besluiten die een financiële verbintenis scheppen in een zuivere tweepartijenrelatie tussen overheid en burger. Daar staat tegenover dat juist in die verhouding het hiervoor genoemde rechtszekerheidsargument een beperkte rol speelt, omdat er geen wijziging wordt aangebracht in de rechtsverhouding tussen burgers onderling. Het belastingrecht is hiervan een goed voorbeeld: waarom zou een burger niet gedurende een jaar in de gelegenheid gesteld worden om een belastingaanslag aan te vechten? Datzelfde belastingrecht laat echter ook het nuttige effect van de leer van de formele rechtskracht voor de overheid zien. Wanneer een belastingverordening onverbindend is, zal bezwaar en beroep van een belastingplichtige weliswaar tot teruggave van de betaalde belasting leiden, maar het bestuur is door die beroepsprocedure wel op de hoogte geraakt van de onverbindendheid en in de gelegenheid een nieuwe, verbindende verordening vast te stellen.

Een nuttig effect van de leer van de formele rechtskracht is dus, dat het burgers dwingt om hun bezwaren tegen besluiten zo spoedig mogelijk kenbaar te maken, opdat het bestuur op basis daarvan zonodig tot een heroverweging kan komen. Het bevordert op die manier de kwaliteit van het openbaar bestuur. De prijs is echter hoog: het huidige stelsel leidt tot procedeedwang en in een aantal gevallen tot weinig aansprekende uitkomsten (Enschede), doordat de rechter de reactie van de burger op een besluit (al dan niet bezwaar en beroep instellen) verdisconteert in zijn rechtmatigheidsoordeel. Dat leidt tot een zwart-witbenadering die niet goed aansluit bij het gewone aansprakelijkheidsrecht, dat geen rechtmatigheidsfictie kent.

Naar mijn oordeel kan de rechter tot een evenwichtiger benadering komen door inspiratie te putten uit de bestuurlijke voorprocedures die in de Awb en de diverse bijzondere wetten zijn opgenomen. Deze hebben de strekking om het bestuur zo snel mogelijk een compleet beeld te geven van de bij zijn besluitvorming betrokken belangen en daartegen levende bezwaren. Die strekking loopt parallel met het hiervoor genoemde nuttige effect van de leer van de formele rechtskracht, die burgers dwingt om hun bezwaren tegen besluiten kenbaar te maken in de daarvoor aangewezen procedures. Beide geven de betrokken burgers een (mede)verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de besluitvorming. Die verantwoordelijkheid kan de rechter in een schadeprocedure verdisconteren door toepassing van art. 6:101 BW, dat bepaalt dat de vergoedingsplicht verminderd wordt als de schade mede veroorzaakt is door aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden. Daarvan kan sprake zijn als de benadeelde nalaat van de mogelijkheid gebruik te maken om zijn bezwaren tijdig aan het bestuur kenbaar te maken. Maar waar de leer van de formele rechtskracht noopt om door te procederen tot het bestreden besluit is vernietigd of herroepen, dwingt toepassing van art. 6:101 BW daar slechts toe als doorprocederen ook daadwerkelijk zinvol is, en redelijkerwijs van de benadeelde kan worden gevergd. In paragraaf 9.6 is een aantal vuistregels gegeven aan de hand waarvan de rechter zijn oordeel omtrent het 'eigen risico' van de benadeelde zou kunnen bepalen. De kern daarvan is, dat als het bestuur eenmaal op de hoogte is (gebracht) van het bezwaar de plicht tot voorkoming en beperking van de schade primair bij het bestuur ligt.

Een laatste tegenwerping van de verdedigers van de leer van de formele rechtskracht zou nog kunnen zijn, dat een los van de geldigheid van het besluit uitgesproken onrechtmatigheidsoordeel uiteindelijk toch de gelding van dat besluit zou kunnen aantasten. Op het onrechtmatigheidsoordeel zou immers een gebods- of verbodsvordering gebaseerd kunnen worden met betrekking tot de tenuitvoerlegging van het besluit, of zelfs strekkende tot de herroeping of intrekking ervan. Zo zou de door de wetgever beoogde verdeling van rechtsmacht alsnog doorkruist kunnen worden. Die redenering miskent evenwel het onderscheid tussen de ontvankelijkheid en de inhoudelijke beoordeling van bij de rechter ingestelde vorderingen.

De ontvankelijkheidsleer van de burgerlijke rechter houdt in, dat hij eiser in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaart als er een bijzondere, voldoende rechtsbescherming biedende rechtsgang open staat. In mijn opvatting moet deze leer zo begrepen worden, dat als de bijzondere rechter een inhoudelijke uitspraak kan doen of had kunnen doen op de vordering van de eiser, de gewone rechter deze eis niet-ontvankelijk verklaart. De ontvankelijkheid hangt dus af van de ingestelde eis. Dat betekent dat de gewone rechter een eis ontvankelijk verklaart, tenzij deze neerkomt op een verzoek tot vernietiging van een appellabel besluit, daaronder begrepen de neenvorderingen van de artikelen 8:72 t/m 8:75a Awb.

Wat betekent dit nu voor gebods- en verbodsvorderingen die betrekking hebben op een appellabel besluit? Duidelijk is dat een gebod om een besluit te wijzigen, herroepen of in te trekken niet-ontvankelijk is, omdat de Awb daarvoor bijzondere procedures kent die precies tot dat resultaat kunnen leiden. Een tegen de over-

heid gerichte vordering met de strekking de feitelijke tenuitvoerlegging van het besluit te verbieden, zal wel ontvankelijk zijn, maar in het ordeningsrecht geen doel treffen, omdat besluiten in dat rechtsgebied niet het gedrag van de overheid, maar het gedrag van burgers reguleren. In het verdelende en handhavingsrecht zal de vordering gewoonlijk ook falen, omdat het op het besluit gebaseerde feitelijke overheidsoptreden zelf in beginsel niet onrechtmatig is: het wordt immers gerechtvaardigd door de geldigheid van het besluit. Dat neemt niet weg, dat de overheid voor dat optreden wel aansprakelijk kan zijn uit onrechtmatige daad: het kan immers het uitvloeisel zijn van onrechtmatige besluitvorming, en aldus een schakel zijn in de causale keten tussen die besluitvorming en de schade. Immers, in mijn opvatting doet de formele rechtskracht (de geldigheid) van het besluit niet af aan de mogelijke onrechtmatigheid ervan.

Met deze constatering is de cirkel rond, die in hoofdstuk 2 begon met het onderscheid dat ik maakte tussen aansprakelijkheid en de naleving van rechtsplichten. Deze blijkt in het overheidsaansprakelijkheidsrecht niet alleen van belang voor contractuele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid uit ‘rechtmatige daad’, maar ook voor onrechtmatige besluitvorming. Het bestaan van een bijzondere (bestuurs)rechter heeft tot gevolg dat een actie tot naleving van de rechtsplicht van het bestuur om een rechtmatig besluit te nemen op straffe van niet-ontvankelijkheid in de vorm van een vernietigingsberoep binnen zes weken moet worden ingesteld bij de bestuursrechter. Dat doet echter niet af aan de mogelijkheid om binnen de veel ruimere verjaringstermijnen van titel 3.11 BW een vordering tot schadevergoeding bij de gewone rechter in te stellen en – in mijn voorstel – daarvan een inhoudelijke beoordeling te verkrijgen.

9.1 Leeswijzer

De slotbeschouwing van dit hoofdstuk heeft een dubbele functie. Eerst vat zij de voornaamste bevindingen van de voorafgaande hoofdstukken samen (par. 9.2 t/m 9.9). Vervolgens geeft zij een overzicht van de mogelijkheden om binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht rekening te houden met de bijzondere positie van de overheid (par. 9.10 t/m 9.13). Het hoofdstuk besluit enkele met conclusies (par. 9.14).

9.2 Wetgever en bestuur – een materieel debat

Wetgever en bestuur klagen met enige regelmaat over het verlamme effect van de uitdijende overheidsaansprakelijkheid. Anderzijds dragen zij zelf ook bij aan die uitdijende aansprakelijkheid door op diverse terreinen nadeelcompensatieregelingen in het leven te roepen. Men zou daarom wellicht verwachten dat ons overheidsaansprakelijkheidsrecht een bijzondere positie inneemt ten opzichte van het aansprakelijkheidsrecht dat geldt tussen burgers onderling. Bij de invoering van het Burgerlijke Wetboek in 1992 en de Algemene Wet bestuursrecht in 1994 heeft de wetgever echter expliciet de wens uitgesproken dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht, en het besluitenaansprakelijkheidsrecht in het bijzonder, zoveel mogelijk aansluit bij het gewone, burgerlijke aansprakelijkheidsrecht. Dat is ook het vertrekpunt geweest van mijn analyse van de overheidsaansprakelijkheid voor publiekrechtelijke besluitvorming.¹

Dit slothoofdstuk vat mijn bevindingen samen. Het geeft antwoord op de probleemstelling van dit boek, of de wens van het bestuur om de aansprakelijkheid van de overheid nu eens te beperken en dan weer uit te breiden te verenigen is met het uitgangspunt van de wetgever om op die overheid zoveel mogelijk het gewone aansprakelijkheidsrecht van toepassing te laten zijn. Bezien zal worden in hoeverre het positieve aansprakelijkheidsrecht mogelijkheden biedt om rekening te houden met de bijzondere positie van de overheid als besluitnemer en waar de grenzen van dit recht bereikt worden, in welk geval ingrijpen van de wetgever nodig is om desgewenst verdere aanpassingen te bewerkstelligen.

¹ Met als gevolg dat deze analyse is geënt op het begrippenapparaat van het burgerlijke recht.

9.3 Rechtspraak – een doelmatige verdeling van rechtsmacht

Doordat de wetgever geen aparte wetgeving voor de aansprakelijkheid van de overheid heeft gecreëerd, speelt de rechtspraak op dit terrein een belangrijke rol. De open norm van art. 6:162 BW biedt de rechter aanzienlijke ruimte tot rechtsvorming, met als gevolg dat het debat over de aansprakelijkheid van de overheid zich vaak afspeelt rond de rechtspraak van de Hoge Raad en, sinds de invoering van de Awb in 1994, van de hoogste bestuursrechters. De bestuursrechter is op dit punt wat progressiever gebleken dan de civiele rechter, door aan het vereiste van causaal verband op sommige punten een eigen invulling te geven, en met name door de aanvaarding van het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* als een zelfstandige, buitenwettelijke grondslag voor aansprakelijkheid voor rechtmatige besluiten. Maar als het gaat om de onrechtmatigheid van appellabele besluiten, volgt de bestuursrechter als schaderechter de Hoge Raad. Hij beoordeelt deze onrechtmatigheid doorgaans niet inhoudelijk, maar laat zich leiden door een doelmatige verdeling van rechtsmacht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. En ook als het gaat om niet-appellabele besluiten, zoals algemeen verbindende voorschriften, motiveert de rechter summier wanneer en waarom het nemen van zo een besluit een onrechtmatige daad oplevert.²

De civiele rechter en de bestuursrechter plegen hun oordeel omtrent de onrechtmatigheid van publiekrechtelijke besluitvorming te laten afhangen van de geldigheid van het besluit. Voor het materiële besluitenansprakelijkheidsrecht levert dit twee tegengestelde effecten op. Dat met de vernietiging van een besluit onrechtmatigheid en toerekening in beginsel zijn gegeven, leidt tot een pseudo-risicoaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten, een streng aansprakelijkheidsregime dus. Dat strenge regime geldt ook voor het uitvaardigen van onverbindende regeling. Daartegenover staat, dat de rechter van de rechtmatigheid van een besluit uitgaat, zolang het niet is vernietigd of herroepen (de leer van de formele rechtskracht).³ Dat werpt voor appellabele besluiten een stevige processuele barrière op tegen aansprakelijkheid.⁴ Het nadeel van deze processuele benadering is, dat zij weinig mogelijkheid laat tot nuancering. Wanneer een rechter het bestreden besluit niet wil vernietigen, bijvoorbeeld wegens een zwaarwegend maatschappelijk belang, maar anderzijds de benadeelde niet zonder compensatie wil laten, dan staat de gelijkstelling van geldigheid en rechtmatigheid daaraan in de weg. Omgekeerd zal een vernietiging steeds tot aansprakelijkheid leiden wanneer aan de vereisten van causaal verband en relativiteit is voldaan.

2 Het standaardarrest HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt. HD, AA XVIII, 266 m.nt. M.T. en G. (Pocketbooks II) is een goed voorbeeld van zo een summier motivering.

3 Dat de rechter uitgaat van de geldigheid (de formele rechtskracht in strikte zin) van het besluit zolang het niet is vernietigd of herroepen, is niet zo bijzonder. Dat geldt, behoudens nietigheid van rechtswege, immers voor alle rechtshandelingen.

4 Voor algemeen verbindende voorschriften geldt dit in mindere mate, omdat de burger de geldigheid en rechtmatigheid van (het uitvaardigen van) de regeling in een procedure bij de burgerlijke rechter kan laten beoordelen. De civiele rechter vernietigt besluiten echter niet, omdat zijn oordeel beperkt is tot het geschil tussen partijen, of het nu beschikkingen of besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften betreft.

Dit gebrek aan nuance klemt met name in het ordeningsrecht. Dat komt omdat in het ordeningsrecht de rol van het bestuur zich kenmerkt door de behartiging van uiteenlopende individuele en collectieve belangen. Karakteristiek is de situatie dat het bestuur het belang van een individuele burger moet opofferen ten behoeve van de behartiging van een hoger collectief belang. Het aldus genomen besluit is dan geoorloofd, en wordt dus niet vernietigd, maar de formele rechtskracht brengt vervolgens mee dat de benadeelde burger uit onrechtmatige daad geen aanspraak op schadevergoeding kan doen gelden.⁵

9.4 De huidige interpretatie – aansprakelijkheid staat centraal

Beschouwt men het vernietigingsberoep als een actie om het bestuur tot naleving van zijn rechtsplicht te dwingen, dan is de processuele koppeling tussen het instellen en de uitkomst van het vernietigingsberoep enerzijds en de aansprakelijkheid van het bestuur voor het bestreden besluit anderzijds op het eerste gezicht merkwaardig. In het burgerlijke rechtsvorderingenrecht zijn de actie tot nakoming van een rechtsplicht en de actie tot vergoeding van schade immers nevensgeschikt. Zij kunnen los van elkaar worden ingesteld, en de uitkomst van de ene actie beïnvloedt de uitkomst van de andere in beginsel niet. In het perspectief van het burgerlijke verbintenissenrecht lijkt de koppeling echter minder opmerkelijk. Zowel voor het contractenrecht als voor het onrechtmatige-daadsrecht wordt vrij algemeen de opvatting gehuldigd dat de materieelrechtelijke criteria die de aansprakelijkheid van de debiteur/dader bepalen (art. 6:74 en 6:75 BW respectievelijk 6:162 en 6:163 BW) tevens het kader geven voor de beoordeling van een actie van de benadeelde ex art. 3:296 BW strekkende tot nakoming van de rechtsplicht die op de debiteur/dader rust.⁶

Om deze opvatting te onderzoeken heb ik het voorbeeld gebruikt van de landeigenaar, wiens vrijheid om naar eigen goeddunken grondwater op te pompen is beperkt door een vergunning of een contract. Breekt nu brand uit bij de buurman, dan zal doorgaans niet ter discussie staan dat hij ten behoeve van de bluswerkzaamheden meer water dan vergund of overeengekomen mag oppompen.⁷ De vraag is nu of de landeigenaar vervolgens aansprakelijk is voor de schade van het naastgelegen waterleidingsbedrijf vanwege de schending van de vergunningvoorschriften of van zijn contractuele verplichtingen. Beschouwt men de brand als een omstandigheid die rechtvaardigende overmacht oplevert, dan verhindert deze overmacht zowel het slagen van de gebods- of verbodsactie ex art. 3:296 BW als van de actie tot schadevergoeding. Voor contractuele verhoudingen volgt dat uit

5 Omdat de burgerlijke rechter de aansprakelijkheid op grond van het *égalité*-beginsel ook op art. 6:162 BW baseert, is in dat geval bij hem elke weg naar schadevergoeding afgesloten.

6 De *rechtsvordering* tot vergoeding van schade vloeit strikt genomen ook uit art. 3:296 BW voort. Om onduidelijkheid te voorkomen noem ik het artikel alleen in het kader van de nalevingsactie.

7 Ervan uitgaande dat er geen alternatieven zijn binnen de grenzen van de vergunning of het contract.

art. 6:75 BW en in delictuele verhoudingen uit art. 6:162 BW, aldus nog steeds de opvatting dat deze artikelen zowel de nakomingsactie als de schadevergoedingsactie beheersen.

De constructie van de Hoge Raad in het Leffers-arrest en de tekst van artikel 6:168 BW bieden steun aan deze interpretatie van het burgerlijke recht. Beide zien op de met het gegeven voorbeeld vergelijkbare situatie, dat de overheid het belang van een individuele burger opoffert ten behoeve van een hoger belang. Wetgever en rechter zijn in die context van oordeel dat die individuele burger door de overheid schadeloos gesteld moet worden als hij (ten opzichte van andere burgers) onevenredig wordt benadeeld. Zij baseren de overheidsaansprakelijkheid op onrechtmatige daad. Het hogere belang is dan geen rechtvaardigingsgrond voor het overheidshandelen, omdat art. 6:162 lid 2 BW ('behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond') in dat geval aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in de weg zou staan. Maar als het hogere belang geen rechtvaardigingsgrond oplevert, kan het ook niet in de weg staan aan een tegen het overheidshandelen gericht verbodsactie ex art. 3:296 BW.⁸ Daarom is een speciaal wetsartikel nodig (art. 6:168 BW) dat bepaalt dat een onrechtmatige handeling niet kan worden verboden als deze op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen moet worden geduld.

Mijn bezwaar tegen deze interpretatie van de onrechtmatige daad is, dat de kwalificatie onrechtmatig niet aan gedrag, maar aan de gevolgen van gedrag (onevenredige schade) wordt verbonden. Dat strookt niet met de tekst en de heersende interpretatie van art. 6:162 BW.⁹ Art. 6:168 BW fungeert als een noodrem om te voorkomen dat vanuit maatschappelijk perspectief volstrekt geoorloofd, of zelfs geboden gedrag, wordt tegengegaan.

Ook in de contractuele sfeer kan een hoger belang op gespannen moet staan met de nakoming van de overeenkomst. Hebben partijen echter een beroep op overmacht uitgesloten, dan zal een tekortkoming in de nakoming ex art. 6:75 BW (krachtens rechtshandeling) aan de debiteur worden toegerekend. In de hiervoor genoemde opvatting, dat art. 6:75 BW niet alleen de criteria voor aansprakelijkheid, maar ook voor de actie tot nakoming geeft, kan de debiteur in zo een geval een actie van de crediteur tot nakoming ex art. 3:296 BW niet afweren met een beroep op het hogere belang. Ook hier heeft het centraal stellen van schade en aansprakelijkheid dus gevolgen voor de nakomingsactie ex 3:296 BW. Uit maatschappelijk oogpunt is het mijns inziens onaanvaardbaar dat de debiteur zich zo sterk jegens de crediteur kan verbinden, dat het hem niet meer vrij staat om in een concreet geval een hoger belang te dienen en daarvoor het belang van de crediteur bij nakoming op te offeren.¹⁰ Wetgever (art. 611 d Rv.) en rechtspraak hebben in

8 In de context van het Leffers-arrest: een vordering tot het buiten toepassing laten van het algemeen verbindende voorschrift.

9 Dat is het duidelijkst in het geval dat de schade ten tijde van het overheidshandelen onvoorzienbaar was.

10 Al zal het in de verhouding tussen burgers onderling uitzonderlijk zijn dat de debiteur de belangen van een derde mag laten prevaleren boven die van de crediteur. Voor de overheid ligt dat anders, met name in het orderingsrecht.

dit dilemma voorzien door in zo een geval aan te nemen dat nakoming subjectief onmogelijk is.¹¹ Mijn bezwaar tegen deze interpretatie van het contractenrecht is, dat enerzijds partijen de vrijheid wordt gelaten om te bepalen dat een hoger belang geen (toerekening uitsluitende) rechtvaardigingsgrond vormt, terwijl vervolgens het begrip ‘onmogelijkheid’ zo ver wordt opgerekt, dat wanneer dat hogere belang zich voordoet, toch geen nakoming gevraagd kan worden. Art. 611d Rv verwordt dan tot een noodrem om te voorkomen dat vanuit maatschappelijk perspectief volstrekt geoorloofd, of zelfs geboden gedrag, wordt tegengegaan.

9.5 Mijn voorstel – gedrag centraal stellen

Naar mijn mening is een andere interpretatie van het burgerlijk recht mogelijk, die niet alleen beter aansluit bij het systeem van de wet, maar die ook de automatische koppeling van aansprakelijkheid en nakoming wegneemt. In die interpretatie staat het gedrag van de dader (in dit boek: de overheid) centraal. Als dit gedrag geoorloofd of zelfs geboden is, dan is het niet onrechtmatig en kan het niet verboden worden. Het centraal stellen van gedrag strookt met de tekst van art. 3:296 BW, dat de bevoegdheid van de rechter om een verbod of gebod uit te spreken beperkt tot een doen, geven of nalaten; tot het gedrag van de gedaagde dus.

De aanwezigheid van een hoger belang kan gedrag dat aanvankelijk onrechtmatig zou zijn vanwege de schending van de rechtens beschermde belangen van de benadeelde (de schending van een rechtsplicht), rechtvaardigen. Deze rechtvaardigingsgrond staat in de weg aan een actie van de benadeelde ex art. 3:296 BW om de dader te bewegen tot naleving van zijn (aanvankelijke) rechtsplicht. Naleving van die rechtsplicht moet wijken voor de behartiging van het hogere belang. Het voordeel van deze interpretatie van het begrip rechtvaardigingsgrond is dat zij universeel is. Zowel in contractuele verhoudingen als in niet-contractuele verhoudingen verhindert de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond het slagen van de actie ex art. 3:296 BW tot naleving van de rechtsplicht. Daarom zou het naar mijn oordeel aan te bevelen zijn om in art. 3:296 lid 1 BW de zinsnede ‘behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’ op te nemen. Het centraal stellen van het gedrag van de dader heeft bovendien tot voordeel dat het recht hem stimuleert om het belang te behartigen dat het zwaarste weegt. Doet hij dat, dan handelt hij rechtmatig. Dat is anders in het systeem van art. 6:168 BW, waarin de dader die een zwaarwegend maatschappelijk belang laat prevaleren, toch onrechtmatig kan handelen. Die onrechtmatigheid is dan niet gelegen in het gedrag van de dader, maar in de gevolgen van zijn gedrag, hetgeen niet strookt met het systeem van de wet. Art. 6:168 BW moet dan ook ingetrokken worden.¹²

11 In het overheidscontractenrecht wordt daarnaast een beroep op onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW sneller gehonoreerd, op basis waarvan de overeenkomst gewijzigd of ontbonden kan worden. In die gevallen blijft echter onduidelijk waarom de overheid wel tot schadevergoeding op grond van wanprestatie gehouden is. Na wijziging van de overeenkomst is immers van een tekortkoming geen sprake meer.

12 Zie par. 5.8.

De volgende stap is nu de constatering dat de vraag naar de aansprakelijkheid van de dader niet noodzakelijk dezelfde is als de vraag of zijn gedrag geoorloofd of ongeoorloofd was. De aansprakelijkheid van de dader kan immers wel degelijk gekoppeld zijn aan het optreden van schade, zonder dat zijn gedrag zelf onrechtmatig is. In het buitencontractuele recht geldt dat voor risico-aansprakelijkheden, in het contractuele recht geldt dat voor sommige resultaatsverbintenissen.¹³ Het is dus zinvol om een scherper onderscheid te maken tussen de diverse acties die de burger kan instellen. Gaat het om een actie tot naleving van een rechtsplicht, dan staat het gedrag van de dader centraal. Betreft het een schadevergoedingsactie, dan staan de gevolgen van het gedrag centraal.

Dit onderscheid tussen gedrag en gevolg is ook zinvol in het kader van de rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten. Voor niet-appellabele besluiten, zoals algemeen verbindende voorschriften, kan de rechter dan oordelen dat het uitvaardigen ervan (gedrag) rechtmatig is, maar er voor de schade (gevolg) niettemin aansprakelijkheid bestaat. Hoe dat in zijn werk gaat, komt in de volgende twee paragrafen aan de orde.

Voor appellabele besluiten staat in mijn voorstel niet langer de verdeling van rechtsmacht centraal, maar het object van de vordering van de burger, en wel als volgt.

1. Het vernietigingsberoep is erop gericht het bestuur tot naleving van zijn rechtsplicht te bewegen, dat wil zeggen: een geoorloofd besluit te nemen. Dat voor deze actie een speciale rechtsgang met korte beroepstermijnen is ingesteld, laat zich verklaren uit het feit dat – met name in het ordeningsrecht – de maatschappij gebaat is bij spoedige duidelijkheid omtrent de gewijzigde rechtstoestand die het bestuur in het leven roept. Als dit beroep als een adequate nalevingsactie fungeert, moet daarin het overheidsgedrag centraal staan.¹⁴ Bij de toetsing van dit gedrag kan de aanwezigheid van een hoger belang de opoffering van andere belangen rechtvaardigen. Het besluit blijft dan ondanks die benadeling in stand: het nemen ervan is rechtmatig.
2. De schadevergoedingsactie (contractueel en delictueel) is erop gericht compensatie van de overheid te verkrijgen voor de met het besluit verlangde opoffering. Omdat de aansprakelijkheid van de overheid de belangen van derden niet raakt, zijn korte beroepstermijnen niet noodzakelijk. Bij de schadevergoedingsactie staan de gevolgen van het overheidsgedrag centraal. Bij de vraag of de overheid aansprakelijk is, kan de rechtmatigheid van het overheidsgedrag en de aanwezigheid van een hoger belang een rol spelen, maar noodzakelijk is dit niet.

Het is binnen het systeem van ons burgerlijk recht dus wel degelijk mogelijk om een onderscheid te maken tussen (de uitkomsten van) de nalevingsactie en de

13 Immers, dat een hoger belang aan nakoming in de weg staat, betekent niet dat partijen niet overeen kunnen komen dat de debiteur nochtans aansprakelijk is voor de tekortkoming.

14 Zie hierna par. 9.8.

schadevergoedingsactie. Het systeem sluit niet principieel oplossingen uit voor de in par. 9.3 beschreven gevallen, waarin het wenselijk is het besluit in stand te laten, maar toch aansprakelijkheid aan te nemen, of omgekeerd. Met deze systematische observatie is nog niet gezegd dat het burgerlijk recht daadwerkelijk oplossingen kan bieden voor de geschetste problematiek. Daarom is onderzocht wat de aansprakelijkheid van het bestuur voor zijn besluitvorming bepaalt.

9.6 Aansprakelijkheid uit contract – gedrag en gevolg

Volgens art. 6:74 BW is de contractuele aansprakelijkheid gekoppeld aan het – neutrale – begrip tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Niet het gedrag van de dader, maar hetgeen de verbintenis vergt staat daarin centraal. De debiteur is op grond van art. 6:75 BW aansprakelijk voor de tekortkoming als deze hem krachtens schuld, wet, rechtshandeling of verkeersopvattingen kan worden toegerekend.

Omdat een actie tot nakoming ex art. 3:296 BW beperkt is tot de geoorlooftheid van het gedrag van de debiteur (een rechtmatigheidstoets), zijn de criteria voor het slagen van een nakomingsactie niet dezelfde als die voor de aansprakelijkheid ex art. 6:74 en 6:75 BW. Het kan voorkomen dat de debiteur ondanks onberispelijk gedrag tekort schiet in de nakoming van zijn verbintenis, met name als het een resultaatsverbintenis betreft. Dat neemt niet weg dat de tekortkoming hem onder omstandigheden toch toegerekend kan worden. In dat geval is er sprake van een wanprestatie zonder onrechtmatig handelen van de debiteur. Datzelfde geldt als er sprake is van een rechtvaardigingsgrond: deze verhindert nakoming, maar staat niet noodzakelijk in de weg aan aansprakelijkheid.

De scheiding tussen nalevingsactie en schadevergoedingsactie is in het besluiten-aansprakelijkheidsrecht relevant, als de overheid zich contractueel verbindt tot het nemen van een bepaald besluit (bevoegdhedenovereenkomst). Onder omstandigheden kan de overheid zich tegen een vordering tot nakoming van de overeenkomst verweren met een beroep op een hoger belang. Als dat hogere belang een rechtvaardigingsgrond oplevert om niet na te komen, dan faalt de nakomingsactie ex art. 3:296 BW: de niet-nakoming is dan immers rechtmatig. In die zin is de overheid een onbetrouwbare contractspartner. Als behartiger van het algemene belang kan zij zich vaker dan een burger beroepen op een hoger belang dat niet-nakoming rechtvaardigt.

De aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond staat echter niet noodzakelijk in de weg aan aansprakelijkheid. De overheid is immers tekortgeschoten. De toerekening van deze tekortkoming is afhankelijk van wat partijen zijn overeengekomen, van de verwijtbaarheid van de niet-nakoming en van de verkeersopvattingen. De overheid kan haar contractuele aansprakelijkheid beperken door – zeker wanneer het overheidsbesluitvorming betreft – geen resultaats- maar inspanningsverbintenissen aan te gaan. Voorts kan zij zich exonereren voor gebrekkige besluitvorming, behoudens opzet of grove schuld. Laat zij dit alles na, dan zal de aanwezigheid van een hoger belang dat het nemen van een andersluidend besluit

rechtvaardigt, doorgaans niet in de weg staan aan contractuele aansprakelijkheid. Op het terrein van de aansprakelijkheid blijft de overheid dus (wel) een betrouwbare contractspartner.

9.7 Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – alleen gedrag

Volgens art. 6:162 BW kan alleen aansprakelijkheid bestaan voor onrechtmatig gedrag. Lid 2 bestempelt als onrechtmatig gedrag de inbreuk op een recht of de schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Aldus hangt de aansprakelijkheid van art. 6:162 BW af van de geoorlooftheid van het gedrag van de dader. In het onrechtmatige-daadsrecht zijn de criteria voor de verbods- of gebodsactie ex art. 3:296 BW dus deels dezelfde als die voor de aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Voor beide is bepalend of er een (door een gedragsnorm gegenereerde) rechtsplicht is geschonden waarvoor geen rechtvaardigingsgrond bestaat. Omdat gedragsnormen niet steeds toereikend zijn om het door de wetgever beoogde belangenevenwicht te waarborgen, heeft hij in afd. 6.3.2 BW risico-aansprakelijkheden gecreëerd, die aansprakelijkheid ondanks geoorloofd en dus rechtmatig gedrag mogelijk maken.

Dat de aansprakelijkheid van art. 6:162 BW berust op een gedragstoetsing, betekent dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond niet alleen de actie (tot naleving van een rechtsplicht) van art. 3:296 BW verhindert, maar ook de aansprakelijkheid wegneemt. Daarom deugt naar mijn oordeel de jurisprudentie van de Hoge Raad niet, waarin hij een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad construeert voor ‘op zichzelf rechtmatige’ overheidshandelingen.¹⁵ Deze aansprakelijkheid berust niet op de ongeoorloofdheid van het overheidsgedrag, maar vloeit voort uit de ‘onevenredige’ gevolgen van dat gedrag. Juister is mijns inziens de opvatting van de bestuursrechter, die uit het *égalité*-beginsel een risico-aansprakelijkheid afleidt. Hij beschouwt geoorloofd overheidsgedrag als rechtmatig en baseert de eventuele aansprakelijkheid voor dat gedrag op een grondslag die los van zijn rechtmatigheidsoordeel staat. Dat heeft als positief effect dat het vernietigingsberoep en de schadevergoedingsactie tenminste voor een deel worden ontkoppeld. Bezwaarlijk is wel, dat de rechter hiermee buiten de wet om een risico-aansprakelijkheid heeft gecreëerd, wat zich niet goed verdraagt met art. 6:1 BW. Naar mijn oordeel namelijk past deze risico-aansprakelijkheid ook niet goed in het stelsel van de wet (Quint / Te Poel). Mijns inziens zou de wetgever er goed aan doen – in navolging van de bestaande bestuurspraktijk – voor specifieke gevallen of beleidsterreinen nadeelcompensatieregelingen te codificeren en aldus de door art. 6:1 BW vereiste wettelijke grondslag voor dit type schadevergoedingsverbin-

¹⁵ Waarmee hij naar mijn mening bedoelt te zeggen dat het overheidsgedrag geoorloofd is, en niet verboden kan worden. Art. 6:168 BW kan hij daarbij niet op het oog hebben, omdat dat artikel ziet op onrechtmatig handelen.

tenis te scheppen.¹⁶ Zolang dat niet is gebeurd, zal de rechter zich bij de invulling van de *égalité*-verbintenis moeten richten naar de bestaande wettelijke en beleidsmatige regelingen.

De erkenning van het *égalité*-beginsel als zelfstandige grondslag van overheidsaansprakelijkheid, biedt wetgever en bestuur mogelijkheden tot sturing. De omvang van deze aansprakelijkheid is naar mijn mening grotendeels afhankelijk van de opvattingen omtrent de maatschappelijke aanvaardbaarheid van bepaalde schades. Het is primair aan de wetgever, en subsidiair aan het bestuur om dit begrip in te vullen, hetgeen de mogelijkheid biedt om in concrete gevallen tot een ruime dan wel beperkte overheidsaansprakelijkheid te komen. In de praktijk gebeurt dit ook al, bijvoorbeeld door de introductie van een drempel voor aansprakelijkheid, en een uitsluiting van voorzienbare schade. Omdat art. 6:1 BW de rechter verbiedt buiten het stelsel van de wet schadevergoedingsverbintenissen te aanvaarden, kan het bestuur zijn eigen aansprakelijkheid grotendeels zelf bepalen (in de vorm van nadeelcompensatieregelingen) zolang de wetgever geen algemene, door de rechter in te vullen compensatiegrondslag in het leven roept, zoals art. 49 WRO en 15.20 Wm.¹⁷ De invulling die het bestuur geeft aan het begrip ‘maatschappelijk risico’ zal de rechter maar in beperkte mate kunnen toetsen. Dat geldt niet voor de in het *égalité*-beginsel besloten liggende gelijkheidseis. Daaraan toetst de rechter vol. De rol van de rechter moet naar mijn oordeel voor het overige beperkt blijven tot de bescherming van belangen die niet reeds door de wetgever of het bestuur zijn verdisconteerd.

Dat aansprakelijkheid van andere factoren dan alleen het gedrag van de dader kan afhangen, laat onverlet dat de aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW wel degelijk is gebaseerd op een gedragstoetsing. Dat geeft steun aan de gedachte, dat als de rechter een besluit vernietigt of een regeling onverbindend verklaart de overheid voor het uitvaardigen van dat besluit of die regeling ook aansprakelijk is. Althans, als in het vernietigingsberoep inderdaad de geoorlooftheid van het gedrag van het bestuur als besluitnemer centraal staat. In de vorige paragrafen ben ik daar in aansluiting op de rechtspraak van de Hoge Raad van uitgegaan. De uitspraak van de rechter op het beroep, vernietiging of instandlating van het besluit, wijst echter niet op een gedragstoetsing, maar op een toetsing van de geldigheid van de publiekrechtelijke rechtshandeling. Zo wordt een onbevoegd genomen besluit vernietigd, maar is niet *a priori* duidelijk waarom het nemen van een onbevoegd besluit onrechtmatig is, zoals de rechtspraak aanneemt. Verdedigd wordt dan ook wel, dat niet elke vernietiging tot de kwalificatie onrechtmatigheid zou moeten

16 Waarbij een bepaling als art. 49 WRO wel als een minimumcodificatie beschouwd kan worden. Het artikel laat de bepaling van de grenzen van de aansprakelijkheid *de facto* aan de rechter over, met als gevolg dat het bestuur zich vervolgens beklaagt over een ongecontroleerde uitbreiding van aansprakelijkheid die de rechter zich veroorlooft.

17 Vanzelfsprekend is het bestuur wel gebonden aan hoger recht, zoals art. 1 EP EVRM. De controle van het bestuur over eigen aansprakelijkheid neemt af, naarmate de rechter zich grotere vrijheden veroorlooft bij het aannemen van aansprakelijkheid op grond van ongeschreven rechtsbeginselen.

leiden. Om de gegrondheid van deze kritiek te beoordelen, is de verhouding tussen de geldigheidstoetsing van het vernietigingsberoep en de gedragstoetsing van de actie uit onrechtmatige daad nader geanalyseerd.

9.8 Een ongeldig besluit levert een onrechtmatige daad op

De wetgever heeft zich niet uitgelaten over de vraag wanneer het nemen van een besluit onrechtmatig is. Art. 8:72 lid 1 Awb beperkt zich tot de mededeling dat de rechter het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk vernietigt bij een gegrond beroep. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever ervan uitgaat dat het besluit op rechtmatigheid wordt getoetst. De rechtspraak heeft de neiging de onrechtmatigheid te baseren op uitwendige (formele) criteria: strijd met de wet of een algemeen rechtsbeginsel. Die formule biedt echter weinig inzicht in de vraag welke rechtsplicht het bestuur nu precies heeft geschonden en hoe deze rechtsplicht zich verhoudt tot de rechtsplichten van het bestuur bij feitelijk handelen. Waar het betreft de publiekrechtelijke rechtshandeling zelf zijn deze rechtsplichten onder te verdelen in drie categorieën:

- a. de plicht om een bepaalde bevoegdheid uit te oefenen als de omstandigheden daartoe dwingen;
- b. de plicht om een bepaalde bevoegdheid niet uit te oefenen voor aan ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is gegeven;
- c. de plicht om een bepaalde bevoegdheid niet uit te oefenen als in verhouding tot het te dienen doel de rechtstreeks betrokken belangen onevenredig worden geschaad.

In deze categorieën is het rechtsgevolg, het dictum van het besluit, de schadeoorzaak.

Niet alleen het rechtsgevolg, maar ook de in het besluit vervatte informatie kan tot schade leiden, als burgers hun gedrag op die informatie afstemmen. De schadeoorzaak is dan niet het dictum, maar de motivering van het besluit. De besluitnemer kan aansprakelijk zijn, als de in het besluit vervatte informatie onjuist was. Deze aansprakelijkheid berust op de schending van:

- d. de rechtsplicht tot het geven van juiste feitelijke en rechtsoordelen.

Zij is vergelijkbaar met de aansprakelijkheid voor onjuiste informatie gegeven voorafgaande aan of volgend op het nemen van het besluit.

Totstandkomingsgebreken ten slotte, heb ik buiten beschouwing gelaten, omdat zij voor het aansprakelijkheidsrecht weinig relevant zijn als de inhoud (dictum en motivering) van het besluit wel juist is.

De onder a t/m d genoemde onrechtmatigheidsgronden leiden naar positief recht tot vernietiging van het betreffende besluit. Zij verklaren echter niet of en waarom een onbevoegd genomen besluit (dat vernietigbaar is) een onrechtmatige daad oplevert. Er is immers geen sprake van de schending van een publiekrechtelijke norm (regulering), maar van het ontbreken van een publiekrechtelijke grondslag (attributie). Het ontbreken van die grondslag neemt echter niet weg dat het besluit de burger bindt zolang het niet is vernietigd of herroepen, en dus schade kan ver-

oorzaken. Dat leidde tot het inzicht dat de onrechtmatigheid van een onbevoegd genomen besluit niet zozeer voortvloeit uit de schending van een rechtsplicht, als wel uit het feit dat zonder rechtvaardiging een inbreuk wordt gemaakt op een subjectief recht van de betrokken burger.¹⁸ Bij een bevoegd genomen besluit is die rechtvaardiging gelegen in het wettelijke voorschrift waarop het besluit is gebaseerd.

Vervolgens bleek dat deze redenering een ruimere reikwijdte heeft dan alleen onbevoegd genomen besluiten. Ook wanneer het bestuur een bestaande bevoegdheid in strijd met het publiekrecht uitoefent levert dat een inbreuk op een subjectief recht op zonder toereikende grondslag in de wet.¹⁹ Dat betekent dat de hiervoor genoemde onrechtmatigheidsgronden b en c met het onbevoegd genomen besluit samen genomen kunnen worden onder de noemer: inbreuk op een subjectief recht.

Een combinatie van de onder a, b, c en d genoemde onrechtmatigheidsgronden met die van de onbevoegd genomen besluiten geeft een uitputtend overzicht van de gemeenschappelijke gronden voor enerzijds de ongeldigheid van een besluit, en anderzijds de onrechtmatigheid van het nemen van dat besluit.

1. Schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht die dwingt tot uitoefening van een bevoegdheid. De schadeoorzaak is telkens het dictum van het besluit (de al dan niet fictieve weigering om de bevoegdheid uit te oefenen). Het causale verband is gelegen in de nalatigheid van het bestuur.²⁰
2. De inbreuk op een subjectief recht door de eenzijdige wijziging van een rechtsverhouding zonder toereikende bevoegdheid (attributie), of met overschrijding van de grenzen die het publiekrecht in het concrete geval stelt (regulering). De schadeoorzaak is telkens het dictum van het besluit (de rechtshandeling). Het causale verband is gelegen in de gebondenheid van de burger aan de geldigheid van het besluit, zolang het niet is vernietigd of herroepen.²¹
3. Schending van een ongeschreven rechtsplicht tot het geven van juiste feitelijke en rechtsoordelen in de motivering van het besluit. De schadeoorzaak is de motivering van het besluit. Het causale verband is gelegen in de afstemming van het gedrag van burgers op het besluit (dispositie).²²

De gronden 1 en 2 sluiten elkaar onderling uit. Grond 3 zal zich doorgaans voordoen naast de gronden 1 en 2. Zogenaamde 'bestuurlijke rechtsoordelen' zullen louter op grond 3 onrechtmatig kunnen zijn. Zij zijn immers niet op rechtsgevolg gericht.

18 Een van de onrechtmatigheidscategorieën van art. 6:162 lid 2 BW. Op dat subjectieve recht wordt inbreuk gemaakt omdat het besluit eenzijdig de vrijheid van de burger beperkt dat recht te benutten, of eenzijdig een eerdere bescherming van dat recht opheft. Daartoe is het begrip 'subjectief recht' ruim uitgelegd.

19 Is de het bevoegdheidsgebrek het gevolg van gebrekkige delegatie of mandaat, dan komt het legaliteitsbeginsel niet noodzakelijk in het gedrang. Daarom heb ik in par. 6.9 voor die gevallen een met art. 3:69 BW vergelijkbare bekrachtigingsmogelijkheid voorgesteld.

20 Een herformulering van a.

21 Een synthese van b en c met de onrechtmatigheid van het onbevoegd nemen van een besluit.

22 Een herformulering van d.

De Hoge Raad neemt de onrechtmatigheid van een vernietigd besluit aan, opdat voorkomen wordt dat hij dezelfde rechtsvragen moet beantwoorden als die aan de bestuursrechter in het vernietigingsberoep zijn voorgelegd. Hij legt echter niet uit waarom hij in het kader van de rechtmatigheidstoets *dezelfde* rechtsvraag moet beantwoorden. De conclusie van mijn analyse is, dat het naar materieel recht inderdaad dezelfde rechtsvraag betreft. De verklaring daarvoor tweeledig. De eerste is dat de geldigheidstoets in het bestuursrecht een veel ruimere is dan die in het privaatrecht. In een vernietigingsberoep moet de geoorloofdheid van het overheidsgedrag dat ten grondslag ligt aan het besluit integraal aan het materiële recht worden getoetst. Het vernietigingsberoep is een volwaardige actie om het bestuur te bewegen tot nakoming van zijn rechtsplicht.²³ De tweede is dat het nemen van een besluit zonder toereikende bevoegdheid niet alleen de geldigheid van het besluit, maar ook de rechtmatigheid van het nemen ervan aantast.

Dit betekent dat als de burger ervoor kiest een nalevingsactie in te stellen (bij appellabele besluiten in de vorm van een vernietigingsberoep, bij algemeen verbindende voorschriften in de vorm van een vordering tot buiten toepassing laten), de uitkomst daarvan beslissend is voor de aansprakelijkheid van het bestuur, althans, voor zover het de onrechtmatigheid betreft. De rechter pleegt deze onrechtmatigheid aan het bestuur toe te rekenen op grond van de verkeersopvattingen, omdat hij het redelijker acht de schade die voor een individuele burger voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan om die schade voor rekening te laten van de burger jegens wie dat rechtens onjuiste besluit werd genomen. De overheid is dus in beginsel aansprakelijk voor vernietigde (en wegens schending van de genoemde rechtsplichten herroepen) besluiten.²⁴

9.9 Aansprakelijkheid en vernietiging: nevensgeschikte remedies

Dat een geslaagd vernietigingsberoep leidt tot overheidsaansprakelijkheid past goed in het gewone aansprakelijkheidsrecht. Als de rechter een verbodsactie toewijst omdat er een rechtsplicht is geschonden, dan zal op grond van het gezag van gewijsde in een daaropvolgende actie tot schadevergoeding de onrechtmatigheid als een gegeven worden beschouwd. Voor het slagen van de beide acties is immers de geoorloofdheid van het gewraakte gedrag beslissend. De burger kan zich echter ook beperken tot het instellen van de actie tot schadevergoeding, en de

23 Met dien verstande dat de scheiding der staatsmachten tot gevolg heeft dat de bestuursrechter veelal niet zelf in de zaak kan voorzien, maar moet volstaan met een opdracht aan het bestuur een rechtmatig besluit te nemen (8:72 lid 4 Awb). Die beperking geldt voor de civiele rechter evenzeer.

24 Het is geen risico-aansprakelijkheid als in afd. 6.3.2 BW, omdat aan de aansprakelijkheid wel degelijk onrechtmatig gedrag ten grondslag ligt. In de toerekening naar verkeersopvattingen is wel een risico-element te onderkennen.

nalevingsactie achterwege laten. In het gewone aansprakelijkheidsrecht zal de rechter dan de rechtmatigheid van het gewraakte gedrag inhoudelijk moeten beoordelen. In het (appellabele-)besluitenaansprakelijkheidsrecht ligt dat anders. Zolang het gewraakte besluit niet is vernietigd of herroepen, gaat de rechter niet alleen van de geldigheid van dat besluit uit, maar ook van de rechtmatigheid van het daaraan ten grondslag liggende overheidsgedrag: de leer van de formele rechtskracht. Deze leer ligt mijns inziens terecht onder vuur.

Behalve dat de genoemde rechtmatigheidsfictie niet op de wet is gebaseerd, noch aansluit bij het gewone aansprakelijkheidsrecht (zulks in afwijking van de bedoeling van de wetgever), leidt zij tot procedeedwang. De plicht om tegen de geldigheid van een besluit te procederen om aanspraken op schadevergoeding veilig te stellen wringt met name als het belang bij vernietiging of herroeping van het bestreden besluit verloren is gegaan. De argumenten die rechtspraak en doctrine geven ter verdediging van de leer van de formele rechtskracht, overtuigen niet.

Dat de civiele rechter de rechtmatigheid van appellabele besluiten niet mag beoordelen omdat de wetgever dat oordeel aan de bestuursrechter heeft voorbehouden (het specialisatieargument) strookt – ook in het huidige stelsel – niet met de werkelijkheid. Zo beoordeelt de civiele rechter de rechtmatigheid van primaire besluiten die het bestuur zelf heeft herroepen. Bovendien verklaart het specialisatieargument niet waarom ook de bestuursrechter zelf (in zelfstandig-schadebesluitprocedures) zich van de leer van de formele rechtskracht bedient.

Het argument dat de maatschappij baat heeft bij een snelle duidelijkheid omtrent het genomen besluit (het rechtszekerheidsargument) deugt als het gaat om de geldigheid van het besluit. Met name in het ordeningsrecht hebben alle betrokkenen er belang bij dat niet te lang onzekerheid blijft bestaan over de rechtsverhoudingen die het besluit creëert. Maar voor de aansprakelijkheid van de overheid gaat het rechtszekerheidsargument niet op. Nu zekerheid omtrent de aansprakelijkheid voor niet-appellabele besluiten en feitelijk handelen niet binnen zes weken ontstaat, is niet duidelijk waarom dat voor appellabele besluiten anders zou moeten zijn.²⁵ En de bij het besluit betrokken derden hebben evenmin belang bij spoedige duidelijkheid op dit punt. Zij staan immers buiten een tegen de overheid gericht aansprakelijkheidsactie.

Dat ten slotte voorkomen moet worden dat verschillende rechters tot verschillende antwoorden komen op dezelfde rechtsvraag (het concordantie-argument) is op zichzelf een lovenswaardig doel. Dat doel rechtvaardigt echter niet de procedeedwang die voortvloeit uit de leer van de formele rechtskracht, omdat het ook gerealiseerd kan worden door rechterlijk overleg en afstemming van rechtspraak. De Hoge Raad gebruikt die mogelijkheid zelf ook in gevallen waarin hij een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht aanvaardt, en dus wel een inhoudelijk onrechtmatigheidsoordeel moet geven.

25 Dat de aansprakelijkheidsactie reflexwerking zou hebben op de geldigheid van het besluit wordt ondervangen door het hierna te bespreken ontvankelijkheidsbeleid.

Nu de wetgever expliciet heeft uitgesproken dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht zoveel mogelijk dient aan te sluiten bij het gewone aansprakelijkheidsrecht, moet de rechtmatigheidsfictie die besloten ligt in de leer van de formele rechtskracht worden verlaten. Zoals in het gewone aansprakelijkheidsrecht dient ook voor de rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten te gelden, dat de burger twee nevenschikte rechtsvorderingen heeft: de actie die strekt tot naleving van de rechtsplicht van het bestuur (3:296 BW, vernietigingsberoep) en de actie die strekt tot vergoeding van schade (6:162 BW, zelfstandig schadebesluit).

Naar mijn oordeel kan tot een evenwichtiger stelsel van rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter worden gekomen, als daarin niet de te beantwoorden rechtsvraag (het *fundamentum petendi*) maar de ingestelde vordering (het *petitum*) centraal staat. Alleen als een bijzondere rechter de exclusieve bevoegdheid heeft om over de ingestelde vordering te oordelen en daarop een uitspraak te doen, heeft de burgerlijke rechter geen rechtsmacht. In zo'n geval zal hij de eiser niet-ontvankelijk verklaren in zijn vordering. Het ontvankelijkheidsbeleid van de Hoge Raad laat een dergelijke interpretatie overigens ook wel toe.

Grosso modo komt mijn voorstel erop neer dat een vordering, gericht tegen de rechtsgevolgen van een appellabel besluit (de geldigheid), tot niet-ontvankelijkheid van de eiser bij de burgerlijke rechter zal leiden, omdat de bestuursrechter de bevoegdheid heeft deze rechtsgevolgen door vernietiging ongedaan te maken. In een vordering die strekt tot ongedaanmaking van de feitelijk gevolgen van een besluit (bijvoorbeeld door middel van schadevergoeding) zal de eiser doorgaans wel ontvankelijk zijn bij de burgerlijke rechter, nu de bestuursrechter ter zake vrijwel geen (exclusieve) uitspraakbevoegdheden heeft. Dit kan ertoe leiden dat de burgerlijke rechter dezelfde rechtsvraag moet beantwoorden als de bestuursrechter. Gaat het bij beide rechters om dezelfde partijen en hetzelfde besluit, dan ligt het in de rede dat de burgerlijke rechter het oordeel van de bestuursrechter afwacht, welk oordeel vervolgens tussen partijen bindende kracht heeft. In andere gevallen is er geen sprake van bindende kracht van het oordeel van de bestuursrechter, maar ligt het wel in de rede dat de burgerlijke rechter zich bij de beoordeling van de rechtmatigheid van besluitvorming richt naar de jurisprudentie van de bestuursrechter. Het staat hem echter vrij om het betoog van de eiser te honoreren, dat het oordeel van de bestuursrechter in een beroepsprocedure van een ander dan hemzelf niet deugt.²⁶

In het hier voorgestelde stelsel van rechtsmachtverdeling is er voor de leer van de formele rechtskracht geen plaats.²⁷ De vordering bepaalt of de burgerlijke rechter de eiser ontvangt. Is dat het geval, dan verhindert niets hem de rechtmatigheid van het bestuurshandelen integraal te toetsen. Alleen in gevallen waarin de bestuursrechter over het gewraakte besluit al een oordeel heeft gegeven, ligt het in de rede dat de civiele rechter dat oordeel volgt, zij het dat het niet bindend is als het is gegeven op het beroep van een ander dan de eiser.

²⁶ Bijvoorbeeld als dat oordeel het resultaat is van een slecht gemotiveerd beroep.

²⁷ Althans, niet als rechtmatigheidsfictie. Dat een besluit geldig is (rechtskracht heeft) zolang het niet is vernietigd of herroepen, is in mijn voorstel niet anders.

9.10 Beperking van besluiten aansprakelijkheid – eigen schuld en toerekening

Het overheidsbestuur zal niet gelukkig zijn met de resultaten van de twee voorgaande paragrafen. Enerzijds is de jurisprudentie over de aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten naar materieel recht juist gebleken, terwijl anderzijds de afwezigheid van aansprakelijkheid voor in stand gebleven besluiten, de leer van de formele rechtskracht, is afgewezen. Beide resultaten vloeien voort uit het civiele aansprakelijkheidsrecht. De conclusie is dan snel getrokken: de wetgever moet zijn standpunt dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht zoveel mogelijk moet aansluiten bij het civiele aansprakelijkheidsrecht verlaten. Immers, het kan toch niet de bedoeling zijn dat een burger willens en wetens nalaat om bezwaar en beroep tegen een besluit in te stellen om vervolgens de overheid na verloop van lange tijd te confronteren met een hoge schadeclaim?

Dit voorbeeld spreekt gevoelsmatig wellicht aan, maar noodzaakt niet per se tot ingrijpen van de wetgever. De civiele rechter kan namelijk ook in het huidige stelsel rekening houden met het feit dat de wetgever de totstandkoming van besluiten met allerlei procedurele waarborgen heeft omringd. Daaraan kan hij de conclusie verbinden dat een burger onder omstandigheden zijn schade onvoldoende beperkt heeft als hij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om het bestuur in de daartoe ingestelde procedure te wijzen op zijn bezwaren tegen het besluit. De aansprakelijkheid van het bestuur vervalt dan geheel of gedeeltelijk met toepassing van art. 6:101 BW. Alleen in uitzonderlijke gevallen zal de burger in het kader van art. 6:101 BW verweten kunnen worden dat hij na het doorlopen van de bestuurlijke voorprocedure geen gebruik heeft gemaakt van zijn beroepsmogelijkheden bij de bestuursrechter. De bestaande (restrictieve) jurisprudentie over het vragen van een voorlopige voorziening ter beperking van de schade kan op dit punt maatgevend zijn. Het ligt immers primair op de weg van het bestuur om op onrechtmatige besluitvorming terug te komen. Het verschil met de leer van de formele rechtskracht is, dat die leer vereist dat in alle gevallen doorgeprocedeerd moet worden totdat het schadeveroorzakende besluit is vernietigd of herroepen. In het kader van art. 6:101 BW is dat anders. Als de burger het bestuur afdoende heeft geïnformeerd over zijn bezwaren tegen het besluit en zeker als hij geen belang (meer) heeft bij herroeping van het besluit, dan zal een beroep van het bestuur op eigen schuld van de burger moeten falen.

Het toerekeningsvereiste van art. 6:162 lid 3 is naar positief recht geen geschikt middel om de aansprakelijkheid van de overheid te beperken, als de schade mede het gevolg is van aan de burger toe te rekenen omstandigheden.²⁸ Dit toerekeningscriterium heeft geen betrekking op de wederzijdse bijdragen aan het ontstaan van de schade, zoals art. 6:101 BW, maar op de vraag of er reden is de onrechtmatigheid van het nemen van het besluit al dan niet aan het bestuur toe te rekenen. Het gedrag van de benadeelde burger kan weliswaar van invloed zijn op de schuld-

28 Zie ook par. 3.5.

vraag, maar het is inmiddels vaste rechtspraak dat toerekening van onrechtmatige besluiten geschiedt krachtens verkeersopvattingen op grond van de spreidingsgedachte.

De spreidingsgedachte geeft overigens geen duidelijke begrenzing van de overheidsaansprakelijkheid. Omdat de toerekening op basis van verkeersopvattingen een verbindende schakel vormt tussen de schuldaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en risico-aansprakelijkheid, zou de rechter de toerekening krachtens verkeersopvattingen – net als de toekenning van nadeelcompensatie – op het *égalité*-beginsel kunnen baseren. Aan de daarin besloten liggende ongelijkheidseis zal steeds zijn voldaan, omdat in de onrechtmatigheid de ongelijke behandeling van de burger ligt besloten. Het criterium van het normale maatschappelijke risico kan de toerekening naar verkeersopvattingen echter wel beperken. Zo behoren de proceskosten in de bezwaarfase volgens de wetgever kennelijk tot het normale maatschappelijke risico van de burger te komen, omdat hij in artikel 7:15 lid 2 Awb toerekening naar verkeersopvattingen heeft uitgesloten. Dit voorbeeld laat tegelijk zien dat voor een beperking van de toerekening naar verkeersopvattingen vermoedelijk initiatief van de wetgever nodig zal zijn.

9.11 Beperking van besluitenaansprakelijkheid – causaal verband

De afschaffing van de leer van de formele rechtskracht als systeemvreemd element betekent niet dat de sluisen naar de overheidsaansprakelijkheid wijd open staan. Datzelfde geldt voor het handhaven van de systeemeigen rechtspraak, op grond waarvan een vernietigd besluit een toerekenbare onrechtmatige daad oplevert. De rechtspraak laat zien dat het vereiste van voldoende causaal verband in de zin van *condicio-sine-qua-non* in veel gevallen in de weg staat aan aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige besluitvorming. Zij is niet aansprakelijk voor het deel van de schade dat ook zou zijn geleden als het bestuur een rechtmatig besluit zou hebben genomen.²⁹ Deze op zichzelf belangrijke begrenzing van de besluitenaansprakelijkheid is in dit boek niet verder geanalyseerd, omdat het een uitwerking is van het beginsel van *restitutio in integrum*, dat de burger recht geeft op in beginsel volledige schadevergoeding, maar ook niet meer dan dat.³⁰

Naast de feitelijke begrenzing door het *condicio-sine-qua-non*-verband, wordt de omvang van de aansprakelijkheid beperkt door normatieve factoren. Art. 6:98 BW bepaalt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Het is nog niet zo eenvoudig vast

29 Bij een discretionaire bevoegdheid moet de rechter vaststellen welk besluit het bestuur binnen de rechtmatigheidsgrenzen zou hebben genomen, de onrechtmatigheid weggedacht.

30 Verwezen zij naar mijn bijdragen in de Gemeentestem (2005) en NTB (2002). Het beginsel van *restitutio in integrum* zelf komt nog wel even aan de orde in par. 9.14.

te stellen wat deze bepaling betekent voor het besluiten aansprakelijkheidsrecht. Men zou kunnen stellen dat de aard van de ‘pseudo-risicoaansprakelijkheid’ voor vernietigde besluiten tot een beperkte toerekening moet leiden, zoals dat ook voor de wettelijke risico-aansprakelijkheden van afd. 6.3.2 BW geldt.³¹ Daar staat tegenover dat een beperkte toerekening van de schade haaks staat op de spreidingsgedachte, op grond waarvan het redelijker wordt geacht schade als gevolg van een onrechtmatig besluit ten laste van de gemeenschap te brengen dan ten laste van de benadeelde.

Het vereiste van causaal verband stelt dus enerzijds duidelijke grenzen aan de besluiten aansprakelijkheid, maar lijkt anderzijds weinig geschikt als instrument voor de rechter om de omvang van deze aansprakelijkheid te sturen.

9.12 Beperking van besluiten aansprakelijkheid – onrechtmatigheid

Dat met de vernietiging de onrechtmatigheid gegeven is, impliceert dat de burgerlijke rechter geen mogelijkheden heeft om op dit punt de aansprakelijkheid van de overheid voor appellabele besluiten te beïnvloeden. Die mogelijkheid heeft de bestuursrechter – indirect – wel door zijn toetsing van het besluit in het vernietigingsberoep. In par. 9.6 bleek immers, dat aan zowel de vernietiging als de onrechtmatigheid dezelfde schending van een rechtsplicht ten grondslag ligt. Als deze rechtsplicht voortvloeit uit de wet, dan blijft de mogelijkheid tot nuance beperkt tot de vrijheid die bestuur en rechter hebben bij de interpretatie van die wet (beoordelingsruimte). Wordt de rechtsplicht echter uit rechtsbeginselen afgeleid, zoals het geval is bij de toetsing van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dan heeft de rechter wel enige vrijheid om de rechtmatigheidsgrenzen wat ruimer of juist krapper te trekken (rond de beleidsruimte). De in par. 9.6 gemaakte indeling van rechtsplichten die bij besluitvorming op het bestuur rusten, maakt het mogelijk enkele conclusies te trekken over de mate waarin de bestuursrechter de besluiten aansprakelijkheid binnen het huidige wettelijke stelsel kan beïnvloeden.

Ten eerste de schending van een geschreven of ongeschreven rechtsplicht die dwingt tot uitoefening van een bevoegdheid. Aan het bestaan en de reikwijdte van deze rechtsplicht zal het bestuur niet kunnen ontkomen als deze voortvloeit uit een expliciete wettelijke opdracht, zoals de plicht om een bouwvergunning te verlenen als zich geen weigeringsgronden voordoen. Wordt de rechtsplicht echter afgeleid uit het ongeschreven recht, dan kan ook zonder ingrijpen van de wetgever een koerswijziging worden bewerkstelligd. Telkens wanneer het bestuur de rechter ervan overtuigt dat er op hem geen rechtsplicht rust om handhavend op te treden bijvoorbeeld, is de aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad een

³¹ Met de aantekening dat de aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten berust op een gedragstoetsing. Het risico-element zit niet in de onrechtmatigheid, maar in de toerekening.

stapje teruggedrongen. Bij ongeschreven recht heeft de rechter een centrale rol bij het bepalen of en in hoeverre uit een overheidstaak een verplichting tot bevoegdheidsuitoefening voortvloeit.

Ten tweede de inbreuk op een subjectief recht door de eenzijdige wijziging van een rechtsverhouding zonder toereikende bevoegdheid (attributie), of met overschrijding van de grenzen die het publiekrecht in het concrete geval stelt (regulering). Aan het bestaan en de reikwijdte van deze rechtsplicht zal het bestuur niet kunnen ontkomen als deze voortvloeit uit een expliciete wettelijke begrenzing, zoals de plicht om een bouwvergunning te weigeren als zich een weigeringsgrond voordoet. Wordt de rechtsplicht echter afgeleid uit het ongeschreven recht, dan kan ook zonder ingrijpen van de wetgever een koerswijziging worden bewerkstelligd. De terughoudende toetsing van de rechter aan art. 3:4 lid 2 Awb (evenredigheid) bijvoorbeeld, heeft niet alleen minder vernietigingen tot gevolg, maar resulteert ook in een beperking van de besluitenaansprakelijkheid.

Ten derde de schending van een ongeschreven rechtsplicht tot het geven van juiste feitelijke en rechtsoordelen in de motivering van het besluit. De aansprakelijkheid is hier niet louter afhankelijk van de onjuistheid van het gegeven oordeel, maar ook van de vraag in hoeverre de burger op dat oordeel mocht vertrouwen. De rechter speelt op dat punt een belangrijke rol, bijvoorbeeld door te oordelen dat de vergunninghouder niet op de definitieve geldigheid van zijn bouwvergunning mag vertrouwen voordat deze onherroepelijk is geworden. Het bestuur kan mogelijk ook zelf zijn aansprakelijkheid beperken door de burger goed te informeren over de waarde van de in het besluit gegeven oordelen. Zo zou het bestuursorgaan dat een uitkeringsbesluit neemt op basis van een arbeidsgeschiktheidsoordeel de werknemer kunnen informeren over de reikwijdte van dit geschiktheidsoordeel, bijvoorbeeld in hoeverre het relevant is voor de privaatrechtelijke verhouding tot zijn werkgever. Evenzo kan een keuringsinstantie of toezichthouder de betrokken burger mededelen dat de keuring of het toezicht hem niet ontslaat van zijn eigen verantwoordelijkheid om te zorgen dat zijn schip of bedrijf voldoet aan de wettelijke voorschriften. Informatieverschaffing van overheidswege kan voorkomen dat burgers het besluit een grotere reikwijdte toekennen dan het op grond van de wettelijke regeling heeft.

9.13 Beperking van besluitenaansprakelijkheid – relativiteit

Het recente duwbak-Linda-arrest heeft laten zien dat de relativiteitseis van art. 6:163 BW zich kan ontwikkelen tot een relevante beperking van de overheidsaansprakelijkheid, met name in het ordeningsrecht.³² In dit boek is het onderzoek naar de relativiteitsleer beperkt gebleven. Toch zijn er wel enkele relevante conclusies te trekken.

32 Bij besluiten die de strekking hebben een (financiële) verbintenis te scheppen is de rol van de relativiteitsleer doorgaans beperkt.

Bij schending van een rechtsplicht die dwingt tot het uitoefenen van een bevoegdheid speelt de relativiteitseis een rol, wanneer de uitoefening van de bevoegdheid strekte tot bescherming van specifieke belangen (van derden). Zo zal de aansprakelijkheid voor falend toezicht en handhaving naar mijn oordeel beperkt moeten blijven tot de belangen (van derden) die de betrokken regeling beoogt te beschermen. Strekte de uitoefening van de bevoegdheid echter tot het opheffen van een verbod of een andere beperking, dan speelt de relativiteitseis mijns inziens geen rol. Het legaliteitsbeginsel vrijwaart immers alle belangen tegen vrijheidsbeperkingen van overheidswege zonder toereikende wettelijke grondslag.

Ingeval de onrechtmatigheid is gelegen in de inbreuk op een subjectief recht door een ongeoorloofde bevoegdheidsuitoefening, is de werking van de relativiteit niet wezenlijk anders. Zij beperkt de aansprakelijkheid tot die belangen van derden ter bescherming waarvan de betrokken regeling in het leven was geroepen (zoals bij de verlening van een vergunning), maar speelt geen rol als het gaat om de onrechtmatige beperking van de vrijheid van de geadresseerde van het besluit (zoals bij het opleggen van nadere eisen).

Het lastigste is de toepassing van de relativiteitsleer op de schending van de rechtsplicht tot het geven van juiste feitelijke en rechtsoordelen in de motivering van een besluit. Zoals dat vaker het geval is bij zorgvuldigheidsnormen, zijn onrechtmatigheid en relativiteit hier lastig te onderscheiden. Als afzonderlijk criterium om de aansprakelijkheid van de overheid te beperken of uit te breiden zal het vermoedelijk van weinig waarde zijn.

Het in par. 9.6 gemaakte onderscheid tussen de verschillende rechtsplichten heeft duidelijk gemaakt dat er bij onrechtmatige besluitvorming vaak sprake is van samenloop. De onrechtmatigheid is dan niet alleen gelegen in de schending van publiekrecht, maar tevens in de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm het bestuur verplicht tot het geven van juiste feitelijke en rechtsoordelen in een besluit. Een dergelijke samenloop leidt in de relativiteitsleer tot de ‘correctie Langemeijer’: ook als de geschonden publiekrechtelijke norm niet strekt tot bescherming van het getroffen belang van de benadeelde, dan nog kan de overheid jegens hem aansprakelijk zijn als de schending van de genoemde zorgvuldigheidsnorm jegens hem wel een onrechtmatige daad oplevert.

9.14 Slotsom

Wat is nu de conclusie van deze verhandeling? Niet dat ik een uitbreiding van de aansprakelijkheid van de overheid voor haar besluiten bepleit.³³ Weliswaar heeft mijn analyse enkele beperkingen van besluitenaansprakelijkheid blootgelegd die moeilijk zijn te rijmen met het wettelijk stelsel, maar mijn betoog had niet de strekking dat de motieven voor die beperkingen ondeugdelijk of onbehoorlijk zouden zijn. Ik ben mij ervan bewust dat er goede redenen kunnen zijn om de aan-

³³ Waar het betreft de ‘rechtmatige overheidsdaad’ heb ik – integendeel – verdedigd dat de rechter in het licht van art. 6:1 BW deze aansprakelijkheid verder heeft uitgebreid dan volgens de wet zou mogen.

sprakelijkheid van de overheid te beperken (of uit te breiden), maar naar mijn oordeel is die afweging in essentie een politieke.³⁴ In dit boek is onderzocht welke consequenties de door de wetgever gemaakte keuzes hebben en of de rechtspraak daarmee in lijn is. Het doel daarvan was om inzicht te krijgen in de vraag op welke wijze (wetgeving, rechtspraak) een gewenste verruiming of beperking van de besluitenaansprakelijkheid vorm kan krijgen.³⁵

Volgens de wetgever is de overheid in beginsel aan hetzelfde materiële aansprakelijkheidsrecht onderworpen als de burger. Ik heb gezien of het positieve besluitenaansprakelijkheidsrecht, dat grotendeels door de rechter is gevormd, aan dit uitgangspunt voldoet. Die analyse heeft inzicht gegeven in de mogelijkheden die de rechter heeft om rekening te houden met de bijzondere positie van de overheid als besluitnemer, en waar ingrijpen van de wetgever onvermijdelijk is voor het doorvoeren van verdere correcties op de besluitenaansprakelijkheid.³⁶ Naar mijn oordeel is het namelijk niet gewenst dat de wetgever het zojuist genoemde uitgangspunt blijft belijden, terwijl de rechtspraak, al dan niet op instigatie van een bevlogen advocaat-generaal of de commissie van Kemenade, bewust of onbewust besluitenaansprakelijkheidsrecht creëert dat niet met dat uitgangspunt is te verenigen.

Mijn belangrijkste punt van kritiek op de rechtspraak is, dat zij de rechtsmacht tussen verschillende rechters heeft verdeeld op basis van de grondslag van de vordering (het *fundamentum petendi*) van een burger tegen de overheid. Als een burger tegen een besluit geen of tevergeefs beroep heeft ingesteld, dan faalt elke vordering van hem die gebaseerd is op de onrechtmatigheid van (het nemen van) dat besluit. Dat heeft geleid tot een ontvankelijkheidsbeleid en een rechtmatigheidsfictie (de leer van de formele rechtskracht) die niet goed passen in het gewone aansprakelijkheidsrecht. Bovendien werpen zij processuele belemmeringen op, ook al komt de vordering naar materieel recht voor toewijzing in aanmerking. Naar mijn oordeel is dit euvel zonder wetswijziging te verhelpen, als de rechter zijn bereidheid om een vordering inhoudelijk te beoordelen niet langer laat afhangen van de grondslag van die vordering, maar van de inhoud van de vordering zelf (het *petitum*). Een inhoudelijke beoordeling blijft dan alleen achterwege als de eiser in een voldoende rechtsbescherming biedende bijzondere rechtsgang een inhoudelijke uitspraak op zijn vordering had kunnen krijgen.

De gerichtheid van de rechtspraak op de grondslag van de eis pakt ook bij de toetsing van de vordering aan het materiële recht ongelukkig uit. Wanneer de rechter ‘de onrechtmatige daad’ of ‘de wanprestatie’ beschouwt als de basis voor zowel de actie ex art. 3:296 BW tot naleving van een rechtsplicht (de nalevingsactie) als de actie tot vergoeding van schade (de schadevordering), kan hij niet goed uit de voeten met casusposities waarin hij bijvoorbeeld geen verbod wil uitspreken maar wel schadevergoeding wil toekennen, of andersom. Naar mijn oordeel kan binnen het

34 Zie par. 1.5 en het einde van deze paragraaf.

35 Zie par. 1.5.

36 De probleemstelling van par. 1.6.

bestaande stelsel ook hier een *petitum*-gerichte benadering verhelderend werken. Die maakt duidelijk dat de actie die erop is gericht het bestuur te bewegen tot naleving van zijn rechtsplicht (art. 3:296 BW) betrekking heeft op overheidsgedrag. Het enige en noodzakelijke vereiste voor het slagen van die actie is dat het gewraakte gedrag ongeoorloofd en dus onrechtmatig is.³⁷ De schadevergoedingsactie daarentegen richt zich op het ongedaan maken van de *gevolgen* van het overheidsgedrag. Aan die actie kan naast de onrechtmatige daad ook wanprestatie ten grondslag worden gelegd, of een wettelijke risico-aansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid is dus niet steeds vereist dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld.

De overheid uit onrechtmatige daad aansprakelijk houden voor geoorloofd gedrag (de ‘rechtmatige overheidsdaad’), zoals de Hoge Raad doet, past evenwel niet in het systeem van de wet. Deze rechtspraak heeft in feite een buitenwettelijke risico-aansprakelijkheid gecreëerd die zich niet goed verdraagt met het semi-gesloten stelsel van verbintenissen. Het hierop gebaseerde artikel 6:168 BW zou dan ook geschrapt moeten worden.

Keren wij nu terug naar de centrale vraagstelling van dit boek. Welke mogelijkheden biedt het civiele aansprakelijkheidsrecht om rekening te houden met de bijzondere positie van de overheid als besluitnemer, en waar is ingrijpen van de wetgever onvermijdelijk voor het doorvoeren van verdere correcties op de besluiten-aansprakelijkheid? Mijn aanbevelingen zijn de volgende.

1. Voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is maatgevend of het gedrag van de dader geoorloofd was. Dat betekent dat de aansprakelijkheid uit ‘rechtmatige daad’, die burgerlijke en bestuursrechter baseren op het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*, geen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan zijn, omdat de aansprakelijkheid niet voortvloeit uit ongeoorloofd overheidsgedrag, maar uit de onevenredigheid van de gevolgen daarvan.³⁸ Naar mijn oordeel heeft de bestuursrechter expliciet en de burgerlijke rechter impliciet een risico-aansprakelijkheid aanvaard. Hoewel deze erkenning in het algemeen positief wordt gewaardeerd, past zij niet goed in het (semi-)gesloten stelsel van verbintenissen (art. 6:1 BW). Daarom heb ik – zolang wettelijk ingrijpen uitblijft – een terughoudende opstelling van de rechter bepleit. Art. 6:1 BW is een dermate fundamenteel uitgangspunt van ons verbintenissenrecht, dat codificatie door de wetgever onontkoombaar is. Mijn voorkeur gaat uit naar specifieke nadeelcompensatieregelingen op deelterreinen in plaats van een algemene aansprakelijkheidsgrondslag uit rechtmatige daad, opdat niet de rechter, maar de democratisch gelegitimeerde wetgever ten minste op hoofdlijnen de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de geleden schade bepaalt.

37 Dat geldt in delictuele, maar ook in contractuele verhoudingen. Zie hoofdstuk 2.

38 De constructie van de Hoge Raad deugt dus niet.

2. Omdat in een vernietigingsberoep een integrale rechtmatigheidstoets plaatsvindt, levert een vernietigd besluit (ook) naar materieel recht een onrechtmatige daad op. De civiele rechter dient het rechtmatigheidsoordeel van de bestuursrechter te volgen (bindende kracht). Daarom kan de civiele rechter op dit punt de overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor appellaabele besluiten niet beïnvloeden. Die mogelijkheden heeft de bestuursrechter in het vernietigingsberoep wel, met name als hij rechtsplichten van het bestuur afleidt uit geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen. Maar staat eenmaal vast dat het bestuur een geschreven of ongeschreven regel van publiekrecht heeft geschonden, dan valt naar positief recht noch aan de vernietiging noch aan de kwalificatie onrechtmatigheid te ontkomen. Wil men op dit punt vernietiging en aansprakelijkheid ontkoppelen, dan zal de wetgever een van art. 6:162 lid 1 BW afwijkend aansprakelijkheidsregime moeten creëren, bijvoorbeeld door aan schadeplichtigheid de uit het Europese recht bekende eis van gekwalificeerde onrechtmatigheid te stellen.³⁹
3. In het verdelende recht speelt de relativiteitsleer naar mijn oordeel geen rol van betekenis. In het ordeningsrecht vloeit de toepassing van de relativiteitsleer mede voort uit de gebondenheid van bestuursbevoegdheden. Zo wordt bijvoorbeeld een verbod steeds in het leven geroepen met het oog op de bescherming van specifieke belangen van derden. Wanneer nu door vergunningverlening de werking van een verbod wordt opgeheven, dan zal alleen schade aan die specifieke belangen voor vergoeding in aanmerking komen. De wetgever kan hier de aansprakelijkheid van de overheid sturen door duidelijk aan te geven met het oog op welke belangen een regeling in het leven wordt geroepen. Strekt daarentegen het besluit tot een inperking van de vrijheid van de betrokken burger, bijvoorbeeld door weigering van de vergunning, dan speelt de relativiteitsleer geen rol. Het is dan immers niet relevant met het oog op welke belangen van derden het verbod jegens de benadeelde wordt gehandhaafd.
4. Of een besluit aan de overheid als onrechtmatige daad wordt toegerekend, wordt naar mijn oordeel niet in het vernietigingsberoep bepaald. In de opvatting van zowel de burgerlijke als de bestuursrechter moet in beginsel toegerekend worden krachtens verkeersopvattingen op grond van de spreidingsgedachte. Die gedachte geeft echter geen duidelijke begrenzing van de overheidsaansprakelijkheid. Omdat de toerekening naar verkeersopvattingen een verbindende schakel vormt tussen de schuldaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en risico-aansprakelijkheid, zou de rechter de toerekening naar verkeersopvattingen eveneens op het *égalité*-beginsel kunnen baseren. Aan de daarin besloten liggende ongelijkheidseis zal steeds zijn voldaan, omdat in de onrechtmatigheid de ongelijke behandeling van de burger ligt besloten. Het criterium van het normale maatschappelijke risico kan de toerekening naar verkeersopvattingen echter wel beperken. Zo behoren de proceskosten in de

39 HvJEG 19 november 1991, AB 1994, 482 m.nt. FHvdB (Francovich & Bonifaci) en vele arresten nadien. Dit onrechtmatigheidsbegrip bevat ook elementen van verwijtbaarheid, waarover hierna punt 4.

bezwaarfase volgens de wetgever kennelijk tot het normale maatschappelijke risico van de burger te komen, omdat hij in artikel 7:15 lid 2 Awb toerekening naar verkeersopvattingen heeft uitgesloten.

5. Het causale verband in de zin van *condicio-sine-qua-non*-verband is naar mijn oordeel een oneigenlijk middel om de mate van overheidsaansprakelijkheid te sturen. De bepaling van dit verband vloeit rechtstreeks voort uit het beginsel van *restitutio in integrum* en biedt wetgever noch rechter enige beleidsvrijheid. Dat neemt niet weg dat de wetgever de vrijheid heeft om te bepalen dat voor bepaalde gevallen van overheidsaansprakelijkheid geen recht bestaat op volledige schadevergoeding.⁴⁰ In het nadeelcompensatierecht wordt wel gewerkt met drempels: blijft de schade beneden een bepaald bedrag, dan komt zij niet voor vergoeding in aanmerking. Voor het positieve onrechtmatige-daadsrecht staat het beginsel van *restitutio in integrum* aan zo een drempel in de weg, maar het is niet principieel onmogelijk om bij wet te bepalen dat schade van bepaalde aard of omvang in geen geval voor vergoeding in aanmerking komt.⁴¹
6. De rechtmatigheidsfictie die besloten ligt in de leer van de formele rechtskracht strookt noch met het burgerlijke procesrecht, noch met het materiële burgerlijke recht. Bovendien leidt zij tot ongewenste procedeedwang. Dat laat onverlet dat deze leer op punten haar waarde heeft bewezen, met name waar het betreft de medeverantwoordelijkheid van burgers voor de kwaliteit van overheidsbesluitvorming. In mijn opvatting kan aan die medeverantwoordelijkheid ook vorm worden gegeven in het kader van art. 6:101 BW. Onder omstandigheden kan van de burger verlangd worden dat hij gebruik maakt van de bestuurlijke voorbereidingsprocedures om het bestuur te attenderen op de onrechtmatigheid van zijn (voorgenomen) besluit en de dreigende schadelijke gevolgen daarvan. Met het oog op de rechtszekerheid verdient het wel aanbeveling dat de rechter hier deelregels ontwikkelt. Een aanzet daarvoor gaf ik in par. 8.6. De kern daarvan is dat de verantwoordelijkheid om schade te voorkomen en te beperken primair bij het bestuur ligt. Toepassing van art. 6:101 BW vrijwaart de overheid niet van alle ‘nakomende’ besluitenaansprakelijkheden, maar dat is niet anders dan in het overige overheidsaansprakelijkheidsrecht.

Deze zes punten laten zien dat de speelruimte van de rechter om de aansprakelijkheid van de overheid voor besluiten te beïnvloeden beperkt is. Op twee punten (formele rechtskracht en nadeelcompensatie) heeft hij de grenzen van het burgerlijke recht in feite al overschreden. Een daadwerkelijke beperking of uitbreiding van de besluitenaansprakelijkheid is naar mijn oordeel niet mogelijk zonder ingrijpen van de wetgever. Betreft het de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, dan zal hij het uitgangspunt moeten verlaten dat de overheid in beginsel aan hetzelfde

40 Mits hoger recht, zoals art. 1 EP EVRM, dit toelaat.

41 Met name bij *small claims* rijst de vraag of het aansprakelijkheidsrecht het geëigende systeem voor compensatie is, omdat de transactiekosten dan relatief hoog zijn.

aansprakelijkheidsregime is onderworpen als de burger. De aansprakelijkheid uit rechtmatige daad (een risico-aansprakelijkheid) staat los van dit uitgangspunt. In het systeem van het burgerlijke recht kan deze aansprakelijkheid niet bestaan zonder een specifieke wettelijke grondslag. Op dat punt is wetgevende arbeid mijns inziens dus onontkoombaar.

Staat het de wetgever nu zomaar vrij de besluitenansprakelijkheid naar believen te beperken of uit te breiden? In beginsel wel, moet het antwoord luiden. Aansprakelijkheidsrecht maakt deel uit van het verdelende recht en de herverdeling van middelen berust primair op een politieke afweging. De ontwikkelingen in de landen om ons heen laten echter zien dat deze vrijheid inmiddels niet meer onbegrensd is. Dit boek heeft zich beperkt tot een studie naar het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, maar het mag niet onvermeld blijven dat de toenemende invloed van het Europese recht wel eens tot gevolg zou kunnen hebben dat er weinig overblijft van de vrijheid van de nationale wetgever om de aansprakelijkheid van de overheid naar eigen goeddunken te regelen.⁴²

42 Een agenda voor de toekomst gaven Scheltema (2005) en Barkhuysen (2006).

10 | Summary

10.1 How to read this chapter

The final remarks of this Chapter serve a dual function. First, it provides a summary of the main findings of the previous Chapters (sections 10.2 to 10.9). Then, it gives an overview of the possibilities within civil liability law to take account of the government's special position (sections 10.10 to 10.13). The Chapter ends with some conclusions (section 10.14).

10.2 The legislator and the executive – a material debate

The legislator and the executive regularly complain about the paralyzing effect of ever-expanding government liability. On the other hand, they themselves also contribute to this expanding liability by creating arrangements in various fields for compensation for loss resulting from administrative acts. It might therefore be expected that our government liability law occupies a special position as compared to the liability law applicable between citizens. Upon the introduction of the Civil Code in 1992 and the General Administrative Law Act in 1994 however the legislator expressly voiced the desire that government liability law, and the law of liability for decisions in particular, should connect as closely as possible with ordinary private liability law. This in fact has been the starting point of my analysis of government liability for public law decision making.¹

This final chapter summarizes my findings. It provides answers to the central question asked in this book, namely whether the executive's wish to limit government liability at certain times and expand it at others can be reconciled with the legislator's starting point to have ordinary liability law apply as much as possible to that government. It will be examined to what extent positive liability law offers possibilities to take into account the special position of the government as decision maker and where the boundaries of this law are reached, in which case intervention by the legislator is needed to bring about further adjustments if required.

¹ With the result that this analysis is grafted onto the body of private law concepts.

10.3 The courts – efficient distribution of jurisdiction

Now that the legislator has not enacted separate legislation for government liability, the courts play an important role in this area. The open-ended rule of Article 6:162 of the Civil Code offers the courts considerable room for legal interpretation with the result that the debate concerning government liability often centres around the case law of the Dutch Supreme Court [*Hoge Raad*] and, since the introduction of the General Administrative Law Act in 1994, around that of the highest administrative courts. On this issue, the administrative courts have proven to be more progressive than the civil courts by on some points giving their own interpretation of the requirement of the causal link, and more particularly by accepting the principle of *égalité devant les charges publiques* as an independent, extra-statutory basis for liability for lawful decisions. However, where the unlawfulness of appealable decisions is involved, the administrative courts when asked to determine damages usually follow the *Hoge Raad*. They do not usually assess this unlawfulness on the substance, but allow themselves to be led by the efficient distribution of jurisdiction between the administrative and the civil courts. And also where non-appealable decisions are involved, such as generally binding regulations, the courts provide only very brief reasoning as to when and why making such a decision produces an unlawful act.²

The civil courts and the administrative courts commonly make their judgment concerning the unlawfulness of public law decision making dependent upon the validity of the decision. As regards the substantive law of liability for decisions this has two opposing results. The fact that a decision is annulled in principle means that unlawfulness and attributability are a given, which leads to quasi strict liability for annulled decisions, a strict liability regime therefore. This strict regime also applies to the enactment of non-binding regulations. On the other hand, the courts assume that a decision is lawful as long as it has not been annulled or revoked (the doctrine of formal legal effect).³ Where appealable decisions are concerned, this erects a sturdy procedural barrier against liability.⁴ The disadvantage of this procedural approach is that it leaves few possibilities for further qualification. If a court is unwilling to annul the contested decision, for example, for reasons of important social interests, but on the other hand does not wish to deprive the injured party of compensation, the equation of validity to lawfulness poses an insurmountable obstacle. Vice versa, nullity will always lead to liability if the requirements of causality and relativity have been fulfilled. This lack of qualifi-

2 The casebook judgment of the Hoge Raad of 24 January 1969, NJ 1969 316, annotated by H.D., AA XVIII, 266, annotated by M.T. and G. (Pocket books II) is a good example of such very brief reasoning.

3 That the court assumes the lawfulness (the formal legal effect in the strict sense) of the decision as long as it has not been annulled or revoked is nothing out of the ordinary, as this, apart from in the case of nullity by operation of law, is true for all legal acts.

4 This is less the case for generally binding regulations, as the citizen can have the validity and lawfulness of (the enactment of) the regulations assessed in proceedings before a civil court. The civil courts, however, do not annul decisions, as their judgment is limited to the dispute between the parties, regardless of whether these concern individual decisions or decisions establishing generally binding regulations.

cation is especially awkward in planning law, as in planning law the role of the government is characterized by the promotion of diverging individual and collective interests. A typical situation is that the administration is forced to sacrifice the interests of an individual citizen for the purpose of serving a higher collective interest. The resulting decision is lawful, and will thus not be annulled, but the formal legal effect doctrine subsequently means that the injured citizen cannot enter a claim for damages based on an unlawful act.⁵

10.4 The current interpretation – liability is the central issue

If one considers the action for annulment as an act to force the executive to observe a legal duty, then the procedural link between bringing the action and its outcome on the one hand and the liability of the executive for the contested decision on the other hand is at first glance quite odd. After all, under civil claims law an action for observance of a legal duty and an action for compensation of damage suffered are on an equal footing. They can be brought separately, and the outcome of one claim in principle does not affect the outcome of the other. From the perspective of the civil law of obligations the link seems less remarkable, however. Both for the law of contracts and the law of unlawful acts (comparable to torts) the quite general opinion is that the substantive law criteria which determine the liability of the debtor/tortfeasor (Articles 6:74 and 6:75 of the Civil Code) also provide the framework for assessing an action by the injured party under Article 3:296 of the Civil Code for the purpose of observance of the legal duty incumbent upon the debtor/tortfeasor.⁶

In order to research this position I have used the example of the landowner whose freedom to pump up groundwater as he/she pleases is limited by a permit or a contract. If in those circumstances a fire breaks out at his/her neighbour's it will not commonly be questioned that in order to extinguish the fire he/she will be allowed to pump up more water than established in the permit or agreed in the contract.⁷ The question is, however, whether the landowner is now liable for the damage caused to the neighbouring water company due to the violation of the permit requirements or his/her contractual obligations. If one considers the fire as a circumstance producing justifying force majeure, this force majeure will stand in the way of both a successful action for an injunction under Article 3:296 of the Civil Code and a successful action for damages. For contractual relations, this follows from Article 6:75 of the Civil Code and, in tortious relations, from Article 6:162 of the Civil Code, still according to the opinion that these provisions govern both the action for observance of a legal duty and for compensation of damages.

5 Because the civil courts also base liability on the basis of the equality principle on Article 6:162 of the Civil Code, all avenues to obtaining damages before these courts are blocked in that case.

6 Strictly speaking, the right to bring a claim for compensation of damage to court also follows from Article 3:296 of the Civil Code. To avoid confusion, I only mention this provision in connection with the action for observance of a legal duty.

7 Assuming that no alternatives can be found within the perimeters of the permit or contract.

The way in which the *Hoge Raad* construed *Leffers* and the text of Article 6:168 of the Civil Code offer support for this interpretation of private law. Both concern the circumstance comparable to the example given that the government sacrifices the interests of the individual citizen for the sake of a higher public interest. In this context, both the legislator and the courts are of the opinion that the individual citizen has to be compensated by the government if he/she is being disproportionately prejudiced (as compared to other citizens). They base this government liability on an unlawful act. In that case, the higher interest is not a ground for justifying the government's act, as Article 6:162(2) of the Civil Code ('except for the existence of a ground for justification') would oppose liability from an unlawful act. However, if the higher interest cannot be a ground for justification, it cannot stand in the way of an action for an injunction under Article 3:296 of the Civil Code directed against the government's acts either.⁸ For this reason, a special statutory provision is needed (Article 6:168 of the Civil Code) which determines that an unlawful act cannot be prohibited if for reasons of important social interests it should be tolerated.

My objection against this interpretation of unlawful act is that the qualification unlawful is not linked to the act, but to its consequences (disproportionate damage). This is not consistent with the text and the established interpretation of Article 6:162 of the Civil Code.⁹ Article 6:168 of the Civil Code serves as an emergency brake to avoid the circumstance that behaviour which from a social perspective is entirely lawful or even required, is prevented.

In the contractual sphere, it is also possible that a higher interest is on a tense footing with the performance of the agreement. If however the parties have excluded reliance on force majeure, a breach of performance under Article 6:75 of the Civil Code (out of a legal act) will be attributed to the debtor. According to the position mentioned above, namely that Article 6:75 of the Civil Code not only provides the criteria for liability, but also for an action for observance of a legal duty, the debtor is in that case unable to counter a claim for observance of a legal duty under Article 3:296 of the Civil Code from the creditor by relying on the higher interest. Here too making damage and liability the focal points therefore has consequences for the claim for observance of a legal duty under Article 3:296 of the Civil Code. From a social point of view it would seem to me to be unacceptable that the debtor may bind himself so strictly to the creditor that he/she is no longer free to serve a higher interest in a given case and to this end sacrifice the creditor's interest in observance of the duty.¹⁰ The legislator (Article 611d of the Code of Civil Procedure) and case law have provided for this dilemma by assuming in such a case that observance is subjectively impossible.¹¹ My objection against this inter-

⁸ In the context of *Leffers*: a claim to render the generally binding regulation inoperative.

⁹ This is clearest in the case that the damage was unforeseeable at the time of the government's act.

¹⁰ Although in relations between citizens it will rather be the exception that the debtor may let the interests of a third party prevail over those of the creditor. This is different for the government, especially in planning law.

¹¹ In addition, in government contract law reliance on unforeseeable circumstances under Article 6:258 of the Civil Code is more readily upheld, based on which the contract can be amended or terminated. It remains unclear, however, why in those cases the government is still bound to pay damages based on breach of contract. After all, after the contract is amended the breach no longer exists.

pretation of the law of contracts is that on the one hand the parties are left free to determine that a higher interest will not constitute an (attributability-excluding) ground for justification, while on the other hand the concept of ‘impossibility’ is stretched to such an extent that if the higher interest does occur observance cannot be required anyway. This then turns Article 611d of the Code of Civil Procedure into an emergency brake to avoid that behaviour which from a social perspective is entirely lawful or even required, is prevented.

10.5 My proposal – make behaviour the focal point

In my view, another interpretation of private law is possible which not only fits in more comfortably with the statutory system, but also removes the automatic link between liability and observance of a legal duty. In this interpretation, the acting party’s acts (in this book: the government’s decisions) are the focal point. If these acts are lawful or even required, the behaviour is not unlawful and cannot be prohibited. Making behaviour the focal point is consistent with the text of Article 3:296 of the Civil Code that limits the court’s power to impose an injunction to ordering an act, the handing over of a matter or an omission, i.e. limits it to the defendant’s behaviour.

The presence of a higher interest may justify behaviour that would initially be unlawful for violating the interests of the injured party as protected by law (violation of a legal duty). This ground for justification bars an action by the injured party under Article 3:296 of the Civil Code to move the acting party to observe its (initial) legal duty. Observance of this legal duty must make way for the promotion of the higher interest. The advantage of this interpretation of the concept of ground for justification is that it is universal. Both in contractual relations and in non-contractual relations the presence of a ground for justification prevents an action for observance of a legal duty under Article 3:296 of the Civil Code from being successful. For this reason, I consider it advisable that the phrase ‘except for the existence of a ground for justification’ be included in Article 3:296(1) of the Civil Code. Making the acting party’s acts the focal point moreover has the advantage of the law urging it to serve the interest that is the most important. If this is what he/she does, then he/she will be acting lawfully. This is not the case under the system of Article 6:168 of the Civil Code in which the acting party which allows an important social interest to prevail may still act unlawfully. In my view, the unlawfulness in such cases is not linked to the acting party’s actions, but to the consequences of its acts, which is inconsistent with the statutory system. Article 6:168 of the Civil Code should therefore be repealed.¹²

The next step is to understand that the question of the liability of the acting party is not necessarily the same as the question of whether the acting party’s behaviour was or was not lawful. Its liability may very well be linked to the occurrence of

¹² See section 5.8.

damage without its behaviour per se being unlawful. In extra-contractual law this is the case for strict liability; in the law of contract this goes for certain obligations to bring about a certain result.¹³ It therefore makes sense to distinguish more clearly between the various actions which citizens can bring. If it concerns an action for observance of a legal duty, the acting party's behaviour is the focal point. If it concerns a liability claim, the focus is on the consequences of the behaviour.

This distinction between behaviour and consequences is also meaningful in the context of legal protection against government decisions. In the case of a non-appealable decision, the court may then decide that its issuing (behaviour) was lawful, but that there is nevertheless liability for the resulting damage (consequences). How this works is set out in the next two sections.

As regards appealable decisions, my proposal no longer puts the emphasis on the distribution of jurisdiction, but on the object of the citizen's claim, in the following way.

1. The action for annulment aims to induce the public authority's observance of a legal duty, i.e. to make a lawful decision. That a special avenue for court recourse with shorter time-limits for appeal has been created for this action may be explained from the fact that – especially in planning law – society benefits from obtaining clarity quickly concerning the altered legal situation which the public authority is creating. If this claim operates as an adequate action for observance, government behaviour must be central to it.¹⁴ In the test of this behaviour the existence of a higher interest may justify the sacrificing of other interests. In that case, the decision remains intact despite this infringement: making that decision is lawful.
2. The claim for damages (out of contract and out of unlawful act) is intended to secure compensation from the government for the sacrifice involved in the decision. As government liability does not affect the interests of third parties, short time-limits for appeal are not needed. In the claim for damages the consequences of the government action are the focal point. In answering the question of whether the government is liable, the lawfulness of the government action and the existence of a higher interest may play a role, but this is not absolutely necessary.

It is therefore quite possible within our system of private law to distinguish between the (outcome of the) action for observance and the claim for damages. The system does not on principle rule out solutions for the cases described in section 10.3 in which it is desirable to leave the decision intact, but where it is still concluded that there is liability, or vice versa. However, by this systematic observation it still cannot be concluded that private law can truly offer solutions for the problems outlined. For this reason it has been examined what determines the government's liability for its decision making.

13 After all, the fact that a higher interest stands in the way of observance of a legal duty does not mean that the parties cannot agree that the debtor is nevertheless liable for the breach.

14 See hereafter section 10.8.

10.6 Liability out of contract – behaviour and consequences

According to Article 6:74 of the Civil Code, contractual liability is linked to the – neutral – concept of breach of contract. Not the behaviour of the breaching party, but what is required by the contractual obligation is the focal point. Based on Article 6:75 of the Civil Code the debtor is liable for the breach if the breach may be attributed to him through fault, statute, a legal act or generally prevailing opinion.

Because an action for observance of a legal duty under Article 3:296 of the Civil Code is limited to the permissibility of the debtor's behaviour (a test of lawfulness), the criteria for whether an action for observance will succeed are not the same as those for liability under Articles 6:74 and 6:75 of the Civil Code. It is possible that the debtor despite acting faultlessly still fails in the performance of his/her contractual obligation, especially when this obligation is to bring about a certain result. Nevertheless, the breach may still be attributable to him/her under certain circumstances. In that case, we are dealing with breach of contract without any unlawful behaviour on the part of the debtor. The same is true when there is a ground for justification: this prevents performance, but does not necessarily bar liability.

The distinction between an action for observance of a legal duty and a claim for damages is relevant in the law of liability for decisions in cases where the government is contractually bound to make a certain decision (agreement as to competence). In certain circumstances the government can defend itself against an action for performance of the agreement by relying on a higher interest. If that higher interest gives rise to a ground for justifying non-performance, the action for performance under Article 3:296 of the Civil Code will fail: in that case, non-performance is lawful. In this sense the government is an unreliable contractual partner. As the promoter of the general interest it is more often than the citizen in a position to invoke a higher interest that justifies non-performance.

The existence of the ground for justification does not however necessarily bar liability. After all, the government has breached the contract. Whether this breach is attributable depends on what the parties have agreed, on the culpability of the breach and on prevailing opinion. The government may limit its contractual liability – certainly where government decision making is concerned – by entering into obligations to perform to the best of one's ability rather than assuming obligations to bring about a certain result. It can further exonerate itself in respect of faulty decision making, except in case of intent or gross negligence. If the government does not take these courses of action, the existence of a higher interest justifying the taking of a decision with a different content will generally not bar contractual liability. Thus, in the field of liability the government does remain a reliable contract partner.

10.7 Liability out of an unlawful act – only behaviour

According to Article 6:162 of the Civil Code liability is only possible for unlawful behaviour. Paragraph 2 defines unlawful behaviour as the infringement of a right or the violation of a written or unwritten legal duty, save for the existence of a ground for justification. Liability under Article 6:162 of the Civil Code therefore depends on the lawfulness of the behaviour of the acting party. Under the law of unlawful acts, the criteria for claims for an injunction under Article 3:296 of the Civil Code are therefore (partly) the same as for liability under Article 6:162 of the Civil Code. For both actions it is decisive whether there is a violation of a legal duty (arising out of rule-prescribed behaviour) for which there is no ground for justification. Now that rules prescribing behaviour cannot always sufficiently guarantee the balance of interests envisaged by the legislator, it has created certain strict liabilities in Division 6.3.2 of the Civil Code which make liability possible despite permitted and thereby lawful behaviour.

That liability under Article 6:162 of the Civil Code is based on a test of behaviour means that the existence of a ground for justification not only prevents an action (for observance of a legal duty) under Article 3:296 of the Civil Code, but also that it removes liability from the act. It is for this reason that I consider that the case law of the *Hoge Raad* is faulty where the *Hoge Raad* construes liability arising out of an unlawful act for ‘in itself lawful’ government acts.¹⁵ This liability is not based on the lawfulness of the government’s acts, but follows from the ‘disproportionate’ consequences of those acts. In my view the administrative courts have adopted a more correct approach where they construe strict liability from the principle of *égalité*. The administrative courts consider permitted government action as lawful and base possible liability for that behaviour on a foundation that is separate from their evaluation of lawfulness. This has the positive effect that the link between the action for annulment and the claim for damages is at least partly severed. One objection is however that the courts have hereby created a strict liability outside of the statutory system which is not quite consistent with Article 6:1 of the Civil Code. In my view the legislator would do well – following existing administrative practice – to codify arrangements for compensation for loss resulting from administrative acts in specific cases or policy fields and thus create the legal basis required by Article 6:1 of the Civil Code for this type of obligation to pay damages.¹⁶ As long as that has not been done, the courts in interpreting the obligation out of *égalité* will have to let themselves be guided by existing statutory and policy rules.

15 Whereby the *Hoge Raad* in my view means to say that the government act is lawful and cannot be prohibited. With this it cannot have intended Article 6:168 of the Civil Code, as this provision concerns unlawful behaviour.

16 Whereby a provision like Article 49 of the Spatial Planning Act can be considered a minimum codification. This provision *de facto* leaves the determination of the boundaries of liability to the courts, with the result that the executive subsequently complains about the unbridled expansion of liability which the courts indulge in.

The recognition of the principle of *égalité* as an independent basis for government liability offers to the legislator and the executive possibilities for directing liability. The scope of this liability in my view to a large extent depends on opinions concerning the social acceptability of certain instances of damage. It is primarily up to the legislator and secondarily to the executive to further define this concept, which offers the possibility to establish either wide or limited government liability in concrete cases. This is already the case in practice, for example, as a result of the introduction of a threshold for liability and exclusion of foreseeable damage. As Article 6:1 of the Civil Code prohibits the courts from establishing obligations to pay damages outside the statutory system, the executive can largely determine its own liability itself (in the shape of rules for compensation for loss resulting from administrative acts) as long as the legislator does not create a general basis for compensation to be further defined by the courts, such as Article 49 of the Spatial Planning Act and Article 15.20 of the Environmental Management Act.¹⁷ How the executive further defines the concept of ‘social risk’ will only be open to judicial control to a limited extent. The courts’ role should in my opinion further be limited to the protection of interests that have not already been taken into account by the legislator or the executive.

That liability can depend on other factors than just the behaviour of the acting party does not alter the fact that liability under Article 6:162 of the Civil Code is still firmly based on a test of behaviour. This lends support to the idea that if the courts declare a decision null or a rule inoperative, the government is liable for having issued that decision or rule. At least, if the action for annulment indeed focuses on the lawfulness of the behaviour of the executive as the decision maker. In the previous sections, I have taken this as the starting point, thereby following the case law of the *Hoge Raad*. The court decision concerning the claim, i.e. declaring the decision null or leaving it intact, does not however point to a test of behaviour, but to a test of the validity of a legal act governed by public law. A decision made lacking the competence to make it, for example, is annulled, but it is not immediately clear why making a decision lacking this competence is unlawful, like the case law presumes. For this reason, it is also defended that not every annulment should lead to the qualification ‘unlawful’. In order to assess whether this criticism has any real basis, I have further analyzed the relationship between the validity test of the action for annulment and the behaviour test of the action out of an unlawful act.

¹⁷ It goes without saying that the executive is of course bound by higher law, such as Article 1, Protocol I, ECHR. The executive’s grip on its own liability is reduced as the courts allow themselves greater freedom in establishing liability based on unwritten principles of law.

10.8 An invalid decision results in an unlawful act

The legislator has remained silent on the question of when making a decision is unlawful. Article 8:72 (1) of the General Administrative Law Act limits itself to the statement that the court shall partially or wholly annul the contested decision if the appeal is well-founded. In case law there is a tendency to base unlawfulness on outward (formal) criteria: breach of the law or a general principle of law. This formula however offers very little insight into the question which precise legal duty was breached by the executive and how this legal duty relates to the legal duties of the executive in its actual actions. Where the legal act governed by public law itself is concerned, these legal duties may be divided into three categories:

- a. the duty to exercise a certain power if circumstances so require;
- b. the duty not to exercise a certain power for a different purpose than for which it was given;
- c. the duty not to exercise a certain power if this disproportionately harms the interests directly involved in relation to the purpose for which the power is exercised.

In these categories, the legal effect, the operative part of the decision, is the cause of the damage. Not only the legal effect, but also the information contained in the decision may give rise to damage if citizens let their actions be guided by this information. The cause of the damage in that case is not the operative part of the decision, but its reasoning. The decision maker may be liable if the information included in the decision is incorrect. This liability is based on a violation of:

- d. the legal duty to provide factually correct information and legal judgments.

It is comparable to liability for incorrect information provided prior to or following the making of the decision.

Finally, I have not considered faults in the process of making the decision, as these have little relevance where the contents of the decision (operative part and reasoning) are correct.

The grounds for unlawfulness referred to under a to d under positive law lead to the decision in question being annulled. They do not explain, however, why a (voidable) decision made without competence results in an unlawful act. After all, this does not involve the violation of a rule of public law (regulation), but a lack of public law basis (attribution). The absence of this basis however does not alter the fact that the decision is binding on the citizen as long as it is not annulled or revoked and that it may therefore cause damage. This led to the understanding that the unlawfulness of decisions taken without competence does not so much follow from the violation of a legal duty, but from the fact that a subjective right of the citizen in question is infringed without any justification.¹⁸ In the case of a deci-

18 One of the categories of unlawfulness under Article 6:162 (2) of the Civil Code. This subjective right is infringed due to the fact that the decision unilaterally limits the citizen's freedom to make use of that right or unilaterally cancels the previous protection of that right. This understanding however, requires a less restricted construction of a 'subjective right' than usual.

sion made with competence, this justification may be found in the statutory provision on which the decision is based.

It subsequently emerged that this line of reasoning is wider in scope than only covering decisions made without competence. Also in cases where the executive exercises an existing power contrary to public law subjective rights are infringed without sufficient basis in the law.¹⁹ This means that the grounds for unlawfulness referred to above under b and c may be grouped together with the decision made without competence under the joint heading: infringement of a subjective right.

A combination of the grounds for unlawfulness referred to under a, b, c and d with decisions taken without competence gives an exhaustive overview of the joint grounds for on the one hand the invalidity of a decision and on the other hand the unlawfulness of making that decision.

1. Violation of a written or unwritten legal duty that requires the exercise of a power. The cause of the damage is always the operative part of the decision (the either notional or non-notional refusal to exercise the power). The causal link may be found in the omission on the part of the executive.²⁰
2. The infringement of a subjective right due to the unilateral amendment of a legal relationship without sufficient competence (attribution), or by crossing the boundaries set by public law in the given case (regulation). The cause of the damage is always the operative part of the decision (the legal act). The causal link may be found in the fact that the citizen is bound by the validity of the decision as long as it is not annulled or revoked.²¹
3. Violation of an unwritten legal duty to provide correct factual and legal judgments in the decision's reasoning. The cause of the damage is the reasoning of the decision. The causal link may be found in the fact that citizens' actions are guided by the decision (disposition).²²

Grounds 1 and 2 are mutually exclusive. Ground 3 will generally occur in addition to grounds 1 and 2. What are termed 'administrative legal judgments' will only be unlawful based on ground 3, as they are not intended to have legal effect.

The *Hoge Raad* starts from the unlawfulness of a decision that has been annulled so as to prevent that it has to answer the same questions of law as those submitted to the administrative court in the claim for annulment. It does not explain, however, why in the framework of the lawfulness test it has to answer the *same* question of law. The conclusion of my analysis is that from a substantive law perspective it is indeed the same question of law. There are two reasons for this. The first is that the validity test is much more comprehensive under administrative law than under private law. In an action for annulment the lawfulness of the government act

19 If the lack of competence is the result of faulty delegation or mandate, the principle of legality is not necessarily compromised. This is why for those cases I have proposed a possibility to confirm comparable to Article 3:69 of the Civil Code.

20 Option a reworded.

21 Options b and c synthesized with the unlawfulness of making a decision without competence.

22 Option d reworded.

on which the decision is based has to be tested against substantive law in its entirety. The action for annulment is a fully-fledged action to move the executive to observe its legal duty.²³ The second reason is that the fact that a decision was made without sufficient competence not only affects the validity of the decision, but also the lawfulness of its making.

This means that if the citizen opts to bring an action for observance (in the case of appealable decisions in the shape of an action for annulment and in the case of generally binding regulations in the shape of an action to declare them inoperative), the outcome of this action is decisive for the liability of the executive, at least where unlawfulness is concerned. The courts tend to attribute this unlawfulness to the executive based on generally prevailing opinion, as it is more reasonable to let the collective bear the expense of damage suffered by an individual citizen caused by a decision of which it later becomes clear that it was based on an incorrect interpretation of the law, than to let this expense be borne by the citizen in respect of whom the legally incorrect decision was made. The government is therefore in principle liable for decisions which are annulled (and for decisions revoked due to a violation of the legal duties mentioned).²⁴

10.9 Liability and annulment: equal remedies

That a successful action for annulment leads to government liability fits in well with ordinary liability law. If a court upholds an action for an injunction because a legal duty has been violated, unlawfulness will, based on *res judicata*, be considered a given in a subsequent action for damages. After all, in order for both actions to be successful the lawfulness of the challenged behaviour is decisive. The citizen may also however limit him/herself to bringing an action for damages and not bring an action for performance. Under ordinary liability law, the court in that case has to perform a material assessment of the lawfulness of the challenged behaviour. In the law of liability for (appealable) decisions this is different. As long as the challenged decision is not annulled or revoked, the court will not only assume the validity of that decision, but also the lawfulness of the government behaviour on which it is based: the doctrine of formal legal effect. This doctrine is in my view rightly being criticized.

Apart from the fact that the notional lawfulness referred to is neither based on the law, nor fits in with ordinary liability law (contrary to the legislator's intentions), it also leads to pressure to bring actions. The duty to start proceedings against the

23 On the understanding that it follows from the division of state powers that the administrative courts are often unable to deal with the case themselves, but have to be content with ordering the executive to make a lawful decision (Article 8:72 (4) of the General Administrative Law Act). This restriction applies equally to the civil courts.

24 It is not a strict liability like under Division 6.3.2 of the Civil Code, because the liability is in fact firmly based on unlawful behaviour. An element of strictness can however be recognized in the attribution in accordance with generally prevailing opinion.

validity of a decision in order to safeguard claims for damages is especially difficult to stomach if the interest involved in the annulment or revocation of the appealable decision has ceased to exist. The arguments provided by case law and the literature to defend the doctrine of formal legal effect fail to convince.

That the civil courts are not allowed to assess the lawfulness of appealable decisions because the legislator has reserved this assessment for the administrative courts (the argument of specialization) is not based on reality – even in the current system. The civil courts for example evaluate the lawfulness of primary decisions which the executive has itself revoked. Moreover, the specialization argument fails to explain why the administrative courts themselves also (in proceedings concerning independent decisions on damage) apply the doctrine of formal legal effect.

The argument that society benefits from speedy clarity concerning the decision made (the legal certainty argument) holds true where the validity of the decision is concerned. Especially in planning law it is in the interest of all the parties involved that uncertainty concerning the legal relationships which the decision creates does not persist for too long. However, for government liability the argument of legal certainty will not stand up. Given that certainty concerning liability for non-appealable decisions and factual acts does not emerge within six weeks, it is not clear why this should be different for appealable decisions.²⁵ Furthermore, the third parties involved in the decision do not have an interest in speedy clarity on this point either. After all, they are not part of a liability claim against the government.

That it must in the end be prevented that different courts give different answers to the same legal question (the correlation argument) is in itself a worthy purpose. However, that purpose does not justify the pressure to start proceedings that follows from the doctrine of formal legal effect, as it could also be realized by judicial consultation and harmonization of case law. The *Hoge Raad* also makes use of this possibility in cases where it accepts an exception to the doctrine of formal legal effect and thus indeed has to provide an assessment of unlawfulness on the merits.

Now that the legislator has expressly stated that the law of government liability must as far as possible correspond to ordinary liability law, the notional concept of lawfulness as implied in the doctrine of formal legal effect will have to be abandoned. Like under ordinary liability law, it should also be true for legal protection against government action that the citizen can make use of two equal legal claims: an action for observance of the executive's legal duty (Article 3:296 of the Civil Code, the action for annulment) and an action for damages (Article 6:162 of the Civil Code, independent decision on damage).

In my opinion, it would be possible to create more balance in the system of how jurisdiction is distributed between the civil and the administrative courts, if in this

²⁵ That the action for liability would have a consequential effect on the validity of the decision is prevented by the admissibility policy to be discussed further on.

system the focus were not on the legal question to be resolved (the *fundamentum petendi*), but on the claim brought (the *petitum*). Only in cases where a special court has exclusive jurisdiction to assess and decide on the claim brought, the civil court lacks jurisdiction. In such cases the civil court will declare the claim inadmissible. In fact, the admissibility policy of the *Hoge Raad* actually leaves room for such an interpretation.

By and large, my proposal essentially includes that a claim directed against the legal effects of an appealable decision (the validity) will commonly lead to inadmissibility before the civil court, due to the fact that the administrative court has jurisdiction to cancel these legal effects by annulment. In a claim for the removal of the factual consequences of a decision (for example by means of an award of damages) the claimant mostly will find his/her claim admitted before the civil court, as here the administrative court does not have (exclusive) jurisdiction to judge the matter. This may give rise to the situation where the civil court is called upon to answer the same questions as the administrative court. If before both courts the same parties and the same decision are implicated, it would seem reasonable for the civil court to await the judgment of the administrative court, which judgment would subsequently become binding as between the parties. In other cases, the judgment of the administrative court lacks such binding force, but it still makes sense that the civil court while assessing the lawfulness of the decision making allows itself to be guided by the case law of the administrative court. However, the civil court is free to uphold the claimant's argument that the assessment of the administrative court of a claim other than his/her own is faulty.²⁶

In the system for distributing jurisdiction proposed here there is no room for the doctrine of formal legal effect.²⁷ The claim is decisive for whether the civil court declares it admissible. If it does, then nothing prevents it from testing the lawfulness of the government action in its entirety. Only in cases where the administrative court has already delivered a decision on the challenged decision, it makes sense that the civil court in principle follows this decision, albeit that it is not binding if delivered on a claim other than that of the claimant.

10.10 Restriction of liability for decisions – fault and attribution

The executive will not welcome the outcome of the two preceding sections. On the one hand the case law concerning annulled decisions has proven to be correct, while on the other hand the absence of liability for decisions that have remained intact, the doctrine of formal legal effect, has been rejected. Both results follow from civil liability law. The conclusion is obvious: the legislator has to abandon its position that the law of government liability must correspond as closely as possi-

²⁶ For example where this assessment is the result of a badly reasoned claim.

²⁷ At least, not as a concept of notional lawfulness. That a decision is valid (has legal force) as long as it has not been annulled or revoked is no different in my proposal.

ble to civil liability law. After all, it cannot be intended that a citizen knowingly omits to object and appeal against a decision only to bring a substantial claim for damages against the government much later?

This example may be instinctively appealing, but does not necessarily compel legislative interference, as also under the current system the civil court is able to take the fact into account that the legislator has provided all kinds of procedural guarantees for the making of decisions. It may conclude from these that a citizen in the given circumstances has insufficiently limited his/her damage if he/she has not availed him/herself of the possibility to point out to the executive his/her objections against the decision in the procedure provided for this purpose. This wholly or partly removes the liability of the executive by operation of Article 6:101 of the Civil Code.

Only in exceptional cases will the reproach be justified in the framework of Article 6:101 of the Civil Code that the citizen after having followed the administrative preparatory procedure has not made use of his/her possibilities to appeal to the administrative court. The existing (restrictive) case law concerning the application for preliminary measures to limit the damage can be taken to set the standard in this respect. It is after all primarily up to the executive to reconsider unlawful decision making.

The difference with the doctrine of formal legal effect is that this doctrine requires in all cases that proceedings must continue to the point where the decision which caused the damage is either annulled or revoked. This is not the case in the context of Article 6:101 of the Civil Code. If the citizen has sufficiently informed the executive of his/her objections against the decision and especially if he/she does not or no longer have an interest in the decision being revoked, any claim on the part of the executive as to the citizen's own fault must fail.

The attributability requirement of Article 6:162(3) is not a suitable means according to positive law to limit government liability where such liability is partly the result of circumstances which are attributable to the citizen.²⁸ This criterion for attributability does not concern the mutual contributions to the occurrence of the damage like Article 6:101 of the Civil Code, but concerns the question whether there is reason to attribute the unlawfulness of the taking of the decision to the executive or not. The behaviour of the injured citizen may of course influence the question of fault, but it has by now become established case law that attribution of unlawful decisions takes place pursuant to generally prevailing opinion based on the idea of the spreading of risk. The idea of the spreading of risk does not in fact provide clear boundaries for government liability. Now that attribution based on generally prevailing opinion forms a connecting link between fault liability arising out of an unlawful act and strict liability, the courts could base attribution based on generally prevailing opinion – just like the granting of compensation for loss resulting from administrative acts – on the principle of *égalité*. The inherent

28 See also section 3.5.

requirement of inequality contained therein will always be met, now that the unequal treatment is already included in the unlawfulness. By contrast, the criterion of ordinary social risk may, however, limit attribution in accordance with generally prevailing opinion. For example, the costs of the proceedings in the objections phase are apparently considered by the legislator to form part of the ordinary social risk run by the citizen, as in Article 7:15 (2) of the General Administrative Act it has excluded attribution in accordance with generally prevailing opinion.

10.11 Restriction of liability for decisions – causal link

The abolition of the doctrine of formal legal force as an element alien to the system does not therefore mean that the floodgates to government liability are thrown wide open. The same is true for maintaining the case law natural to the system based on which an annulled decision produces an attributable unlawful act. Case law shows that the requirement of an adequate causal link in the sense of a *conditio sine qua non* in many cases bars government liability for unlawful decision making. The government is not liable for the part of the damage which would have been suffered anyway had the government taken a lawful decision.²⁹ This in itself important restriction of liability for decisions has not been analyzed further in this book, as it is an elaboration of the principle of *restitutio in integrum*, which entitles the citizen to in principle full compensation, and no more than that.³⁰

Besides being factually restricted by means of the *conditio-sine-qua-non* link, the degree of liability is further restricted by normative factors. Article 6:98 of the Civil Code provides that compensation can only be claimed for damage which is related to the event giving rise to liability in such a fashion that the damage, also taking into account its nature and that of the liability, is attributable as a result of this event. However, it is not that simple to determine what this provision means for the law of liability for decisions. It could be said that the nature of ‘pseudo-strict liability’ for annulled decisions should lead to limited attribution, as is the case for the statutory strict liabilities of Division 6.3.2. of the Civil Code.³¹ On the other hand, limited attribution of the damage is diametrically opposed to the idea of spreading the risk based on which it is more reasonable to charge the damage resulting from an unlawful decision to society than to the injured party.

The requirement of the causal link thus on the one hand imposes clear limits on liability for decisions, but on the other hand seems less well-suited to act as an instrument for the courts to direct the degree of this liability.

29 In the case of discretionary powers, the court has to establish what decision the executive would have taken within the boundaries of lawfulness, eliminating the unlawfulness from the equation.

30 See my contributions in the Gemeentestem (2005) and the NTB (2002). The principle of *restitutio in integrum* itself will still briefly be touched upon in section 9.14.

31 With the aside that liability for annulled decisions is based on a test of behaviour. The risk element is not part of the unlawfulness, but of the attribution.

10.12 Restriction of liability for decisions – unlawfulness

That annulment means that unlawfulness is in principle a given, implies that the civil court has no possibilities to influence government liability for appealable decisions on this point. The administrative court conversely does – indirectly – have this possibility by its testing of the decision in the course of the claim for annulment. After all, as has emerged from section 10.6 the basis for both annulment and unlawfulness is the same violation of a legal duty. If this legal duty is statute-based, room for deviation remains limited to the discretion which the executive and the courts have in the interpretation of that statute (room for assessment). If however the legal duty derives from legal principles, as is the case in the testing of the exercise of discretionary powers against the general principles of good governance, the court has some leeway to define the boundaries of lawfulness (around the space for discretion) either more broadly or more narrowly. The categorization given in section 10.6 of legal duties resting upon the executive in decision making enables the drawing of several conclusions concerning the degree to which the administrative courts may influence liability for decisions within the current statutory framework.

First, the violation of a written or unwritten legal duty to exercise a power. The executive will not be able to escape from the existence and the scope of this legal duty if it follows from an express statutory assignment, such as the duty to grant a building permit if no grounds for refusal are present. If the legal duty derives from unwritten law however, a change of direction can also be realized without interference from the legislator. Every time that the executive manages to convince the court that no legal duty is incumbent upon it, for example to take enforcement action, government liability from an unlawful act is forced back a step. In the case of unwritten law, the court plays a central role in determining whether and if so to what extent a legal duty to exercise a power follows from a public task.

Second, the infringement of a subjective right by the unilateral amendment of a legal relationship absent sufficient competence (attribution) or by exceeding the limits which public law imposes in the given case (regulation). The executive will not be able to escape from the existence and the scope of this legal duty if it follows from an express statutory restriction, such as the duty to refuse a building permit when a ground for refusal occurs. However, if the legal duty derives from unwritten law, a change of direction can also be realized without legislative interference. The reticent testing by the court against Article 3:4(2) of the General Administrative Law Act (proportionality) for example not only leads to fewer annulments, but also to a restriction of liability for decisions.

Third, the violation of an unwritten legal duty to provide correct factual and legal judgments in the decision's reasoning. Liability here is not solely dependent upon the incorrectness of the judgment, but also upon the question to what extent the citizen could reasonably rely on it. The court plays an important role in this respect, for example by judging that the permit holder cannot rely on the definitive validity of his/her building permit before it has become irrevocable. The exec-

utive may possibly also restrict its liability itself by properly informing the citizen concerning the value of the judgments given in the decision. A public body taking a decision concerning a benefit based on an assessment of capacity for work could, for example, inform the employee concerning the scope of this assessment, for instance to what extent it is relevant for the private law relationship between him/herself and his/her employer. Likewise, an inspector or supervisor may inform the citizen in question that the inspection or supervision does not release him/her from his/her own responsibility to ensure that his/her ship or business fulfils the statutory requirements. Information from the authorities may prevent that citizens accord greater scope to a decision than it actually has based on the statutory rules.

10.13 Restriction of liability for decisions – relativity

The recent case *Duwbak Linda* has demonstrated that the requirement of relativity under Article 6:163 of the Civil Code can develop into a relevant restriction of government liability, especially in planning law.³² In this book, research into the doctrine of relativity has remained limited. Some relevant conclusions may still be drawn, however.

In the case of a violation of a legal duty to exercise a power the requirement of relativity plays a part when the exercise of this power served to protect specific interests (of third parties). Liability for faulty supervision and enforcement for instance should in my opinion be limited to the interests (of third parties) which the rules in question aimed to protect. If however the exercise of the power served to cancel a prohibition or another restriction, then the requirement of relativity in my view is not implicated, as the principle of legality safeguards all interests against government-imposed restrictions upon freedom lacking sufficient statutory basis. In case the unlawfulness is rooted in the infringement of a subjective right due to the unlawful exercise of a power, the effect of relativity is not essentially different. It limits the liability to those third-party interests for whose protection the rules in question were created (such as in the granting of a permit), but does not play a role where the unlawful restriction of the freedom of a person for whom the decision is intended is concerned (such as in the imposition of further requirements).

The application of the doctrine of relativity to the violation of a legal duty to provide correct factual and legal judgments in the reasoning of a decision is the most awkward. As is more often the case with duties of care, unlawfulness and relativity are difficult to distinguish here. It will therefore be of little value as a separate criterion to limit government liability.

The distinction between the different legal duties made above in section 10.6 has shown that concurrence often occurs in cases of unlawful decision making, whereby the unlawfulness is not only rooted in a violation of public law, but also in a

³² In the case of decisions that serve to create a (financial) obligation the role of the doctrine of relativity is usually limited.

violation of an unwritten duty of care that requires providing correct factual and legal judgments in a decision. This kind of concurrence under the relativity doctrine results in what is known as the ‘Langemeijer correction’: even if the public law rule which has been violated does not aim to protect the affected interest of the injured party, the government may yet be liable in respect of him/her if the violation of the duty of care referred to does produce an unlawful act vis-à-vis him/her.

10.14 Conclusion

What, now, is the conclusion of this treatise?³³ Not that I argue in favour of expanding government liability for the decisions which it makes. It is true that my analysis has brought to light certain restrictions of liability for decisions which are difficult to reconcile with the statutory system, but my reasoning was not intended to say that the motives for these restrictions are improper or incorrect. I am aware that there may be excellent reasons to restrict (or expand) government liability, but in my view, these considerations are essentially political.³⁴ In this book, it has been examined what the consequences are of the choices made by the legislator and whether the case law is in line with these choices. The aim of this was to gain insight into the way (through legislation, through case law) in which a desired expansion or restriction of liability for decisions may be shaped.³⁵

According to the legislator, the government is in principle subject to the same substantive liability law as the citizen is. I have examined whether the positive law of liability for decisions which has largely been shaped by the courts fulfils this starting point. This analysis has produced an insight into the possibilities which the courts have to take the special position of the government as decision maker into consideration and where legislative intervention is inevitable for introducing further corrections to liability for decisions.³⁶ In my opinion, it would appear undesirable that the legislator sticks to its starting point as just mentioned, while the courts, either on the instigation of a driven advocate-general or the Van Kemenade committee or otherwise, consciously or unconsciously create law for liability for decisions which does not correspond to this starting point.

My main point of criticism of the case law is that it has distributed jurisdiction among the various courts based on the cause of the action (the *fundamentum petendi*) of a citizen against the government. If a citizen has not or has unsuccessfully brought an action, any action of his/hers based on the unlawfulness of (the making of) that decision will fail. This has led to an admissibility policy and a notional concept of lawfulness (formal legal force) that do not properly fit in

33 Where ‘lawful government acts’ are concerned I have defended – on contrary – the view that the courts in the light of Article 6:1 of the Civil Code have expanded this liability beyond what the law permits.

34 See section 3.5 and the end of this section.

35 See section 3.5.

36 The problem presented in section 3.6.

with ordinary liability law. They moreover give rise to procedural obstacles even if under substantive law the action would be sustainable. In my view, this shortcoming could be remedied without any amendment of the law, if the courts would let their preparedness to assess claims on the merits depend not upon the cause of the action, but rather upon the contents of the claim itself (the *petitum*). An assessment of the contents would then only be left aside if the claimant could have obtained a judgment on his claim in special proceedings offering sufficient legal protection.

The courts' approach as geared towards the cause of the action is also unfortunate where it comes to the testing of the claim against substantive law. When the courts consider 'the unlawful act' or 'the breach of contract' as the basis for both the action under Article 3:296 of the Civil Code for the observance of a legal duty (the action for observance) and the action for damages (the action out of liability), they will be ill-equipped to deal with cases where for example they do not wish to issue an injunction, but do wish to grant damages, or vice versa. In my view, here too a *petitum*-geared approach could prove illuminating. It would make clear that the action which is intended to move the executive to observe its legal duty (Article 3:296 of the Civil Code) concerns government *behaviour*. The only and necessary requirement for this action to succeed is that the challenged behaviour was not permitted and thus unlawful.³⁷ Claims for damages on the other hand are geared towards undoing the *consequences* of government behaviour. An attributable failure to perform or an unlawful act may be used to serve as the basis of this action, or statutory strict liability. For liability to arise it is therefore not always necessary that the government should have acted unlawfully.

To hold the government liable for lawful behaviour (the 'lawful government act'), like the *Hoge Raad* does, does not fit in with the system of the law though. By this case law an extra-statutory strict liability has actually been created which does not relate comfortably to the semi-closed system of obligations. Article 6:168 of the Civil Code which is based on this case law should therefore be repealed.

Let us now return to the central question of this book. What possibilities does private liability law have to offer to take account of the special position of the government as decision maker and where is legislative interference inevitable for implementing further corrections on liability for decisions? My recommendations are as follows:

1. For liability arising out of an unlawful act it is decisive whether the behaviour of the acting party was lawful. This means that liability out of a 'lawful act', which civil and administrative courts base on the principle of *égalité devant les charges publiques* cannot be liability from an unlawful act, as the liability does not result from the unlawfulness of the government's behaviour, but from the disproportionality of the consequences of that behaviour.³⁸ In my opinion,

³⁷ This applies to both tortious and contractual relations. See chapter 2.

³⁸ The *Hoge Raad*'s construction is therefore not correct.

the administrative courts have expressly, and the civil courts: implicitly, accepted strict liability. Although this acknowledgment is generally considered positive, it does not quite fit in with the (semi-)closed system of obligations (Article 6:1 of the Civil Code). This is why – as long as the legislator does not interfere – I have argued in favour of judicial reticence. Article 6:1 of the Civil Code is such a fundamental starting point of our law of obligations that codification by the legislator is inevitable. My preference would be for specific arrangements for compensation for loss resulting from administrative acts in certain fields instead of for a general basis for liability arising out of a lawful act, so as not to have the courts, but the democratically legitimized legislator decide the main outlines of the social acceptability of the damage suffered.

2. As lawfulness is integrally tested in claims for annulment, an annulled decision (also) according to substantive law produces an unlawful act. The civil court has to follow the administrative court's assessment of lawfulness (binding force). This is the reason that the civil courts are unable to influence government liability from an unlawful act for appealable decisions on this point. The administrative courts, however, do have this possibility in the claim for annulment, especially if they infer legal duties for the executive from written and unwritten principles of law. However, once it has been established that the executive has violated a written or unwritten rule of public law, then both annulment and qualification as unlawful are inescapable according to positive law. If one wishes to disconnect annulment and liability on this point, the legislator has to create a liability regime that deviates from that under Article 6:162(1) of the Civil Code, for instance by making the requirement of qualified unlawfulness known from European law a requisite for liability for damages.³⁹
3. In distributive law, the relativity doctrine does not in my view play a significant role. In planning law, the application of the relativity doctrine follows from the bound nature of administrative powers. A prohibition, for example, is always created in view of the protection of specific third-party interests. When the granting of a permit subsequently cancels the effect of the prohibition, only the damage to those specific interests will be eligible for compensation. The legislator can give direction to government liability here by indicating clearly the interests with a view to which the rules are created. If on the other hand the decision serves to limit the freedom of the citizen concerned, for example through the refusal of a permit, the doctrine of relativity does not come into play. After all, in that case it is not relevant with a view to which third-party interests the prohibition is enforced in respect of the injured party.
4. Whether a decision can be attributed to the government as an unlawful act is, in my opinion, not determined in the annulment proceedings. In the view of both the civil courts and the administrative courts attribution should in princi-

³⁹ HvJEG 19 november 1991, AB 1994, 482 m.nt. FHvdB (Francovich & Bonifaci) and many cases hence. Qualified unlawfulness contains elements of fault, see *supra* 4.

ple take place in accordance with generally prevailing opinion based on the idea of the spreading of risk. In the opinion of both the civil and the administrative courts attribution should in principle take place pursuant to generally prevailing opinion based on the idea of the spreading of risk. The idea of the spreading of risk does not in fact provide clear boundaries for government liability. Now that attribution based on generally prevailing opinion forms a connecting link between fault liability arising out of an unlawful act and strict liability, the courts could base attribution based on generally prevailing opinion – just like the granting of compensation for loss resulting from administrative acts – on the principle of *égalité*. The inherent requirement of inequality contained therein will always be met, now that the unequal treatment is already included in the unlawfulness. By contrast, the criterion of ordinary social risk may, however, limit attribution in accordance with generally prevailing opinion. For example, the costs of the proceedings in the objections phase are apparently considered by the legislator to form part of the ordinary social risk run by the citizen, as in Article 7:15 (2) of the General Administrative Act it has excluded attribution in accordance with generally prevailing opinion.

5. In my view, the causal link in the sense of a *conditio-sine-qua-non* link is an inappropriate means to give direction to the degree of government liability. The determination of this link follows directly from the principle of *restitutio in integrum* and offers no discretion to either the legislator or the courts. That is not to say that the legislator is not free to determine that for certain instances of government liability there is no right to full compensation.⁴⁰ In the law of compensation for loss resulting from administrative acts thresholds are applied however: if the damage remains below a certain amount it is not eligible for compensation. As regards the positive law of unlawful acts, the principle of *restitutio in integrum* would oppose such a threshold, but it would not be principally impossible to determine by statute that damage of a certain nature or amount will never be eligible for compensation.⁴¹
6. The concept of notional lawfulness that is contained in the doctrine of formal legal effect does not correspond with either civil procedural law or with substantive civil law. It moreover leads to undesirable pressure to bring proceedings. This does not alter the fact that on certain points this doctrine has proven its use, especially where the joint responsibility of the citizen for the quality of government decision making is concerned. In my opinion shape can also be given to this joint responsibility in the framework of Article 6:101 of the Civil Code. In certain circumstances it may be asked of the citizen that he/she makes use of the administrative preparatory procedures to alert the executive to the unlawfulness of its (intended) decision and the damage threatening to result therefrom. With a view to legal certainty it is advisable however that the courts should develop partial rules here. A first impulse for this has already been given in section 8.6 above. They basically put the government as pri-

40 Provided that higher law, such as Article 1 of Protocol I to the ECHR allows this.

41 Especially in the case of small claims the question is whether liability law is the appropriate system for compensation since the transaction costs are comparatively high.

mordally responsible for preventing and limiting the damages suffered. And although applying Article 6:101 of the Civil Code does not safeguard the government against all ‘observance-based’ liabilities for decisions, this is no different under other liability law.

These six points show that the room for manoeuvre which the courts have to influence the liability of the government for decisions is limited. On two points (formal force of law and compensation for loss resulting from administrative acts) they have in fact already crossed the boundaries of private law. An actual restriction or expansion of liability for decisions is not possible in my opinion without legislative intervention. Where liability from unlawful acts is concerned, the courts will have to abandon the starting point that the government is in principle subject to the same liability regime as the citizen. Liability arising from lawful acts (which is strict liability) is a separate matter from this starting point. In the system of private law this liability cannot exist without a specific statutory basis. On that point therefore legislative work seems inescapable to me.

Does this mean that the legislator is totally free to restrict or expand liability for decisions as it sees fit? In principle, the answer should be: yes, it does. Liability law is part of distributive law and the redistribution of means is primarily based on political considerations. Developments in neighbouring countries have shown however that this freedom is by now no longer unlimited. This book is limited to a study of Dutch liability law, but it should be mentioned that the growing influence of European law might well lead to a situation where little is left of the national legislator’s freedom to regulate government liability as it sees fit.⁴²

42 Scheltema (2005) and Barkhuysen (2006) have given an agenda for the future.

Literatuur

AB klassiek (1991)

F.H. van der Burg, P.J.J. van Buuren en J.H. van der Veen (red.), *AB Klassiek, Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw geannoteerd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, 1^e druk.

AB klassiek (2003)

P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek, Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw geannoteerd*, Deventer 2003, 5^e druk.

Ackermans-Wijn (1989)

J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, Deventer: Kluwer 1989.

Akkermans (1996)

A.J. Akkermans, Oorzakelijk verband, *BW-krant jaarboek* 1996, p. 39-65.

Akkermans (2002)

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie VU) Den Haag 2002.

Albers (NTB 2004)

C.L.G.F.H. Albers, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving, *NTB* 2004/6, p. 201-211.

Albers (*JBplus* 2005).

C.L.G.F.H. Albers, 'De beginselplicht tot handhaving. Een nieuwe benadering?', *JBplus* 2005, p. 192.

Albers (NTBR 2005)

C.L.G.F.H. Albers, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. De geest uit de fles?, *NTBR* 2005, 80, p. 482-496.

Asser

C. Asser, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht.

Asser-Scholten

P. Scholten, *Algemeen Deel*, 3^e dr., Zwolle 1974.

Asser-Vranken

J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel*, Zwolle 1995.

Asser-Vranken, *vervolg*

J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel, een vervolg*, Deventer 2005.

Asser-Hartkamp 4-I (2004)

A.S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, dl. 4-I, *De verbintenis in het algemeen*, 12^e dr., Deventer 2004.

Asser-Hartkamp 4-II (2005)

A.S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, dl. 4-II, *Algemene leer der overeenkomsten*, 12^e dr., Deventer 2005.

Asser-Hartkamp 4-III (2006)

A.S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, dl. 4-III, *De verbintenis uit de wet*, 12^e dr., Deventer 2006.

Barkhuysen en Van Emmerik (O&A 2002)

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid, *O&A* 2002/4, p. 109.

Barkhuysen en Griffioen (NJB 2004)

T. Barkhuysen en H.M. Griffioen, Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie, *NJB* 2004, p. 2132-2140.

Barkhuysen en Van Emmerik (2005)

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse burgerlijke recht: het Straatsburgse perspectief* (preadvies VBR 2005), Deventer 2005.

Barkhuysen (2006)

T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, Deventer 2006.

Van den Bergh (RMTh 1951)

G. van den Bergh, De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad, *RM Themis* 1952, p. 498-528.

Van den Berk (1997)

J.A.M. van den Berk, *Bestuursschaderecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Bierbooms (1997)

P.F.A. Bierbooms, *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid* (diss. EUR), Deventer 1997.

Bloembergen (1965)

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. RUU), Deventer 1965.

Bloembergen (1992)

A.R. Bloembergen, Centauren in 6.3? Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden, in: *Als een goed huisvader*, Deventer 1992, p. 121-132.

Bloembergen (RMTh 1996)

A.R. Bloembergen, 'J.M.M. Menu, De toezegging in het privaatrecht' (boekbeschuwing), *RM Themis* 1996/2 p. 57-58.

Bloembergen en Lindenbergh (2001)

A.R. Bloembergen en S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. NBW B-34), Deventer 2001.

Bollen (2002)

C.J.M. Bollen, *Onverschuldigde betaling door de overheid* (diss. UM), Den Haag 2002.

Bolt en Spier (1996)

A.T. Bolt en J. Spier, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (*NJV* 1996-I), Zwolle 1996.

Van Boom (WPNR 2001)

W.H. van Boom, C.H. Sieburg, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (boekbeschuwing), WPNR (2001) 6441, p. 335-341.

Bregstein (RMTh 1951)

M.H. Bregstein, De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad, *RM Themis* 1951, p. 273-305.

Van den Broek (2002)

G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding – Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologische regime* (diss. UU), Deventer 2002.

Van den Burgh (NJB 2006)

F.H. van den Burgh, Het debat over het Nederlanderschap van Ayaan Hirsi Ali of de terugkeer van de nietigheid van rechtswege, *NJB* 2006, nr. 22, p. 1213-1214.

Buruma en Daalder (RMTh 1994)

Y. Buruma en E.J. Daalder, Formele rechtskracht in het strafrecht, *RMTh* 1994, p. 320-334.

Cleiren (O&A 2005)

C.P.M. Cleiren, Schadecompensatie (bespreking van N.J.M. Kwakman, Schadecompensatie in het strafprocesrecht (diss. RUG), 2003), *O&A* 2005, 91.

Daalder (1995)

E.J. Daalder, Redelijkheid als grondslag voor aansprakelijkheid van de overheid, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.) *Openbaar Bestuur en aansprakelijkheid*, Serie Bestuur in Beweging 1995, p. 111-125.

Daalder en Schreuder-Vlasblom (2000)

E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul, *NTB* 2000/7, p. 214-221.

Van Dam (2002)

C.C. van Dam, Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving, in: A.J. Akkermans en E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen* (congresbundel VU), Nijmegen 2002.

Van Dam (2003)

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2000, bijdruk 2003.

Damen (1996)

L.J.A. Damen, Moet pech weg?, in: C.P.M. Cleiren (red.), *Voor risico van de overheid*, Arnhem 1996, p. 17-42.

Damen c.s. (2000)

L.J.A. Damen c.s., *De vierde tranche Awb*, advies van de VAR-werkgroep vierde tranche Awb, Den Haag 2000.

Damen (2003)

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Systeem, bevoegdheid, besluitvorming, handhaving*, Den Haag 2003.

Van Dijck (1990)

H.L.E. van Dijck, *De aansprakelijkheid van overheid voor vernietigde beschikkingen* (diss. KUB), Deventer 1990.

Van der Does en Snijders (2001)

J.A. van der Does en G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht* (Monografieën Nieuw BW A26), Deventer: Kluwer 2001.

Donner (1974)

A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht, algemeen deel*, Alphen a/d Rijn 1974.

Drion (WPNR 1947)

J. Drion, Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over onrechtmatige daad, *WPNR* 1947, 3992 p. 245-248, 3993 p. 253-256, 3994 p. 261-265, 3995 p. 269-271, 3996 p. 277-280; ook gepubliceerd in: *Verzamelde geschriften van J. Drion*, Leiden 1968.

Duk (RMTh 1978)

W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, *RMTh* 1978, p. 564-587.

Duk en Nicolai (RMTh 1993)

W. Duk en P. Nicolai, Nulliteiten in het bestuursrecht, *RMTh* 1993, p. 3-31.

Van Dunné (2005)

J.M. van Dunné, De Hoge Raad als wetgever-plaatsvervanger bij aansprakelijkheid voor grootschalige bodemvervuiling in het verleden, in: P.F.A. Bierbooms, H. Pasman en G.M.F. Snijders (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag 2005.

Van Ettekoven en Schueler (2003)

B.J. van Ettekoven en B.J. Schueler, De Centrale Raad van Beroep en de aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht, in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag 2003, p. 155-175.

Van Ettekoven, Bakker en Hoogenboom (2004)

B.J. van Ettekoven, R.C.S. Bakker en R.P. Hoogenboom, *Tien jaar jurisprudentie schadevergoeding in het bestuursrecht*, Deventer 2004.

Van Ettekoven (O&A 2006)

B.J. van Ettekoven, De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief, *O&A* 2006/3, p. 10-23.

Gelpke (O&A 2006)

M.E. Gelpke, De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter, *O&A* 2006/3, p. 2-9.

Giesen (2005)

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005.

Giesen (2006)

I. Giesen, *De psychologie achter de waarschuwing: handle with care*, Deventer 2006.

Van der Grinten (NbBW 2000)

J.H.A. van der Grinten, De onrechtmatigheid van de verlening van een later vernietigde begunstigende beschikking jegens de houder daarvan, *NbBW* 2000, 1, p. 2-5.

De Haan (2002)

P. de Haan, *Publiek- en privaatrecht; overheidsbeleid en recht*, Deventer 2002.

De Haan, Drupsteen en Fernhout

P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer 1998 en 2001.

De Haan, Drupsteen en Fernhout 1 (2001)

P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 1, Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium, Deventer 2001.

De Haan, Drupsteen en Fernhout 2 (1998)

P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 2, Bestuurshandelingen en waarborgen, Deventer 1998.

Happé (NTB 2004)

R.H. Happé, Vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel in het beleidsmatige handelen van de belastingdienst, *NTB* 2005, p. 37-47.

Hartlief en Tjittes (A&V 1994)

T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, Aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde besluiten, *A&V* nr. 1, februari 1994, p. 1-7.

Hartlief (AA 2000)

T. Hartlief, Overheidsaansprakelijkheid wegens vernietigde besluiten: de positie van de burgerlijke rechter in het geding, *AA* 49 (2000), p. 181-192.

Hartlief (NJB 2000)

T. Hartlief, Het wetsvoorstel kosten bestuurlijke voorprocedures: over een overheid die slecht tegen haar verlies kan en zelf (wel) op de kleintjes let, *NJB* 2000, 18, p. 921-927.

Hartlief (O&A 2002)

T. Hartlief, Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal. Enkele opmerkingen naar aanleiding van de afscheidsrede van H.Ph.J.A.M. Hennekens, *O&A* 2002/1, p. 15-21.

Hennekens (Gst. 1993)

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'De Hoge Raad en de formele rechtskracht', *Gst.* 1993 nr. 6962, p. 149-155.

Hennekens (2001)

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal* (afscheidsrede KUN), Deventer 2001.

Van der Hoeven (1970)

J. van der Hoeven, De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht, in: *Honderd Jaar Rechtsleven*, Zwolle 1970.

Van der Hoeven (1989)

J. van der Hoeven, *De drie dimensies van bestuursrecht*, (VAR-reeks 100), Alphen a/d Rijn 1989.

Hoop (NTBR 2005)

R.I.R. Hoop, Denk om de burenen! De Belgische burenhinderleer na de Cassatiearresten van 6 april 1960, *NTBR* 2005, p. 499.

Van Houten (1997).

M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving* (diss. KUB), Deventer 1997.

Huijgen (1991)

W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid* (diss. Leiden), Deventer 1991.

De Jong (2004)

B.F. de Jong, Drie hoven over fouten van rechters, in: J.R. van Angeren, A. ten Veen en N.S.J. Koeman (red.), *Overheid en markt, Bundel aangeboden aan mr. R. Samkalden bij zijn afscheid van Stibbe*, Deventer 2004, p. 51-64.

Keirse (2003)

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. RUG), Deventer 2003.

Klaassen (1991)

C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss. KUN), Zwolle 1991.

Koeman (1989)

N.S.J. Koeman, De mogelijkheden van de burgerlijke rechter om het bestuur uit onrechtmatige daad tot schadevergoeding te veroordelen, in: N.S.J. Koeman, J.H.W. de Planque, *Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter* (VAR-reeks 102), Alphen a/d Rijn 1989.

Koetsier (2003)

M.B. Koetsier, *Overheid en schadevergoeding*, Den Haag 2003.

Konijnenbelt (1996)

W. Konijnenbelt, *De administratieve rechter als schadevergoedingsrechter* (pre-advies VBR), Lelystad 1996.

Van Kooten (2002)

H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten* (diss. UU), Deventer 2002.

Kortmann, C.A.J.M. (1971)

C.A.J.M. Kortmann, *Égalité et défense* (diss. KUN), Alphen a/d Rijn 1971.

Kortmann, C.A.J.M. (2003)

C.A.J.M. Kortmann, Overheidsaansprakelijkheid voor de wet in formele zin, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer 2003.

Kortmann, C.A.J.M. (2005)

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer 2005.

Kortmann (NTB 2002)

C.N.J. Kortmann, Schade na vernietiging en verlengde besluitvorming: een doos van pandora, *NTB* 2002, p. 98-106.

Kortmann (2003)

C.N.J. Kortmann, Overeenkomsten in de vijfde tranche van de Awb?, in: C.H. Bangma, M. Dieperink en C.N.J. Kortmann, *De vijfde tranche* (Jonge-VAR-reeks 1), Den Haag 2003, p. 85-126.

Kortmann (JBplus 2003)

C.N.J. Kortmann, De uitkeringsinstantie gaat vrijuit, waarom eigenlijk?, *JBplus* 2003/1, p. 15-25.

Kortmann (Gst. 2005)

C.N.J. Kortmann, Pandora revisited, twee principiële Afdelingsuitspraken over causaal verband bij vernietigde besluiten, *Gst.* 2005, 7229, nr. 73, p. 257-267.

Kortmann (NJB 2005)

C.N.J. Kortmann, De slechte naam van juristen, *NJB* 2005/41, p. 2139-2141.

Kortmann, J.S. (2005)

J.S. Kortmann, *Altruïsm in private law* (diss. Oxford), Oxford 2005.

Kwakman (2003)

N.J.M. Kwakman, *Schadecompensatie in het strafprocesrecht* (diss. RUG), Groningen 2003.

Langemeijer (1969)

G.E. Langemeijer, Prognostica over ongerechtvaardigde verrijking, in: *Op de grenzen van komend recht, Opstellen aangeboden aan J.H. Beekhuis*, Deventer 1969.

Lankhorst (1992)

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. RUL), Deventer 1992.

Van der Linden (1998)

E.C.H.J. van der Linden, *Formele en materiële rechtskracht. De kleren van de keizer* (diss. UM), Den Haag 1998.

Van Maanen (1986)

G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad; aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk* (diss. RUG), Deventer 1986.

Van Maanen (1996)

G.E. van Maanen, *De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19^e en 20^e eeuw*, Nijmegen 1996.

Van Maanen (2002)

G.E. van Maanen, De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel, in: J.E. Hoitink, G.E. van Maanen, B.P.M. van Ravels en B.J. Schueler, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), Den Haag 2002.

Van Maanen en De Lange (2005)

G.E. van Maanen en R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad: rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer 2005.

Van Maanen en Schlössels (Gst. 2004)

G.E. van Maanen en R.J.N. Schlössels, Vernietigde besluiten en schadevergoeding, een Maastrichts-Nijmeegse revolutie?, *Gst.* 2004, nr. 7203, p. 139-144.

Van Maanen (NJB 2004)

G.E. van Maanen, Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken), *NJB* 2004, p. 787-794.

Van Maarseveen (NJB 1954)

H.Th.J.F. van Maarseveen, Een opmerking over de onrechtmatige overheidsdaad, *NJB* 1954, p. 914-920.

Van Male (NTB 1999)

R.M. van Male, Herijking van de formele rechtskracht, *NTB* 1999, p. 157-158.

Menu (1994)

J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht* (diss. KUB), Deventer 1994.

Michiels (1987)

F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking* (diss. KUN), Den Haag 1987.

Mok en Tjittes (RMTh 1995)

M.R. Mok en R.P.J.L. Tjittes, Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid, *RMTh* 1995, p. 383-404.

Mok (1997)

M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch?* (afscheidscollege RUG), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

De Moor-van Vugt (1995)

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten, het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. KUB), Zwolle 1995.

Neerhof (O&A 2003)

A.R. Neerhof, Eigen schuld en de schadebeperkingsplicht in het bestuursrecht, *O&A* 2003, p. 90-100.

Nicolaï c.s. (1994)

P. Nicolaï, B.K. Olivier, L.J.A. Damen en H. Troostwijk, *Bestuursrecht*, Amsterdam 1994.

Nieuwenhuis (1979)

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer 1979.

Nieuwenhuis (1982)

J.H. Nieuwenhuis, *Anders en eender, beschouwingen over samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad*, Deventer 1982.

Nieuwenhuis (WPNR 1987)

J.H. Nieuwenhuis, Welke belangen worden beschermd door art. 1401 BW?, *WPNR* (1987) 5821, p. 145-149.

Nieuwenhuis (RMTh 1998)

J.H. Nieuwenhuis, Wat is een onrechtmatige daad? Europese perspectieven, *RMTh* 1998, p. 242-248.

Nieuwenhuis (2003)

J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden, délits, unerlaubte Handlungen, torts*, Deventer (2003).

Van Ommeren (1996)

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd* (diss. VU), Deventer 1996.

Van Ommeren (JBplus 2000)

F.J. van Ommeren, Wetsinterpretatie: het bestuurlijk oordeel als rechtsvaststellend besluit?, *JBplus* 2000, p. 113-124.

Ortlep en Widdershoven (O&A 2004)

R. Ortlep en R.J.G.M. Widdershoven, Schendingen van EG-recht door rechters, *O&A* 2004/2, p. 34-48.

Ortlep en Widdershoven (JBplus 2005)

R. Ortlep en R.J.G.M. Widdershoven, De Wet kosten bestuurlijke voorprocedures in de rechtspraak, *JBplus* 2005/4, p. 147-167.

PG Awb I

E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, *Parlementaire Geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, eerste tranche*, Alphen a/d Rijn 1993.

PG Awb II

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *Parlementaire Geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, tweede tranche*, Alphen a/d Rijn 1994.

Pennarts (1996)

H.F.Th. Pennarts, Rechtsstatelijke achtergrond van overheidsaansprakelijkheid, in: C.P.M. Cleiren (red.), *Voor risico van de overheid*, Arnhem 1996, p. 81-94.

De Planque (1989)

J.H.W. de Planque, De mogelijkheden van de administratieve rechters en de Kroon om het bestuur tot schadevergoeding te veroordelen, in: N.S.J. Koeman, J.H.W. de Planque, *Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter* (VAR-reeks 102), Alphen a/d Rijn 1989.

Ploeger (2005)

H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse burgerlijke recht: het nationale civielrechtelijke perspectief* (preadvies VBR 2005), Deventer 2005.

Polak (1999)

J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. UvA), Deventer 1999.

Polak (2000)

J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak* (oratie UL), Deventer 2000.

Polak (O&A 2004)

J.E.M. Polak, Zit er nog muziek in verbods- en gebodsacties ter zake van wetgeving? *O&A* 2004/6, p. 168-179

De Poorter (2003)

J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende* (diss. UT), Den Haag 2003.

Van Ravels (2002)

B.P.M. van Ravels, Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg, in: J.E. Hoitink, G.E. van Maanen, B.P.M. van Ravels en B.J. Schueler, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), Den Haag 2002.

Van Ravels (2004)

B.P.M. van Ravels, Het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel – Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer 2004.

Van Ravels (2005)

B.P.M. van Ravels, De reikwijdte van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten: een grensverkenning, in: P.F.A. Bierbooms, H. Pasman en G.M.F. Snijders (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag 2005.

Van Ravels (O&A 2005)

B.P.M. van Ravels, 'M.B. Koetsier, Overheid en schadevergoeding' (boekbespreking), *O&A* 2005/1, p. 20-25.

Van Ravels (Gst. 2006)

B.P.M. van Ravels, Vergoeding van planschade omstreeks 2005, *Gst.* 2006, 7251, nr. 70, p. 255-270.

Roosendaal (1998)

B.J.P.G. Roosendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland* (diss. EUR), Arnhem 1998.

Roosendaal (O&A 2003)

B.J.P.G. Roosendaal, De toekomst van de formele rechtskracht, *O&A* 2003, p. 149-159.

Van Rossum (1990)

A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. KUN), Deventer 1990.

Van Rossum (NJB 1999)

A.A. van Rossum, Recente ontwikkelingen overheidsaansprakelijkheidsrecht, *NJB* 1999, p. 201-209.

Van Rossum (2001)

A.A. van Rossum, *Falend toezicht* (oratie UU), Den Haag 2001.

Van Rossum (2005)

A.A. van Rossum, Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht, in: A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey/N. Verheij, *Toezicht* (NJV 2005-I), Deventer 2005.

Van Rossum en Hes (2005)

A.A. van Rossum en M.D. Hes, Overheidsaansprakelijkheid en formele rechtskracht, mede bezien vanuit Europeesrechtelijk perspectief, in: P.F.A. Bierbooms, H. Pasman en G.M.F. Snijders (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag 2005.

Samkalden (NJB 2006)

R. Samkalden, Naar aanleiding van Ayaan Hirsi Ali, *NJB* 2006, nr. 22, p. 1208-1209.

Van de Sande en Schillemans (O&A 2005)

J.M.W. van de Sande en C.S. Schillemans, *Under Construction. Verslag van een studiemiddag*, O&A 2005, p. 134-138.

Scheltema, M.W. (1997)

M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. RUL), Deventer 1997.

Scheltema en Scheltema (2003)

M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer 2003.

Scheltema, M. (2005)

M. Scheltema, *Het recht van de toekomst. De gevolgen van de internationalisering voor het recht* (oratie UU), Deventer 2005.

Schlössels (1998)

R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel* (diss. UM), Den Haag 1998.

Schlössels (2003)

R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne* (oratie KUN), Den Haag 2003.

Schlössels (O&A 2004)

R.J.N. Schlössels, Van Gog/Nederweert op de helling?, *O&A* 2004, p. 70-84.

Schoordijk (1984)

H.C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht*, Deventer 1984.

Schoordijk (1987)

H.C.F. Schoordijk, *De verbintenis uit en de verplichting tot altruïsme*, Mededelingen KNAW, Amsterdam/Oxford/New York 1987.

Schueler (1994)

B.J. Schueler, *Vernietigen of opnieuw voorzien* (diss. UU), Zwolle 1994.

Schueler (1997)

B.J. Schueler, *Schadevergoeding onder de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer 1997.

Schueler (2002)

B.J. Schueler, Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht, in: J.E. Hoitink, G.E. van Maanen, B.P.M. van Ravels en B.J. Schueler, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), Den Haag 2002.

Schueler (2003)

B.J. Schueler, *Het zand in de machine* (oratie UvA), Deventer 2003.

Schueler (JBplus 2004)

B.J. Schueler, Het labyrint rond de schatkist. De verhouding tussen burgerlijke en bestuursrechter, *JBplus* 2004, p. 83-102.

Schueler (2005)

B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb, Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer 2005.

Schut (1997)

G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer 1997.

Schutgens (2004)

R.J.B. Schutgens, *Staatsaansprakelijkheid voor de wet in formele zin* (doctoraalscriptie KUN), Nijmegen 2004.

Schutgens (RMTh 2006)

R.J.B. Schutgens, Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging, *RMTh* 2006, p. 96-105.

Sieburgh (GrOM 1998)

C.H. Sieburgh, *Faute als grond voor aansprakelijkheid, Groninger Opmerkingen en Mededelingen XV* (1998), p. 68-90.

Sieburgh (2000)

C.H. Sieburgh, *Toerekening van onrechtmatige daad* (diss. RUG), Deventer 2000.

Sieburgh (WPNR 2001)

C.H. Sieburgh, Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000?, *WPNR* (2001), 6450, p. 580-594.

Sieburgh (TPR 2003)

C.H. Sieburgh, Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, *TPR* 2003-2, p. 647-687.

Simon (1993)

H.J. Simon, *Publiekrecht of privaatrecht* (diss. VU), Zwolle 1993.

Sluysmans (AR 2004)

J.A.M.A. Sluysmans, Overheidsaansprakelijkheid, in het bijzonder voor (on)rechtmatige besluitvorming, *Agrarisch Recht* 2004, p. 414-432.

Smits (WPNR 1938)

P.H. Smits, Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen, *WPNR* 3586-3591.

Smits (WPNR 1940)

P.H. Smits, Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare beteekenis voor de onrechtmatige daad, *WPNR* 1940, nrs. 3688-3690.

Spier (1981)

J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid* (diss. RUL), Deventer 1981.

Spier c.s. (2003)

J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer 2003.

Tak (1991)

P.J.P. Tak, *Rechtsvorming in Nederland*, Alphen a/d Rijn 1991.

Tak (1997)

A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag 1997.

Tak (NJB 2002)

A.Q.C. Tak, Rechters met slappe knieën, *NJB* 2002, p. 1459-1462.

Tak (RMTh 2004)

A.Q.C. Tak, 'Toch maar de Hoge Raad volgen?' Bestuursrechtelijke vernietiging en civiele onrechtmatigheid, *RM Themis* 2004, p. 3-13.

Teunissen (NJB 1994)

J.M.H.F. Teunissen, Schadevergoeding wegens relatief onrechtmatige overheidsdaad, *NJB* 1994, p. 163v.

Teunissen (1996)

J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleding van de staat* (diss. UM), Zwolle 1996.

Teunissen (2000)

J.M.H.F. Teunissen, De autonomie van het bestuursrecht t.o.v. het privaatrecht (preadvies voor het symposium 'De autonomie van het bestuursrecht' d.d. 31 mei 2000), in: H. Koning, E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag 2001, p. 73-101.

Tjepkema (O&A 2004)

M.K.G. Tjepkema, Het referentiekader van het égalitébeginsel. Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties, *O&A* 2004, nr. 3, p. 12-22.

Tjittes (1994)

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. RUG), Deventer 1994.

Tjittes (1996)

R.P.J.L. Tjittes, *Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid* (preadvies VBR) Lelystad 1996.

Tjong Tjin Tai (WPNR 2004)

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Garantie, nakoming en schadevergoeding, *WPNR* (2004) 6577, p. 363-368.

VAR-cie (2004)

VAR-commissie rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag 2004.

Verheij (NJB 1987)

N. Verheij, Onrechtmatige overheidsdaad en beginselen van behoorlijk bestuur: de Hoge Raad toetst eindelijk rechtstreeks, *NJB* 1987 (41), p. 1309-1315.

Verheij (1999)

N. Verheij, Een eigen recht(er), in: N. Verheij, J.L. de Wijkerslooth en A.J.C. de Moor-Van Vught, *Verschuiving van de magische lijn*, (VAR-reeks 122), Alphen a/d Rijn 1999, p. 7-73.

- Verheij (O&A 2002)
N. Verheij, Overheidsaansprakelijkheid in de Awb, vragen voor de wetgever, *O&A* 2002, p. 117-126.
- Verheij (*JBplus* 2003)
N. Verheij, Tussen toen en nu, *JBplus* 2003/1, p. 26-47.
- Verheij (2005)
N. Verheij, *Relatief onaantastbaar* (oratie UM), spreektekst van www.unimaas.nl (jan. 2006).
- Versteeg (1987)
A.J.H.W.M. Versteeg, *Verdeling van rechtsmacht* (diss. KUN), Deventer 1987.
- Viering (1994)
M.L.W. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (diss. KUN), Deventer 1994.
- Voermans (2004)
W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, Den Haag 2004.
- De Waard (NTB 1993)
B.W.N. de Waard, Een gek dictum: onbevoegdverklaring, *NTB* 1993, p. 223-224.
- Wiarda (1988)
G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle 1988.
- Widdershoven en Ortlep (O&A 2004)
R.J.G.M. Widdershoven en R. Ortlep, Schendingen van EG recht door rechters, *O&A* 2004, p. 34-48.
- Wolfsbergen (1946)
A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden 1946.
- Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male (2002)
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Elsevier 2002.
- De Wijkerslooth (RMTh 1993)
J.L. De Wijkerslooth, Het recht gaat aan constructie ten onder, *RMTh* 1993, p. 316-324.

Wetgeving

Algemene wet bestuursrecht

Artikel 1:3

1. Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.
2. Onder beschikking wordt verstaan: een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan.
3. Onder aanvraag wordt verstaan: een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen.
4. Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.

Artikel 3:2

Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.

Artikel 3:3

Het bestuursorgaan gebruikt de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend.

Artikel 3:4

1. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Artikel 3:40

Een besluit treedt niet in werking voordat het is bekendgemaakt.

Artikel 3:46

Een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering.

Artikel 6:10

1. Ten aanzien van een voor het begin van de termijn ingediend bezwaar- of beroepschrift blijft niet-ontvankelijkverklaring op grond daarvan achterwege indien het besluit ten tijde van de indiening:
 - a. wel reeds tot stand was gekomen, of
 - b. nog niet tot stand was gekomen, maar de indiener redelijkerwijs kon menen dat dit wel reeds het geval was.
2. De behandeling van het bezwaar of beroep kan worden aangehouden tot het begin van de termijn.

Artikel 6:11

Ten aanzien van een na afloop van de termijn ingediend bezwaar- of beroepschrift blijft niet-ontvankelijkverklaring op grond daarvan achterwege indien redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest.

Artikel 6:12

1. Indien het bezwaar of beroep is gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit, is het niet aan een termijn gebonden.
2. Het bezwaar- of beroepschrift kan worden ingediend zodra het bestuursorgaan in gebreke is tijdig een besluit te nemen.
3. Het bezwaar of beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard indien het bezwaar- of beroepschrift onredelijk laat is ingediend.

Artikel 6:13

Geen beroep bij de administratieve rechter kan worden ingesteld door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen zienswijzen als bedoeld in artikel 3:15 naar voren heeft gebracht, geen bezwaar heeft gemaakt of geen administratief beroep heeft ingesteld.

Artikel 6:22

Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een vormvoorschrift, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

Artikel 7:15

1. Voor de behandeling van het bezwaar is geen recht verschuldigd.
2. De kosten, die de belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, worden door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed op verzoek van de belanghebbende voorzover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Art. 243, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is van overeenkomstige toepassing.
3. Het verzoek wordt gedaan voordat het bestuursorgaan op het bezwaar heeft beslist. Het bestuursorgaan beslist op het verzoek bij de beslissing op het bezwaar.

4. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld over de kosten waarop de vergoeding uitsluitend betrekking kan hebben en over de wijze waarop het bedrag van de kosten wordt vastgesteld.

Artikel 8:70

De uitspraak strekt tot:

- a. onbevoegdverklaring van de rechtbank,
- b. niet-ontvankelijkverklaring van het beroep,
- c. ongegrondverklaring van het beroep, of
- d. gegrondverklaring van het beroep.

Artikel 8:71

Voor zover uitsluitend een vordering bij de burgerlijke rechter kan worden ingesteld, wordt dit in de uitspraak vermeld. De burgerlijke rechter is aan die beslissing gebonden.

Artikel 8:72

1. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, vernietigt zij het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk.
2. Vernietiging van een besluit of een gedeelte van een besluit brengt vernietiging van de rechtsgevolgen van dat besluit of van het vernietigde gedeelte daarvan mee.
3. De rechtbank kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan geheel of gedeeltelijk in stand blijven.
4. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij het bestuursorgaan opdragen een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar uitspraak, dan wel kan zij bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan.
5. De rechtbank kan het bestuursorgaan een termijn stellen voor het nemen van een nieuw besluit of het verrichten van een andere handeling, alsmede zo nodig een voorlopige voorziening treffen. In het laatste geval bepaalt de rechtbank het tijdstip waarop de voorlopige voorziening vervalt.
6. De rechtbank kan bepalen dat een voorlopige voorziening vervalt op een later tijdstip dan het tijdstip waarop zij uitspraak heeft gedaan.
7. De rechtbank kan bepalen dat, indien of zolang het bestuursorgaan niet voldoet aan een uitspraak, de door haar aangewezen rechtspersoon aan een door haar aangewezen partij een in de uitspraak vast te stellen dwangsom verbeurt. De artikelen 611a tot en met 611i van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 8:73

1. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij, indien daarvoor gronden zijn, op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij lijdt.
2. Indien de rechtbank de omvang van de schadevergoeding bij haar uitspraak niet of niet volledig kan vaststellen, bepaalt zij in haar uitspraak dat ter voorbereiding

van een nadere uitspraak daarover het onderzoek wordt heropend. De rechtbank bepaalt daarbij op welke wijze het onderzoek wordt voortgezet.

Artikel 8:74

1. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, houdt de uitspraak tevens in dat aan de indiener van het beroepschrift het door hem betaalde griffierecht wordt vergoed door de door de rechtbank aangewezen rechtspersoon.
2. In de overige gevallen kan de uitspraak inhouden dat het betaalde griffierecht door de door de rechtbank aangewezen rechtspersoon geheel of gedeeltelijk wordt vergoed.

Artikel 8:75

1. De rechtbank is bij uitsluiting bevoegd een partij te veroordelen in de kosten die een andere partij in verband met de behandeling van het beroep bij de rechtbank, en van het bezwaar of van het administratief beroep redelijkerwijs heeft moeten maken. De artikelen 7:15, tweede tot en met vierde lid, en 7:28, tweede lid, eerste volzin, derde en vierde lid, zijn van toepassing. Een natuurlijke persoon kan slechts in de kosten worden veroordeeld in geval van kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld over de kosten waarop een veroordeling als bedoeld in de eerste volzin uitsluitend betrekking kan hebben en over de wijze waarop bij de uitspraak het bedrag van de kosten wordt vastgesteld.
2. In geval van een veroordeling in de kosten ten behoeve van een partij aan wie ter zake van het beroep op de rechtbank, het bezwaar of het administratief beroep een toevoeging is verleend krachtens de Wet op de rechtsbijstand, wordt het bedrag van de kosten betaald aan de griffier. Artikel 243 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is van overeenkomstige toepassing.
3. Indien een bestuursorgaan in de kosten wordt veroordeeld, wijst de rechtbank de rechtspersoon aan die de kosten moet vergoeden.

Artikel 8:76

Voor zover een uitspraak strekt tot betaling van een bepaald geldbedrag kan zij ten uitvoer worden gelegd overeenkomstig de bepalingen van het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Burgerlijk Wetboek**Artikel 3:296**

1. Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.
2. Hij die onder een voorwaarde of een tijdsbepaling tot iets is gehouden, kan onder die voorwaarde of tijdsbepaling worden veroordeeld.

Artikel 6:1

Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.

Artikel 6:74

1. Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.
2. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, vindt lid 1 slechts toepassing met inachtneming van hetgeen is bepaald in de tweede paragraaf betreffende het verzuim van de schuldenaar.

Artikel 6:75

Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Artikel 6:98

Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

Artikel 6:101

1. Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.
2. Betreft de vergoedingsplicht schade, toegebracht aan een zaak die een derde voor de benadeelde in zijn macht had, dan worden bij toepassing van het vorige lid omstandigheden die aan de derde toegerekend kunnen worden, toegerekend aan de benadeelde.

Artikel 6:162

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

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

Artikel 6:163

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

Artikel 6:168

1. De rechter kan een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt zijn recht op vergoeding van de schade overeenkomstig de onderhavige titel.
2. In het geval van artikel 170 is de ondergeschikte voor deze schade niet aansprakelijk.
3. Wordt aan een veroordeling tot schadevergoeding of tot het stellen van zekerheid daarvoor niet voldaan, dan kan de rechter alsnog een verbod van de gedraging opleggen.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering**Artikel 70**

1. Voor zover de rechter de aanlegger in zijn vordering of verzoek niet-ontvankelijk verklaart omdat bezwaar kon worden gemaakt, administratief beroep kon worden ingesteld of beroep bij een administratieve rechter kon worden ingesteld, wordt dit in het vonnis, het arrest of de beschikking vermeld.
2. Indien de niet-ontvankelijkheid voor de aanlegger onduidelijk kon zijn, vermeldt de rechter tevens in het vonnis, het arrest of de beschikking bij welk orgaan alsnog bezwaar kan worden gemaakt of alsnog beroep kan worden ingesteld. Het orgaan waarbij alsnog bezwaar kan worden gemaakt of alsnog beroep kan worden ingesteld, is aan die beslissing gebonden.
3. De termijn voor het alsnog indienen van het bezwaar- of beroepschrift vangt aan met ingang van de dag na die waarop het vonnis, het arrest of de beschikking onherroepelijk is geworden.

Artikel 611d

1. De rechter die een dwangsom heeft opgelegd, kan op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen.
2. Voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, kan de rechter haar niet opheffen of verminderen.

Rechtspraak

Europese rechtspraak

BenGH 25 september 1986, zaak A 84/5, NJ 1987, 909 m.nt. WHH (Van der Graaf / AGio)
HvJEG 19 november 1991 (C-6/90 en 9/90), NJ 1994, 2 z.nt., AB 1994, 482 m.nt. FHvdB (Francovich & Bonifaci)
HvJEG 5 maart 1996, NJ 1997, 145 z.nt., AB 1996, 249 m.nt. FHvdB, AB klassiek (2003), nr. 35 (Brasserie du Pêcheur en Factortame)
EHRM 16 april 2002, AB 2004, 75 m.nt. NV (Dangeville / Frankrijk)
HvJEG 30 december 2003, NJ 2004, 160 m.nt. MRM, AB 2003, 429 m.nt. RW (Köbler / Oostenrijk)
HvJEG 13 januari 2004, NJ 2004, 125 m.nt. MRM, AB 2004, 58 m.nt. RW (Kühne & Heitz / Nederland)
HvJEG 12 oktober 2004, NJ 2005, 323 m.nt. MRM, AB 2005, 17 m.nt. RW (Peter Paul c.s. / Duitsland)

Civiele rechtspraak

HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407, AB klassiek (2003), nr. 3 (Guldemond / Noordwijkerhout)
HR 20 november 1924, NJ 1925, p. 89, AB klassiek (2003), nr. 4 (Ostermann)
HR 2 mei 1930, NJ 1930, 929 m.nt. PS (Heimans / Wallich & Matthes)
HR 18 augustus 1944, NJ 1944/1945, 598 (Alkmaar / Noord-Holland)
HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 m.nt. PhANH (Voortse Stroom VII)
HR 21 december 1956, NJ 1957, 126 m.nt. LEHR (Meegdes / Meegdes)
HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. D.J. Veegens, AA (1958-1959), p. 171 m.nt. J.H. Beekhuis (Quint / Te Poel)
HR 26 juni 1964, NJ 1965, 2 m.nt. GJS (Willemse / NAB)
HR 15 april 1965, NJ 1965, 331 m.nt. DJV (Snel / Ter Steege)
HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt. HD, AA XVIII, 266 m.nt. M.T. en G. (Pocketbooks II)
HR 3 mei 1971, NJ 1972, 137 (Onrechtmatige rechtspraak)
HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278, m.nt. G.J. Scholten (Kraaien en roeken)
HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 m.nt. ARB (Fluoridering II)

- HR 28 februari 1975, NJ 1975, 423 m.nt. WFP, AB 1975, 128 m.nt. JRst., BR 1975, p. 455 m.nt. CLR, AA 1975, 561 m.nt. J. Wessel, AB klassiek (1991), nr. 10 (Parochiehuis Woerden)
- HR 19 november 1976, NJ 1979, 216 m.nt. MS, AB 1978, 243 m.nt. J.R.St. (Semper Crescendo)
- HR 24 december 1976, NJ 1977, 380 z.nt. (Tilburgse leges)
- HR 25 november 1977, NJ 1978, 255 m.nt. MS, AB 1978, 1 m.nt. J.R. St., AB klassiek (2003), nr. 11 (Loosdrechts Plassenschap)
- HR 12 april 1978, BNB 1978, 135-137, AB 1979, 262 m.nt. FHvdB, AB klassiek (2003), nr. 12 (Doorbraakarresten)
- HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. CJHB (Kleuterschool Babel)
- HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261, m.nt. MS, AB 1979, 528 m.nt. J.R.St. (Grubbenvorst / Caldenbroich)
- HR 30 januari 1981, NJ 1982, 55 z.nt., AB 1981, 365 m.nt. J.G. Steenbeek (Zevenaar / De Wingerd)
- HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 m.nt. CJHB (Heesch / Reijs)
- HR 17 september 1982, NJ 1983, 278 m.nt. MS, AB 1982, 573 m.nt. J.R.St. (Zegwaard / Knijnenburg)
- HR 4 februari 1983, NJ 1985, 21 m.nt. MS (Hei- en Boeicop / Bogerd)
- HR 15 april 1983, NJ 1984, 179 m.nt. MS (Spiritusfabriek / Hoogheemraadschap West-Brabant)
- HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 m.nt. MS, AB 1984, 103 m.nt. FHvdB (Staat / LSV c.s.)
- HR 1 juli 1983, NJ 1984, 361 m.nt. MS (Bullenbaai)
- HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. J.A. Borman, AB 1984, 399 m.nt. E.M. van Eijden, AB klassiek (2003), nr. 17 (St. Oedenrode / Driessen)
- HR 16 maart 1984, NJ 1985, 109 m.nt. MS (Turkdogan / Staat)
- HR 16 maart 1984, NJ 1985, 110 m.nt. MS (Annitou / Staat)
- HR 23 november 1984, NJ 1985, 816 m.nt. MS, AB 1985, 119 m.nt. J.R.St. (Zuiveringschap Rivierenland / Linnenservice)
- HR 25 januari 1985, NJ 1985, 559 m.nt. PAS (Sittard / Patelski)
- HR 28 juni 1985, NJ 1986, 356 m.nt. MS (Claas / Van Tongeren)
- HR 22 november 1985, NJ 1986, 722 m.nt. MS, AB 1986, 245 m.nt. Van Ballegooij (V&D en Superdoe / Groningen)
- HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 m.nt. MS, AB 1986, 429 m.nt. FHvdB (Staat / Van Gelder Papierfabriek)
- HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. MS, AB 1986, 574 m.nt. PvB, AB Klassiek (2003), nr. 18 (Landbouwvliegers)
- HR 16 mei 1986, NJ 1987, 723 m.nt. MS, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB, AA 1986, 642 m.nt. HH, Gst. 1987, 6842 nr. 3 m.nt. WK, AB klassiek (2003), nr. 19 (Heesch / Van den Akker)
- HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726 m.nt. MS, AB n.g. (Tolkentarieven)
- HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 m.nt. MS, AB 1987, 70 m.nt. FHvdB (Staat / Hoffman la Roche)
- HR 12 december 1986, NJ 1987, 381 m.nt. MS, AB 1987, 151 m.nt. FHvdB (Dekker / Barneveld)

- HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 m.nt. MS, AB 1988, 42 m.nt. PvB (Blaricum / Roozen)
- HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 m.nt. MS, AB 1988, 43 m.nt. PvB (Nibourg / Zuidwolde)
- HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926 (Den Haag / Aral)
- HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 m.nt. MS, AB 1987, 273 m.nt. FHvdB, AB klassiek (2003), nr. 20 (Amsterdam / Ikon I)
- HR 3 april 1987, NJ 1987, 703 m.nt. G. (Nomij / Van den Heuvel)
- HR 20 november 1987, NJ 1988, 843 m.nt. MS, AB 1988, 117 m.nt. FHvdB (Montenegro)
- HR 18 december 1987, NJ 1989, 527 m.nt. MS, AB 1988, 569 m.nt. FHvdB (Gendt / Mefigro)
- HR 26 februari 1988, NJ 1989, 528 m.nt. MS, AB 1989, 80 m.nt. F.A. van Bakelen (Hot Air / Staat)
- HR 26 februari 1988, NJ 1988, 489 z.nt., AB 1989, 232 z.nt. (IJsselmuiden / Brink)
- HR 17 juli 1988, NJ 1989, 714 m.nt. MS (Deltaschadewet)
- HR 11 november 1988, NJ 1990, 563 z.nt., AB 1989, 81 m.nt. FHvdB (Ekro / Staat)
- HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 m.nt. MS, AB klassiek (2003), nr. 21 (GCN / Nieuwegein II)
- HR 16 december 1988, NJ 1989, 754 m.nt. JBMV (Waterschap N-Z Beveland / Lentink)
- HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS, AB 1989, 207 m.nt. FHvdB (Harmonisatiewet)
- HR 9 juni 1989, NJ 1989, 718 z.nt. (Staat / Bolt c.s.)
- HR 23 juni 1989, NJ 1990, 437 m.nt. JMBV (Colijn / Staat)
- HR 23 juni 1989, NJ 1990, 441 z.nt. (Kennis / Budel)
- HR 17 november 1989, NJ 1990, 746 m.nt. JBMV, AB 1990, 81 m.nt. G.P. Kleijn (Velsen / De Waard)
- HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 m.nt. CJHB, AB 1990, 251 m.nt. FHvdB (Staat / Bekkers)
- HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118 m.nt. MS, AB klassiek (2003), nr. 23 (Leidraad administratieve boeten 1984).
- HR 22 juni 1990, NJ 1993, 637 m.nt. MS, AB 1990, 593 z.nt. (Vastgoed 's-Gravenhage / Staat)
- HR 2 november 1990, NJ 1993, 635 m.nt. MS, AB 1990, 223 m.nt. G.P. Kleijn (Staat / Bolsius)
- HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 z.nt. (Joemman / Staat)
- HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB onder 639, AB 1991, 241 m.nt. FHvdB, AB klassiek (2003), nr. 25 (Leffers / Staat)
- HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 m.nt. CJHB, AB 1991, 394 m.nt. FHvdB (Staat / OVB)(Aalscholwers)
- HR 22 maart 1991, NJ 1994, 170 m.nt. MS, AB 1991, 446 m.nt. FHvdB (Amsterdam / Ikon II)

- HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB, AB 1992, 290 m.nt. FHvdB onder 291 (Van Gog / Nederweert)
- HR 14 juni 1991, NJ 1991, 693 z.nt., AB 1992, 291 m.nt. FHvdB (Rigter / Blaricum)
- HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 m.nt. CJHB (Staat en Van Hilten / M.)
- HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 299 m.nt. MS, AB 1992, 88 m.nt. FHvdB (Cornelissen / Groningen)
- HR 28 februari 1992, NJ 1992, 687 m.nt. MS, AB 1992, 301 m.nt. FHvdB (Changoe / Staat)
- HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m.nt. MS, AB 542 z.nt. (Zeeland / Hoondert)
- HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (BV / Boulogne)
- HR 10 augustus 1992, NJ 1993, 636 m.nt. MS, AB 1993, 12 z.nt. (M. / Roosendaal en Nispen)
- HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt. MS, AB 1993, 40 m.nt. FHvdB (Vulhop / Amsterdam)
- HR 13 november 1992, NJ 1993, 639 m.nt. MS, AB n.g. (Lanser / Haarlemmermeer)
- HR 14 mei 1993, NJ 1993, 641 m.nt. MS, AB 1993, 503 z.nt. (Aruba / Playa Liquor)
- HR 18 juni 1993, NJ 1993, 642 m.nt. MS, AB 1993, 505 m.nt. FHvdB (St. Oedenrode / Van Aarle)
- HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (Staat / NCB)
- HR 11 februari 1994, NJ 1997, 162 m.nt. MS (Geleen / S.)
- HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718 m.nt. MS, AB 1994, 415 m.nt. GAvdV, AB klassiek (2003), nr. 30 (Kabayel)
- HR 29 april 1994, NJ 1995, 797 m.nt. CJHB en EAA (voorlopige hechtenis)
- HR 29 april 1994, NJ 1997, 396 m.nt. MS, AB 1994, 530 m.nt. FHvdB, AB klassiek (2003), nr. 31 (Schuttersduin)
- HR 27 mei 1994, NJ 1997, 158 m.nt. MS, AB n.g. (Sprangers / Staat)
- HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 m.nt. CJHB (Staat / Shell)
- HR 30 september 1994, NJ 1996, 199 m.nt. CJHB (Van den Brink / Staat)
- HR 7 oktober 1994, NJ 1997, 174 m.nt. MS, AB 1996, 125 m.nt. B.J.P.G. Roozendaal (Staat / Van Benten)
- HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 139, AB n.g. (Talma / Friesland)
- HR 7 april 1995, NJ 1997, 166 m.nt. MS, AB 1995, 541 m.nt. ThGD (Smit / Staat)
- HR 2 juni 1995, NJ 1997, 164 m.nt. MS, AB 1995, 542 m.nt. ThGD (Aharchi / Bedrijfsvereniging Tabak)
- HR 8 september 1995, NJ 1997, 159 m.nt. MS, AB 1996, 57 m.nt. ThGD (Utrecht / Budinovski)
- HR 3 november 1995, NJ 1997, 161, AB 1996, 58 m.nt. ThGD (Petronella / Rotterdam)
- HR 8 december 1995, NJ 1997, 163 m.nt. MS, AB n.g. (Bedrijfsvereniging Metaalindustrie / Heijboer)
- HR 19 januari 1996, NJ 1997, 201, AB n.g., Gst. 1996, 2036 m.nt. HH (Eijsden / Caelen)
- HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 m.nt. E.E.A, AB 1996, 372, m.nt. ThGD. (Rasti Rostelli)

HR 11 oktober 1996, NJ 1997, 165 m.nt. MS, AB 1997, 1 m.nt. ThGD (Leenders / Ubbergen)

HR 15 november 1996, NJ 1997, 160 m.nt. MS, AB 1997, 231 m.nt. ThGD (Kruit / Zuidwolde)

HR 24 januari 1997, NJ 1999, 56 m.nt. CJHB, AB 1998, 12 m.nt. ThGD (De Ridder / Staat)

HR 31 januari 1997, NJ 1998, 704 m.nt. CJHB, JOR 1997/47 m.nt. SCJJK (Groningen / Globe)

HR 5 september 1997, NJ 1998, 47 z.nt., AB 1998, 175 m.nt. ThGD onder nr. 176 (Schut / Utrecht)

HR 7 november 1997, NJ 1998, 364 z.nt., AB 1998, 221 m.nt. ThGD (Groskamp / Staat)

HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 m.nt. ARB, AB 1998, 231 m.nt. ThGD (Boeder / Staat)

HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 m.nt. TK, AB 1998, 256 m.nt. ThGD (Meiland / Staat)

HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869 m.nt. MS, AB 1998, 416 m.nt. ThGD (Kaveka)

HR 28 mei 1999, NJ 1999, 508 m.nt. ARB (Staat / Transol)

HR 1 oktober 1999, NJ 1999, 756 z.nt., AB 2000, 5 m.nt. ThGD (Van Dijk / Venray)

HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 m.nt. ARB onder 88, AB 2000, 89 m.nt. PvB, AB klassiek (2003), nr. 44 (Groningen / Raatgever)

HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem / Staat)

HR 26 mei 2000, NJ 2000, 472 m.nt. ARB (CZ / Schreurs)

HR 3 november 2000, NJ 2001, 108 m.nt. ARB, AB n.g. (EBS / Groenewegen)

HR 15 december 2000, NJ 2001, 318 m.nt. MS, AB 2001, 85 m.nt. ThGD (Slegers / Asten)

HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 m.nt. MS, AB 2001, 412 m.nt. ThGD (Staat / Lavrijsen)

HR 27 april 2001, NJ 2002, 335 m.nt. MS, AB 2001, 361 m.nt. ThGD (Leers / Staat)

HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 m.nt. EAA en TK, AB 2002, 25 m.nt. PvB (NVV / Staat)

HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 m.nt. MS, AB 2002, 421 m.nt. PvB (Heeze-Leende)

HR 15 november 2002, NJ 2003, 617 m.nt. MS, AB 2003, 95 m.nt. PvB (Staat / Zevenbergen)

HR 26 november 2002, NJ 2003, 81 m.nt. YB onder nr. 80 (Regeling fokverbod varkens II)

HR 6 december 2002, NJ 2003, 616 m.nt. MS, AB 2004, 17 m.nt. PvB (Pannenkoekenhuis De Kabouter)

HR 24 januari 2003, NJ 2003, 629 m.nt. MRM, AB 2003, 120 m.nt. RW (Maple Tree / Staat)

HR 21 maart 2003, nr. C01/196HR, RvdW 2003, 53 (S. / Staat)

HR 18 april 2003, AB 2003, 451 m.nt. FvO (Boter Export Holland / Productschap Zuivel)

- HR 20 juni 2003, NJ 2005, 189 m.nt. MRM, AB 2004, 84 m.nt. PvB (Staat / Harrida)
- HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691 m.nt. TK, AB 2004, 39 m.nt. ChB (Waterpakt / Staat)
- HR 19 december 2003, NJ 2004, 386 m.nt. PCEvW, AB n.g. (Sotel / Bergen op Zoom)
- Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, NJ 2004, 230 (Omwonenden / Staat en Enschede)
- HR 21 januari 2004, NJ 2005, 325 z.nt., AB n.g. (Direks / Venray)
- HR 23 januari 2004, nr. 38.653, NJ n.g., AB 2004, 258 m.nt. RW (X. / Ontvanger)
- HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. JH, AB 2005, 127 m.nt. FvO (Van Hasselt / Staat)(duwbak Linda)
- HR 7 mei 2004, NJ 2005, 131 z.nt., AB 2004, 329 m.nt. GAvdV (Paul / Den Haag)
- HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB, AB n.g. (Jetblast)
- HR 3 september 2004, NJ 2006, 26 m.nt. HJS, AB 2005, 74 m.nt. GAvdV/GC (Asiel-advocaten / Staat)
- HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 m.nt. JBMV, AB 2006, 41 m.nt. BPMvR (Onrechtmatige huiszoeking)
- HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679 m.nt. TK, AB n.g. (Faunabescherming / Friesland)
- HR 15 oktober 2004, nr. C03/144HR, NJ 2005, 67 m.nt. TK, AB n.g. (Dierverloskundigen)
- Rb. Middelburg 15 december 2004, BR 2005, p. 438 m.nt. J.W. van Zundert (Bouwplan Terneuzen)
- HR 17 december 2004, NJ 2006, 361 m.nt. MRM, AB 2005, 111 m.nt. RW (Proceskosten exclusief)
- HR 17 december 2004, NJ 2005, 152 m.nt. TK, AB 2005, 399 m.nt. FvO (OZB Hengelo / Staat)
- HR 24 december 2004, NJ n.g., AB 2005, 58 m.nt. GAvdV (Amstelimmio en Chidda / Amsterdam)
- HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346 m.nt. CJHB, AB n.g. (Verdenking ambtsmisdrrijf)
- HR 18 februari 2005, NJ 2005 n.g., AB 2005, 119 m.nt. RW (X. / Ontvanger)
- HR 18 februari 2005, NJ 2005, 283 z.nt., AB 2005, 400 m.nt. FvO (SER / NVV)
- HR 11 maart 2005, NJ 2005, 170 z.nt., AB 2005, 285 m.nt. FvO (Subsidiefraude)
- HR 1 april 2005, NJ n.g., AB n.g., JB 2005/136 z.nt. (Janse / Steenberg)
- HR 8 juli 2005, NJ n.g., AB n.g., JB 2005/243 z.nt. (Beijaerts / Bergen op Zoom)
- HR 9 september 2005, NJ 2006, 93 m.nt. MRM, AB n.g. (Kuijpers / Valkenswaard)
- HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 418 m.nt. CJHB, AB n.g., JB 2005/318 m.nt. GEvM (Ludlage / Paradijs)
- Rb. 's-Gravenhage 9 november 2005, NJF 2006, 47 (Winterthur c.s. / Staat)
- HR 11 november 2005, NJ 2006, 256 m.nt. MRM, AB n.g. (Post / Van de Hurk)
- HR 3 februari 2006, NJ 2006, 325 m.nt. MRM, AB 2006, 225 m.nt. GAvdV (RBA / SFR)
- HR 21 april 2006, NJ 2006, 270 z.nt., AB n.g. (Staat / Geene)

HR 21 april 2006, NJ 2006, 271 z.nt., AB n.g. (Abacus / Staat)

HR 21 april 2006, NJ 2006, 272 z.nt., AB n.g. (Inno / Sluis)

Bestuursrechtspraak

VzARRvS 25 augustus 1976, AB 1976, 214 m.nt. FHvdB (Waarschuwing politiedwang)

ARRvS 12 januari 1982, AB 1982, 299 m.nt. PCEvW (Paul Krugerbrug I)

ARRvS 22 november 1983, AB 1984, 154 m.nt. JHWdP, AB klassiek (2003), nr. 15 (Paul Krugerbrug II)

ARRvS 14 augustus 1987, AB 1988, 498 m.nt. Simons (Uitleen viscontingenten)

CRvB 30 maart 1995, AB 1995, 334 m.nt. RMvM, JB 1995/99 m.nt. FAMS (Renteschade WW)

ABRvS 29 februari 1996, AB 1997, 146 m.nt. BJS (Kozijnen Maastricht)

ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93, JB 1996/158 m.nt. FAMS, AB-klassiek (2003), nr. 36 (Maxis en Praxis)

ABRvS 7 februari 1997, AB 1997, 154 m.nt. PvB (bestemmingsplan Nieuwland)

ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB, JB 1997/118 m.nt. HJS, AB klassiek (2003), nr. 40 (Van Vlodrop)

CRvB 24 februari 1998, AB 1998, 177 m.nt. Hbr, JB 1998/83 m.nt. HJS (Weigering WW)

CBB 7 oktober 1998, AB 1999, 20 m.nt. JHvdV (Erkenning IJslandse pony's)

ABRvS 30 maart 1999, AB 2000, 10 m.nt. GJ, JB 1999/107 m.nt. RJNS (Sportkantine Maarssen)

ABRvS 12 augustus 1999, AB 1999, 327 m.nt. MSV (Varkensmaatregel)

ABRS 3 april 2000, AB 2000, 222 m.nt. MSV (Reconstructie Venloseweg)

CRvB 6 april 2000, JB 2000/126 m.nt. RJNS (Buitenfunctiestelling inspecteur)

ABRS 9 juni 2000, AB 2001, 222 m.nt. GJ (Erkens Bakkerijen)

ABRvS 10 augustus 2000, JB 2001/271 (Varkensmaatregel)

CRvB 24 januari 2001, AB n.g., JB 2001/76 m.nt. LV (Nabestaandenwet)

ABRvS 22 maart 2001, AB 2001, 195 m.nt. dG (Camping de Plagge)

ABRvS 1 juni 2001, AB 2001, 215 m.nt. FM (Milieuvergunning SE Fireworks)

ABRvS 1 juni 2001, AB 2002, 406 m.nt. AMLJ (Gedogen Noordwijkerhout)

ABRvS 26 september 2001, BR 2002, p. 797-802, m.nt. BPMvR (Verkeersbesluit Nunspeet)

CRvB 27 september 2001, AB 2002, 26 m.nt. HH (Overplaatsing ambtenaar)

ABRvS 21 november 2001, AB 2002, 183 m.nt. AMLJ (Sportkantine Maarssen)

ABRvS 6 februari 2002, AB 2002, 257 m.nt. CMB (Exploitatievergunning Winterswijk).

ABRvS 3 juli 2002, AB 2003, 306 m.nt. BJS (Bouwvergunning Waterland)

ABRvS 3 juli 2002, AB 2003, 447 m.nt. BJS (Windturbine Nagele)

ABRvS 26 februari 2003, AB 2003, 265 m.nt. J.H.A. van der Grinten (Onttrekking Bergen)

ABRvS 9 april 2003, BR 2003, p. 705 m.nt. BPMvR (Toonzaal Heemstede)

CBB 17 april 2003, AB 2003, 277 m.nt. JHvdV, JB 2003/176 z.nt. (West-Nijlvirus)
ABRvS 9 juni 2003, AB 2004, 6 m.nt. FM, BR 2004, p. 686 m.nt. BPMvR (SBZ Eilandspolder)
ABRvS 25 juni 2003, AB 2004, 81 m.nt. ARN (Bouwvergunning Ede)
ABRvS 23 juli 2003, AB 2004, 275 m.nt. NV (Tussenklappenpolder)
ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004, 138 m.nt. ARN (NUON-leidingen)
ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95 m.nt. ARN, JB 2004/12 m.nt. RJNS (Straatprostitutie Heerlen)
ABRvS 24 maart 2004, AB 2004, 165 m.nt. AvH, JB 2004/225 m.nt. AMLJ (Gww-vergunning Leiduin)
ABRvS 6 mei 2004, AB 2005, 27 m.nt. CMB onder nr. 28 (Ligplaats Valkenburg)
ABRvS 2 juni 2004, AB 2005, 28 m.nt. CMB (Toezegging kamerverhuur)
ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 397 m.nt. NV (Waterleiding Moerdijk)
ABRvS 14 juli 2004, AB 2005, 214 m.nt. CMB (Verkeersbesluit Haarlem)
ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 395 m.nt. NV, BR 2005, p. 41 m.nt. BPMvR (Jachtvergunning Jochems)
ABRvS 29 september 2004, AB 2005, 46 m.nt. K.J. de Graaf (Verkeersbesluit Enschede)
ABRvS 13 oktober 2004, AB 2004, 459 m.nt. AvH, JB 2004/375 z.nt. (glasvezelkabel Westerschelde).
ABRvS 17 november 2004, BR 2005, p. 139 m.nt. JW (Gebruiksvergunning Den Haag)
ABRvS 8 december 2004, AB 2006, 139 m.nt. JvdG onder nr. 140 (Delisea)
CRvB 15 december 2005, AB 2006, 54 m.nt. BPMvR, JB 2006/61 m.nt. ARN (Herziening dagloon)
ABRvS 20 juli 2005, AB 2005, 419 m.nt. Ortlep, JB n.g. (Bedrijfshal Maasdriel)
ABRvS 26 oktober 2005, JB 2006/8 z.nt. (Certificering Calamus)
ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 102 m.nt. ICvdV (Subsidie CodArts)
CRvB 5 januari 2006, AB 2006, 170 m.nt. HBr (Boete onjuiste loonopgave)
ABRvS 1 maart 2006, AB 2006, 188 m.nt. NV (Terugvordering huursubsidie)
ABRvS 1 maart 2006, BR 2006, p. 544 m.nt. Nijmeijer (Vrijstelling Middelharnis)
ABRvS 17 mei 2006, JB 2006/211 m.nt. RJNS onder 212 (sportkantine Alexandria '66)