

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/149974>

Please be advised that this information was generated on 2018-08-17 and may be subject to change.

Ik rond af. Hiervoor heb ik slechts op enkele slakken zout gelegd. De proeve van bekwaamheid schuilt in de behandeling van enkele fundamentele kwesties en praktijkvragen, zoals afhankelijkheid en subsidiariteit van borgtocht, volgorde van uitwinning en verweermiddelen en opschortingsrechten, de verificatie ex art. 136 Fw, het opzeggen dan wel ontbinden van de borgtochtovereenkomst, regres of omslag van kosten. Het gehele Panorama Mesdag passeert de revue. Mijn kantekening betreft de behandeling van de onderwerpen. Deze is vaak degelijk, maar soms vlak, zoals het thema van het optreden in de normale uitoefening van het bedrijf van een N.V. of B.V. (zoals in art. 7:857 en 1:88 BW) of de rol van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Ook is de wijze van uitwerking verschillend. De bespreking van het Franse recht (nr. 22 e.v.) dient om de ontwikkeling van borgtocht te demonstreren en leidt tot de conclusie dat in dit rechtsstelsel borgtocht en contractuele hoofdelijkheid twee onderscheiden rechtsfiguren zijn, welke onderscheiding de schrijver – dat verwondert niet – vanwege de minieme verschillen moeilijk te rechtvaardigen vindt. Het Duitse recht (nr. 52 e.v.) wordt behandeld om borgtocht af te bakken van andere vormen van persoonlijke zekerheid. Waarom niet andere

onderdelen vergelijken met een of meer buitenlandse stelsels? De verwerking van rechtspraak lijkt me ook vrij selectief: wel uitspraken van rechtbanken en hoven, maar slechts één ervan uit 2013 en 2014, terwijl in de lagere rechtspraak vaak over borgtocht e.d. wordt geprocedeerd. Hoe dit zij, de lezer krijgt een betrouwbaar overzicht van de in de literatuur levende opvattingen<sup>8</sup> en het boek heeft de verdienste dat tal van onderwerpen meer diepgravend aan de orde komen dan de standpunten in de huidige literatuur, die in het bijzonder worden verwoord door publicaties van Blomkwist en Van Schaik, in de meest recente bewerkingen uit 2012.<sup>9</sup>

B. Wessels<sup>10</sup>  
Dordrecht, augustus 2015

1. Waarin dat andere dan bestaat licht de schrijver niet toe. Zie recent: B. Polman, 'Het instituut van de borgsom in het Nederlandse strafprocesrecht', *AA* 2015, afl. 6, p. 427 e.v.
2. Het Nederlandse recht wordt kennelijk eng opgevat. Aan het belastingrecht wijdt de schrijver geen woord, zie mijn bespreking van: 'J.A. Smit, Borgtocht, Civielrechtelijke en fiscale aspecten, Deventer: Uitg. FED 1993', *RMThemis* 1994, afl. 9, p. 483-485. Ook het in de praktijk zo belangrijke internationaal privaatrecht dat het recht aanwijst dat

van toepassing is op grensoverschrijdende borgtochtverhouding blijft onbesproken.

3. Zie recent HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837.
4. Hij leidt het bestaan van die figuur af uit de desbetreffende passages in de parlementaire geschiedenis van Boek 7, niet de parlementaire stukken bij art. 6:3 e.v. BW. Het bestaan van borgtocht voor een natuurlijke verbintenis is – los van parlementaire stukken – gerechtvaardigd, zie mijn dissertatie *Natuurlijke verbintenissen* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, par. 728 e.v.
5. Zie nader Wessels, *Insolventierecht VI* 2012/6160 e.v.
6. Dat geldt ook als de schuldeiser, in de verhouding tot de achterborg, borg is, vergelijk Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5699.
7. Vrij naar Rb. Overijssel 11 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1511.
8. Tot mijn spijt heeft mijn uit de vorige eeuw(!) stammende *Borgtocht in het nieuwe vermogensrecht* (NIBE-Bankjuridische reeks, nr. 19), Amsterdam: NIBE-SVV 1994, 33 p., de literatuurlijst van de auteur niet gehaald.
9. J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht* (Monografieën BW, deel B78), Deventer: Kluwer 2012; Asser/Van Schaick 7-III\* 2012.
10. Prof. mr. B. Wessels is emeritus professor internationaal insolventierecht Universiteit Leiden; External Scientific Fellow Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.

## Laura Di Bella, De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad

*Diss. Leiden, promotoren  
prof. mr. J.E.M. Polak en  
prof. mr. T. Barkuysen  
(Meijers-reeks, deel 225),  
Deventer: Kluwer 2014, 249  
p., ISBN 978-90-13-12040-0.<sup>1</sup>*

### 1. Inleiding

Laura di Bella schreef een compact, prettig leesbaar en van voeling met de praktijk doordeesemd boek waarin zij voor de onrechtmatige overheidsdaad de stand van zaken opneemt en die op punten van overtuigende kritiek en prikkelende verbeter suggesties voorziet. Ik bespreek de inhoud van het boek (punt 2), plaats enige

kanteekeningen bij de gekozen opbouw en de gevolgde 'methode' (punt 3) en licht tot slot de interessantste standpunten uit het betoog (punt 4).

### 2. Opbouw en inhoud van het boek

#### 2.1. Aanleiding en doel

*Hoofdstuk 1* opent met de beroemde beruchte arresten *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchtelingen*, waarin de Hoge Raad tot tweemaal toe staatsaansprakelijkheid voor een onrecht-

matige overheidsdaad laat afstuiten op een (volgens de auteur, deze recensent en vele anderen) uiterst strikt toegepast relativiteitsvereiste.<sup>2</sup> Het intrigeerde de auteur dat deze nieuwe toepassing van de relativiteit – jarenlang een rustig bezit – afwijkt van die voor particulieren. Bij nader inzien bleek dit maar een voorbeeld van de grillige ontwikkelingen die het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad de afgelopen eeuw doormaakte. Door deze grilligheid is volgens Di Bella de kans op succes van een claim tegen de overheid nog altijd moeilijk in te schatten. Uiteindelijk vindt dit zijn oorzaak in de ‘tweeslachtigheid’ van de onrechtmatige overheidsdaad, een rechtsfiguur die zowel privaats- als publiekrechtelijk van aard is. De overheid heeft vanwege haar bijzondere taken en bevoegdheden een andere juridische positie dan een particulier, wat het aannemelijk maakt dat de privaatrechtelijke onrechtmatige daad voor de overheid op onderdelen anders moet worden ingevuld dan in particuliere verhoudingen. Wát die andere invulling precies inhoudt, is echter tot op heden niet duidelijk.<sup>3</sup> Daarom maakt de auteur een interne rechtsvergelijking: zij analyseert in hoeverre de toepassing van de aansprakelijkheidsvereisten op de overheid afwijkt van de toepassing daarvan tussen private partijen en, waar afwijkingen bestaan, hoe die te verklaren zijn (onderzoeksvraag op p. 5). Zij gaat daarbij ook uitgebreid in op de toepassing van de (aan het civiele recht ontleende) aansprakelijkheidsvereisten door de bestuursrechter. Dit onderzoek beoogt duidelijkheid te scheppen en de rechtszekerheid te vergroten (p. 2 en 3).

## 2.2. Kern van het boek

*Hoofdstuk 2* bevat vervolgens een historisch onderzoek naar ‘hoe het zover heeft kunnen komen’. De wetgever heeft nooit een aparte regeling getroffen voor de delictuele overheidsaansprakelijkheid omdat die volgens hem in het kader van art. 6:162 BW kan worden beoordeeld, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis van het nieuwe BW. Uit Di Bella’s historische onderzoek komt echter naar voren dat hier nauwelijks van een bewuste keuze sprake is. Hoewel wetgever én doctrine al zeker een eeuw benadrukken

dat de bijzondere positie van de overheid noopt tot een daarop toegesneden aansprakelijkheidsrecht, zijn alle pogingen om daarvoor een bijzondere wettelijke regeling te treffen gestrand, waaronder, ongeveer een eeuw geleden, de wetsontwerpen-Loeff voor een algemeen stelsel van administratieve rechtspraak.<sup>4</sup> Vanaf *Ostermann*<sup>5</sup> in 1924 is de Hoge Raad die leemte gaan opvullen door de civiele onrechtmatige daad met steeds minder reserve op de overheid toe te passen. De wetgever lijkt dat op zeker moment als een *fait accompli* te zijn gaan beschouwen, hoewel nog lang de mogelijkheid van een afzonderlijke regeling is opgehouden.

Het boek vervolgt met een analyse van de inhoudelijke invulling van de aansprakelijkheidsvereisten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. *Hoofdstuk 3* behandelt de causaliteit. De voornaamste aanbevelingen komen erop neer dat de bestuursrechter zich bij door hem besliste schadeclaims beter oriënteert op de genuanceerdere civielrechtelijke causaliteits-toetsing. Zo zou ook de bestuursrechter goed moeten onderscheiden tussen het feitelijke *condicio-sine-qua-non*-verband en de leer van de redelijke toerekening (art. 6:98 BW). Nu dat onvoldoende gebeurt, blijft soms onduidelijk waarom een vordering precies wordt afgewezen. Verder blijkt onder andere dat de bestuursrechter geen gebruik maakt van de mogelijkheden die de leer van redelijke toerekening biedt. De in het civiele recht toegepaste ‘deelre-gels van Brunner’ – die de civiele rechter aanknopingspunten geven voor de nadere invulling van de leer van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW – blijven bij de bestuursrechter buiten beeld. Het resultaat is een nogal digitale alles-of-nietsbenadering. De auteur bepleit nuancering met deze toerekeningsregels (of nog te ontwikkelen bestuursrechtelijke tegenhangers daarvan) en de verdelingsregel van art. 6:101 BW. Dat zou bijvoorbeeld betere resultaten opleveren bij de door de auteur bekritiseerde rechtspraak waarbij de Centrale Raad van Beroep categorisch het causaal verband ontkent tussen inkomensschade die niet rechtstreeks uit een besluit voortvloeit, maar mede wordt veroorzaakt door een daaropvolgende beslissing

van de werkgever, terwijl een genuanceerdere benadering nodig en mogelijk is. Deze en verdere observaties en voorstellen zijn de moeite waard; helaas ontbreekt hier de ruimte om er verder op in te gaan.

*Hoofdstuk 4* geeft scherpe en overtuigende kritiek op de huidige toepassing van het relativiteitsvereiste bij overheidsaansprakelijkheid, waarvoor *hoofdstuk 5* een alternatief presenteert. *Hoofdstuk 6* bespreekt het leerstuk van de ‘automatische toerekening’ van onrechtmatige overheidsdaden – waarbij onrechtmatige daden standaard aan de overheid worden toegerekend, ook als haar geen enkele blaam treft – en mondt uit in een voorstel voor een andere invulling van dat leerstuk. *Hoofdstuk 7* geeft een samenvattende slotbeschouwing.

In punt 4 bespreek ik de interessantste voorstellen uit de hoofdstukken 4, 5 en 6 uitgebreid. Daarvoor nog enkele opmerkingen over de opbouw van het boek en de gevolgde onderzoeksmethode.

## 3. Enkele kanttekeningen bij opzet en ‘methode’

### 3.1. Ontbreken

#### *onrechtmatigheidsvereiste*

Zoals de lezer hiervoor waarschijnlijk is opgevallen, blijft één aansprakelijkheidsvereiste onbesproken: de onrechtmatigheid. Ik vind dat een misser in een voor de rest geslaagde dissertatie. De motivering voor die keuze overtuigt (mij) dan ook niet.<sup>6</sup> Het onrechtmatigheidsvereiste leent zich volgens de auteur minder goed voor de interne rechtsvergelijking die het boek beoogt, en wel omdat de meeste typische overheidsbevoegdheden exclusief zijn. Het ontbreken van ‘particuliere’ tegenhangers zou voor die gevallen een vergelijking moeilijk maken. Waar de overheid daarentegen wél op gelijke voet met een particulier handelt, kan de rechter a.b.b.b. of andere specifiek voor de overheid geldende normen in de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm verdisconteren, zodat het onrechtmatigheidsvereiste ook dan een specifieke invulling krijgt. De wenselijkheid van die invulling vindt de auteur een ‘in essentie politieke kwestie’ die daarom buiten het onderzoek valt.<sup>7</sup>

Zeker, er zijn goede redenen om de bespreking van het onrechtmatigheidsvereiste te *beperken*. Immers, de beoordeling of de overheid onrechtmatig heeft gehandeld, start veelal met de vraag: heeft de overheid een norm van *publiekrecht* overtreden? Een volledige analyse van de toepassing van het onrechtmatigheidsvereiste had dus (onder andere!) de complete toetsing door de bestuursrechter – inclusief bijbehorende verschijnselen als marginale toetsing en beleidsvrijheid – van het onderzoek ‘ingetrokken’. In een onderzoek naar de onrechtmatige overheidsdaad lijkt het dan ook verstandig om de beoordeling of de overheid het *publiekrecht* heeft overtreden als een ‘black box’ te beschouwen en de analyse te starten bij het punt waar een dergelijke overtreding reeds is vastgesteld – bijvoorbeeld door vernietiging van een besluit of onverbindendverklaring van een regeling. Ook met dat startpunt blijft echter de vraag, hoe een gegeven overtreding van het publiekrecht moet worden vertaald in ‘onrechtmatigheid’ in de zin van art. 6:162 BW. Juist ten aanzien van die vertaling resteren er kwesties waarvan analyse eigenlijk niet mag ontbreken in een boek dat nu juist de rafelranden tussen publiek- en privaatrecht als onderwerp heeft. Ik noem er drie. (1) De Hoge Raad ging er in o.a. *St. Oedenrode/Driessen, Staat/Van Gelder* en *Van Gog/Nederweert* van uit dat een publiekrechtelijk onjuist besluit *automatisch* civiele onrechtmatigheid oplevert.<sup>8</sup> Enkele auteurs hebben betoogd dat dit automatisme verkeerde resultaten oplevert.<sup>9</sup> Zo moet volgens Van Maanen bij de beoordeling of een vernietigd besluit een onrechtmatige daad oplevert, worden onderzocht of het bestuursorgaan door dit besluit te nemen onzorgvuldig heeft gehandeld met het oog op de concrete belangen van de benadeelde.<sup>10</sup> Opmerkelijk genoeg is de Hoge Raad vanaf 2010 bij overschrijdingen van (publiekrechtelijke) wettelijke besluytermijnen een criterium gaan toepassen dat aan Van Maanens pleidooi herinnert: de Hoge Raad overwoog dat de ‘enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke besluytermijn, onvoldoende [is] voor het oordeel dat al-

dus onrechtmatig wordt gehandeld in de zin van art. 6:162 BW. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig die meebrengen dat het bestuursorgaan (...) in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid.’<sup>11</sup> Hier vereist de omzetting van een overtreding van een publiekrechtelijke norm in een onrechtmatige daad dus een extra stap. Deze nieuwe aanpak en de vraag of deze ruimere navolging verdient, had wel aan bod mogen komen. (2) In het besluiten-aansprakelijkheidsrecht speelt voorts de kwestie van de onrechtmatigheid van het besluit in primo (bip). Zoals bekend leidt de civiele rechter uit de vernietiging van een besluit af, dat het nemen daarvan een onrechtmatige daad oplevert. Vernietigd wordt echter altijd slechts het besluit op bezwaar (bob), waarmee dus nog niet vaststaat dat ook het ‘achterliggende’ bip onrechtmatig was. Kleefden er aan het bob slechts procedurele gebreken, dan is goed mogelijk dat het bestuursorgaan een uiteindelijk tweede bob neemt waarin blijkt dat het (dictum van het) oorspronkelijke besluit in primo alsnog overeind kan blijven. Nu is het vaak nodig om ook de onrechtmatigheid van het bip vast te stellen voordat de overheid aansprakelijk kan worden gesteld. De Hoge Raad oriënteert zich daarvoor op de uitkomst van het tweede, na de vernietiging tot stand gekomen bob, waaruit moet blijken of het bip daadwerkelijk onrechtmatig was. Als het niet tot een nieuw bob komt, merkt hij het bip zelfs als rechtmatig aan.<sup>12</sup> De bestuursrechter daarentegen voelt zich veel vrijer om de onrechtmatigheid van het bip ‘op eigen gezag’ uit de onrechtmatigheid van het bob af te leiden.<sup>13</sup> Di Bella bespreekt deze kwestie slechts uiterst beknopt in de inleiding op haar hoofdstuk over causaliteit.<sup>14</sup> Die bespreking was onvermijdelijk, omdat de oriëntatie op de (mogelijke) uitkomst van de verlengde besluitvorming ook bij de bestuursrechter voorkomt, maar bij hem meestal als causaliteitstoets (de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit). Bestuursrechter en civiele rechter verrichten hier dus twee op elkaar gelijkende toetsen (die beide nogal eens tot niet-aansprakelijkheid leiden), maar in het kader van twee

verschillende aansprakelijkheidsver-eisten. Mijns inziens had ook hier een kritische vergelijking van de aanpak van beide rechters ten aanzien van de rechtmatigheidstoetsing niet misstaan. (3) De maatschappelijke zorgvuldigheidnorm geldt – tegenwoordig – ook voor de overheid,<sup>15</sup> maar dat roept de vraag op, wat dan de verhouding is tussen deze van origine typisch civielrechtelijke norm en de a.b.b.b.: valt de zorgvuldigheidnorm daarmee samen of omvat zij die en biedt zij nog iets ‘meer’, of nog iets anders? Kortom: hoewel de toetsing aan het publiekrecht terecht buiten beschouwing is gelaten, blijft de inpassing van die toets in het civiele recht vragen oproepen die aan de orde hadden moeten komen – en daar doet de door Di Bella terecht genoemde moeizaamheid van een vergelijking tussen de civiele en publiekrechtelijke toets naar mijn idee niet zoveel aan af. Overigens acht ik het wél gelukkig dat de auteur ook de formele rechtskracht onbesproken laat. Niet alleen heeft Kortmann dit leerstuk al uitvoerig geanalyseerd,<sup>16</sup> maar bovendien heeft deze in wezen procedurele regel weinig met het materiële aansprakelijkheidsrecht van doen.

### 3.2. EU-recht en rechtsvergelijking

Het boek bevat geen afzonderlijk hoofdstuk over EU-recht. Het vanaf *Francovich*<sup>17</sup> tot stand gekomen leerstuk van (communautair verplichte) staatsaansprakelijkheid voor schending van EU-recht bevat slechts minimumvereisten, die vrijwel steeds overheidsvriendelijker zijn dan het (oudere) Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht. Het communautaire recht komt in het boek dan ook slechts aan de orde als het noopt tot aanvullingen of aanpassingen van het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht of als het kan inspireren tot nieuwe oplossingen voor bestaande problemen in het nationale recht.<sup>18</sup> Deze aanpak leidt tot een compacter boek en een geïntegreerde bespreking van nationaal en communautair recht, al blijven de beschouwingen die de auteur aan het communautaire recht wijdt, vrij summier. Verder bevat het boek geen externe rechtsvergelijking en evenmin empi-

rische beschouwingen (al ademt het voeling met de rechtspraktijk). De rechtsvergelijking in het boek is vooral intern: de toepassing van de aansprakelijkheidsvereisten op de overheid wordt vergeleken met de toepassing van diezelfde vereisten op particulieren. Ten behoeve van die vergelijking wordt de jurisprudentie over de overheidsaansprakelijkheid uitvoerig geanalyseerd; het zuiver civiele aansprakelijkheidsrecht komt vooral op basis van de literatuur aan de orde. Dat laatste lijkt goed verdedigbaar gezien de noodzaak om de omvang van het boek binnen de perken te houden. Het resultaat van deze rechtsvergelijking is in ieder geval een mooi voorbeeld van klassiek rechtsdogmatisch onderzoek, gericht op de analyse, verduidelijking en zo mogelijk verbetering van de interne samenhang van de funderende begrippen van ons rechtssysteem. Voor het schrijven van zo'n boek (in het Nederlands!) was ook anno 2014 wellicht al enige moed vereist. Het is goed dat de auteur die heeft opgebracht. De klassiek-dogmatische benadering van juridisch onderzoek lijkt wat in het verdomhoekje te zitten, en dat lijkt mij niet terecht. Afhankelijk van het onderwerp en het doel van het onderzoek kan het juist een zeer waardevolle methode zijn. Dat geldt zeker voor dit zeer op de praktijk gerichte boek dat beoogt de consistentie van het overheidsaansprakelijkheidsrecht te vergroten.

### 3.3. Rechtszekerheid of ook rechtvaardigheid?

Als gezegd meldt de auteur in het inleidende hoofdstuk te willen bijdragen aan de rechtszekerheid. Dat lijkt een belangrijk doel van klassiek rechtsdogmatisch onderzoek: pas door de (ontwikkeling van de) betekenis van de funderende begrippen van ons recht diepgravend te analyseren wordt de betekenis van dat recht goed duidelijk, en daarmee de voorspelbaarheid van zijn toepassing in uiteenlopende gevallen. Nu kan rechtsdogmatisch onderzoek volgens mij nog een tweede doel dienen: het beoordelen en vergroten van de *billijkheid* van het rechtssysteem. Juist goed onderzoek naar de betekenis van rechtsbegrippen legt immers eventuele inconsistenties en onbillijkheden bloot zodat die vatbaar wor-

den voor kritiek en verbetering. Het is opvallend dat de auteur dit mogelijke tweede doel van haar onderzoek niet noemt, maar het houdt bij het vergroten van de rechtszekerheid. De inhoudelijke hoofdstukken getuigen echter van een ambitieuzer streven: er volgen wel degelijk voorstellen die lijken te zijn ingegeven door de wens om het overheidsaansprakelijkheidsrecht rechtvaardiger te maken. Het treffendste voorbeeld daarvan is Di Bella's bespreking van het toerekeningsvereiste. Naar geldend recht wordt een onrechtmatige daad automatisch aan de overheid toegerekend; daarmee heeft dit vereiste in het overheidsaansprakelijkheidsrecht nauwelijks betekenis meer (zie uitgebreider punt 4). Wat men daar ook van moge vinden: *duidelijk* is het wel. In plaats van dit glasheldere leerstuk wil Di Bella echter afhankelijk van het met een overheidshandeling gediende belangsoms wél en soms niet toerekenen. Van deze oplossing kan moeilijk gezegd worden dat zij de rechtszekerheid vergroot.<sup>19</sup> Zij lijkt veeleer ingegeven door de wens om het overheidsaansprakelijkheidsrecht normatief aansprekender resultaten te laten opleveren. In feite offert de auteur hier een beetje rechtszekerheid op ten faveure van de billijkheid. Een legitieme keuze, maar het inleidende hoofdstuk had het streven naar billikere, normatief aansprekendere oplossingen gewoon als bijkomend onderzoeksdoel kunnen noemen.

### 3.4. Bundeling artikelen

Het leeuwendeel van het boek bestaat uit eerder gepubliceerde artikelen, deels in tijdschriften en bundels, deels in het bestuursrechtelijke openaccessnetwerk NALL. Dat lijkt mij voor promovendi een aantrekkelijke werkwijze, die aan de juridische faculteiten nog verrassend weinig wordt toegepast. Di Bella weet de verschillende schakels van haar dissertatie tot een goed geïntegreerd geheel samen te smeden. Wel bevat de inleidingen van enkele hoofdstukken kleine doublures ten opzichte van eerdere hoofdstukken: er wordt dan kort een achtergrond geschetst voor het in het komende hoofdstuk te bespreken thema, terwijl die achtergrond een hoofdstuk daarvoor net uitgebreid is besproken.<sup>20</sup> De tijdschriftlezer mist die

achtergrond, maar wie de dissertatie als geheel leest, krijgt af en toe een *déjà vu*. Mogelijk is dat geen nadeel – naar mijn indruk doen veel dissertatielezers aan *cherry picking* door slechts te lezen wat voor hen zelf nuttig is. Zulke dissertatielezers zijn eigenlijk tijdschriftlezers en die zijn juist geholpen met een hoofdstuk dat zij door voldoende inleiding als 'standalone' tot zich kunnen nemen. Wel had de auteur bij dergelijke doublures iets beter in voetnoten kunnen aangeven dat het hier om een korte herhaling gaat.

## 4. De interessantste standpunten

Ik licht de twee interessantste standpunten uit het boek: Di Bella's kritiek op en alternatieven voor de toepassing van het relativiteits- en het toerekeningsvereiste in het overheidsaansprakelijkheidsrecht.

### 4.1. Relativiteit

Di Bella laat zien dat de strikte toepassing van het relativiteitsvereiste sinds *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchtelingen* op gespannen voet staat met de parlementaire geschiedenis van art. 6:163 BW. Destijds werd onderkend dat het beschermingsbereik van een geschonden norm zich vaak lastig laat vaststellen. Bij de totstandkoming van allerhande wettelijke normen wordt namelijk zelden uitdrukkelijk ingegaan op de vraag welke individuele (vermogens)belangen de norm nu precies beoogt te beschermen, en daardoor wordt het achteraf beantwoorden van die vraag vaak koffiedik kijken. Daarom overwoog de wetgever dat de eiser het voordeel van de twijfel krijgt als het relativiteitsonderzoek onvoldoende duidelijke antwoorden oplevert. Afgewezen wordt de vordering slechts wanneer relativiteit overtuigend blijkt te *ontbreken*.<sup>21</sup> In de twee genoemde arresten draait de Hoge Raad dit stelsel om.<sup>22</sup> In beide gevallen constateert hij dat de parlementaire geschiedenis van de geschonden norm niets zegt over het beschermen van specifieke individuele belangen, maar uitwijst dat de wens om de algemene veiligheid van de scheepvaart respectievelijk toelating van vreemdelingen op humanitaire gronden vooropstond. Nu er geen positieve aanwijzingen worden gevonden dat relativiteit wél aanwe-

zig is, wijst de Hoge Raad de vorde- ring af.

De auteur betoogt terecht dat relati- viteit zo wel erg snel komt te ontbre- ken. Het is immers aan de orde van de dag dat de wetgever bij totstand- koming van publiekrechtelijke rege- lingen op de eerste plaats een alge- meen belang voor ogen heeft, zodat juist dat algemene belang een prepon- derante rol speelt in de wetshistorie. Als de burgerlijke rechter bij zijn relativiteitsonderzoek vervolgens zó nadrukkelijk aanknoopt bij de parle- mentaire geschiedenis, dan zal hij bij zulke wetgeving al snel concluderen dat deze kennelijk niet tot bescher- ming van individuen strekt. Deze jurisprudentie gaat er eigenlijk van uit dat het feit dat de wetgever niets over individuele aanspraken op- merkt, wil zeggen dat hij individuele aanspraken of aansprakelijkheid je- gens individuen ook heeft willen *uitsluiten*. Aannemelijker lijkt, dat de wetgever vaak simpelweg niet zo met die individuele aanspraken ‘be- zig’ is. De auteur constateert op dit punt dan ook een gebrek aan onder- scheidend vermogen tussen verschil- lende publiekrechtelijke normen.<sup>23</sup>

Erg vreemd wordt het als de geschon- den publiekrechtelijke norm toeval- lig het algemeen belang van finan- ciële stabiliteit dient: dan wordt er bij de totstandkoming zoveel over vermogensbelangen van de burger gesproken dat er (toevallig) al snel wél sprake is van relativiteit, zoals het *Vie d’Or*-arrest illustreert.<sup>24</sup> Zo is de overheid met name voor toe- zicht, gericht op algemene veiligheid van personen, wegens het ontbreken van relativiteit zelden aansprakelijk, terwijl die relativiteit er bij financieel toezicht veel sneller is. Deze benade- ring geeft een verkeerd signaal af.<sup>25</sup> Bovendien lijkt de Hoge Raad in zijn benadering veel strenger dan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, die zich op dit punt veel burgervriendelijker op- stelt.<sup>26</sup>

Na deze diagnose schrijft Di Bella het volgende medicijn voor. De rechter zou zich moeten blijven richten naar de wetsgeschiedenis voor zover die duidelijke (contra-) indicaties bevat voor de relativiteit.<sup>27</sup> Echter, in de ruime meerderheid van gevallen waar dat niet zo is, kan hij zich laten inspireren door de juris- prudentie van het Hof van Justitie

over de Unierechtelijke pendant van het relativiteitsvereiste: het leerstuk dat een geschonden communautaire norm slechts tot staatsaansprakelijk- heid leidt (eigenlijk: hoeft te leiden) als die norm de strekking heeft om ‘rechten aan particulieren toe te kennen’.<sup>28</sup> In *Leth/Oostenrijk* preci- seert het Hof dit met de overweging dat vermogensschade binnen het beschermingsbereik van een geschon- den (direct werkende) norm valt als deze ‘het rechtstreekse economische gevolg’ is van de aantasting van het doel van de geschonden norm.<sup>29</sup> Volgens Di Bella levert dit duidelijk- kere en voorspelbaardere uitkomsten op<sup>30</sup> dan de huidige benadering die tot ‘willekeurige resultaten’<sup>31</sup> leidt. Mij spreekt deze benadering – die m.i. overigens lijkt op de benadering die de Afdeling soms kiest<sup>32</sup> – aan. Wel jammer is, dat de auteur haar recept slechts summier op voorbeeld- casus toepast. Naar mijn indruk zou haar benadering in veel gevallen tot aansprakelijkheid leiden,<sup>33</sup> waardoor de vraag rijst in hoeverre het crite- rium overheidsaansprakelijkheid nog kan temperen of nuanceren. Enkele voorbeelden waarin ook het nieuwe criterium tot afwijzing van de vorde- ring zou leiden hadden de overtui- gingskracht van het betoog (verder) versterkt.

#### 4.2. Toerekening

Sinds *Van Gog/Nederweert* speelt het toerekeningsvereiste van art. 6:162 lid 3 BW nauwelijks nog een rol in het overheidsaansprakelijk- heidsrecht. Immers, als de overheid een besluit neemt dat later door de bestuursrechter wordt vernietigd, geldt dat als een onrechtmatige daad die krachtens verkeersopvattingen altijd aan de overheid wordt toegere- kend – zelfs als de vernietiging beru- ste op een nieuwe, ook voor des- kundigen moeilijk voorzienbare wetsinterpretatie van de rechter. Zelfs als de overheid er ‘niets aan kon doen’ wordt een onrechtmatige daad haar toch toegerekend. De Hoge Raad motiveert dit op basis van wat Di Bella noemt het ‘wetge- versargument’ (de toegepaste rege- ling is afkomstig van de overheid, niet van de burger) en het ‘spreidings- argument’ (het is redelijker de scha- de van een onrechtmatig besluit voor rekening te brengen van de collecti- viteit dan om haar voor rekening te

laten van het individu dat door de onjuiste beslissing werd getroffen).<sup>34</sup> Dit leerstuk wordt door een ruime meerderheid van de auteurs onder- schreven.<sup>35</sup> Toch stelt de auteur het om twee redenen ter discussie. Ten eerste kan de rechter de aansprake- lijkheid voor vernietigde besluiten (en onverbindende regelingen) sinds *Van Gog/Nederweert* alleen nog via de relativiteit en de causaliteit tempe- ren. Arresten als *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchtelingen* zijn volgens haar ingegeven door die wens tot tempering; een herijkt toerekenings- vereiste zou de rechter daartoe een extra (en aansprekender) middel bieden. Ten tweede geeft de strenge- re jurisprudentie over relativiteit en causaliteit een aanwijzing voor ver- anderende verkeersopvattingen over de wenselijke omvang van de over- heidsaansprakelijkheid, waarmee ook de automatische toerekening wegens verkeersopvattingen niet vanzelfsprekend meer is.

Di Bella’s voornaamste bezwaar te- gen de automatische toerekening is de nietszeggendheid van het ‘sprei- dingsargument’: een grondslag die weinig meer zegt dan dat het nu eenmaal redelijker is bepaalde schade aan de overheid toe te rekenen, dan om dat niet te doen. Als het écht redelijker is om schade van een indivi- du over het collectief te spreiden, dan zou volgens Di Bella welhaast iedere schadeveroorzaking waar de overheid zijdelings bij is betrokken, voor haar rekening gebracht moeten worden.<sup>36</sup> Dat dat niet gebeurt, illus- treert de zwakte van het spreidings- argument. Deze overwegingen lei- den tot het volgende pleidooi voor een nieuwe invulling van de toereke- ning. Als er sprake is van *verwijt- baarheid*, moet er sowieso worden toegerekend (zoals ook uit de wet volgt). De schuld moet dan wel worden ‘geobjectiveerd’ in die zin dat niet de concrete kennis of erva- ring van de beslissende ambtenaar of gezagsdrager bepalend is voor de verwijtbaarheid.<sup>37</sup> Doorgaans zal de overheid van een onrechtmatige daad gewoon een verwijt kunnen worden gemaakt. Echter, als verwijt- baarheid toch ontbreekt (bijvoor- beeld doordat de rechter onver- wachts omgaat), komt toerekening krachtens verkeersopvattingen aan de orde. Die toerekening wil Di Bella oriënteren op het profijtbegin-

sel, dat in de commune civiele literatuur een gebruikelijke rechtvaardiging is voor strenge toerekening. Wie met personele of stoffelijke middelen zijn actieradius vergroot om zichzelf voordeel te verschaffen, terwijl dat voor derden niets oplevert maar slechts risico's meebrengt, dient daarvan tevens het nadeel te dragen.<sup>38</sup> Overigens lijkt het profijtbeginsel niet zo exclusief civielrechtelijk als Di Bella suggereert. In (de literatuur over) het nadeelcompensatierecht wordt de spreiding van onevenredige individuele schade over het collectief vaak gemotiveerd door te wijzen op het feit dat juist dat collectief ook profiteert van bepaalde schadetoebrengende maatregelen die in het algemeen belang worden genomen. Deze publiekrechtelijke variant van de profijtgedachte had Di Bella's voorstel (zie hierna) verder kunnen versterken.

Hoe het ook zij, het profijtbeginsel zou volgens Di Bella leidend moeten worden bij de toerekening krachtens verkeersopvattingen aan de overheid. Daartoe moet de vraag worden beantwoord wiens belangen werden gediend met een – achteraf onrechtmatig gebleken, niet aan schuld te wijten – besluit. Als de overheid het besluit eerst en vooral nam ter behartiging van het algemeen belang, is het op grond van het profijtbeginsel gerechtvaardigd de onrechtmatigheid van dat besluit ook buiten schuld aan de overheid toe te rekenen. Zo komt de schade ten laste van het collectief dat ook van het besluit profiteerde. Stonden bij het onrechtmatige besluit echter de belangen van de gelaedeerde voorop, zodat niet het collectief, maar in de eerste plaats de gelaedeerde zelf daarvan moest profiteren, dan is er onvoldoende grond om het collectief de schade te laten dragen, zodat buiten schuld niet moet worden toegerekend. Zo zou schade door een later onjuist gebleken belastingaanslag of bestuursdwanganschrjving altijd worden toegerekend aan de overheid, terwijl bijvoorbeeld schade door een later te laag gebleken uitkering dat alleen wordt als de overheid een verwijt valt te maken.

Dit voorstel lijkt mij erg interessant. Naar mijn indruk is Di Bella's observatie juist, dat de toerekening buiten schuld veler rechtvaardigheidsgevoel onvoldoende aanspreekt in gevallen

waar de onjuistheid van een besluit of regeling in feite voortvloeit uit een nieuwe, niet voorzienbare interpretatie van de rechter. Ik volg haar ook in haar redenering dat het toerekeningsvereiste een welkom extra mechanisme zou kunnen zijn ter tempering van aansprakelijkheid, en een dat – anders dan gekunstelde relativiteitsredeneringen – in zekere zin recht voor zijn raap is: soms valt de overheid in redelijkheid niets te verwijten, en dan zijn er bijkomende argumenten nodig om toch toe te rekenen. Wel had Di Bella haar voorgestelde nieuwe invulling wat meer vlees op de botten kunnen geven door haar toe te passen op enkele praktijkvoorbeelden.

Overigens zie ik nog een bezwaar tegen het spreidingsargument voor de strenge toerekening, dat de auteur nog aan haar betoog had kunnen toevoegen. Naast de betrekkelijke nietszeggendheid ervan verliest het argument verder aan kracht als niet een particulier maar een grote onderneming een schade lijdt door overheidsingrijpen – wat in de praktijk vaak het geval is.<sup>39</sup> Niet alleen de overheid, maar ook die onderneming zelf beschikt immers over mogelijkheden om schade te spreiden. Niet voor niets wordt het spreidingsargument in de commune civielrechtelijke literatuur vaak aangevoerd ter rechtvaardiging van productaansprakelijkheid: een verstandige ondernemer verdisconteert schaderisico's in zijn kostprijs, en spreidt deze zo over alle afnemers. Welnu, als een grote fabriek schade lijdt door een foutief besluit van een kleine gemeente, terwijl de onrechtmatigheid van dat besluit slechts blijkt uit een onvoorzienbaar omgaan van de rechter, is het voor mij nog maar de vraag of het niet redelijker is om de schade, of althans de kans daarop – via de kostprijs – te laten dragen door de afnemers van het product, ten behoeve van wie dat product immers werd geproduceerd, en ten behoeve van wie het dus überhaupt nodig was dat de gemeente zich op enigerlei wijze met dat productieproces moest bemoeien.<sup>40</sup> Deze redenering zou overigens tot een verdere inperking van de toerekening kunnen leiden dan Di Bella bepleit.

## 5. Slot

Ondanks de wat vreemde keuze om niet op het onrechtmatigheidsvereiste in te gaan, is Di Bella's dissertatie als geheel een waardevol en interessant boek; een mooi voorbeeld van zinvol rechtsdogmatisch onderzoek dat het verdient om te worden gelezen door iedereen die door het overheidsaansprakelijkheidsrecht geboeid is. Het boek had nog aan overtuigingskracht kunnen winnen als enkele van de 'verbetervoorstellen' – zoals het ontwikkelen van deelregels voor de causaliteitstoerekening en de voorgestelde nieuwe invulling van relativiteit en toerekening – in wat meer voorbeelden waren 'doorgerekend'. Niettemin hoop ik dat Di Bella's kritiek en ook haar oplossingen in enigerlei vorm hun weg vinden naar de rechtspraktijk.

R.J.B. Schutgens

Ubbergen, augustus 2015<sup>41</sup>

1. De recensent dankt mr. J.J.J. Sillen voor zijn suggesties.
2. HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*) en HR 13 april 2007, NJ 2008/576 (*Iraanse vluchtelingen*).
3. Di Bella haalt daarbij terecht aan C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006, p. 1.
4. Zie Di Bella, p. 20-23.
5. HR 20 november 1924, NJ 1925, p. 89 (*Ostermann*). Het arrest *Guldemond/Noordwijkerhout* wordt hier dus – anders dan je vaak ziet – niet als het startpunt van deze ontwikkeling gekozen. Daar is wel wat voor te zeggen; *Ostermann* is ná het echec van de ontwerpen-Loeff het eerste arrest waarin een overtreding van publiekrechtelijke normen *inhoudelijk* in het onrechtmatigedaadsrecht wordt geïntegreerd (zie daarvoor reeds HR 10 mei 1901, W 7606 (*Rotterdamse huizen*)).
6. Zie par. 1.7.1.1 op p. 9-11.
7. Terzijde: bij het relativiteits- en het toerekeningsvereiste verdedigt de auteur sterk normatieve visies die de interessantste delen van het boek opleveren. Waarom dat geen 'politieke' kwesties zijn, zie ik echter niet meteen.
8. HR 24 februari 1984, NJ 1984/669 (*St. Oedenrode/Driessen*); HR 9 mei 1986, NJ 1987/252 (*Staat/Van Gelder*); HR 31 mei 1991, AB 1992/290 (*Van Gog/Nederweert*).
9. Zie G.E. van Maanen & R.J.N. Schlössels, 'Vernietigde besluiten en schadevergoeding. Een Maastrichts-Nijmeegse revolutie?', *Gst.* 2004, p. 139-144; G.E. van Maanen, '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; zie ook A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997, p. 365-368, die de op 'objectieve onrechtmatigheid' gericht toetsing van de bestuursrechter wil onderscheiden van de 'subjectieve onrechtmatigheid' die in het aansprakelijkheidsrecht centraal zou moeten staan.
10. Dit is een toepassing van de 'leer Smits' in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Zie verder 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* 1938, afl. 3591, p. 491-492; Asser/Hartkamp & Sieburgh 4-VI 2015/83 en 141; P.W. den Hollander, 'Stroomlijning van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn', *MvV* 2013, afl. 7/8, p. 200-206.
  11. HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/6 (*Gemeente Eindhoven/Van Ingen & Van den Dungen qq*), bevestigd in HR 11 januari 2013, *NJ* 2013/47 (*Gemeente Amsterdam/Have*).
  12. Zie o.a. HR 13 oktober 2006, *AB* 2007/270 (*Enschede/Gerridzen*).
  13. Zie o.a. ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005/58 (*Ameland*).
  14. Di Bella, p. 47-48.
  15. Een willekeurig voorbeeld: HR 31 oktober 2014, *JB* 2014/225 (*Staat/Fabri-com*). Vroeger dacht de Hoge Raad daar anders over: HR 29 juni 1928, *NJ* 1928, p. 1138 (*Strooppot*).
  16. C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.
  17. HvJ EG 19 november 1991, *NJ* 1994/2 (*Francovich*).
  18. Beide aan de orde bij Di Bella's analyse van het relativiteitsvereiste in de hoofdstukken 4 en 5.
  19. Blijkens haar betoog op p. 183-184 heeft de auteur zich dit ook afgevraagd. Als ik haar goed begrijp, meent zij echter het volgende: op dit moment zet de rechter ten onrechte het relativiteitsvereiste vaak in om, simpel gezegd, overheidsaansprakelijkheid tegen te gaan in gevallen waar die aansprakelijkheid als onbillijk zou worden ervaren. Die inzet van het relativiteitsvereiste veroorzaakt rechtsonzekerheid, en het wegnemen van die onzekerheid zou de 'winst' zijn van Di Bella's nieuwe invulling van het toerekeningsvereiste, waarbij de 'netto' rechtsonzekerheid zou afnemen. Mij overtuigt dit niet, al is het maar omdat Di Bella's nieuwe invulling 'in het merendeel van de gevallen' (p. 185) geen ander resultaat zal opleveren.
  20. Zo bijvoorbeeld p. 148-150.
  21. Di Bella, p. 126-129.
  22. Anders dan in het commune burgerlijk recht, Di Bella, p. 129-134.
  23. Di Bella, p. 158.
  24. HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527; Di Bella, p. 142-143.
  25. Di Bella, p. 145.
  26. Di Bella, p. 151-154.
  27. Di Bella, p. 156. Terzijde: deze benadering zou de wetgever kunnen aanmoedigen om frequent in MvT's op te merken dat een nieuwe wet geen individuele (vermogens)belangen beschermt. Di Bella noemt het terecht 'onwenselijk' omdat de overheid dan de facto immuniteiten voor zichzelf creëert (p. 154).
  28. HvJ EG 8 oktober 1996, *NJ* 1997/493 (*Dillenkofer*).
  29. HvJ EG 24 maart 2009, *AB* 2009/229; Di Bella, p. 155-156.
  30. Di Bella, p. 157.
  31. Di Bella, p. 158.
  32. Denk vooral aan ABRvS 28 juli 2010, *AB* 2011/245 (*Geluidsnormen Nuth*).
  33. Zowel de schade aan de Linda als die van de Iraanse vluchtelingen lijkt een rechtstreeks economisch gevolg van de onrechtmatige overheidsdaad.
  34. HR 12 juni 1992, *NJ* 1993/113 (*Bedrijfsvereniging/Boulogne*); zie Di Bella, p. 162.
  35. Di Bella, p. 164-167 biedt een overzicht.
  36. Een kniesoor zou Di Bella kunnen tegenwerpen dat het spreidingsargument eigenlijk niet luidt dat het redelijker is om 'schade' voor rekening van de collectiviteit te brengen, maar dat het dat zegt over schade, *veroorzaakt door een onrechtmatig besluit*. Desondanks overtuigt (mij) de stelling dat het argument van de 'redelijkheid' van spreiding *as such* tamelijk nietszeggend is.
  37. Di Bella, p. 177.
  38. Di Bella, p. 173, ontleend aan de dissertatie van Sieburgh.
  39. Vgl. R.P.J.L. Tjittes, 'Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid', in: *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 33-59.
  40. Een overheid die toezicht houdt op een onderneming die door haar productieproces mogelijk hinder of gevaren voor derden in het leven roept, oefent dat toezicht uit ten bate van het collectief, maar daar staat tegenover dat de onderneming die overheid tot dat ingrijpen noodzaakt ten bate van de afnemers van haar product, of zo men wil, ten bate van haar aandeelhouders. Wellicht kan dát (kleinere) collectief soms beter bepaalde kosten (zoals niet verwijtbare schade door overheidsingrijpen) dragen dan de algemene belastingbetaler.
  41. **Prof. mr. R.J.B. Schutgens is hoogleraar Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit en redacteur van dit tijdschrift.**

## Motieven van (de)centralisatie

### L.M. Raijmakers, Leidende motieven bij decentralisatie

*Diss. Leiden, promotor  
prof. dr. W.J.M. Voerman,  
Deventer: Kluwer 2014, 337  
p., ISBN 978-90-13-12772-0.*

Bij provincies en gemeenten is nog wel eens de opvatting te horen dat het Rijk weliswaar veel voornemens tot decentralisatie heeft, maar dat daarvan weinig terecht komt. Per saldo zou het Rijk vanaf de jaren 50 van de vorige eeuw veel belangen naar zich toe hebben getrokken. Het dissertatieonderzoek van Raijmakers laat in de eerste plaats zien dat deze

opvatting te weinig genuanceerd is. Hij geeft weer dat periodes van centralisatie afgewisseld worden met periodes van decentralisatie. In de tweede plaats geeft Raijmakers inzicht in de motieven van decentralisatie. Welke afwegingen liggen aan de decentralisatie van bepaalde belangen ten grondslag?

Het onderzoek is uiterst actueel, omdat gemeenten sinds 2015 taken hebben op het gebied van jeugdzorg, werk en inkomen en de zorg aan langdurig zieken en ouderen. Het betreft een van de grootste decentralisatieoperaties, wellicht de grootste, in vele decennia. Het Gemeentefonds is als gevolg van deze decentralisaties met 50% gegroeid. Opval-