

Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief

O&A 2017/2

De *European Group on Tort Law* heeft recent een brede studie opgezet naar *'The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective'*. De reden hiervoor is dat overheidsaansprakelijkheid de laatste decennia een van de belangrijkste ontwikkelingen in en op de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht vormt. In een groot aantal landen, waaronder Nederland, zijn belangrijke hervormingen op het terrein van nationaal overheidsaansprakelijkheid doorgevoerd en er is sprake van een aanhoudende stroom van – voor de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht – belangrijke jurisprudentie. De afgelopen tijd heeft bovendien het Europese Hof van Justitie een uniform stelsel van lidstaataansprakelijkheid voor schending van Unierecht ontwikkeld en heeft ook de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het overheidsaansprakelijkheidsrecht beïnvloed en geëuropeaniseerd. Desalniettemin was het overheidsaansprakelijkheidsrecht tot voor kort bewust buiten de initiatieven van Europese rechtswetenschap tot het ontwerpen van gemeenschappelijke beginselen van aansprakelijkheidsrecht gelaten. De recente studie van de *European Group on Tort Law* brengt hierin verandering en vormt de aanleiding voor deze bijdrage. Een blik op de historische evolutie van het overheidsaansprakelijkheidsrecht in binnen- en buitenland legt een beweging van immuniteiten naar op het eerste gezicht al maar toenemende aansprakelijkheid bloot, maar tegelijkertijd zijn tegengestelde tendensen zichtbaar. Het overheidsaansprakelijkheidsrecht ontwikkelt zich aldus niet lineair, maar in golfbewegingen. Deze golfbewegingen worden mede ingezet door tijdgebonden *policy*-argumenten, oftewel rechtspolitieke afwegingen, die ook samenhangen met de bijzondere positie van overheden. In deze bijdrage beantwoorden wij de centrale vraag op welke manier het overheidsaansprakelijkheidsrecht door *policy*-argumenten wordt gevormd. In rechtsvergelijkend perspectief wordt geïllustreerd dat *policy*-argumenten het overheidsaansprakelijkheidsrecht in Nederland en daarbuiten in belangrijke mate mede bepalen en dat daarmee op zichzelf nog niet een vaste beleidsrichting, van inperking dan wel uitdijning van overheidsaansprakelijkheid, is gegeven. De richting van de uitwijkingen van een golf is niet constant naar tijd en plaats.

1 Anne Keirse (hoogleraar burgerlijk recht) en Rolf Ortlep (universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht) zijn verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) van de Universiteit Utrecht. Anne Keirse is daarnaast parttime raadsheer bij het Hof Amsterdam. Deze bijdrage is afgesloten op 6 februari 2017.

Tot slot beantwoorden wij daarbij tevens de vraag of het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht in dit opzicht in of uit de pas loopt met andere rechtstelsels.

1. Inleiding

Zowel in Nederland als in Europa en daarbuiten is er voortdurend aandacht voor de bijzondere positie die de overheid in het aansprakelijkheidsrecht toekomt. Meer concreet wordt veelvuldig de vraag gesteld of het aansprakelijkheidsrecht voor de overheid strenger of minder streng is dan voor private partijen. Met Polak merken wij op dat deze vraagstelling om twee redenen gebrekkig is.² Hij wijst er allereerst terecht op dat een vergelijking tussen 'de overheid' en 'private partijen' hachelijk is, aangezien achter beide begrippen meerdere totaal verschillende entiteiten schuilgaan.³ Daarnaast veronderstelt het gegeven dat er overheidsaansprakelijkheidsrecht bestaat naast het 'reguliere' aansprakelijkheidsrecht juist dat de overheid als hoedster van het algemeen belang een apart fenomeen is. Daarom wordt in wezen een vergelijking tussen appels en peren gemaakt.⁴

De zojuist aangestipte bijzondere positie van de overheid als hoedster van het algemeen belang is wellicht ook een verklaring dat het onderwerp overheidsaansprakelijkheidsrecht tot zeer recent buiten de initiatieven tot harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht zijn gehouden. Zowel de *Principles of European Tort Law* (hierna: *PETL*), gepubliceerd in 2005, alsook de *Draft Common Frame of Reference* (hierna: *DCFR*), gepubliceerd in 2009, ontberen uitdrukkelijk regels inzake *public authority liability*. In boek 7 van de DCFR inzake het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt het toepassingsbereik van de modelregels expliciet uitgesloten voor aansprakelijkheid als gevolg van optreden of nalaten in publieke functies.⁵ De destijds bewust gemaakte keuze van de *European Group on Tort Law* om overheidsaansprakelijkheidsrecht niet te incorporeren in de *PETL* was voornamelijk ingegeven door haar vrees voor een te grote inmenging met het bestuursrecht en door de sterke invloed van historisch en cultureel erfgoed op dat rechtsgebied.⁶ Recentelijk heeft de *European Group on Tort Law* alsnog het overheidsaansprakelijkheidsrecht in haar onderzoek betrokken en een brede studie opgezet naar *'The Liability of Public Authorities*

2 J.E.M. Polak, 'Overheidsaansprakelijkheid: iets aparts?', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 135-150.

3 Zie verder ook N. Jak, 'Semipublieke instellingen en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: een verkenning', *NTB* 2016/8, p. 56-65.

4 J.E.M. Polak 2012, p. 135.

5 Artikel VI.-7:103: *'This Book does not govern the liability of a person or body arising from the exercise or omission to exercise public law functions or from performing duties during court proceedings.'*

6 European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 113 & p. 119.

in *Comparative Perspective*.⁷ De doelstelling is tweeledig. Enerzijds wordt beoogd bij te dragen aan het begrip en de versterking van het hedendaagse overheidsaansprakelijkheidsrecht in een groot aantal Europese en enkele niet-Europese rechtstelsels.⁸ Anderzijds wil de *European Group on Tort Law* de mogelijkheden tot harmonisatie en de formulering van gemeenschappelijke beginselen van overheidsaansprakelijkheidsrecht adresseren. Dit gewijzigde inzicht van de *European Group on Tort Law* vindt zijn verklaring in diverse ontwikkelingen in het afgelopen decennium en de veranderende positie van de overheid in het maatschappelijk bestel. In haar uitleiding bij de bovengenoemde studie expliciteert de groep haar belangrijkste beweegredenen.⁹ Zij wijst allereerst op het toenemende belang van overheidsaansprakelijkheidsrecht in nationale rechtstelsels in Europa en daarbuiten, zoals weerspiegeld wordt in diverse voorgestelde en doorgevoerde wetswijzigingen alsook in baanbrekende uitspraken van de hoogste nationale rechtscolleges. Tevens noemt zij de erkenning in het Unierecht van lidstatenaansprakelijkheid en de progressieve uitbreiding van de reikwijdte hiervan met een stuwende werking op het nationale aansprakelijkheidsrecht. De groeiende invloed van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens op overheidsaansprakelijkheidsrecht is tot slot een derde prikkel.¹⁰

De hierboven genoemde studie naar *'The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective'* is voor ons aanleiding om de onderhavige bijdrage te schrijven, waarbij opmerking verdient dat één van ons, als lid van deze groep, bij die studie betrokken is. Meer concreet stellen wij in deze bijdrage de centrale vraag op welke manier het overheidsaansprakelijkheidsrecht door *policy*-argumenten wordt gevormd.¹¹ Met *policy*-argumenten doelen wij op rechtspolitieke afwegingen, zoals in de volgende paragraaf nog nader wordt geduid. Vanuit een rechtsvergelijkend perspectief illustreren wij dat *policy*-argumenten het overheidsaansprakelijkheidsrecht hier te lande en daarbuiten in belangrijke mate mede bepalen. Daarbij leggen wij bloot dat daarmee op zichzelf nog niet een vaste beleidsrichting is gegeven. Wij illustreren dat de richting van de slinger die door de inzet van *policy*-argumenten wordt ingezet, een tijdgebonden fenomeen is en aan golfbewegingen onderhevig is. Ook beantwoorden wij daarbij de vraag of het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht in dit opzicht in of uit de pas loopt met andere rechtstelsels.

De bijdrage is ingestoken als een helikopterblik, waarbij wij niet uitputtend willen en – zeker gelet op de veelheid aan rechtstelsels – kunnen zijn. Om de omvang van deze bijdrage te beperken hebben wij er verder voor gekozen om de rechtmatige over-

heidsdaad buiten beschouwing te laten.¹² Evenmin zullen wij ingaan op de overheidsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige rechtspraak. Dat laatste heeft ook een andere reden, te weten dat over aansprakelijkheid voor rechterlijk optreden in dit tijdschrift een speciaal nummer verschijnt, waar wij beiden aan mee zullen werken. Meer specifiek hebben wij ervoor gekozen om de zojuist genoemde centrale vraag hoofdzakelijk te beantwoorden voor overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluitvorming en falend toezicht en weg- en waterbeheer. Aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving en feitelijk handelen komt slechts in algemene termen ter sprake. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In de volgende paragraaf zullen wij op een meer abstract niveau ingaan op de in de doctrine aangedragen *policy*-argumenten die ten grondslag liggen aan de bijzondere positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht. Met die paragraaf in gedachte kunnen wij – en naar wij hopen de lezer – meer duiding geven in de twee daaropvolgende paragrafen waarin onderscheidenlijk het Nederlandse en het rechtsvergelijkend perspectief behandeld worden. Wij sluiten af met een synthese waarin de uitgezette lijnen van ontwikkeling samenkomen.

2. Bijzondere positie in het licht van *policy*-argumenten

Het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid is gedoopt en gegroeid in de 19^{de} en 20^{ste} eeuw. Daarvoor gold in de rechtstelsels van Europa en daarbuiten het adagium *rex non potest peccare*.¹³ *De soevereine vorst stond boven de wet en was zelf wetgever en rechter*. Na grondige wijzigingen van het staatsbestel in Europa is deze immuniteit langzaam maar zeker gerelativeerd en tot slot zo goed als losgelaten. Dit neemt niet weg dat de bijzondere positie die de overheid in het maatschappelijk bestel bekleedt, nog immer een beslissende rol speelt, zo ook in het aansprakelijkheidsrecht. Wij zullen dat in de volgende paragrafen nader illustreren. De positie van de overheid is bijzonder vanwege onder meer de bijzondere bevoegdheden die haar toekomt, de speciale verantwoordelijkheid die samenhangt met de ontvangst van publieke gelden (belastingen), de verantwoordelijkheden in het licht van wetgevende, politieke en democratische processen, de leer van de scheiding der machten en de roep om efficiënte publieke diensten.

De bijzondere positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht wordt in de doctrine veelal geplaatst in de sleutel van de *policy*-argumenten (rechtspolitieke afwegingen).¹⁴ Op abstract niveau kan binnen de *policy*-argumenten een onderscheid worden gemaakt tussen: i) normatieve argumenten; ii) economische argumenten; iii) institutionele argumenten; en iv)

7 K. Oliphant (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge: Intersentia 2016.

8 Het betreft België, Denemarken, Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk, Griekenland, Israël, Italië, Nederland, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Portugal, Spanje, Tsjechië, Verenigde Staten, Zuid-Afrika en Zwitserland.

9 K. Oliphant (ed.) 2016, p. 886.

10 Vergelijk hierover tevens C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: OUP 2013, i.h.b. hoofdstuk 18; P. Aalto, *Public Liability in EU Law*, Oxford: Hart Publishing 2011.

11 Opgemerkt zij dat ook andere delen van het (aansprakelijkheids)recht mede door *policy*-argumenten worden gevormd, maar dat valt buiten het bestek van deze bijdrage.

12 Vergelijk E. Engelhard, B. van den Broek, F. de Jong, A.L.M. Keirse & E. de Kezel, 'Let's think twice before we revise! 'Égalité' as the Foundation for Lawful Public Sector Acts', *ULRev* 2014/3, p. 55-76.

13 In het Frans luidt het: *Le roi ne peut mal faire* en in het Engels: *The king can do no wrong*. Zie H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, Den Haag: Sdu 2007; H.J.Th.M. van Roosmalen, *The King can do no wrong*, Den Haag: Jongbloed 1999.

14 Vergelijk T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, 'Inleiding: coulant compenseren', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. XIII-XXXIII, met verdere verwijzingen.

rechtssystematische argumenten. Meijer heeft daarover terecht opgemerkt dat een zekere overlap mogelijk is. 'Als bijvoorbeeld', in zijn woorden, 'wordt gezegd dat er moet worden voorkomen dat er een claimcultuur ontstaat, dan kan hierin zowel een normatief argument (het is moreel niet wenselijk) als een economisch argument (de maatschappelijke kosten in verband met de claims zijn te hoog) als een rechtssystematisch argument (het gerechtelijke apparaat mag niet worden overspoeld met claims) worden herkend'.¹⁵ Het zijn die *policy*-argumenten die in de doctrine naar voren worden gebracht als redenen waarom (een bepaalde) overheidsaansprakelijkheid niet snel wordt aangenomen (of wordt ingeperkt).¹⁶ In de rechtspraak komen die argumenten evenwel niet altijd (expliciet) tot uitdrukking. Om met de bekende woorden van Vranken te spreken, de argumentatie (van in dit geval rechtspolitieke aard) is dan verhuullend.¹⁷ Met het oog op de belangen van rechtszekerheid en transparantie is dit onwenselijk. In dat licht onderschrijven wij ook de volgende woorden van (oud) advocaat-generaal Spier:

"Het is geen geheim dat ik geen voorstander ben van vergaande overheidsaansprakelijkheid. Dat is geen juridisch maar een rechtspolitiek standpunt. Op terreinen waar het recht nog niet concreet gestalte heeft gekregen, gaat het vaak om de vraag welke kant men op wil. Men kan dat verhullen door net te doen alsof het recht duidelijk was/is. Voor een brede maatschappelijke acceptatie (van goedgebouwde juristen en anderen) is dat soms vermoedelijk een heel verstandige aanpak. Maar ik geef er de voorkeur aan open kaart te spelen en kan dat ook gemakkelijker doen dan Uw Raad omdat de beslissing niet bij mij ligt."¹⁸

Policy-argumenten gaan hand in hand met *macro*-argumenten, of anders gezegd: de mogelijke *macro*-effecten van een rechterlijke uitspraak. Met deze effecten wordt bedoeld op de potentiële niet juridische effecten van een rechterlijke beslissing en/of de effecten die zij heeft voor de niet bij het geding betrokken partijen.¹⁹ Deze effecten komen voornamelijk aan de

orde daar waar er sprake is van rechterlijke rechtsvorming. Van rechterlijke rechtsvorming is sprake als door de rechter in zijn uitspraak het geldende recht wordt vastgesteld en de betekenis ervan verder strekt dan het individuele geschil.²⁰ Het verbaast dan ook niet dat steeds vaker in de doctrine wordt besproken dat het uitgangspunt dat de rechter een rechtsvormende taak heeft en die ook uitoefent, meebrengt dat de rechter ook in staat moet worden geacht oog te hebben voor de *macro*-effecten van zijn beslissing.²¹ Ter zake wordt dan gewezen op de Wet versterking cassatierechtspraak, waarmee artikel 81a van de Wet op de Rechterlijke Organisatie is geïntroduceerd.²² In dat artikel is bepaald dat de Hoge Raad kennisneemt van de door de rechtbanken en de gerechtshoven gestelde prejudiciële vragen. De artikelen 392-394 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevatten een nadere regeling van deze procedure, waaronder de mogelijkheid om ook anderen dan procespartijen – zogeheten *amici curiae* – de gelegenheid te bieden om schriftelijke opmerkingen te maken, teneinde een zo compleet mogelijk beeld te krijgen van de juridische en maatschappelijke context van een bepaald geschil.²³

Ter adstructie van de (verhullende) *policy*-argumenten en van het feit dat dit bijvoorbeeld ook speelt op het niveau van EU-lidstaataansprakelijkheid, wijzen wij op het *Peter Paul*-arrest.²⁴ In de onderliggende zaak hebben gedupeerde depositohouders van een gefailleerde bank Duitsland aansprakelijk gesteld voor de schade die zij hadden geleden door het faillissement van die bank als gevolg van het gebrekkige – en met de EU-richtlijnen inzake financieel (prudentieel) toezicht strijdige – toezicht door het *Bundesaufsichtsamt*. In de door de Duitse rechter verwezen zaak oordeelt het Hof van Justitie dat de EU-richtlijnen niet ertoe strekken om de depositiehouders aansprakelijkheidsrechten toe te kennen, omdat dergelijke rechten in de richtlijnen niet zijn te vinden en de erkenning ervan niet noodzakelijk is om het resultaat van die richtlijnen te bereiken. Bovendien benadrukt het Hof dat immuniteiten voor financiële toezichthouders in een aantal lidstaten, net als in Duitsland, gemeengoed zijn geworden en zijn gebaseerd 'op overwegingen in verband met de complexiteit van het toezicht op het bankwezen, in het kader waarvan de autoriteiten verplicht zijn zeer verschillende belangen te beschermen, waaronder meer in het

15 R. Meijer, 'Rechtspolitieke overwegingen in de Unie- en lidstaataansprakelijkheid', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 659-672, hier p. 660-661.

16 Vergelijk T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema 2012, p. XIII-XXXIII, met verdere verwijzingen.

17 J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 24 e.v. en 147-148. Verder J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 17. Zie R. Ortlep, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters', in: E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. VAR-reeks 154*, Den Haag: Bju 2015, p. 59-160, i.h.b. p. 101 e.v.

18 Zijn conclusie van 25 mei 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW0219. Vergelijk L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2014, p. 4 en p. 203.

19 Een recent voorbeeld uit het 'reguliere' aansprakelijkheidsrecht waarin dit tot uitdrukking komt, betreft de zogeheten *Hangmat*-rechtspraak. Vergelijk C.H. Sieburgh, 'Bestaat er kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van art. 6:173, 174 en 179 BW in geval van medebezit van een zaak?', in: A.J. Verheij en A. Kolder (red.), *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht (Oldenhuis-bundel)*, Den Haag: Bju 2016, p. 113-127; I. Giesen, 'Aansprakelijkheid voor dieren jegens medebezitters revisited: de Hoge Raad wijst af!', *AV&S* 2016/12, p. 74-76; J.M. van Dunné, 'De bijdragen van een slapende gemeente, een hangmat, een souteneur en een subsidiejager aan een verkalkt leerstuk', *TGMA* 2016/1, p. 5-18; P.A. Fruytier, 'Aansprakelijkheid van medebezitters: een beschouwing van de Hangmatjurisprudentie en een onderzoek naar haar reikwijdte', *MvV* 2016, p. 152-158.

20 Vergelijk R. Ortlep 2015, p. 63 e.v. met vele verwijzingen.

21 Vergelijk E.R. de Jong en T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten?', *NTBR* 2017/2, p. 4-16; E.R. de Jong, 'De alles overziende rechter? Over rechtsvorming met oog voor macro-effecten', in: M. Faure en T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 51-67; R. Ortlep, 'Het Hangmat-arrest en de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming', in: R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, Oosterwijk: WLP 2016, p. 299-318. Zie T. Hartlief, 'De agenda van het aansprakelijkheidsrecht: herijking of betere wereld?', in: M. Faure en T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 15-33; J. Spier, 'Gedachten over een vastgelopen stelsel', *AV&S* 2014/6, p. 33-38; T. Hartlief, 'Opwinding in het actuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht: terughoudendheid in de Kazernestraat?', in: R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op recht (Van Maanen-bundel)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 177-212.

22 Wet van 15 maart 2012, *Stb.* 2012, 116.

23 Vergelijk I. Giesen c.s., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een tussentijdse evaluatie mede in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: Bju 2016.

24 HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02, ECLI:EU:C:2004:606.

bijzonder, dat van de stabiliteit van het financiële stelsel. Hierin komen *policy*-argumenten tot uitdrukking (onder meer het *floodgate*-argument) die op zichzelf niet relevant zijn voor het bepalen van het beschermingsbereik van de EU-richtlijnen.²⁵

3. Nederlands perspectief

3.1 De bijzondere positie van de overheid ingegeven door *policy*-argumenten

In de bundel '*Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*' is in de verschillende bijdragen ingegaan op de wijze waarop rechtspolitieke afwegingen van overheden, rechters en wetgevers de grenzen van overheidsaansprakelijkheid beïnvloeden. Een centrale bevinding uit die bundel is dat de uitkomst van de weging van *policy*-argumenten lijkt te tenderen in de richting van een beperking van overheidsaansprakelijkheid.²⁶ Een bekend wettelijk voorbeeld is dat sinds 1 juli 2012 het 'falen' van de financiële toezichthouders bijna niet meer tot aansprakelijkheid kan leiden en dat daarmee nog een hogere drempel is geïntroduceerd dan de norm uit het *Vie d'Or*-arrest.²⁷ Ingevolge artikel 1:25d van de Wet op het financieel toezicht is de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders beperkt tot gevallen waarin de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of grove schuld. Zoals ook blijkt uit het in de vorige paragraaf besproken *Peter Paul*-arrest, wordt met die wettelijke beperking in de pas gelopen met Europa.²⁸ Onder meer het laatste wordt in de memorie van toelichting van de zojuist genoemde wet genoemd als reden om de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders te beper-

ken, alsmede het zogeheten toezichthoudersdilemma,²⁹ en de (rechtspolitieke) noodzaak voor financiële toezichthouders om snel en doortastend te reageren op crisissituaties zonder dat zij het risico lopen gemakkelijk aansprakelijk te worden gesteld.³⁰

Dat de uitkomst van een weging van *policy*-argumenten lijkt te tenderen in de richting van een beperking van overheidsaansprakelijkheid is niet van alle tijden. In de huidige tijd gaat de slinger, aan de hand van *policy*-argumenten, in de richting van een beperking van overheidsaansprakelijkheid (in ieder geval op belangrijke deelreinen), waar deze in de jaren '80 en '90 juist de tegengestelde richting insloeg. Het is daarom goed om hier te benadrukken dat de inzet van dergelijke argumenten juist ook kan leiden tot het aannemen van (vergaande) overheidsaansprakelijkheid. In het verleden hebben *policy*-argumenten deze uitdijende invloed op overheidsaansprakelijkheid ook daadwerkelijk gehad.³¹ Zo behelst het rechterlijke aansprakelijkheidsregime voor de overheid inmiddels in de regel een vorm van risicoaansprakelijkheid. Bijvoorbeeld, is een besluit door de bestuursrechter vernietigd of door het bestuursorgaan wegens onrechtmatigheid herroepen of ingetrokken, dan staan in de regel de onrechtmatigheid en de toerekenbaarheid vast.³² Voor wetgeving geldt verder als regel dat de overheid onrechtmatig handelt en daarvoor aansprakelijk is, als zij een met een hogere regeling strijdig wettelijke voorschrift uitvaardigt en uitvoert.³³ In de rechtspraak³⁴ en in de doctrine³⁵ is deze vorm van risicoaansprakelijkheid onderbouwd met het (rechtspolitieke) argument dat de schadeveroorzakende handeling van de overheid (zoals een besluit of wetgeving) ten goede komt aan het algemene be-

25 Vergelijk J.T. Tegelaar, 'Immune voor de Unie? (Semi-)immunitet van nationale financiële toezichthouders onder nieuw recht', *AA* 2016, p. 705-715, i.h.b. p. 709.

26 T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema 2012, p. XV en p. XXXI. Vergelijk E.F.D. Engelhard en I. Giesen, 'Veronderstellingen over de gronden voor aansprakelijkheid: Van Maanen revisited', in: R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op recht (Van Maanen-bundel)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 85-107, i.h.b. p. 97 e.v.

27 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527, m.nt. Van Dam onder *NJ* 2008/529; *AB Klassiek* 2016/33, m.nt. Van Rossum. Voor de goede orde, ook het *Vie d'Or*-arrest kan worden gezien als een voorbeeld uit de rechtspraak tot beperking van overheidsaansprakelijkheid. Vergelijk daarover de in de volgende voetnoot genoemde bronnen en zie verder HR 21 november 2014, *DSB*, *NJ* 2015/217, m.nt. Tjong Tjin Tai; *JOR* 2015/11, m.nt. Van Tilborg.

28 Vergelijk J.T. Tegelaar 2015, p. 705-715; F. de Vries, 'De aansprakelijkheid van financieel toezichthouders in de praktijk', *JBplus* 2015/4, p. 243-253; R.J. Dijkstra, 'De wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van DNB en AFM. In lijn met Europees gebruik?', *O&A* 2014/25, p. 38-44; E.J. van Praag, 'Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders naar Europees recht', *SEW* 2014/80, p. 214-231; A.A. van Rossum, 'De wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van DNB en AFM: een bijzondere regel in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak (Van Ravels-bundel)*, Den Haag: Instituut voor *Bouwrecht* 2014, p. 177-186; D. van Tilborg, 'Een klassieke benadering bij toezichthoudersaansprakelijkheid? Graag!', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak (Van Ravels-bundel)*, Den Haag: Instituut voor *Bouwrecht* 2014, p. 223-241; V.H. Affourtit en R.D. Lubach, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid onder de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM', *O&A* 2012/84, p. 169-179; C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera - over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en de Nederlandse Bank', *NTBR* 2010/30, p. 224-246.

29 Dit dilemma behelst dat de belangen van polishouders enerzijds gediend zijn met maatregelen voor onverkorte naleving van financiële normen, maar die maatregelen anderzijds de continuïteit van de bedrijfsvoering in gevaar kan brengen, hetgeen het belang van de polishouders weer kan schaden.

30 *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 3, p. 1-3.

31 Een mooi beeld hiervan wordt al gegeven in A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, preadvies voor de NJV*, Deventer: Kluwer 1996. Zie voor een terugblik A.T. Bolt, 'De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, 20 jaar later: enkele opmerkingen over de aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder', in: M. Faure en T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 81 e.v.

32 HR 31 mei 1991, *Van Gog/Nederweert*, *AB* 1992/290; *NJ* 1993/112, m.nt. Brunner. Verder HR 24 februari 1984, *Sint-Oedenrode/Driessen*, *AB* 1984/399, m.nt. Van Eijden; *NJ* 1984/669, m.nt. Borman; *AB Klassiek* 2016/7, m.nt. Schueler; HR 26 september 1986, *Staat/Hoffmann - La Roche*, *NJ* 1987/253, m.nt. Scheltema; *AB* 1987/70, m.nt. Van der Burg. Zie D.G.J. Sanderink, 'De relatieve waarde van de oneigenlijke formele rechtskracht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 629-647.

33 HR 24 januari 1969, *Pocketboek II*, *NJ* 1969/316, m.nt. Drion; HR 9 mei 1986, *Staat/Van Gelder*, *AB* 1986/429, m.nt. Van der Burg *NJ* 1987/252, m.nt. Scheltema. Zie verder recent HR 18 september 2015, *AB* 2016/30, m.nt. Widdershoven; *NJ* 2016/166, m.nt. Lindenbergh; *O&A* 2015/90, m.nt. Uzman, waar het specifiek gaat om wetgeving in formele zin.

34 Vergelijk HR 12 juni 1992, *Bedrijfsvereniging/Boulogne*, *NJ* 1993/113, m.nt. Brunner; *AB* 1992/559, waarin de Hoge Raad overwoog dat het redelijker is om de schade die voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te laten van de gemeenschap dan voor de particulier jegens wie dat besluit is genomen.

35 Vergelijk N. Jak 2016, p. 57; L. Di Bella 2014, p. 179.

lang en dat daarom de schade moet worden gedragen door de partij ten behoeve van wie de handeling werd verricht, namelijk de gemeenschap. Polak heeft erop gewezen dat deze aanzet – ondanks de in dezelfde tijd ontwikkelde leer van de formele rechtskracht³⁶ – tot een in potentie ruime overheidsaansprakelijkheid, paste in het tijdsgewricht van de jaren '80 en '90 en hij sprak daarbij de veronderstelling uit dat deze verandering verband hield met onze kijk op het overheidsgezag in de jaren '60 en '70. De uitbreiding van de rechtsbescherming en de ontwikkeling van de algemene rechtsbeginselen (beginselen van behoorlijk bestuur) sloten daar goed op aan.³⁷ Ook de overheid is gebonden aan publiekrechtelijke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en zij kan ook vanwege schending van die normen aansprakelijk worden gesteld, zoals daar waar het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel is geschonden.³⁸ Het gegeven dat zich in de rechtspraak vervolgens een heroriëntatie voltrekt ter beantwoording van de vraag waar en hoe ruim de grenzen van overheidsaansprakelijkheid moeten worden getrokken, is volgens Polak een logische ontwikkeling.³⁹ Het is die ontwikkeling in de rechtspraak die past bij de hierboven genoemde constatering dat de uitkomst van *policy*-argumenten lijkt te tenderen in de richting van een beperking van overheidsaansprakelijkheid. Wij zullen dit hieronder aan de hand van de rechtspraak op hoofdlijnen bespreken. Zoals wij in de inleiding hebben opgemerkt, beperken we ons hoofdzakelijk tot overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluitvorming en falend toezicht en weg- en waterbeheer.

3.2 De inzet van *policy*-argumenten bij onrechtmatige besluitvorming

Ook voor overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluitvorming dient toepassing te worden gegeven aan de materiële criteria voor aansprakelijkheid, zoals deze zijn neergelegd in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Het gaat er dus om dat voor aansprakelijkheid moet worden voldaan aan de criteria van onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade, causaliteit en relativiteit. De tendens in de rechtspraak van een beperking van overheidsaansprakelijkheid komt bijvoorbeeld tot uitdruk-

king bij de toepassing van het laatstgenoemd concept,⁴⁰ de relativiteitseis.⁴¹ Deze eis komt erop neer dat een vastgestelde normschending alleen aansprakelijkheid insluit jegens degenen die door de normschending schade lijden als die schending strekt tot bescherming tegen de schade die de benadeelden hebben geleden. Om te bepalen of dat het geval is, dient aan de hand van het doel en de strekking van de geschonden norm nagegaan te worden tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de beoogde bescherming zich uitstrekt. Een gegeven is dat de eis van relativiteit openstaat voor rechtspolitieke afwegingen.⁴² Dit komt omdat – in de woorden van Schoordijk – 'een norm uit zichzelf geen strekking heeft, wij géven aan de norm een strekking. Wij interpreteren de norm naar een wenselijk resultaat toe'.⁴³

In de rechtspraak is vanaf het arrest *Duwbank Linda*⁴⁴ de relativiteitseis 'herontdekt', in die zin dat daar waar in de rechtspraak het handelen van de overheid in het geding is, de kwestie van relativiteit pregnanter naar voren komt, dan daar waar het gaat om het handelen van private partijen. Het lijkt er meer concreet op dat geen relativiteit wordt aangenomen als de geschonden publiekrechtelijke norm primair andere belangen dan het vermogen van een of meer particulieren beschermt. De reden hiervoor wordt in de rechtspraak niet geëxpliciteerd. Uit onder meer het zojuist genoemde arrest en bijvoorbeeld de latere arresten van de *Iraanse Asielzoekster*,⁴⁵ *Eindhoven/curatoren*,⁴⁶ *Amsterdam/Have c.s.*⁴⁷ en de uitspraak inzake *Schietpartij Alphen*⁴⁸ blijkt dat niet van de veronderstelling moet worden uitgegaan dat

36 Een leerstuk dat in de kern als doel heeft om tegenstrijdige rechtspraak tussen de civiele en bestuursrechter te vermijden. Vergelijk L.A.D. Keus, 'Formele rechtskracht: een geslaagde afstemming tussen de burgerlijke en de bestuursrechter?', in: G. Knigge e.a. (red.), *Gehoord de Procureur-Generaal*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 155-164; M. Scheltema en M. Neuteboom-Klink, 'Formele rechtskracht anno 2015', in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2016, p. 307-319; C.N.J. Kortmann, 'Formele rechtskracht tien jaar na "Delisea"', *NJB* 2016/27, p. 1910-1917.

37 Vergelijk L. Di Bella 2014, i.h.b. hoofdstuk 2.

38 HR 27 maart 1987, *Amsterdam/Ikon*, *NJ* 1987/727, m.nt. Scheltema; *AB* 1987/273, m.nt. Van der Burg; *AB Klassiek* 2016/11, m.nt. Scheltema. Vergelijk verder bijvoorbeeld HR 25 juni 2010, *Gelderland/Vitesse*, *AB* 2010/334, m.nt. Van Ommeren; *NJ* 2010/371; *O&A* 2010/86.

39 J.E.M. Polak, 'Ontwikkelingen op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid; over grenzen van privaatrecht en bestuursrecht heen', *NTB* 2010/46, p. 315-323, i.h.b. p. 323 en aangehaald in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema 2012, p. XXXII. Verder J.E.M. Polak 2012, p. 135-150.

40 Vergelijk P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, Den Haag: Bju 2016; J.M. van Dunné 2016, p. 5-18; D.G.J. Sanderink 2015, p. 635 e.v.; P.W. den Hollander, 'Fout, maar niet aansprakelijk', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 101-126; T.W. Franssen en D. Van Tilborg, 'De ingewikkelde zoektocht naar doel en strekking van de geschonden norm', *O&A* 2015/30, p. 57-66; L. Di Bella 2014, i.h.b. hoofdstukken 4 en 5; J.E.M. Polak 2012, p. 146 e.v.

41 Vergelijk over de (deels ondoorzichtige) verschillen in de civiele en bestuursrechtspraak aangaande de toepassing van het criterium van causaliteit, de annotaties onder HR 3 juni 2016, *Hengelo/Wevers*, *JB* 2016/129, m.nt. Timmermans; *Gst.* 2016/112, m.nt. Boesveld en De Jongh. Verder B.P.M. van Ravels, 'Causaliteit: afstemming van causaliteitsleren in het besluitenansprakelijkheidsrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 667-669; R.D. Lubach en A. Stortelder, 'Causaliteit bij besluitenansprakelijkheid: verfijning en inspiratie uit het civiele schadevergoedingsrecht', *O&A* 2015/31, p. 67-72; L. Di Bella 2014, i.h.b. hoofdstuk 3; C.N.J. Kortmann, 'Causaliteit bij vernietigde of herroepen besluiten', *O&A* 2012/86, p. 189-198.

42 Uiteraard staat ook de invulling van andere rechtsconcepten, zoals de zorgvuldigheidsnorm, open voor rechtspolitieke afwegingen, maar dat valt, zoals vermeld, buiten het bestek van deze bijdrage.

43 H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979, p. 367. Vergelijk T.W. Franssen en D. Van Tilborg 2015, p. 58.

44 HR 7 mei 2004, *AB* 2005/127, m.nt. Van Ommeren; *NJ* 2006/281, m.nt. Hijma; *O&A* 2004/64.

45 HR 13 april 2007, *AB* 2008/16, m.nt. Van der Veen; *NJ* 2008/576; *O&A* 2007/48. De ABRvS (20 juni 2007, *AB* 2008/336, m.nt. Jansen) heeft zich hierbij aangesloten.

46 HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/6, m.nt. Mok; *AB* 2012/382, m.nt. Peek; *JB* 2012/249, m.nt. Schlössels.

47 HR 11 januari 2013, *JB* 2013/43, m.nt. Schlössels; *AB* 2014/15, m.nt. Kortmann; *O&A* 2013/19; *NJ* 2013/47. Zie HR 8 juli 2016, *Noordostpolder/Graansma*, *NJ* 2016/326.

48 Rb. Den Haag 4 februari 2015, *JB* 2015/158, m.nt. Schutgens; *O&A* 2015/47.

een publiekrechtelijke norm die de strekking heeft om algemene belangen te dienen daarmee per definitie ook strekt tot bescherming van de individuele vermogensbelangen van particulieren die in het geding kunnen zijn bij eventuele normschending. In de arresten *Eindhoven/curatoren* en *Amsterdam/Have c.s.* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de beslistermijn in de Algemene wet bestuursrecht weliswaar als doel heeft om het bestuursorgaan voortvarend te laten beslissen, maar dat dit niet insluit dat die norm er tevens toe strekt om te beschermen tegen de schade die wordt geleden als gevolg van een overschrijding van die beslistermijn.⁴⁹ Het lijkt er dus nogmaals op dat de Hoge Raad voor wat betreft de schending van publiekrechtelijke normen alleen kijkt naar het primaire doel van die norm en de bredere strekking van die norm, die juist voor relativiteit pleit, buiten beschouwing laat. Zoals gezegd, wordt de reden van deze strikte toepassing van de eis van relativiteit niet in de rechtspraak geëxpliciteerd. Met verwijzing naar vele andere auteurs heeft Di Bella hierover terecht opgemerkt dat de reden waarschijnlijk gelegen is in de vrees voor een te grote aansprakelijkheidslast voor de overheid.⁵⁰

Een bijzonderheid aan de hierboven genoemde arresten *Eindhoven/curatoren* en *Amsterdam/Have c.s.* is verder dat de Hoge Raad daarin heeft geoordeeld dat de overheid aansprakelijk kan zijn voor schade geleden ten gevolge van de overschrijding van een wettelijke beslistermijn zolang er maar sprake is van bijkomende omstandigheden.⁵¹ Deze bijkomende omstandigheden worden geplaatst in zowel het criterium van onrechtmatigheid als dat van de relativiteit. De aansprakelijkheid van de overheid wordt niet gebaseerd op schending van een wettelijke plicht, maar op het handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁵² Deze focus op bijkomende omstandigheden is tevens in de doctrine als voorbeeld genoemd van de tendens in de rechtspraak tot beperking van overheidsaansprakelijkheid.⁵³ Immers, het gevolg van deze individuele benadering is dat er nauwelijks precedentwerking ontstaat, waardoor het aantal gevallen van aansprakelijkheid van de overheid beperkt kan worden gehouden. Deze oplossing is bijzonder ten opzichte van het 'reguliere' aansprakelijkheidsrecht, omdat de wetgever er juist voor heeft gekozen om in artikel 6:162 BW een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht (zoals een beslistermijn) op zichzelf als onrechtmatig aan te merken.⁵⁴

49 De ABRvS (24 februari 2016, AB 2016/396, m.nt. Kortmann) heeft zich hierbij aangesloten.

50 L. Di Bella 2014, i.h.b. p. 201 en hoofdstuk 4. Verder bijvoorbeeld E.R. de Jong en T.E. van der Linden 2017, p. 6 e.v.

51 De ABRvS (24 februari 2016, AB 2016/396, m.nt. Kortmann) heeft zich hierbij aangesloten.

52 Vergelijk tevens HR 28 maart 2014, Raambordelen Amsterdam, AB 2015/2, m.nt. Kortmann; O&A 2014/36; JB 2014/115, m.nt. Sanderink.

53 Vergelijk de bronnen genoemd in de volgende voetnoot.

54 Vergelijk L. Di Bella, 'De onrechtmatige overheidsdaad: het heden', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 61-77. Verder R.J.B. Schutgens, 'Overheid en maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 79-99.

3.3 De inzet van policy-argumenten bij falend toezicht en weg- en waterbeheer

Aan het begin van deze paragraaf is opgemerkt dat een bekend wettelijk voorbeeld van de tendens tot beperking van overheidsaansprakelijkheid is dat sinds 1 juli 2012 het 'falen' van de financiële toezichthouders bijna niet meer tot aansprakelijkheid kan leiden en dat daarmee nog een hogere drempel is geïntroduceerd dan de norm uit het *Vie d'Or*-arrest. Die beperking is, zoals gezegd, terug te voeren op onder meer het zogeheten toezichthoudersdilemma en de (rechtspolitieke) wens dat de financiële toezichthouders snel en doortastend op crisissituaties reageren, zonder dat zij daarbij het risico lopen snel aansprakelijk te worden gesteld, waaraan nog de vrees voor een onevenredig beslag op de algemene middelen kan worden toegevoegd. Het in de rechtspraak expliciet benoemen van de bijzondere positie van de overheid als reden voor terughoudendheid om aansprakelijkheid aan te nemen, komt regelmatig voor als het gaat om overheidsaansprakelijkheid vanwege toezichtsfalen, zij het dat hoe concreter dat 'falen' is hoe minder waarde aan die bijzondere positie wordt toegekend.⁵⁵

Ook in de rechtspraak over weg- en waterbeheersaansprakelijkheid wordt veelal expliciet benoemd dat de bijzondere positie van de overheid een reden is om terughoudend te zijn om dergelijke aansprakelijkheid aan te nemen.⁵⁶ In die rechtspraak wordt in de regel – bij bijvoorbeeld de toepassing van de norm binnen het kader van artikel 6:174 BW – verwezen naar de beleidsvrijheid (bij de prioritering van de maatschappelijke problemen) en de beperkte financiële middelen van de overheid als redenen om terughoudend te zijn met het aannemen van aansprakelijkheid. In de doctrine wordt vervolgens verder gespeculeerd of deze beperking van overheidsaansprakelijkheid te maken heeft met de economische crisis van de afgelopen jaren.⁵⁷ Daarbij wordt de aandacht gevestigd op de *macro*-effecten van dergelijke overheidsaansprakelijkheden, in de zin van de vrees dat vergaande aansprakelijkheid op het ene vlak bezuinigingen inhouden op een ander vlak. De overheid beschikt nu eenmaal niet over ongelimiteerde financiële middelen en zij kan bijvoorbeeld niet alle aan publieke werken klevende veiligheidsrisico's meteen elimineren.⁵⁸

55 Vergelijk over de verschillende vormen van toezichtsfalen en de rechtspraak hierover A.T. Bolt en E.P. Ceulen, 'Aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder', *Gst.* 2016/4, p. 18-27; P.W.J. Verbruggen, 'Aansprakelijkheid wegens gebrekkig overheidstoezicht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 339-358.

56 HR 17 december 2010, NJ 2012/155, m.nt. Hartlief; JB 2011/93. Vergelijk in navolging HR 4 april 2014, *Reaal/Deventer*, NJ 2014/368, m.nt. Hartlief; AB 2014/228, m.nt. Hofman; O&A 2015/4, m.nt. Van der Helm; Zie HR 30 november 2012, Dordtse paalrot, NJ 2012/689; JB 2013/21, m.nt. Schutgens; O&A 2013/16.

57 Vergelijk de bronnen genoemd in de volgende voetnoot.

58 Vergelijk T. Hartlief 2016, p. 27 e.v.; J.W. Hoekzema, 'Aansprakelijkheid voor de onbekendheid met het gebrek', in: A.J. Verheij en A. Kolder (red.), *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht (Oldenhuis-bundel)*, Den Haag: Bju 2016, p. 69-87; T. Hartlief, 'Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht?', *AA* 2015/11, p. 914-926; R.J.B. Schutgens 2015, p. 79-99; J. Spier 2014, p. 33-38; A.J.J.G. Schijns, 'De betekenis van het arrest over de dijkdoorbraak bij Wilnis voor de wegbeheerderpraktijk', *O&A* 2012/4, p. 33-39; T. Hartlief, 'Een dijkdoorbraak in het aansprakelijkheidsrecht: over schuld- en risicoaansprakelijkheid en de bijzondere positie van de overheid', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 201-233.

4. Rechtsvergelijkend perspectief

4.1 De bijzondere positie van de overheid in het buitenlandse aansprakelijkheidsrecht

Rechtsvergelijking leert allereerst dat de overheid ook in de buitenlandse rechtsstelsels van aansprakelijkheid een bijzondere positie toekomt. In sommige rechtsstelsels is de bron voor overheidsaansprakelijkheid – anders dan in het Nederlandse rechtstelsel – gelegen in een afzonderlijke wet of in een zelfstandige afdeling van het burgerlijk wetboek. Zo is in Oostenrijk de *Amtshaftungsgesetz* te vinden, in Spanje de *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, in Tsjechië de *Zákon č 82/1998 Sb (State Liability Act)* en in Zwitserland de *Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten*. In Griekenland wordt in de inleidende bepalingen van het burgerlijk wetboek afzonderlijk aandacht besteed aan overheidsaansprakelijkheid.⁵⁹ De meest aparte status van overheidsaansprakelijkheid biedt evenwel het Franse recht. Het overheidsaansprakelijkheidsrecht in Frankrijk wordt gekenschetst als autonoom publiekrechtelijk rechtersrecht.⁶⁰ Andere buitenlandse rechtsstelsels kennen juist specifiek voor bepaalde vormen van overheidsaansprakelijkheid een speciale, afzonderlijke grondslag. Zo kent het Duitse recht een aparte basis voor aansprakelijkheid van de staat voor schade die is veroorzaakt door een ambtenaar die opzettelijk of door nalatigheid zijn ambtsplicht ten opzichte van een derde schendt.⁶¹ In Engeland en Wales bestaat een *tort* die exclusief voor overheidsorganen geldt; de *tort of misfeasance in public office*.⁶² Het houdt de aansprakelijkheid in van de ambtenaar die in de uitoefening van zijn werkzaamheden een ander opzettelijk schade toebrengt of opzettelijk buiten zijn bevoegdheid treedt. In een groot aantal buitenlandse rechtsstelsels wordt de aansprakelijkheid van overheidsorganen evenwel net als in Nederland beheerst door het algemene aansprakelijkheidsregime voor onrechtmatige daad. Dat geldt onder meer voor België, Denemarken, Israël, Italië, Noorwegen, de Verenigde Staten en Zuid-Afrika, alsook voor Engeland en Wales behoudens de voornoemde extra *tort* die in de praktijk aldaar weinig toepassing vindt.⁶³

Ook al wordt de aansprakelijkheid van de overheid aldus in delen van de wereld door bijzonder recht of afzonderlijke wetgeving gereguleerd, om de onvermijdelijke leemtes

daarin te vullen zal ook in die landen worden teruggevallen op de algemene rechtsbeginselen die voortvloeien uit het gemene aansprakelijkheidsrecht. Het spiegelbeeld is evenwel ook waar. Daar waar ook overheidsaansprakelijkheid rechtstreeks wordt beheerst door algemeen geldende regels van aansprakelijkheidsrecht, zullen in meer of mindere mate ook *leges speciales*, uitzonderingen en verfijningen gelden specifiek voor de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van de overheid, om aan haar bijzondere positie recht te doen. Dat dit opnieuw twee kanten op kan gaan en dat hierbij van golfbewegingen sprake is, wordt hieronder besproken.

Aan de ene kant worden bepaalde toerekeningscriteria die voor het 'reguliere' aansprakelijkheidsrecht gelden, soepeler gehanteerd of zelfs volledig losgelaten als overheidshandelen in het geding is, waardoor dus de aansprakelijkheden van overheidsorganen eerder gevestigd worden dan die van private partijen. Voor de overheid gelden immers zekere gedragsregels, normen en waarden die niet gelden voor andere deelnemers aan het rechtsverkeer. Zo zijn overheden, anders dan private actoren, gebonden aan algemene beginselen zoals het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van *fair play*. Aan de andere kant heerst er juist ook een zekere terughoudendheid en kan worden waargenomen dat de rechter er in de verscheidende landen in de praktijk voor waakt vorderingen jegens de overheid (te) snel te honoreren. Overheden komt alom beleidsvrijheid toe. Dit hangt samen met het beginsel van de scheiding der machten. Besturen is aan de overheid toevertrouwd. Zou de rechter zijn oordeel dat een andere keuze beter was geweest hier kunnen laten zegevieren, dan zou de marge van de politiek worden beperkt. Hoe sterker het beleid op bepaalde terreinen van politieke afwegingen afhankelijk is, hoe terughoudender de rechterlijke toetsing is. Dit betekent dat de toetsing van het handelen van de wetgevende macht marginaal is, in vergelijking tot de rechterlijke maat die de uitvoerende macht wordt aangelegd. Aldus merkte ook (oud) advocaat-generaal Darmon op in zijn conclusie voor het *Vreugdenhil II*-arrest:

"In many, if not all, Member States the conditions for liability for legislative action are appreciably different from those concerning administrative action. Often proof of some degree of wrongful conduct is all that is required in the case of administrative authorities; this is true of Italian law, German law, French law, in Belgian law, in Danish law and in Netherlands law. The liability of the legislative authorities, however, is governed by stricter rules, with in particular a requirement of unusual and specific damage, or is quite simply non-existent."⁶⁴

In het navolgende lichten wij deze beide kanten toe aan de hand van enkele (centraal staande) voorbeelden uit de verschillende buitenlandse rechtsstelsels, waarbij uitdrukkelijk geen volledigheid wordt nagestreefd. Opgemerkt zij dat

59 Artikelen 104-106 Astikos Kodikas.

60 D. Fairgrieve & F. Lichere, 'The liability of public authorities in France', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 158 e.v.

61 § 839 Bürgerliches Gesetzbuch juncto § 34 Grundgesetz.

62 *Three Rivers District Council/Bank of England (No 3) [2002] AC 1*.

63 I. Durant, 'The liability of public authorities in Belgium', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 58; V. Ulfbeck, 'The liability of public authorities in Denmark', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 112; I. Gilead, 'The liability of public authorities in Israel', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 238 e.v.; G. Comandè & L. Nocco, 'The liability of public authorities in Italy', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 268; B. Askeland, 'The liability of public authorities in Norway', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 340; M.D. Green & J. Cardy, 'The liability of public authorities in the United States', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 545-546; J. Neethling, 'The liability of public authorities in South Africa', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 430; K. Oliphant, 'The liability of public authorities in England and Wales', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 134.

64 Zijn conclusie voor HvJ EG 13 maart 1992, C-282/90, *Jur.* 1992, 1-1937.

policy-overwegingen ook in de buitenlandse rechtspraak, evenals in Nederland, vaak impliciet blijven. Een uitzondering biedt de overweging van het Franse *Tribunal des Conflicts* in de *Blanco*-uitspraak van 1873, die vrij vertaald als volgt luidt:

“Overheidsaansprakelijkheid is algemeen noch absoluut; het kent zijn eigen bijzondere regels die variëren naar gelang de noden van de dienst en de noodzaak om de rechten van de staat en de individuele rechten van burgers met elkaar te verzoenen.”⁶⁵

4.2 De inzet van policy-argumenten voor uitdijning van overheidsaansprakelijkheid

De inzet van policy-argumenten kan, zoals gezegd, twee kanten op gaan. Ter illustratie, enerzijds, van de stelling dat voor de overheid in bepaalde opzichten een verdergaande aansprakelijkheid geldt, valt er allereerst op te wijzen dat de toerekeningsmaatstaf in verscheidene rechtsstelsels voor overheidsorganen wordt bijgesteld, zoals dat blijkt de vorige paragraaf ook in Nederland geschiedt. Zo kent het Griekse recht een risicoaansprakelijkheid van overheidsorganen voor schade die door een schending van een individueel belang in de uitoefening van de publieke taak wordt toegebracht.⁶⁶ Verwijtbaarheid is daarbij niet vereist. Ook naar Tsjechisch, Pools en Zwitsers recht neemt overheidsaansprakelijkheid de vorm aan van risicoaansprakelijkheid.⁶⁷ Uiteraard kennen ook deze rechtsstelsels op hun beurt beperkingsmechanismen,⁶⁸ maar in de basis betreft het een aansprakelijkheid die verdergaat dan de ‘reguliere’ foutaansprakelijkheid. In Polen wordt overheidsaansprakelijkheid als een belangrijk element van de democratie beschouwd, de legitimiteit van overheidsoptreden dienend. Reeds in 1923 schreef de bekende Poolse auteur Till dat er geen werkelijke vrijheid en democratie kan bestaan zonder aansprakelijkheid van overheidsorganen voor onrechtmatige daden verricht in de uitoefening van hun publieke taken.⁶⁹ De ontwikkeling van Poolse beginselen van overheidsaansprakelijkheid reflecteren de geschiedenis van het nationale politieke systeem. Sinds 1990 zijn alle actoren, waaronder de wetgever, de (constitutionele) rechter en de academici, de weg ingeslagen naar een werkelijk democratisch systeem, waarbij de relatie tussen overheid en burgers beheerst wordt door het recht en de daarbij behorende be-

ginselen zoals toegang tot de rechter en aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsdaad.⁷⁰

In Zwitserland is de implementatie van het strikte regime voor overheidsaansprakelijkheid mede ingegeven door de wens om de politiek en de burger dichter bij elkaar te brengen alsook door het besef dat de overheid gelijkenis vertoont met de onderneming en daarom een vergelijkbare behandeling verdient.⁷¹ In België en Frankrijk geldt weliswaar een fout-aansprakelijkheid, maar is de fout van overheidshandelen gegeven met de onrechtmatigheid van dat handelen.⁷² Dit houdt dus een verlaging in van de basis voor aansprakelijkheid; van het vereiste van een fout – dat is een toerekenbare onrechtmatige daad – naar enkel het vereiste van onrechtmatigheid. Een uitschieter in dit opzicht is het Spaanse overheidsaansprakelijkheidsrecht. Daarin staat niet de rechts- of plichtschending centraal, maar de rechtvaardige verwachtingen rondom publieke diensten. Overheidsorganen zijn daar aansprakelijk voor schade die wordt geleden door een abnormale oftewel onregelmatige uitoefening van een publieke dienst.⁷³ In Spanje wordt overheidsaansprakelijkheid beschouwd als een belangrijk instrument om de publieke aanwending van privileges en macht te controleren en de belangen van de burgers te waarborgen. In de doctrine wordt gesuggereerd dat deze vergaande Spaanse overheidsaansprakelijkheid aldaar een negatief effect heeft op de beschikbaarstelling van publieke diensten (ten gevolge van een reducering van beschikbare middelen) en zelfs op de kwaliteitsverbetering van overheidsorganen (als gevolg van een gebrek aan beschikbare middelen om kwaliteitsverbetering door te voeren).⁷⁴ In sommige buitenlandse rechtsstelsels kent de aansprakelijkheid van de overheid een verderstreckende omvang. De restrictie bijvoorbeeld die het gemene Duitse aansprakelijkheidsrecht kent om zuivere vermogensschade vergoed te kunnen krijgen, vervalt zodra het om aansprakelijkheid van de overheid gaat. In Engeland en Wales kunnen in geval van ‘*oppressive, arbitrary or unconstitutional actions by the servants of the government*’ *punitive damages*’ worden toegekend, terwijl die mogelijkheid niet bestaat ingeval grote ondernemingen of machtige individuen vergelijkbaar gedrag vertonen.⁷⁵ In de praktijk vindt deze bijzondere sanctionering met name tegenover de politie plaats.⁷⁶

65 Tribunal des Conflicts 8 février 1873, D 1873.3.17 (*Blanco*), ie D. Fairgrieve & F. Lichere 2016, p. 162.

66 E. Dacoronia, ‘The liability of public authorities in Greece’, in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 206 e.v.

67 L. Tichy, ‘The liability of public authorities in Czech Republic’, in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 93; E. Baginska, ‘The liability of public authorities in Poland’, in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 352; P. Widmer & B. Winiger, ‘The liability of public authorities in Switzerland’, in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 511. In Noorwegen wordt in rechtspraak en literatuur gedebatteerd over de vraag of sprake is van een schuld- of risicoaansprakelijkheid. Zie B. Askeland 2016, p. 337 e.v.

68 Zie L. Tichy 2016, p. 93 e.v.; E. Baginska 2016, p. 352 e.v.; P. Widmer & B. Winiger 2016, p. 511 e.v.

69 Aangehaald door E. Baginska 2016, p. 352.

70 E. Baginska 2016, p. 352.

71 P. Widmer & B. Winiger 2016, p. 516.

72 I. Durant 2016, p. 58 e.v.; D. Fairgrieve & F. Lichere 2016, p. 163 e.v.

73 M. Martin-Casals & J. Ribot, ‘The liability of public authorities in Spain’, in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 481 e.v. Overigens zijn Spaanse overheidsorganen ook aansprakelijk voor schade die veroorzaakt is in de normale uitvoering van een publieke dienst, tenzij er op de benadeelde een gehoudenheid rust om die schade te dragen. Aangezien aansprakelijkheid voor rechtmatige daad buiten het bestek van deze bijdrage valt, laten wij dit hier verder rusten.

74 M. Martin-Casals & J. Ribot 2016, p. 479.

75 *Rookes/Barnard* [1964] AC 1129. Vergelijk ook *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] *Queen’s Bench* (QB) 498; *AB/South West Services Ltd* [1993] QB 507.

76 K. Oliphant 2016, p. 132.

4.3 De inzet van *policy*-argumenten voor inperking van overheidsaansprakelijkheid

Hierboven is enerzijds geïllustreerd dat de inzet van *policy*-argumenten kan tenderen in de richting van een uitbreiding van de reikwijdte van overheidsaansprakelijkheid, maar anderzijds is het tegenovergestelde ook waar. Bijzondere gezichtspunten en *policy*-argumenten doen ook in het buitenland dienst als controlemechanismen voor overheidsaansprakelijkheid om deze aansprakelijkheid binnen de perken te houden. Zo geldt in Denemarken (mede) op basis van verscheidene *policy*-argumenten een milde variant van overheidsaansprakelijkheid.⁷⁷ De Deense staat kende van oudsher immuniteit. Sinds de overheidsaansprakelijkheid in Denemarken is geïntroduceerd, is in lijn hiermee terughoudendheid het uitgangspunt. Om te beginnen pleit het *policy*-argument dat de rekening voor aansprakelijkheid van overheidsorganen bij de belastingbetaler belandt, tegen (uitbreiding van) overheidsaansprakelijkheid. Weliswaar kan het wenselijk lijken om schade die door een individuele belastingbetaler wordt geleden, te verdelen over het collectief van belastingbetalers op dossierniveau, maar in Denemarken heeft een tegengesteld standpunt de overhand. Dat luidt dat de keuze om de schade te laten liggen waar zij valt, op de lange termijn tot een voldoende rechtvaardige verdeling van de lasten leidt. Een tweede reden voor een milde overheidsaansprakelijkheid is gelegen in de overtuiging dat het gedrag van werknemers in de publieke sector geen invloed van aansprakelijkheidsregels ondergaat. Gezien de veronderstelde beperkte preventieve werking⁷⁸ wordt aanscherping van het regime, dat traditioneel mild is, niet de moeite waard geacht. Tot slot hangt het verhogen van de drempel van aansprakelijkheid voor de overheid op sommige terreinen ook samen met het feit dat overheidsorganen belast zijn met wettelijke taken die zij verplicht zijn uit te voeren, terwijl de capaciteiten daartoe beperkt zijn. Hiermee is overigens niet gezegd dat er in Denemarken geen tegengestelde *policy*-argumenten worden gehoord. Integendeel, de overheid wordt gezien als de sterkere partij ten opzichte van de burger en erkend wordt dat overheidsbeslissingen voor burgers verstrekende gevolgen kunnen hebben. Verdedigd wordt wel dat de overheid als professional geldt en dat haar daarom dezelfde maat aangelegd moet worden als andere professionals. Ook het feit dat de relatie tussen de overheid en de burger trekken vertoont van een contractuele relatie – nu er voor de schadeveroorzakende gebeurtenis meer dan eens contact en overleg zal hebben plaatsgehad – pleit voor een strenger regime, door daarbij beginselen van contractueel aansprakelijkheidsrecht te betrekken die in Denemarken strikter zijn dan die van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Deze tegengestelde argumenten leggen wellicht minder gewicht in de schaal, maar toch zijn in de rechtspraak sporen van deze ar-

gumentatie te vinden, bijvoorbeeld in het kader van de bescherming van rechtvaardige verwachtingen van burgers.⁷⁹

Er kunnen meer voorbeelden worden genoemd van hoe *policy*-argumenten een beperkende invloed uitoefenen op het aannemen van overheidsaansprakelijkheid. In gevallen waarin de schade slechts indirect op een handeling of nalaten van de overheid kan worden teruggevoerd, wordt de benadeelde meer dan eens naar de eigenlijke schadeveroorzaker verwezen. Naar Nederlands recht heeft de eis van relativiteit een dergelijke werking, in andere rechtstelsels geldt dat voor het beginsel van subsidiariteit. Bij een strikte toepassing van het subsidiariteitsbeginsel komt overheidsaansprakelijkheid alleen om de hoek kijken als de schade niet op een andere wijze te verhalen is. De Duitse overheidsaansprakelijkheid voor plichtsverzuim door ambtenaren, bijvoorbeeld, geldt slechts voor zover de schade niet kan worden verhaald op een ander (zoals de primaire schadeveroorzaker), althans mits er geen opzet, maar enkel nalatigheid in het spel is (waaronder grove nalatigheid).⁸⁰

In andere landen zijn min of meer vergelijkbare beperkingsmechanismen te vinden. Naar Grieks recht wordt bijvoorbeeld geen overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen aangenomen, als de door de overheid geschonden rechtsnorm het oogmerk had om het publieke belang te dienen en niet de strekking had individuele rechten of belangen te beschermen.⁸¹ Als de Griekse overheid faalt als behartigster van het algemeen belang, maar daarbij niet tevens een norm schendt die specifiek individuele rechten of belangen beoogt te beschermen, val je als individuele benadeelde burger als het ware buiten het beschermingsbereik van de norm, en krijg je geen aanspraak op schadevergoeding, ook al is het overheidshandelen onrechtmatig. In dit verband is ook de zogenaamde Amerikaanse '*public duty doctrine*' vermeldenswaardig. Deze doctrine beperkt de mogelijkheden van claims die inhouden dat de overheid tekortschiet als hoedster van het algemeen publiek belang, door bijvoorbeeld een verspreiding van een ziekte onvoldoende onder controle te houden of door onvoldoende te voorzien in een adequate bescherming zoals door de politie of de brandweerdienst.⁸² Op overheidsorganen rust weliswaar in politieke zin een algemene plicht om de burger te beschermen, maar daaraan kunnen naar Amerikaans aansprakelijkheidsrecht geen individuele aanspraken of verhaalsrechten worden ontleend. De hoogste rechter in het Verenigd Koninkrijk beantwoordt de vraag of de politie een zorgplicht heeft tegenover een individuele burger om hem

77 V. Ulfbeck 2016, p. 111.

78 Zie voor een rechtseconomische analyse van overheidsaansprakelijkheidsrecht J. de Mot & M. Faure, 'The Liability of Public Authorities: An Economic Analysis', in K. Oliphant 2016, p. 588-618.

79 V. Ulfbeck 2016, p. 111.

80 § 839 Bürgerliches Gesetzbuch luidt: 'Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.' Overigens kanaliseert § 34 Grundgesetz inmiddels de aansprakelijkheid van de ambtenaar persoonlijk naar de staat.

81 E. Dacoronia 2016, p. 207 e.v.

82 M.D. Green & J. Cardi 2016, p. 546.

of haar te beschermen tegen een (dreiging van een) misdrijf, eveneens ontkenkend.⁸³

Zoals in paragraaf 4.1 al kort is aangestipt, is het verder gemeengoed dat overheidsorganen niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor handelen of nalaten dat binnen de eigen beleidsvrijheid valt, tenzij die vrijheid wordt misbruikt.⁸⁴ Enigszins vergelijkbaar is dat soms een drempel voor aansprakelijkheid wordt aangelegd naargelang de zwaarte van de fout. Zo was naar Frans recht lange tijd een 'faute grave' vereist. Weliswaar raakt de rol van deze algemene drempelverhoging meer en meer uitgespeeld, maar in deelgebieden van overheidsaansprakelijkheid is het nog wijdverbreid terug te vinden, en dus niet alleen in Frankrijk, maar ook daarbuiten. Zo kennen een groot aantal rechtstelsels – zoals het Nederlandse rechtstelsel – verhoogde drempels voor de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders, zoals een beperking tot aansprakelijkheid voor opzet en grove schuld, of zelfs algehele immuniteiten.⁸⁵

4.4 Geen eenrichtingsverkeer

Een helikopterblik geeft samenvattend het volgende beeld. Dat de overheid een bijzondere positie toekomt is gemeengoed in heel Europa en daarbuiten. De mate van verbijzondering verschilt in de verschillende rechtstelsels. Deze verschillen indiceren echter niet een bepaalde beleidsoriëntatie. Met het antwoord op de vraag of het regime voor overheidsaansprakelijkheid algemeen of bijzonder is, is nog niet gegeven of een ruime of beperkte aansprakelijkheid geldt. Enerzijds worden in sommige rechtstelsels bijzondere regels voor de overheid ingezet, om daarin neer te leggen dat van haar meer gevegd wordt dan van anderen. De overheid mag dan minder dan burgers en zij zal eerder aansprakelijk zijn. Anderzijds worden in de rechtstelsels juist ook bijzondere regels toegepast op overheidsorganen om de aansprakelijkheid die zij op de hals kunnen halen, in te perken. De bijzondere regels hebben dan een limiterende werking op de algemene regels die voor anderen gelden. Ook komt het voor dat er in een en hetzelfde rechtstelsel zowel bijzondere regels gelden die de aansprakelijkheid van overheidsorganen uitbreiden als bijzondere regels die hun aansprakelijkheid beperken. De factoren die maken dat overheidsaansprakelijkheid een bijzondere aansprakelijkheid is en daarmee dus een bijzondere behandeling rechtvaardigen, kunnen zowel wijzen in de richting van een strengere aansprakelijkheid als in de richting van een aansprakelijkheidsrecht voor de overheid dat minder streng is dan voor private partijen. Dit neemt niet weg dat, als wij uitzoomen, het algemene beeld, een beeld van uitdijning van overheidsaansprakelijkheid is en zeker lange tijd is geweest. Rechtsvergelijkende studies

schetsen parallel lopende ontwikkelingen in verscheidene rechtstelsels waarin meer en meer afstand wordt genomen van limitering van overheidsaansprakelijkheid en een verbreding van de reikwijdte daarvan wordt doorgevoerd. Bradley en Bell vatten hun rechtsvergelijkend onderzoek naar de spanwijdte van overheidsaansprakelijkheid als volgt samen:

“The general picture which emerges [...] is of a widening of governmental liability. Immunities are declining and the grounds for obtaining compensation [...] are expanding. This trend is likely to continue.”⁸⁶

De rechtsvergelijkende studie van de *European Group on Tort Law* laat eveneens een uitbreiding zien van overheidsaansprakelijkheid in een groot aantal rechtstelsels en onderschrijft dit algemene beeld,⁸⁷ maar tegelijkertijd benadrukt dit rapport de noodzaak om terughoudend te zijn met het identificeren van zogenaamde internationale trends.⁸⁸ Verschillende nationale regimes zijn namelijk ook tegenstelde richtingen ingeslagen. Terwijl in een groot aantal rechtstelsels nog steeds een uitdijende tendens zichtbaar is, is in sommige andere stelsels sprake van een ombuiging, mede ingegeven door de gedachte dat de eerdere uitbreidingen te ver zijn gegaan. Naast Nederland, kunnen Engeland, Wales en Israël hier als voorbeelden dienen, waarover hieronder meer.

Allereerst heeft het leerstuk van de immuniteit van de Kroon in Engeland en Wales tot in de twintigste eeuw standgehouden. Nadat de *Crown Proceedings Act 1947* het instellen van vorderingen jegens de overheid mogelijk maakt, is vervolgens decennia lang in toenemende mate jegens *the Crown* geclaimd. Hierbij spelen de gepercipieerde 'deep pockets' van de overheid een rol, alsook de enorme impact die overheidsoptreden en machtsuitoefening op de levens van burgers kan hebben. Maar sinds eind jaren tachtig van de vorige eeuw is de denkrichting gekeerd en wordt juist benadrukt hoe noodzakelijk het is om overheidsaansprakelijkheid binnen de perken te houden.⁸⁹ Publieke gelden kunnen uitgeput raken. Gewaarschuwd wordt voorts voor het nadelige effect dat overheidsaansprakelijkheid kan hebben op het functioneren in de publieke dienst, verband houdend met mogelijk defensief en reactief gedrag. Rechters zouden zich bovendien niet moeten lenen voor ongepaste bemoeienis met de politiek.

Ook in Israël volgen perioden van uitdijning en inperking van overheidsaansprakelijkheid elkaar op.⁹⁰ Aldaar werd de onschendbaarheid van de koning in 1952 opgeheven om vervolgens plaats te maken voor een overheidsaansprake-

83 *Michael & others v Chief Constable of South Wales Police & another* [2015] UKSC 2. Deze uitspraak van de UK Supreme Court van 28 januari 2015 is in lijn met eerdere jurisprudentie, in het bijzonder met *Hill/Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53, en strookt met het beginsel van de *common law* dat aansprakelijkheid voor nalaten hoge drempels kent.

84 K. Oliphant 2016, p. 866-867.

85 R.J. Dijkstra, 'Liability of Financial Supervisory Authorities in the European Union', *JETL* 2012/3, p. 346 e.v.; D. Nolan, 'The Liability of Financial Supervisory Authorities', *JETL* 2013/4, p. 190 e.v.; K. Oliphant 2016, p. 883.

86 A.W. Bradley & J. Bell, 'Governmental Liability: A Preliminary Assessment', in: A.W. Bradley & J. Bell (eds.), *Governmental Liability: A Comparative Survey*, London: BIICL 1991, p. 15.

87 K. Oliphant 2016, p. 852.

88 K. Oliphant 2016, p. 884.

89 K. Oliphant 2016, p. 129.

90 I. Gilead 2016, p. 227.

lijkheidsrecht dat verschillende tendensen kent. Tot eind zeventiger jaren van de vorige eeuw was er sprake van een restrictieve benadering van overheidsaansprakelijkheid. Vanaf de jaren tachtig tot begin jaren negentig werd deze benadering ingeruild voor een expansieve. Daarop luidden ontwikkelingen in de Verenigde Staten en Engeland voor Israël (dat eveneens een *common law*-stelsel kent, althans een gemengd rechtssysteem) weer een gedeeltelijke terugkeer naar inperking van overheidsaansprakelijkheid in. Laatstelijk wordt van een gemengde benadering gesproken met elementen van uitdijing en inperking die in één en dezelfde periode samengaan. In de huidige tendens lijkt uitdijing evenwel de boventoon te voeren. De toekomst zal moeten uitwijzen of een uitbreiding inderdaad de overhand krijgt of dat de slinger opnieuw de andere kant op zal (door) slaan.⁹¹

Zowel de Israëlische voorvechters voor een strikte overheidsaansprakelijkheid als die voor een mild regime bedienen zich in hun pleidooien van in wezen dezelfde *policy*-argumenten. Het gaat in de eerste plaats om inzichten inzake een rechtvaardige toedeling van risico's en lasten. In de tweede plaats staan stimulering van de kwaliteit van publieke diensten en risicovermijding voor ogen. En in de derde plaats wordt gezocht naar een evenwichtige balans van rechterlijke en uitvoerende machten. Het voornaamste verschil tussen de strikte en milde benadering is gelegen in de wijze waarop het feitelijk functioneren van de overheid wordt gepercipieerd alsook de mate van invloed van het aansprakelijkheidsrecht daarop. Daar waar bijvoorbeeld zij die de milde benadering vertegenwoordigen, vrezen dat een strenge overheidsaansprakelijkheid perverse prikkels geeft en een probleem van over-afschrikking creëert, constateren de aanhangers van de strikte benadering juist een probleem van onder-afschrikking, reden waarom zij met het oog op de preventieve werking aanscherping van het regime bepleiten. Voorts vallen de kostenbaten analyses in de twee benaderingen tegengesteld uit, evenals de zorgen voor een toenemende claimcultuur. Verder wordt rechterlijk activisme in de ene stroming als een positieve ontwikkeling gezien, terwijl de andere stroming daarin een ondermijning van het beginsel van scheiding der machten ziet en vragen van legitimiteit en opportuniteit opwerpt. Een belangrijk verschil tussen de beide benaderingen hangt tot slot ook samen met de publiek wettelijke grondslag voor overheids-handelen. Enerzijds worden de bijzondere machten en taken van de overheid gepresenteerd als een extra reden bij uitstek voor vergaande aansprakelijkheid. Anderzijds pleit het andere kamp juist op deze gronden voor een beperkte toepassing van het aansprakelijkheidsrecht dat is ingericht om privaats handelen te sanctioneren.⁹² Dit Israëlisch debat illustreert treffend hoe *policy*-argumenten twee kanten opwerken.

91 I. Gilead 2016, p. 233.

92 I. Gilead 2016, p. 235-238.

5. **Synthese: *drawing the lines together***

De bovenstaande interne en externe rechtsvergelijking leert ons allereerst dat de bijzondere positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht een gegeven is. In de doctrine wordt de bijzondere positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht veelal in termen van *policy*-argumenten (rechtspolitieke afwegingen) geduid. In deze bijdrage is geïllustreerd dat hiermee niet één vaste beleidsrichting, van inperking dan wel uitdijing van overheidsaansprakelijkheid, gegeven is.

Zoals in de paragrafen 3 en 4 is uiteengezet, liggen *policy*-argumenten aan de ene kant ten grondslag aan de inperking van overheidsaansprakelijkheid. Dit gebeurt bijvoorbeeld, naast in Nederland en wat betreft EU-lidstaataansprakelijkheid, in Denemarken, Engeland en Wales, Frankrijk, Israël, Italië, Noorwegen, de Verenigde Staten en Zuid-Afrika.⁹³ In deze landen wordt gewezen op de zorg dat de beperkte publieke financiële middelen uitgeput raken, op de vrees voor defensief gedrag van publieke organen waardoor het algemene publieke belang onvoldoende wordt gediend (een overkill door angst voor aansprakelijkheid), alsook op het spanningsveld tussen enerzijds de plicht van het overheidsorgaan jegens het publiek en anderzijds de privaatrechtelijke zorgplicht.

Aan de andere kant worden eveneens tegengestelde argumenten gehoord, en dan met name in continentaal Europa (Duitsland, Griekenland, Polen, Portugal, Spanje, Tsjechië, Zwitserland en in EU-debatten).⁹⁴ *Policy*-argumenten leggen dan juist gewicht in de schaal voor het aannemen van overheidsaansprakelijkheid. Er wordt dan bijvoorbeeld de nadruk gelegd op het belang van rechtsherstel en van bescherming tegen onrechtmatige overheidsdaden, het borgen van algemene beginselen van goed bestuur, alsmede het veiligstellen van mensenrechten. Tevens is er het belang van een rechtvaardige verdeling van de lasten en een spreiding van financiële risico's over de gemeenschap. Noemenswaardig zijn ook de behoefte aan een stimulans voor effectief besturen en kwaliteitsborging, alsook de wens om vermijdbare schade te voorkomen en onnodige risico's te vermijden.⁹⁵ Daarbij komt dat de bijzondere positie van de overheid gelegitimeerd en weerspiegeld wordt in de op haar toepasselijke aansprakelijkheidsregels. De bijzondere macht en bevoegdheden brengen ook extra verantwoordelijkheden mee. Tot slot kan tevens een parallel worden getrokken tussen publieke organen en private ondernemin-

93 V. Ulfbeck 2016, p. 111; K. Oliphant 2016, p. 129; D. Fairgrieve & F. Lichere 2016, p. 162; I. Gilead 2016, p. 235-238; G. Comandé & L. Nocco 2016, p. 267-268; B. Askeland 2016, p. 339-340; J. Neethling 2016, p. 429; M.D. Green & J. Cardi 2016, p. 544.

94 U. Magnus, 'The liability of public authorities in Germany', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 184; E. Dacoronia 2016, p. 205; E. Baginska 2016, p. 363-364; M. Reis Rangel de Mesquita, 'The liability of public authorities in Portugal', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 400-402; M. Martin-Casals & J. Ribot 2016, p. 479; L. Tichy 2016, p. 90; P. Widmer & B. Winiger 2016, p. 515-517; P. Machnikowski, 'The liability of public authorities in the European Union', in: K. Oliphant (ed.) 2016, p. 568.

95 K. Oliphant 2016, p. 861.

gen. Nu het aansprakelijkheidsrecht de lat gewoonlijk hoger legt voor sterke partijen zoals ondernemingen en professionals in vergelijking tot individuen en consumenten, moet ook voor de overheid een vergelijkbare hoge(re) maatstaf worden aangelegd.

Een andere algemene conclusie die wij uit het bovenstaande kunnen trekken is dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht zich niet lineair ontwikkelt, maar veeleer in golfbewegingen. Een tendens nodigt vaak een tegenreactie uit. Zo hadden in Italië lange tijd de argumenten tegen een vergaande overheidsaansprakelijkheid de overhand, maar worden deze thans overschaduwed door een tegengestelde argumentatie.⁹⁶ In Nederland wordt juist gehoord dat de (te) ver uitgedijde overheidsaansprakelijkheid weer wordt (of moet worden) ingeperkt. Een vergelijkbare ontwikkeling is in Engeland, Wales en Israël te ontwaren. Bovendien spelen op hetzelfde moment ook tegengestelde krachten en ook dat maakt dat een potentiële lineaire ontwikkeling in haar verloop verstoord wordt. Tegengestelde gezichtspunten pleiten meer dan eens zowel voor als tegen een verdere uitbreiding van overheidsaansprakelijkheid. Daarbij komt dat sommige omstandigheden tegelijkertijd beide tegengestelde tendensen kracht bijzetten. Voorbeelden kunnen dit verduidelijken. Enerzijds moet worden vermeden dat overheidsorganen door een (te) ver strekkende aansprakelijkheid gelimiteerd worden in hun macht en mogelijkheden om het publieke belang te dienen, maar anderzijds brengt juist het feit dat zij over deze macht en deze bijzondere mogelijkheden beschikken, een bijzondere verantwoordelijkheid en vergaande aansprakelijkheid mee. Een tweede voorbeeld biedt de omstandigheid dat de overheid over publieke middelen beschikt. Aan de ene kant vormen deze middelen een bron voor compensatie van benadeelde burgers, maar aan de andere kant kunnen vergaande aansprakelijkheid en de plicht tot compensatie deze middelen alsook de capaciteiten om de publieke taken uit te voeren, uitputten. Het is aldus zaak een goede balans te vinden. Dit versterkt het beeld dat met de inzet van *policy*-argumenten de beleidsrichting niet gegeven is.

Door uit te zoomen kunnen wij constateren dat het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht in de pas loopt met andere rechtstelsels. De grote lijnen van ontwikkelingen hier te lande en daarbuiten komen min of meer overeen, zij het dat deze als gezegd in golfbewegingen gaan en niet op zichzelf staan, maar deel uitmaken van tijd- en cultuurgebonden veranderingen in denken over verantwoordelijkheid, recht en politiek. Alom beïnvloedt de bijzonderheid van de overheid haar aansprakelijkheid. Dit komt om te beginnen door de macht die haar is toegekend, die een sterkere mate van kwetsbaarheid van de burger meebrengt. Voorts impliceert de inning van publieke gelden een bijzondere verantwoordelijkheid daarvoor. Verantwoordelijkheid wordt tevens ingegeven door het wetgevende, politieke en democratische proces. Verder beïnvloedt de nood aan een

goede balans van machten de aan te leggen normen, alsook de rol van de rechter enerzijds en die van de politiek anderzijds. Tot slot kleurt ook het belang van effectieve en efficiënte publieke diensten de grenzen van verantwoordelijkheid. In Nederland en sommige andere landen (zoals België, Denemarken, Israël, Italië, Noorwegen, de Verenigde Staten en Zuid-Afrika) leidt dit ertoe dat regels uit het op zich toepasselijke gemene aansprakelijkheidsrecht worden aangepast zodra overheidshandelen in het spel is. In andere landen (waaronder Oostenrijk, Spanje, Tjechië en Zwitserland), waar de aansprakelijkheid van de overheid of specifieke vormen daarvan door aparte regimes bestreken wordt, beïnvloeden de beginselen van algemeen aansprakelijkheidsrecht deze regimes. De wijze van aanpassing van het gemene aansprakelijkheidsrecht aan de bijzondere positie van de overheid, dan wel die van aanpassing van het bijzondere recht aan de beginselen van algemeen aansprakelijkheidsrecht, verschilt naargelang de vorm van het overheidsoptreden. De speelruimte van de overheid vergroot naarmate de politieke beladenheid van het handelen in kwestie toeneemt. Zij verkleint naarmate het handelen meer gelijkenis met privaat handelen vertoont. In sommige landen (zoals Duitsland, Engeland en Wales) is dit uitgangspunt in het systeem verdisconteerd, door voor verschillende vormen van overheidsoptreden verschillende regimes te hanteren. In Nederland en veel andere landen, waar een algemeen regime voor al het overheidshandelen geldt, wordt hetzelfde resultaat bereikt door de toepasselijke maatstaven of criteria te versoepelen of aan te scherpen.

Kortom, dat de overheid een bijzondere positie in het aansprakelijkheidsrecht toekomt is zonder meer gemeengoed. Over de vraag welke vorm van bijzondere aandacht aangewezen is, blijken de antwoorden naar tijd en plaats te kunnen verschillen. Die antwoorden worden niet ingegeven door louter juridisch dogmatische argumentatie, maar veel meer door *policy*.

96 G. Comandé & L. Nocco 2016, p. 267-277.