

Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal

door

H.Ph.J.A.M. Hennekens

Afscheidsrede
Katholieke Universiteit Nijmegen
2001

1. Inleiding

Indien iemand schade lijdt komt die in ons wettelijk systeem voor zijn rekening, tenzij de wet hem een mogelijkheid biedt die schade geheel of ten dele op een ander te verhalen. In het Burgerlijk Wetboek zijn regels gesteld welke die mogelijkheid verschaffen. Een persoon kan aansprakelijk zijn voor de door een ander geleden schade. Enerzijds komt men daar een algemene regel tegen, op grond waarvan degene die door de onrechtmatige daad van een ander schade lijdt onder bepaalde voorwaarden verhaal daarvan op die dader heeft (art. 6:162 BW). Anderzijds voorziet het BW ook sporadisch in schadevergoeding ingeval er sprake is van rechtmatig handelen. Vermeld kunnen worden: zaakwaarneming (art. 6:198 e.v.), onverschuldigde betaling (art. 203 e.v.) en ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212).

Toen de wetgever bezig was met het ontwerpen van een regeling van de aansprakelijkheid in het nu vigerende Burgerlijk Wetboek kwam de vraag naar voren of het wenselijk was aparte regels op te nemen voor de aansprakelijkheid van de overheid op grond van onrechtmatige daad.¹ Daarop werd negatief gereageerd omdat zulke regels een verdere jurisprudentiële ontwikkeling zouden kunnen beletten. Dat er in dit opzicht een taak voor de civiele rechter was weggelegd werd niet betwijfeld. Evenmin was aan twijfel onderhevig dat deze rechter had te toetsen aan hetgeen in de artikelen 6:162–6:197 BW neergelegd werd, waarbij soms in een aparte, min of meer op de overheid toegesneden, regeling werd voorzien.² Nog voordat het Burgerlijk Wetboek, waartoe ook boek 6 behoort, op 1 januari 1992 voor een groot gedeelte in werking trad, had de Hoge Raad een ontwikkeling geëntameerd waarbij de in het BW neergelegde bepalingen betreffende aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad aardig aan betekenis hadden ingeboet voor zover het overheidsaansprakelijkheid betreft. Die ontwikkeling vraagt aandacht, ook al omdat zij laat zien hoezeer door middel van rechtersrecht een geheel nieuw rechtsgebied gevormd wordt.

Probleemstelling

In deze rede wordt vooreerst nagegaan hoe de stand van zaken is met betrekking tot de aansprakelijkheid van, algemeen gezegd, overheden op grond van onrechtmatige daad. De aandacht gaat uit naar “de overheid” in onze staatsinrichting die, hetzij ingevolge Europees recht hetzij ingevolge nationaal recht, door particulieren aangesproken kan worden voor door hen geleden schade. Nagegaan wordt of de jurisprudentiële ontwikkeling voldoende houvast biedt om van een bevredigend overheidsaansprakelijkheidsrecht te kunnen spreken. Daarbij wordt bezien hoe op diverse onderdelen van de overheidsfuncties de civiele rechter dit onderwerp inhoud heeft gegeven. Er wordt ook nagegaan of dit spoort met de jurisprudentie die het Hof van

1 Zie o.a. Handelingen TK 1952-1953, 2846, Vraagpunt 13, PG 6, p. 599-604 en Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, door C.J. van Zeben, Kluwer 1961, p. 110.

2 Verwezen kan worden naar artikel 6:174, lid 2 BW en artikel 6:197 BW.

Justitie van de EG ontwikkeld heeft ingeval een particulier een lidstaat aanspreekt op grond van onrechtmatige daad. Vervolgens wordt kort stil gestaan bij het vraagstuk van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, omdat dit momenteel in de belangstelling van velen staat en bij het parlement in behandeling is en eveneens als element van overheidsaansprakelijkheid in de jurisprudentie – nu van de strafrechter – niet onberoerd is gebleven. Buiten beschouwing blijft overheidsaansprakelijkheid uit contract, omdat dit een op zichzelf staand aspect betreft dat omvangrijk genoeg is voor een afzonderlijke behandeling. Ook op dit terrein is de jurisprudentie een belangrijke bron van ontwikkeling, doch zij gaat lang niet zo snel als die op het gebied van de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad het geval is.³ Ook blijft buiten beschouwing aansprakelijkheid van de overheid ingevolge feitelijk handelen. Het vizier wordt gericht op hetgeen aansprakelijkheid ingevolge de typisch aan de overheid toekomende functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak vanwege hun publiekrechtelijke aard teweegbrengt.

De overheid

Spreekt men van “*de overheid*”, dan doet zich een veelheid fenomenen voor met een grote mate van diversiteit naar organisatie en bevoegdheden. Het zou een uitvoerige beschouwing waard zijn al die verschijningsvormen, al dan niet gehuld in het kled van de rechtspersoon, te beschrijven. Men kent naast openbare lichamen als Staat, provincie, gemeente, waterschap en bedrijfslichaam, veel publiekrechtelijke rechtspersonen zoals de openbare universiteiten, de politieregio’s, de kamers van koophandel, de Nederlandse orde van advocaten en de orde van advocaten in arrondissementen. Er zijn daarnaast heel wat specifieke en unieke publiekrechtelijke rechtspersonen zoals de sociale verzekeringsbank, het college van toezicht sociale verzekeringen en de ziekenfondsraad. Men komt overheidsinstellingen tegen in het kled van de privaatrechtelijke rechtspersoon, zoals de Nederlandse Bank NV. Als in bepaalde gevallen privaatrechtelijke rechtspersonen tot de overheid gerekend worden – hetgeen het geval kan zijn, met name voor zover zij met openbaar gezag zijn bekleed⁴ – vormen deze een aparte categorie in het overheidsgeheel. Er zijn voorts zelfstandige bestuursorganen die geen rechtspersoonlijkheid bezitten. Niet alleen is er een grote diversiteit in “overheden”, hun positie is bovendien in het totaal van de overheidsorganisatie lang niet altijd duidelijk. Dit geldt ook in het kader van de overheidsaan-

3 Eén aspect bij aansprakelijkheid op grond van overeenkomst dat extra aandacht verdient, betreft de vraag wie bevoegd is tot het sluiten van zo’n overeenkomst. In de jurisprudentie blijkt dat element nogal eens onderbelicht te blijven. Verwezen kan worden naar mijn opstel Het onderhandelend overheidsbestuur in de bundel Rond de tafel, Kluwer 1999, p. 33-48. Voor een illustratief jurisprudentieel voorbeeld van de Hoge Raad zij verwezen naar HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 m.nt. CJHB, Gst. 1995, 7019, 4 m.nt. dzz., inzake Beliën tegen de provincie Noord-Brabant. Uit jurisprudentie van lagere rechters is in dit verband interessant Rb. Breda 21 juli 1998, Gst. 1998, 7085, 3 m.nt. dzz., waarin als correctie aangebracht dient te worden de vervanging van het woord “niet” door “in casu” in punt 2 van dat naschrift, 30e regel, derde woord. Dit vonnis is door het hof ’s-Hertogenbosch bekrachtigd bij arrest van 9 februari 2000, rolnr. C 9800999/BR.

4 Zie de definitie van bestuursorgaan in art. 1:1, lid 1 sub b Awb en over ‘met openbaar gezag bekleed zijn’, mijn beschouwing in het naschrift onder AbRS 17 juli 2000, Gst. 2000, 7129, 2 (Rietveld Academie te Amsterdam).

sprakelijkheid. Maeijer heeft daar in zijn afscheidsrede op gewezen.⁵ Op dit vraagstuk ga ik niet in. Het ziet namelijk op de vraag wie tot de overheid kan worden gerekend. Dit is een op zichzelf staand onderwerp.

Functies van de overheid

In het kader van deze rede is van belang een onderscheid te maken naar de verschillende *functies* die de overheid vervult. Die functies betreffen de bekende drie: wetgeving, bestuur en rechtspraak. Hoe oordeelt de civiele rechter over vorderingen waarbij aansprakelijkheid van de overheid ingevolge de uitoefening van een van die functies wordt gesteld? Maakt de rechter onderscheid naar gelang de soort functie die de overheid uitoefent? Zo ja, komt dit voldoende tegemoet aan de voor het aansprakelijkheidsrecht, gerelateerd aan die speciale overheidsbevoegdheid, te stellen eisen? Zijn er verbanden tussen de wijze waarop over aansprakelijkheid naar functie geoordeeld wordt? Hoe verhoudt het ontwikkelde aansprakelijkheidssysteem zich tot eisen van doelmatigheid en rechtvaardigheid? Is het duidelijk en biedt het rechtszekerheid?

Ambten en ambtsdragers

Vermelding verdient de grofmazigheid welke civielrechtelijk als uitgangspunt geldt bij de aansprakelijkheidsvraag. Men zou in dit kader van het adagium “overheid is overheid” kunnen spreken. Zoals hierboven reeds gezegd, is het van belang een onderscheid te maken naargelang er sprake is van wetgeving, bestuur of rechtspraak. Deze functies worden binnen de overheid vervuld door verschillende ambten. Die ambten vormen naar publiekrecht eigenstandige grootheden, zij treden op ingevolge aan hen toekomende bevoegdheden. Hun in die kwaliteit genomen beslissingen en handelingen kunnen rechtstreeks buiten die organisatie en buiten de overheid zelf staande (rechts)personen treffen. Veelal richten zich die ambten dan ook naar buiten, dat wil zeggen: buiten de overheid zelf dan wel buiten dat overheidsverband zelf.

Die ambten kennen hun eigen vertegenwoordigers,⁶ dat wil zeggen personen die belast zijn met het nemen van beslissingen voor dat ambt, het ambt treedt op door hen. Als abstract begrip kan het ambt niet handelen, zodat vertegenwoordiging door middel van mensen nodig is. Hoe die vertegenwoordigers – veelal aan te duiden als ambtsdragers – in die functie komen, is afhankelijk van de wettelijke regeling, die daarin voorziet. Veel ambten zijn collegiaal samengesteld hoewel sommige, zoals dat van Koning, minister, commissaris van de Koning en burgemeester, door één persoon vervuld worden. De laatste jaren is de unus rechtspraak sterk toegenomen, waardoor zich binnen de rechterlijke macht een belangrijke wijziging heeft voorgedaan in vertegenwoordiging van een rechtsprekend overheidsambt.

5 J.M.M. Maeijer, *Privatisering*, Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg, Deventer 1997, p. 20-23.

6 Zie voor vertegenwoordiging in beslissende zin en procesrechtelijke zin voor de rechtspersoon o.a. mijn opstel in de Struycken-bundel *Oprecht, Privaatrechtelijk handelen van de gemeente*, Zwolle 1996, p. 111-126 en voor procesrechtelijke vertegenwoordiging van ambten art. 8:23 Awb. Men zal dus onderscheid moeten maken naar het nemen van besluiten, de vertegenwoordiging daarbij en daarnaast procesvertegenwoordiging.

De onderscheiding tussen ambten en hun vertegenwoordigers is publiekrechtelijk van groot belang, de vraag of een ambt bevoegd is en of vertegenwoordiging van dat ambt op de juiste wijze is geschied telt in het publiekrecht zwaar, zowel binnen als buiten de overheidsorganisatie. Het is een wezenlijke trek van de publiekrechtelijke organisatiestructuur om ambten met bevoegdheden uit te rusten en met plichten te belasten, waarvan de uitoefening alsdan dient te geschieden door de desbetreffende bevoegde ambtsdragers.

De rechtspersoon

Hoe zwaar het ambt ook weegt naar publiekrecht, naar privaatrecht telt het hoegenaamd niet. Voor het civiele recht geldt slechts de vraag – een enkele uitzondering daargelaten⁷ – naar de aansprakelijke rechtspersoon. De civiele rechter bekommert zich in beginsel niet om de eigenheid van die instanties binnen de rechtspersoon. Bovendien komt het slechts zeer sporadisch voor dat een publiekrechtelijke rechtspersoon in zijn structuur georganiseerd is naar privaatrechtelijke noties. De wetgever heeft zich daarvan nauwelijks rekenschap gegeven, zodat de wetten die voor deze rechtspersonen als het ware de statuten inhouden weinig helderheid verschaffen⁸. Er gaapt een niet geringe kloof tussen de eisen die gesteld zouden moeten worden aan de regeling van de organisatiestructuur van de publiekrechtelijke rechtspersoon enerzijds en de wijze waarop de wetgever het erbij heeft laten zitten een goede interne indeling van die privaatrechtelijke aspecten tot stand te brengen anderzijds. Daardoor komt men de meest verrassende stellingen tegen, welke geen steun vinden in de wet⁹

7 Verwezen zij naar de ondernemingsraad in de zin van de Wet op de ondernemingsraden. Zie ook HR 9 mei 1958, NJ 1960, 475 m.nt. DJV (het rijbewijs-arrest) en HR 21 januari 1983, NJ 1983, 252 m.nt. JAB, AB 1983, 159 m.nt. FHvdB en Gst. 1983, 6748,3 m.nt. WK (Lucky Luijk) alsmede mijn naschrift onder HR 5 januari 2001, Gst. 2001, 7138, 3 (Arrosel-Alkmaar). Voor een geval waarbij er wel een wettelijke regeling voorhanden was, doch deze onvoldoende op haar merites beoordeeld werd, zie HR 28 februari 1997, AB 1997, 351 m.nt. ThGD en Gst. 1997, 7052, 4 m.nt. B (E tegen de gemeente Udenhout). Herstel vond plaats bij arrest van HR 14 april 2000, Gst. 2000, 7119, 4 m.nt. dzz., NJ 2000, 626 m.nt. MS en AB 2001, 31 m.nt. ThGD (Aapeha tegen de gemeente Tilburg).

8 Zie mijn opstel De gemeente als rechtspersoon, Gst. 1998, 7081 alsmede mijn suggestie ter verbetering van organieke wetgeving op dit gebied in het artikel Dualisme en lokale democratie, NJB 2000, p. 581-588, met name op p. 585.

9 Zo wordt door menigeen de stelling betrokken dat ingevolgde de regeling van artikel 147 Gemeentewet de gemeenteraad het hoofd is van de gemeente als rechtspersoon. Die stelling is onjuist, omdat artikel 147 uitsluitend ziet op publiekrechtelijke bevoegdheden van de gemeenteraad, zowel in autonomie als in medebewind – mede blijkende uit de verwijzing naar artikel 108 Gemeentewet –, maar niets inhoudt over de positie van de gemeenteraad als orgaan van de gemeente-rechtspersoon. Verwezen kan worden naar de onjuiste benadering van de Hoge Raad in zijn reeds aangehaald arrest van 28 februari 1997, AB 1997, 351 m.nt. ThGD en Gst. 1997, 7052, 4 m.nt. B (E tegen Udenhout). Zie voor een m.i. juiste benadering AbRS 11 mei 1998, Gst. 1998, 7081, 4 m.nt. dzz., die in relatie tot artikel 147 Gemeentewet spreekt van een algemene *publiekrechtelijke* bevoegdheid van de gemeenteraad. Men zal die bevoegdheid dan wel dienen te zien als een welke in artikel 147 een competentieregeling inhoudt. Sommige auteurs menen, onder wie Brederveld en Van Stegeren, dat privaatrechtelijke rechtshandelingen gerekend moeten worden tot de autonome bevoegdheid (zie o.a. de noot van Brederveld in Gst. 1998, 7082, 4 op p. 472/3). Dit is een misvatting omdat de mogelijkheid tot privaatrechtelijk handelen door de rechtspersoon ontleend wordt aan het zijn van rechtspersoon (zie artikel 2:5 BW) en niet aan een →

en tot onaanvaardbare consequenties (zouden) leiden in de relatie publiek- en privaatrecht.¹⁰

Het civiele recht laat interne bevoegdheidsstructuren van de publiekrechtelijke rechtspersoon voor wat ze zijn. De civiele rechter is geneigd het handelen van elk ambt binnen die rechtspersoon zonder meer toe te rekenen aan de rechtspersoon als allesomvattende organisatie-eenheid voor privaatrecht.¹¹ Wel heeft hij oog voor de onderscheiding tussen (materiële) wetgeving, bestuur en rechtspraak. Hij maakt in zijn jurisprudentie derhalve wel een onderscheid naargelang de *functie* die van overheidswege uitgeoefend wordt, doch niet naar posities binnen publiekrechtelijke rechtspersonen. De civiele rechter acht de rechtspersoon aanspreekpunt, bekommert zich niet om vertegenwoordiging van die rechtspersoon in besluitvormende zin, zeker niet als het om buiten-contractuele aansprakelijkheid gaat. Hij wenst in processuele zin in beginsel uitsluitend met die rechtspersoon te volstaan, doch geeft zich wel rekenschap van het feit dat er naar publiekrecht verschillende functies uitgeoefend worden. Hij waardeert die functies ook verschillend naar privaatrechtelijke aansprakelijkheid. Aldus geeft deze rechter een eigen invulling aan publiekrechtelijke functies voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Het is interessant na te gaan hoe deze verscheidenheid gewaardeerd wordt. Dan dient zich vanzelf de vraag aan of de verscheidenheid in waardering voor de aansprakelijkheid van de overheid rechtens vol doet. Dit vraagstuk is extra spannend omdat de civiele rechter zelf onderdeel uitmaakt van die overheid en hij daarmee geroepen kan worden te oordelen over aan-

overgelaten bevoegdheid tot regeling en bestuur (zie artikel 124, lid 1 Grondwet en art. 108, lid 1 Gemeentewet). Autonomie duidt in ons staatsrecht op een typisch staatsrechtelijk fenomeen, het is gerelateerd aan ambten welke met bevoegdheden tot (materiële) wetgeving en overheidsbestuur (in publiekrechtelijke zin) zijn uitgerust. De Grondwet noch de Gemeentewet kent aan die ambten noch aan de rechtspersoon “gemeente” bevoegdheden van privaatrechtelijke aard toe. Die wetten laten die “privaatrechtelijke bevoegdheid” evenmin “over” aan de gemeente (zie voor “overlaten”: Decentralisatie, AA Libri, 4e druk 1998, p. 14/15). Bovendien zij erop gewezen dat artikel 124 lid 1 Grondwet spreekt van een aan de *besturen* van provincies en gemeenten overgelaten bevoegdheid, terwijl juist die besturen geen dragers van rechten en verplichtingen naar privaatrecht zijn. Het zou trouwens vreemd zijn als provincies en gemeenten hun privaatrechtelijke bevoegdheid zouden ontlenen aan autonomie, waar andere publiekrechtelijke rechtspersonen, met de Staat voorop, dat niet zouden doen.

10 Zie daarvoor o.a. mijn naschriften onder AbRS 4 juli 2000, Gst. 2000, 7128, 4, onder AbRS 8 juni 2000, Gst. 2000, 7124, 4 en onder AbRS 15 maart 2001, Gst. 2001, 7139, 3.

11 J.B.J.M ten Berge en S.E. Zijlstra stellen, “dat om aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer deel te nemen rechtspersoonlijkheid niet vereist is”, De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht, Handelingen NJV 2000, deel I, p. 46. Zij geven dan als voorbeeld artikel 27 Comptabiliteitswet, op grond waarvan de voorzitters van de beide kamers der Staten-Generaal, de vice-president van de Raad van State, de president van de Algemene Rekenkamer e.a. bevoegd zijn namens de Staat bepaalde privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Met dit voorbeeld – waarom de auteurs niet de minister als genoemd in lid 1 van artikel 27 Comptabiliteitswet aanhalen is onduidelijk – laten deze auteurs zien een onjuiste voorstelling te hebben van het handelen van de genoemde personen. Dezen handelen namens de Staat, zodat rechtens de Staat zelf handelt en derhalve die rechtspersoonlijkheid juist wel aan de orde is. Ook de andere door hen vermelde voorbeelden – gemeentelijke territoriale en functionele bestuurscommissies – geven blijk van een onjuiste visie. Zij doen het voorkomen alsof het handelen namens de rechtspersoon rechtens niet zou betekenen dat de rechtspersoon zelf handelt. Hoe anders dan door menselijk handelen zou een rechtspersoon (rechts)handelingen dienen te verrichten?

sprakelijkheid van die overheid voor daden die deze rechter in functie verricht heeft. Aldus zit de rechter op de weegschaal waarvan hij de stand zelf te bepalen heeft.

Indeling van de stof

Omdat zich het fenomeen van overheidsaansprakelijkheid jegens een particulier op grond van het Europees recht heeft aangediend en sinds enkele jaren ook op dit terrein jurisprudentie is gevormd zal ik beginnen met kort aandacht te schenken aan deze vorm van aansprakelijkheid. Daarbij gaat het mij niet erom hoe in het kader van de Europese Unie de Staat aangesproken kan worden voor onrechtmatig handelen jegens de Europese gemeenschap, waarbij de Europese commissie of lidstaat een (andere) lidstaat kan dagvaarden. In deze rede beperk ik mij tot het specifieke aspect waarbij een natuurlijke of rechtspersoon de overheid aansprakelijk stelt omdat die overheidsinstantie tekort geschoten is in haar verplichtingen welke voortvloeien uit regelingen van de Europese Unie ingevolge het EGKS-verdrag van 1952, het EGA-verdrag van 1958 (voorheen EEG-verdrag) en het EG-verdrag van 1958, dat tot 1993 als EEG-verdrag werd aangeduid. Dit aspect snijd ik aan omdat het een nieuwe vorm van overheidsaansprakelijkheid toont waarbij niet de overheid handelt als wetgever, bestuur of rechter, maar waarbij de publiekrechtelijke rechtspersoon ongeacht in welke overheidsfunctie zij zou moeten handelen, tekortschiet jegens de Europese gemeenschap en ingevolge die tekortkoming aansprakelijk wordt gesteld door derden. Niet-nakoming van een verplichting jegens de Europese Unie kan ertoe leiden dat een derde de overheid kan aanspreken wegens onrechtmatig handelen jegens hem. Dit is een specifieke vorm van aansprakelijkheid, waarvan mag worden aangenomen dat zij in de komende tijd naar omvang en diepgang zal toenemen. Zij kan daarom in dit kader niet geheel onvermeld blijven, hoewel slechts zeer summier de problematiek geschetst wordt.

Vervolgens wordt behandeld hoe de civiele rechter oordeelt over aansprakelijkheid van de rechtspersoon naargelang het gaat om daden van wetgeving en andere publiekrechtelijke rechtshandelingen. Ten aanzien van deze laatste door het bestuur verrichte handelingen ga ik in op twee categorieën, een algemene en een bijzondere. De algemene ziet op publiekrechtelijke rechtshandelingen waarover de administratieve rechter zich uitgesproken heeft en waarna de civiele rechter geadieerd wordt. De bijzondere categorie bestuurshandelingen betreft een bepaald soort publiekrechtelijke rechtshandelingen waarover de bestuursrechter zich niet heeft uitgesproken, te weten inzake opsporing en vervolging. Deze soort moet aandacht krijgen vanwege de problematiek die hier speelt in kwalitatieve en kwantitatieve zin.

De wijze waarop de civiele rechter oordeelt over aansprakelijkheid van de Staat wegens daden van rechtspraak mag niet ontbreken. Dit onderwerp levert de nodige vraagstukken op. Het is ook interessant vanwege de relatie tot wetgeving en bestuur. Een aantal malen heeft de rechter zich daarover moeten uitspreken. Hij heeft het daarbij niet gemakkelijk gehad, omdat het zijn eigen producten kan betreffen. Voorts is de positie van de rechter als geschillenbeslechter zo bijzonder binnen de overheidsorganisatie, dat het zoeken naar maatstaven op dit gebied extra moeilijk is.

Ter afsluiting van deze inleiding plaats ik alvast een kanttekening bij het vraagstuk naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Hier doet zich hetzelfde aspect voor als bij de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Dit blijkt uit twee elementen. Het ene betreft het feit dat het Wetboek van Strafrecht personen strafbaar stelt, hetgeen ook rechtspersonen kunnen zijn.¹² Ambten zijn niet strafbaar en kunnen dan ook niet gestraft worden, enerzijds niet omdat zij geen personen noch rechtspersonen zijn, welke strafrechtelijke begrippen gerelateerd zijn aan het privaatrecht, anderzijds omdat het handelen van ambten veelal specifieke rechtshandelingen betreft zoals wetgeving, besluiten (publiekrechtelijke rechtshandelingen) en rechtspraak, welke als zodanig niet strafbaar zijn (gesteld). Het andere aspect betreft het feit dat ook de organisatie welke de overheid moet vervolgen tot de overheid behoort en aldus ook in een aparte positie verkeert ten opzichte van andere overheidsambten.

12 De strafbaarheid van rechtspersonen is geregeld in artikel 51 WvSr.

2. Overheidsaansprakelijkheid ingevolge Europees recht¹³

2.1 Afbakening van het onderwerp

De mogelijkheden tot aansprakelijkstelling ingevolge het Europees recht zijn divers. In het kader van deze rede zou het niet passen deze allemaal te behandelen. Eerst zal ik aangeven welke aansprakelijkheid niet aan de orde komt. Daarna behandel ik het eigenlijke thema, te weten aansprakelijkheid van een lidstaat door een particulier wegens schending van het gemeenschapsrecht.

Niet behandel ik de aansprakelijkheid van de Europese Unie ex artikel 288 (215 oud) EG-verdrag. Ingevolge artikel 235 (178 oud) EG-verdrag is het Hof van Justitie EG bevoegd van geschillen daaromtrent kennis te nemen. Ook ga ik niet in op de vraag wie aansprakelijk is – de Europese Unie of een lidstaat – als een lidstaat een niet-verplichte voorziening, die het EG-recht wel mogelijk maakt, niet treft.¹⁴

De drie gemeenschapsverdragen – dat betreft een tweede prealabele kwestie – geven regels op grond waarvan de Europese Commissie of een andere lidstaat een actie kan entameren bij het EG-Hof van Justitie tegen een lidstaat wegens schending van zijn uit die verdragen voortvloeiende verplichtingen. Particulieren kunnen een dergelijke actie niet voeren noch afdwingen, wel kunnen zij een klacht indienen bij de Commissie. Daarnaast bestaat voor hen in veel gevallen de mogelijkheid om de nationale rechter te adieren, die een prejudiciële beslissing aan het Hof kan dan wel moet vragen. De arresten van het Hof waarbij in zo'n geval al dan niet schending door een lidstaat van een verdragsbepaling wordt uitgesproken zijn declaratoir. Zo'n arrest heeft geen directe werking jegens particulieren, zulks op grond van de overweging dat rechten van particulieren voortvloeien uit het gemeenschapsrecht zelf. Wel kan zo'n arrest van belang zijn voor het geval een particulier een lidstaat aanspreekt op grond van onrechtmatige daad. Het bovenstaande brengt mij op het aspect dat ik hier kort aan de orde wens te stellen, hetgeen in de volgende onderdelen geschiedt.

13 Onder Europees recht versta ik de rechtsregels van de Europese Unie en de Europese Gemeenschappen.

14 Zie hierover A.H.M. Meij, Rechtsbescherming bij gedeeld bestuur in de EG, NTB 1993, p. 75-87 en A.J.C. de Moor-van Vugt, Communautair schadevergoedingsrecht VAR preadvies 1999. Zie voor het geval dat het Hof van Justitie EG een uitspraak heeft gedaan: HvJEG 27 september 1988, zaken 106-120/87, Jur. 1988, p. 5515, AB 1991, 314 m.nt. B.M.J. van der Meulen en H.J. Simon (Asteris).

2.2 Nationale overheden aansprakelijk

Particulieren kunnen een nationale overheidsinstelling aanspreken tot schadevergoeding wegens schending van het Europees recht. Daartoe zal een actie uit onrechtmatige daad tegen die overheid ingesteld moeten worden. Zoals uit de inleiding bleek, moet die vordering ingesteld worden tegen een overheid-rechtspersoon. Dit kan de Staat der Nederlanden zijn, doch ook een andere publiekrechtelijke rechtspersoon, zoals een provincie of een gemeente, indien deze rechtspersoon nagelaten heeft de op hem rustende verplichtingen uit het gemeenschapsrecht na te komen. Aan Europees recht in kort bestek van Lauwaers en Timmermans ontleen ik het volgende: “In het arrest Francovich¹⁵ heeft het Hof beslist dat de Staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van het nalaten van de staat om een richtlijn correct te implementeren. Daarvoor moet aan drie voorwaarden zijn voldaan. In de eerste plaats moet de richtlijn voorzien in de toekenning van rechten aan particulieren, in de tweede plaats moet de rechter de inhoud van die rechten kunnen vaststellen op basis van de bepalingen van die richtlijn, en ten slotte moet er een causaal verband bestaan tussen de schending van de op de staat rustende implementatieplicht en de schade. In latere jurisprudentie heeft het Hof de leer van dit arrest uitgebreid. Uit het arrest Brasserie du Pêcheur¹⁶ kan worden opgemaakt dat de eerste voorwaarde niet alleen betrekking heeft op bepalingen die de lidstaten opdragen om rechten aan particulieren te verlenen, maar ook op direct werkende bepalingen. Voorts heeft het Hof in het arrest Dillenkofer¹⁷ een vierde voorwaarde aan de bovengenoemde drie toegevoegd, namelijk dat er sprake moet zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht. Aan deze voorwaarde wordt volgens hetzelfde arrest voldaan, indien een lidstaat binnen de implementatietermijn geen enkele maatregel neemt die nodig is voor de uitvoering van de richtlijn. Overigens kan de schade die een lidstaat door de te late uitvoering heeft veroorzaakt, worden hersteld door de richtlijn alsnog met terugwerkende kracht volledig te implementeren”.¹⁸ Het Hof

15 HvJEG 19 november 1991, zaak C6/90 gevoegd met C9/90 (Bonifaci), Jur. 1991, p. I-p. 535, AB 1994, 482 m.nt. FHvdB, NJ 1994, 2, Nemesis 1992, 221 m.nt. S. Prechal, SEW 1993, 1, p. 87 m.nt. D. Curtin, TVVS 1992, p. 56 m.nt. MRM. Zie ook het Francovich-nummer NJB 1992, p. 249 e.v. en H. Gilliams, Overheidsaansprakelijkheid bij schending van Europees Gemeenschapsrecht, Rechtskundig Weekblad 1991-1992, p. 877-880.

16 HvJEG 5 maart 1996, zaak C 46/93, Jur. 1996, p. I-1029 en AB 1996, 249 m.nt. FHvdB. De zaak Brasserie du Pêcheur is gevoegd met die inzake Factortame III (C 48/93). Zie over beide arresten ook de bespreking van F.H. van der Burg in AB Klassiek, 4e druk, W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 38. Zie ook H. Wissink, De Nederlandse rechter en overheidsaansprakelijkheid krachtens Francovich en Brasserie du Pêcheur, SEW 1997, p. 78 e.v.

17 HvJEG 8 oktober 1996, zaak C 178/94, Jur. 1996, p. I – 4845, AB 1997, 272 m.nt. FHvdB en SEW 1998, p. 64-69 m.nt. S. Prechal.

18 R.H. Lauwaers en C.W.A. Timmermans, Europees recht in kort bestek, 5e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1999, p. 108-109. Zie voor het begrip “implementeren” – te verstaan als “uitvoeren” – Aanwijzing voor de regelgeving 328. Voorts zij erop gewezen dat die implementatie kan geschieden door elk overheidsorgaan dat binnen de nationale rechtsorde daartoe bevoegd is. Dit kan een ambt van een decentraal lichaam zijn, zowel een algemeen als een functioneel decentraal lichaam.

hanteert voor dit soort aansprakelijkheid van een lidstaat (begrijpelijk) dezelfde criteria als het doet voor aansprakelijkheid van de Europese Unie.¹⁹

Het arrest Francovich betrof de situatie waarbij de Italiaanse staat aansprakelijk werd gesteld, omdat deze nagelaten had ter uitvoering van de EG-richtlijn 80/987 een waarborgfonds te creëren ten behoeve van werknemers voor insolvent geworden bedrijven. Voor Nederland bracht de zaak Lubsen aansprakelijkheidsstelling wegens een te late en verkeerde implementatie van richtlijn 79/7, inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid²⁰ (de zogenaamde gelijke behandelingsrichtlijn). In dit geschil was niet alleen de Staat der Nederlanden, maar ook de gemeente Abcoude gedagvaard. De Lange schrijft in zijn noot onder dit vonnis: “Of men art. 94 (Gw; HH) daarvoor (t.w. voor de directe werking van richtlijnen; HH) belangrijk vindt (...) of niet (...), duidelijk is wel dat het voor de verplichtingen die voor lagere overheden voortvloeien uit het gemeenschapsrecht wel gevolgen heeft.”²¹ Daarna merkt hij op: “Het gaat (...) te ver om, zoals de Rechtbank Utrecht hier doet, de aansprakelijkheid van de gemeente en die van de Staat zonder meer op één hoop te gooien. Minstens zou een regresrecht van de gemeente op de Staat moeten worden aangenomen, die incorrect geïmplementeerd heeft.”²²

Deze casus brengt een bijzonder aansprakelijkheidselement aan het licht, namelijk welke overheidsinstantie(s) *uiteindelijk* de schade moet(en) dragen voor het niet, niet tijdig of niet-correct nakomen van een richtlijn. Zulk een niet nakomen kan geschieden door het niet of niet juist implementeren van een richtlijn, of door – zoals in casu – besluiten te nemen die niet in overeenstemming zijn met een richtlijn, of rechterlijke uitspraken die zich niet verdragen met een richtlijn. Het komt mij voor dat uitsluitend die overheidsinstelling die als eerste aangewezen is in staat is het gemeenschapsrecht door implementatie na te komen, op welke dus primair de verplichting rust tot het implementeren van de richtlijn, aansprakelijk behoort te zijn voor de uit de niet-nakoming van die verplichting voor een particulier voortvloeiende schade.²³ Als een rechter in gebreke is gebleven zulks te doen, kan dit tot gevolg hebben dat de Staat tot schadevergoeding is gehouden.

Het geschil in de zaak Brasserie du Pêcheur betrof het Duitse Reinheitsgebot, vastgelegd in het “Biersteuergesetz”, dat de soortnaam ‘bier’ in bepaalde gevallen en daarnaast de toevoeging van bepaalde ingrediënten aan bier verbood. Het Hof had

19 Zie ter vergelijking HvJEG 19 mei 1972, AB 1993, 170 m.nt. FHvdB, AA 1992, p. 803-811 m.nt. K.J.M. Mortelmans, RegelMaat 1992, p. 98 m.nt. N.E. Bracke en AB Klassiek 4e druk, nr. 28 m.nt. R.M. van Male (Mulder II).

20 Rb. Utrecht 25 oktober 1995, JB 1995, 305 m.nt. Jürgen G.J. Lefevere en Rawb 1996, 24 m.nt. Roel de Lange. F.H. van der Burg bespreekt het vonnis ook in AB Klassiek, 4e druk, p. 373/4, waar hij ook behandelt het arrest van het HvJEG 22 april 1997, zaak C 96/95, Jur. 1997, p. I-2163 over dezelfde richtlijn inz. Mrs. Sutton.

21 Naar mijn oordeel is in het kader van het Europees recht artikel 94 Grondwet niet relevant.

22 Volgens HvJEG 22 juni 1989, zaak 103/88, Jur. 1989, p. 1839 (Fratelli Constanza) mogen decentrale overheden (lagere autoriteiten) niet meewerken aan nationaal recht dat in strijd is met het gemeenschapsrecht. Zie ook HvJEG 26 april 1988, zaak 316/86, Jur. 1989, p. 2213 (Krücken).

23 F.H. van der Burg spreekt in AB Klassiek, 4e druk, p. 374, van een aanvechtbare benadering van de rechtbank.

deze bij nationale wet vastgelegde regeling in strijd geoordeeld met het communautaire recht,²⁴ waarna de Brasserie schadevergoeding van de Duitse Staat vorderde wegens onrechtmatig nalaten om de Duitse belastingwetgeving aan te passen aan de communautaire regels. Gelet op het bepaalde in § 823, Abs. 2 BGB van Duitsland speelde de vraag of er schadeplichtigheid bestond vanwege “ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz”.²⁵ Het met de zaak Brasserie du Pêcheur gevoegde geschil Factortame III betrof de in het Verenigd Koninkrijk geldende eisen inzake de registratie van vissersschepen betreffende nationaliteit, ingezetenschap en plaats van bedrijfsvestiging van de eigenaren. Deze regeling was door het Hof in 1989 in strijd geoordeeld met art. 43 EG (art. 52 oud).²⁶ Ging het in Francovich over het nalaten om een richtlijn te implementeren, in Brasserie du Pêcheur ging het om het niet-aanpassen van een wettelijke regeling aan het gemeenschapsrecht. In beide gevallen is de staat jegens particulieren aansprakelijk voor daaruit voortvloeiende schade.

Het Hof overwoog in de gevoegde zaken Brasserie du Pêcheur en Factortame in r.o. 29:

“Het (...) in art. 215 van het Verdrag uitdrukkelijk geformuleerde beginsel van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap is slechts een uitdrukking van het algemeen beginsel dat deel uitmaakt van de rechtsstelsels van de lidstaten, dat een onrechtmatige handeling of verzuim de verplichting meebrengt de veroorzaakte schade te vergoeden. Deze bepaling brengt tevens de verplichting voor de overheidsinstanties tot uitdrukking om de in de uitoefening van hun functies veroorzaakte schade te vergoeden”;

in r.o. 33:

“Gelet op de omstandigheid dat de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht een fundamenteel vereiste is van de communautaire rechtsorde (...), kan bovendien de verplichting om de door de schendingen van het gemeenschapsrecht aan particulieren veroorzaakte schade te vergoeden, niet afhankelijk zijn van nationale regels inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen de constitutionele machten”;

in r.o. 34:

“In dit verband zij erop gewezen dat (...) in de internationale rechtsorde de staat, wanneer hij aansprakelijk is wegens de schending van een internationale verplichting, eveneens in zijn geheel wordt beschouwd, ongeacht of de schending die tot de schade heeft geleid, aan de wetgevende, de rechterlijke of de uitvoerende macht is toe te rekenen (...)”;

24 HvJEG 12 maart 1987, zaak 178/84, Jur. 1987, p. 1227 (Commissie tegen Duitsland).

25 § 823 BGB luidt: (1). Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2). Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein”.

26 HvJEG 25 juli 1991, zaak C 222/89, Jur. 1991, I-3905 (Factortame II).

in r.o. 47:

“Wanneer (...) een lidstaat optreedt in een materie waarin hij beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid, die kan worden vergeleken met die van de gemeenschapsinstellingen bij de tenuitvoerlegging van het gemeenschapsbeleid, dienen de voorwaarden waaronder hij aansprakelijk kan worden gesteld, in beginsel dezelfde te zijn als die welke gelden ter zake van de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in een vergelijkbare situatie”;

in r.o. 66:

“De drie (...) voorwaarden zijn noodzakelijk en voldoende om voor particulieren een recht op schadevergoeding in het leven te roepen, wat evenwel niet uitsluit dat naar nationaal recht de staat onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn”;

in r.o. 79:

“Dat de verplichting tot vergoeding van de aan particulieren veroorzaakte schade niet afhankelijk kan worden gesteld van een voorwaarde ontleend aan het schuldbegrip die verder gaat dan de voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht”;

in r.o. 85:

“Volgens een algemeen beginsel dat de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben, dient de benadeelde zich redelijke inspanningen te getroosten om de omvang van de schade te beperken, omdat hij anders de schade zelf moet dragen”;

in r.o. 90:

“Dat de vergoeding ten laste van de lidstaten van de schade die zij wegens schendingen van het gemeenschapsrecht aan particulieren hebben veroorzaakt, adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade”;

in r.o. 96:

*“Dat de verplichting voor de lidstaten om de schade te vergoeden die aan particulieren is veroorzaakt door een toe te rekenen schendingen van het gemeenschapsrecht, niet kan worden beperkt tot schade geleden na de uitspraak van een arrest van het Hof houdende vaststelling van de gestelde niet-nakoming”.*²⁷

Over het gestelde in r.o. 47 schrijven Jans e.a.: “Wij geven er de voorkeur aan hier de term ‘keuzeruimte’ (in plaats van ‘beoordelingsbevoegdheid’; HH) te gebruiken, omdat het lang niet altijd om ruimte voor beoordeling maar veelal ook (of juist) om

27 Tekst ontleend van de publicatie in AB 1996, 249, m.nt. FHvdB, die aan het slot van zijn noot een opmerking plaatst over de “vertaalproblematiek”, zulks mede in relatie tot terminologische kwesties.

ruimte voor beleid gaat?²⁸ Deze auteurs stellen bovendien dat het Dillenkofer-arrest²⁹ een aantal vragen die door de Francovich- en Brasserie du Pêcheur-arresten waren gerezen zodanig beantwoordt, dat hiermee een goed geslaagde poging wordt geleverd om tot een afgeronde theorie van het vraagstuk inzake de overheidsaansprakelijkheid te komen. Daarbij draaide het om de vraag wanneer gesproken kan worden van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht. Men kan twee situaties onderscheiden, de ene betreft die waarin er geen normatieve keuzes gemaakt kunnen worden door de lidstaat bij de implementatie, hetgeen ook geldt voor de termijn waarbinnen omzetting dient te geschieden ter verwezenlijking van het door de Richtlijn voorgeschreven resultaat. In deze situatie is schending op zichzelf voldoende gekwalificeerd door het niet, niet-tijdig of niet-behoorlijk toepassen van de Richtlijn. Het andere geval ziet op situaties waarin discretionaire ruimte voor de implementerende instantie aanwezig is. Er is dan sprake van een voldoende gekwalificeerde schending indien een *kennelijke en ernstige miskennis* van de grenzen waartoe de discretionaire bevoegdheid zich uitstrekt, plaats heeft gehad. Het enkel onjuist implementeren van een Richtlijn waarin een discretionaire bevoegdheid aanwezig is leidt niet zonder meer tot een voldoende gekwalificeerde schending.³⁰

Jans c.s. stellen:

“Samenvattend brengt ons dit tot de volgende conclusies. In het kader van een implementatieverplichting kan van een voldoende gekwalificeerde schending worden gesproken als:

- *een lidstaat geen wetgevende maatregelen heeft getroffen, tenzij de lidstaat verschoonbaar mocht aannemen dat zijn wetgeving reeds voldeed;*
- *een lidstaat wel wetgevende maatregelen treft, maar niet de juiste, terwijl de lidstaat had kunnen weten dat de getroffen maatregelen niet voldoen.*

Buiten het geval van een implementatieverplichting zijn wetgevende activiteiten van een lidstaat als een voldoende gekwalificeerde schending aan te merken als geconcludeerd kan worden, dat de lidstaat niet te goeder trouw tot de conclusie kon komen dat zijn optreden met het gemeenschapsrecht in overeenstemming is.

Bij aansprakelijkheid voor individuele maatregelen, bestuursbesluiten, feitelijk handelen, is beslissend over hoeveel ‘keuzeruimte’ de lidstaat beschikt. Is deze afwezig of slechts in

28 J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, AA Libri 1999, p. 335.

29 Het Dillenkofer-arrest is uitvoerig besproken door Monica Claes onder de titel Aansprakelijkheid van de Staat wegens schending van het gemeenschapsrecht, JB 1996, 226, p. 970-978 en door T. Heukels en B.N. Wijmenga, Het Dillenkofer-arrest: tweesporenbeleid of synthese, Nederlands tijdschrift voor Europees recht 1997, p. 28-32. Zie ook F.H. van der Burg in AB Klassiek, 4e druk, W.E.J. Tjeenk-Willink 2000, m.n.op p. 369-370. Het betrof de niet-tijdige implementatie door Duitsland van de Richtlijn 90/314 ter bescherming van reisconsumenten tegen faillissementen van reisorganisatoren.

30 HvJEG 26 maart 1996, zaak C 392/93, Jur. 1996, p. I-1631 en AB 1996, 502 m.nt. FHvdB onder 503 (British Telecom). Vgl. HvJEG 19 mei 1992, AB 1993, 170 m.nt. FHvdB, RegelMaat 1992, p. 98 m.nt. N.E. Bracke, AA 1992, p. 803 m.nt. K.J.M. Mortelmans, AB Klassiek, 4e druk 2000, nr. 28 m.nt. R.M. van Male (Mulder II), welk arrest de aansprakelijkheid van de Europese Unie betreft. Verwezen zij ook naar HvJEG 2 december 1971, zaak 5/71, Jur. 1971, p. 975 inzake Schöppenstedt.

*zeer beperkte mate aanwezig, dan is de enkele schending voldoende gekwalificeerd. Bestaat er wel een reële keuzeruimte, dan is beslissend of de lidstaat redelijkerwijs tot de veronderstelling heeft kunnen komen dat het besluit of de handeling in overeenstemming met het gemeenschapsrecht is”.*³¹

De nationale rechter is de aangewezen instantie om in de afwikkeling van schadevergoedingsacties recht te spreken. Hij mag in vergelijking met soortgelijke louter nationaalrechtelijke schadevergoedingsacties niet minder gunstig oordelen als het gaat om schending van het gemeenschapsrecht. Dit toont op zichzelf reeds het belang aan van een nadere vergelijking tussen het uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende aansprakelijkheidsrecht met het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht.

In het Francovich-arrest overwoog het Hof in r.o. 43, hetgeen in dit kader van belang is:

“Dat de formele en materiële voorwaarden die door de onderscheiden nationale wettelijke regelingen ter zake van schadevergoeding zijn vastgesteld, niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor gelijksoortige nationale vorderingen gelden en niet van dien aard mogen zijn, dat zij het verkrijgen van schadevergoeding nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken”.

In ons recht heeft de wetgever geen specifiek voor de overheidsaansprakelijkheid geldende regelen vastgesteld. De Hoge Raad heeft, zoals nog zal blijken, een eigen rechtsregime voor overheidsaansprakelijkheid in onze nationale verhoudingen ontwikkeld. Dit leidt tot een verschil in materiële voorwaarden bij overheidsaansprakelijkheid tussen hetgeen nationaal en Europeesrechtelijk geldt. Jans c.s. wijzen erop dat de voorwaarden die het recht op schadevergoeding zelf betreffen communautair zijn bepaald en het voor *overige* aan de lidstaten worden overgelaten, onder voorwaarde van non-discriminatoire behandeling. Daarbij attenderen zij op het feit dat het relativiteitsvereiste zoals dit in ons recht geldt,³² gunstiger is voor een burger dan het Francovich-stelsel dat immers uitgaat van inbreuk op rechten van een particulier.³³ Zij bespreken de gevolgen van het Francovich-arrest, waarbij zij verwijzen naar het Rewe-arrest van het Hof van Justitie EG,³⁴ waarin de zogenaamde beginsele van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid geformuleerd werden.³⁵ Hierbij dient

31 A.w., p. 340. Inzake ‘keuzeruimte’ wordt aldaar verwezen naar HvJEG 23 mei 1996, zaak C5/94, Jur. 1996, p. I-2553, SEW 1998, p. 62 e.v., m.nt. S. Prechal inzake Hedley Lomas.

32 Zij stellen daarbij niet de vraag, welke ik hierna nog zal behandelen, of de civiele rechter de relativiteitseis voor overheidsaansprakelijkheid daadwerkelijk toepast. Over de relativiteitseis in relatie tot schending van een norm waartegen ex artikel 215 EG-Verdrag bij het Hof kan worden opgekomen, zie HvJEG 28 april 1988, zaak 120/86, Jur. p. 2321, AA 1992, p. 803-811 m.nt. K.J.M. Mortelmans (Mulder I). In dit verband werd het vertrouwensbeginsel als een zodanig vereiste aangemerkt. Vgl. HvJEG 26 juni 1990, zaak C 152/88, Jur. I-2477 (Sofrimport).

33 A.w., p. 346.

34 HvJEG 16 december 1976, zaak 33/76, Jur. 1976, p. 1989.

35 A.w., p. 355 resp. 26. “Gelijkwaardigheid” wordt ook als non-discriminatie aangeduid. Zie over kritiek op de rechtspraak van het Hof van Justitie EG in dit kader A. Biondi, The European Court of Justice and certain national procedural limitations: not such a tough relationship, Common Market Law Review, 1999, p. 1271-1287.

erop gewezen te worden dat deze Rewe-zaak³⁶ op een *procesrechtelijk* aspect zag – het overschrijden van de beroepstermijn die slechts één maand bedroeg –, terwijl in het Francovich-arrest een materieelrechtelijk element speelde, te weten de vraag waarvoor de Staat aansprakelijk is.

Het valt in de zojuist geciteerde Francovich-overweging op dat het Hof van Justitie spreekt van “nationale wettelijke regelingen”, hetgeen een beperking zou kunnen betekenen met betrekking tot het gehele nationale recht, waaronder het rechtersrecht, zoals in ons land de Hoge Raad dit ten aanzien van overheidsaansprakelijkheid heeft ontwikkeld, waar van de in het BW gegeven regeling – zoals nog zal blijken – afgeweken wordt. Van de andere kant zou het zich niet verdragen met het in het Rewe-arrest genoemde beginsel van gelijkwaardigheid, waarvan aangenomen mag worden dat dit ook betrekking heeft op de toepassing van materieelrecht door de nationale rechter. Zou de Nederlandse rechter overheidsaansprakelijkheid bij schending van nationale normen eerder aanvaarden dan bij schending van Europese normen dan zou hij daarmee aan de gelijkwaardigheid tekort doen. Een belangrijk punt betreft overigens het feit dat de burgerlijke rechter in ons recht ter voorkoming van conflicten met de administratieve rechter zonder meer uitgaat van een onrechtmatige daad die aan een overheidslichaam wordt toegerekend als een administratieve rechter een besluit vernietigd heeft. De Hoge Raad volgt deze wijze van benadering ongeacht de vraag of die vernietiging plaatsvond wegens strijd met het gemeenschapsrecht of niet, zodat in dit opzicht van ongelijkwaardigheid geen sprake kan zijn.

R.M. van Male schrijft in zijn bespreking van het Mulder II-arrest: “De aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor onrechtmatig normatief handelen lijkt minder zwaar te zijn dan die van de Nederlandse bestuursorganen voor besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Vaste rechtspraak is immers dat het oordeel van de administratieve rechter dat een besluit onrechtmatig is – en mitsdien vernietigd wordt of onverbindend verklaard – leidt tot een soort van risico-aansprakelijkheid voor de door dat besluit veroorzaakte schade. De extra-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor normatief handelen lijkt echter veel minder ver te gaan doordat het Hof een gekwalificeerde onrechtmatigheid verlangt. Of het nettoresultaat wellicht toch niet dichter bij elkaar ligt, valt zonder gedegen onderzoek niet vast te stellen. Nagegaan moet dan immers worden of de factoren die tezamen de aansprakelijkheid in een bepaalde zaak bepalen, tot een verschillend resultaat leiden. Denkbaar is immers dat de ene rechter terughoudender toetst aan het recht dan de andere, minder snel een oorzakelijk verband aanneemt tussen handelen en schade, of een andere wijze van schadeberekening hanteert.”³⁷

In het navolgende zal – voor zover dit binnen het beperkte bestek van deze rede mogelijk is – nagegaan worden of er verschillen in resultaat zijn. Dit is overigens minder eenvoudig dan het op het eerste gezicht lijkt. Men kan niet spreken van “het overheidsaansprakelijkheidsrecht” als een volgens dezelfde toetsingscriteria ontwik-

36 Er is ook nog een andere REWE-zaak; HvJEG 7 juli 1981, zaak 158/80, Jur. 1981, p. 1805, dat ter onderscheiding van het andere arrest ook aangeduid wordt als Botervaarten-arrest.

37 AB Klassiek, 4e druk, Deventer 2000, p. 270.

keld systeem. De Hoge Raad heeft binnen onze nationaalrechtelijke context tussen aansprakelijkheid voor wetgevende besluiten, andere besluiten en rechterlijke uitspraken verschillen van niet onaanzienlijke aard aangebracht. Dit zal uit de volgende hoofdstukken duidelijk worden. Voorts dient niet veronachtzaamd te worden dat aansprakelijkheid van de lidstaat door een particulier ingevolge schending van het gemeenschapsrecht slechts op een, in verhouding tot de nationale situatie, beperkt terrein ziet. Het gaat namelijk om toepassing en uitvoering van algemene regels (verordeningen en richtlijnen), waarbij de gemeenschapstrouw³⁸ een belangrijk aspect inhoudt. Toch zijn er ook punten die in relatie tot het nationale recht aandacht vragen. Waar de Hoge Raad differentieert naar functies, neemt het Hof van Justitie EG aan dat niet relevant is of de schade tengevolge van schending van het gemeenschapsrecht veroorzaakt is door de wetgevende, de uitvoerende of de rechterlijke macht.³⁹ Voorts stelt het Hof, anders dan de Hoge Raad, als eis dat de schending gekwalificeerd dient te zijn: het gaat om een kennelijke en ernstige miskenning van de rechtsplicht.

38 Zie artikel 10 EG (5 oud). Zie hierover O. Due, Artikel 5 van het EEG-Verdrag. Een bepaling met een federaal karakter?, SEW 1992, p. 355-366.

39 Zie r.o. 34 uit de zaken Brasserie du Pêcheur en Factortame, boven aangehaald.

3. Aansprakelijkheid voor wetgeving

In dit hoofdstuk wordt alleen ingegaan op die wettelijke voorschriften welke voor toetsing door de rechter in aanmerking komen. Vanwege het in artikel 120 Grondwet opgenomen toetsingsverbod wordt dus niet ingegaan op aansprakelijkheid voor schade geleden ingevolge formele wetten. Nagegaan wordt op welke wijze de Hoge Raad in de loop der jaren inhoud heeft gegeven aan aansprakelijkheid voor schade welke van overheidswege is toegebracht door middel van daden van materiële wetgeving. Het gaat dan om het vraagstuk wanneer een materieel wetgevingsproduct als onrechtmatig wordt aangemerkt en volgens welke criteria onrechtmatigheid getoetst wordt.

3.1 Inleiding

Naast het feit dat de Staat of een ander overheidslichaam aansprakelijk kan zijn voor schade tengevolge van daden van wetgeving welke in strijd zijn met het Europees recht⁴⁰ dan wel voor het nalaten van wetgeving waar ingevolge Europees recht een verplichting bestaat, kan hij ook aansprakelijk zijn voor wetgeving welke in strijd is met een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Met name de naleving van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) heeft voor de Nederlandse staat soms geleid tot arresten van het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) te Straatsburg waarin vastgesteld werd dat de Nederlandse wetgevende macht tekort was geschoten in de naleving van uit dat verdrag voortvloeiende verplichtingen.⁴¹ Een burger kan zich tot dit hof wenden als alle nationale middelen zijn uitgeput. Voorts ver-

40 Zie voor een gemeentelijke verordening HvJEG 8 oktober 1987, reeks 80/86, AA 1988, p. 329-334 m.nt. C.W.A. Timmermans (Kolpinghuis).

41 Er is een grote verscheidenheid aan schendingen uit die jurisprudentie gebleken. Enkele voorbeelden hiervan betreffen met name de niet-naleving van het bepaalde in artikel 6 van het EVRM waarvan het Benthem-arrest van het EHRM d.d. 23 oktober 1985, AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin, NJ 1986, 102 m.nt. E.A. Alkema, zeer bekend is en vaak wordt aangehaald als een waarbij het Kroonberoep – in wettelijke regelingen vastgelegd – in strijd met artikel 6 EVRM is. Toch past hier een kanttekening. Dit Kroonberoep werd in strijd met artikel 6 EVRM geacht omdat de Hoge Raad als civiele rechter ervan uitging dat dit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bood en daarom een eis bij de civiele rechter na of tegen zo'n in Kroonberoep beoordeeld geschil niet ontvankelijk verklaard moest worden. Op de keper beschouwd werd dan ook niet de wettelijke regeling als zodanig in strijd met artikel 6 EVRM geoordeeld, maar het gevolg dat de Hoge Raad aan die wettelijke regeling verbond. Er werd (slechts) geoordeeld dat de Kroon niet voldeed aan de eisen van een onafhankelijke en onpartijdige instantie als bedoeld in artikel 6 EVRM. De Hoge Raad heeft soms toch nog geoordeeld dat na de Kroon geen verdere inhoudelijke weg openstond: HR 29 januari 1996, NJ 1997, 201 m.nt. J.B.J.M. ten Berge, Gst. 1996, 7035, 4 m.nt. dzz. (Eijsden-Caelen), HR 15 maart 1996, AB 1996, 234 m.nt. ThGD (Zuidhorn tegen Staat). Het door de Hoge Raad hier ingenomen standpunt wijkt af van het kabinetsstandpunt: TK 1991-1992, 22495, 33, p. 50.

plicht artikel 94 Grondwet onder meer de rechter om binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften niet toe te passen, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen en volkenrechtelijke organisaties. Aldus verloopt dan de wijze van aansprakelijkstelling als het ware indirect. De vraag of die onverenigbaarheid van een bepaling zich voordoet, gaat vooraf aan een mogelijke vordering tot schadevergoeding.⁴² Die situatie kan zich ook voordoen als de strafrechter of een administratieve rechter onverenigbaarheid heeft vastgesteld.⁴³ Wil de betrokkene schadevergoeding, nadat een wettelijk voorschrift door het EHRM in strijd is bevonden met het EVRM of ingevolge vaststelling door een rechter van schending van een eenieder verbindende bepaling, dan zal dit veelal eerst kunnen geschieden in een daarna ex artikel 6:162 BW te voeren geding. Het is overigens lang niet altijd zo dat, nadat zo'n onverenigbaarheid is vastgesteld, nog een vordering ex 6:162 BW tot schadevergoeding wordt ingesteld. In het hier aan de orde zijnde kader gaat het slechts om die gevallen waarin wel zo'n schadevergoedingseis speelde. Daarnaast komen hier acties aan snee, waarbij rechtstreeks in een op artikel 6:162 BW gebaseerde procedure de onrechtmatigheid van een wetgevingsproduct gesteld wordt en de rechter in het kader van die vordering moet nagaan of aan de onrechtmatigheidsvereisten voldaan wordt.⁴⁴

3.2 Door de niet-civiele rechter vastgestelde onverenigbaarheid⁴⁵

Een belangrijk arrest waarin de Hoge Raad als civiele rechter uitspraak deed inzake een vordering tot schadevergoeding, nadat de strafrechter een bepaling onverenig-

42 De rechter onderzoekt die onverenigbaarheid ook ambtshalve. In het familierecht treft men verschillende voorbeelden van schending van het EVRM aan, zoals met name van het bepaalde in artikel 8 EVRM betreffende de bescherming van het privé-leven. Verwezen kan worden naar HR 15 september 1989, NJ 1990, 322 m.nt. EAAL en EAA, waarin het bepaalde in artikel 26 Besluit Burgerlijke Stand (BBS oud, van vóór de wijziging van 1 september 1987) in strijd werd bevonden met art. 8 EVRM, zulks in samenhang met het stelsel van de wet, met name blijvende uit art. 1:29, lid 3 j° art. 1:28 BW en art. 32 BBS.

43 Voorbeelden waarbij een strafrechter een wettelijk voorschrift onverenigbaar achtte met name op grond van de hiërarchie der normen in ons nationaal recht zijn er legio. Voor een overzicht en rubricering daarvan verwijs ik naar mijn uiteenzetting daarover in Hennekens, Van Geest, Fernhout, Decentralisatie, *Ars Aequi Libri*, 4e druk 1998, p. 167-179.

44 Zie voor deze materie in algemene zin de preadviezen van P.J.J. van Buuren en J.E.M. Polak, *De rechter en onrechtmatige wetgeving*, NJV-preadviezen 1987, deel I, tweede stuk.

45 Door mij wordt hier gekozen voor de zo neutraal mogelijke term “onverenigbaarheid” om niet te treden in het verschil tussen “buiten toepassing laten” en “onverbindend verklaren” of “onverbindend achten”. Zie daaromtrent: Hennekens, Van Geest, Fernhout, Decentralisatie, *AA Libri*, 4e druk 1998, p. 168-170. Ook zij verwezen naar G.E. van Maanen, *De mythe van het onverbindend verklaren van algemene regelgeving door de burgerlijke rechter: een ongewassen varken*, NTB 2000, p. 99-101 en een reactie daarop van J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *De mythe van het ongewassen varken*, NTB 2000, p. 184-186, waarop een reactie van Van Maanen, NTB 2000, p. 187-188. Op die discussie ga ik hier niet in.

baar had geacht met de vrijheid van drukpers,⁴⁶ levert het Pocketbooks-arrest.⁴⁷ De Hoge Raad overwoog daarin:

“dat de Staat onrechtmatig handelt indien een staatssecretaris, orgaan van de Staat, door een beschikking als de onderhavige⁴⁸ een verbod stelt op en daardoor sancties bedreigt tegen een handeling die ingevolge een bepaling van de Grondwet niet mag worden verboden;

dat geen rechtsregel de toepasselijkheid van art. 1401 BW⁴⁹ op de uitvaardiging van een dergelijke beschikking uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt, en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid niet meebrengt dat art. 1401 BW bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn.”

Nu de betreffende Vestigingsbeschikking Boekverkopersbedrijf onrechtmatig was jegens Van Tuyl N.V. en De Bron N.V., had het hof te 's-Gravenhage in navolging van de rechtbank aldaar terecht de Staat veroordeeld tot betaling van de dientengevolge door deze vennootschappen geleden schade. In dit kader valt overigens omtrent de feiten op te merken dat niet Van Tuyl N.V. en De Bron N.V. vervolgd waren wegens overtreding van het bepaalde in die beschikking. Een zekere J.A.H. van L., winkelier te 's-Gravenhage, was vervolgd en ontslagen van rechtsvervolging. Voor zover uit de gepubliceerde uitspraken valt op te maken was geen vergunning aan de SER verzocht, welke mogelijkheid bestaan had en waartegen bij weigering een voorziening open gestaan bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Een andere benadering dan in het Pocketbooks-arrest volgt de Hoge Raad in het arrest Vulhop tegen de gemeente Amsterdam.⁵⁰ De belastingkamer van de Hoge Raad had bij arrest van 30 maart 1983, BNB 1983/191 de Amsterdamse Verordening

46 HR 23 maart 1960, NJ 1960, 274 m.nt. WP (strafkamer). Er zij overigens op gewezen dat de civiele procedure niet zo gevoerd is dat expliciet aan het oordeel van de strafrechter wordt gerefereerd.

47 HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt. HD; AA 1969, p. 266-269 m.nt. MT en op p. 269-273 m.nt. G; ARB 1969, p. 194 m.nt. St.; Gst. 1969, 6033, 7 met bespreking in nr. 6033 onder de titel De rechtspraak van de Hoge Raad omtrent de onrechtmatige overheidsdaad, en in de nrs. 6034, 6035 en 6036 onder de titel Op de verkeerde weg (De Staat tegen Van Tuyl en De Bron). Zie ook H.D. van Wijk in Gst. 1969, 6045 onder de titel Als op de verkeerde weg puntje bij paaltje komt, rijzen er toch problemen.

48 Het woord “beschikking” wordt hier gebruikt in de toenmalige oude betekenis voor wat nu “ministeriële regeling” genoemd wordt. Het betreft hier een daad van gedelegeerde wetgeving. De minister – i.c. staatssecretaris – was bevoegd op grond van de Vestigingswet Bedrijven 1954 “vestigingsbeschikkingen” af te geven (art. 16) op verzoek van het lichaam dat vaststelling van een vestigingsbesluit (KB) heeft verzocht. Zo’n beschikking kon verbieden het uitoefenen van een bedrijf zonder vergunning van de SER, een productschap of een hoofdbedrijfschap. Het betrof in casu de op 28 september 1958 vastgestelde Vestigingsbeschikking Boekverkopersbedrijf 1958, die het verbod inhield zonder vergunning van de SER het boekverkopersbedrijf uit te oefenen.

49 Met deze bepaling stemt het huidige artikel 6:162 BW inhoudelijk grotendeels overeen, hoewel er geen onbelangrijke verschillen zijn. De tekst van artikel 1401 BW luidde: “Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelfde te vergoeden”.

50 HR 16 oktober 1992, NJ 1992, 788 m.nt. MS en HJS, AB 1993, 40 m.nt. FHvdB, Gst. 1993, 6962, 5 m.nt. dzz., waarbij verwezen wordt naar mijn in dat nummer geplaatste opstel De Hoge Raad en de formele rechtskracht.

Watertoeristenbelasting 1978 onverbindend verklaard wegens strijd met het bepaalde in het toenmalige artikel 276 gemeentewet. Ingevolge deze onverbindendverklaring eiste Vulhop – door wiens beroep de Hoge Raad tot dit oordeel was gekomen – op grond van de stelling dat er aldus een onrechtmatige daad door de gemeente Amsterdam jegens hem was gepleegd, van deze gemeente vergoeding van de schade die hij daardoor geleden had, voor zover hij niet meer in staat was via een beroep bij de belastingrechter de ten onrechte betaalde bedragen te bestrijden. De Hoge Raad overwoog op het beroep in cassatie van Vulhop:

“dat de belastingplichtige die verzuimd heeft van zijn recht van beroep op de belastingrechter gebruik te maken, niet met vrucht voor de burgerlijke rechter kan aanvoeren dat de heffing ongeldig is en de geheven belasting hem als onverschuldigd betaald moet worden gerestitueerd; evenmin kan hij met vrucht aanvoeren dat de heffing onrechtmatig is en dat de geheven belasting hem bij wege van schadevergoeding moet worden terugbetaald.

Anders dan onderdeel 1 aanvoert, doet aan hetgeen (...) omtrent een beroep op onrechtmatigheid van de heffing is overwogen, niet af dat de Verordening Watertoeristenbelasting 1978 in de (...) uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad van 30 maart 1983 onverbindend is geoordeeld. De bindende kracht van een zodanige uitspraak is – daargelaten de overtuigende werking die daarvan in andere zaken mag worden verwacht – naar haar aard beperkt tot het in de desbetreffende belastingzaak aan de belastingrechter voorgelegde geschil. Dit brengt mede dat die uitspraak niet tot gevolg heeft dat de burgerlijke rechter (...) terzake van de in de onderhavige zaak aan de orde gestelde heffingen over een eerdere periode wel zelf mag beoordelen of zij onrechtmatig zijn of, zoals het onderdeel wil, die onrechtmatigheid op grond van voormelde uitspraak zonder meer zou moeten aannemen.”

De Hoge Raad stelt dus dat hij enerzijds niet *mag* beoordelen of de heffingen onrechtmatig waren, hetgeen begrijpelijk is omdat daarvoor de belastingrechter de bevoegde instantie is, doch hij stelt ook dat het oordeel van de belastingrechter waarbij de onrechtmatigheid van die verordening was vastgesteld hem als burgerlijke rechter niet bindt. Dat oordeel zou alleen bindende kracht hebben in het desbetreffende belastinggeschil.

De vraag rijst of de Hoge Raad een onderscheid wenst te maken tussen het oordeel van de strafrechter, zoals dat in het Pocketbooks-arrest door de burgerlijke rechter werd aangenomen (of althans overgenomen) en de belastingrechter. Rechtbank en hof hadden uitdrukkelijk overwogen dat de gemeente onrechtmatig had gehandeld door die belastingverordening vast te stellen, doch tevens dat Vulhop een hem toe te rekenen risico had genomen door niet tijdig bij de belastingrechter beroep in te stellen tegen de belastingheffing. De Hoge Raad deelt als civiele rechter dat standpunt van de rechtbank en het hof niet, want hij wenst aan het oordeel van de Hoge Raad als belastingrechter over die verbindendheid van de verordening geen verdere strekking toe te kennen dan voor het in beroep spelende geval. Dit standpunt kan niet overtuigen omdat de onverbindendheid van die verordening zoals vastgesteld door de Hoge Raad als belastingrechter niet louter betrekking had op de in beroep spelende zaak, doch de relatie tussen die verordening en de desbetreffende ge-

meentewetsbepaling betrof, geabstraheerd van het geval. Het ging om *abstracte* toetsing van die verordening aan een bepaling, hoger in de normenhiërarchie.⁵¹

Dat de Hoge Raad als civiele rechter genegen is zich naar het oordeel van een administratieve rechter over de verbindendheid van “regelingen” te richten blijkt uit het arrest Heesch-Van de Akker.⁵² Hoewel dit arrest om andere redenen van belang is en veelal in het kader van andere rechtsvragen behandeld wordt, mag het niet ontbreken in hetgeen hier aan de orde is. De civiele rechter overweegt namelijk:

*“dat het oordeel over de vraag of dergelijke uitwegvergunningstelsels rechtens aanvaardbaar zijn typisch behoort tot die vragen tot het beantwoorden waarvan de Afdeling rechtspraak van de Raad van State is geroepen”.*⁵³

Hier formuleert de Hoge Raad een rechtspolitiek standpunt omtrent de verdeling van rechtsmacht tussen de civiele rechter ten aanzien van de vraag welke rechter “typisch” tot het beoordelen van de desbetreffende stelsels bevoegd is. Ofschoon deze overweging op zichzelf een beperkte inhoud heeft kan daaraan een meer algemene strekking toegekend worden. De civiele rechter wijst immers erop dat voor bepaalde regelingen – welke niet en welke wel is dan nog een vraag – typisch ter beoordeling van de administratieve rechter zijn. Dat zouden regelingen kunnen zijn die men bij Van Male aantreft onder de naam “bestuurswetgeving”.⁵⁴

3.3 De civiele rechter oordelend over rechtmatigheid van wetgeving in materiële zin

3.3.1 Inleiding

De jurisprudentie levert voorbeelden van gevallen waarin de civiele rechter zelf geroepen werd tot het beoordelen van de houdbaarheid in rechte van materiële daden van wetgeving. Daarbij kan men twee soorten gevallen onderscheiden. In een aantal gevallen werd de *vaststelling* gevorderd van de onrechtmatigheid van de desbetref-

51 Zie over abstracte en concrete toetsing, Hennekens, Van Geest, Fernhout, a.w., p. 168 en 179-181.

52 HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB, AA 1986, p. 642-649 m.nt. dzz., Gst. 1987, 6842,3 m.nt. WK en AB Klassiek 4e druk, 2000, nr. 21 met bespreking J.B.J.M. ten Berge. In dit verband is ook van belang het hierna nog te behandelen arrest Leenders Levensmiddelen B.V. tegen de gemeente Ubbergen. Het Kaveka-arrest – HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869 m.nt. MS, AB 1998, 416 m.nt. ThGD en Gst. 1999, 7102, 3, waarover B.J.P.G. Roozendaal, Het Kaveka-arrest en de formele rechtskracht van besluiten tot goedkeuring van bestemmingsplannen – betrof een vraag van formele aard: kan degene die tegen het goedkeuringsbesluit van een bestemmingsplan geen beroep op de Kroon heeft ingesteld bij de civiele rechter schadevergoeding vorderen wegens onrechtmatigheid?

53 Op de vraag of terecht de uitwegvergunningstelsels voor algemeen verbindende voorschriften werden gehouden door de Afdeling ga ik hier niet in. Daartoe zij verwezen naar mijn bespreking van het arrest in *Ars Aequi* 1986, p. 644-645.

54 Zie R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*, diss. Tilburg 1988.

fende wettelijke regeling. Men kan dit zien als een zich rechtstreeks tegen die regeling richtende actie. Daarvan volgt een korte bespreking in onderdeel 3.3.2, hoewel dit niet direct op aansprakelijkheid voor schade ziet. Dit onderdeel wordt hier toch kort aangesneden om twee redenen. Vooreerst uit systematisch oogpunt, het maakt in totaliteit deel uit van onrechtmatige wetgeving. Voorts omdat het in relatie tot het volgende onderdeel moeilijk gemist kan worden. Daarnaast heeft het ook een relatie met aansprakelijkheid ingevolge het Europees recht. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie EG is immers gebleken dat een particulier verplicht is (rechts)middelen aan te wenden ter voorkoming of beperking van schade. Dit zou ook hier kunnen gelden door rechtstreeks tegen een wettelijk voorschrift op te komen. Daarnaast treft men voorbeelden aan van schadevergoedingsacties waarbij meer indirect de vraag speelt naar de rechtmatigheid van de desbetreffende wettelijke regelingen. Die naar schadevergoeding is dan met name relevant. Die categorie zal hierna onder 3.3.3 besproken worden.

3.3.2 *Geschil over de wettelijke regeling als zodanig*⁵⁵

Geschillen over de rechtmatigheid van wettelijke regelingen zijn gevoerd in zowel kort geding- als bodemprocedures. Wat de kort geding-arresten betreft kan gewag worden gemaakt van het LSV-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde over prijzenbeschikkingen welke op grond van delegatie van wetgeving, te weten de Prijzenwet, waren vastgesteld door de minister van Economische Zaken en de staatssecretaris van Volksgezondheid en Milieuhygiëne teneinde het inkomen van medisch specialisten te reguleren.⁵⁶ Ten aanzien van het door de Staat aangevoerde cassatiemiddel dat de rechter in kort geding niet bevoegd zou zijn een algemeen werkende regeling buiten werking te stellen, overwoog de Hoge Raad:⁵⁷

“De onderhavige vordering was gegrond (...) op de stelling dat de vaststelling van de ten processe bedoelde prijzenbeschikkingen, alsmede de bekendmaking en het uitvoeren en doen uitvoeren daarvan door de Staat, een onrechtmatige daad van de Staat jegens LSV c.s. oplevert. Tegen deze achtergrond komt het “buiten werking” stellen van de beschikkingen neer op een in algemene termen vervat verbod (...), daartoe strekkende dat de Staat zich – tot een eventuele beslissing in een bodemprocedure, waarbij de beschikkin-

55 Omdat de rechter op grond van het bepaalde in art. 120 Grondwet niet bevoegd is wetten op hun rechtmatigheid te toetsen, blijft dit onderwerp onbesproken. Zie voor jurisprudentie o.a. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS, AB 1989, 207 m.nt. FHvdB, AA 1989, p. 578-592 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin en HR 19 november 1999, AB 2000, 387 m.nt. ThGD, RegelMaat 1989, p. 80-84 m.nt. C.A.J.M. Kortmann (Harmonisatiewet-arrest), AA 2000, p. 107-110 m.nt. C.A.J.M. Kortmann, Gst. 2000, 7115, 3 m.nt. dzz. en JB 2000, 1 m.nt. RJNS (Herindeling Tegelen).

56 Er is sprake van “beschikkingen” in de oude betekenis van wat nu ministeriële regelingen zou heten. Het gaat om niet een, maar twee “beschikkingen”, aangezien de eerste ten tijde van de publicatie in de Staatscourant nog niet van de vereiste handtekeningen was voorzien, hetgeen geredresseerd werd in de tweede beschikking.

57 HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 m.nt. MS, AB 1984, 103 m.nt. FHvdB, SEW 1983, p. 723-733 m.nt. A. Mulder. In soortgelijke zin oordeelde de Hoge Raad ook inzake de prijzenbeschikking voor notarissen bij arrest van dezelfde datum, RvdW 1983, 131 (De Staat tegen de Koninklijke Notariële Broederschap).

gen verbindend worden geoordeeld – heeft te onthouden van gedragingen die op de werking van die beschikkingen zijn gegrond. (...)

*Een zodanige voorziening is in beginsel niet ongeoorloofd. Zij zal in beginsel slechts in aanmerking komen, indien de beschikking (...) onmiskenbaar onverbindend is, zodat van de betrokkenen, mede in verband met de daarvan voor hen te verwachten schade, niet kan worden gevergd dat zij zich naar de – voorshands onmiskenbaar onrechtmatige – uitvoering daarvan richten, terwijl er geen andere rechtsgang openstaat om zich met de verste spoed een voorziening te dier zake te verschaffen”.*⁵⁸

Interessant in relatie tot het arrest Vulhop is de betekenis welke de Hoge Raad toekent aan het buitenwerkingstellen van een wettelijk voorschrift. Hij overweegt:

*“dat ook een algemeen geformuleerde uitspraak als in het onderhavige geval is gegeven, slechts rechten geeft aan de partijen die haar hebben verkregen, zij het dat derden kunnen profiteren van het praktische gevolg, gelegen in de verwachting dat die rechter in volgende soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen”.*⁵⁹

De president van de rechtbank kwam tot de – tot in cassatie gesanctioneerde – buitenwerkingstelling van de onderhavige regeling door deze te toetsen aan het bepaalde in artikel 2 Prijzenwet en meer in het algemeen aan de ratio van deze wet, waaruit de doelstelling van het instrument voor conjunctuurbeleid blijkt. Het gaat hier dus om toetsing aan de wet, hetgeen in de hiërarchie der normen alleszins aanspreekt. Een soortgelijk geval deed zich voor in het arrest van 11 december 1987, waarin een ondertitelingsregeling was vastgelegd in artikel 4, lid 1 onder c van de Kabelregeling, voorschrijvend dat men de minister van WVC toestemming moest vragen ten behoeve van buitenlandse programma's.⁶⁰

In het Landbouwwliegers-arrest⁶¹ was een ander soort toetsing aan de orde. Daar werd de Hoge Raad gesteld voor de vraag of de (civiele) rechter een algemeen ver-

58 In verband met de betekenis van zo'n buitenwerkingstelling voor het strafrecht stelt de Hoge Raad dat het aan de strafrechter is om te bezien of de OvJ, die tot vervolging zou overgaan na zo'n (civielrechtelijke) buitenwerkingstelling, al dan niet ontvankelijk is. Daarmee wordt niets gezegd over het materiële strafbaarheidsvereiste. Daarover merkt Mok in zijn conclusie voor dit arrest op dat de betrokkenen dan niet strafbaar waren. De vraag hoe het CBb als administratieve rechter over een buiten werking gestelde beschikking zou oordelen komt begrijpelijkerwijze niet in beeld, omdat een ontheffing van zo'n regeling niet gevraagd zal worden.

59 Dat de Hoge Raad in de Vulhop-zaak zelfs voor de betrokken partij zelf niet bereid was consequenties te verbinden aan een onverbindend verklaarde verordening, maakt het verschil met deze overweging des te navranter. Dit geldt te meer, nu de Hoge Raad deze uitspraak aanmerkt als “een maatregel van orde” en dus niet als een rechterlijk oordeel over die regeling. Over de werking “erga omnes” van een onverbindendverklaring maakt A-G Mok een opmerking in zijn conclusie. Vanwege art. 12 Wet AB is geen werking “erga omnes” mogelijk, doch deze zal “in feite in sterke mate een erga omnes-effect hebben”, zo schrijft hij. Of artikel 12 Wet AB op de werking van een uitspraak ziet, acht ik de vraag.

60 NJ 1990, 73 m.nt. WHH en MS. Het ondertitelingsverbod behoudens toestemming werd in strijd bevonden met artikel 7, lid 2 Grondwet. Diezelfde bepaling was aan de orde in het Pocketbooks-arrest.

61 HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. MS, AB 1986, 574 m.nt. PvB, Gst. 1986, 6823, 3 met hoofdartikel in datzelfde nummer van R.M. van Male onder de titel Hoge Raad toetst wetgeving aan rechtsbeginselen, RegelMaat 1986, p. 167 e.v. m.nt. J.C. van der Vlies en AB Klassiek, 4e druk, 2000, nr. 20 m.nt. R.M. van Male.

bindend voorschrift ook mocht toetsen aan algemene rechtsbeginselen. Hier was een ministeriële regeling aan de orde, welke uitwerking gaf aan een op artikel 13 Bestrijdingsmiddelenwet berustende amvb (art. 4, lid 1, sub e). Ook hier betrof het een kort geding, waarvoor de Hoge Raad terugviel op het zojuist genoemde LSV-arrest inzake de “onmiskerbare onrechtmatigheid”. De Hoge Raad beantwoordt de vraag naar toetsing aan rechtsbeginselen in positieve zin. Hij overweegt dat geen rechtsregel eraan in de weg staat om dergelijke toetsing uit te voeren. Het bepaalde in artikel 11 Wet AB dat de rechter niet mag treden in de innerlijke waarde of billijkheid van de wet, houdt niet zo’n rechtsregel in. Ingevolge deze bepaling moet de rechter wel, zo overweegt de Hoge Raad, terughoudendheid betrachten. Hij spreekt dan van “de waarde of het maatschappelijk gewicht”, welke de rechter niet vermag te toetsen. Voorts merkt hij ten aanzien van toetsing aan formele beginselen (van behoorlijk bestuur) op dat gebreken in de motivering van het betreffende voorschrift of van de bepaling waarop het voorschrift is gegrond op zichzelf niet tot onverbindendheid zal leiden.⁶²

In een bodemgeschil over de onrechtmatigheid van een wettelijke regeling oordeelde de Hoge Raad bij zijn arrest van 11 oktober 1996.⁶³ Deze zaak heeft overigens een “gemengd karakter”, omdat zij gecompliceerd was vanwege het door elkaar lopen van procedures. Het betrof zowel administratiefrechtelijke als strafrechtelijke alsook civielrechtelijke procedures. De administratiefrechtelijke werd niet ten einde toe gevoerd en bleef steken in een bezwaarschriftprocedure. In een strafrechtelijke procedure was Leenders uiteindelijk – na een bevel tot strafvervolging van het hof ex artikel 12 Sv – van strafvervolging ontslagen wegens het feit dat de rechtbank de desbetreffende bepalingen uit de APV Ubbergen en de Verordening op het innemen van standplaatsen en het venten “buiten toepassing”⁶⁴ liet, omdat zij deze in strijd achtte met de Vestigingswet detailhandel. Het cassatiemiddel betrof niet een beroep op het oordeel van de strafrechter, maar stelde “dat de gemeente zich jegens haar (Leenders Levensmiddelen BV; HH) onrechtmatig had gedragen door het uitvaardigen van een onverbindende regeling en het handhaven daarvan”. De Hoge Raad oordeelde daaromtrent:

“Indien de overheid het standpunt inneemt dat een burger voor het verrichten van bepaalde handelingen, zoals het uitoefenen van een bepaalde vorm van bedrijf of beroep, ingevolge een algemeen verbindend voorschrift een vergunning nodig heeft, maar de burger dit voorschrift onverbindend en daarom het inroepen en handhaven ervan jegens hem onrechtmatig acht, brengen de eisen van een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid mee dat hij het geschil omtrent de verbindendheid van het voorschrift aan de

62 Zie voor het standpunt dat de Hoge Raad ter zake innam in de voorgaande decennia HR 18 april 1967, NJ 1967, 442, ARB 1968, p. 67-69, AA 1968, p. 229-235 m.nt. H.J.M. Jeukens (Keur van Verenigde Bloklandse- en Kortenaarse Polder). In zijn vonnis van 1 juli 1996, KG 1998, 226 nam de president van de rechtbank Zwolle aan dat de gemeente Almere mogelijkerwijze onrechtmatig had gehandeld doordat zij het besluit tot weigering van een bestemmingsplan te wijzigen niet behoorlijk gemotiveerd had.

63 NJ 1997, 165 m.nt. MS, AB 1997, 1 m.nt. ThGD (Leenders tegen gemeente Ubbergen).

64 Zie inzake het verschil tussen buiten toepassing laten en onverbindend verklaren Hennekens, Van Geest, Fernhout, Decentralisatie, AA Libri 1998, 4e druk, p. 168-170.

*rechter moet kunnen voorleggen. Zolang de beslechting van een dergelijk geschil niet aan de bestuursrechter is opgedragen (...) moet die burger de vraag of het voorschrift verbindend is, in beginsel door middel van een vordering gegrond op onrechtmatig overheidsoptreden, kunnen voorleggen aan de burgerlijke rechter”.*⁶⁵

De hier spelende casus laat zien dat zich een zeer ingewikkelde situatie kan voordoen omtrent de vraag welke rechter geroepen wordt tot het geven van een oordeel over de verbindendheid van een wettelijk voorschrift. Ten principale kan de administratieve rechter daaromtrent een uitspraak doen in geval van een beroep tegen een besluit dat op een wettelijk voorschrift is gebaseerd.⁶⁶ Ook de strafrechter kan zich in het kader van een strafvervolgning over de verbindendheid van zo'n voorschrift uitspreken. Tot slot kan de civiele rechter in een procedure, direct tegen dat voorschrift gericht, de onverbindendheid, althans onrechtmatigheid daarvan, vaststellen. Wie van deze drie rechterlijke instanties komt nu het doorslaggevend oordeel toe? Of moet men aannemen dat zij alle drie hun eigen opvatting kunnen geven en dat de een niet gebonden is aan het oordeel van de ander? In het Vulhop-arrest lijkt de Hoge Raad zich aan het oordeel van de hoogste administratieve rechter niets gelegen te laten liggen. In het Pocketbooks-arrest speelde de vraag omtrent het oordeel van de hoogste strafrechter niet expliciet, hoewel impliciet dat oordeel aanvaard werd. In de zaak Leenders was er een uitspraak van een lagere strafrechter dat niet in de civiele zaak meetelde. De rechtbank conformeerde zich niet aan jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak. De Hoge Raad laat zich in de zaak Leenders niet uit over de onrechtmatigheid van de desbetreffende bepalingen, doch spreekt uit dat een burger zich tot de burgerlijke rechter kan wenden om over die vraag “te beslissen”. Daarnaast geeft hij wel te kennen dat hij, zou de administratieve rechter rechtstreeks – dus niet indirect, zoals dat nu het geval is – benaderd kunnen worden met een actie tegen een wettelijk voorschrift, dan (getuige de overweging “zolang de beslechting van een dergelijk geschil niet aan de bestuursrechter is opgedragen”) de voorrang aan deze rechter zou geven. Dit past in de opvatting dat over bestuursrechtelijke, of meer in het algemeen publiekrechtelijke, geschillen de administratieve rechter zou dienen te oordelen. Naast een procedure met prejudiciële vragen, als hiervoor aangedragen, zou ook de mogelijkheid gecreëerd kunnen worden om rechtstreeks uitsluitel over de verbindendheid van wettelijke bepalingen te verkrijgen van een daartoe deskundige rechter.

De hier vermelde arresten zijn voor het totaalbeeld van het onderhavige onderwerp van belang, met name vanwege de verhouding tussen diverse soorten rechters. Voor de aansprakelijkheid van de overheid in het kader van artikel 6:162 BW zijn ze slechts relevant ten aanzien van één onderdeel, het onrechtmatigheidsaspect. In relatie tot dit gegeven vestig ik de aandacht op jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG. Hieruit blijkt dat van een particulier geëist wordt dat hij ter voorkoming

65 NJ 1997, p. 842 l.k.

66 Vermelding verdient dat de ARRS reeds in haar uitspraak van 15 juni 1984, Gst. 1985, 6789, 4 m.nt. J.C. Schroot soortgelijke bepalingen als in Ubbergen niet onverbindend had geacht. Verwezen zij ook naar AbRS 27 november 1998, Gst. 1999, 7090, 4 m.nt. dzz. De strafrechter van de Arnhemse rechtbank dacht daar anders over zonder te refereren aan de opvatting van de Afdeling rechtspraak.

van schade (rechts)middelen aanwendt.⁶⁷ Ter illustratie citeer ik r.o. 84 en 85 uit het arrest Brasserie du Pêcheur:

“Inzonderheid moet worden gepreciseerd, dat de nationale rechter, met het oog op de vaststelling van de voor vergoeding in aanmerking komende schade, kan onderzoeken of de benadeelde persoon zich redelijke inspanningen heeft getroost om de schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken, en meer in het bijzonder, of hij tijdig alle te zijner beschikking staande beroepsmogelijkheden heeft aangewend.

*Volgens een algemeen beginsel dat de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben, dient de benadeelde zich redelijke inspanningen te getroosten om de omvang van de schade te beperken, omdat hij anders de schade zelf moet dragen”.*⁶⁸

Dit element doet de vraag rijzen of er ook in ons recht niet gezocht zou moeten worden naar een procedure waarbij een effectief rechtsmiddel wordt geboden inzake een snelle beoordeling van de vraag naar onrechtmatige wetgeving. Dit zou kunnen in combinatie met de aanwijzing van één soort rechter die ter zake bevoegd is. Alleszins verdedigbaar is dat de vraag of algemeen verbindende voorschriften rechtens houdbaar zijn, in beginsel aan de administratieve rechter die over op die voorschriften stoelende besluiten bevoegd is te oordelen, voorgelegd dient te worden. Zijn oordeel zou dan bepalend dienen te zijn voor de door andere rechters te volgen interpretatie. Men zou dat in ons bestel met het voorleggen aan de administratieve rechter van prejudiciële vragen kunnen bewerkstelligen.⁶⁹ Het voordeel hiervan is enerzijds bevordering van rechtseenheid en rechtszekerheid en anderzijds de ontwikkeling van specifieke deskundigheid op dit terrein bij één rechterlijke instantie, hetgeen de doelmatigheid ten goede komt. Bij een dergelijk stelsel zal de bevoegde geadieerde rechter, die geconfronteerd wordt met de vraag naar verbindendheid van een wettelijk voorschrift, de desbetreffende prejudiciële vraag formuleren en voorleggen aan de daartoe aangewezen rechter. Nu is er onzekerheid. In het ene geval gaat de Hoge Raad in zeer algemene zin uit van het oordeel van de administratieve rechter over de houdbaarheid in rechte van algemeen verbindende voorschriften (Heesch-Van de Akker), in het andere geval gaat hij daaraan voorbij, omdat hij zo'n oordeel van die rechter beperkt tot het beslechte geval (Vulhop-Amsterdam).⁷⁰ Ook hierna zal nog

67 Verwezen zij naar HvJEG 5 maart 1996, zaak C 46/93, AB 1996, 249 m.nt. FHvdB.

68 Korthedshalve volsta ik in dit verband met te verwijzen naar de mogelijkheden die het EG-Verdrag biedt tot opschorting en voorlopige maatregelen, van gemeenschapsrecht, hetzij door lidstaten (voor het Hof), hetzij door particulieren (voor het Gerecht van Eerste Aanleg). Hierover schrijven Barents en Brinkhorst: “Beide procedures zijn nader uitgewerkt in de reglementen voor procesvoering van het Hof en van het Gerecht. De voornaamste eis is die van spoedeisendheid. Volgens vaste rechtspraak houdt deze eis in dat de gevraagde maatregelen noodzakelijk moeten zijn om te voorkomen dat de verzoeker ernstige en onherstelbare schade lijdt”, Grondlijnen van Europees Recht, W.E.J. Tjeenk Willink, 9e druk, 1999, p. 239.

69 In mijn VAR-preadvies over de praktijk van gemeentelijke regelgeving, Geschriften VAR XCVI (1987) heb ik een dergelijk voorstel reeds gedaan, waarin deze materie overigens in bredere zin aan de orde kwam. Verwezen zij met name naar p. 83-85.

70 Hier komt niet aan de orde de verhouding tussen de strafrechter en de administratieve. In dit verband is overigens illustratief dat de Afdeling rechtspraak zich conformeerde aan de opvatting van de strafrechter, na eerst een ander standpunt te hebben ingenomen, in haar uitspraak van 2 febru-

→

blijken van het momenteel heersende systeem, waarbij zowel de administratieve rechter als de strafrechter alsook de civiele rechter geconfronteerd kunnen worden met de – in wezen – zelfde rechtsvraag naar de verbindendheid van wettelijke voorschriften.

3.3.3 *Schadevergoedingsactie in verband met wetgeving*

Het komt voor dat iemand die schade lijdt tengevolge van algemeen verbindende voorschriften deze op grond van een onrechtmatige daadsactie bij de burgerlijke rechter tracht te verhalen op de overheid. Schade is dan de aanleiding om een 6:162 BW-actie te entameren. Dat heeft onder meer geleid tot het vraagstuk of de civiele rechter bevoegd zou zijn dan wel zou dienen te zijn tot het toekennen van schadevergoeding bij rechtmatige daden van wetgeving. Dit vraagstuk is mede in discussie ingevolge arresten van de Hoge Raad, waarbij soms formuleringen gebruikt zijn welke naar een positieve beantwoording tenderen van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. Daarbij gaat het niet steeds om daden van wetgeving.⁷¹

De twee Varkensmesters-arresten, het eerste gevoerd tussen G. Leffers en de Staat⁷² en het andere tussen P.J.L. Meiland en de Staat,⁷³ zijn toonzettend voor het onderhavige vraagstuk. In beide arresten was de aanleiding voor deze procedures gelegen in de Regeling Verbod Voedsel- en Slachtafval, ⁷⁴ vastgesteld door de minister van Landbouw en Visserij, gebaseerd op artikel 36 van de toenmalige Veewet. De Hoge Raad achtte in de zaak Leffers het oordeel van het hof te 's-Gravenhage juist dat buitenwerkingstelling van de Regeling niet kon worden gevorderd, omdat de belangen “die de Regeling beoogt te dienen als buitengewoon zwaarwegend worden aangemerkt, nu Afrikaanse varkenspest een zeer besmettelijke ziekte is, waartegen nog geen geneesmiddelen bestaan en waarvan uitbreken tot grote schade kan lijden”.

Daarna volgden de voor de uitkomst beslissende passages:

“De (...) Regeling strekt ertoe de belangen te beschermen van al diegenen die zich bezig houden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens, waarbij in het bijzonder het meesten soms bedrijfsmatig, soms niet bedrijfsmatig geschiedt. Juist door deze bescherming wordt evenwel (...) een naar verhouding kleine groep van bedrijfsmatige var-

ari 1989, Gst. 1989, 6873, 4 m.nt. B en AB 1989, 154 m.nt. JHvdV (Utrecht); zo ook in ARRS 31 augustus 1989, Gst. 1990, 6894, 6 m.nt. B (Rotterdam).

71 In het volgende onderdeel zal van dezelfde problematiek ook nog blijken waar het om een optreden in een enkel geval gaat. Met name het arrest van de Hoge Raad d.d. 30 maart 2001, Gst. 2001, 7143, 3 m.nt. dzz. en JB 2001, 107 m.nt. RJNS (Staat tegen Lavrijsen) zal dan aandacht verdienen.

72 HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB onder nr. 639, AB 1991, 241 m.nt. FHvdB, AA 1991, p. 656 m.nt. PvB, RegelMaat 1991, p. 105 m.nt. P.J.J. van Buuren.

73 HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 m.nt. TK, AB 1998, 241 m.nt. ThGD, Gst. 1998, 7082, 5 m.nt. dzz., JB 1998, 127 m.nt. RJNS en Rawb 1998, 132 m.nt. Ph. Eijlander. Verwezen zij ook naar het artikel van R.J.N. Schlössels, Nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel, NJB 1998, p. 1383-1390. Vgl. voor een benadering als die van de Hoge Raad in dit arrest: CRvB 9 april 1998, AB 1999, 301 m.nt. dzz. inzake SBK-HBO.

74 Stprt. 1986, nr. 66. Het betrof aan de minister gedelegeerde wetgeving.

kensmesters die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoeding van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoederingsstelsel hebben kunnen overschakelen zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan, in onevenredige mate in haar belangen getroffen, en wel in de onderhavige zaak (...) in dier voege dat het bedrijf van Leffers is moeten worden geliquideerd met aanzienlijke vermogensschade (...).

In deze omstandigheden moet worden geoordeeld dat de minister (...) jegens hem (Leffers, HH) onrechtmatig heeft gehandeld door de voormelde Regeling uit te vaardigen en uit te voeren zonder dat hij daarbij tevens voor de hier bedoelde varkensmesters (...) een regeling heeft getroffen die het hun financieel mogelijk maakte hun bedrijf aan te passen (...).”

Van Buuren schrijft over dit arrest: “Het Varkensmestersarrest houdt een principiële doorbraak in ten aanzien van de erkenning van een recht op vergoeding van schade veroorzaakt door rechtmatig overheids-handelen. Weliswaar wordt dit recht door de Hoge Raad gepresenteerd in het jasje van schadevergoeding bij onrechtmatige daad, maar dat lijkt niet meer te zijn dan een juridische constructie die erop gericht is om aan te haken bij de bepalingen van het NBW, in het bijzonder artikel 6:168, lid 1”.⁷⁵ Ook Van der Burg laat zich in die zin uit. Hij schrijft: “Zo is het kunststuk van de omzetting van rechtmatigheid in onrechtmatigheid uiteindelijk toch gelukt”.⁷⁶ Brunner denkt daar evenwel anders over: “Vooropstellend dat de overheid bij de uitvoering van de overheidstaak willekeurig en dus onrechtmatig handelt indien zij zich onvoldoende gelegen laat liggen aan de belangen van hen die door haar beleid onevenredig worden getroffen, is de onrechtmatigheid met die vaststelling gegeven”.⁷⁷

De door de Hoge Raad gebezigde formuleringen geven aanleiding voor de stelling dat hij niet de onrechtmatigheid, maar de schade als uitgangspunt neemt en daarmee in wezen schadevergoeding voor rechtmatig handelen accepteert zonder zulks te erkennen.⁷⁸ Toch is duidelijk dat de Hoge Raad – begrijperlijkerwijze, gelet op de systematiek van het BW en de keuze van de wetgever inzake het bepaalde in artikel 6:162 BW – anderzijds een basis in de onrechtmatigheid van het overheids-handelen zoekt. Naar mijn oordeel zou dit streven naar deze grondslag zeer wel gevonden kunnen worden in een meer bevredigende formulering. Gesteld kan worden dat het toebrengen van schade slechts rechtmatig van overheidswege zonder vergoeding mag geschieden als dit plaats heeft in een evenredige verhouding met het te dienen doel voor iedere schadelijgende partij. Is dit niet zo, dan is er sprake van een onrechtmatige overheidsdaad.⁷⁹ Voor deze verklaring kan men in het vervolgarrest van Meiland

75 In AB Klassiek, 4e druk, 2000, p. 255.

76 AB 1991, p. 631 l.k.

77 NJ 1991, p. 2666 r.k.

78 Met name A.R. Bloembergen heeft op een dergelijke erkenning aangedrongen. Verwezen zij naar zijn opstel in de Nieuwenhuis-bundel Als een goed huisvader onder de titel Centauren in 6.3 – Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden, Kluwer 1992, p. 121-132. Zie ook zijn conclusie bij HR 16 januari 1990, AB 1990, 251 (onrechtmatig politie-optreden) en zijn noot onder HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 (Kooren-Maritiem BV tegen de Staat).

79 Zie aldus mijn benadering in het opstel De regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999, Teulingsbundel Lex aquarum, liber amicorum, ministerie van Verkeer en Waterstaat 2000, p. 308-317, m.n. op p. 316-317.

tegen de Staat steun vinden. De kern van dit arrest brengt tot uitdrukking dat de onrechtmatigheid van het handelen van de Staat jegens Meiland niet gelegen was in het uitvaardigen en het uitvoeren van de Regeling als zodanig, “maar in dit uitvaardigen en uitvoeren met het achterwege laten van een voorziening”. Koopmans schrijft in zijn noot onder Varkensmesters II: “Omdat een overgangsregeling moeilijk denkbaar was (...), is de onrechtmatigheid dus gelegen in het ontbreken van een vergoedingsregeling. De te vergoeden schade (...) is dan de schade die uit dat ontbreken voortvloeit. Dit lijkt mij een schoolvoorbeeld van een cirkelredenering (...)”.⁸⁰

Mijn reeds eerder kenbaar gemaakte visie is een andere: “Het onrechtmatig karakter is (...) gelegen in het feit dat de regelgever zich niet bekommerd heeft om de effecten van de door hem in het leven geroepen regeling, die onverhoeds uit de rechtshemel kwam vallen en een absoluut karakter had. Ten principale is dit een vorm van nalaten – het zich niets aantrekken van de gerechtvaardigde belangen van hen die door de regeling getroffen worden – en daarom een vorm van willekeur: het is wel ‘a’ zeggen, maar niet ‘b’”, zo schreef ik.⁸¹ Het bijzondere van het Varkensmesters II-arrest is ook de verfijning die op het arrest Leffers wordt aangebracht. Nu wordt niet meer gesproken van onevenredigheid tussen de getroffen varkensmesters (kleine groep), ook wordt niet uitgeweken naar onevenredigheid tussen doel en middel – hetgeen overigens op zichzelf onrechtmatig is, doch hier niet speelde –, maar op het voorbij gaan aan gerechtvaardigde belangen ingevolge de effecten die de regeling teweegbracht, terwijl dat niet tot de normale bedrijfsrisico’s van de getroffen en kon worden gerekend.

De Hoge Raad heeft in het arrest Krijco tegen de gemeente Hilversum⁸² – dat ook gaat over onrechtmatige wetgeving, nu vanwege het nalaten om een verordening vast te stellen die de mogelijkheid zou moeten bieden om een speelautomatenhal te exploiteren – geoordeeld dat de beslissing van de gemeenteraad van Hilversum om geen verordening op de speelautomatenhallen vast te stellen, waardoor een bestaande hal niet meer toegestaan was, geen onrechtmatige daad opleverde jegens Krijco Amusement B.V. Er was met een termijn van twee jaar rekening gehouden alvorens op te treden, zodat *aldus* met de belangen van Krijco voldoende rekening was gehouden. Het bijzondere in deze casus is dat de voortzetting niet in het besluit dat tot het verbod leidde was geregeld, maar tijdens het bestaan van het verbod - in de uitvoering - werd getolereerd. Ook hier dus een kwestie van de *effecten* van de desbetreffende beslissing en de mate waarin die voor “rekening” van de betrokkene mochten worden gebracht.⁸³ In het verlengde hiervan merk ik op dat het naar mijn oordeel niet zonder meer nodig is om in de wettelijke regeling zelf te voorzien in de opvang van de door die regeling veroorzaakte, niet ten laste van betrokkenen te ko-

80 NJ 1998, 726, p. 4219, r.k.

81 Zie mijn naschrift in Gst. 1998, 7082, 5, p. 475 r.k.

82 HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 231 m.nt. MS, Gst. 1995, 7002, 7 m.nt. L.J.A. Damen.

83 In het arrest Arrosel B.V. tegen de gemeente Alkmaar – HR 5 januari 2001, Gst. 2001, 7138, 3 m.nt. dzz. – speelde het feit dat de burgemeester van Alkmaar geweigerd had een kansspelauto-maat te plaatsen in een laagdrempelige inrichting. In dit arrest kwam niet aan de orde dat zulks had dienen te steunen op een verordening in de zin van een algemeen verbindend voorschrift. Verwezen zij naar mijn naschrift.

men, effecten. De mogelijkheid om met de gerechtvaardigde belangen van de betrokkenen rekening te houden zou ook kunnen geschieden door de met de uitvoering van die regeling belaste uitvoeringsinstantie. Wel zou het omwille van de rechtszekerheid gewenst zijn dat de regeling zelf daarvoor de grondslag biedt. Dat kan onder meer door overgangsregelingen op te nemen of door aan het uitvoeringsorgaan bepaalde voorschriften ter regeling van die effecten op te dragen.

Indien men aanvaardt dat het gaat om de effecten van wettelijke regelingen en niet zonder meer om de regeling zelf, rijst de vraag hoe de civiele rechter zich dan dient op te stellen indien zijn oordeel over effecten van wetten in formele zin wordt gevraagd. Er zijn geen arresten van de Hoge Raad waarin de vraag zo specifiek gesteld wordt naar louter de effecten van de wet (in formele zin), geabstraheerd van de wet zelf. Het blijft dus afwachten. Wel is in het arrest over de scheepsmakelaars een casus aan de orde die tot de hier beschreven vraag had kunnen leiden.⁸⁴ Het cassatiemiddel werd onder meer als volgt toegelicht: “Het hof heeft miskend dat artikel 120 Grondwet de rechter slechts verbiedt om aan wetten in formele zin de verbindende kracht te ontnemen, maar er niet aan in de weg staat dat de rechter oordeelt dat het uitvaardigen, handhaven en uitvoeren van een wet in formele zin jegens een (rechts)persoon onrechtmatig is en er evenmin aan in de weg staat dat in dat geval de rechter de Staat veroordeelt de schade die die (rechts)persoon daardoor heeft geleden te vergoeden”. De Hoge Raad antwoordt hierop als volgt:

“Deze klacht faalt. Het hof is kennelijk en terecht ervan uitgegaan dat het oordeel dat het uitvaardigen, handhaven en uitvoeren van een wet in formele zin jegens een persoon onrechtmatig is wegens strijd met algemene rechtsbeginselen, neerkomt op toetsing van die wet aan zulke beginselen en het heeft evenzeer met juistheid geoordeeld dat het in art. 120 neergelegde toetsingsverbod mede betrekking heeft op toetsing aan algemene rechtsbeginselen”.

Interessant zou het zijn geweest als niet de rechtmatigheid van het “uitvaardigen, handhaven en uitvoeren” van deze wet – wet van 6 februari 1992, Stb. 1992, 81, inhoudende een overgangsregeling voor op 1 april 1991 beëdigde makelaars – bestreden was, maar indien met inachtneming van die rechtmatigheid het in casu *achterwege laten* van een regeling voor de effecten daarvan als onrechtmatig was gesteld. Dit is niet gebeurd, zodat de Hoge Raad met een beroep op artikel 120 Grondwet – geheel in lijn van het Harmonisatiewet-arrest – deze rechtsvraag kon afdoen.

Ook het beroep op het Trias-arrest (Aruba tegen Lopez en Trias Resorts N.V.), waarin de Hoge Raad over het toetsingsverbod in artikel VI.4 van de Staatsregeling van Aruba oordeelde, mocht eiser in de zaak Kooren-Maritiem BV niet baten. In dat arrest had de Hoge Raad het beroep op dit toetsingsverbod niet aanvaard om twee redenen, overwegende:

84 HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m. nt. ARB, AB 2001, 135 m.nt. T.A. van Kampen, JB 2000, 196 m.nt. Boukje van den Berg (Kooren-Maritiem BV tegen de Staat).

*“In de eerste plaats strekt het toetsingsverbod ertoe om te voorkomen dat door de rechter verbindende kracht wordt ontnomen aan wettelijke voorschriften,⁸⁵ het beoogt niet om los daarvan immuniteit van overheidsgedrag te verzekeren. In tweede plaats beoordeelt het hof het uitblijven van de landsverordening niet op zichzelf, maar als deel van een reeks gedragingen die eerst verwachtingen hebben gewekt bij Trias maar deze tenslotte niet hebben gehonoreerd”.*⁸⁶

De Scheepsmakelaarszaak krijgt overigens nog een vervolg, nu de Hoge Raad oordeelde “dat, voor zover (...) sprake blijkt te zijn van ontneming van eigendom (...), het in het tweede lid (van artikel 1, Eerste Protocol EVRM) bedoelde recht van de Staat om het gebruik van de eigendom te reguleren onverlet laat dat zulk een niet met een vergoeding gepaard gaande ontneming een schending van het in art. 1 aan (rechts)personen gewaarborgde recht op het ongestoord genot van hun eigendom oplevert, wanneer een redelijk evenwicht ontbreekt tussen de aantasting van dat recht en het doel dat met de ontnemingsmaatregel is beoogd”.⁸⁷

De onderhavige arresten demonstreren een veelheid aan vraagstukken. Enerzijds gaat het om de beoordeling van de rechtmatigheid van wettelijke regelingen. Zoals gezegd is het uit een oogpunt van doelmatigheid wenselijk – om niet te zeggen: nodig – dat één rechterlijke instantie daarin het beslissende woord heeft. Daarnaast gaat het om de beoordeling van de vraag of de effecten van een wettelijke regeling gevolgen teweeg brengen, waarvoor het ontbreken van een tegemoetkoming tot onrechtmatigheid leidt. Ook de beoordeling van dat aspect zou uit een oogpunt van doelmatigheid toevertrouwd dienen te worden aan dezelfde rechterlijke instantie als die bevoegd is tot het beoordelen van de verbindendheid van wettelijke voorschriften.⁸⁸ Tot slot speelt dan de vraag welke rechter bevoegd dient te zijn om te veroordelen tot vergoeding van schade die geleden is tengevolge van onrechtmatig geoordeelde wettelijke voorschriften. Hier speelt dan dezelfde vraag als die welke in het volgende hoofdstuk aan de orde komt.

85 De Hoge Raad spreekt hier in (zeer) algemene zin van wettelijke voorschriften. Deze term pleegt te duiden op wetten in materiële zin. In casu ging het om de toetsing van een landsverordening (overeenkomende met een wet in formele zin in ons land) aan de Staatsregeling van Aruba (overeenkomend met onze Grondwet).

86 HR 19 februari 1993, NJ 1995, 704 m.nt. MS, die concluderend schrijft: “Hoe dan ook, het arrest vermindert in ieder geval de betekenis van het toetsingsverbod: schadevergoeding terzake van onjuist handelen van de wetgever is mogelijk geworden. In welke gevallen precies zal in de toekomst moeten blijken”.

87 NJ 2000, p. 4916 l.k. Voor een geschil inzake de Wet herstelstructurering varkenshouderij zie Rb. 's-Gravenhage 23 december 1998, JB 1999, 35 m.nt. AWH en hof 's-Gravenhage 20 januari 2000, JB 2000, 59 m.nt. FV-dJ, waarbij eveneens de betekenis van artikel 1 Eerste Protocol EVRM aan de orde was. De Hoge Raad refereert hier ook aan het evenredigheidsbeginsel tussen doel en middel. In het arrest van de Staat tegen Lavrijsen, dat in § 4.2.2 aan de orde komt, blijkt de Hoge Raad evenredigheid heel anders – en m.i. onjuist – te interpreteren.

88 In dit verband zij herhaald dat er verschil is tussen het onverbindend-verklaren of -achten van een wettelijk voorschrift (toetsing in abstracto) en het in een concreet geval buiten toepassing laten ervan. Dit laatste zegt niets over de houdbaarheid van het wettelijk voorschrift op zichzelf en vereist dan ook niet dat daarvoor een rechterlijke instantie exclusief tot oordelen bevoegd zou dienen te zijn. Het concrete geval is alsdan bepalend en dat wordt beoordeeld door die bevoegde rechter aan wie het desbetreffende geschil ter beslechting is voorgelegd.

Dit hoofdstuk laat zien dat de civiele rechter geen vaste koers heeft gevonden in de ontwikkeling van de aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige wetgeving. Wordt door een ander soort rechter onverbindendheid vastgesteld, dan lijkt de Hoge Raad deze soms wel, soms niet tot uitgangspunt te nemen om tot onrechtmatigheid te concluderen. Het waarom van de keuze voor het een of het ander is onbevredigend gemotiveerd. Stelt hij zelf onrechtmatigheid vast, dan is niet steeds duidelijk waarin die onrechtmatigheid bestaat. Dit heeft geleid tot discussie over de vraag of de Hoge Raad nu wel of niet schadevergoeding bij rechtmatige wetgeving heeft aanvaard. De motivering van diverse uitspraken mist overtuigende kracht. Toetsing aan ongeschreven recht lijkt in het Landbouwwliegers-arrest duidelijk, maar in de varkensmestersarresten ontbreekt die duidelijkheid. Het evenredigheidsbeginsel wordt soms wel en soms niet geplaatst in de relatie tussen doel en middel.

4. Onrechtmatigheid van andere besluiten

In dit onderdeel zal ik aandacht schenken aan twee in de jurisprudentie van de Hoge Raad belangrijk gebleken ontwikkelingen. Het gaat in beide gevallen om besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb: publiekrechtelijke rechtshandelingen, welke op schrift zijn gesteld.⁸⁹ In § 4.1 zal ik ingaan op besluiten waarvan een administratieve rechter kennis heeft genomen, waarna de civiele rechter benaderd wordt met een vordering tot vergoeding van diens gevolge ontstane schade. Dit onderdeel houdt veel verschillende rechtsvragen in. In § 4.2 komt een bijzonder soort besluiten aan de orde. Het betreft besluiten welke niet ter beoordeling aan een administratieve rechter kunnen worden voorgelegd, maar die wel tot heel wat civiele jurisprudentie hebben geleid. Het gaat hier om besluiten in het kader van opsporing en vervolging. Er zijn nog andere besluiten, zoals besluiten van algemene strekking, niet zijnde wetgeving. Op deze ga ik niet in omdat zij voor het aansprakelijkheidsrecht niet geleid hebben tot vragen van grote omvang of diepgang.

4.1 Onrechtmatigheid van door de administratieve rechter beoordeelde besluiten

4.1.1 Inleiding

De Hoge Raad heeft als civiele rechter in de loop van enkele decennia een leer ontwikkeld waarbij hij twee doeleinden nastreefde. Enerzijds wenste hij een afbakening tot stand te brengen tussen de competentie van de administratieve rechter en die van de civiele rechter, anderzijds beoogde hij verschillen in beoordeling over een zelfde geschil tussen de administratieve en de civiele rechter te voorkomen.⁹⁰ Deze leer staat bekend als die van de formele rechtskracht en houdt in dat het oordeel dat van de administratieve rechter verkregen is voor de civiele rechter bindend is; de civiele rechter is daaraan formeel gebonden. Tevens heeft hij in het verlengde hiervan uitgemerkt dat in gevallen waarin de administratieve rechter geadieerd had kunnen worden doch niet geadieerd is of de mogelijkheid niet meer openstaat om zich nog tot hem te wenden, het bij de civiele rechter bestreden besluit zowel naar inhoud als naar

89 De schriftelijkheidseis is slechts een bewijsrechtelijk element en niet constitutief voor de bepaling van een publiekrechtelijke rechtshandeling.

90 Zie o.a. HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB, AB 1992, 290 m.nt. FHvdB, Gst. 1993, 6962, 4 m.nt. HH, Bouwrecht 1992, p. 43-46 m.nt. N.S.J. Koeman, inzake Van Gog-Nederweert, dat hierna uitvoerig ter sprake komt. In mijn opstel De Hoge Raad en de formele rechtskracht, Gst. 1993, 6962 ga ik dieper op dit arrest in. Zie ook HR 15 december 2000, AB 2001, 85 m.nt. ThGD onder nr. 84 (Slegers tegen gemeente Asten).

wijze van totstandkoming rechtmatig is. Dit wordt zelfs aangenomen indien het niet bestreden besluit evident onrechtmatig zou zijn. De Hoge Raad heeft zich genoodzaakt gezien deze leerstelling te betrekken, omdat de wetgever de mogelijkheid heeft geboden dat een persoon die schade heeft geleden tengevolge van een door de administratieve rechter vernietigd besluit, van de desbetreffende overheidsinstantie schadevergoeding kan vorderen bij de civiele rechter. Zou de civiele rechter alsnog moeten nagaan of dat besluit onrechtmatig was, dan zouden twee verschillende soorten rechters genoodzaakt zijn de rechtmatigheid van dat besluit te onderzoeken met de kans dat twee verschillende oordelen gegeven zouden worden. Reeds die situatie zou zoveel rechtsonzekerheid teweegbrengen dat zij om die reden verworpen is. De Hoge Raad heeft zijn leer in de loop der jaren ontwikkeld op een wijze welke aandacht vraagt.⁹¹ Daartoe zal ik eerst een tot hoofdpunten beperkt overzicht geven van de desbetreffende jurisprudentie. Vervolgens zal ik ingaan op enkele aspecten inzake de onrechtmatige daadsregeling in het BW om tenslotte na te gaan of de ingeslagen rechtsweg voldoet dan wel voor verbetering vatbaar is.

4.1.2 *Onrechtmatige daad*

In het bekende arrest van 24 februari 1984, waarbij de gemeente St. Oedenrode in cassatie kwam tegen het arrest van het hof te 's-Hertogenbosch, dat aan autocentrum Driessen BV en Groenwoudt Profimarkt BV schadevergoeding had toegekend, omdat het besluit van het college van burgemeester en wethouders van St. Oedenrode tot toepassing van bestuursdwang door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State vernietigd was en *daarom* voor onrechtmatig jegens Driessen en Groenwoudt werd gehouden, overwoog de Hoge Raad:

*“Voor zover onderdeel 3a (van het cassatiemiddel) tevens de strekking heeft te betogen dat het Hof bij zijn beslissing over de aan de gemeente verweten onrechtmatigheid zichzelf een zelfstandig oordeel over de onrechtmatigheid van de betreffende beschikkingen had kunnen vormen, onafhankelijk van het oordeel van de Afdeling rechtspraak, miskent het onderdeel dat het oordeel over de vraag of de beschikkingen in strijd met het recht – als nader bepaald in artikel 8, lid 1 Wet Arob – zijn genomen, bij de Afdeling rechtspraak berust zodat het Hof van de uitspraken van de Afdeling had uit te gaan.”*⁹²

In dit arrest laat de Hoge Raad duidelijk zien dat een zelfstandig oordeel over en derhalve een zelfstandig onderzoek naar de vraag of een overheidsbeschikking onrechtmatig is, aan de civiele rechter niet meer toekomt indien de administratieve rechter daarover zijn oordeel heeft gegeven. Met deze uitspraak aanvaardt de Hoge Raad zonder meer dat het vernietigde besluit van het college van burgemeester en wethou-

91 Op de uitzonderingen welke de Hoge Raad op zijn leer heeft ontwikkeld ga ik hier niet in, omdat die in dit kader niet van belang zijn. Zie daarover o.a. mijn noten onder het arrest Heesch-Van de Akker 16 mei 1986, AA 1986, p. 642-649 en onder HR 18 juni 1993, Gst. 1993, 6975, 3 (St. Oedenrode tegen Van Aarle).

92 NJ 1984, 669 m.nt. J.A. Borman en AB 1984, 399 m.nt. Van Eijden.

ders van St. Oedenrode ipso facto een onrechtmatige daad van de gemeente St. Oedenrode *jegens* Driessen BV en Groenwoudt BV inhoudt.

Het is voor de Hoge Raad niet relevant of de administratieve rechter tot zijn vernietiging is gekomen wegens strijd met een materieel of een formeel voorschrift. In zijn arrest van 31 mei 1991 inzake Van Gog tegen de gemeente Nederweert (reeds eerder vermeld en hierna nog eens aangehaald) was het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Nederweert van 17 juni 1980 door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State vernietigd wegens een motiveringsgebrek. Dit college had volgens de Afdeling onvoldoende moeite gedaan om te onderzoeken of het door Van Gog gepleegde afwijkend gebruik van de bedrijfsruimte⁹³ niet alsnog te legaliseren viel. De Hoge Raad overweegt onder meer: “Indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven⁹⁴ die naderhand door de rechter⁹⁵ wordt vernietigd wegens strijd met de wet of op enige andere in artikel 8, lid 1 Wet Arob vermelde grond ...”.⁹⁶ Naast strijd met een algemeen verbindend voorschrift noemde artikel 8, lid 1 sub b, kort gezegd, ‘misbruik van bevoegdheid’, sub c ‘niet in redelijkheid kunnen komen tot’ en sub d ‘strijd met enig ander in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur’. Was al uit het arrest van 24 februari 1984 op te maken dat de Hoge Raad niet wenste te onderscheiden tussen onrechtmatigheidsgronden waarop de administratieve rechter zijn vernietiging gebaseerd had, in het onderhavige arrest werd dit met zoveel woorden gesteld.

In zijn arrest van 1 oktober 1999⁹⁷ oordeelde de Hoge Raad het handelen van de gemeente Venray onrechtmatig jegens Van Dijk c.s. door aan hem een revisievergunning te verlenen conform zijn aanvraag ingevolge de toen vigerende Hinderwet. De Werkgroep Behoud de Peel kwam tegen die vergunning in beroep, hetgeen ertoe leidde dat de Afdeling voor de geschillen van bestuur het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Venray vernietigde wegens strijd met artikel 17, lid 1 Hinderwet, aangezien in de voorschriften geen bepaling inzake stankafsluiters in de nieuw te bouwen stal was opgenomen. De rechtbank te Roermond achtte onrechtmatigheid van de zijde van de gemeente jegens Van Dijk gegeven, hetgeen in hoger beroep niet bestreden werd. De *rechtbank* had overigens een klein voorbehoud gemaakt omtrent dit aspect, omdat zij – in de weergave van de Hoge Raad van het desbetreffende vonnis onder r.o. 3.2. – overwogen had “dat met vernietiging van de beschikking van 22 januari 1991 *in beginsel* de onrechtmatigheid en de schuld van de

93 Van Gog had een agrarische bedrijfsruimte in gebruik genomen als reparatieplaats voor auto's. In deze casus speelde – evenals in die te St. Oedenrode tegen Driessen en Groenwoudt – overtreding van artikel 352, lid 1 (model) Bouwverordening (oud). Zie over deze bepaling J.M.H.F. Teunissen, Exit artikel 352, lid 1 (model) bouwverordening 1965, Gst. 1992, 6956.

94 In casu ging het om de door het college van burgemeester en wethouders genomen beslissing op bezwaar. De Hoge Raad zegt hier niets over het moment waarop in casu de onrechtmatigheid aanvangt. Daarop kom ik nog terug.

95 Met “de rechter” wordt bedoeld op de administratieve rechter.

96 Zie in verband met strijd wegens onzorgvuldigheid: HR 15 december 2000, AB 2001, 85 (Slegers tegen gemeente Asten).

97 NJ 1999, 756, AB 2000, 5 m.nt. ThGD en Gst. 2000, 7114, 4 m.nt. dzz.

Gemeente zijn gegeven (...)” (curs. dzz.). Dat is een benadering die ruimte laat voor de opvatting dat een door de administratieve rechter uitgesproken vernietiging *niet zonder meer* onrechtmatigheid in de zin van artikel 6:162 BW jegens de betrokkene impliceert. Het is mogelijk dat de rechtbank beoogd heeft de gevestigde leer van de Hoge Raad op dit punt weer te geven. Doch deze pleegt het “in beginsel” slechts te gebruiken in relatie tot het schuld criterium. De Hoge Raad heeft dit voorbehoud namelijk niet gerelateerd aan de vraag naar de onrechtmatigheid van het vernietigde besluit. Toch moet gezegd worden dat hier een element is gelegen dat meer aandacht vraagt dan daaraan tot nu toe is geschonken. In het navolgende zal ik daarop dan ook terugkomen als ik inga op de relativiteitseis.

4.1.3 *Schuld*

Een niet gering aantal malen is de Hoge Raad voor de vraag gesteld of een overheidslichaam voldeed aan het schuldvereiste, aangezien de administratieve rechter zich over dat aspect van het overheidshandelen niet hoeft uit te laten en ook niet pleegt uit te laten. In vele arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat met de onrechtmatigheid, welke op grond van vernietiging van een besluit door de administratieve rechter is vastgesteld, “de schuld van het overheidslichaam in beginsel is gegeven”.⁹⁸ “Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt heeft, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel – in de terminologie van art. 6:162 NBW – voor rekening van het overheidslichaam komt”, zo overwoog hij in het reeds vermelde arrest Van Gog-Nederweert. Ook in dit arrest spreekt de Hoge Raad van “in beginsel”, doch dit beginsel betreft hier niet de vraag naar de aanwezigheid van schuld of verwijtbaarheid. Hij zet wel op het punt van schuld of verwijtbaarheid een nog verderreikende stap dan hij voordien gedaan had. Door uitdrukkelijk te stellen “zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft”, geeft hij te kennen dat het schuldvereiste, ook nu dit opgevat moet worden als verwijtbaarheid, voor de overheid niet opgaat indien zij wordt aangesproken ingevolge een door de administratieve rechter vernietigd besluit. Het in dit arrest genoemde “in beginsel” kan dan ook niet gezien worden als een voorbehoud dat op verwijtbaarheid ziet. De woorden van de Hoge Raad zijn overigens niet duidelijk omdat hij stelt dat “de onrechtmatige daad in beginsel (...) voor rekening van het overheidslichaam komt”. Naar de letter genomen zou dit betekenen dat de Hoge Raad weliswaar uitgaat van onrechtmatigheid van de gemeente, maar die onrechtmatigheid niet zonder meer aan haar toerekent. Dit is niet logisch. Naar mijn oordeel laat de Hoge Raad in gevallen als deze het risico van de onrechtmatige daad voor de overheid komen. Het doet er voorts niet toe of vernietiging door de administratieve rechter van een door een bestuursorgaan genomen besluit aan het bestuursorgaan al dan niet te verwijten valt. Met de onrechtmatigheid is dus ook de verwijtbaarheid van het overheidslichaam gegeven, zo-

98 Verwezen kan worden naar HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 (Staat-Van Gelder), HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 (Staat-Hoffman/La Roche), HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 (Blaricum-Roozen) en HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 (Nibourg-Zuidwolde). Er zij op gewezen dat toen artikel 1401 BW vigeerde.

als de Hoge Raad ingevolge zijn jurisprudentie op dit onderdeel heeft uitgemaakt.⁹⁹ Het zou kunnen zijn dat de Hoge Raad op causaal verband wil duiden, waarover hierna.

4.1.4 Causaal verband tussen daad en schade

Artikel 6:162 BW vereist dat er causaal verband bestaat tussen de gepleegde onrechtmatige daad en de schade die ontstaan is, waarvan vergoeding gevorderd wordt. Er zijn diverse geschillen tot voor de Hoge Raad uitgevochten waarbij de causaliteitsvraag speelde. Een arrest dat in dit verband nog belangrijk in zijn vervolprocedure kan worden, betreft het zojuist vermelde arrest in het geding tussen Van Dijk c.s. tegen de gemeente Venray d.d. 1 oktober 1999. De Hoge Raad casseerde het arrest van het hof te 's-Hertogenbosch wegens een motiveringsgebrek. Het hof had de incidentele grief van de gemeente Venray, inhoudende dat de rechtbank ten onrechte causaal verband had aangenomen tussen het afgeven van de vergunning en de door Van Dijk c.s. gestelde schade, gegrond bevonden. Van Dijk had gesteld dat hij niet tijdig had kunnen overgaan tot het realiseren van zijn plannen wegens de onrechtmatige handelwijze van de gemeente, hoewel hij die plannen niet zou hebben kunnen realiseren vanwege het feit dat hij niet beschikte over een daartoe noodzakelijke bouwvergunning die hij (immers) niet had aangevraagd. Het hof had niet dit aspect, maar een ander aan het ontbreken van causaal verband ten grondslag gelegd. Het had overwogen: “Die schade is echter geen gevolg van het verlenen van de vergunning, maar van de vernietiging ervan door de Raad van State”.¹⁰⁰ Dit oordeel sneuvelde op het genoemde motiveringsgebrek. De Hoge Raad kon zich daarmee onthouden van de causaliteitsvraag. Drupsteen schrijft in zijn noot onder dit arrest: “Naar mijn mening biedt het element van de causaliteit in de zin van toerekening (...) de vereiste ruimte om de scherpe kantjes van de regel van de omgekeerde formele rechtskracht wat bij te vijlen”.¹⁰¹ Het zal moeten blijken of de Hoge Raad dat inderdaad zal doen, evenwel duidelijk is uit deze opmerking dat er volgens Drupsteen scherpe kantjes aan deze jurisprudentie van de Hoge Raad zitten. In de zaak van St. Oedenrode tegen Driessen BV en Groenwoudt BV hadden deze ondernemers hun activiteiten, welke volgens het college van burgemeester en wethouders in strijd met artikel 352 Bouwverordening waren, gedurende de periode waarin beroep bij de

99 Drupsteen schrijft in zijn noot onder het arrest: “De omgekeerde formele rechtskracht – de term is door Mok in zijn Themisartikel samen met Tjittes (RM Themis 1995, p. 383-404) geïntroduceerd – betreft de besluiten, die in beroep zijn vernietigd, en waarvan de HR aanneemt dat het nemen van een besluit dat later wordt vernietigd onrechtmatig is waarbij de schuld van de overheid wordt verondersteld” (AB 2000, p. 25 l.k.). Drupsteen spreekt van “omgekeerd”, doch de genoemde auteurs maken een onderscheid tussen *eigenlijke* en *oneigenlijke* formele rechtskracht.

100 Zie voor vindplaats AB 2000, p. 14 r.k., sub 4.7.

101 AB 2000, p. 27 l.k. Daarentegen schrijven Mok en Tjittes in hun reeds vermeld Themis-artikel: “Wanneer eenmaal een fout van de overheid vaststaat, moet men niet te hoge eisen stellen aan vragen van causaliteit (vgl. CBB 25 januari 1994, Jurisprudentie Bestuursrecht 1994, 22) en relativiteit. Vgl. Brunner in zijn noot bij HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (Van Gog/Nederweert) en Tjittes, NTBR, p. 146, noot 39”, Themis 1995, p. 390, noot 67.

administratieve rechter liep op een laag pitje gezet, hoewel zij vanuit hun visie rechtmatig handelden. De Hoge Raad overwoog toen dat “de later gedane mededeling van de gemeente dat zij met uitoefening van politiedwang zou wachten totdat de Afdeling rechtspraak uitspraak zal hebben gedaan, er niet aan in de weg (staat) dat de gemeente ook voor ná die mededeling gedane schade aansprakelijk is”. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat het hier immers slechts een korte duur betrof, zodat hun gedrag voor de hand lag. Bij causaliteit gaat het om het redelijkerwijs te verwachten gevolg van een bepaalde handeling. Alsdan is het, zeker wanneer het gaat om gedragingen van personen welke afgestemd worden op een bepaalde situatie – zoals aanzegging van bestuursdwang – vaak een kwestie van waardering van die gedragingen door de rechter.

Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in haar uitspraak van 1 juni 1999¹⁰² het feit dat Griffioen schade had geleden als gevolg van vertraging in de uitvoering doordat aanvankelijk de aangevraagde bouwvergunning geweigerd was – welke weigering vernietigd werd door de rechtbank, waarna die bouwvergunning verleend werd –, geen causaal verband had met die vernietigde bouwvergunning, omdat Griffioen zijn plannen inmiddels gewijzigd had. Dit was anders dan de rechtbank te Alkmaar had beslist, want zij had wel causaal verband aangenomen. Wie de in deze uitspraak spelende feiten vergelijkt met wat in de casus Van Dijk tegen de gemeente Venray speelde, zal tot de bevinding komen dat Van Dijk nog minder reden had om causaliteit tussen de beslissing van het college van burgemeester en wethouders en zijn schade te staven. Van Dijk had immers in het geheel geen bouwvergunning aangevraagd. Het zou kunnen zijn dat de Hoge Raad in zijn overweging die onder 4.1.3 in fine ter sprake kwam, “dat de onrechtmatige daad in beginsel voor rekening van het overheidslichaam komt” bedoeld heeft te wijzen op het causaliteitsvereiste tussen daad en schade.¹⁰³ Duidelijk is dit niet.

Hoe in concrete gevallen een rechter zal oordelen over de vraag of causaal verband bestaat tussen het vernietigde overheidsbesluit en de schade die iemand in relatie daarmee geleden heeft, lijkt grotendeels een kwestie van waardering door die rechter te worden en daardoor rechtens weinig houvast te bieden. Daar komt bij dat in ons recht de aard van de aansprakelijkheid en van de schade mede in aanmerking genomen dienen te worden voor de omvang van de te vergoeden schade ingevolge het bepaalde in artikel 6:98 BW. Deze regel zou ertoe kunnen leiden dat de Hoge Raad, mede gelet op hetgeen zijn jurisprudentie inzake door de overheid te vergoeden schade tot nu toe over het algemeen heeft laten zien, geneigd is die overheid snel te veroordelen tot vergoeding van de gehele schade, als er maar enige relatie aanwezig is met het vernietigd besluit. De door M. Scheltema geuite opvatting dat de gemeenschap dient te betalen voor schade indien de overheid besluiten neemt die in

102 Gst. 1999, 7104, 4 m.nt. dzz. Zie voor andere uitspraken waarbij aan de causaliteitseis betekenis toekomt: AbRS 18 mei 1999, Gst. 1999, 7102 m.nt. dzz. en JB 1999, 215 m.nt. RJNS inzake horeca-inrichting te Beverwijk, AbRS 11 februari 2000, JB 2000, 50 m.nt. RJNS inzake mestopslag te Overijssel, AbRS 29 mei 2000, Gst. 2000, 7127, 3 m.nt. dzz. (geluidwerende maatregel te Middelburg) en CRvB 11 februari 2000, JB 2000, 77 m.nt. J.M. Smits.

103 Zie ook art. 6:98 BW.

strijd zijn met het recht in plaats van een individu daarmee te belasten,¹⁰⁴ zou ook wel eens een rol kunnen spelen in de wijze waarop de causaliteitsvraag door de Hoge Raad beantwoord wordt. Dit acht ik overigens een rechtspolitieke benadering, waarvan de rechter zich mijns inziens dient te onthouden. Trouwens, in meer algemene zin kan men zich afvragen of door een dergelijke benadering geen aanzet wordt gegeven voor een andere opzet van het overheidsaansprakelijkheidsrecht.¹⁰⁵ Daar komt bij dat verfijningen in dit soort algemeen geformuleerde “principes” zoveel extra problemen oproepen, dat de rechter die niet graag aanbrengt. De algemeen levende wens om snel recht te spreken zou er bovendien wel eens mede debet aan kunnen zijn dat de Hoge Raad minder hecht aan nuances dan het geval zou (dienen te) zijn bij een afgewogen systeem.¹⁰⁶

4.1.5 *Het relativiteitsvereiste*

Ingevolge het bepaalde in artikel 6:163 BW is er geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. De regel, die ook bekend staat als de ‘Schutznorm’, is in het grijze verleden door rechtersrecht gevormd. Hij is nu vastgelegd in genoemde wetsbepaling, zodat ik dit aspect hier behandel na de causaliteitseis die in artikel 6:162 BW is vastgelegd. De vraag kan worden gesteld of het niet beter zou zijn de relativiteitseis direct in relatie met de onrechtmatigheid te bezien, doch vanwege de wetssystematiek heb ik de relativiteitsnorm na de in artikel 6:162 BW gestelde eisen aangesneden. Bekend is het tandartsarrest van de Hoge Raad d.d. 17 januari 1958. Een zekere Dorenbos had zich te Tilburg gevestigd en beoefende daar onbevoegd de tandheelkunde, hetgeen patiënten kostte aan Beukers c.s. en Dijkstra, die Dorenbos

104 Zie de noot van M. Scheltema onder HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 (Staat tegen Hoffmann-La Roche BV) op p. 908 l.k. Scheltema maakt die opmerking weliswaar in het kader van een bespreking van het schuldvereiste, maar dit neemt niet weg dat zij een verdere reikwijdte heeft. Een zelfde benadering van Scheltema kan men ook aantreffen in zijn noot onder het hierna nog te behandelen arrest Grubbenvorst-Caldenbroich BV, waar hij schrijft: “Men kan betogen dat de schuldvraag geen zelfstandige betekenis behoort te hebben” en even verder: “dat de door onrechtmatige overheidsoptreden veroorzaakte schade beter door de overheid, dus door de gemeenschap, kan worden gedragen dan door degene die (...) wordt getroffen” (NJ 1980, p. 802 r.k.). Zie ook de noot van Brunner onder het arrest Van Gog-Nederweert, NJ 1993, p. 329 l.k. en onder het in de volgende noot vermelde arrest. Daar wijst Brunner er eveneens op dat fouten maken onvermijdelijk ook door rechters geschiedt.

105 Zie ook HR 12 juni 1992, AB 1992, 559 m.nt. WASD onder 560 en NJ 1993, 113 m.nt. CJHB inzake de rechtspersoonlijkheid bezittende Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, groothandel en vrije beroepen vs. Boulogne, waarin ook de HR het argument van het dragen van lasten door de collectiviteit noemt in r.o. 3.2 in fine. De Hoge Raad doet dit ook in zijn arrest van 20 februari 1998, AB 1998, 231 m.nt. ThGD.

106 Dat de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep inzake causaliteit een terughoudender standpunt blijken in te nemen dan de Hoge Raad, geeft eveneens te denken. Zie naast de in noot 102 aangehaalde uitspraken in relatie tot AbRS 1 juni 1999, ook nog AbRS 5 oktober 2000, Gst. 2001, 7133, 3 m.nt. dzz. (Venhuizen), CRvB 12 april 1997, AB 1997, 94, CRvB 27 september 1997, JB 1997, 240 m.nt. JHS, CRvB 14 januari 1999, AB 1999, 170 m.nt. dzz. en CRvB 17 juni 1999, AB 1999, 348 m.nt. dzz. Zie ook de noot van GJ onder AbRS 30 maart 1999, AB 2000, 10.

dagvaardden wegens onrechtmatige daad. Dorenbos was reeds enige malen strafrechtelijk veroordeeld, doch dit had hem er niet van weerhouden zijn tandartsenpraktijk voort te zetten. Beukers c.s. en Dijkstra eisten dat Dorenbos veroordeeld zou worden tot vergoeding van schade, begroot op f 1,= en tot staking van alle tandheelkundige handelingen op verbeurte van een dwangsom. In zijn arrest bracht de Hoge Raad een verfijning aan ten opzichte van zijn vroegere jurisprudentie, welke verfijning bekend staat als de correctie Langemeijer. De Hoge Raad overwoog allereerst dat niet de stelling aanvaard kon worden dat de onbevoegde uitoefening van de tandheelkunst door Dorenbos tegenover Beukers c.s. en Dijkstra onrechtmatig is, enkel reeds op grond van de wetsovertreding waaraan Dorenbos zich schuldig maakt. Daartoe wees de Hoge Raad erop dat de desbetreffende wettelijke regeling strekte in het belang van de volksgezondheid en ter bescherming van het publiek tegen ondeskundige beroepsuitoefening. Vervolgens beantwoordde de Hoge Raad de vraag of het handelen van Dorenbos niettemin onrechtmatig zou kunnen zijn wegens strijd met de jegens Beukers c.s. en Dijkstra in acht te nemen in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid. Hij oordeelde op dit punt “dat (...) de voormelde feiten en omstandigheden voldoende grond kunnen geven om te oordelen dat de gestelde handelwijze van Dorenbos onrechtmatig is tegenover Beukers c.s. wegens strijd met een ongeschreven verkeersnorm, welke hen tegen zodanige mededinging van een onbevoegde beschermt”.¹⁰⁷ Naar mijn oordeel had de Hoge Raad reeds eerder een dergelijke benadering gekozen, zij het dat deze niet aangemerkt was in de doctrine als een correctie, welke later als de correctie Langemeijer bekend is geworden. Hier doel ik op het arrest van de Cuijkse keurmeester.

In dit uit 1935 daterende arrest overwoog de Hoge Raad onder meer:

“dat deze (de burgemeester van Cuijk; HH) ... heeft geweigerd hem (Van Lent; HH) als hulpkeurmeester te beëdigden; dat door die weigering den Burgemeester als orgaan van de gemeente dus in strijd heeft gehandeld met den hem bij artikel 2 van evenvermelde verordening opgetreden rechtsplicht; dat deze rechtsplicht den Burgemeester wel is waar niet in de eerste plaats in het belang van den benoemde is opgelegd; dat deze echter naar de geldende regeling ... alvorens beëdigd te zijn, het ambt, waartoe hij is benoemd, niet kan aanvaarden en niet kan treden in het genot van de voordeelen daaraan voor hem verbonden, dat daarom de weigering van den Burgemeester om Van Lent te beëdigden deze rechtstreeks in zijn belang trof; dat onder die omstandigheden ook dit belang bescherming vindt in het wettelijk voorschrift, dat den Burgemeester verplicht om Van Lent te beëdigden, zoodat de weigering van den Burgemeester om dien plicht te vervullen, ook tegenover Van Lent een onrechtmatige daad in den zin van artikel 1401 BW is”.

Het bovenstaande rechtvaardigt de opvatting dat de civiele rechter bekijkt of het wettelijk voorschrift waarmee in strijd gehandeld is, strekt tot bescherming van het gelaedeerde belang en zo neen, of er desalniettemin zodanig onbetamelijk jegens de gelaedeerde gehandeld is dat van een onrechtmatige daad jegens de betrokkene gesproken kan worden. In ons recht wordt aangenomen dat de relativiteitsleer niet alleen ziet op geschreven (wettelijke) normen, doch ook op ongeschreven rechtsnor-

107 NJ 1961, 568.

men.¹⁰⁸ Men zal derhalve dienen na te gaan of de (overtreden) norm beoogde het belang van de betrokkene te beschermen. Mede gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van het Nieuw BW wordt in de doctrine gesteld dat ook op overheidshandelingen de relativiteitsleer van toepassing is.¹⁰⁹ Gelet op het feit dat sinds 1 januari 1992 uitdrukkelijk in artikel 6:162 BW is bepaald dat *jegens een ander* een onrechtmatige daad gepleegd dient te worden om tot vergoeding van schade aan betrokkene verplicht te zijn, meen ik dat hiermee een bepaling is gegeven die de relativiteitsnorm voor ongeschreven recht niet meer vereist. Voorts blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat hij niet nagaat of door de “overheid” jegens een ander een onrechtmatige daad gepleegd is. Dit lijkt mij onjuist, omdat aldus de relatie tussen de onrechtmatigheid en de betrokkene jegens wie die daad onrechtmatig zou zijn, verbroken wordt. In hoofdstuk 7 kom ik hierop terug.

J.H. Beekhuis heeft in zijn opstel “Vorderingen tot schadevergoeding als gevolg van onregelmatige vergunningen”, dat in dit verband van belang is, kritische kanttekeningen geplaatst bij het arrest van de Hoge Raad d.d. 15 juni 1979,¹¹⁰ waarbij een geschil tussen de gemeente Grubbenvorst en Caldenbroich BV aan de orde was. De Kroon had bij KB van 28 februari 1974, nr. 56, het besluit van b en w van Grubbenvorst tot verlening van een bouwvergunning aan Caldenbroich BV vernietigd, omdat het college van burgemeester en wethouders verzuimd had de voor de afgifte van die bouwvergunning vereiste goedkeuring van gedeputeerde staten van Limburg te vragen. Die goedkeuringseis, zo schrijft Beekhuis, “kan niet geacht worden te zijn gesteld in het belang van degenen die de vergunning nodig heeft”.¹¹¹ Er is volgens Beekhuis in deze zaak geen rekening gehouden met het relativiteitsvereiste. Men treft de laatste tijd de opvatting aan dat er weinig ruimte dient te zijn voor een overheidsinstantie om een beroep te doen op het relativiteitsvereiste. Drupsteen schrijft in zijn noot onder het arrest Van Dijk c.s. tegen de gemeente Venray: “Het feit dat het bestuur aan regels is gebonden en volgens regels is georganiseerd vloeit voort uit het beginsel van de rechtsstatelijkheid en dit beginsel strekt *mede* ter bescherming van de

108 Asser-Hartkamp 4-III, p. 100 e.v. Bij deze opvatting zet ik een vraagteken. M.i. past de relativiteitsleer alleen op geschreven normen, aangezien men daarvan kan vaststellen ter behartiging van welk belang deze strekken. Betreft men de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW (m.i. zou het beter zijn van de betamelijkheidsnorm te spreken als materieel criterium), dan kan m.i. niet gezegd worden dat deze ertoe strekt *bepaalde* belangen te beschermen. De betamelijkheidseis geldt algemeen en ziet niet op de behartiging van een specifiek belang. De Duitse leer, die de Schutznorm alleen betreft op geschreven normen, spreekt mij dan ook meer aan, terwijl ik ook de in Asser-Hartkamp aangehaalde arresten niet meer bepalend acht voor dit ruime standpunt. Het betreft hier HR 11 maart 1937, NJ 1937, 899 m.nt. EMM, die zelf kanttekeningen plaatst bij dit arrest inzake onjuiste mededelingen door een commissaris van een NV, en HR 4 januari 1963, NJ 1964, 434 m.nt. GJS, die m.i. terecht wijst op het “jegens een ander” en die de “oude” mening van Smits – alleen voor geschreven recht – strikt logisch noemt. Voorts wijs ik op de noot van Van der Grinten onder dit arrest in AA XII, p. 222-227, waar hij schrijft: “De zorgvuldigheidsnorm betreft niet de schending van een wettelijke – abstracte – norm, doch een onbetamelijk gedrag tegenover een bepaalde persoon” (p. 226).

109 Asser-Hartkamp 4-III, p. 104.

110 NJ 1980, 261 m.nt. MS en AB 1979, 528 m.nt. JRSt., AA 1980, p. 36 e.v. m.nt. J. Wessel. Zie ook Burkens en Stroink in TvO 1980, p. 95 e.v.

111 Gst. 1980, nrs. 6623 en 6624, citaat in nr. 6623, p. 485 r.k.

belangen van de burgers”.¹¹² De in de doctrine geuite opvatting welke enerzijds inhoudt dat de burgers erop mogen vertrouwen dat de overheid zich aan de regels houdt en anderzijds dat voor de overheid geldende regels mede strekken in het belang van de bescherming van burgers,¹¹³ is door de Hoge Raad (nog) niet gebruikt om het relativiteitsvereiste min of meer van zijn werking te ontdoen waar het overheidsaansprakelijkheid betreft. Het is evenwel niet onaannemelijk dat de civiele rechter het relativiteitsvereiste, zoals ook blijkt uit het vermelde arrest Grubbenvorst tegen Caldenbroich NV, in het kader van overheidsaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, niet of nauwelijks zal toepassen.¹¹⁴ Daarnaast staat of, zo de relativiteitseis ertoe zou leiden dat van onrechtmatigheid jegens de betrokkene geen sprake is, de betamelijkheidsnorm desalniettemin ertoe leidt dat jegens de gelaedeerde onrechtmatig gehandeld is.¹¹⁵ De stand van de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de relativiteitseis waar het betreft door de administratieve rechter vernietigde besluiten doet veronderstellen dat de Hoge Raad daaraan niet zwaar tilt.¹¹⁶ Scheltema schrijft in zijn noot onder HR 26 september 1986¹¹⁷ dat de relativiteitseis in het kader van vernietigde beschikkingen “maar een beperkte betekenis heeft ...”.¹¹⁸ Hij had al even daarvoor geschreven: “dat het aansprakelijk stellen van de overheid niet altijd gebaseerd behoeft te zijn op de overwegingen die leiden tot aansprakelijkheid van de ene particulier tegenover de andere” en hij voegde daaraan toe: “Alleen tegen deze achtergrond is (...) te begrijpen dat de gevolgen van een beschikking, waarvan de

112 AB 2000, p. 26 r.k., curs. door mij aangebracht.

113 Er lijkt mij overigens een verschil te bestaan tussen het *beginsel* van rechtsstatelijkheid, dat mede in het belang van burgers strekt, en de op normen betrekking hebbende relativiteitseis.

114 In het arrest van 1 juli 1982, NJ 1983, 684 m.nt. CJHB inzake Van Hooft tegen de Staat der Nederlanden – dus daterend van na het arrest Grubbenvorst tegen Caldenbroich – heeft de Hoge Raad het handelen van de Rijksinspecteur van het Verkeer in het district Limburg, die toeliet dat door niet-erkende scheepsbevrachters overeenkomsten voor ongeregeld vervoer gesloten werden, niet-onrechtmatig geacht jegens een erkende scheepsbevrachter, omdat de bepalingen van de Wet Goederenvervoer Binnenscheepvaart en de uitvoeringsregelingen (Uitvoeringsbesluit Goederenvervoer en Beursreglement) niet strekken om de erkende scheepvaartbevrachters te beschermen tegen concurrentie van niet-erkende scheepsbevrachters. Zie ook Mok en Tjittes in hun reeds eerder aangehaalde Themis-artikel 1995, p. 390, noot 67.

115 “Het vertrouwen” dat bij de erkende scheepsbevrachters gewekt zou zijn door die regels, kwam in deze casus ook aan de orde. Dit element werd in het arrest Van Hooft-Staat geplaatst in het kader van de zorgvuldigheidsnorm en niet in die van de relativiteitsnorm. Dit acht ik juist, zie ook het arrest inzake de Cuijkse keurmeester.

116 In andere gevallen kan dit anders liggen. Daartoe verwijs ik o.a. naar HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613, waarin Reco Handelonderneming BV in cassatie opkwam tegen het arrest van het hof te 's-Gravenhage d.d. 19 maart 1987, waarbij werd uitgemaakt “dat Reco noch op grond van onrechtmatige daad noch op grond van ongerechtvaardigde verrijking een gebruiksvergoeding van de Staat kan vorderen” (NJ 1989, p. 2247 r.k. in fine). De Hoge Raad overwoog daar: “Bovendien geldt ook hier dat het niet aan Reco als derde is om het beleid dat de curator op dit punt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers voert te doorkruisen met een beroep op bepalingen van faillissementsrecht die in het belang van die schuldeisers en niet in haar belang zijn geschreven” (r.o. 3.3 in fine). De Staat was in casu crediteur.

117 NJ 1987, 253 inzake de Staat tegen Hoffmann-La Roche BV. Dit laat bijzonder goed tot uitdrukking komen dat de Hoge Raad inzake overheidsaansprakelijkheid anders te werk gaat dan ingevolge het “gewone recht” het geval zou zijn.

118 NJ 1987, p. 908 r.k.

onrechtmatigheid niet te voorzien was, toch voor rekening van de overheid moet komen”.¹¹⁹

4.1.6 Tijdstip waarop onrechtmatige daad is begaan

De Hoge Raad heeft de these, dat een door een administratieve rechter vernietigd besluit aangemerkt moet worden als een onrechtmatige daad, gebaseerd op een doelmatigheidsoverweging. Die doelmatigheidsoverweging heeft, als gezegd, als grondslag het voorkomen van tegenstrijdige oordelen tussen de administratieve en de civiele rechter. Daarbij is het evenwel niet gebleven. De Hoge Raad is verder gegaan. Hij heeft aangenomen dat een door de administratieve rechter uitgesproken vernietiging van een besluit dat op bezwaar door het bestuursorgaan is genomen – en dus het secundaire besluit betreft – ook het primaire besluit treft, indien dit naar inhoud gelijk was aan het secundaire besluit. Normaliter¹²⁰ spreekt de administratieve rechter zich niet uit over de onrechtmatigheid van het primaire besluit. Hoe ongelukkig ook de parlementaire behandeling van de betekenis van het bezwaarschrift is geweest, uit de strekking van het bezwaarschrift en het systeem van de Awb volgt dat in formele zin de beslissing op bezwaar – ongeacht of de inhoud daarvan overeenstemt met het primaire besluit – een *nieuw* besluit is en over dit besluit de administratieve rechter zijn oordeel velt.¹²¹ Vernietigt de administratieve rechter het besluit op bezwaar, dan is dit onrechtmatig, doch dan zegt hij niets over de al dan niet rechtmatigheid van het primaire besluit. Dat hoeft hij ook niet te doen.¹²² De Hoge Raad gaat er van uit dat de onrechtmatigheid van het primaire besluit gegeven is, wanneer naar inhoud beide besluiten – het primaire en het secundaire – overeenstemmen. In het verlengde daarvan is de Hoge Raad van mening dat de gehoudenheid tot schadevergoeding begint te lopen vanaf het moment waarop het primaire besluit genomen is.¹²³ Aldus is de Hoge Raad afgestapt van zijn uitgangspunt dat hij de onrechtmatigheid van het

119 NJ 1987, p. 908, l.k. Dit kan er zelfs toe leiden dat waar achteraf door de rechter een wettelijk voorschrift anders geïnterpreteerd wordt dan tot dan toe geschiedde en door het bestuursorgaan conform die eerdere interpretatie toegepast is, toch nog ten laste wordt gebracht van de overheid *ex tunc*. In dit verband wijs ik op de fraaie conclusies van A-G Franx bij HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS, AB Klassiek, 4e druk 2000, nr. 21 m.nt. J.B.J.M. ten Berge (Heesch-Van de Akker).

120 Er zijn enkele uitzonderingen, o.m. kan dit het geval zijn doordat de administratieve rechter gebruik maakt van zijn bevoegdheid zijn beslissing in de plaats te stellen van die van het bestuursorgaan (art. 8:72, lid 4 in fine, Awb). Zie hierover mijn opstel Vernietiging door de administratieve rechter van een besluit: enkele knellende punten belicht, *Gst.* 1996, 7027.

121 Zie de uiteenzetting in het in de vorige noot genoemde opstel, *Gst.* 1996, p. 127-129.

122 Zie voor een uiterst ongelukkige gang van zaken: HR 27 april 2001, *Gst.* 2001, 7142, 2 m.nt. dzz. (Leers tegen de Staat). Hier wreekte zich o.m. het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak had overwogen het primaire A-besluit en R.O.-besluit niet te vernietigen, alsof dat nodig was, nu het besluit op bezwaar vernietigd werd.

123 HR 26 februari 1988, *Gst.* 1988, 6857, 8 m.nt. L.J.A. Damen (IJsselmuiden tegen Klaas Brink). In HR 14 juni 1991, NJ 1991, 693 aanvaardde de Hoge Raad dat het hof te Amsterdam de gemeente Blaricum had veroordeeld tot schadevergoeding vanaf de eerste weigering, t.w. op 9 augustus 1978 (Rigter c.s. tegen Blaricum). Het kan zijn dat Leers in de zaak die in de vorige noot vermeld werd, zich baseerde op het standpunt dat het primaire besluit onrechtmatig was.

vernietigde besluit op die vernietiging baseert teneinde verschillen te ontgaan tussen rechterlijke oordelen. Hij creëert door deze jurisprudentie een verschil en wijkt aldus af van de doelmatigheidsoverweging welke hij aan zijn systeem ten grondslag heeft gelegd.

Hoewel de Hoge Raad zijn desbetreffende standpunt niet heeft gevolgd inzake bij secundair besluit gewijzigde primaire beschikkingen,¹²⁴ is hij in de consequenties van zijn standpunt zover gegaan dat de wetgever het nodig gevonden heeft in te grijpen in die jurisprudentie.¹²⁵ Het betreft de stelling van de Hoge Raad dat tot de schade welke vanaf het primaire besluit geleden is ook de kosten van rechtsbijstand gerekend moeten worden, waarbij hij vervolgens de zogenaamde dubbele redelijkheidstoets aanlegt.¹²⁶ Zo ziet men dat de civiele rechter een oordeel dat door de administratieve rechter niet gegeven is, brengt onder een wel door de administratieve rechter gegeven oordeel en daaraan consequenties verbindt die de wetgever doen ingrijpen om de administratieve rechter op die – door de civiele rechter ontstane – situatie te laten beslissen. De Hoge Raad heeft het voor primaire besluiten ingenomen standpunt niet toegepast als met ontwerp-besluiten gewerkt wordt.¹²⁷ Hij zal vanuit dit gegeven ook niet het moment van de onrechtmatigheid kunnen laten ingaan met de vaststelling van het ontwerp-besluit. Dit lijkt alleszins te sporen met het verschil tussen de situatie waarbij met een primair en een secundair besluit gewerkt wordt enerzijds en waarbij anderzijds ontwerp-besluiten en definitieve besluiten gepraktiseerd worden. Bij nadere beschouwing blijkt dat verschil evenwel niet zo groot als het op het eerste gezicht schijnt. Vooreerst zijn volgens het systeem van de Awb deze twee methoden uitwisselbaar.¹²⁸ Voorts blijkt uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dat het niet volgen van de bedenkingenprocedure¹²⁹ tegen het ontwerp-

124 In zijn arrest van 20 februari 1998, AB 1998, 231 m.nt. ThGD (B. tegen de Staat) overweegt de Hoge Raad: “Wanneer een besluit van een bestuursorgaan (het primaire besluit) op grond van een daartegen gemaakt bezwaar door dat bestuursorgaan wordt herroepen en, voor zover nodig, wordt vervangen door een nieuw besluit, zal het van de redenen die daartoe hebben geleid, en de omstandigheden waaronder het primaire besluit tot stand is gekomen, afhangen of het nemen van het primaire besluit onrechtmatig moet worden geacht in de zin van art. 6:162 BW en, zo ja, of deze daad aan het betrokken overheidslichaam kan worden toegerekend.” Dit betekent dan dat de civiele rechter zelf geroepen kan worden tot het onrechtmatigheidsoordeel over het primaire besluit. Hoe de situatie is als er meer primaire besluiten worden genomen, terwijl geen besluit op bezwaar tegen een eerste primair besluit wordt genomen, is de vraag. Zie voor zo’n, m.i. met de wet strijdige situatie AbRS 5 oktober 2000, Gst. 2001, 7134, 2 m.nt. JT en dzz. (minister van LNV) en mijn naschrift onder HR 27 april 2001, Gst. 2001, 7142, 2 onder punt 2 m.k.

125 Wetsvoorstel inzake exclusieve bevoegdheid van administratieve rechter tot het veroordelen inzake kosten van rechtsbijstand in de bezwaarprocedure gemaakt. Dit wetsvoorstel is, geamendeerd, door de Tweede Kamer aanvaard op 27 maart 2001 (TK 61-4280). Zie hierover mijn opstel De Awb in de revisie, Gst. 2000, 7118 en de Column van W. Konijnenbelt, Kosten bestuurlijke voorprocedure, Gst. 2001, 7133, p. 32.

126 HR 17 november 1989, AB 1990, 81 m.nt. G.P. Kleijn, Gst. 1990, 6894, 5 (Velsen-De Waard).

127 HR 26 november 1999, NJ 2000, 561 m.nt. MS en Gst. 2000, 7118, 3 m.nt. dzz. (Noord-Brabant tegen Janse). Vgl. HR 15 december 2000, AB 2001, 85 (Slegers tegen Asten) m.nt. ThGD onder 84.

128 Vgl. art. 7:1, sub d met artikel 3:14 Awb. Die mogelijkheid wordt nog groter als de samenvoeging van de Afdelingen 3.4 en 3.5 van de Awb een feit is. Zie mijn opstel De Awb in de revisie, Gst. 2000, 7118.

129 Verwezen zij naar artikel 3:24 Awb.

besluit leidt tot het verlies van de mogelijkheid om zich tot de administratieve rechter te wenden, waardoor het rechtseffect van die bedenkingenprocedure – toegepast bij ontwerp-besluiten – hetzelfde is als ten aanzien van het volgen van de bezwaarschriftprocedure.¹³⁰ De bezwaarschriftprocedure is zelfs nog zwaarder beperkt dan de bedenkingenprocedure,¹³¹ zodat aldus de balans wel eens naar de andere kant zou kunnen doorslaan. Al met al is het de vraag of de Hoge Raad met zijn jurisprudentie over het tijdstip waarop de onrechtmatigheid ingaat zich van het systeem van de Awb voldoende rekenschap heeft gegeven. Daarnaast is zijn jurisprudentie inzake vergoeding van kosten van rechtsbijstand niet in overeenstemming met de visie van de wetgever, waardoor deze – zij het op een weinig heldere en van zijn oorspronkelijk standpunt afwijkende opvatting – een stuk reparatie heeft verricht, op grond waarvan het bestuursorgaan zelf moet bepalen of het een onrechtmatig primair besluit genomen heeft. Zo wordt de ene ongelukkige zet gevolgd door de andere, waardoor het totaalbeeld alsmaar troebeler wordt.

4.1.7 Alternatieve en cumulatieve competenties

De door de wetgever in de Awb neergelegde systematiek brengt teweeg dat de justitiabele na een door de administratieve rechter vernietigd besluit schadevergoeding kan vorderen bij die administratieve rechter – zij het in het kader van een tegen het besluit ingesteld beroep – of bij de civiele rechter.¹³² Ingevolge jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak over het zogenaamde zuiver schadebesluit heeft zich evenwel daarnaast een nieuwe methode aangediend.¹³³ Indien een besluit is vernietigd, kan ingevolge die nieuwe jurisprudentie aan het desbetreffende bestuursorgaan een verzoek gericht worden tot vergoeding van de dientengevolge geleden schade, waarbij de beslissing op zo'n verzoek aangemerkt wordt als een Awb-besluit. Daartegen kan dan weer de gebruikelijke procedure via bezwaar en beroep bij dezelfde rechter worden gevolgd als die bevoegd was inzake het vernietigde besluit. Wie nu zou menen dat daarmee de mogelijkheden voor de gelaedeerde, zij het via een ingewikkelde weg, gelijk zijn gebleven aan de voordien bestaande situatie op grond waarvan een keuze gemaakt kan worden tussen de civiele of administratieve rechter, vergist zich. Behalve de civiele rechter¹³⁴ of de administratieve rechter kan ook *na* de

130 Zie o.a. AbRS 3 juli 1997, Gst. 1998, 7075, 3 m.nt. dzz. (Heerde) en AbRS 20 april 1998, Gst. 1998, 7078, 3 m.nt. dzz. (Tiel), Rawb 1989, 99 m.nt. R. Widdershoven, AbRS 17 april 1998, JB 1998, 144.

131 Zie o.a. AbRS 15 augustus 1995, Gst. 1996, 7035, 7 m.nt. CG (Boarnsterhim) en de noot van Goorden onder Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 25 februari 1997, Gst. 1997, 7062, 6 (Boxmeer).

132 Zie artikel 8:73 Awb.

133 Zie o.a. AbRS 29 november 1996, Gst. 1997, 7047, 5 (Alpha kleding), AB 1997, 66 m.nt. PvB, AbRS 18 februari 1997, Gst. 1997, 7052, 6 (Noord-Brabants grondwaterbeschermingsplan), AbRS 6 mei 1997, Gst. 1997, 7060, 3 m.nt. dzz., AB 1997, 229 en AB Klassiek, 4e druk, 2000, nr. 40, beide m.nt. PvB (Van Vlodrop), AbRS 25 februari 2000, Gst. 2000, 7121, 4 m.nt. dzz. (Waterschap Rijn en IJssel).

134 Zie voor het standpunt van de Hoge Raad zijn arrest van 17 december 1999, Gst. 2000, 7112, 2 m.nt. CG, AB 2000, 89 en AB Klassiek, 4e druk, 2000, nr. 42, beide m.nt. PvB, NJ 2000, 87 m.nt. ARB, inzake Groningen-Raatgever.

civiele rechter nog eens de administratieve rechter geadieerd worden. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft dit uitdrukkelijk beslist in haar uitspraak van 20 april 2001.¹³⁵ Dit betekent dat de betrokkene zich na een vernietigd besluit tot de civiele rechter kan wenden met een vordering tot schadevergoeding en na de uitspraak van de civiele rechter het bestuursorgaan kan verzoeken om schadevergoeding op diezelfde grondslag, dat alsdan een Awb-besluit neemt, waarbij wederom de bekende procedurele weg openstaat. Al heeft de Afdeling in die uitspraak uitgemaakt dat het bestuursorgaan in zo'n geval kan volstaan met als motivering van zijn besluit te verwijzen naar het oordeel van de civiele rechter, niet ontkend kan worden dat aldus het rechtsbeschermingsproces inzake verzoeken om schadevergoeding na een vernietigd besluit de juridische eisen van doelmatigheid verre overschrijdt.

Deze problematiek neemt nog toe als men te rade gaat bij gevallen welke aan de orde waren in de vele procedures tussen Leers en de Staat dan wel de minister van Verkeer en Waterstaat. Daarbij speelden procedures inzake schade welke Leers geleden had tengevolge van het besluit tot aanleg van de Oost-Westbaan op het vliegveld Maastricht-Aachen te Beek (L.). Behalve het feit dat Leers dat besluit aanvocht,¹³⁶ eiste hij ook schadevergoeding welke tengevolge daarvan voor hem ontstaan was.¹³⁷ In het kader van een voor de Afdeling bestuursrechtspraak lopende procedure over schadevergoeding verzocht Leers aan de voorzitter van die Afdeling om een voorschot op die schadevergoeding.¹³⁸ Daarnaast had Leers een voorschot gevraagd aan de minister van Verkeer en Waterstaat, wiens beslissing daarop ingevolge de zuiver schadebesluit-leer een Awb-besluit is dat na bezwaar bestreden kan worden bij de administratieve rechter.¹³⁹ Voorts vorderde Leers in kort geding bij de civiele rechter een voorschot wegens ingevolge onrechtmatig handelen van de Staat geleden schade, welk geding uiteindelijk resulteerde in het arrest van de Hoge Raad d.d. 27 april 2001.¹⁴⁰ Uit deze complexe gang van zaken is uiteindelijk als resultaat naar voren gekomen dat de betrokkene een voorschot kan vragen bij de civiele rechter op schadevergoeding, ook al loopt bij de administratieve rechter een bodemzaak inzake schadevergoeding. Dit maak ik althans op uit de overweging van de Hoge Raad dat het niet met het systeem van de wet zou stroken "indien voor een belanghebbende die een voorschot op schadevergoeding wil verkrijgen, (...) de toegang tot de burgerlijke rechter zou worden beperkt zonder dat dit zijn grond vindt in de keus om zich voor het verkrijgen van een voorschot tot de bestuursrechter te wenden". Er staat dus niet: "een keus voor het verkrijgen van schadevergoeding", doch uitdrukkelijk staat er "in de keus voor het verkrijgen van een voorschot". Hierbij teken ik aan dat het voorschot waaromtrent de administratieve rechter in het totaal van procedures in deze

135 Gst. 2001, 7142, 3 m.nt. dzz. (Moerdijk).

136 AbRS 8 januari 1998, AB 1998, 194 m.nt. PvB.

137 Zie AbRS 14 december 2000, JB 2001, 29.

138 Vz. AbRS 16 oktober 1997, zie daaromtrent het arrest van het Hoge Raad d.d. 27 april 2001, Gst. 2001, 7142, 2 m.nt. dzz. (Leers tegen de Staat).

139 AbRS 14 december 2000, JB 2001, 29.

140 Gst. 2001, 7142, 2 m.nt. dzz. Er speelde ook nog een procedure inzake niet tijdig beslissen na vernietiging, zie AbRS 14 december 2000, AB 2001, 69, Gst. 2001, 7140, 5 m.nt. CG, JB 2001, 30.

affaire geadieerd was, van andere aard was of althans geacht werd te zijn, dan het voorschot dat de hoofdzaak betrof. Dit laatste betrof kennelijk het onrechtmatig geachte primaire besluit, dat overigens niet vernietigd was. Hoewel opgemerkt moet worden dat het omvangrijke geheel aan procedures een onduidelijk beeld scheidt en het onderscheid tussen schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige daad niet duidelijk gemaakt wordt, merkt de Hoge Raad op dat zijn standpunt niet opgaat voor voorschotten op nadeelcompensatie. Dit wijst erop dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat nadeelcompensatie toegekend wordt in het kader van een publiekrechtelijke regeling welke ziet op schadevergoeding bij *rechtmatig* handelen.¹⁴¹ Hoe dan ook, duidelijk is dat bij schadevergoedingsprocedures ingevolge (mogelijk) onrechtmatige besluiten en daarop anticiperende voorschotprocedures een ondoorzichtig geheel is ontstaan, nu deze procedures voor diverse instanties gevoerd kunnen worden, zelfs in cumulatieve zin.¹⁴²

4.1.8 *Afsluitende conclusies*

De jurisprudentie van de Hoge Raad over de onderhavige materie toont aan dat hij zich niet of nagenoeg niet bekommert om de in het BW geldende criteria ter zake van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Door aan te nemen dat de vernietiging van een besluit door de administratieve rechter zonder meer leidt tot een onrechtmatige daad van de desbetreffende rechtspersoon jegens degene tot wie dat besluit gericht was en door voorts aan eisen van toerekenbaarheid, causaliteit en relativiteit niet of niet zwaar te tillen, is het aansprakelijkheidsrecht op dit terrein aanmerkelijk anders dan het wettelijk geregelde. Doordat bovendien de administratieve en de civiele rechter over dezelfde schadevergoedingsaanspraken geadieerd kunnen worden met allerlei tussenvormen van bevoorschotting, zijn de grenzen van een doelmatige rechtsbedeling ernstig overschreden. Daar komt nog bij dat door beide soorten rechters niet hetzelfde geoordeeld wordt. De onduidelijkheid die de Hoge Raad wilde voorkomen is dan ook weer volledig aanwezig, zo niet verergerd. In materiële zin is dit onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht onder de eisen van rechtvaardigheid en doelmatigheid geschoten.

141 Niet duidelijk is of de Afdeling bestuursrechtspraak dat ook zo ziet, hoewel er wel indicaties in die richting zijn, waarvoor verwezen zij naar AbRS 15 januari 2001, AB 2001, 155 m.nt. Brouwer en Schilder. Verwezen zij ook naar mijn opstel Nadeelcompensatie: wanneer en waarom?, Gst. 2000, 7130.

142 De Hoge Raad behoefde in deze zaak niet in te gaan op de vraag of het primaire – niet vernietigde – besluit naar zijn oordeel onrechtmatig moest worden geacht en voor rekening van de Staat kwam, zie voor zo'n situatie HR 20 februari 1998, AB 1998, 231 m.nt. ThGD en NJ 1998, 526 m.nt. ARB (B. te Heemstede vs. Staat).

4.2 Besluiten inzake strafvordering en opsporing

4.2.1 Inleiding

Twee redenen pleiten ervoor in dit kader in te gaan op besluiten inzake vervolging en opsporing. De eerste reden is gelegen in het feit dat het veelal gaat om besluiten in de betekenis die artikel 1:3 Awb daaraan toekent. Het zijn beslissingen tot toepassing van dwangmiddelen, zoals aanhouding, invezekeringstelling, voorlopige hechtenis, huiszoeking en inbeslagneming. Deze beslissingen beogen rechtsgevolgen naar publiekrecht tot stand te brengen en vinden hun basis in het Wetboek van Strafvordering, op grond waarvan bepaalde overheidsinstanties daartoe de bevoegdheid geattribueerd hebben gekregen. Ook als het gaat om beslissingen van rechterlijke instanties – veelal aangeduid als beschikkingen – zijn het geen daden van rechtspraak. Men spreekt van non-contentieuze rechtspraak, in essentie is het bestuur. Het feit dat artikel 1:1, lid 2 Awb de met rechtspraak belaste organen uitzondert van het begrip “bestuursorgaan” doet daar niet aan af. Ook de algemene bepaling van artikel 1:6 Awb, welke de wet niet van toepassing verklaart op opsporing en vervolging, brengt niet teweeg dat het hier niet om publiekrechtelijke rechtshandelingen zou gaan. Vanuit deze benadering past het aan deze besluiten aandacht te schenken.

Een tweede voor het onderhavige onderwerp belangrijk argument is gelegen in het feit dat de civiele rechter de laatste jaren in vrij omvangrijke mate geadieerd is met acties tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad vanwege vervolgings- en/of opsporingshandelingen. Vaak ging het daarbij om de rechtmatigheid van het aan die handeling ten grondslag liggende besluit, soms ook over de wijze van uitvoering van zo’n besluit.¹⁴³ Dit laatste aspect behandel ik niet, omdat onrechtmatigheid ingevolge feitelijke handelingen hier in het geheel niet aan de orde komt. Daarentegen is het van belang te bezien hoe de civiele rechter over vorderingen ingevolge onrechtmatige opsporings- en vervolgingsbesluiten oordeelt, aangezien hier verbanden liggen met onrechtmatige daadsacties ter zake van besluiten in algemene zin. Bij de behandeling van deze jurisprudentie kan men enkele onderscheidingen aanbrengen, hoewel die in die jurisprudentie zelf niet zo worden gemaakt. Omwille van de inzichtelijkheid in de stof en vanwege de verschillen naar aard, welke ook tot uiteenlopende juridische kwalificaties kunnen leiden, breng ik de volgende tot nu toe onbekende

143 Zo kan men ook onderscheid maken tussen het besluit tot toepassing van bestuursdwang en de wijze waarop bij de tenuitvoerlegging van die bestuursdwang te werk wordt gegaan. Overigens zij opgemerkt dat de wetgever in de Awb, bij gebrek aan beter, bepaalt dat de beslissing tot uitoefening van bestuursdwang een beschikking is (art. 5:24, lid 1). Dit was nodig omdat bestuursdwang op feitelijk handelen ziet en de beslissing daartoe eveneens. Men zou daarentegen de bindende vaststelling dat een wettelijk voorschrift overtreden is, als een beschikking kunnen aanmerken, waarmee ook in doctrinaire zin een bevredigende benadering aanwezig zou zijn. Zie in dit verband mijn opstel *Het rechtsvaststellend besluit onder de loupe*, *Gst.* 1999, 7091 en mijn naschrift bij de reactie van C.A.J.M. Kortmann, *Gst.* 1999, 7096, p. 218-220. Dat rechtsvaststellende beschikkingen door de wetgever reeds lang onderkend zijn, blijkt ook uit de memorie van toelichting bij de Wet BAB, Bijlage HTK 1958-1959, 3, p. 12-13, waar een onderscheid wordt gemaakt tussen declaratoire en constitutieve beschikkingen.

indeling aan. Hiertoe heb ik besloten, omdat zij mogelijkheden biedt tot het leggen van verbanden met het voorgaande. Deze indeling laat zien dat men te maken kan krijgen met dwangmiddelen jegens niet-verdachten en jegens verdachte personen. Voorts kan men onderscheiden tussen besluiten jegens verdachten die wel en die niet aan een oordeel van de strafrechter zijn onderworpen. Aldus levert dit onderwerp een scala op aan onderscheidingen die men in de jurisprudentie niet tegenkomt, maar die wel relevant zijn voor de waardering in rechte.

Eerst ga ik na hoe de civiele rechter oordeelt over strafvorderlijke besluiten waarbij dwangmiddelen worden aangewend jegens personen of ten aanzien van hun zaken zonder dat de verdenking zich tegen hen richt. Zij zijn als het ware buitenstaanders bij die verdenking, doch gelet op de feitelijke situatie zou men hen in zekere zin kunnen aanmerken als – naar bestuursrechtelijke terminologie gesproken – derde-belanghebbenden. Daarna ga ik in op jurisprudentie waarbij dwangmiddelen tegen de mogelijke verdachten aangewend worden. Dit is mijns inziens van belang voor een juiste juridische waardering, zoals uit het hiernavolgende zal blijken. Dan maak ik een onderscheid tussen verdachten jegens wie geen en jegens wie wel strafvervolgning volgt. Tot slot vraag ik kort aandacht voor een specifiek probleem waarvan soms gesproken wordt, te weten een proefproces inzake een strafbaar feit.

4.2.2 Besluiten waardoor derden – niet-verdachten in hun belang getroffen worden

In dit kader zal ik twee arresten van de Hoge Raad aan de orde stellen, in chronologische volgorde. Bij die arresten past de aantekening dat in de beschreven feiten en omstandigheden niet erg helder de naar mijn oordeel relevante elementen naar voren komen. Dit neemt niet weg dat de toedracht aanleiding geeft om die casusposities in deze rubriek onder te brengen.

Vooreerst lijkt mij hier in aanmerking te komen het arrest Joemman tegen de Staat van 23 november 1990.¹⁴⁴ De zoon van Joemman werd door de politie te 's-Gravenhage gezocht wegens een door hem veroorzaakt ongeval met een auto waarvan het kenteken op naam van zijn vader stond. De politieagenten hadden een “last tot binnentreden” in de woning van Joemman sr. en verschaften zich met geweld toegang tot diens woning, toen niet open gedaan werd. Dientengevolge werd schade toegebracht aan die woning, waarvan Joemman vergoeding vorderde. De rechtbank overwoog omtrent die vordering onder meer dat het binnentreden op zich, gelet op de gegeven last, rechtmatig was. De Hoge Raad legt dit oordeel aldus uit dat het politieoptreden, toen het plaatsvond, gerechtvaardigd was omdat ten aanzien van Joemman een redelijk vermoeden van schuld bestond als bedoeld in artikel 27 Sv en de politieagenten voorzien waren van de vereiste schriftelijke last tot binnentreden. De Hoge Raad acht dit een juiste benadering. Hij verwerpt het daartegen aangevoerde middel met de volgende overweging:

144 NJ 1991, 92.

“Niet als juist kan worden aanvaard de stelling dat een overheidslichaam onrechtmatig handelt wanneer het door een rechtmatig handelen bij de behartiging van de hem toevertrouwde publieke belangen schade toebrengt en niet bereid is deze schade voor zijn rekening te nemen.”

Naar mijn oordeel is de conclusie dat het handelen van de politiefunctionarissen jegens Joemman niet onrechtmatig was, onvoldoende onderbouwd en voor bestrijding vatbaar. De vraag had gesteld moeten worden of het geven van een last tot het binnentreden van de woning van Joemman sr. zonder diens toestemming teneinde diens zoon, Joemman jr., daar te zoeken, rechtmatig was. Voor zover uit het arrest blijkt, hield die last niet anders in dan louter de toestemming tot binnentreden. Zo'n last kan men aanmerken als een publiekrechtelijke rechtshandeling welke rechtmatig voorbereid en genomen dient te worden. Als onderdeel van de daartoe af te wegen belangen behoort enerzijds of het rechtmatig is vanwege het onderhavige opsporingsbelang het huis van een niet-verdachte met geweld binnen te dringen. Anderzijds zal, zo die afweging leidt tot een positief antwoord (bijvoorbeeld omdat dit middel door het desbetreffende doel gerechtvaardigd wordt), degene jegens wie de desbetreffende handelingen worden verricht, niet onevenredig in zijn belangen geschaad mogen worden. Het feit dat schade wordt toegebracht aan een zaak van een niet-verdachte met het doel een verdachte op te sporen of bewijsmateriaal tegen de verdachte te vergaren, mag bij de besluitvorming tot het geven van de last niet veronachtzaamd worden. Gebeurt dit, dan is reeds daarom de last op zichzelf onrechtmatig, zoals in het algemeen een besluit waarbij niet met andermans gerechtvaardigde belangen rekening wordt gehouden zonder meer onrechtmatig is. Deze wettelijke eis is vastgelegd in artikel 3:4, lid 2 Awb¹⁴⁵ en er is geen reden om aan te nemen dat zij niet onverkort zou gelden voor besluiten in het kader van opsporing en vervolging. Anders dan de rechtbank meen ik dan ook dat met het geven van een last *op zichzelf* de rechtmatigheid van dat besluit en de handelingen die daartoe ter uitvoering verricht worden, niet ipso facto rechtmatig zijn. Integendeel, er dient juist nagegaan te worden of die last aan de te stellen eisen voldoet en ook jegens een derde de rechtmatigheidstoets kan doorstaan. Naar mijn oordeel ligt een van de wezenlijke aspecten in de jurisprudentie betreffende vervolging en opsporing, dat nagelaten wordt besluiten tot toepassing van dwangmiddelen op hun rechtmatigheid te toetsen. Dit leidt, zoals nog meer zal blijken, tot het zoeken naar juridische uitvluchtwegen ten aanzien van schadevergoeding ondanks het oordeel inzake rechtmatigheid van het besluit tot toepassing van een jegens een derde aan te wenden dwangmiddel. De Hoge Raad heeft zo'n uitvlucht gezocht in het arrest Joemman. Hij overwoog namelijk ten vervolge op de zojuist geciteerde overweging:

“In onderdeel B ligt de klacht besloten dat de rechtbank heeft miskend dat de aanvankelijke rechtvaardiging voor het politieoptreden achteraf ongefundeerd zou kunnen blijken te zijn, omdat Joemman (...) onschuldig bleek aan de gerezen verdenking. Deze klacht

145 Vgl. AbRS 12 januari 1982, AB 1982, 299 m.nt. P.C.E. van Wijmen, Gst. 1982, 6713, 3 m.nt. JMK en Bouwrecht 1982, p. 407.

treft doel. In het bedoelde geval zou immers dat politieoptreden alsnog geacht moeten worden onrechtmatig te zijn met het gevolg dat de Staat verplicht is de door dat optreden veroorzaakte schade – dat dan als door zijn schuld veroorzaakt moet worden aangemerkt omdat de Staat met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden – te vergoeden.”

De Hoge Raad verwijst dan naar zijn arrest van 26 januari 1990.¹⁴⁶ Brunner acht verschoonbare dwaling van de politie onvoldoende rechtvaardiging voor de schadetoebrenging. Daarom komt die schade zijns inziens voor risico van de Staat.¹⁴⁷ Corstens schrijft over deze redenering: “Als de verdenking achteraf ongefundeerd blijkt te zijn, valt de rechtvaardigingsgrond weg en ontstaat er schadeplichtigheid voor de Staat. Iets wat ex tunc redenerend rechtmatig is, wordt ex post beschouwd onrechtmatig”.¹⁴⁸ Met Corstens ben ik dit eens.¹⁴⁹ Daaraan voeg ik toe ook om andere redenen door deze wijze van motiveren niet overtuigd te zijn. Het ongefundeerd zijn van de verdenking komt kennelijk voort uit het niet gevonden hebben van wat men zocht. Doch dat vinden kan nooit redengevend zijn voor de last. Die was er, ongeacht of men iets vond. Die last nu leidde tot de daad waarbij men schade toebracht. Het ging juist om die last en de rechtmatigheid daarvan. Voorts wordt die redenering door de Hoge Raad onverkort jegens verdachten en niet-verdachten toegepast, want ook ten aanzien van verdachte personen kan achteraf blijken dat de verdenking jegens hen ten onrechte was.¹⁵⁰ Tot slot acht ik een ernstig tekort in deze benadering dat voorbij wordt gegaan aan een toetsing op rechtmatigheidscriteria van het besluit zelf tot toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen en getracht wordt met een achteraf-redenering de negatieve gevolgen daarvan te elimineren.¹⁵¹

Na dit Joemman-arrest¹⁵² heeft de Hoge Raad op 30 maart 2001 een arrest gewezen over een situatie waarbij eveneens dwangmiddelen werden aangewend jegens een niet-verdachte. Het betreft het arrest Staat tegen Lavrijsen.¹⁵³ In dit arrest wordt

146 NJ 1990, 794 m.nt. CJHB, AB 1990, 251 m.nt. FHvdB. Men zou de vraag kunnen stellen of de beslissing met geweld een woning binnen te dringen op rechtsgevolg is gericht. Die vraag kan m.i. – zeker naar huidig recht – positief worden beantwoord, gelet op het bepaalde in de Algemene wet op het binnentreden, welke voorschrijft dat voor het binnentreden zonder toestemming van de bewoner een schriftelijke machtiging is vereist van daartoe aangewezen instanties. Die “machtiging” is op rechtsgevolg gericht. Verwezen zij naar de artikelen 2 t/m 11 van de wet.

147 C.J.H. Brunner schrijft dit in zijn noot onder HR 26 januari 1990, NJ 1990, p. 3344 r.k. (Staat tegen B. te E.). Dit arrest staat ook bekend onder de naam Staat-Bekkers.

148 Zie zijn noot onder HR 23 december 1994, NJ 1995, 512, p. 2448 l.k. Overigens heb ik de indruk dat het hof niet uitging van “rechtmatig, tenzij”, maar van “onrechtmatig, tenzij”. Zie daarover in onderdeel 4.2.3.

149 In hierna te behandelen arresten van o.a. 26 januari 1990 en 23 december 1994 komt dit nog aan de orde.

150 Zo’n geval deed zich voor in HR 26 januari 1990.

151 Zie in dit kader met name J.L. de Wijkerslooth, Het recht gaat aan constructies ten onder, RM Themis 1993, p. 316 e.v. Zie ook het opstel van J.M.H.F. Teunissen, Toetsing ex tunc of ex nunc?, Gst. 1991, 6914.

152 Er zijn twee arresten Joemman tegen de Staat. Het ene dateert van 23 november 1990, NJ 1991, 92 en AA 1991, p. 328 e.v. m.nt. ThGD (Joemman I) en het andere van 2 oktober 1993, NJ 1993, 761 (Joemman II). Zie voor literatuur naar aanleiding van Joemman I en het arrest van 26 januari 1990 de conclusie van A-G Hartkamp bij Joemman II.

153 JB 2001, 107 m.nt. RJNS, Gst. 2001, 7143, 3 m.nt. dzz.

een door de Hoge Raad in navolging van het hof gehanteerde cirkelredenering helder geëtaleerd. Alvorens daarop in te gaan, vermeld ik eerst kort enkele feiten. Verdachte v. L. heeft aan mevrouw Lavrijsen stallen verhuurd, waarin deze varkens houdt. Door de rechtbank te Breda wordt op verzoek van de officier van justitie aan de rechter-commissaris verlof verleend om aldaar huiszoeking te doen en goederen in beslag te nemen bij v. L. Uit dit – in raadkamer – verleende verlof blijkt niet tot welke gebouwen zich dit uitstreckte noch van het feit dat met de belangen van de huurster, mevrouw Lavrijsen die geheel buiten verdenking stond, rekening was gehouden. In deze civiele procedure eist Lavrijsen van de Staat vergoeding van schade welke zij geleden heeft doordat veterinaire hulp ingeroepen moest worden, de varkens in hun groei vertraagd waren en hun voedselconversie slechter was geworden. De Hoge Raad overwoog omtrent de door de Staat aangevoerde cassatiemiddelen tegen het arrest van het hof te 's-Gravenhage, dat had geconcludeerd tot onrechtmatig optreden van de zijde van de Staat:

“Hetgeen het hof (...) overweegt, komt erop neer dat het bij de huiszoeking toebrengen van onevenredig nadeel aan Lavrijsen, jegens haar onrechtmatig is, dat van onevenredig nadeel sprake is nu het onvergoed blijven van schade die haar bij de in het kader van een strafrechtelijk onderzoek tegen v. L. gedane huiszoeking is toegebracht, niet behoort tot het normale (bedrijfs)risico waarmee Lavrijsen in het maatschappelijk verkeer heeft rekening te houden, en dat derhalve alle schade waarvoor in dit geding vergoeding wordt gevorderd als onevenredig nadeel kan worden aangemerkt.

Bij de beoordeling (...) dient het volgende te worden vooropgesteld. Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige (...) gevolgen van een overheidshandeling niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (...). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffen onrechtmatig is. In zoverre levert een door de rechtbank verleend verlof tot het doen van huiszoeking geen rechtvaardigingsgrond op voor het toebrengen van schade.”¹⁵⁴

De meest in het oog springende verschillen met het zojuist besproken Joemman-arrest zijn: a) er wordt geen onderscheid gemaakt tussen een vooraf gefundeerde en achteraf ongefundeerd gebleken verdenking. Het was zonder meer uit de feiten duidelijk dat jegens mevrouw Lavrijsen nooit een verdenking had bestaan. De Hoge Raad komt met zijn Joemman-constructie dus niet meer uit de voeten. Overigens was ook niet duidelijk welke verdenking er was jegens Joemman sr. Er wordt dus *niet* (meer) “gemotiveerd” met een *ex nunc – ex tunc redenering*, welke op zichzelf al weinig overtuigingskracht kent. b) Er wordt nu duidelijk gesteld dat het toebrengen van schade bij een op zichzelf rechtmatige daad de daad onrechtmatig maakt, waardoor de schade tot oorzaak van de onrechtmatigheid wordt. Daarmee wordt de causa-

154 Hier gaat het erom dat bij het nemen van de beslissing tot het binnendringen en doorzoeken van de stallen als zodanig geen rekening was gehouden met de gerechtvaardigde belangen van mevrouw Lavrijsen.

liteit van artikel 6:162 BW omgedraaid.¹⁵⁵ In het Joemman-arrest werd die benadering als “*niet juist*” aangemerkt. c) Het *gelijkheidsbeginsel* wordt nu als *nieuw argument* gehanteerd om schade welke een niet-verdachte is toegebracht, te doen vergoeden. Het toepassen van het dwangmiddel werd jegens een niet-verdachte *op zichzelf* evenwel voor rechtmatig gehouden. Het moge duidelijk zijn dat een dergelijke aanmerkelijke omslag in argumentatie voor soortgelijke gevallen weinig bijdraagt aan rechtszekerheid. Ook de intrinsieke waarde van de argumenten zelf kan de toets der kritiek niet doorstaan.¹⁵⁶ In de arresten Joemman en Lavrijsen is een opvallende overeenstemming aanwezig: blindelings wordt geaccepteerd dat de besluiten welke genomen zijn om tot huiszoeking over te gaan, rechtmatig zijn. Naar mijn oordeel zit hierin het *vitium originis*. Het feit dat de Hoge Raad en ook de lagere rechters niet tot een overtuigende argumentatie op dit punt kunnen komen, vindt zijn oorzaak in het ongefundeerde standpunt dat een door de bevoegde instantie genomen besluit tot toepassing van een of meer strafvorderlijke dwangmiddelen ipso facto rechtmatig is. Indien noodgedwongen zo'n dwangmiddel aangewend moet worden – in het belang van het strafvorderlijk onderzoek – tegen personen (en/of hun zaken) zonder dat jegens hen een verdenking bestaat, zal het besluit tot aanwending dienen te voorzien in een tegemoetkoming aan hun belangen. Hun belangen dienen veilig gesteld te zijn ab initio, anders is er sprake van onrechtmatigheid jegens hen. Dit vloeit onder andere voort uit het bepaalde in artikel 3:4, lid 2 Awb. Men kan zelfs stellen dat, zo in het geheel geen belangenafweging gacht mag worden te hebben plaats gehad, er sprake van willekeur is, aan welk criterium de rechter steeds toetst.

4.2.3 *Besluiten jegens verdachten, waarbij van vervolging wordt afgezien*

Zoals ik reeds opmerkte, maakt de Hoge Raad tot nu toe geen onderscheid tussen (besluiten tot) het toepassen van strafvorderlijke dwangmiddelen tegen verdachten en tegen niet-verdachten. In het eerste arrest-Joemman bediende de Hoge Raad zich (dan ook) van dezelfde formulering als in de zaak die leidde tot zijn arrest van 26 januari 1990, waarin het evenwel een huiszoekingsbevel betrof tegen een persoon die wel verdacht was. B. werd ervan verdacht personen die zich schuldig hadden gemaakt aan de ontvoering van mevrouw Van der Valk verborgen te houden in zijn woning, waarin ook een deel van het betaalde losgeld verwacht werd. Ook werd B. verdacht van brandstichting, waarvoor aanhouding verzocht was. De woning van B. werd met geweld binnengedrongen, maar de voortvluchtigen waren daar niet aanwezig noch het gedeelte van het gezochte losgeld. B. werd aangehouden als verdacht van artikel 157 Sr (brandstichting). Achteraf bleek B. onschuldig aan de gerezen ver-

155 Men zij erop bedacht dat dit geval verschilt van het eerste en tweede Varkensmesters-arrest. In deze arresten ging het om het *nalaten* een adequate voorziening voor de *gevolgen* van de algemeen geldende will-regeling te treffen. Dit was onrechtmatig.

156 Voor een uitvoeriger bespreking verwijs ik naar mijn naschrift bij dit arrest in de Gemeentestem en naar mijn opstel Nadeelcompensatie: wanneer en waarom, Gst. 2000, 7130, waarin ik ook inga op de betekenis van art. 3:4 Awb, waarnaar de Hoge Raad in dit arrest verwijst.

denking. Hij sprak de gemeente en de Staat aan tot vergoeding van schade wegens onrechtmatige daad, ontstaan bij voormeld optreden. De Hoge Raad overwoog naar aanleiding van de door de Staat tegen het arrest van het hof te 's-Hertogenbosch aangevoerde middelen van cassatie onder meer:

“Aldus verstaan komt 's Hof's oordeel er op neer dat het achteraf ongefundeerd blijken van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het politieoptreden dat optreden voor zover het schade toebrengt onrechtmatig doet zijn, met het gevolg dat de Staat verplicht is de door dat optreden veroorzaakte schade (...) te vergoeden.”

Het hof ging, naar ik uit de redenering meen op te maken, uit van *onrechtmatigheid* jegens B., *tenzij*... Het redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit achtte het hof in beginsel een rechtvaardigingsgrond voor het optreden met dwangmiddelen. Naar mijn oordeel is die benadering onjuist. Indien iemand *terecht* verdacht wordt van het begaan hebben van een strafbaar feit en indien dit feit van dien aard is dat in het kader van die redelijke verdenking bepaalde strafvorderlijke dwangmiddelen mogen worden aangewend en daartoe op de juiste wijze wordt besloten, dan acht ik het onjuist de beslissing om die dwangmiddelen in te zetten als onrechtmatig aan te merken. Zou die beslissing zonder inachtneming van de rechtmatigheidseisen voorbereid en genomen zijn, dan is er (dus) sprake van onrechtmatigheid. Voldoet die beslissing aan de te stellen criteria, dan is zij rechtmatig en niet onrechtmatig. De uitvoering van die beslissing kan op zichzelf op een onrechtmatige wijze geschieden, doch dat aspect speelde hier niet en laat ik rusten. De constructie van het hof, door de Hoge Raad geaccepteerd, heeft tot gevolg dat de “in beginsel aanwezige rechtvaardigingsgrond” voor het onrechtmatig handelen niet aanwezig is als de verdenking ongefundeerd is. Daarmee zijn in wezen alle besluiten tot strafvorderlijke dwangmiddelen onrechtmatig, hetgeen hooguit achteraf alsnog gerechtvaardigd kan blijken. Dus geen rechtmatig handelen dat ex nunc onrechtmatig wordt bevonden, maar onrechtmatig handelen dat ex nunc alsnog gerechtvaardigd kan worden.¹⁵⁷ Er is duidelijk verschil tussen Joemman en dit arrest, niet alleen in de feiten, maar ook in de argumentatie, ook al verwijst de Hoge Raad in het Joemman-arrest naar het onderhavige. De rechtbank had bij Joemman gesteld dat de last tot binnentreden *rechtmatig* was. Het hof te 's-Hertogenbosch had in de zaak tegen B. het handelen tot binnentreden *onrechtmatig* geoordeeld behoudens een rechtvaardigingsgrond. Overigens moet worden gezegd dat het hof niet helder is in zijn argumentatie. Het acht de onrechtmatigheid gelegen in het *onevenredig treffen* van B. in zijn belang. Was dit onevenredig treffen het gevolg van het besluit tot binnentreding met geweld of van de toepassing daarvan? Als het besluit op zichzelf rechtmatig was, behoeft dit geen rechtvaardigingsgrond, doch het hof zegt dat de rechtvaardiging aanwezig was “als gevolg

157 Deze opvatting doet denken aan die van F.J.F.M. Duynstee en D. van Eck die de rechtvaardiging van het geweld(smonopolie) zoeken in de theorie van de publieke noodweer. Mijn mening is een andere: “Het bestaan van het geweldsapparaat vindt niet zijn rechtvaardiging in noodweer, maar in het wezen en de doelstelling van het ‘instrument’ zelf: naleving zo nodig afdwingen”. Zie mijn Handhaving van de openbare orde, VUGA 1990, p. 254-255.

van het zwaarwegend opsporingsbelang”. Daarom ga ik er van uit dat het hof (impliciet) het besluit voor onrechtmatig houdt.

De benadering van het hof overtuigt niet. De vraag rijst hoe dan wel in dit soort aangelegenheden tot een bevredigende oplossing kan worden gekomen. Alvorens hierop nader in te gaan, laat ik eerst nog enige arresten de revue passeren, die een beeld geven van de gevolgde argumentatie voor gevallen als hier aan de orde.

In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad d.d. 23 december 1994 betrof het een gerechtelijk vooronderzoek tegen J. wegens oplichting. Aan de officier van justitie was verlof verleend tot huiszoeking en inbeslagneming bij J. Na betekening van de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek werd op 26 mei 1987 besloten tot verdere vervolging van J. Later zag de officier van justitie af van verdere vervolging, hetgeen hij berichtte aan degenen die aangifte hadden gedaan van oplichting. De daartegen ex artikel 12 Sv ingediende klachten werden door het hof afgewezen. Op 1 februari 1989 is aan J. de kennisgeving van niet-verdere vervolging betekend, die toen schadevergoeding vorderde van de Staat als gevolg van onrechtmatig handelen jegens hem. Hij vorderde materiële schade ter grootte van f 4.159.000, immateriële schade ten bedrag van f 46.000 en vergoeding van kosten rechtsbijstand en verblijfkosten tot een bedrag van f 73.233,44. Het hof had onderzocht “of aan het optreden van politie en/of justitie de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond” was komen te ontvallen en deze vraag positief beantwoord, omdat het niet tot een bewezenverklaring van de verdenking was gekomen. Volgens het hof moest de Staat bewijzen dat ondanks het vermoeden van het tegendeel de verdenking van het strafbaar feit was blijven bestaan.

De Hoge Raad overwoog omtrent het middel in het principale appel tegen het oordeel van het hof dat dit doel trof, met de volgende overweging:

“Het enkele feit dat het niet tot een bewezenverklaring is gekomen van het strafbare feit waarvan de verdenking was gerezen, is – anders dan het Hof heeft aangenomen – onvoldoende grondslag voor een vermoeden dat de verdenking die de rechtvaardiging voor het optreden van justitie en politie vormde, niet meer bestaat en dat de rechtvaardiging voor dit optreden aldus is vervallen, tenzij de Staat bewijst dat de verdenking van een strafbaar feit is blijven bestaan.

Voorts is (...) niet in te zien dat de feiten en omstandigheden aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of de verdachte onschuldig is gebleken dan wel de tegen hem gerezen verdenking nog bestaat, niet kunnen worden ontleend aan de stukken waarmee de justitiële autoriteiten bekend waren op het tijdstip waarop zij tot het oordeel kwamen dat die bescheiden niet genoeg aanknopingspunten bevatten om een strafrechtelijke bewezenverklaring te kunnen dragen. Uit het hiervoor overwogene volgt integendeel dat die feiten en omstandigheden uitsluitend uit het strafvorderlijk onderzoek zelf kunnen worden geput, zoals de Hoge Raad in zijn (...) arrest 29 april 1994¹⁵⁸ tot uiting heeft gebracht.”

Over onderdeel vijf van het middel in het incidentele beroep overwoog de Hoge Raad onder meer:

158 Dit arrest komt in het volgende onderdeel ter sprake.

“(...) Het staat de Staat niet vrij om, ter vermindering van aansprakelijkheid wegens het achteraf wegvallen van de voor het optreden van politie en/of justitie bestaande rechtvaardigingsgrond, omstandigheden aan te voeren en te bewijzen die ten tijde van het beëindigen van de strafzaak nog niet bekend waren en dus ook niet uit het strafvorderlijk onderzoek kunnen blijken.”

In zijn arrest van 20 december 1996¹⁵⁹ oordeelde de Hoge Raad over een vordering tot schadevergoeding naar aanleiding van schade, welke het gevolg was van een strafvorderlijk optreden dat tot een sepot had geleid, als volgt:

“De enkele omstandigheid dat de strafzaak is geseponeerd, is onvoldoende voor de conclusie dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan.”

Tenslotte vermeld ik in dit verband een zaak die eindigde met een beschikking van het hof te Amsterdam op een bezwaarschrift op de voet van artikel 250 Sv van de gebroeders H. tegen de kennisgeving van verdere vervolging. Het hof heeft hen toen buiten vervolging gesteld, omdat het bij gebrek aan bewijs hoogst onwaarschijnlijk was dat de strafrechter de feiten geheel of ten dele bewezen zou verklaren. Nadat de gebroeders op grond van artikel 89 Sv vergoeding van geleden schade hadden verzocht en gekregen, zulks vanwege schade door inverzekeringstelling en aantasting van eer en goede naam, ter grootte van f 500.000 ieder, vorderden zij van de Staat en de gemeente Amsterdam op grond van onrechtmatige daad vergoeding van meer geleden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. De Hoge Raad wees in deze zaak arrest op 12 juni 1998.¹⁶⁰ De Hoge Raad casseerde het arrest van het hof te Amsterdam op grond van het beroep in cassatie dat de gebroeders hadden ingesteld. Een aantal beroepsgronden werd verworpen, waarbij ik in dit verband de volgende overwegingen aanhaal:

“Niet als juist kan (...) worden aanvaard dat ter zake van de toepassing van dwangmiddelen schadevergoeding moet worden toegekend, tenzij de overheid bewijst dat de verdenking is blijven bestaan, althans terecht heeft bestaan.” (r.o. 3.4)

“Noch uit de beschikkingen waarbij zij buiten veroordeling zijn gesteld, noch uit de beschikkingen op grond van art. 89 Sv (...) heeft het Hof afgeleid dat de verdenking achteraf ongefundeerd is gebleken. Derhalve moet ook worden aangenomen dat naar 's Hof's oordeel uit de stukken van de strafzaak niet (...) van de onschuld van de gebroeders (...) is gebleken.”

Deze overwegingen laten zien dat er volgens de Hoge Raad jegens een buiten vervolging gestelde verdachte nog steeds een verdenking bij de vervolgende overheid aanwezig mag zijn inzake het begaan hebben van de desbetreffende strafbare feiten. De verdachte staan geen middelen ter beschikking om dat oordeel aan te vechten. Dat

159 AB 1999, 305 m.nt. ThGD onder 303.

160 NJ 1999, 99 m.nt. ARB, AB 1999, 304 m.nt. ThGD onder 303, Gst. 1999, 7097, 2 m.nt. dzz. Vgl. HR 22 december 1995, NJ 1996, 301 (Osse tegen de Staat), waarbij van verdere vervolging was afgezien wegens “oudheid van de zaak”.

niet van de onschuld is gebleken uit de stukken van de strafzaak – het ging hier om een bezwaarschriftprocedure voor het hof, dat dan niet als strafrechter een oordeel had gegeven – doet de vraag rijzen of de desbetreffende beschikkingen van het hof voldoende gemotiveerd waren. Omdat onder andere volgens artikel 6, lid 2 EVRM een verdachte voor onschuldig wordt gehouden aan het desbetreffende strafbare feit zolang hij niet veroordeeld is, rijst overigens de vraag of uit die beschikkingen onschuld moet blijken. Is het niet zo dat rechtstreeks uit de wet *rechtens* onschuld voortvloeit, zodat iedere beslissing welke ertoe leidt dat een verdachte die *niet meer als verdachte* wordt aangemerkt, ipso facto betekent dat de verdachte voor onschuldig moet worden gehouden? Het kan zijn dat om *andere* redenen van vervolging wordt afgezien dan vanwege onschuld, aangezien nu eenmaal geen verplichting bestaat om iedere schuldige te vervolgen. Doch dan zou dit oordeel mijns inziens gemotiveerd door het beslissend orgaan gegeven moeten worden en zou voor de betrokkene daartegen een rechtsgang dienen open te staan. De Hoge Raad miskent mijns inziens het bepaalde in artikel 6, lid 2 EVRM door te aanvaarden dat een niet rechtens vastgestelde schuld voor de betrokkene niet betekent dat hij *rechtens* voor onschuldig wordt gehouden.

Met instemming citeer ik dan ook uit de noot van Corstens onder HR 23 december 1994 het volgende:

*“Met deze rechtspraak wordt gelaveerd tussen enerzijds het gevaar dat de staat aansprakelijk wordt gesteld voor strafvorderlijke daden die in redelijkheid niet voor zijn rekening dienen te komen en anderzijds de ongewenstheid dat een andere rechter na een niet-veroordelend strafvonnis vaststelt dat de gewezen verdachte eigenlijk toch wel fout zal zijn.”*¹⁶¹

Het komt mij voor dat de Hoge Raad een verkeerde koers vaart. Als eis voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad van de *Staat* neemt hij de vastgestelde *onschuld* van de ex-verdachte tot uitgangspunt. Het gaat evenwel niet om de vraag naar die onschuld, het gaat daarentegen om de vraag naar het gedrag van de Staat. Het feit dat rechtens iemand voor onschuldig wordt gehouden wil niet zeggen dat het handelen jegens hem van overheidswege in het kader van een onderzoek naar schuld per definitie onrechtmatig zou zijn. Wel kan komen vast te staan dat dit handelen onrechtmatig was, doch dan geldt de gewone regel: “wie stelt, bewijst”. Het bewijs *zou* gelegen kunnen zijn in het oordeel van een rechterlijke of bestuurlijke instantie dat de betrokkene onschuldig is vanaf den beginne en dat daarom ten onrechte jegens hem dwangmiddelen toegepast zijn. Doch dit is dan een van de bewijsmiddelen van degene die onrechtmatigheid stelt. De Hoge Raad heeft in plaats van naar het gedrag van gedaagde (de Staat) te kijken, het gedrag van de eiser tot uitgangspunt genomen. Dit nu is onjuist. De dragende overweging had dan ook moeten zijn: “Het feit dat nu afgezien is van vervolging van een aanvankelijk verdachte houdt niet ipso facto in

161 NJ 1995, 512, p. 2448 r.k. Wat hier gesteld wordt omtrent het oordeel van de strafrechter betreft a fortiori het geval waarbij nog geen strafrechter tot een oordeel is gekomen doordat van vervolging is afgezien.

dat de betrokkene onrechtmatig gehandeld heeft”. Daaraan had de Hoge Raad kunnen toevoegen: “Is komen vast te staan dat de betrokkene onschuldig is, dan is dit voldoende bewijs dat het jegens hem toegepaste dwangmiddel onrechtmatig is geweest.”

Het arrest inzake de gebroeders H. brengt nog een ander aspect aan het licht. Zij bestrijden de proportionaliteit van de aangewende dwangmiddelen. Het hof had dit niet onderzocht, zodat de Hoge Raad op dat onderdeel casseerde. Het komt mij voor dat hier – zoals ook in het algemeen geldt voor de aanwending van geweld en uitdrukkelijk bepaald is voor politieoptreden in artikel 8 Politiewet 1993 – de subsidiairiteits- en proportionaliteitsbeginselen als rechtmatigheidscriteria, ook ten aanzien van besluiten tot aanwending van dwangmiddelen, een belangrijke rol spelen. Schending van deze criteria zou acties op grond van onrechtmatige daad als grondslag kunnen hebben. Dit zou juridisch zuiverder zijn dan in civilibus uitspraken te doen over onschuld.

4.2.4 *Onrechtmatige daadsacties door niet-veroordeelde verdachten*

Over civiele procedures die tegen de Staat gevoerd zijn door personen over wier gedrag door de strafrechter een oordeel is gegeven, kan ik kort zijn. Er zijn heel wat gevallen bekend waarin een op artikel 6:162 BW gebaseerde vordering tegen de Staat werd ingesteld nadat de strafrechter zich over een strafzaak uitgesproken had. Voor de problematiek als zodanig volsta ik met twee arresten van de Hoge Raad.

In het arrest van de Hoge Raad van 29 april 1994¹⁶² betrof het de vordering van S. tegen de Staat tot vergoeding van schade wegens ondergane voorlopige hechtenis, nadat hij door het hof te Amsterdam, als strafrechter oordelend, van het ten laste gelegde delict (afpersing) was vrijgesproken. De rechtbank had de vordering afgewezen en het hof te Amsterdam had het beroep daartegen gegrond geacht en alsnog voor recht verklaard dat de beschikking van het hof te Amsterdam inzake een artikel 89 Sv-vergoeding – waarbij het verzoek daartoe niet-ontvankelijk was verklaard – onrechtmatig was. Er speelt in deze casus aldus ook een situatie die in het volgende onderdeel ter sprake komt, namelijk de vraag naar de aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige daden door rechterlijke beslissingen. In het onderhavige kader is van belang de volgende overweging:

“Voorlopige hechtenis is onrechtmatig indien zij is ondergaan ingevolge een bevel dat is verleend in strijd met de wet (...) dan wel met veronachtzaming van fundamentele vereisten, zoals het horen van de verdachte waar dat is voorgeschreven (...). Buiten deze gevallen is voorlopige hechtenis in beginsel rechtmatig, omdat zij wordt gerechtvaardigd door het bestaan van verdenking, dat wil zeggen dat uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig feit voortvloeit. Zulks is slechts anders indien achteraf uit het strafdossier – uit de einduitspraak of anderszins – blijkt dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan (...). De enkele omstandigheid dat de verdachte is vrijgespro-

162 NJ 1995, 727 m.nt. CJHB en EAA, AA 1994, p. 675-681 m.nt. L.J.A. Damen (S. te E. tegen de Staat). Vgl. HR 23 december 1994, NJ 1995, 512, AB 1995, 495 m.nt. ThGD en Gst. 1995, 7014, 6 m.nt. dzz. (Staat tegen X. te Wassenaar).

ken van het feit ter zake waarvan hij voorlopige hechtenis heeft ondergaan is daartoe echter onvoldoende. Alsdan blijkt immers in de regel – zoals ook in deze uitspraak – uit de veelal niet nader gemotiveerde einduitspraak niet dat de verdachte het feit niet heeft begaan, maar slechts dat niet wettig en overtuigend is bewezen dat hij het feit heeft begaan. Dit laatste geldt evenzo voor andere in art. 89 Sv bedoelde gevallen waarin de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel: ook daarbij kan in de regel niet worden gezegd dat uit het strafdossier blijkt dat de (voormalige) verdachte het feit ter zake waarvan hij voorlopige hechtenis heeft ondergaan, niet heeft gepleegd.”¹⁶³

In dit arrest formuleert de Hoge Raad de rechtseisen waaraan een bevel tot voorlopige hechtenis moet voldoen. Die eisen acht ik aan de te magere kant. Zo'n bevel dient mijns inziens behoorlijk gemotiveerd te zijn en zorgvuldig voorbereid te worden, zodat niet volstaan kan worden met slechts strijd met de wet of veronachtzaming van fundamentele vereisten. Er is geen enkele reden om bij een zo ingrijpend besluit niet dezelfde eisen aan de rechtskwaliteit te stellen als normaliter aan een bestuursbesluit gesteld worden. Integendeel, juist de zwaarte van het rechtsgoed dat hier in het geding is – habeas corpus – zou eerder pleiten voor een aanscherping dan voor een afzwakking van de hier aan de orde zijnde eisen. Het zou in redelijkheid te ver voeren als eis te stellen dat uit het strafdossier moet *blijken van een niet terechte verdenking* om zo'n bevel te bestrijden, aangezien het bevel op zichzelf (ongeacht de verdengkwaliteit) rechtmatig dient te zijn. Daar komt bij dat de Hoge Raad zelf overweegt dat “uit de veelal niet nader gemotiveerde einduitspraak” niets blijkt van de eis die hij zelf stelt. Daarmee doet hij mijns inziens tekort aan het recht dat iedere burger ingevolge artikel 6 EVRM toekomt om zich tot een onafhankelijke en onpartijdige

163 Art. 89 Sv ziet op door de strafrechter toe te kennen schadevergoeding in slechts drie gevallen: ondergane verzekering, klinische observatie en voorlopige hechtenis. In zijn arrest van 7 april 1989, NJ 1989, 532 overwoog de Hoge Raad: “uit de tekst van de artikelen 89 en 90 Sv (...) blijkt dat daarmee niet meer is beoogd dan de rechter de mogelijkheid te geven naar billijkheid een vergoeding toe te kennen, “ter zake van *rechtmatige*, doch achteraf niettemin onjuist gebleken vrijheidsbeneming” (curs. dzz.) en voorts: “daargelaten in hoeverre zij toepassing kunnen vinden in geval van onrechtmatige vrijheidsbeneming, (zij staan) in elk geval niet eraan in de weg dat wie meent daarvan het slachtoffer te zijn ter zake op de voet van art. 1401 BW een voorziening vordert bij de burgerlijke rechter”. Later is de Hoge Raad tot op grote hoogte hierop teruggekomen door te overwegen in het onderhavige arrest en dat van 23 december 1994: “Bij een en ander verdient (...) aantekening dat, zo uit de stukken betreffende niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak niet van onschuld van de verdachte en derhalve van het ongefundeerd zijn van de verdenking blijkt, de verdachte voor het verkrijgen van schadevergoeding ter zake van het gebruik van strafvorderlijke dwangmiddelen *is aangewezen op de mogelijkheden* die de art. 89-93, 591 en 591a Sv hem bieden” (curs. dzz.). Naar mijn inzicht is dit oordeel in zoverre onjuist dat de Hoge Raad het recht van een ieder om ex art. 6:162 BW *volledige* schadevergoeding te eisen indien onrechtmatig jegens hem gehandeld is, nagenoeg afsnijdt. Dat de Hoge Raad niet geheel zeker is van het door hem ingenomen standpunt blijkt overigens uit de daarna volgende passage, waar hij overweegt: “Dit heeft tot gevolg dat de beoordeling van het recht op vergoeding van degene van wie niet in het kader van de strafzaak is komen vast te staan dat hij onschuldig is, *in beginsel* geschiedt door de daartoe in het Wetboek van Strafvordering aangewezen rechter en dat, zo in dat wetboek voor wat betreft een bepaald dwangmiddel geen zodanige rechter is aangewezen, geen recht op vergoeding bestaat ter zake van het enkele gebruik van dat dwangmiddel, indien dit gebruik ten tijde daarvan door een verdenking werd gerechtvaardigd” (curs. dzz.). Dit laatste roept nieuwe vragen op. Hoe wordt vastgesteld dat die verdenking dat middel rechtvaardigde? Wie bepaalt of het besluit tot het gebruik van dit middel nodig was?

rechter te kunnen wenden “bij het vaststellen van iemands burgerlijke rechten en verplichtingen”, als hoedanig een bevel tot voorlopige hechtenis mijns inziens aan te merken valt.

Een tweede arrest dat in dit verband vermelding verdient is Hoge Raad 29 januari 1999.¹⁶⁴ In deze zaak had het hof te Amsterdam als strafrechter bij arrest van 25 april 1986 het OM in zijn vervolging niet-ontvankelijk verklaard wegens overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM. Voorts had dit hof zich niet in staat verklaard om een last te geven omtrent in beslag genomen voorwerpen. Na een procedure hierover was omtrent deze voorwerpen tussen het OM en de betrokkenen overeengekomen dat deze zaken buiten de EG zouden worden verkocht, in verband waarmee het beslag werd opgeheven. Daarna eisten de betrokkenen schadevergoeding voor onder andere het onredelijk lang handhaven van het beslag. Hieromtrent oordeelt de Hoge Raad:

*“Door de in beslag genomen zaken niet terug te geven heeft de Staat vanaf 26 september 1986 onrechtmatig gehandeld, tenzij de officier van justitie met bekwame spoed een vordering tot onttrekking aan het verkeer zou hebben ingesteld, hetgeen in feite niet is geschied”.*¹⁶⁵

Het interessante in deze zaak is dat de Hoge Raad hier ten volle op rechtmatigheid toetst en zich niet beperkt tot “strijd met de wet en fundamentele eisen”. Nu is dit verschil verklaarbaar uit het feit dat het hier niet meer ging om een onderzoek tegen de verdachte, maar om een aspect dat “slechts” op de inbeslagneming als zodanig zag, ongeacht de strafrechtelijke uitspraak die daar immers niet op zag. Toch rijst de vraag waarom de Hoge Raad het gedrag van het OM niet ten volle toetst als het gaat om strafvorderlijke dwangmiddelen welke *vóór* een uitspraak van de strafrechter hebben plaatsgevonden en niet door die strafrechter beoordeeld zijn op hun rechtmatigheid. Hij toetst daarentegen dat gedrag wel ten volle op rechtmatigheid in het geval de strafrechter zich evenmin heeft uitgelaten en het gedragingen betreft die *na* het oordeel van die rechter plaats hadden. Het komt mij voor dat de Hoge Raad hier een ongerechtvaardigd verschil aanbrengt, nu de strafrechter zich niet pleegt uit te spreken over de rechtmatigheid van toegepaste dwangmiddelen. Slechts indien de strafrechter zich (expliciet) uitgelaten heeft over de rechtmatigheid van die dwangmiddelen zou er reden zijn voor de burgerlijke rechter niet (meer) in die vraag te treden. Dit onderscheid brengt de Hoge Raad, mijns inziens ten onrechte, niet aan.

4.2.5 Aansprakelijkheid voor proefprocessen

Soms leest men in de pers van proefprocessen die door het OM worden gevoerd ten einde bepaalde oordelen van de strafrechter te verkrijgen. Van jurisprudentie welke

164 AB 1999, 303 m.nt. ThGD.

165 De datum van 26 september 1986 is de datum waarop de P-G bij het hof het aanvankelijk ingestelde cassatieberoep tegen het arrest van het Amsterdamse hof (als strafrechter) had ingetrokken.

specifiek op de vraag naar aansprakelijkheid wegens zo'n proefproces is toegesneden kan (nog) niet gesproken worden. Om die reden beperk ik mij tot enkele korte opmerkingen. Men kan in grote lijnen een onderscheid maken tussen twee soorten proefproces. De ene soort heeft betrekking op de vraag hoe de rechter zal oordelen over bepaalde strafbare feiten. In het kader van de euthanasie-problematiek heeft zich dit soort vragen voorgedaan. Een andere categorie proefprocessen zou men meer kunnen rangschikken onder de noemer "onduidelijke strafbepaling". In deze zaken blijkt de wetgever een zodanige formulering van het strafbaar feit gekozen te hebben, dat er twijfel kan bestaan over de juiste betekenis daarvan en via een proefproces getracht wordt een interpretatie te verkrijgen.

In beginsel acht ik het voeren van een proefproces, ongeacht voor welke van deze categorieën, onrechtmatig. Een persoon kan alleen veroordeeld worden op grond van overtreding van een strafbaar feit waarvan duidelijk is wat dit strafbare feit inhoudt. Daar komt bij dat de rechter – ongeacht welke – niet tot taak heeft om louter rechtsvragen te beantwoorden, doch om geschillen te beslechten. Nu kan men het voeren van een proces en daarmee het fingeren van een geschil overeenkomen. In het civiele recht komt dit soms voor, waarbij partijen een vaststellingsovereenkomst sluiten. In het strafproces ligt dit anders. In beginsel zal niet vlug iemand bereid zijn om zich als proefverdachte te laten vervolgen, zodat ik ervan uit ga dat daarvan geen sprake is als er een strafrechtelijk proefproces gevoerd wordt. Hiervan uit gaande acht ik de tweede soort proefprocessen zonder meer onrechtmatig jegens de "quasi-verdachte". Daar waar de wetgever in gebreke is gebleven een strafbaar feit duidelijk te formuleren, is het de overheid zelf die tekortschiet. Het zou dan onrechtmatig zijn om door middel van een strafprocedure te trachten een zodanige uitleg van die strafbepaling te verkrijgen als nodig is om het wettelijk voorschrift te kunnen kennen. Het materiële wederrechtelijkheidsvereiste dient vanaf den beginne kenbaar te zijn. Zo neen, dan kan dat een persoon niet aangerekend worden. Handelingen die daarop jegens de betrokkene gebaseerd zijn, acht ik op zichzelf onrechtmatig jegens die persoon.

De eerstgenoemde categorie is van een wat andere aard. Het strafbaar feit is voldoende duidelijk, doch door middel van een proces wordt getracht na te gaan of er gevallen zijn waarbij de rechter desalniettemin geen veroordeling voor bepaalde gedragingen die onder die strafbaarstelling vallen zal uitspreken. Er wordt als het ware een voor verdachten gunstiger situatie beproefd dan uit het wettelijk voorschrift blijkt. Ten aanzien van dit soort processen is verdedigbaar dat zij onder omstandigheden gevoerd mogen worden, omdat het strafbare feit zelf niet ter discussie staat. De beperking "onder omstandigheden" breng ik aan, omdat vervolging een ernstige ingreep op iemands integriteit betekent. Daarmee dienen geen spelletjes gespeeld te worden. Indien het OM van mening is dat voor bepaalde gevallen niet vervolgd behoeft te worden, staan daartoe middelen ter beschikking. Gaat het om een zwaar maatschappelijk belang waarbij in algemene zin zekerheid gewenst wordt omtrent bepaalde gedragingen, dan zou een uitzondering aanvaardbaar zijn ten gunste van de verdachte. Vooraf zou de aard van zo'n proces aan de verdachte kenbaar gemaakt dienen te worden.

5. Aansprakelijkheid voor rechterlijke uitspraken

5.1 Inleiding

Dit onderwerp wordt hier behandeld omdat de Staat als rechtspersoon ook aangesproken kan worden wegens een onrechtmatige daad, begaan door een met rechtsprekende bevoegdheid uitgerust (onder zijn organisatie vallend) orgaan. Kon tot nu toe aan de hand van jurisprudentie nagegaan worden hoe met name de Hoge Raad oordeelt over overheidsaansprakelijkheid, voor het onderhavige onderwerp is die jurisprudentie betrekkelijk gering, zowel naar omvang als diepgang. Zij zal hierna uiteengezet worden. Daarna ga ik na hoe het gesteld is met de aansprakelijkheid voor rechterlijke uitspraken van de Staat als voor die aansprakelijkheid dezelfde criteria aangelegd zouden worden als over het algemeen geschiedt voor andere daden van overheidswege, zoals wetgevings- en bestuursdaden. Nu is uit het voorgaande wel duidelijk geworden dat die criteria lang niet altijd dezelfde zijn en dat de civiele rechter met name het “gewone” overheidsbestuur vrij snel aansprakelijk houdt. Daarbij speelt ook de afbakening jegens de administratieve rechter een rol, hetgeen bij toetsing van daden van wetgeving, vervolging en opsporing niet het geval is. Het is van belang eens te bezien hoe groot die verschillen zijn en of die verschillen gerechtvaardigd worden door het verschil in karakter van de overheidsactiviteit dan wel door het verschil in positie van de instanties bij de overheid. In dit kort bestek wordt kort gerefereerd aan wat elders in Europa de opvatting is over het onderhavige onderwerp.

Deze inleiding sluit ik af met de opmerking dat in ons recht één situatie wettelijk geregeld is waarbij voor een specifiek geval de Staat aansprakelijk is voor daden van rechters. Het betreft de artikelen 844 t/m 852 Rv inzake rechtsweigering. Artikel 852, lid 1 Rv luidt: “Indien de rechtsvordering gegrond is, zal de rechter worden veroordeeld tot schadevergoeding jegens de verzoeker”.¹⁶⁶

Daarnaast is er een algemene regeling die nog nader aandacht krijgt bij de bespreking van de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter.

166 Zie hierover HR 8 april 1929, NJ 1929, 874 m.nt. PS en Weekblad van het Recht 1929, 11974, m.nt. SB alsmede HR 20 april 2001, JB 2001, 146 m.nt. EvdL. Verwezen zij voorts naar art. 13 Wet AB. Van rechtsweigering in materiële zin kan gesproken worden in de casus herindeling Tegelen, waarin de Hoge Raad zich van een oordeel onthield door de betekenis van art. 120 GW (toetsingsverbod) tot ongekende reikwijdte uit te strekken, HR 19 november 1999, AB 2000, 387 m.nt. ThGD, Gst. 2000, 7115, 3 m.nt. dzz. en JB 2000, 1 m.nt. RJNS.

5.2 Constante jurisprudentie

De Hoge Raad heeft in de enkele gevallen welke aan hem voorgelegd zijn omtrent aansprakelijkheid voor rechtspraak een vaste lijn aangehouden. Als basis-arrest kan dienen HR 3 december 1971,¹⁶⁷ waarin de Hoge Raad de vraag te beantwoorden kreeg of de kantonrechter te Utrecht een onrechtmatige daad had begaan jegens X door diens arbeidsovereenkomst met NV Y ontbonden te verklaren. Deze rechter zou in de uitoefening van zijn functie onrechtmatig gehandeld hebben “doordat hij bij de beslissing van het hem voorgelegde geschil in strijd met zijn rechtsplicht althans in strijd met de hem bij de uitoefening van zijn ambt betamende zorgvuldigheid heeft gehandeld, immers ten nadele van X heeft beschikt zonder haar tot bewijslevering toe te laten en zonder de getuigen, wier voor X bezwarende verklaringen in het geding waren overgelegd, zelf te horen”. De rechtbank had het beroep tegen het vonnis van de kantonrechter niet-ontvankelijk verklaard. Zij had inzake schending van de rechtsplicht door de kantonrechter (Ktr.) overwogen:

“dat de beslissing van de Ktr. overeenkomstig het in de wet voorgeschrevene is gegeven in de vorm van een beschikking op een daartoe strekkend schriftelijk verzoek, op welke rechtsgang – ook wel met oneigenlijke of vrijwillige rechtspraak aangeduid – de wettelijke voorschriften betreffende de bewijsregeling niet toepasselijk zijn; dat het aan de Ktr. dan ook geheel vrij stond met terzijdelating van een door eiseres gedaan bewijsaanbod, bij zijn beslissing af te gaan op het voorhanden bewijsmateriaal; dat ook de wettelijke voorschriften betreffende de motivering van een rechterlijke beslissing op een dergelijk geval van beschikken op request niet van toepassing zijn, zodat de Ktr. ook niet gehouden was een uitvoeriger motivering te geven dan hij in zijn beschikking heeft gedaan”.

Het hof had op het hiertegen ingestelde hoger beroep van eiseres het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. De cassatiemiddelen tegen ’s hofs arrest schonken weliswaar nog aandacht aan de rechtsplicht van de kantonrechter, maar kwamen met name neer op schending van de vereiste zorgvuldigheid. De Hoge Raad overwoog daaromtrent:

“dat de vraag of een partij die in een rechtsgeding in het ongelijk wordt gesteld, de gelegenheid moet worden geboden om tegen de in zijn nadeel uitgevallen beslissing op te komen, door de wetgever bij de regeling van de voor het desbetreffende geding voorgeschreven procedure bewust en met zorg onder ogen pleegt te worden gezien en dat daarom de te dien aanzien gegeven wettelijke regelingen, hetzij deze tegen de beslissing rechtsmiddelen ter beschikking stellen, hetzij bepalen dat daartegen generlei voorziening is toegelaten, geacht moeten worden uitputtend te hebben voorzien in de bescherming van de belangen die voor de pp. bij de verkrijging van een juiste beslissing zijn betrokken; dat hiermede onverenigbaar is dat de in het ongelijk gestelde partij de gelegenheid zou hebben langs de weg van een vordering tegen de Staat op grond van art. 1401 BW de

167 NJ 1971, 137 m.nt. GJS, AB 1972, 27 m.nt. St., AA XXII (1973), p. 156 m.nt. PAS. Zie ook HR 17 april 1959, ARB 1959, p. 316, AA IX (1959-1960), p. 32-42 m.nt. WFP, welke zaak naar Prins schrijft “weinig geschikt (was) om de burger tot een dergelijke actie te animeren” (p. 39 r.k.). Zie ook Blomkwist, AA XXI (1972), p. 281-288 en Vranken, Advocatenblad 1973, p. 564 e.v.

juistheid van een rechterlijke beslissing nogmaals tot onderwerp van een nieuw geding te maken en deze daardoor op andere wijze dan in de wet is voorzien ter toetsing te brengen;

dat dit meebrengt dat ook m.b.t. de zorgvuldigheid waarmee (...) een rechterlijke beslissing is voorbereid, niet dan door gebruik te maken van een door de wet ter beschikking gesteld rechtsmiddel kan worden geklaagd, aangezien voor zover een onzorgvuldige voorbereiding op de beslissing van invloed is geweest, de juistheid van die beslissing in het geding zou worden gebracht, terwijl voor zover dat niet het geval is, de eiser bij zijn klacht geen belang zou hebben;

dat slechts indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan, de Staat ter zake van de schending van het in art. 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde recht voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld (...)”.

Stellinga wijst in zijn noot onder dit arrest erop dat het hier ging om volontaire jurisdictie, waarin de rechter niet optreedt als rechtsprekend orgaan. De Hoge Raad ziet dan dus niet naar de functie – rechtspraak – maar naar de positie van het ambt binnen de overheidsorganisatie. Een dergelijke situatie deed zich ook voor in § 4.2.2, waar het rechterlijke verlopen betrof inzake toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen. Volgens Stellinga betreft het hier een *lacune* in de wet: “de vordering tegen een rechter wegens beweerd onrechtmatig handelen is niet voorzien in de wet, laat staan geregeld. (...) Men zou kunnen stellen dat de HR zich op deze lacune zou kunnen beroepen in een geval als het onderwerpelijke, maar dit zou niet geheel opgaan. En zulks hierom niet, omdat art. 1401 nu eenmaal geheel in het algemeen de vergoedingsplicht ter zake van onrechtmatige daad oplegt”. Hij besluit met de opmerking: “Alles overziende gaat toch wel de vraag rijzen, of het geen tijd wordt eens te overwegen, of de aansprakelijkheid terzake van onrechtmatig handelen of nalaten van de rechter niet in de wet ware te regelen”.¹⁶⁸ Zou men het door Scheltema geïntroduceerde, door Brunner overgenomen en door de Hoge Raad toegepaste criterium hierbij willen laten tellen, dat het beter is om de gemeenschap de schade te laten dragen van een onrechtmatige daad van overheidswege dan de particulier daarmee te belasten, dan komt nog een ander argument ten opzichte van de huidige (juridische) stand op de weegschaal.

De Hoge Raad heeft zijn in 1971 ingenomen standpunt niet gewijzigd noch afgezwakt of verfijnd. Van de arresten die nadien over dit onderwerp gewezen zijn, kan nog genoemd worden dat van 17 maart 1978,¹⁶⁹ waarbij aan de orde was de stelling dat de Centrale Raad van Beroep¹⁷⁰ onrechtmatig gehandeld had door het beroep tegen het ontslag van een ambtenaar wegens plichtsverzuim, dat door het ambtenarengerecht verworpen was, te bevestigen en het verzoek tot herziening daarvan tot viermaal toe niet te honoreren. Scheltema schrijft in zijn noot onder dit arrest: “De gewo-

168 AB 1972, p. 74.

169 NJ 1979, 204 m.nt. MS.

170 CRvB 17 februari 1971, AB 1972, 11.

ne rechter moet niet via een procedure o.g.v. art. 1401 BW voorwerp van een nieuw geding gemaakt kunnen worden. In dit geval komt er nog een belangrijk argument bij (...): de gewone rechter moet niet in een 1401-procedure geroepen worden een beslissing te geven over de juistheid van een uitspraak van een administratieve rechter. Dat zou in strijd komen met ons systeem van afzonderlijke administratieve rechtspraak”.¹⁷¹

Is in het arrest van 17 maart 1978 sprake van een nagenoeg letterlijke aanhaling van hetgeen in 1971 werd gesteld, in 1993 gebruikt de Hoge Raad een wat afwijkende formulering in de zaak van Dr. P.E.R. tegen de Staat. De Staat zou onrechtmatig gehandeld hebben “doordat het Centraal Medisch Tuchtcollege bij de behandeling van de klacht die tot de (...) uitspraak van het College heeft geleid, zo fundamentele rechtsbeginselen op het gebied van de rechtspleging heeft geschonden, dat van een eerlijke en behoorlijke rechtspleging en het in acht nemen van de goede procesorde jegens R. geen sprake is geweest”. De afwijking van het nu door de Hoge Raad gegeven oordeel betreft niet het feit dat hij verwijst naar veronachtzaming van zo fundamentele rechtsbeginselen dat daardoor niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak, maar dat hij niet meer refereert aan artikel 6 EVRM.¹⁷² Snijders merkt in zijn noot onder dit arrest op: “Hiermee demonstreert ons hoogste rechtscollege dat ook buiten art. 6 EVRM rechterlijke uitspraken aan zeer fundamentele rechtsplegingsbeginselen behoren te worden getoetst, dit in aanvulling op de “art. 6-toets” in de jurisprudentie van de jaren zeventig. Dat ons hoogste rechtscollege wel als voorbehoud maakt, dat tegen de te beoordelen uitspraak geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan, is in zijn algemeenheid niet onbegrijpelijk, gezien het gesloten stelsel van rechtsmiddelen”.¹⁷³ Het uitgangspunt dat via een onrechtmatige daadsactie niet de mogelijkheid geboden dient te worden in de zaak een nieuw geding te entameren, sluit niet uit dat rechterlijke uitspraken als onrechtmatige rechtspraak worden gekwalificeerd. Daar wijst Snijders terecht op. Hierop kom ik nog terug in § 5.5.

Dat het maken van een fout door een rechter niet voldoende is om schending van fundamentele rechtsbeginselen aan te nemen kwam expliciet aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 29 april 1994.¹⁷⁴ Wel werd door de Hoge Raad onrechtmatigheid aanvaard toen een kantonrechter een verzoek tot machtiging voor een opname in een psychiatrische inrichting had behandeld zonder dat de betrokkene door een raadsman werd bijgestaan.¹⁷⁵

171 NJ 1979, p. 606 r.k.

172 HR 8 januari 1993, NJ 1993, 558 m.nt. HJS.

173 NJ 1993, p. 2084 r.k.

174 NJ 1995, 727 m.nt. CJHB en EAA, dat in § 4.2.4 reeds ter sprake kwam.

175 HR 12 februari 1993, NJ 1993, 524 m.nt. HER.

5.3 Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in Europees en rechtsvergelijkend verband

Zoals in hoofdstuk 2 uiteen werd gezet, heeft het Hof van Justitie EG in het arrest *Brasserie du Pêcheur* de aansprakelijkheid van een lidstaat voor onrechtmatig optreden door middel van wetgeving, bestuur en rechtspraak gelijkelijk gewaardeerd. Een doen of nalaten van de hoogste nationale rechter in zijn soort waarbij aan de vier ontwikkelde criteria wordt voldaan – schending van rechten van particulieren, voldoende vaststaand naar inhoud, causaal verband tussen schending en schade, terwijl de schending voldoende gekwalificeerd dient te zijn – leidt tot overheidsaansprakelijkheid.¹⁷⁶ Voorts geldt ook de regel dat eiser pogingen in het werk gesteld moet hebben om de schade te beperken.

De jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens geeft weinig aanknopingspunten voor het onderhavige onderwerp. Het eerste lid van artikel 6 EVRM garandeert een eerlijk en openbaar proces bij het vaststellen van iemands burgerlijke rechten en verplichtingen. Het artikel ziet, naar veelal gesteld wordt, op een “fair trial” en niet op het recht dat in een proces toegepast wordt. Het Hof laat de vraag of burgerlijke rechten en verplichtingen in het geding zijn nogal eens over aan de verdragsluitende partijen.¹⁷⁷ Zou men de vraag stellen of naar Nederlands recht sprake is van een burgerlijk recht in de zin van artikel 6, lid 1 EVRM, dan kan men als volgt antwoorden. Ziet men artikel 6:162 BW als een recht-verschaffende bepaling tegen onrechtmatig overheidshandelen, dan kan men naar Nederlands recht spreken van een “burgerlijk recht” in ruime zin en vallende onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM. Aanvaardt men dat door een onrechtmatige daadsactie beperkingen aangebracht kunnen worden ten gunste van een persoon op een grondrecht van een ander – zoals de Hoge Raad heeft gedaan¹⁷⁸ – dan kan zo’n actierecht gezien worden als een burgerlijk recht, waarvan de rechter in concreto de betekenis vaststelt. De

176 Met name de verwijzingsplicht door het stellen van prejudiciële vragen is voor de rechter van groot belang: art. 234 EG (art. 177 oud). Zie hierover J.H. Jans, *De toepassing van art. 177 derde alinea door de Nederlandse rechter bij de interpretatie van het Europees milieurecht*, in *Europese milieurechtspraak*, Publikaties van de Vereniging voor Milieurecht 1996, p. 17-25. Zie ook HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81, Jur. 1982, p. 3415 (Cilfit) en HvJ EG 17 juli 1997, zaak 334/95, Jur. 1997, I, p. 4517 (Krüger). Het betrof hier prejudiciële beslissingen.

177 Dat verschilt trouwens. Vgl. het *Bentham*-arrest (EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, 1 m.nt. E.H.M. Hirsch Ballin) met het arrest *Powell and Rayner v. United Kingdom* d.d. 21 februari 1990, Series A, Judgments and Decisions, Publicatie EHRM, 1990, vol. 172 en vergelijk EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134 m.nt. EEA (*Osman tegen Verenigd Koninkrijk*) met EHRM 20 mei 2001, n.n.g. (*Z. tegen Verenigd Koninkrijk*). Zie in dit verband ook EHRM 24 april 2001, NJB 2001, p. 1126, nr. 25 inzake openbaarheid van uitspraken.

178 In zijn arresten van 5 juni 1987, NJ 1988, 702 m.nt. EAA, AB 1988, 276 m.nt. J.A. Hofman en B.M.J. van der Meulen (*Goeree tegen CICI e.a. inzake godsdienstvrijheid*) en van 22 november 1991, NJ 1992, 508 m.nt. PAS heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een op het zgn. zorgvuldigheidscriterium gebaseerde actie ex art. 1401 (nu 6:162) BW voldoende basis biedt om beperkingen te stellen aan de wijze waarop van de godsdienstvrijheid (art. 6 GW en art. 9 EVRM) gebruik wordt gemaakt resp. om aangemerkt te worden als een bij de wet voorgeschreven beperking (*prescribed by law*) op een grondrecht als bedoeld in art. 31 ESH (*ABVA/KABO e.a. tegen Landelijk patiëntenforum*).

daadwerkelijke toepassing van dit recht is evenwel door de Hoge Raad zeer beperkt waar het rechtspraak betreft, zij het dat de jurisprudentie daaromtrent zich gevormd heeft naar aanleiding van specifieke situaties. In essentie komt de jurisprudentie van de Hoge Raad erop neer dat hij een beroep op artikel 6:162 BW ter zake van onrechtmatige rechtspraak kansloos heeft verklaard.¹⁷⁹ Aldus ontbeert de schadelijdende partij de facto de mogelijkheid om haar burgerlijk recht te laten vaststellen in dit soort gevallen.

In andere Europese landen treft men een ruimer standpunt aan inzake aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak dan in ons land. In België heeft het Hof van Cassatie geoordeeld in het Anca I-arrest dat de Staat op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de schade tengevolge van een door een rechter begane fout, wanneer die rechter binnen de grenzen van zijn rechterlijke bevoegdheid heeft gehandeld dan wel redelijkerwijze aangenomen mag worden dat hij binnen die grenzen handelde. In casu had de Brusselse rechtbank van koophandel Anca failliet verklaard zonder het beginsel van openbaarheid in acht te nemen en met miskennis van het contradictoire karakter van de debatten. De vordering tot schadevergoeding is “ontvankelijk als de litigieuze rechterlijke handeling bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing is ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen wegens schending van een gevestigde rechtsnorm en derhalve geen gezag van gewijsde meer heeft”.¹⁸⁰ De aansprakelijkheid van de Staat wordt “niet uitgesloten omdat de aansprakelijkheid van zijn orgaan zelf voor de schadeverwekkende handeling die het heeft verricht, niet in het gedrang kan komen, ofwel omdat het orgaan niet bekend is, ofwel omdat de handeling niet als een fout van het orgaan kan worden aangemerkt wegens een onoverkomelijke dwaling van dit orgaan of een andere hem eigen grond van ontheffing van zijn aansprakelijkheid, ofwel omdat die handeling een fout is, maar het orgaan persoonlijk ontheven is van aansprakelijkheid waartoe aanleiding kan geven. ”Geen enkele wetsbepaling noch enig algemeen rechtsbeginsel ontslaat de Staat, in de uitoefening van zijn rechtsprekende functie, van de *algemene zorgvuldigheidsverplichting*, waarvan de niet-naleving wordt gesanctioneerd door de artikelen 1382 en 1383 BW”, schrijft Van Oevelen.¹⁸¹ Onrechtmatige daden van het overheidspersoneel rekent het Hof van Cassatie al sinds zo’n halve eeuw toe aan de overheid zelf. Het handelen van de persoon is uitgangspunt.

In Frankrijk geldt als uitgangspunt dat de Staat niet aansprakelijk is voor schade tengevolge van rechterlijke handelingen in functie, behoudens in het geval de wet daarin voorziet. Dit geldt zowel voor de administratieve als de gewone rechter. De

179 In dit verband is ook relevant dat de Hoge Raad naast in de wet geregelde rechtsmiddelen buitenwettelijke rechtsmiddelen heeft aanvaard om tegen een rechterlijk oordeel op te komen. Die jurisprudentie zal ik nog vermelden in het volgende onderdeel.

180 Cass. 19 december 1991, Rev. Rég. Dr., 1991, p. 411-418 m.nt. Ch. Jassogne; TBBR 1992, p. 60-73 m.nt. A. van Oevelen; A. van Oevelen, De aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991, in Rechtskundig Weekblad 1992-1993, 56e jaargang, p. 377-396.. Zie over dit arrest ook M. Storme, De rechterlijke macht, NJB 1993, p. 917-920 en S.C.J.J. Kortmann, Wie betaalt de rekening?, NJB 1993, p. 921-926.

181 Rechtskundig Weekblad, jrg. 56, p. 379 l.k.

wet van 5 juli 1972 heeft in artikel 11 die uitzonderingsmogelijkheid opnieuw inhoud gegeven.¹⁸² Hierin wordt onderscheid gemaakt tussen aansprakelijkheid van de Staat in de uitoefening van de publieke functie en aansprakelijkheid van de rechter voor zijn persoonlijke ambtsfouten en een cumulatie van beide gevallen. De Staat is aansprakelijk voor en gehouden tot schadevergoeding als de schade het gevolg is van een gebrekkig functioneren van het justitieel handelen in die gevallen wanneer dat handelen een zware tekortkoming (*faute lourde*) dan wel rechtsweigering (*déni de justice*) inhield. De aansprakelijkheid van de rechter persoonlijk wordt beheerst door het rechtspositioneel statuut of specifieke wettelijke regelingen. De Staat staat garant voor schade welke rechters door hun ambtsfouten veroorzaakt hebben, waarbij hij verhaalsrecht op hen heeft. De wet van 1972 heeft slechts betrekking op gewone rechterlijke beslissingen, maar bij uitspraak van 29 december 1978 heeft de Conseil d'État beslist dat deze ook van toepassing is op administratieve rechtspraak.¹⁸³ In de jurisprudentie is tot op zekere hoogte uitgekristalliseerd wanneer er sprake is van "faute lourde" en "déni de justice". Met name verdienen vermelding Cour de Cassation 21 februari 1995 en 9 maart 1999.¹⁸⁴

In het Duitse recht kent men een afzonderlijke regeling voor Haftung bei Amtspflichtverletzung (aansprakelijkheid bij schending van de ambtsplicht) in § 839 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch). Van belang is daarbij dat het moet gaan om een schending van de ambtsplicht jegens een derde, die daardoor schade lijdt.¹⁸⁵ Ook artikel 34 GG (Grundgesetz) geeft ter zake een regeling waarbij de aansprakelijkheid wordt gelegd op de Staat of het openbaar lichaam waarbij de betrokkene in dienst is. Deze bepaling garandeert staatsaansprakelijkheid voor door zijn ambtenaren bij de uitoefening van openbaar gezag begaan onrecht. Ambtsdrager in de zin van artikel 34, lid 1

182 Zie ook C.A.J.M. Kortmann in zijn opstel Aansprakelijkheid van de Staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken, *Bundel Rechtspleging*, Faculteit Rechtsgeleerdheid KUN, Kluwer 1974, p. 97. Hij behandelt in dit opstel met name de op dat moment geldende stand van zaken in het Franse recht.

183 Verwezen zij naar A. de Laubadère, J-C. Venezia, Y. Goudemet, *Traité de droit administratif*, 12e édition, tome I, LGDJ 1992, p. 873-874 en naar M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12e éd., Dalloz 1999, het arrest van la Cour de Cassation civile 23 november 1956, *Trésor public C. Giry*, met name de bespreking daarvan onder II. *La responsabilité de l'Etat du fait des services judiciaires*, p. 543-546.

184 *Gazette dur Palais* 5-6 juli 1996, m.nt. Faurgousse betreffende een circulaire van de minister van Justitie, waarbij aan de parketten instructies werden gegeven welke in strijd waren met een arrest van het Hof van Justitie EG, resp. J.C.P. 1999 II. 10069 *Malaurie v. Agent judiciaire du Trésor*, inzake verspreiding van gegevens welke tot identificatie van personen konden leiden.

185 § 839 BGB luidt:

"1. 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.

2. Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

3. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden."

GG is eenieder die in de vervulling van zijn publiekrechtelijke plichten tegenover derden als “Hoheitsträger” optreedt.¹⁸⁶ Het tweede lid van § 839 BGB geeft een aparte regeling, welke bekend staat onder de naam “rechtersprivilege”. Dit ziet niet alleen op beroepsrechters, maar ook op “ehrenamtlichen Richter”. De daarin voorkomende uitdrukking “Urteil in einer Rechtssache” betreft niet alleen een procesrechtelijk begrip: “Das Haftungsprivilege erstreckt sich vielmehr auf alle richterlichen Entscheidungen, die “ihrem Wesen nach Urteile sind und diesen in allen wesentlichen Voraussetzungen gleichsetzen, also Urteilsvertretende Erkenntnisse sind”. Maßgebend ist nicht die prozeßrechtliche Form der Entscheidung, sondern der Gesichtspunkt, ob die Entscheidung der Rechtskraft fähig ist”.¹⁸⁷ De schending van de ambtsplicht behoeft niet door het oordeel begaan te zijn, voldoende is dat dit “in het kader van” het gegeven oordeel geschied is. Een handelen van een rechter in strijd met zijn ambtsplicht dat niet op de uitspraak betrekking heeft, valt niet onder § 839, lid 2 BGB.¹⁸⁸ De geleden schade moet het gevolg zijn van de onrechtmatige uitspraak.

5.4 Persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter

In de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra), die dateert van 29 november 1996 (Stb. 1996, 590)¹⁸⁹ en sindsdien vele malen gewijzigd is, geeft artikel 42 een regeling voor schade die een rechterlijk ambtenaar of een rechterlijk ambtenaar in opleiding bij de vervulling van zijn ambt aan een derde toebrengt en waarvoor hij zelf krachtens de wet aansprakelijk is. Voor die schade, zo bepaalt het eerste lid, is jegens de derde uitsluitend de Staat aansprakelijk. Jegens de Staat is de betrokkene niet aansprakelijk behalve voor zover die een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de rechterlijk ambtenaar (in opleiding). Lid 3 geeft een regeling voor schade die een gevolg is van rechterlijke uitspraken. Daarvoor is een rechterlijk ambtenaar niet aansprakelijk, tenzij artikel 852, lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing is. Dit betreft een regeling van rechtsweigering, waartegen degene jegens wie zulks geschied is een rechtsvordering kan instellen. Wordt deze vordering gegrond bevonden dan kan de rechter, zo bepaalt artikel 852 Rv, worden veroordeeld tot schadevergoeding jegens de verzoeker. Het vierde lid van artikel 42 Wrra kent

186 Artikel 34 GG luidt: “Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder großer Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadenersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.”

187 Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5, §§ 705-853, 3. Auflage, B.C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1997, p. 1971. Sommige rechterlijke beslissingen worden met een Urteil gelijkgesteld, andere niet.

188 Zie ook Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4e druk, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1991, p. 84. Hij geeft als voorbeelden van niet onder het rechtersprivilege vallende handelingen: “Arrest, Erlaß einer einstweiligen Verfügung, Armenrechtsbeschlüsse, gerichtliche Entscheidungen im Kostenfestsetzungsverfahren, Beschlüsse über den Erlaß eines Haftbefehls oder über die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis”.

189 Zij is in werking getreden op 1 januari 1997, KB 13 december 1996, Stb. 1996, 616.

aan de minister van Justitie de bevoegdheid toe om voor de schade waarvoor de Staat aansprakelijk was de ambtenaar te verplichten “een vergoeding te betalen”. Ingevolge het vijfde lid wordt in het besluit waarin die verplichting wordt opgelegd aan de ambtenaar het bedrag van de vergoeding vermeld, tenzij zulks onmogelijk is onder opgave van redenen.¹⁹⁰

Het derde lid van artikel 42 Wvra vraagt nader aandacht, nu het bepaalde in het vierde lid uitsluitend verwijst naar het tweede lid. Deze bepalingen in samenhang bezien brengen tot uitdrukking dat de rechterlijk ambtenaar niet alleen niet aansprakelijk kan zijn voor schade welke het gevolg is van een rechterlijke uitspraak – behalve in geval van rechtsweigerings – ook al zou de rechter die hebben gedaan met opzet of bewuste roekeloosheid, maar ook dat er dan geen regresrecht van de Staat op die rechterlijk ambtenaar mogelijk is. Overigens komt hier de vraag (wederom) aan de orde of de Staat wegens onrechtmatige rechtspraak kan worden aangesproken. Van belang hierbij is dat een rechtsmiddel aangewend moet worden alvorens dit kan geschieden. De Hoge Raad gaat ervan uit dat naast de in de wet geregelde rechtsmiddelen in bepaalde gevallen een buitenwettelijk rechtsmiddel openstaat om tegen een rechterlijke beslissing op te komen. Voor zo’n buitenwettelijk rechtsmiddel is plaats, indien “bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een redelijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken”.¹⁹¹ In wezen komt dit dus erop neer dat noch de rechter noch de Staat aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak, zelfs indien deze zou ontstaan zijn door opzet of bewuste roekeloosheid van de rechter.

5.5 Enkele afsluitende opmerkingen

Het valt op dat in de jurisprudentie geen onderscheid wordt gemaakt tussen contentieuze en non-contentieuze rechtspraak. In onderdeel 4.2 kwamen enkele rechterlijke beslissingen aan de orde die niet als rechtspraak aangemerkt kunnen worden. De Hoge Raad heeft ook een kort geding niet als rechtspraak aangemerkt, althans niet om het vaststellen van een burgerlijk recht in de zin van artikel 6 EVRM, maar als een voorlopige maatregel.¹⁹² Hier doet zich de vraag voor hoe, als eiser in kort geding uiteindelijk in cassatie gelijk heeft gekregen, de wederpartij daartegen in rechte nog iets zou kunnen ondernemen.¹⁹³

190 Zie voor een soortgelijke, doch qua opzet afwijkende regeling art. 66 ARAR, waarover gaat CRvB 25 november 1999, AB 2000, 134 m.nt. dzz.

191 HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242 m.nt. WHH en LWH, HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3 m.nt. WHH, HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4 m.nt. WHH en HR 17 juni 1994, NJ 1995, 367. Zie voor de noot van WHH onder HR 26 februari 1988, NJ 1989, 2: geen schending van fundamenteel rechtsbeginsel door pleidooi niet te laten uitspreken voor administratieve rechter.

192 HR 12 december 1986, NJ 1987, 381 m.nt. MS, AB 1987, 151 m.nt. FHvdB (Dekker-Barneveld).

193 Zie mijn opmerking in Hennekens, Van Geest, Fernhout, Decentralisatie, 4e druk, AA Libri 1998, p. 185, noot 772.

Niet minder vreemd is dat de Hoge Raad fouten van *rechters* niet toerekent aan de Staat. Hij pleegt dat normaliter wel te doen door, zoals eerder gesteld, het handelen van ambtsdragers als vertegenwoordigers van het door hen beklede ambt zonder meer toe te rekenen aan de rechtspersoon waarvan dat ambt deel uitmaakt. De wetgever gaat daar trouwens ook van uit in de Wvra, waar artikel 41, lid 2 de Staat aansprakelijk acht. Doet men dit, dan komt de vraag naar het opnieuw in discussie brengen van de rechterlijke uitspraak in het geheel niet aan de orde. Niet de uitspraak wordt dan bestreden, maar het gedrag dat tot die uitspraak geleid heeft en waarvoor de Staat aansprakelijk is. Het kan zijn dat de wijze waarop tot op heden in cassatie geprocedeerd werd tot dergelijke standpunten geleid heeft. Maar ook dan is niet duidelijk waarom alleen bij schending van zeer fundamentele rechtsbeginselen onrechtmatig gehandeld wordt door rechters, waar andere ambtsdragers zich hebben te houden aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Het zou vreemd zijn dat wie bij uitstek en bij professie voor de juiste toepassing van het recht heeft te zorgen, zelf aan minder zware rechtmatigheidseisen behoeft te voldoen dan degenen op wie toegezien wordt. Dit wekt toch de schijn van klassejustitie. Een andere vraag is, doch die wordt over het algemeen door de Hoge Raad weinig onderkend als het over bestuursbesluiten gaat, of *jegens een derde* onrechtmatig gehandeld is. Op dit aspect kom ik in hoofdstuk 7 terug.

6. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid

6.1 Inleiding

De laatste jaren heeft de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden een vrij brede belangstelling gekregen. Die ruime belangstelling is met name ontstaan naar aanleiding van het eerste Pikmeer-arrest van de Hoge Raad, dat dateert van 23 april 1996.¹⁹⁴ In dat arrest sprak de Hoge Raad geheel conform eerdere jurisprudentie uit dat het OM niet-ontvankelijk was in zijn vervolging van de gemeente Boarnsterhim voor het lozen van verontreinigd slib in het Pikmeer. Dit arrest, waarop hierna nader ingegaan zal worden, heeft aanleiding gegeven tot politieke belangstelling voor deze materie. De minister van Justitie heeft op grond daarvan aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal een nota toegezegd, die op 4 april 1997 namens het kabinet aan de Tweede Kamer is aangeboden.¹⁹⁵ De ramp te Enschede in mei 2000 en die in de nacht van 31 december 2000 op 1 januari 2001 te Volendam heeft voorts de roep om strafrechtelijke vervolging van overheden bij leken en sommige juristen luide doen klinken. Het is mede om die reden van belang aan deze vorm van overheidsaansprakelijkheid in deze rede enige aandacht te schenken.

6.2 De wettelijke regelingen

Alvorens op de jurisprudentie van de Hoge Raad in te gaan is het zaak zich eerst rekenschap te geven van de wettelijke regelingen welke in dit kader aan de orde kunnen zijn. In artikel 51 Wetboek van Strafrecht (Sr) is bepaald:

- “1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.*
- 2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolging worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:*
 - 1. tegen die rechtspersoon*
 - 2. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel*
 - 3. tegen de onder 1 en 2 genoemden tezamen.*

194 NJ 1996, 513 m.nt. 't H.

195 TK 1996-1997, 25 294 onder de benaming Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen.

3. *Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.*”

Het is van belang hier meteen op te merken, dat het strafrecht zich beperkt tot personen en rechtspersonen zoals die naar civielrecht bekend zijn. Andere subjecten dan natuurlijke en door het civiele recht erkende rechtspersonen bestaan er in het strafrecht niet. Het is dan ook om die reden dat het zojuist geciteerde derde lid nog een uitbreiding geeft aan de rechtspersoon door enige rechtsfiguren uit het privaatrecht met de rechtspersoon gelijk te stellen.

Anders dan in het burgerlijk recht is in het publiekrecht evenwel de drager van rechten en plichten niet een natuurlijk persoon en ook niet de rechtspersoon, maar het ambt. Dit ambt of – de andere benaming – bestuursorgaan¹⁹⁶ kan qua rechtsfenomeen de publiekrechtelijke tegenvoeter genoemd worden van de civielrechtelijke rechtspersoon. Het is van belang hierop te attenderen, aangezien artikel 51 Sr het (publiekrechtelijke) ambt niet noemt. Deze ambten en dus ook hun ambtsdragers – de vertegenwoordigers van het ambt – kunnen in die kwaliteit geen strafbare feiten begaan. Nu hoeft dit op zichzelf weinig problemen op te roepen omdat ambten via hun wettige ambtsdragers over het algemeen handelingen verrichten waarop geen straf als sanctie staat. Aldus blijkt langs twee wegen dat ambten de strafrechtelijke dans ontspringen: a) omdat zij in het Wetboek van Strafrecht onbekend zijn; b) omdat hun handelingen – vaak publiekrechtelijke rechtshandelingen – niet met straffen gesancioneerd zijn. Het nalaten of niet naar behoren verrichten van die handelingen is evenmin strafrechtelijk geregeld. In het navolgende zal blijken dat deze gegevens soms niet of onvoldoende gerespecteerd zijn in de onderhavige problematiek.

Gesteld zou kunnen worden dat het handelen van ambten aan de rechtspersoon toegerekend zou kunnen worden. Civielrechtelijk blijkt dit veelal impliciet te geschieden. Wat het strafrecht betreft ligt dit evenwel moeilijker omdat dan in elk geval door een ambt een strafbaar feit begaan zou moeten zijn en dat nu is, als gezegd, normaliter niet het geval. Het afgeven van een gebrekkige vergunning, het niet-toezien op de naleving van een veiligheidsvoorschrift, het gedogen van een in strijd met het bestemmingsplan opgericht bouwwerk, het niet – sluiten van een inrichting welke in strijd met of zonder de vereiste vergunningen in bedrijf is, het zijn allemaal daden van publiekrechtelijke aard waarop geen straf is gesteld en waartegen dan ook niet met strafsancities kan worden opgetreden. Daarbij kan bovendien meteen opgemerkt worden dat het niet in de rede ligt zulke handelingen als strafbare feiten te kwalificeren. Door dat te doen zou het strafrecht zijn doel voorbij schieten en in zoverre worden tot een overheidsinstrument binnen de overheid, voor de overheid en tegen de overheid. Dit kan niet voor doelmatig gehouden worden.

Een tweede in het Wetboek van Strafrecht voorkomende wettelijke regeling die van belang is in het kader van overheidsaansprakelijkheid is van specifieke aard. Het

196 Zie de definitie in art. 1:1, lid 1 Awb.

betreft titel XXVIII, omvattende de artikelen 335 t/m 380, die strafsancties stellen op ambtsmisdrijven. In dit verband zijn met name de artikelen 335 en 356 van belang. Deze bepalingen stellen straf op – zeer algemeen geformuleerd en kort samengevat – het bewust of door grove schuld handelen of nalaten in strijd met de Grondwet, wetten of algemene maatregelen van bestuur door hoofden van ministeriële departementen. Opmerking verdient dat vervolging ingevolge deze bepalingen in ons recht nog nooit heeft plaats gevonden. Ingevolge artikel 119 Grondwet dient vervolging te geschieden ingevolge opdracht bij koninklijk besluit of een besluit van de Tweede Kamer.¹⁹⁷ De Hoge Raad neemt in eerste en laatste ressort kennis van ambtsmisdrijven en ambtsovertredingen begaan door de leden van Staten-Generaal, de ministers en de staatssecretarissen, zo bepaalt artikel 92, lid 1 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie.¹⁹⁸ Het bijzondere van de artikelen 355 en 356 Sr is dat zij, anders dan de gebruikelijke bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, typisch zien op gedragingen van ambtsdragers als vertegenwoordigers van een ambt in publiekrechtelijke zin. Het betreft handelingen die uitsluitend in die kwaliteit begaan kunnen worden. Aldus verschillen deze bepalingen van de handelingen die ook een rechtspersoon zou kunnen verrichten.¹⁹⁹ Artikel 51 Sr kan hier (dus) geen toepassing vinden. Dit wil overigens niet zeggen dat deze bepalingen zien op het (abstracte) ambt, zodat ook dat met straf bedreigd zou worden. Dit is niet het geval, het gaat hier louter om de natuurlijke persoon die het desbetreffende ambt bekleedt. Het Wetboek van Strafrecht kent het ambt als subject van strafbare feiten niet. Dit zou trouwens vreemde consequenties teweegbrengen, als zulks het geval zou zijn.

6.3 De belangrijkste jurisprudentie van de Hoge Raad

De jurisprudentie inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen vangt aan met een arrest waarin de gemeente Tilburg vervolgd werd wegens overtreding van artikel 427 aanhef en sub 6° Sr. Het betreft HR 27 oktober 1981.²⁰⁰ De gemeente had verkeersdrempels aangelegd en daarmee het verkeer belemmerd. De gemeente was door de kantonrechter vrijgesproken van het primair ten laste gelegde en veroordeeld tot een geldboete van één gulden wegens overtreding

197 Ook klachten over niet-vervolging slagen niet: zie HR 27 oktober 1989, NJ 1990, 108 m.nt. ThWvV.

198 In het tweede lid wordt aangegeven wat onder ambtsmisdrijven en -overtredingen – dit gaat verder dan de Grondwet – in deze bepaling begrepen wordt. Volgens Van Veen (NJ 1990, p. 494 r.k.) verdragen de artikelen 119 Grondwet en 92 Wet RO zich niet met art. 14, lid 5 IVBPR, waarin aan een ieder die wegens een misdrijf is veroordeeld een tweede, hogere instantie wordt toegekend.

199 Dit geldt ook voor de overige ambtsmisdrijven in titel XXVIII WvSr, doch daar gaat het om een ruimer begrip dan louter ambtsdrager als vertegenwoordiger van het ambt, veelal aangeduid met “ambtenaar”. Dit begrip dient men niet te verstaan als ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet, het heeft een veel ruimere strekking. Zie ook art. 483 t/m 485 WvSr omtrent rechtspleging voor het forum privilegiatum.

200 NJ 1982, 474 m.nt. GEM.

van de subsidiaire telastelegging. De stelling was dat het bevoegd gezag (de landelijke wetgever had volgens de steller in dit geval moeten handelen) geen verlof had gegeven om het verkeer te belemmeren hetgeen door middel van de in opdracht van de gemeente Tilburg aangebrachte drempels geschied was op een aantal openbare wegen. De Hoge Raad overwoog naar aanleiding van het daartegen aangevoerde middel:

“De in vorenvermelde telastelegging aan de verdachten verweten gedragingen betreffen een overheidstaak, te weten de zorg voor de veiligheid van de publieke wegen. Daarvoor kan een gemeente niet strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld. Derhalve heeft de kantonrechter het recht geschonden door de officier van justitie te ontvangen in zijn vervolging”.

Mulder schrijft in zijn noot onder dit arrest:

*“Nog steeds zullen wij ons tevreden moeten stellen met de opmerking van de MvT op het wetsontwerp 13 655 betreffende het huidige art. 51 Sr, dat het niet prudent is om strafbare feiten (van ondernemingen) van publiekrechtelijke lichamen of instellingen uit te sluiten, omdat zulks als onrechtvaardig, met name als strijdig met het gelijkheidsbeginsel zou kunnen worden ervaren (par. 10, p. 21). Wel moet volgens de MvT het strafrechtelijk relevante daderschap van publiekrechtelijke rechtspersonen worden beperkt tot feiten die gepleegd zijn binnen een ondernemersactiviteit die ook door particulieren wordt of kan worden verricht. Dus geen strafbaarheid al naar gelang het strafbare feit is te plaatsen in het verband van de algemene of specifieke bestuurstaak (ibid.). Opmerkelijk lijkt mij dat hier toch wel wordt geponeerd dat ook door publiekrechtelijke lichamen strafbare feiten kunnen worden begaan, al zijn zij daar zelf niet strafbaar voor, omdat die feiten onder de kwalificatie “bestuur” vallen. Is dat juist, dan rijst de vraag, of de opdrachtgever en feitelijke uitvoerder als bedoeld in art. 51 Sr lid 2 sub 2° onder dezelfde immuniteit vallen als de rechtspersoon. Hun strafbare feiten behoeven niet met de bestuurlijke mantel der liefde bedekt te worden”.*²⁰¹

Enige jaren later sprak de Hoge Raad zich uit over het ruimen van reigersnesten door de gemeente Voorburg.²⁰² De gemeente had een of meer nesten van blauwe reigers verstoord zonder daartoe vergunning te hebben op grond van de Vogelwet. De rechtbank te 's-Gravenhage had overwogen:

“Genoemde bepaling (gedoeld wordt op art. 209 aanhef en sub h gemeentewet (oud); HH)²⁰³ behelst een specifieke bestuurstaak van b. en w. en de gemeente heeft aannemelijk

201 NJ 1982, p. 1669 r.k.

202 HR 23 oktober 1990, NJ 1991, 496 m.nt. Sch., Gst. 1991, 6923, 6 m.nt. dzz. Zie in dit verband ook: AbRS 20 december 1991, AB 1992, 475 m.nt. I. Sewandono.

203 Deze bepaling was ook aan de orde in het Tilburgse verkeersdrempels-arrest. Zij is vervallen per 1 januari 1994 toen de Gemeentewet haar intrede deed. Zij luidde: “Tot het dagelijks bestuur, aan burgemeester en wethouders opgedragen, behoort: de zorg zover van hen afhangt, voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid der publieke wegen, bruggen, veren, wateren, vaarten, straten, plantsoenen, pleinen en andere plaatsen, tot gemenen dienst van allen bestemd”. Zowel in de Tilburgse zaak als in deze blijkt dat de juiste betekenis van dit voorschrift niet bekend is. Het betreft een *competentie*bepaling, dus geen die een bevoegdheid attribueert of →

gemaakt dat zij ter behartiging van die bestuurstaak is opgetreden. Het besluit tot dit handelen is door b. en w. genomen na goedkeuring daartoe door de leden van de Raad na bespreking in de Commissie van bijstand voor Openbare werken. Dit betekent dat (...) de gemeente zich daarom niet strafrechtelijk heeft te verantwoorden en de officier van justitie niet ontvankelijk moet worden verklaard in zijn vervolging”.

De Hoge Raad overwoog dat aldus de rechtbank geen blijk had gegeven van een verkeerde rechtsopvatting. Ten aanzien van het aangevoerde middel van cassatie stelde de Hoge Raad dat dit miskende dat de gemeente een openbaar lichaam is in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet. Dit maakte verschil met de strafprocedure tegen de Rijksuniversiteit Groningen, welke wel veroordeeld werd, hoewel ook deze een publiekrechtelijke rechtspersoon is.²⁰⁴

Op het feit dat de positie van openbare lichamen in de zin van hoofdstuk 7 Grondwet – zijnde provincies, gemeenten, waterschappen, bedrijfslichamen en andere openbare lichamen in de zin van artikel 134 Grondwet alsmede gemeenschappelijke regelingen die openbare lichamen zijn (135 Gw j° art. 8, lid 1 Wgr) – een uitzondering teweegbrengt inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen borduurt de Hoge Raad voort in zijn arrest van 9 juni 1992,²⁰⁵ doch hij komt daarin niet tot de conclusie dat zulks had moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie. Het betrof hier het vellen van een houtopstand in de gemeente Onderbanken door het Streekgewest Oostelijk Zuid-Limburg, strafbaar gesteld in art. 2, lid 3 Boswet. De Hoge Raad acht het beroep in cassatie tegen het veroordelend vonnis van de politierechter in de rechtbank Maastricht ongegrond, overwegend:

“Blijkens diens overwegingen heeft de economische politierechter kennelijk geoordeeld dat de ten laste gelegde gedraging niet is verricht ter behartiging van een bij of krachtens de wet aan de verdachte in het bijzonder opgedragen overheidstaak”.

een plicht oplegt. Zij wijst aan welk orgaan binnen de gemeente met deze taak belast is. Verder verwijst ik naar mijn naschrift onder dit arrest in de Gemeentestem.

204 De Hoge Raad legde dus twee cumulatieve criteria aan: 1) openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 Grondwet en 2) de uitvoering van een bij of krachtens de wet opgedragen specifieke overheidstaak. Zie het arrest van de Hoge Raad d.d. 10 november 1987, NJ 1988, 303 m.nt. ThWvV, waarin de Hoge Raad aanvaardde dat de Rijksuniversiteit Groningen – een publiekrechtelijke rechtspersoon – werd veroordeeld wegens overtreding van art. 14, lid 2 Monumentenwet. Van Veen schrijft in zijn noot onder dit arrest: “Met deze belangrijke uitspraak beperkt de Hoge Raad (...) de mogelijkheid van niet-vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen tot de in hoofdstuk 7 Grondwet opgenomen openbare lichamen. De reden voor deze enge begrenzing lijkt mij gegeven in de conclusie van de A-G. Uitzonderingen op de algemene strafbaarstelling van de rechtspersoon in art. 51 Sr dienen zo beperkt mogelijk te blijven om aan de strekking van die bepaling te voldoen”.

205 AB 1992, 71, m.nt. FHvdB (Streekgewest Oostelijk Zuid-Limburg, openbare lichaam op grond van art. 8, lid 1 Wgr).

Het arrest van de Hoge Raad d.d. 25 januari 1994²⁰⁶ heeft betrekking op de vervolging van de Staat wegens overtreding van artikel 14 van de Wet Bodembescherming door ambtenaren van Defensie die kerosine uit een brandstofopslagtank op het vliegveld Volkel in de bodem lieten verdwijnen. De rechtbank te 's-Hertogenbosch veroordeelde de Staat²⁰⁷ zonder oplegging van straf of maatregel, waartegen de Staat beroep in cassatie instelde. De Hoge Raad ging nu op een andere tour dan in de voorgaande gevallen. Een beroep op de kwaliteit van openbaar lichaam noch op een specifieke bestuurstaak kwam eraan te pas. Hij overwoog:

“Als uitgangspunt heeft te gelden dat de handelingen van de Staat geacht moeten worden te strekken tot de behartiging van het algemene belang. (...) Voor de handelingen van de Staat zijn ministers (...) in het algemeen verantwoordelijk schuldig aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij ter zake van ambtsmisdriven strafrechtelijk worden vervolgd en berecht (...). Met dit stelsel strookt niet dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.”

Het OM had volgens de Hoge Raad door de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard dienen te worden in zijn vervolging. Corstens schrijft in zijn noot onder dit arrest onder meer:

“De staat is ook als openbaar lichaam op te vatten, zij het niet in de zin van Hoofdstuk 7 van de Grondwet. Het criterium van de behartiging van een wettelijke taak keert in het onderhavige arrest niet terug. Klaarblijkelijk geldt dit voor de staat niet, hoewel de wetsgeschiedenis geen indicatie geeft voor het maken van onderscheid op dit punt tussen de staat en andere openbare lichamen. Zijn immuniteit voor strafrechtelijke vervolging is algemeen. Waarom dit onderscheid tussen de staat en andere openbare lichamen? (...) Juist bij een zo diffuse, complexe en grote organisatie als de staat kan immers art. 51 Sr zulke goede diensten bewijzen. (...) De toezichtsstructuur ontbreekt bij de centrale overheid. Daarom zou er juist reden kunnen bestaan het gemis daarvan te compenseren met een alomvattende strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, ongeacht of hij op gelijke voet als een particulier aan het maatschappelijk verkeer dan wel anderszins daaraan heeft deelgenomen. (...) De staat is soms zelfs bron van onrecht. Erkenning van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat zou als een daad van emancipatie van de rechter kunnen worden opgevat. (...) De slotsom luidt dat er reden bestaat de staat en ook de andere openbare lichamen in volle omvang strafrechtelijk aansprakelijk te laten zijn voor door hen begane strafbare feiten.”²⁰⁸

Inmiddels kan dan het door de media bekend geworden Pikmeer-arrest aan snee komen. De Hoge Raad heeft daarin zijn oude jurisprudentie voortgezet en de consequenties daarvan doorgetrokken voor ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van een gemeente. Hij overwoog:

206 NJ 1994, 598 m.nt C, AA 1995, p. 50-56 m.nt. J. de Hullu. Zie ook A. de Lange, De dictatuur van de magistratuur, NJB 1995, p. 441 e.v. en het WODC-rapport Overtredende overheden, 1995.

207 Rb. Den Bosch 1 februari 1993, NJ 1993, 257.

208 NJ 1994, p. 2805-2807

“De vervolgbaarheid van de onder 1° en die van de onder 2° (van art. 51, lid 2 Sr; HH) genoemden zijn zo nauw met elkaar verbonden dat de omstandigheid dat de rechtspersoon zelf niet vervolgd kan worden omdat deze een openbaar lichaam in de zin van Hoofdstuk 7 van de Grondwet is en optreedt ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuurstaak, meebrengt dat een strafvervolging evenmin kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van het openbaar lichaam indien dezen in die hoedanigheid ter uitvoering van die bestuurstaak opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging als bedoeld in art. 51, tweede lid, onder 2° Sr.”²⁰⁹

Omdat de Hoge Raad het arrest van het hof te Leeuwarden gecasseerd had en de zaak naar dit hof had terugverwezen om met inachtneming van zijn oordeel op het bestaande hoger beroep uitspraak te doen, leidde deze zaak tot een vervolg dat een tweede Pikmeer-arrest bracht.²¹⁰ De Hoge Raad is in dit arrest teruggekomen op zijn standpunt dat hij in Pikmeer I innam, zij het dat hij een leer heeft geformuleerd waarvan de inhoud weinig overtuigt. Van belang is dat de Hoge Raad met een principiële stellingname komt. Deze luidt “dat de overheid, zowel de Staat als decentrale overheden, zoals provincies, gemeenten en waterschappen, zich als ieder burger dient te houden aan de wet”. Deze stelling wordt vervolgens nader uitgewerkt door na te gaan of en in hoeverre een *decentrale* overheid – zoals een gemeente – naast de *politieke* en *bestuurlijke* controle welke er is, ook *strafrechtelijk* kan worden aangesproken.²¹¹ Door aldus de vraag te formuleren dreigt een probleem, dat zich nadien in het arrest nog verder ontwikkelt. De Hoge Raad verwacht hier twee aspecten. Het ene betreft het feit dat de *gemeenten* – zoals ook de Staat, de provincie en het waterschap – rechtspersonen zijn die als dragers van rechten en plichten naar (civielrechtelijk) vermogensrecht aan het rechtsverkeer deelnemen. Het andere aspect heeft betrekking op bestuursorganen die binnen zo’n rechtspersoon als op zichzelf staande, dus eigenstandige, entiteiten – ambten, bestuursorganen – functioneren. Deze ambten worden bekleed door ambtsdragers en op deze kan, afhankelijk van de vraag welk ambt het betreft, politieke controle worden uitgeoefend. Zo kan de gemeenteraad de leden van het college van b en w en de burgemeester ter verantwoording roepen.²¹² De Hoge Raad vervolgt dan met de overweging dat de wetsgeschiedenis toont dat de wet “ruimte aan de rechter overgelaten (heeft) om nadere vereisten te stellen waaraan

209 NJ 1996, 513, p. 2828 r.k., r.o. 6.4. 't Hart somt in zijn noot onder het arrest vijf redenen op welke pleiten tegen de uitbreiding van de immuniteit van het openbaar lichaam naar de opdrachtgever en feitelijk leidinggevende.

210 HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367 m.nt. JdH, AB 1998, 45 m.nt. ThGD, Gst. 1998, 7073, 3 m.nt. dzz., M en R 1998, nr. 19 m.nt. Hendrikse en De Lange. Zie ook Nijboer en De Koning, De vervolging en berechting van de overheid, NJB 1998, p. 732-737.

211 Het valt op dat de Staat niet meer in de overwegingen voorkomt. Ook in het vervolg van het arrest worden de overwegingen toegespitst op openbare lichamen in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet. Wat de controle betreft zou het kunnen zijn dat de Hoge Raad denkt aan interne politieke controle, doch dat is geen controle op de gemeente. Voorts is het mogelijk dat zijn gedachten uitgaan naar preventief en repressief toezicht en dit bestuurlijke controle noemt.

212 Zie daaromtrent Gst. 1998, 7083, 2; 7084, 2 en 7087, 2 alsmede AbRS 17 mei 1999, Gst. 1999, 7099, 3 m.nt. EB en AB 1999, 295, m.nt. SZ. Zie ook mijn naschrift onder AbRS 8 juni 2000, Gst. 2000, 7124, 4 onder punt 2.

moet zijn voldaan, wil een publiekrechtelijke rechtspersoon met toepassing van art. 51 Sr van een strafbaar feit kunnen worden vervolgd”. Hij gaat dus nu weer over op “de rechtspersoon”. Ook stelt hij dat de behartiging van specifieke bestuurstaken aan dergelijke rechtspersonen opgedragen kan zijn. Hier blijkt wederom een aberratie, aangezien de uitoefening van bestuurstaken, zeker waar het om specifieke bestuurstaken gaat, niet aan de rechtspersoon, maar aan een ambt opgedragen pleegt te worden. Deze, door de Hoge Raad ter introductie op zijn nieuw te formuleren standpunt wegegeven elementen, resulteren in zijn uiteindelijk oordeel, dat problematisch is. De belangrijkste overweging luidt:

“Een meer bevredigende oplossing kan als volgt worden bereikt. Enerzijds dient de immuniteit van een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 Grondwet slechts dan te worden aangenomen als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.”

Hier culmineert het niet onderkende onderscheid tussen openbaar lichaam enerzijds en het ambt anderzijds. Bestuursfunctionarissen die een bestuurstaak uitoefenen welke door anderen niet op gelijke voet uitgeoefend kunnen worden, treden op als vertegenwoordigers van een ambt, het zijn de ambtsdragers die voor dat ambt de aan dat ambt opgedragen taak, zich veelal uitend in een publiekrechtelijke bevoegdheid, uitoefenen. Het gaat om het afgeven van vergunningen, het rechtens bindend vaststellen van verhoudingen, het geven van ontheffing of vrijstelling, het beslissen op bezwaarschriften, het beslissen tot uitoefening van bestuursdwang, enzovoorts. Dit zijn bestuurstaken van publiekrechtelijke aard, zij worden rechtens door ambten – voor wie de ambtsdragers als vertegenwoordigers handelen – verricht en niet door openbare lichamen en zijn als zodanig niet strafbaar gesteld. Het arrest heeft dan ook een hoog gehalte van non-existentialisme. Gaat men uit van *feitelijke* handelingen zoals te Tilburg en op het vliegveld Volkel, welke aan openbare lichamen als aanvankelijk afzonderlijke categorie²¹³ toegerekend worden, dan is dat op zichzelf voldoende duidelijk om tot een strafrechtelijke veroordeling te komen. Een rechtvaardigingsgrond zou waar nodig gelegen kunnen zijn in het gegeven dat die desbetreffende feitelijke handeling – toe te rekenen aan de publiekrechtelijke rechtspersoon – die strafbaar is gesteld, niet wordt gestraft wegens het algemeen belang ten behoeve waarvan die handeling verricht is.²¹⁴ Nu de Hoge Raad beoogd heeft met zijn Pikmeer II-arrest een principiële stelling te betrekken, zoals ook blijkt uit daaropvolgende jurisprudentie,²¹⁵ zal uit de hem voor te leggen gevallen blijken dat hij een leer heeft ontwikkeld waarbij de uitzonderingen die hij geformuleerd heeft, niet zinvol zijn, omdat zij niet opgaan. Zij betreffen namelijk gevallen welke niet als strafbare feiten gekwalificeerd

213 Zie hierover Hennekens, Van Geest, Fernhout, Decentralisatie, AA Libri, 4^e druk 1998, p. 29-30. Zie ook mijn opstel De gemeente als rechtspersoon, Gst. 1998, 7081.

214 Zie voor zo'n rechtvaardigingsgrond: HR 13 april 1954, NJ 1954, 354.

215 HR 30 juni 1998, Gst. 1999, 7090, 3 m.nt. dzz. (Provincie Friesland).

zijn. Een probleem daarbij is overigens dat hij vrij gemakkelijk de Staat “vergat” in de verdere uitwerking van het arrest Pikmeer II, hoewel hij in zijn eerste overweging de Staat uitdrukkelijk noemt.²¹⁶

6.4 De Nota van het kabinet

Zoals gezegd heeft het kabinet zijn visie gegeven op de hier spelende problematiek in de nota Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen.²¹⁷ Deze nota blinkt niet uit in duidelijkheid. Slechts enige aspecten bezie ik. De nota wil zich beperken tot handelen dat aan het overheidsorgaan zélf moet worden toegerekend, waarbij de controle op de correctie van dit overheidshandelen door middel van politieke en bestuurlijke controlemechanismen voorop dient te staan. Volgens het kabinet is er ruimte voor vervolging van overheidsorganen “indien hun handelen redelijkerwijs niet meer tot de uitvoering van hun overheidstaak kan worden gerekend”.

In deze benadering ligt de weeffout van de nota. Overheidsorganen handelen *niet*, het zijn abstracte begrippen. Degenen die voor overheidsorganen optreden zijn de desbetreffende, daartoe volgens de daarvoor geldende regelen, aangewezen ambtsdragers. Dezen vertegenwoordigen het overheidsorgaan in die gevallen waarin zij, met inachtneming van de voor besluitvorming vereiste criteria, de desbetreffende beslissing nemen.²¹⁸ Het handelen van *organen* is nergens in het Wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld. Door deze noties in de nota niet te respecteren gaat hij op wezenlijke punten aan de problematiek voorbij en stelt hij zaken aan die orde die niet relevant zijn. Hierop kom ik nog terug.

Een ander punt betreft de strafbaarheid van de Staat. Gaat men ervan uit dat het strafrecht ook geldt voor publiekrechtelijke rechtspersonen – en als bijzondere categorie daarvan openbare lichamen – ex artikel 51 Sr, dan is daarmee ten principale deze rechtskous af. Het begaan van strafbare feiten door zo’n rechtspersoon kan dan vervolgd en gestraft worden. Het onderscheid tussen soorten publiekrechtelijke rechtspersonen en daarin weer naar soorten openbare lichamen vindt geen steun in die bepaling noch in haar wetsgeschiedenis. Zou de Staat van vervolgbaarheid uitge-

216 D. Roef meent dat de Hoge Raad iets anders bedoeld heeft dan hij gezegd heeft (AA 2001, p. 146) en hij acht een meer zinvolle interpretatie wenselijk. De wijze waarop hij dit beproeft, waarbij hij o.a. de gemeente als bestuursfunctionaris aanmerkt, maakt geen sterke indruk. Zie zijn opstel Straffervolging van overheden, AA 2001, p. 142-149. Zie ook zijn opstel De ommekeer in Pikmeer, JB 1998, p. 215-226 en zijn al even weinig onderscheidend verhaal in de Volkskrant van 21 juni 2001, p. 3. Van een reële visie geeft blijk de op p. 7 van die datum opgenomen reactie van J.L. de Wijkerslooth.

217 TK 1996-1997, 25294, waarvan nr. 14 een brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 17 april 2001 is. Daarin wordt gesteld dat het kabinet aan vier vooraanstaande juristen de zienswijze zal vragen over dit vraagstuk. Van dezen wordt gevraagd om eind van dit jaar verslag uit te brengen.

218 Zo neemt een gemeenteraad een beslissing als hij conform de bepalingen van de Gemeentewet en het reglement van orde rechtsgeldig in vergadering bijeen is en dan – en ook alleen dan – het ambt “gemeenteraad” vertegenwoordigt.

sloten dienen te worden – een standpunt dat het kabinet in de nota inneemt²¹⁹ –, dan zou dit dienen te geschieden door aan artikel 51 Sr een lid toe te voegen, bepalende dat de Staat geen strafbare feiten kan plegen. Dit zou de consequentie zijn van het kabinetsstandpunt. Het kabinet trekt deze conclusie in de nota evenwel niet. In de Tweede Kamer blijkt voor een dergelijke bepaling ook geen grote animo te bestaan.

De Raad van State heeft het wenselijk geoordeeld om te komen tot wetgeving waarin de immuniteit uitdrukkelijk wordt geregeld voor het hele overheidsoptreden, dus niet alleen dat van de Staat, maar ook van met name provincies en gemeenten.²²⁰ Men kan zich inderdaad afvragen of het dienstig is dat binnen het totaal van de overheid *overheidsrechtspersonen* strafbaar zouden moeten zijn. Vooreerst is dit om vele redenen niet doelmatig, het kost tijd en geld op de gemeenschapsbeurs en lost niets op. Het strafrecht heeft ook niet tot doel om via boeten geld van de ene naar de andere overheidsbegroting te pompen. Voorts voldoet zo'n toepassing ook niet aan een eis van rechtvaardigheid als het niet gaat om het gedrag van de natuurlijke personen in hun kwaliteit van ambtsdrager. Zou beoogd worden de ambtsdrager te straffen via artikel 51 Sr, dan ligt het veeleer in de lijn rechtstreeks daarop de strafbaarheid te richten, zoals ik hierna nog zal aangeven. Strafbaarheid van de overheidsrechtspersonen heeft in het algemeen grotendeels een hoge symboolbetekenis. Laat men die vallen, dan doet zich wel een vraag voor. Deze is wie als overheidsrechtspersoon wel en wie niet onder die immuniteit zou moeten vallen. De RUG-zaak kan hier als voorbeeld aangehaald worden.²²¹ Men zou een limitatieve opsomming in artikel 51 Sr kunnen opnemen van uitgezonderde publiekrechtelijke rechtspersonen.²²²

Veel belangrijker dan de strafbaarheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon en met name dan van de Staat, de provincies en de gemeenten, als met algemene wetgevende en besturende ambten uitgerust, is de vraag naar de wijze waarop *ambtsdragers* in hun functie van vertegenwoordigers van het desbetreffende ambt strafrechtelijk aansprakelijk zijn. De discussie dient zich toe te spitsen op de vraag of *ambts-overtredingen*²²³ door ambtsdragers voor een regeling in aanmerking komen. De nota gaat daar op in, doch ook dit weer op een weinig heldere wijze. Hij stelt dat voor handelingen *van de centrale overheid* een aparte wettelijke voorziening is getroffen.²²⁴ Daarbij wordt dan geduïd op de sinds 1840 in de Grondwet vastgelegde strafrechtelijke aansprakelijkheid van *departementshoofden* wegens ambtsdelicten. Door deze regeling te kwalificeren als een handeling van de centrale overheid verwacht de nota ambt en ambtsdrager. Het gaat om de *natuurlijke* persoon bij deze strafbaarheidsstelling en juist niet om “de overheid”. Ambtsmisdrijven duiden op een handelen van de persoon voor het ambt op een wijze die hij als ambtsdrager juist niet had

219 TK 1996-1997, 25294, nr. 2, p. 12-14.

220 Nr. 10, p. 1.

221 HR 10 november 1987, NJ 1988, 303 m.nt. ThWvV. Zie hiervoor op pag. 76.

222 Dit zou overigens weer problemen kunnen oproepen waar zbo's niet in het rechtspersoonlijkheidsjasje gehuld zijn en deel uitmaken van de Staat als rechtspersoon.

223 Overtreding gebruik ik hier in de ruime, taalkundige zin van het woord en niet ter onderscheiding van misdrijven.

224 Pag. 13 onder deel 6.3.

mogen verrichten. De nota erkent dat weliswaar even later,²²⁵ doch is aldus met zichzelf in tegenspraak. De conclusie van de nota dat het erkennen van de vervolgbaarheid van de Staat als zodanig dit stelsel van ministeriële strafbaarheid zou doorkruisen, is een evidente demonstratie van gebrek aan onderscheidingsvermogen. Alsof in 1840 de strafbaarheid van de Staat in de Grondwet ingevoerd werd! Dan had artikel 51 Sr voor de Staat toch al geen zin meer gehad. Het is overigens tekenend dat van deze in 1840 geschapen mogelijkheid nooit gebruik is gemaakt.

Dienen ambtshandelingen door straffen gesanctioneerd te worden? Dit is de eerste vraag die gesteld en beantwoord zal dienen te worden. Vervolgens valt na te gaan, als die vraag positief beantwoord wordt, hoe die strafbare feiten geformuleerd moeten worden. Dient zulks in algemene zin, zoals in de artikelen 355 en 356 Wetboek van Strafrecht, of meer specifiek te gebeuren? Daarna zal men, indien een dergelijke regeling wordt opgenomen, dienen te bepalen welke formele regeling ter zake van het entameren van vervolging tegen ambtsovertreders hier past. Dat daarbij het vertegenwoordigend orgaan een rol toebedeeld zou kunnen worden, lijkt mij een serieus te overwegen aspect. Men kan hier aan specifieke besluitvorming denken, waarbij het OM niet als enige instantie tot vervolging kan besluiten. Overigens moet opgemerkt worden, dat de huidige regeling inzake ambtsmisdrijven in zowel materiële zin – artikelen 355 en 356 Sr – als in formele zin (artikel 119 Grondwet en 483 Sv, dat in lid 1 verwijst naar de artikelen 4-19 van de Wet van 22 april 1855 houdende regeling der verantwoordelijkheid van de hoofden der Ministeriële Departementen), aanleiding geeft tot heroverweging. De geschiedenis wijst uit dat hiermee geen regeling is vastgelegd die voldoet aan de gerezen wensen. De nota schiet tekort in de analyse van de problematiek, verwacht wezenlijke entiteiten en draagt voor de echte problemen geen begin van een oplossing aan. In hoofdstuk 7 zal ik enkele voorstellen doen teneinde de weegschaal op dit onderdeel anders te laten hanteren en andere gewichten te gebruiken. Daarbij zal ik met name als uitgangspunt nemen het gedrag van de ambtsdrager en aansluiting zoeken bij de regeling in het Duitse recht.

225 Pag. 14 bovenaan, laatste alinea van onderdeel 6.3.

7. Afsluitende beschouwingen

7.1 Inleiding

Het voorgaande heeft aangetoond dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht niet uitblinkt door duidelijkheid. De jurisprudentiële ontwikkeling van zo'n twintig jaar heeft geleid tot een verwijdering van het bepaalde in het BW inzake aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden. Het bij de totstandkoming van het nu vigerende BW ingenomen standpunt om geen aparte regels op te nemen voor overheidsaansprakelijkheid heeft geleid tot een wildgroei. De civiele rechter is gesteld voor een taak waar hij zonder houvast aan een wettelijke regeling niet tegen opgewassen is. De criteria welke in het BW voor buiten-contractuele aansprakelijkheid zijn geformuleerd, blijken niet te voldoen noch in hun algemeenheid voor overheidshandelen noch voor bepaalde specifieke overheidsactiviteiten als wetgeving, bestuur en rechtspraak. Ook het strafrechtelijk overheidsaansprakelijkheidsrecht voldoet niet aan de eisen die uit een oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid gesteld mogen worden. Een wettelijke regeling zal enig houvast dienen te bieden om enerzijds de grondslagen van het civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht vast te leggen en om anderzijds op die grondslagen aan de jurisprudentiële ontwikkeling richting te geven. Dit is nodig om de weegschaal tussen enerzijds de overheid en anderzijds de desbetreffende burgers in evenwicht te houden.

Reeds in 1950 werden door de commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming,²²⁶ aan de hand van een systematisch overzicht van de jurisprudentie inzake de onrechtmatige overheidsdaad van de laatste jaren, de volgende conclusies getrokken:

- “1° het verbrokkelde karakter dezer jurisprudentie, welke niet logisch voortbouwt op één grondgedachte;
- 2° de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid;
- 3° het (soms) niet voldoende ontzien van de voor de Overheid bij het vervullen van haar bestuurstaak noodzakelijke zelfstandigheid;
- 4° daartegenover weer (soms) te grote schroomvalligheid”.²²⁷

Deze conclusies gaan nu, in verhevigde mate, op voor de jurisprudentie van de afgelopen twee decennia. Daar komt bij dat de complexiteit is toegenomen alsmede de omvang van de procedures. Een vast patroon zal door de wetgever geboden moeten

226 Commissie ingesteld bij beschikking van de ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie van 10 december 1946. Deze commissie, waarvan S.J.R. de Monchy voorzitter was, bracht haar verslag uit op 20 april 1950. Dit verslag is in gedrukte vorm uitgegeven door het Staats- en Uitgeversbedrijf in 1950. Waar naar dit verslag verwezen wordt, betreft het die uitgave.

227 Zie p. 31 van het Verslag.

worden. Nu het BW niet die wetsbasis blijkt te verschaffen, ontbeert de rechter het roer om “recht” te varen.

Daar komt bij dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG eveneens criteria biedt inzake overheidsaansprakelijkheid, waarbij dit Hof zich mede heeft laten leiden door hetgeen nationale rechtsstelsels binnen de Europese Unie op dit gebied inhouden. Voorts is uit die jurisprudentie duidelijk geworden dat de lidstaat voor het handelen van ieder overheidsambt op dezelfde wijze aansprakelijk is. Er wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de functie die binnen de overheid bekleed wordt. Ook blijkt dat de tekortkoming zelf een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht moet opleveren om voor onrechtmatig te worden gehouden. Wat de formele kanten betreft valt te wijzen op het systeem inzake het stellen van prejudiciële vragen en op de jurisprudentiële regel dat de mogelijk schadelijgende partij alle procedurele (rechts)middelen dient aan te wenden ter voorkoming van schade. Sind 1 juli 2000 is zelfs een versnelde prejudiciële regeling van kracht,²²⁸

Aan de hand van de waargenomen ontwikkeling zal ik nu per functie enkele ideeën geven voor de ontwikkeling van een wettelijk systeem. Het gaat dan met name om voorstellen inzake procedures en ter formulering van criteria waaraan getoetst wordt. Duidelijk moge zijn dat hier een taak voor de wetgever weggelegd is. Het lijkt niet verantwoord dat nog langer voortgegaan wordt op de weg die zo'n twintig jaar lang gebaad is. Voor zover daaruit bruikbare elementen naar voren zijn gekomen, kunnen zij dienstbaar zijn aan hetgeen de wetgever te doen staat: een basis vastleggen waarop het overheidsaansprakelijkheidsrecht naar vorm en inhoud nader uitgewerkt en ingevuld kan worden.

7.2 Aansprakelijkheid voor wetgeving

Het behandelde in hoofdstuk 3 heeft aangetoond dat men twee onderscheidingen kan maken in vorderingen betreffende daden van wetgeving in de zin van algemeen verbindende voorschriften. De wettelijke regeling als zodanig kan aangevochten worden *en* er blijkt dat schadevergoeding ingevolge een bestreden wettelijke regeling gevorderd wordt. In beide gevallen is het nodig vast te stellen of het desbetreffende wettelijk voorschrift op zichzelf rechtmatig is. Daarnaast doet zich het geval voor dat ingevolge een wettelijke regeling personen benadeeld worden, waarvan de vraag rijst of die benadeling hen terecht treft. De jurisprudentie op al deze punten laat zien dat er geen duidelijke koers gevaren wordt, dat er rechtsonzekerheid heerst en dat er verschillen in waardering tussen verschillende soorten rechters bestaan. Deze situatie vraagt om oplossingen van procedurele en materiële aard.

Wat de *procedurele* kant betreft is het gewenst dat één (soort) rechter belast wordt met vragen naar verbindendheid van wetgeving. Het is niet doelmatig dat zowel de bestuursrechter als de straf- en civiele rechter via uiteenlopende casusposities verplicht zijn na te gaan of een wettelijke regeling al dan niet verbindende kracht toe-

228 Zie art. 104 bis Reglement voor procesvoering van het Hof van Justitie.

komt. Niet alleen om redenen van doelmatigheid, ook uit een oogpunt van rechtszekerheid is het nodig over eenvormige uitleg van wettelijke voorschriften te beschikken. Afhankelijk van het karakter van het wettelijk voorschrift zou die rechter met de uitleg daarvan belast dienen te zijn, die ter zake kundig is. Daarvoor kan men werken met prejudiciële vragen aan die rechter die op het desbetreffende terrein deskundig is.²²⁹ Dit betekent in grote lijnen dat voor privaatrechtelijke, straf- en belastingwetgeving de Hoge Raad naar de onderscheiden rechtsgebieden met prejudiciële vragen benaderd zou kunnen worden over de vraag naar verbindendheid van wettelijke bepalingen. Voor andere bestuurswetgeving dan inzake het belastingrecht zou dat die administratieve rechter dienen te zijn die in hoogste instantie ter zake bevoegd is. Dit betekent, grofweg gezegd, dat voor het sociale zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht de Centrale Raad van Beroep aangewezen is, voor het economisch bestuursrecht het College van Beroep voor het bedrijfsleven en voor het overige bestuursrecht de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Wat de procedurele kant betreft zou de wetgever ook de mogelijkheid dienen te bieden voor een versnelde prejudiciële procedure en om een spoedvoorziening te vragen bij de desbetreffende competente rechter, mede om schade te voorkomen. Van die voorziening zou een partij die voorzienbare schade lijdt, verplicht moeten worden gebruik te maken teneinde (verdere) schade te voorkomen onder de sanctie dat anders geen recht op schadevergoeding bestaat.

Ten aanzien van de *inhoudelijke* criteria vragen eveneens twee elementen aandacht. Vooreerst het element van toetsing aan hiërarchisch hogere normen. Men zou dit de externe toetsing van het wettelijk voorschrift kunnen noemen. Voorts zou ten aanzien van de toetsing van het wettelijk voorschrift op rechtsbeginselen de wetgever dienen vast te leggen aan welke rechtsbeginselen die toetsing zou kunnen geschieden, teneinde te voorkomen dat de innerlijke waarde of billijkheid van dat voorschrift door de rechter gewogen wordt. Het willekeurverbod komt hier als het ware vanzelf in beeld. Nagegaan zou ook moeten kunnen worden of bij het vaststellen van het voorschrift nagelaten is de gerechtvaardigde belangen van (rechts)personen te honoreren, hetzij door die belangen niet of onvoldoende te wegen waardoor dit nalaten onrechtmatig is, hetzij door toezeggingen te dementeren,²³⁰ of door in ernstige mate inbreuken op subjectieve rechten te maken.²³¹

De wetgever zou zich tevens dienen uit te spreken over de vraag of de rechter bevoegd is schadevergoeding toe te kennen voor rechtmatige wetgeving en volgens welke criteria zulks dan zou dienen te geschieden. De nu ontstane onduidelijkheid is zeer onbevredigend en leidt tot ongewenste onzekerheid en speculaties.

229 Het moge voor zich spreken dat waar al in procedures ter zake van prejudiciële vragen voorzien is – te denken valt aan het Europees recht en Benelux recht – het hier gestelde niet opgaat. Zie art. 234 EG-Verdrag en art. 6 van het Verdrag betreffende instelling en statuut Benelux-Gerechtshof.

230 Zie het arrest HR 19 februari 1993, NJ 1995, 704 m.nt. MS inzake Aruba.

231 Vgl. HR 2 maart 1951, NJ 1951, 217 m.nt. Ph.A.N.H. (KNIL-militairen) en HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS (Harmonisatiewet-arrest). Zie voor meer vindplaatsen noot 55.

7.3 Aansprakelijkheid voor bestuursdaden

De Hoge Raad heeft zich aan de in de artikelen 6:162 en 6:163 BW neergelegde criteria, op grond waarvan schadevergoeding wegens onrechtmatige daad gevorderd en toegewezen kan worden, nagenoeg niets gelegen laten liggen in die gevallen waarin de bestuursrechter een bestuursbesluit vernietigd heeft. Het is frappant te zien hoe de Hoge Raad dan tot schadevergoeding veroordeelt zonder zich te bekommeren om enkele essentialia van het buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht. Naar mijn oordeel is de civiele rechter hier te ver doorgeslagen ten voordele van de wederpartij van de overheid. Zo vlug als een besluit vernietigd is, lijkt de civiele rechter vanuit een algemene formule inzake onrechtmatigheid en toerekening, met voorbijgaan aan eisen van relativiteit en causaliteit, bereid schade te vergoeden. Dit steekt schril af tegen zijn rechtspraak inzake onrechtmatigheid van en aansprakelijkheid voor strafvorderlijke besluiten en rechterlijke uitspraken. Deze ontwikkeling maakt het nodig dat de wetgever zorgt voor een evenwichtiger aansprakelijkheidsrecht dan nu het geval is. De wijze waarop het Duitse recht in zowel het Grundgesetz als in § 839 BGB voorzien heeft in een algemene regel van civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid verdient aandacht. Ook al wordt al enige tijd in Duitsland gewerkt aan een hervorming van dit rechtsgebied, zeker is dat daar niet getwijfeld wordt aan de noodzaak van zo'n regeling. Het eigen karakter van een wettelijk vastgelegd overheidsaansprakelijkheidsrecht wordt daar zonder meer erkend. Aan de rechter wordt een grondslag geboden waarop hij zijn oordeel kan doen steunen. De criteria waaraan hij dient te toetsen verschaft de wet.

Aan Staatshaftungsrecht van F. Ossenbühl ontleen ik daarom het volgende:

“Zur Ermittlung der Tatbestandselemente des Amtshaftungsanspruchs und ihrer logischer Zuordnung sind § 839 BGB und Art. 34 GG zusammen zu lesen.

Danach ist ein Anspruch aus Amtshaftung gegeben, wenn

(1) jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes

(2) eine Amtspflicht verletzt,

(3) die ihm einem Dritten gegenüber obliegt und

(4) dadurch einen Schaden verursacht,

(5) wobei die Amtspflichtverletzung schuldhaft erfolgt sein muß und

(6) weder ein Haftungsausschluß noch sonstige Haftungsbeschränkungen eingreifen.”²³²

Als uitgangspunt voor overheidsaansprakelijkheid acht ik de hier geformuleerde criteria een stuk aantrekkelijker dan hetgeen door de Hoge Raad ontwikkeld is. Er wordt in het Duitse recht aan een aantal aspecten recht gedaan welke bij ons geheel verdwenen zijn. Met name noem ik dat het moet gaan om een geschonden ambtsplicht bij de uitoefening van een publieke taak of bevoegdheid. Hierin acht ik terecht de basis van het onrechtmatig handelen gelegen. Aldus kan men een duidelijke en rechtvaardige grondslag aanwijzen welke de conclusie rechtvaardigt dat er onrecht-

232 Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 4e druk, München 1991, p. 12.

matig gehandeld wordt. Daarmee wordt tevens duidelijk dat ook een nalaten, waar handelen verplicht was, een onrechtmatige daad kan opleveren. In de gevallen van de vuurwerkkramp te Enschede en van de cafébrand te Volendam zou een criterium als dit een houvast kunnen bieden voor aansprakelijkheid. Momenteel is dit in ons land bepaald niet helder. Het voordeel is ook dat het criterium van schending van de ambtsplicht in het algemeen kan worden toegepast voor zowel rechtshandelingen als feitelijke handelingen. Hiermee wordt voorts, mijns inziens terecht, gemarkeerd dat het om een handelen van ambtsdragers en ambtenaren gaat en dat hun gedrag uitgangspunt dient te zijn. Een abstracte onrechtmatigheid, afgeleid uit of toegerekend aan een vernietigd besluit, is een juridisch spinsel dat maatschappelijk niet aanspreekt. Ook eisen van rechtvaardigheid pleiten er voor dit soort ficties niet te hanteren om onrechtmatige daden te construeren.²³³ Daar is het recht niet mee gediend. Niet vergeten mag worden dat de administratieve rechter het rechtsgehalte van een besluit toetst. Die toetsing heeft nog steeds trekken van het “recours objectif”, hetgeen betekent dat deze rechter (ook) toeziet op de intrinsieke kwaliteit van het besluit waarvan hem het rechtsgehalte op zichzelf interesseert.

Er pleiten ook andere argumenten voor het Duitse uitgangspunt. Vooreerst het argument dat van het recht een het rechtmatig handelen bevorderende werking dient uit te gaan naar degenen die belast zijn met de toepassing ervan. Door het accent te leggen op de nakoming van ambtsplichten geschiedt dit. De betrokken ambtsdrager zelf weet zich dan verplicht tot een door het recht voorgeschreven vervulling van zijn ambt.²³⁴ Een ander aspect is dat de formule “een vernietigd besluit is een onrechtmatige daad” het besef van rechtmatig en onrechtmatig handelen verzwakt en nauwelijks respondeert met wat als onrechtmatige daad ervaren wordt. Daarmee wordt onrechtmatigheid een vrijblijvende, niet aansprekende kwalificatie. De ambtsdrager komt als het ware los te staan van die onrechtmatigheid. Die kwalificatie zegt niets over zijn gedrag, is daarvan geabstraheerd en maakt hem voor die onrechtmatigheid als het ware immuun. Aldus bereikt de Hoge Raad het tegendeel van wat met overheidsaansprakelijkheid, in elk geval ook, nagestreefd zou dienen te worden, te weten een zorgvuldige opstelling bij het doen en laten van ambtsdragers en ambtenaren in de uitoefening van hun taak.

Een tweede belangrijk aspect dat de Hoge Raad niet of nagenoeg niet laat wegen bij zijn oordeel over schadeclaims naar aanleiding van vernietigde besluiten blijkt in het Duitse recht wél het volle pond te krijgen. Het betreft de eis dat het gaat om schending van de ambtsplicht welke de ambtsdrager *jegens een derde* in acht

233 Dat de Hoge Raad zelfs bereid was als onrechtmatig met terugwerkende kracht aan te merken een handelen dat conform zijn eigen jurisprudentie vorm had gekregen, terwijl dat volledig in afwijking was van allerwege gevestigde jurisprudentie, toont zijn arrest van 16 mei 1986 (Heesch-Van de Akker), waarvoor de conclusies van A-G Franx van informatief belang zijn. In zijn eerste conclusie toont hij met kracht van argumenten en voorbeelden aan dat “in de (...) rechtspraak van HR, CBB en CRvB afdoende steun te vinden (is) voor de opvatting dat een rechterlijke uitspraak in beginsel geen terugwerkende kracht heeft” (NJ 1986, 723, p. 2739 r.k., sub 10). Verwezen zij naar zijn fraaie uiteenzetting sub capite “algemeen”, op p. 2737-2741.

234 De huidige ambtseed of –belofte-aflegging zegt veelal niets omtrent de uitoefening van het ambt, terwijl juist de intentie daarvan was de ambtsvervulling rechtens juist te doen zijn.

heeft te nemen. Niet ieder vernietigd besluit houdt ipso facto in dat dit schending van een ambtsplicht is welke jegens de derde die schade geleden heeft in acht genomen moet worden. Het is een wezenlijke trek van het gebonden zijn ten opzichte van een ander uit een niet-contractuele relatie dat men jegens die ander dan ook tekort geschoten is. Het tekortschieten op zichzelf is niet voldoende. Dit kan een extra belangrijk aandachtspunt zijn in gevallen waarin derde-belanghebbenden in het spel zijn. Was er *jegens Van Dijk c.s.* onrechtmatig gehandeld door het college van b en w van Venray door hem een hinderwetvergunning te verlenen conform zijn aanvraag? Was er jegens de Stichting Werkgroep Behoud de Peel onrechtmatig gehandeld door die vergunningverlening? Het zijn vragen die in het arrest van de Hoge Raad buiten beeld blijven, doch naar mijn oordeel een rol zouden moeten spelen bij het vraagstuk van de overheidsaansprakelijkheid. Het doet ertoe of jegens iemand onrechtmatig gehandeld is of niet. Onrechtmatig in abstracto moge voor het recours objectief gelden, voor een schadevergoedingsactie past dit niet. Dat elk overheidshandelen per definitie mede strekt ter behartiging van het belang van de justitiabelen en dat dezen mogen vertrouwen op een foutloos handelen, is als fictie voor onrechtmatigheid *jegens* iemand in een concreet geval verwerpelijk. Het moet om feiten gaan waaruit van onrechtmatigheid jegens een persoon blijkt, ficties passen hier niet.

Het Duitse overheidsaansprakelijkheidsrecht stelt mijns inziens terecht dan ook als eis schuld aan de schending van de ambtsplicht door de ambtsdrager. Dit vereiste wordt in ons recht niet gepraktiseerd. Er wordt “toegerekend” zonder na te gaan of die toerekening terecht is. Met het feit dat een besluit vernietigd wordt, is bepaald niet zonder meer gegeven dat dit toegerekend moet worden aan de besluitnemer en nog minder dat dit besluit een onrechtmatige daad jegens de besluitaanvrager was. Er kunnen vele redenen zijn, waaronder wijziging in jurisprudentie of een andere waardering van de feiten, die een administratieve rechter ertoe brengen die vernietiging uit te spreken. In welke mate dat het gevolg is van het doen van het besluitnemend ambt, is een vraag die onderzoek verdient en die niet op voorhand te beantwoorden is.

Is de Hoge Raad van de ene kant gemakkelijk en zonder bekommernis om de normaliter geldende aansprakelijkheidseisen bereid onrechtmatigheid aan te nemen tengevolge van vernietigde besluiten en concludeert hij daaruit snel tot aansprakelijkheid, van de andere kant vindt nagenoeg het tegendeel plaats bij besluiten inzake opsporing en strafvordering. Hij gaat zonder meer ervan uit dat de laatstgenoemde besluiten rechtmatig zijn, als ze maar genomen zijn met het doel waartoe de desbetreffende bevoegdheid is verleend. Strecken zij tot dat doel en zijn ze door de daartoe bevoegde instantie genomen, dan is daarmee de rechtmatigheid als het ware gegeven. Ook indien door dit soort besluiten belangen van derden geschaad worden of op rechten van derden inbreuk wordt gemaakt, het besluit als zodanig wordt per definitie voor rechtmatig gehouden. Weliswaar wordt de mogelijkheid geboden om achteraf schade te redresseren, maar dat gebeurt op een al even merkwaardige wijze. De onschuld van de gelaedeerde is dan redengevend voor het onrechtmatigheidsoordeel van de civiele rechter. De eisen van de logica zijn hier ver te zoeken. De Hoge Raad is hier in

zijn eigen strikken gevangen toen hij de onschuldpresumptie moest ontzien. Volgens hem moet onschuld blijken. Dit nu is het tegendeel van wat het woord “presumptie” inhoudt, namelijk vooronderstelling. Onschuld wordt rechtens verondersteld, tot dat het tegendeel blijkt. De fout van de jurisprudentie is ook hier gelegen in het gekozen uitgangspunt. Er wordt volledig geabstraheerd van de ambtsvervulling die op haar rechtmatigheid beoordeeld dient te worden. Het handelen van de ambtsdrager ten behoeve van opsporing en vervolging dient rechtmatig te zijn en niet in strijd met de normaal geldende rechtseisen. Het Duitse recht maakt in § 839 BGB dan ook geen uitzondering voor dit soort handelen. Waarom ook? Behoeft de rechtshandhaver in de uitoefening van zijn publieke taak niet zijn ambtsplicht jegens de justitiabele na te komen? Een negatief antwoord hierop zou het vertrouwen in de rechtsstaat werkelijk ernstig schaden.²³⁵ Er is weliswaar in het belang van een verantwoord strafvorderlijk onderzoek nodig dat niet vooraf publiekelijk bekend is dat er bepaalde besluiten genomen zijn, doch dit neemt niet weg dat die besluiten dienen te voldoen aan de geldende rechtmatigheidseisen enerzijds en dat een onafhankelijke en onpartijdige instantie op de naleving daarvan toetst. In dit opzicht schiet ons rechtssysteem tekort, mede vanwege de door de Hoge Raad ontwikkelde jurisprudentie inzake aansprakelijkheid voor besluiten betreffende opsporing en vervolging. Dit blijkt daarnaast bovendien uit het feit dat ons strafrecht, anders dan bijvoorbeeld het Duitse, in beperkte mate feiten strafbaar stelt in het kader van gedragingen tot opsporing en vervolging.²³⁶ Het komt mij voor dat de wetgever de nu ontstane situatie, waarbij besluiten en daarmee samenhangende handelingen tot opsporing en vervolging in wezen niet door een rechter op hun rechtmatigheid getoetst worden,²³⁷ niet kan laten voortduren.

235 Dit is wel gebleken uit de zaak Marianne Vaatstra, waarbij de Iraakse asielzoeker Ali Hussein H. gearresteerd zou zijn zonder verdacht te zijn. Zie NRC-Handelsblad d.d. 21, 22, 26 en 27 juni 2001.

236 De §§ 343 en 344 van het Duitse Strafgesetzbuch luiden:

§ 343: “(1) Wer als Amtsträger der zur Mitwirkung an

1. einem Strafverfahren, einem Verfahren zur Anordnung einer behördlichen Verwahrung,
2. einem Bußgeldverfahren oder
3. einem Disziplinarverfahren oder einem ehrengerichtlichen Verfahren

berufen ist, einen anderen körperlich mißhandelt, gegen ihn sonst Gewalt anwendet, ihn Gewalt androht oder ihn seelich quält, um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären oder dies zu unterlassen, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis an zehn Jahren bestraft.”

§ 344: “(1) Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren, abgesehen von dem Verfahren zur Anordnung einer nicht freiheitsentziehenden Maßnahme, berufen ist, absichtlich oder wissentlich einen Unschuldigen oder jemanden, der sonst nach dem Gesetz nicht strafrechtlich verfolgt werden darf, strafrechtlich verfolgt oder auf eine solche Verfolgung hinwirkt, wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zum zehn Jahren (...) bestraft.

Satz 1 gilt sinngemäß für einen Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Verfahren zur Anordnung einer behördlichen Verwahrung berufen ist.

(2) Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Verfahren zur Anordnung einer nicht freiheitsentziehenden Maßnahme berufen ist, absichtlich oder wissentlich jemanden, der nach dem Gesetz nicht strafrechtlich verfolgt werden darf, strafrechtlich verfolgt oder auf eine solche Verfolgung hinwirkt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.”

237 Zo kan ook merkwaardig genoemd worden dat fouten bij opsporing en vervolging niet leiden tot sancties jegens degene die zulke fouten gemaakt heeft, doch tot strafvermindering van hem die schuldig bevonden is. Hier treft men dezelfde onlogische gang van zaken aan als bij het door de
→

Het ligt voor de hand uit een oogpunt van rechtvaardigheid de aan het gedrag van opsporings- en vervolgingsambtenaren en aan hen die tot beslissingen in dat kader gehouden zijn, geen minder vergaande eisen te stellen dan in het algemeen voor ambtsdragers en ambtenaren (dienen te) gelden. Zo daarop uitzonderingen nodig zouden zijn, dienen deze door de wetgever te worden vastgelegd.²³⁸

7.4 Aansprakelijkheid voor rechterlijke uitspraken

Zoals in hoofdstuk 5 is gebleken, staat het rechtsstatelijk in ons land slecht met de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. In essentie heeft de Hoge Raad een systeem ontwikkeld waarbij in formele zin bij schending van fundamentele rechtsbeginselen tegen een uitspraak opgekomen kan worden, doch door de creatie van een buitenwettelijk rechtsmiddel daartegen heeft hij ook aansprakelijkheid tegen dit tekort weten te redresseren. 's Hogen Raads jurisprudentie schiet tekort omdat een verkeerd uitgangspunt wordt gehanteerd. Hij heeft zich met name georiënteerd op de vraag – hetgeen overigens ingevolge zijn positie als cassatierechter en vanwege de aangedragen cassatiemiddelen begrijpelijk is – of het rechterlijk oordeel voor wijziging in aanmerking diende te komen. Dit is evenwel niet de vraag die gesteld moet worden. Die vraag moet zijn of de rechter volgens de geldende rechtseisen gehandeld heeft. In andere landen, zoals blijkt uit het Belgische Anca I-arrest en uit wetgeving in Frankrijk en Duitsland, wordt de in dit kader passende vraag gesteld, namelijk of de rechter bij en in de uitoefening van zijn taak rechtmatig gehandeld heeft. Niet wordt voorwerp van geschil het in dit rechterlijk oordeel vastgelegde resultaat, maar de wijze van handelen door de rechter zelf. Als men dit gegeven als vertrekpunt neemt voor aansprakelijkheid, wordt het beeld helder en wordt tevens duidelijk dat in ons land een verkeerde discussie gaande is. In het voorgaande wees ik reeds op hetgeen § 839, Satz 2 BGB voor het Duitse recht bepaalt. Interessant is daarnaast op te merken dat ook in het StrGB het Duitse recht een bijzondere regeling voor rechterlijk handelen heeft opgenomen, welke aanmerkelijk zwaarder is dan het bepaalde in ons Wetboek van Strafrecht, dat slechts op omkoping van een rechter ziet.²³⁹ § 336 van het Duitse Wetboek van Strafrecht bepaalt:

“Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei

Hoge Raad ontwikkelde aansprakelijkheidsrecht, waarbij het achteraf onschuldig gebleken zijn van de verdachte leidt tot een “geconstrueerde” onrechtmatige daad van de Staat, dus de wederpartij. Niet de daad van de dader wordt beoordeeld, maar de situatie van de wederpartij wordt in acht genomen.

238 De Algemene wet op het binnentreden stelt bijvoorbeeld slechts *formele* vereisten (machtiging, verslaglegging), doch geen materiële eisen aan het desbetreffende besluit. Dit mag naar mijn oordeel niet leiden tot de conclusie dat aan materiële rechtmatigheidseisen – zoals belangenafweging en evenredigheid – niet voldaan zou behoeven te worden. De jurisprudentie van de civiele rechter gaat aan deze materiële vereisten voorbij.

239 Zie artikel 364 WvSr.

einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zum fünf Jahren bestraft."

Met name de strafbare handeling "Beugung des Rechts" vraagt aandacht. Daartoe behoort onder andere "Sachverhaltsverfälschung, falsche Anwendung von Rechtsnormen ebenso in bezug auf das Materielle wie in bezug auf das Verfahrensrecht, und Ermessensmißbrauch". Het Duitse recht gaat daarin nog verder:

"Auch die Unterlassung rechtlich gebotener Handlungen kann Rechtsbeugung sein, z.B. die Nichtstellung sachgemäßer Fragen, die Vorenthaltung sachgemäßer Verteidigung, die Nichtvorlegung einer Beschwerde an das Beschwerdegericht oder die Nichtvorlegung eines für Verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes gem. Art. 100 GG."

Ten slotte zij erop gewezen dat "Rechtsbeugung" ook kan geschieden door het toepassen van kennelijk ongeldige voorschriften. In dit verband verwijs ik naar het Vulhop-arrest van de Hoge Raad, waarin hij aan de vaststelling van de onverbindende toeristenbelastingverordening van de gemeente Amsterdam door de belastingkamer van de Hoge Raad voorbij ging. In het Duitse recht wordt ook aangenomen dat "das Recht gebeugt ist, wenn eine Entscheidung ergeht, die objektiv im Widerspruch zu Recht und Gesetz steht". Dit alles lijkt mij voldoende basis te bieden voor een serieuze afweging en regeling bij wet van aansprakelijkheid van de rechter voor ambtshandelingen en daarmee voor een verantwoorde regeling van het overheidsaansprakelijkheidsrecht op dit gebied.

7.5 Strafrechtelijke aansprakelijkheid

Evenals voor sommige onderdelen van de civielrechtelijke aansprakelijkheid blijkt ook inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid een uitgangspunt in ons recht gekozen te worden dat niet voldoet. Men zal ook hier de ogen dienen te richten op de *personen* wier handelen ter discussie is en niet op instituten. Het gaat niet om intra-overheidsrecht, het gaat om handelingen van ambtsdragers en ambtenaren in kwaliteit. Daar dient het vertrekpunt te liggen voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het is uit een oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid onjuist de publiekrechtelijke rechtspersoon als de dader van strafbare feiten te kwalificeren, en wel om verschillende redenen. Vooreerst is dit een fictie, welke daardoor al voorbij gaat aan de realiteit. De rechtspersoon kan immers niet handelen. Voorts is het een rituele dans, als overheidsinstanties onpersoonlijke overheden vervolgen en veroordelen om belastinggeld – de enige straf die de rechtspersoon opgelegd kan krijgen – van de ene overheidsbegroting naar de andere over te hevelen. Dit is geen verantwoord handelen met gemeenschapsgeld. De derde reden om van deze benadering af te stappen is de volgende. Door overheden strafbaar te stellen komt men niet tegemoet aan het maatschappelijk geuite verlangen om degenen die feitelijk tekortgeschoten zijn of onjuist gehandeld hebben, op hun doen en laten te beoordelen. Het gaat om *ambtshandelingen* en om degenen die daartoe bevoegd en verplicht waren.

Juist in het bepalen van hetgeen een ambtsdrager onder bedreiging van een strafsanc-tie moet doen of laten, wordt een rechtvaardige en doelmatige regeling getroffen. Dat hiervoor de wetgever de enige aangewezen instantie is, spreekt voor zich aangezien geen feit strafbaar kan zijn dan op grond van een daaraan voorafgaande wetsbepa-ling. Het is dus zaak dat de wetgever zich bezint over een nadere regeling van ambts-delicten. Daarvoor kan het Duitse recht hem van dienst zijn. Ook de formele kant zal daartoe bezien dienen te worden door de beslissing tot vervolging via bepaalde procedures te laten verlopen.

7.6 Slot

Het aansprakelijkheidsrecht is in ons land vastgelopen. Wat de civielrechtelijke kant van dit recht betreft is de Hoge Raad voor een opgave gesteld, waarvan op voorhand te voorspellen was dat die zijn krachten te boven ging. Er dient op zijn minst een wettelijke basis te zijn om jurisprudentiële regeling te laten ontwikkelen. De rechter moet een houvast hebben op grond waarvan hij kan toetsen. Dit kan beperkt gehou-den worden, doch zonder zo'n houvast wordt het chaos. Dit is inmiddels gebleken. Als de wetgever het overheidsaansprakelijkheidsrecht gaat regelen – en daartoe is alle reden – zal mijns inziens het beginpunt gelegd moeten worden bij het handelen van de ambtsdrager en de ambtenaar om van daaruit de rechtspersoon aansprakelijk te stellen. Niet omgekeerd. Ook is er geen reden om uitsluitend de rechtspersoon als handelende instantie aan te merken.

Wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid betreft, is er geen reden om voor pu-bliekrechtelijke rechtspersonen andere regels te stellen dan nu artikel 51 Sr geeft. Wel is het nodig een heldere regeling te treffen inzake strafbare feiten van ambts-dragers en van de wijze waarop tot vervolging besloten wordt. Dit geldt trouwens ook voor hen die met opsporing en vervolging belast zijn. Het moge niet zo zijn dat voor hen de weegschaal niet openbaar gewogen wordt door onafhankelijke en onpar-tijdige instanties.