

de Gemeentestem

Gst. 2008, 7308
vrijdag 12 december 2008
158e jaargang

INHOUD

138. **Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend bouw- en woningtoezicht (1).** Over politiek wenselijke rechtspraak en een wetgever die verantwoordelijkheden op de burger afschuift. Mr. C.L.G.F.H. Albers mr. P.C.M. Heinen

139. **Ingezonden bijdrage. Reactie op: W. Konijnenbelt, Op-recht bekeken, Medebewind of geen medebewind? Of: een vals debat.** Mr. I. van Haaren-Dresens

140. **Naschrift: Autonomie en medebewind revisited.** Mr. W. Konijnenbelt

141. **ABRvS 1-10-08. Belanghebbende. Belangen van rechtspersonen, in het bijzonder blijken, doelstelling, feitelijke werkzaamheden, in rechte opkomen. De Nieuwe Meer-criteria, effectieve rechtsbescherming. (Stichting openbare ruimte) Mr. F.A. de Lange.**

142. **ABRvS 6-8-08. Bestemmingsplan. In privaatrechtelijke sfeer gelegen reden voor opnemingswijzigingsbevoegdheid niet ruimtelijk relevant. (Echt-Susteren) m.nt. J.M.H.F. Teunissen**

143. **ABRvS 20-8-08. Aanwijzing pand als gemeentelijk monument. Posterieure verordening niet in strijd met wet in formele zin. (Enschede) m.nt. S.A.J. Munneke**

144. **Op-Recht Bekeken. De Caribische gemeenten zorgen voor problemen, prof. mr. D.J. Elzinga**

Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend bouw- en woningtoezicht (1)

Over politiek wenselijke rechtspraak en een wetgever die verantwoordelijkheden op de burger afschuift

Mr. C.L.G.F.H. Albers¹
mr. P.C.M. Heinen

138 Welke kant gaat het civielrechtelijk en strafrechtelijk op bij een tekort schietend bouw- en woningtoezicht? Wij signaleren een hoofdzakelijk aansprakelijkheid ontwijkende ontwikkeling bij rechter en wetgever. Zo legt de gewijzigde Woningwet een zwaardere verantwoordelijk bij de burger neer. Daarbij komt dat de Hoge Raad vooral op basis van rechtspolitieke overwegingen (tegenaan van uitdijende overheidsaansprakelijkheid) niet snel oordeelt dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld. De burgerlijke rechter gaat uit van een ruime discretie van het bestuur in het kader van de toepassing van toezichts- en handhavingsbevoegdheden. Bijgevolg toetst hij afstandelijk. Voorts lijkt hij voor de burger geen gunstige invulling van het relativiteitsbeginsel te beogen. In het kader van de 'besluitenaansprakelijkheid' valt nog te wijzen op de uitbreiding van de leer van de formele rechtskracht naar voorbereidingshandelingen door de Hoge Raad in de zogeheten 'Valkenswaardjurisprudentie'. Ook deze tendens draagt voor de burger niet positief bij aan de aansprakelijkheidsontwikkelingen op het terrein van toezicht. Aan de andere kant ligt er een wetsvoorstel voor om de strafrechtelijke aansprakelijkheden van overheden te vergroten. De vraag is echter of dit initiatiefvoorstel uiteindelijk (in de huidige vorm) tot wet verheven zal worden.

Dit artikel wordt in twee gedeelten gepubliceerd. In deze bijdrage wordt vooral ingegaan op de civiele aansprakelijkheidstendenzen rond bouw- en woningtoezicht. Het tweede gedeelte verschijnt in het volgende nummer van dit tijdschrift en zal vooral gaan over strafrechtelijke implicaties in de sfeer van falend bouwtoezicht. Wij zullen in dat verband de strafrechtelijke en civielrechtelijke ontwikkelingen naast elkaar leggen.

¹ Karianne Albers is universitair hoofd-docent staats- en bestuursrecht aan de Open Universiteit Nederland en Pedro

Heinen is advocaat bij De Kempnaer Advocaten te Arnhem.

Nu beschikbaar:
de Gemeentestem Online
Meer informatie?
Kijk op www.kluwershop.nl
of bel met onze klantenservice,
tel. 0570-673449



10110428

1. Inleiding

Voordat een gemeente civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor falend bouw- of woningtoezicht dienen er door een gelaedeerde heel wat juridische hobbels te worden genomen. De civiele rechter lijkt zich de bijzondere positie van de overheid in het kader van het algemeen belang aan te trekken en pleegt de op grond van de wet aan bestuursorganen toekomende beleids- en beoordelingsvrijheid in dat verband te respecteren en derhalve het toezichtgedrag van de gemeente terughoudend te toetsen. Hij lijkt daarbij geen aandacht te schenken aan de rechtspraak van de bestuursrechter inzake de beginselplicht tot handhaving die een ander licht op het aansprakelijkheidsvraagstuk zou kunnen werpen. In lijn met de gedachte dat een uitdijende overheidsaansprakelijkheid zoveel mogelijk moet worden voorkomen, lijkt de Hoge Raad – als hij al oordeelt dat er sprake is van een onrechtmatige daad – met zijn benadering van het leerstuk van de relativiteit in het kader van een mogelijk onrechtmatige overheidsdaad een rechtspolitieke keuze te hebben gemaakt. Verderop zullen we hier nader op ingaan. Verder zijn er op het terrein van de ‘besluitenaansprakelijkheid’ relevante ontwikkelingen rond het leerstuk van de formele rechtskracht te signaleren, op grond waarvan (gebrekig) feitelijk toezicht mogelijkerwijs grotendeels zal opgaan of oplossen in (rechtens onaantastbare) handavingsbesluiten, althans het weigeren ervan.

Evenals de burgerlijke rechter lijken de wetgever en de regering er sterk op aan te sturen dat de sluizen voor overheidsaansprakelijkheid zoveel mogelijk gesloten blijven. Met de zorgplichtbepaling (art. 1a) in de Woningwet en de regeling dat vrijwel alle voorschriften uit het Bouwbesluit (bijv. alle NEN-Normen o.a. die t.a.v. de constructieve veiligheid) en de Bouwverordening de burgers rechtstreeks binden (art. 1b en 7b Wonw), heeft de wetgever bevorderd dat bouwers, opdrachtgevers, projectontwikkelaars, aannemers, architecten, directievoerders en eigenaren van bouwwerken het primaire aansprekpunt vormen als zij in strijd met die normen bouwen. De eigenaar van het bouwwerk is primair aansprakelijk voor het in strijd met de desbetreffende normen bouwen of in stand laten van zijn bouwwerk (zie ook art.

100e Wonw).² Dat leidt ertoe dat in de visie van de wetgever de particuliere partijen in het bouwproces eerder civielrechtelijk aansprakelijk zullen zijn bij een door bouwtechnische gebreken veroorzaakt ongeval dan een gemeente vanwege een toezichts- of handavingsgebrek (in het kader van het bouw- en woningtoezicht).³

Op het gebied van de strafrechtelijke overheidsaansprakelijkheid wegens falend toezicht zal het initiatiefvoorstel van Wolfsen c.s. tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen⁴ – als het in de huidige vorm wordt verheven tot wet – leiden tot het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit, ook als het gaat om het uitoefenen van een exclusieve overheids- of bestuursstaak. Bijgevolg zal de strafrechtelijke aansprakelijkheid dan ook gelden voor het bouw- en woningtoezicht en daarmee verband houdende handavingsgedragingen.⁵

In deze bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre de gemeente civielrechtelijk dan wel strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor falend bouw- en woningtoezicht. In dat kader besteden wij aandacht aan de hiervoor kort weergegeven ontwikkelingen op het terrein van rechtspraak en wetgeving. Daarbij zal ook aandacht uitgaan naar de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Deze rechtspraak is van invloed op de ontwikkelingen op het gebied van het overheidsaansprakelijkheidsrecht, met name waar het gaat om falend toezicht of inadequate handhaving bij rampen of ongevallen waar slachtoffers vallen te betreuren. De civielrechtelijke en strafrechtelijke merites zullen worden beschouwd in de verhouding tussen de mogelijk falende gemeentelijke toezichthouder en derden, dat wil zeggen gelaedeerden of slachtoffers, en dus niet in relatie tot de vergunninghouder.

In deel 1 van deze bijdrage zullen wij ingaan op de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor falend feitelijk toezicht waaraan geen bestuurlijke besluitvorming ten grondslag ligt. Vervolgens gaan wij in op de ‘besluitenaansprakelijkheid’, in welk verband wij tevens de ontwikkelingen rond het leerstuk van de formele rechtskracht zullen bespreken. In deel 2 van onze bijdrage, dat in nr. 7309 van de Gemeentestem zal worden gepubliceerd,

worden de ontwikkelingen ten aanzien van de strafrechtelijke overheidsaansprakelijkheid wegens toezichts- of handavingsfalen in kaart gebracht.⁶ Zowel in deel 1 als in deel 2 zal ook aandacht uitgaan naar de rechtspraak van het EHRM. Enkele recente uitspraken van het Europese

² Hierover onder meer J.M.H.F. Teunissen, ‘De herziening van een Woningwet op het punt van de handhaafbaarheid en handhaving. Een verwerpelijke wetsvoorstel!’ *NJB* 2004, p. 418-424; A.G.A. Nijmeijer, ‘Vergunnen en handhaven met de gewijzigde Woningwet’, *BR* 2006, 171, p. 785-795; P.C.M. Heinen, ‘Serieus toezien op bouwen en wonen!; Hoever reikt de civielrechtelijke (mede-)aansprakelijkheid van de gemeente ingeval van gebrekkige Bouw- en Woningtoezicht?’, *BR* 2005, 50, p. 189 e.v., in die bijdrage gaat het vooral om ‘zelfstandige’ civiele aansprakelijkheid van feitelijk toezichtsfaalen, buiten de sfeer van de ‘handavingsbesluitenaansprakelijkheid’.

³ Zie ook het kabinetstandpunt in de nota Rechtsstaat en Rechtsorde dat een vergunninghouder in beginsel aansprakelijk is en dat de verantwoordelijkheid voor misstanden niet mag worden afgewenteld op de overheid in verband met gebrekkig toezicht (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 279 nr. 1 op p. 6). Volgens het kabinet zou in het kader van toezicht en handhaving ‘in het verleden te vaak de verantwoordelijkheid van misstanden op de overheid zijn afgewenteld’. Bij toezicht en handhaving heeft het kabinet in dat verband tevens het oog op opsporing en vervolging. De primaire verantwoordelijkheden dienen volgens het kabinet in de particuliere sfeer (d.w.z. bij de burger of een privaatrechtelijke organisatie) te liggen. Bij het kabinet lijkt de opvatting post te hebben gevat dat een overheidslichaam, ongeacht of er sprake is van gebrekkig toezicht en niet-adequate handhaving, buiten het ‘aansprakelijkheidsschot’ moet blijven. In die gedachtegang lijkt het kabinet ook te hebben willen benadrukken dat de zorgplichten zijn bedoeld om de primaire verantwoordelijkheid bij de particuliere sector te laten (vgl. bijv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 3 op p. 4, zie over het streven naar ‘horizontalisering van toezicht’ voorts *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9 op p. 7).

⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538, nr. 1 t/m 9.

⁵ Zie daarover uitvoerig deel 2 van deze bijdrage (*Gst.* 2008, 7309).

⁶ Waarbij kan worden gedacht aan strafbare feiten als dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld (art. 307 en 308 Sr). Zie hierover: J.T.C. Leliveld, ‘Dood door schuld in de bouw’, *BR* 2006, 172.

Hof voor de Rechten van de Mens bieden belangrijke aanknopingspunten bij beantwoording van de vraag of de overheid civielrechtelijk en/of strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving.

2. Civielrechtelijke aansprakelijkheid bij gebrekkig toezicht dan wel handhavingsfalen

Hierna besteden wij aandacht aan de stand van zaken met betrekking tot civielrechtelijke aansprakelijkheid bij toezichts- of handhavingsfalen. Eerst gaan wij in op civielrechtelijke aansprakelijkheid voor (feitelijk) toezichts- of handhavingsfalen waaraan geen bestuurlijke besluitvorming ten grondslag ligt. Daarna gaat aandacht uit naar de zogenoemde besluiten-aansprakelijkheid.

2.1. Feitelijk toezichts- of handhavingsfalen

2.1.1. De rechtspraak van de burgerlijke rechter; een overzicht

Wat betreft aansprakelijkheid voor schade die een derde (d.w.z. niet de vergunninghouder) lijdt ten gevolge van gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving is een aantal uitspraken van de civiele rechter van belang.⁷ Wij wijzen op de uitspraken in de zaken 'Oudewater', 'Vuurwerk-ramp Enschede', 'Caldic Chemie BV'⁸ en 'Gasunie',⁹ die enkele aanknopingspunten bieden met betrekking tot overheidsaansprakelijkheid voor schade ontstaan door gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving.¹⁰ Voordat wij daaronder ingaan komen eerst nog de zaken 'restaurant Boeddha' en 'Ruurlo' aan de orde.¹¹

Restaurant Boeddha

In het Hilversumse restaurant Boeddha brak op 24 november 1988 een brand uit. Bij deze brand vielen doden en gewonden te betreuren. Eisers – die zich ten tijde van de brand in het restaurant bevonden – stellen onder meer de gemeente Hilversum aansprakelijk wegens onzorgvuldige en/of nalatige uitoefening van haar publieke taak om burgers tegen brand te beveiligen. Het restaurant was al jaren niet meer gecontroleerd op brandveiligheid. Evenmin had (het daartoe bevoegde bestuursorgaan van) de ge-

meente gecontroleerd of een voorgenomen verbouwing had plaatsgevonden en of daarbij conform de brandveiligheidsvoorschriften was verbouwd. De Hoge Raad gaat, gelet op de cassatiemiddelen, niet op de aansprakelijkheidskwestie in.¹² Daarmee

⁷ Meer hierover: C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving, de geest uit de fles?', *NTBR* 2005/10, p. 482 e.v. (hierna Albers 2005a); C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving', *NTB* 2004, 32 p. 201 e.v. (hierna Albers 2004a); I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005 (met verdere verwijzingen); A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', (*Handelingen NJV*), 2005-1 (NJV-pleidvies), Deventer: Kluwer 2005, p. 1-124 en T. Hartliel, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders: vertrouwen is goed, controle heter?' (bespreking van het pleidvies van A.A. van Rossum, *NJB* 2005/22 (hierna: Hartliel 2005a).

⁸ Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508 (*Caldic Chemie BV/Rotterdam*).

⁹ HR 13 juli 2007, *Gst.* 2008, 53 (m.nt. Van der Does); *JB* 2007/160 (m.nt. Schlössels); *NJ* 2007, 504 (m.nt. Mok); *NTBR* 2008/21 (m.nt. Moesker).

¹⁰ Wij wijzen ook nog op een uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 17 september 2008 (*JB* 2008/247 ((*Verdronken oom*)) waarin de Regionale Brandweer Flevoland en de gemeente Almere aansprakelijk worden gehouden voor de verdrinking van een beschonken man wiens bootje rond middernacht is omgeslagen op een recreatieboot en onduidelijke besluitvorming door de bevelvoerder en de officier van dienst werd bij de reddingsactie veel tijd verloren. Dientengevolge raakte het slachtoffer onder water en werd het niet meer gevonden.

¹¹ Als we in het kader van falend toezicht op basis van een volledige jurisprudentieanalyse hier alle aanknopingspunten zouden bespreken die de civiele rechter bij een eventueel onrechtmatigheidsoordeel zou kunnen betrekken, dan treden we te ver buiten het bestek van onze bijdrage. De lezer die zich hierin verder wil verdiepen zij verwezen naar de tien aanknopingspunten die Heinen heeft besproken in: 'Serieus toezien op bouwen en wonen! Hoe ver reikt de civielrechtelijke (mede)aansprakelijkheid van de gemeente ingeval van gebrekkig bouw- en woningtoezicht?', *BR* 2005, 50, p. 188 en 189. Zie verder: Giesen 2005, p. 113; Van Rossum 2005, p. 64 e.v.; Albers 2004a en Albers 2005a.

¹² HR 22 juni 2001, *Gst.* 2001, 2 (*Restaurant 'Boeddha'*); m.nt. Hennekens), i.h.b. r.o. 3.6-3.8.

de Gemeentestem

Erevoorzitter:
mr E. Brederveld

Hoofredactie:
mr. D.E. Bunschoten, prof. mr. D.J. Elzinga, mr. S.A.J. Munneke (eindredacteur), prof. mr. R.J.N. Schlössels, prof. mr. J.M.H.F. Teunissen, drs. C.J.N. Vermeden (voorzitter), mr. J. de Vries

Redactieraad:
mr. M.A.C. van Egdom, prof. mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.A.M. van Homelen, prof. mr. W. Konijnenbelt, mr. J.B. Mencke, mr. J.H. Pop, prof. mr. R.T.G.M. Widdershoven

Annotatoren:
mr. W.P. Adriaanse, mr. P.P.A. Bodden, prof. mr. A.H.M. Dille, mr. J.A.E. van der Does, prof. mr. J.W.M. Engels, mr. A.A.J. de Gier, mr. J.L.A. Kessen, mr. A.P. Klap, mr. T.E.P.A. Lam, mr. S.A.J. Munneke, prof. mr. A.G.A. Nijmeijer, prof. mr. L.J.J. Rogier, mr. L.J.M. Timmermans, prof. mr. P.J.J. Zoonjens

Selecteurs:
ABRvS: mr. R. Kegge, mr. W.G. Timmerman, mr. R.H.L. Dallinga, mr. W.S. van Helvoort, mr. J. de Koning, mr. O. van Loon, mw. mr. C.E.C.M. van Roosmalen, mr. J.J. Schuurman; *CRvB*: A.J.Th. Kok; *CBB*: mr. R. Meijer

Citeerwijze:
Gst. jaartal, publicatienummer;
Gst. 2008, 1

Aanwijzingen voor auteurs:
Artikelen en reacties zijn welkom. Uw bijdrage kunt u zenden aan Kluwer BV, t.a.v. Sandra Meulenbelt: smeulenbelt@kluwer.nl, tel. 0172-466929. Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, geponeerd ter gratie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 217/1999, een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd. U kunt de standaardpublicatievoorwaarden ook vinden op www.kluwer.nl onder Auteurs/Documenten.

Advertentie-exploitatie:
Informatie over adverteren:
Astrid van Duijn, tel: 0172-46 64 06; avanduijn@kluwer.nl

Abonnementen:
€ 304,- incl. 6% BTW en opbergband per jaar, studenten 50% korting, losse nummers € 17,50 incl. 6% BTW, opbergband € 23,60 incl. adm.- en verzendkosten. Verschijnt 22 maal per jaar.
Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering, en worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk schriftelijk anders is overeengekomen.
Abonnementen kunnen schriftelijk tot drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

Abonnementenadministratie en productinformatie:
Kluwer Afd. Klantcontacten, Pb 878, 7400 AW Deventer, tel. 0570-673449; automatische bestellijijn 0570-673511; fax 0570-691555; e-mail juridisch@kluwer.nl; Ook adres-/naamswijzigingen d.m.v. verbeterd adreslabel aan voornoemd adres.

Gebruik persoonsgegevens:
Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer of zorgvuldig geselecteerde derden worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met de Afd. Klantcontacten opnemen.

Leveringsvoorwaarden:
Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via tel. 0570-673449.

De Gemeentestem is een uitgave van Kluwer BV. ISSN 0165-7895

www.kluwer.nl

houdt de opvatting van het Amsterdamse Hof, dat de gemeente niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade tengevolge van de brand, stand. Het Hof komt tot die conclusie op basis van de overweging dat uit de wettelijke regeling (de Brandveiligheidsverordening) in casu geen *verplichting* voor de gemeente voortvloeide om tussen het moment van de brand (november 1988) en de laatste brandveiligheidscontrole (uitgevoerd in 1983) wederom te controleren op brandveiligheid.¹³ Van Dam heeft ons inziens terecht kritiek op dit oordeel van het Hof.¹⁴ Dat uit een wettelijke regeling voor een overheidslichaam geen verplichting tot toezicht of handhaving voortvloeit sluit immers niet uit dat gebrekkig toezicht of niet-handhaven tot aansprakelijkheid kan leiden.

Ruurlo; de onfortuinlijke Astrid Sterkenburg

Zowel in de zaak Ruurlo als in de, hierna nog te bespreken, zaak Oudewater wordt het openbaar lichaam wél aansprakelijk gehouden voor schade ontstaan door gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. In de zaak Ruurlo¹⁵ was sprake van zonder bouwvergunning gebouwde slaapkamers op een zolder van een vakantieboerderij. De zolderkamers hadden dakramen die zich bevonden op een hoogte van ongeveer 60 cm vanaf de vloer en die in strijd met de bouwverordening niet voorzien waren van een doorvalbeveiliging. De met bouw- en woningtoezicht belaste ambtenaar die de illegale verbouwing constateerde deelde niet aan de eigenaar van de boerderij mee dat er een doorvalbeveiliging moest worden aangebracht. In zijn rapport aan burgemeester en wethouders maakte hij evenmin melding van deze met de bouwverordening strijdige situatie (omdat hem niet duidelijk was dat er sprake was van een met de bouwverordening strijdige situatie, zo wordt namens de gemeente achteraf gesteld).

Enkele maanden later viel vervolgens, tijdens een stoeipartij, de 14-jarige Astrid Sterkenburg door het zolderraam. De verzekeringsmaatschappij, waarbij de ouders van de 14-jarige verzekerd zijn, spreekt naast de eigenaar van de kampeerboerderij ook de gemeente Ruurlo aan. Het Amsterdamse Hof komt aan de hand van een aantal sterk op de casus gerichte overwegingen tot de conclusie dat 'de fout

om geen aandacht te besteden aan de ramen en in plaats daarvan zonder onderzoek van de ramen te vermelden dat de boerderij voldeed aan de eisen van de bouwverordening als een onrechtmatige daad aan de gemeente is toe te rekenen'.

Het Hof stelde onder meer:

'De ramen behoefden dringend correctie. Zij vormden een kenbaar gevaarlijke situatie, ter voorkoming waarvan het betreffende veiligheidsvoorschrift is gegeven. Blijkens het rapport van 18 april 1984 is de controlerend ambtenaar van de gemeente (...), ervan uit gegaan, dat de boerderij als vakantiewoning zou worden verhuurd. Ook de gemeente, respectievelijk haar ambtenaar, hadden ernstig rekening te houden met de alleszins reële mogelijkheid dat (ook) kinderen – in het bijzonder op de zolderkamers – zouden logeren of verblijven en daarmee met de aanmerkelijke kans dat kinderen bij stoeien of spelen in vakantiestemming zich zodanig zouden gedragen dat een ongeval als te dezen heeft plaatsgevonden zich zou kunnen voordoen.'¹⁶

Als wij het goed zien komt het Hof in de zaak Ruurlo op basis van toepassing van de kelderluik-factoren¹⁷ tot de conclusie dat de gemeente aansprakelijk is.¹⁸

Oudewater

In de zaak Oudewater¹⁹ werd begonnen met bouwwerkzaamheden zonder dat de bouwer beschikte over een adequate bouwvergunning. De in de onmiddellijke nabijheid van het bouwperceel wonende eisers spraken tegenover gemeentelijke ambtenaren herhaaldelijk hun bezorgdheid uit over bepaalde voorgenomen werkzaamheden (graafwerkzaamheden ten behoeve van een parkeerkelder). Zij vreesden voor schade aan hun woning (bijvoorbeeld verzakkingen en scheurvorming). Van gemeentewege werd echter niet opgetreden tegen de bouwactiviteiten die onder meer bestonden uit heiwerkzaamheden. Dientengevolge zijn delen van de woning en schuur van eisers verzaakt. Dit heeft geleid tot ernstige scheurvorming in en rondom het huis van eisers.

Bij de voorzieningenrechter stond de vraag centraal of de gemeente (als vermogensrechtelijk toerekeningsobject), vanwege het niet direct toepassen door het college van burgemeester en wethouders van de aan hem toekomende handhavingsbevoegdheid, na-

latig was geweest jegens de eigenaren. De voorzieningenrechter overwoog als volgt:

'Het antwoord op deze vraag dient in zijn algemeenheid ontkennend te luiden. Met de gemeente is de Voorzieningenrechter van oordeel, dat de literatuur en de rechtspraak op dit punt in het algemeen eensluidend zijn, namelijk dat het hebben van een bevoegdheid nog níet met zich meebrengt dat het niet gebruiken daarvan, in een situatie waarin dat had gekund, aansprakelijkheid met zich meebrengt in geval de kans dat schade optreedt zich verwezenlijkt. Eerst indien sprake is geweest van een in zeer ernstige mate tekortschieten, opzettelijk of roekeloos onjuist gegeven adviezen en/of een in redelijkheid geboden meer intensieve controle, kan aanleiding bestaan een overheidsorgaan (...) aansprakelijk te achten wegens het niet gebruiken van zijn bevoegdheid. Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter geven de bijzondere feiten en omstandigheden in deze zaak echter aanleiding de gemeente aansprakelijk te achten.'

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht achtte de gemeente Oudewater aansprakelijk voor de door eisers geleden schade. Dit omdat sprake was van een '*in zeer ernstige*

¹³ Zie rechtsoverweging 3.5 van het arrest van de Hoge Raad.

¹⁴ C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving', in de bundel: A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: 2002, p. 103 e.v.

¹⁵ Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, p. 308 (*Ruurlo*; m.nt. Moesker).

¹⁶ Het Hof verwierp overigens ook het beroep van de gemeente op haar beleidsvrijheid, aangezien sprake was van vast beleid op grond waarvan de toezichthouder in ieder geval diende te letten op het in casu aan de orde zijnde 'kernvoorschrift' alsmede op situaties die 'dringend correctie behoeven'.

¹⁷ HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (*Kelderluik-arrest*; m.nt. GJS).

¹⁸ Zie r.o. 5.19. Het Hof oordeelde voorts dat de eigenaar van de vakantieboerderij eveneens aansprakelijk was jegens Astrid Sterkenburg en dat de eigen schuld van Astrid in beide gevallen 50% bedroeg. Zie voor kritiek op dit hoge percentage dat aan de minderjarige Astrid wordt toegerekend: Van Dam 2002, p. 109.

¹⁹ Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003/304 (*Oudewater*; m.nt. Albers).

mate tekortschieten' ²⁰ Eisers hadden immers herhaaldelijk hun zorgen kenbaar gemaakt bij de met toezicht en handhaving belaste gemeentebestuurders. Bovendien hadden zij verzocht om handhavend op te treden. Desondanks werd van de zijde van de gemeente (door het daartoe bevoegde bestuursorgaan – nl. het college van burgemeester en wethouders –) geen actie ondernomen. Uit deze uitspraak mag worden afgeleid dat er, als de overheid op de hoogte is van bepaalde risico's of (dreigende) gevaren, en de verwezenlijking daarvan ook nog eens voorzienbaar is en zij desondanks niet ingrijpt, sprake is van een ernstig (concreet) toezichtsfalen.

Vuurwerkcramp Enschede

Onmiskenbaar van belang is de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 24 december 2003²¹ over de vuurwerkcramp die zich in mei 2000 voltrok in Enschede. Eisers vorderen een schadevergoeding van de Staat en de gemeente Enschede onder meer in verband met gebrekkig toezicht en niet-adequate handhaving. De Haagse rechtbank komt tot de conclusie dat zowel de Staat als de gemeente Enschede niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schade die het gevolg is van de vuurwerkcramp. Om aansprakelijkheid te kunnen vaststellen moet volgens de Haagse rechtbank vooral worden gekeken naar de oorzaken van de ontploffingen op 13 mei 2000, met als uitgangspunt de wetenschap die de Staat en de gemeente tot op het moment van de ramp bezaten of hadden moeten bezitten. Aansprakelijkheid kan, zo stelt de Haagse rechtbank, niet worden aangenomen op de enkele grond dat zich een risico heeft verwezenlijkt waarvan de overheid op de hoogte was of had moeten zijn. Bepalend is of dat risico dermate groot was, dat daaruit een rechtsplicht voor een overheidsinstelling voortvloeide om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico. Daarbij spelen zowel de aard van de mogelijke effecten als de kans dat deze optreden een rol. Tevens dienen de (maatschappelijke) kosten van zodanig optreden te worden afgewogen tegen de voordelen daarvan.²² De Haagse rechtbank zoekt dus duidelijk aansluiting bij de 'kelderluik-criteria'.²³

De Haagse rechtbank past genoemde criteria niet ruimhartig toe. Genoemd college lijkt er veel aan gelegen te

zijn niet te komen tot aansprakelijkheid van de gemeente Enschede in verband met gebrekkig toezicht en niet-handhaven.²⁴ Wij wijzen bijvoorbeeld op de overweging dat stelselmatig gedogen en legaliseren van gevaarlijk te noemen activiteiten van een inrichting die midden in een woonwijk ligt jegens eisers niet onrechtmatig is.²⁵ Ten eerste strookt deze opvatting, anders dan de rechtbank ons wil doen geloven, niet met de bestuursrechtelijke handhavingsjurisprudentie. De Afdeling bestuursrechtpraak gaat immers al geruime tijd uit van de beginselplicht tot handhaving.²⁶ Voorts vragen wij ons af hoe deze uitspraak van de rechtbank zich verhoudt tot het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak Öneriyildiz.²⁷ Uit genoemd arrest, waarnaar de Haagse rechtbank overigens in overweging 3.1.3 verwijst, volgt dat schending van art. 2 EVRM (het recht op leven) door gebrekkig toezicht of niet-handhaven tot aansprakelijkheid van de overheid kan leiden.²⁸

Caldic Chemie

In het kader van toezichts- en handhavingsfalen is ook een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake Caldic Chemie BV tegen de gemeente Rotterdam het vermelden waard.²⁹ De

heid van die toezichthouder om al dan niet te handhaven beperkt is als hij bekend is met een serieus risico. Dat geldt te sterker naarmate het bijzondere risico tot een potentieel grotere schade kan leiden. Op pagina 9 van zijn brief onderschrijft de Minister van Justitie trouwens de conclusie van het rapport van Van Dam dat erop 'dit moment geen reden is voor bijzondere bezorgdheid als het gaat om de aansprakelijkheid van toezichthouders'. Hij verwacht ook niet dat erop afzienbare termijn problemen zijn te verwachten. H. van Dijk heeft dit rapport nog besproken in: Cees van Dam, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders, een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequate handhavingstoezicht voor toekomstig beleid' (WODC-Rapport), O&A 2008, 1, p. 33-44). Ten slotte: M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht, Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 355 e.v. Rb. Den Haag 24 december 2003, *Gst.* 2004, 76 (m.nt. Boesveld), *JB* 2004/69 (*Vuurwerkcramp Enschede*; m.nt. Albers). Zie ook Rb. Den Haag 13 december 2006, *JA* 2007/28.

²¹ De Haagse rechtbank heeft overigens dezelfde lijn gevolgd ten aanzien van (de verzekeraars van) Grolsch, het bedrijf dat ook door de explosie werd verwoest: Rb. Den Haag 9 november 2005, O&A 2006, 13.

²² Zie over deze Kelderluik-factoren voorts G.E. van Maanen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht, weging van argumenten en juridische technieken naar aanleiding van de Enschedese vuurwerkcramp', *RM-Themis* 2007, 4, i.h.b. p. 134.

²³ Zie de (soms nogal gekunsteld aandoende) overwegingen onder r.o. 3.5.

²⁴ Zie r.o. 3.5.6.

²⁵ Zie bijv. ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004/293 (*Illegale dakopbouw Haarlem*; m.nt. Albers).

²⁶ EHRM 18 juni 2002, *EHRC* 2002, 64 (*Öneriyildiz I*; m.nt. Janssen) bevestigd door de Grand Chamber in een uitspraak van 30 november 2004 (EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43 (*Öneriyildiz II*; m.nt. Woltjer)).

²⁷ Zie hierover ook: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'EHRM-uitspraak Öneriyildiz tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen', O&A 2003, p. 109-121, i.h.b. p. 118-119 e.v. Zie over art. 2 EVRM, positieve verplichtingen en schadevergoeding voorts: T. Barkhuysen en M. Diepenhorst, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM', in de bundel: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 282-321, i.h.b. p. 290 e.v.

²⁸ Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508 (*Caldic Chemie BV/Rotterdam*).

²⁹ M.S. van der Keur, *Aansprakelijkheid voor falend toezicht, Overheidsaansprakelijkheid als prikkel tot optimale controle en handhaving*, Tilburg: Celcus 2007, heeft op p. 105 en 106 kritiek op de rechtbankuitspraak voor zover overheidsaansprakelijkheid beperkt zou zijn tot vormen van gekwalificeerde schuld, zoals opzet, kwade trouw of bewuste roekeloosheid. Hij meent dat zo'n criterium op gespannen voet zou kunnen komen te staan met art. 2 EVRM, op grond waarvan een overheid niet alleen aansprakelijk is bij grove onachtzaamheid of bewust nalaten. Verder wijzen wij op Van Rossum 2005, p. 76 en 77 en C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders, een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, rapport van 2006, zulks in opdracht van de Minister van Justitie en door hem bij brief van 20 augustus 2007 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer aangeboden: *Kamerstukken II* 2006/07, 31 123, nr. 1. Op pagina 121 van het rapport constateert Van Dam dat de beleidsvrij-

feiten liggen kort als volgt. CMI exploiteert een op- en overslagbedrijf van koopmansgoederen en chemicaliën, waaronder gevaarlijke stoffen. Tussen 11 mei 1995 en februari 1996 vindt bij CMI een aantal controles plaats door de DCMR Milieudienst Rijnmond namens de gemeente Rotterdam. DCMR Milieudienst Rijnmond constateert dat vele voorschriften uit de milieuvergunning van CMI worden overtreden. Het gaat vooral om voorschriften die verband houden met brandpreventie (bijv. aanwezigheid van slanghaspels en poederblussers) of het anderszins voorkomen van calamiteiten (bijv. beperking van de opslag van gevaarlijke stoffen). Naar aanleiding van de geconstateerde overtredingen wordt overleg gevoerd en gedreigd met het opleggen van een last onder dwangsom. Daadwerkelijke handhaving blijft echter – bij herhaling – achterwege. Op 28 februari 1996 breekt vervolgens brand uit. Bij de brand zijn de loodsen van CMI en een aangrenzend bedrijf verloren gegaan. In een van de loodsen was een partij chroomzuur van Caldic Chemie BV opgeslagen. Caldic Chemie BV stelt (naast CMI) de gemeente Rotterdam en DCMR Milieudienst Rijnmond aansprakelijk voor de door haar geleden schade (bestaande uit het bij de brand verloren gaan van een partij chroomzuur en de kosten om chroomdioxide te laten vernietigen). Evenals de Haagse rechtbank lijkt de Rotterdamse rechtbank in deze zaak aansluiting te zoeken bij de kelderluik-criteria.³⁰ De rechtbank geeft aan dat er sprake is van een plicht tot handhaving maar ook van beleidsvrijheid.³¹ Op basis van een weging van de kelderluik-factoren komt de Rotterdamse rechtbank tot de conclusie dat de gemeente Rotterdam en DCMR milieudienst Rijnmond onrechtmatig hebben gehandeld door niet handhavend op te treden.³² Er was immers sprake van een gevaarlijke situatie en het risico op het ontstaan van ernstige schade was groot.

Gasunie/Gemeente Barneveld

Tot slot verdient een arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2007 aandacht, ofschoon in dit arrest de vraag naar 'toezichthoudersaansprakelijkheid' slechts zijdelings aan de orde komt.³³ In de betreffende zaak stelde NV Nederlandse Gasunie de gemeente Bar-

neveld aansprakelijk in verband met kosten die werden gemaakt voor het verleggen van een aardgastransportleiding. Het verleggen van de desbetreffende leiding was noodzakelijk omdat – volgens Gasunie – een gevaarlijke situatie was ontstaan door een ten onrechte verleende bouwvergunning op grond waarvan een schuur op en rondom een gasleiding van Gasunie was gebouwd.

De feiten lagen als volgt. Voor de bouw van een schuur was op en rondom de gasleiding een betonnen fundament gestort. De bouw van de schuur was gestart zonder geldige bouwvergunning. Nadat de bouw door bouw- en woningtoezicht was stilgelegd werd alsnog een bouwvergunning verleend. Tegen deze bouwvergunning, die werd verleend in strijd met art. 164 van de vigerende planvoorschriften, werden géén rechtsmiddelen aangewend (ook niet door Gasunie). Er was sprake van strijd met het bestemmingsplan omdat het op grond van de planvoorschriften (art. 164) verboden was om – behoudens vrijstelling – op een aangewezen leidingstrook te bouwen. Voor een vrijstelling, die in casu dus niet was verleend, was het inwinnen van advies bij de leidingbeheerder vereist. Uit dit advies, dat in casu ook niet door de gemeente werd gevraagd, zou dan moeten blijken dat tegen de bouw vanuit een oogpunt van exploitatie van de leiding geen overwegende bezwaren zouden bestaan. Bijna een jaar na de bouw ontdekten medewerkers van Gasunie de door de bouw van de schuur ontstane gevaarlijke situatie. In overleg met de gemeente werd toen besloten tot het verleggen van de leiding. Gasunie stelde de gemeente vervolgens aansprakelijk. Daarop volgde een slepende procedure waarin de gemeente onder meer aan Gasunie tegenwierp dat de bouwvergunning formele rechtskracht had verkregen (en bijgevolg voor rechtmatig moest worden gehouden). Uit het arrest en de conclusie komt naar voren dat de aansprakelijkstelling van de gemeente steunt op het verlenen van een bouwvergunning in strijd met het bestemmingsplan en mede op het tekortschieten van de gemeente in haar toezichthoudende taak. In dit verband is de volgende overweging van de Hoge Raad van belang: 'Geen steun in het recht vindt het betoog dat van aansprakelijkheid van de gemeente uit onrechtmatige daad je-

gens de Gasunie slechts sprake kan zijn indien de gemeente m.b.t. het bouwtoezicht in ernstige mate is tekortgeschoten en dat daarvan eerst sprake is indien de gemeente ter zake van het over het hoofd zien van de aanwezigheid van een aardgastransportleiding een ernstig verwijt treft.' De Hoge Raad verwerpt hier aldus een gekwalificeerde zorgvuldigheidsnorm in het kader van het beoordelen van eventueel onrechtmatig overheidsgedrag. Deze insteek valt moeilijk te rijmen met de wijze van beoordelen van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in de zaak Oudewater en de Rechtbank Den Haag in de zaak Enschede. Aangezien de toezichthoudersaansprakelijkheid in de zaak Gasunie slechts zijdelings aan bod is gekomen is het de vraag in hoeverre aan deze opvatting van de Hoge Raad betekenis kan worden toegekend voor zaken die specifiek zien op toezichthoudersaansprakelijkheid.³⁴ Wij zouden het overigens toejuichen als het Hof Den Haag in de hoger beroepszaak inzake de vuurwerkramp Enschede de lijn van de Hoge Raad volgt.

2.1.2. De rechtspraak van de burgerlijke rechter; de toezichthouder moet het wel erg bont maken

Ons valt op dat de burgerlijke rechter over het algemeen vrij terughoudend is bij het aannemen van civielrechtelijke aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. Er moet heel wat aan de hand zijn wil de rechter tot aansprakelijkheidsstelling komen. Ons inziens houdt dit verband met het feit dat toezicht en handhaving in de wet vaak geformuleerd worden als aan de toezichthouder/handhaver toekomende *bevoegdheden*.³⁵ De civiele rechter ziet deze handavingsbevoegdheid in de regel (nog steeds)

³⁰ Zie r.o. 5.16.

³¹ Zie r.o. 5.13, 5.14, en 5.17.

³² Zie r.o. 5.16.

³³ HR 13 juli 2007. *Gst.* 2008, 53 (m.nt. Van der Does); *JB* 2007/160 (m.nt. Schlössels); *NJ* 2007, 504 (m.nt. Mok); *NTBR* 2008/21 (m.nt. Moesker).

³⁴ Betrol het hier slechts een 'slip of the pen'?

³⁵ Dit is meestal het geval in het ruimtelijk bestuursrecht maar ook vaak in het financieel- en economisch bestuursrecht (zie Van Rossum 2005, p. 17 e.v.).

als een discretionaire (i.h.b. beleidsvrije) bevoegdheid.³⁶ Ter illustratie wijzen wij op de overweging van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in de (hiervoor al besproken) zaak Oudewater. Hij geeft aan dat het niet gebruiken van een handhavingsbevoegdheid in een situatie waarin dat wel had *gekund* niet zonder meer met zich brengt dat het openbaar lichaam aansprakelijk is als tengevolge van het niet handhaven schade ontstaat. 'Eerst indien sprake is geweest van een in zeer ernstige mate tekortschieten, opzettelijk of roekeloos onjuist gegeven adviezen en/of een in redelijkheid geboden meer intensieve controle, kan aanleiding bestaan een overheidsorgaan, in dit geval een gemeente, aansprakelijk te achten wegens het niet gebruiken van zijn bevoegdheid', zo stelt de voorzieningenrechter. Een vergelijkbaar standpunt wordt ingenomen door het Amsterdamse Hof in de zaak Boeddha en de door de Rechtbank Den Haag in de uitspraak over de Vuurwerkkramp Enschede.³⁷

Omdat genoemde rechters de handhavingsbevoegdheid opvatten als een beleidsvrije bevoegdheid toetsen zij 'terughoudend'.³⁸ De civiele rechter neemt (evenals de bestuursrechter) het standpunt in dat handelen van de overheid in het kader van de uitoefening van een beleidsvrije bevoegdheid in beginsel niet onrechtmatig is.³⁹ Dit is slechts anders als gebruik van de bevoegdheid leidt tot willekeur of misbruik van die bevoegdheid (vgl. art. 3:3 Awb) of anderszins strijd op levert met de algemene beginselen van behoorlijke bestuur.⁴⁰ Vanuit dit opzicht is de 'afstandelijke' onrechtmatigheidstoets in onder meer de zaak Oudewater goed te plaatsen.

Voorts springt in het oog dat er, voor zover in de hierboven weergegeven zaken door de burgerlijke rechter aansprakelijkheid werd aangenomen (in de zaken Ruurlo en Oudewater), sprake was van 'concreet toezichtsfalen'. In de literatuur en rechtspraak wordt doorgaans een onderscheid gemaakt tussen concreet of specifiek toezichtsfalen en algemeen toezichtsfalen. Bij concreet of specifiek toezichtsfalen gaat het om het negeren van concrete aanwijzingen van een gevaarlijke situatie of het in de wind

slaan van waarschuwingen inhoudende dat sprake is van een concrete (dreigende) overtreding van voorschriften. Algemeen toezichtsfalen ziet op het nalaten van algemene controle op de naleving van bij voorbeeld door de gemeente te handhaven regels. Bij algemeen toezichtsfalen speelt met name de beleidsvrijheid van bestuursorganen bij het opstellen van een algemeen handhavingsbeleid. Deze beleidsvrijheid pleegt door de civiele rechter gerespecteerd te worden. In dat licht kan bij voorbeeld gedacht worden aan een gemeente die een hoge prioriteit geeft aan haar drugs- en coffeshop-beleid, maar een lage prioriteit toekent aan het naleven van bouw- en brandveiligheidsregels. Algemeen gesteld zal van aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen slechts in uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn. Bij concreet of specifiek toezichtsfalen speelt die beleidsvrijheid ons inziens veel minder, aangezien van een gemeente die op de hoogte is van een concrete overtreding en een acuut (dreigende) gevaarlijke situatie verwacht mag worden dat zij metterdaad optreedt.⁴¹ In beginsel zal bij concreet toezichtsfalen een onrechtmatig handelen van een gemeente dan ook eerder kunnen worden aangenomen dan bij algemeen toezichtsfalen.

2.1.3. De Afdeling bestuursrechtspreek; beginselplicht

De opvatting van de civiele rechter dat een handhavingsbevoegdheid een ruime mate van beleidsvrijheid met zich brengt als het aan komt op de keuze om al dan niet te handhaven strookt niet met de huidige bestuursrechtelijke jurisprudentie. Als algemeen uitgangspunt geldt (in elk geval in het ruimtelijk bestuursrecht) dat er sprake is van een beginselplicht tot handhaving.⁴² Opmerking verdient dat het Kabinet een vergelijkbaar standpunt uitdraagt in nota's die zien op de (on)wenselijkheid van gedogen.⁴³ Waar het op neer komt, is dat handhaving in een rechtsstaat een kerntaak vormt van de overheid. Uitgangspunt dient te zijn dat de door de wetgever of het bestuur uitgevaardigde normen gehandhaafd worden. Op die manier wordt recht gedaan aan de bindende

³⁶ Zie voor een andere benadering: Hof Den Haag, 7 mei 2004, *NJ* 2004, 470 (*Vie d'Or*), r.o. 7.5. De Hoge Raad bleek echter niet van deze benadering gecharmeerd en greep in cassatie weer terug naar de oude (terughoudende) toetsingsmaatstaf (zie HR 13 oktober 2006, *JA* 2007/2 (*Vie d'Or*; m.nt. Van Boom) en C.L.G.F.H. Albers, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid. Een blik vanuit het bestuursrecht op *Vie d'Or*', *AV&S* 2007, 15, p. 94-104).

³⁷ Zie wat de zaak Vuurwerkkramp Enschede betreft r.o. 3.5.6. Zoals hiervoor al is aangegeven is onduidelijk in hoeverre in het arrest inzake Gasunie/Barneveld een nieuwe lijn moet worden ontwaand.

³⁸ Zie bijv. ook: Hof Amsterdam 28 juni 1962, *NJ* 1964, 228 (*Vijzelstraat*).

³⁹ Dit is niet vreemd. Het was de Hoge Raad die de 'willekeur-formule' destijds ontwikkelde (vgl. HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558 (*Doetinchemse woonruimtevoorzijning*)).

⁴⁰ Zie ook: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Kluwer: 2003, p. 171; Asser-Hartkamp (4-III), twaalfde druk, Deventer: 2006, p. 305-306; en Van Dam (2002), p. 116-118.

⁴¹ Zie over specifiek, concreet of bijzonder toezichtsfalen versus algemeen toezichtsfalen: Van Rossum, p. 56 e.v.; P.J.M. Drion, 'Kamp de gebrekkige opstal met een gebrekkige regeling?' in: *Privaat- en Publiekrechtelijke aansprakelijkheid voor gebrekkige bouwwerken* (preadvies VBR, nr. 33), Amsterdam: WEKA 2005, p. 21; Giesen 2005, p. 89 e.v.; B.M.J. van der Meulen, 'Niets nieuws is goed nieuws, Aansprakelijkheid voor falend toezicht', *O&A* 2007, nr. 1, p. 136 en Van Maanen 2007, p. 136. Zie voorts Rb. Den Haag 24 december 2003, *Gst.* 2004, 76 (m.nt. Boesveld), *JB* 2004/69 (*Vuurwerkkramp Enschede*; m.nt. Albers).

⁴² Zie ABRvS 2 februari 1998, *Gst.* 1998, 8 (*Lisse*; m.nt. Teunissen); ABRvS 3 april 2000, *AB* 2000, 406 (*Kampwinkel Garderen*) en ABRvS 22 maart 2001, *BR* 2001, p. 778 (*Camping Nunspeet*). Inmiddels is de beginselplicht-formule ter verduidelijking tekstueel aangepast (zie ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004/293 (m.nt. Albers)). Deze nieuwe formulering leidt niet tot andere uitkomsten in de rechtspraak. Zie voorts: C.L.G.F.H. Albers, 'De beginselplicht tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur?', *Gst.* 2004, 68, p. 233-243 (hierna Albers 2004b). Opmerking verdient dat de Afdeling in haar rechtspraak *uitdrukkelijk* aangeeft dat een bestuursorgaan in de regel gehouden is handhavend op te treden tenzij er sprake is van een bijzondere omstandigheid.

⁴³ Zie bijv. de nota 'Grenzen aan gedogen', *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085 nr. 1 en 2. Zie hierover meer uitvoerig: Albers (2004b) p. 234 e.v.

kracht van (democratisch gelegitimeerd tot stand gekomen) wetten.⁴⁴ De door de Afdeling bestuursrecht spraak ontwikkelde beginselplicht-jurisprudentie brengt met zich dat het bestuursorgaan in beginsel verplicht is handhavend op te treden tenzij zich een bijzondere omstandigheid voordoet. Dit is niet alleen het geval als door een derde een 'uitdrukkelijk' verzoek tot handhaving is gedaan; ook in het kader van ambtshalve handhaving kan volgens de Afdeling bestuursrechtspraak slechts in bijzondere gevallen van handhaving worden afgezien.⁴⁵ Bestudering van de handhavingjurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak leert dat de zij veel gewicht toekent aan het handhavingsbelang.⁴⁶ Ons zijn weinig uitspraken bekend waarin volgens de Afdeling een bijzondere omstandigheid aanleiding geeft tot het gedogen van een onrechtmatige toestand.⁴⁷ Voorbeelden uit de rechtspraak, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt dat niet gehandhaafd hoeft te worden (omdat handhaving evident onevenredig zou uitpakken), houden bovendien meestal verband met het gedogen van 'onbenullige' overtredingen die het algemeen belang geen schade toebrengen en veelal ter kennis van de Afdeling komen als gevolg van een uit de hand gelopen burenruzie.⁴⁸ Duidelijk is in ieder geval dat gedogen géén optie is als daardoor een gevaarzettende toestand blijft voortbestaan.⁴⁹ Ook aan de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de mens kunnen aanknopingspunten worden ontleend voor het bestaan van een beginselplicht tot handhaving. Wij wijzen op de zaak Öneriyildiz⁵⁰ en op de zaak Gómez.⁵¹ In de zaak Öneriyildiz stelt het Hof (na eerst te hebben overwogen dat art. 2 EVRM het recht op leven in het algemeen garandeert) dat art. 2 in bepaalde nauwkeurig omschreven situaties een *verplichting* voor de lidstaat met zich brengt *maatregelen te treffen* teneinde het leven van zijn inwoners te beschermen. Een staat is in het bijzonder verplicht (handhavend) op te treden als er sprake is van een daadwerkelijk levensbedreigend risico (een) inwoner(s) en de staat dit risico kende of behoorde te kennen. In de zaak Gómez staat art. 8 EVRM centraal. Gómez woont in de Spaanse stad Valencia. In de wijk waar zij

woont is sprake van onacceptabele geluidsoverlast van bars en discotheken. Nationale geluidsnormen worden (ruimschoots) overtreden. Daartegen wordt niet handhavend opgetreden door de bevoegde overheidsorganen. Gómez ontwikkelt tengevolge van de aanhoudende geluidsoverlast ernstige slaap- en gezondheidsproblemen. Om die reden begint zij in 1997 een juridische procedure tegen het gemeentebestuur ter verkrijging van schadevergoeding. Uiteindelijk komt Gómez bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) terecht. Het EHRM oordeelt dat op een lidstaat een positieve verplichting rust om het privéleven en huisrecht te verzekeren (art. 8 EVRM). Dit zal onder meer moeten geschieden door (nationale) regels die zien op bescherming van een dergelijk EVRM-recht op deugdelijke wijze te handhaven.⁵²

2.1.4. De beginselplicht als aanknopingspunt (ook voor de burgerlijke rechter

Bij beantwoording van de vraag of de overheid aansprakelijk kan worden gehouden voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving wordt door de civiele rechters ons inziens over het hoofd gezien dat er sprake is van een 'beginselplicht tot handhaving'.⁵³

⁴⁴ In dit opzicht lijkt van een daadwerkelijke beleidsvrijheid geen sprake te zijn. De beginselplicht tot handhaving komt in dat opzicht goed overeen met de in Duitsland gehanteerde figuur van het 'intendierte Ermessen'. Van intendiertes Ermessen (voorgeschreven gebruik) is sprake als de wijze waarop een bestuursorgaan van zijn beleidsvrijheid gebruik moet maken al impliciet door de wettelijke regeling is 'voorgeschreven' omdat een bepaalde wijze van bevoegdheidsuitoefening in beginsel de voorkeur verdient en slecht in bijzondere omstandigheden van deze wijze van bevoegdheidsuitoefening mag worden afgeweken (zie hierover uitvoerig Albers (2004b), p. 242).

⁴⁵ Vgl. ABRvS 3 april 2000, AB 2000, 406 (*Kampwinkel Garderen*); ABRvS 18 juni 1998, AB 1999, 28 (*Veco Verlichting Oss*; m.nt. Struiksma) en ABRvS 30 juni 2004, JB 2004/293 (m.nt. Albers).

⁴⁶ De Rechtbank Rotterdam lijkt zich dit in de zaak *Caldic Chemie* te realiseren getuige de 'worsteling' met het fenomeen beleidsvrijheid in relatie tot de plicht tot handhaving (zie r.o. 5.13, 5.14, en 5.17). De rechtbank geeft aan dat er sprake is van een plicht tot handhaving maar ook van beleidsvrijheid. De rechtbank worstelt vervol-

gens met de vraag hoe de plicht zich verhoudt tot die vrijheid en komt in r.o. 5.14 met een redelijkheidsmaatstaf die door de bestuursrechter slechts wordt toegepast als hij de uitoefening van een *beleidsvrije* bevoegdheid marginaal toetst.

⁴⁷ Zie hierover uitvoerig: C.L.G.F.H. Albers, 'De beginselplicht tot handhaving. Een nieuwe benadering?', *JBplus* 2005, p. 192-207 (hierna Albers 2005b).

⁴⁸ Zie in dezelfde zin: J.E.M. Polak, 'Bestuursrechtelijke handhaving: bevoegdheid of verplichting? Hebben juristen niets meer te bieden?', in de bundel: T. Barkhuysen, W. Den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 201-214, i.h.b. p. 205-206. Zie ter illustratie: ABRvS 21 juli 2004, AB 2004, 293, (*Leiplatanen Nederweert*; m.nt. Jst) en ABRvS 19 januari 2005, JB 2005/78 (*Illegaal hekwerk Stoomweg Breezand*; m.nt. Albers).

⁴⁹ Om die reden is in de Awb ook bepaald dat een last onder dwangsom niet mag worden opgelegd als het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen zich daartegen verzet (zie art. 5:32 lid 3 Awb). Is bijv. sprake van een gevaarlijke situatie dan zal er meteen ingegrepen moeten worden. Toepassing van bestuursdwang is dan aangewezen. In spoedeisende gevallen kan zelfs direct – d.w.z. zonder het bieden van een begunstigingsstermijn aan de overtreder en zonder opschriftstelling vooraf – bestuursdwang worden toegepast (zie art. 5:24 lid 5 en 6 Awb).

⁵⁰ Zie daarover uitvoerig Albers (2004b), p. 236-237. Zie over de gevolgen van het Öneriyildiz-arrest voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid deel twee van deze bijdrage (*Gst.* 2008 (7309)).

⁵¹ EHRM 16 november 2004, AB 2004, 453 (*Gómez tegen Spanje*; m.nt. Barkhuysen).

⁵² Zie r.o. 61, 62, en 63.

⁵³ Ook anderszins kunnen schadeclaims bij de civiele rechter daarop – ten onrechte – afketsen. Dit blijkt duidelijk bij bestudering van het door Van Rossum aangehaalde ongepubliceerde arrest (zie: Van Rossum 2005, p. 53 e.v.) van het Amsterdamse gerechtshof (Hof Amsterdam, 12 augustus 2004, rolnr. 1670/02 (*Waterland/Tump*)). In genoemd arrest wordt de bestuursrechtelijke rechtspraak inzake de beginselplicht tot handhaving volkomen miskend (r.o. 4.7). Er lag in genoemde zaak immers een uitspraak van de bestuursrechter waaruit volgde dat gehandhaafd *moest* worden en dat legalisering uitgesloten was omdat er geen sprake was van concreet zicht op legalisering (één van de bijzondere omstandigheden om af te zien van handhaving). Deze uitspraak had formele rechtskracht. Desalniettemin oordeelt het hof dat de gemeente Waterland niet aansprakelijk is wegens het niet handhaven maar legaliseren van het (deels) onrechtmatige bouwwerk.

Deze 'beginselplicht' vormt echter wél een belangrijk aanknopingspunt voor een verdergaande aansprakelijkheid van het openbaar lichaam in het kader van gebrekkelijk toezicht en ontoereikende handhaving. Marginale toetsing van het overheidshandelen, en de daarmee samenhangende beperktere aansprakelijkheid, is dus – ook als een toezichts- en handhavingsbevoegdheid als beleidsvrije bevoegdheid is geformuleerd – ons inziens niet op haar plaats. In het kader van de toepassing van bestuursrechtelijke sancties zoals de last onder dwangsom en de toepassing van bestuursdwang lijkt de beleidsvrijheid met betrekking tot de vraag of handhavend opgetreden moet worden immers in belangrijke mate verdwenen te zijn. Van een 'daadwerkelijke' beleidsvrije bevoegdheid is dan ook geen sprake meer. De wetgever heeft, met de formulering van de toezichts- en handhavingstaken als *bevoegdheid* met name ruimte willen bieden om in uitzonderlijke gevallen af te kunnen zien van handhaving. Dit brengt naar onze mening met zich dat een overheidslichaam ook in gevallen waarin geen sprake is van 'een in zeer ernstige mate tekortschieten, opzettelijk of roekeloos onjuist gegeven adviezen en/of een in redelijkheid geboden meer intensieve controle', aansprakelijk moet kunnen worden gesteld voor schade ontstaan door gebrekkelijk toezicht en ontoereikende handhaving.⁵⁴

2.1.5. Nog meer beren op de weg; het relativiteitsvereiste

Als de civiele rechter wel tot het oordeel komt dat er sprake is van een onrechtmatig toezichts- of handhavingsgebrek is daarmee nog niet gezegd dat de gelaedeerde ook zijn schade vergoed krijgt. Daarvoor moeten immers nog eerst enkele andere vragen worden beantwoord. Het betreft ten eerste de vraag in welke gevallen deze onrechtmatige daad aan het overheidslichaam kan worden toegerekend. Voorts is voor aansprakelijkstelling van de overheid relevant of er schade geleden is, of er sprake is van een causaal verband tussen de geleden schade en de onrechtmatige daad,⁵⁵ en of voldaan is aan het relativiteitsvereiste.⁵⁶ Met name dit laatste vereiste lijkt in de rechtspraak vaak als drempel te worden gebruikt teneinde overheidsaansprakelijkheid af te wenden.⁵⁷ Het relativiteitsvereiste kent twee as-

pecten. Ten eerste moet het onrechtmatige gedrag op grond van genoemd vereiste ook *jegens* de gelaedeerde onrechtmatig zijn wil er sprake zijn van aansprakelijkheid. De geschonden norm moet met andere woorden strekken ter bescherming van de belangen die ten aanzien van de gelaedeerde zijn geschonden. Ten tweede volgt uit het relativiteits- of Schutznormvereiste dat *de schade* zoals de benadeelde die heeft geleden onder het beschermingsbereik van de geschonden norm moet vallen.⁵⁸ Relativiteit speelt met name een rol in het kader van overtreding van een *wettelijke* norm. Ondanks overtreding van die norm kan onder omstandigheden aansprakelijkheid ontbreken omdat de overtreden norm wordt geacht niet de geschonden belangen te beschermen. Naast een overtreden geschreven norm die niet strekt tot bescherming van het gelaedeerde belang, kan er door een gewraakte gedraging soms wel degelijk een ongeschreven zorgvuldigheidnorm geschonden zijn die wel strekt tot bescherming van dat belang, zodat die gedraging toch onrechtmatig wordt geacht jegens de benadeelde. Dit heeft de Hoge Raad – in navolging van P-G Langemeijer in zijn conclusie – in het zogeheten 'Tandartsenarrest' uitgemaakt.⁵⁹ Door die zogeheten 'correctie Langemeijer' leidde het relativiteitsbeginsel tot voor kort betrekkelijk zelden tot afwijzing van een vordering.

In het geval er in het geheel geen sprake is van schending van een wettelijke norm maar enkel van schending van een maatschappelijke zorgvuldigheidnorm speelt het relativiteitsvereiste volgens sommigen in het geheel geen rol. Gelet op de aard van de normschending is relativiteit dan gegeven.⁶⁰ Het voorgaande geldt in beginsel ook voor door de rechter vanwege strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid onrechtmatig geacht toezichts- of handhavingsfalen. Gaat men er echter *niet* vanuit dat met de onrechtmatigheid de relativiteit is gegeven dan moet de relativiteitskwestie ons inziens in de regel⁶¹ evenmin problemen op leveren. Daarbij maakt het geen verschil of men de door de overtreder niet in acht genomen norm of het verzaken van de toezichts- of handhavingsplicht als uitgangspunt neemt. Duidelijk is dat de door de overtreder overtreden normen in de regel (mede) strekken tot bescherming van de geschonden belan-

gen en de geleden schade.⁶² Ter illustratie wijzen wij op brandpreventievoorschriften die strekken ter bescherming (het voorkomen van (fatale) letselschade) van de bezoeker van bijvoorbeeld een bepaalde horeca-gelegenheid⁶³ en milieuvorschriften die

⁵⁴ Vgl. Van Dam 2002 p. 121. Zie over een op de beginselplicht-jurisprudentie en de Kelderluik-factoren gebaseerde (strengere) aansprakelijkheidsmaatstaf uitvoerig: Albers 2004a, p. 206 e.v., Albers 2005a par. 4.3.1 en Van Maanen 2007, p. 134. Ofschoon de Hoge Raad in Gasunie/Barneveld tot een soortgelijke conclusie komt, is ons inziens niet duidelijk of daar in het kader van de toezichthoudersaansprakelijkheid gevolgtrekkingen aan moeten worden verbonden. Het betreffende arrest zag immers niet primair op toezichthoudersaansprakelijkheid.

⁵⁵ Zie ook Van Dam 2002 p. 121-123.

⁵⁶ Voor zover dit vereiste een rol kan spelen in het kader van de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidnorm vgl. Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp 2003, p. 21-22 en p. 60 e.v.

⁵⁷ Ten aanzien van de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad, (het vaststellen van) het causaal verband tussen de geleden schade en het toezichts- of handhavingsfalen en het daarmee verband houdende leerstuk van eigen schuld verwijzen wij naar Albers 2004a en Albers 2005a (met verdere verwijzingen).

⁵⁸ Zie art. 6:163 BW, zie voorts Asser-Hartkamp (4-III), nr. 108.

⁵⁹ HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568. Zie in dezelfde zin HR 13 juli 2007, Gst. 2008, 53 (m.nt. Van der Does); JB 2007/160 (m.nt. Schlössels); NJ 2007, 504 (m.nt. Mok); NTBR 2008/21 (Gasunie; m.nt. Moesker).

⁶⁰ Steun voor die opvatting vinden de betreffende auteurs in de parlementaire geschiedenis en rechtspraak. Vgl. Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp 2003, p. 65-66 en O.K. Brahn, bewerkt door W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: 2002, p. 401 (zevende herziene druk).

⁶¹ Voor zover het niet gaat om schade geleden door de (verwijtbaar) onrechtmatig handelende vergunninghouder (overtreder) zelf.

⁶² Dat dergelijke regels strekken ter bescherming van het 'algemeen belang' brengt niet met zich dat het niet naleven van deze regels niet *jegens* een specifieke burger (die in het concrete geval schade lijdt/slachtoffer wordt) onrechtmatig zou kunnen zijn (anders: Van Rossum 2005, p. 80). Rechtsregels die in het algemeen belang worden geformuleerd dienen in de regel (ook) *juist* specifieke belangen van bepaalde groepen burgers.

⁶³ Zoals in de zaak Boeddha en in Volendam.

(mede) strekken ter bescherming van de gezondheid van omwonenden. Met de plicht tot toezicht en handhaving worden dezelfde doelen beoogd, namelijk voorkomen dat personen slachtoffer worden van brand of een milieuramp doordat de relevante wet- en regelgeving wordt nageleefd. Een openbaar lichaam handelt ons inziens dan ook onrechtmatig *jegens* een persoon die mede ten gevolge van (onrechtmatig) ontoereikend toezicht of niet-handhaven letselschade lijdt door een brand die ontstaat in een horeca-gelegenheid waar hij ten tijde van die brand aanwezig is.⁶⁴

Duwbak Linda

De relativiteits eis lijkt meer problemen mee te brengen wanneer er geen sprake is van letsel- of overlijdensschade, maar van (zuivere) vermogensschade. Het – in de literatuur fel bestreden⁶⁵ – arrest inzake Duwbak Linda wijst in die richting.⁶⁶ Voor de Linda was een certificaat van onderzoek in de zin van het Reglement onderzoek schepen op de Rijn (RosR) afgegeven nadat hij was gekeurd door experts van de Scheepvaartinspectie en van een door de Staat erkend onderzoeksbureau. Ruim een jaar na de keuring zinkt de Linda tengevolge van de slechte staat van onderhoud waarin hij verkeert⁶⁷ en beschadigt daarbij drie andere vaartuigen. De schade bedraagt f 3 696 766. De eigenaar van de drie beschadigde vaartuigen (Van Hasselt) stelt (onder meer) de Staat der Nederlanden aansprakelijk wegens ondeugdelijke uitvoering van de keuring en afgifte van het certificaat. De Hoge Raad wijst aansprakelijkheid van de hand. Het RosR en de daarin voorziene eis van een certificaat van onderzoek beogen de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen. De uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting om zorgvuldig te werk te gaan bij de keuring van schepen met het oog op afgifte of verlenging van genoemd certificaat heeft niet de strekking een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen vermogensschade, zo oordeelt de Hoge Raad in Duwbak Linda.⁶⁸

De, ons inziens terechte, kritiek van onder anderen Hartlief en Giesen op dit arrest is niet mals.⁶⁹ Zo stelt Hartlief dat er sprake is van een 'gelegenheidsargument' en een door de Hoge

Raad uitgesproken 'machtswoord'. De beperkte uitleg van het beschermingsbereik van het RosR lijkt volgens hem met name verband te houden met het voorkomen van een omvangrijke overheidsaansprakelijkheid jegens velen.⁷⁰ Giesen komt tot dezelfde conclusie.⁷¹ Ook wij proeven dat in het arrest van de Hoge Raad.⁷² Van Rossum is positiever over het arrest. Zij ziet op basis van het duwbak Linda-arrest mogelijkheden om via het relativiteitsvereiste tot een beperking van aansprakelijkheid te komen.⁷³

Eenzelfde benadering als in het duwbak Linda-arrest is te vinden in het latere arrest van de Hoge Raad inzake de Iraanse asielzoekster.⁷⁴ In die zaak werd door de Hoge Raad de wetsgeschiedenis van de aan de orde zijnde regelingen betrokken bij de beantwoording van de vraag of het relativiteitsvereiste zich verzette tegen een schadevergoedingsactie voor gedeerde (arbeids)inkomsten door een vluchteling die achteraf gezien ten onrechte niet was toegelaten. Ook hier lijkt het relativiteitsvereiste te zijn ingezet als dam tegen vele verzoeken om schadevergoeding die anders zouden volgen. Dat lijkt toch wel sterk op een rechtspolitieke keuze van de Hoge Raad. Ook dit arrest is in de literatuur kritisch ontvangen.⁷⁵

Vie d'Or

De vraag is in hoeverre de in het Vie d'Or-arrest⁷⁶ gebruikte criteria moge-

mingsbereik van de bouwvoorschriften zullen vallen. Zie verder nog: Van Dam 2006, die op p. 125 opmerkt dat de beslissing van de Hoge Raad op gespannen voet lijkt te staan met art. 6:163 BW.

⁶⁶ HR 7 mei 2004, *RvdW* 2004/67, *AB* 2005, 127, (*Duwbak Linda*; m.nt. Van Ommeren).

⁶⁷ In het arrest wordt gesproken van 'ernstige tot zeer ernstige corrosie van de bodemplaten waardoor lekkage is opgetreden'.

⁶⁸ Het Haagse Hof kwam tot hetzelfde oordeel. Zie r.o. 9.2. Zie ook Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508 (*Caldic Chemie BV/Rotterdam*), r.o. 5.18 t/m 5.22. Vergoeding van vermogensschade wegens niet-handhaving van aan de milieuvergunning verbonden voorschriften lag daar volgens gedaagden (o.m. de gemeente Rotterdam) niet zonder meer in de rede. De Wet milieubeheer beoogt in ieder geval volgens gedaagden geen zuivere vermogensbelangen te beschermen. Of dit argument hout snijdt geeft de rechtbank niet expliciet aan. *Caldic Chemie* was echter voor twee ankers gaan liggen. De gemeente Rotterdam had volgens *Caldic Chemie* eveneens gehandeld in strijd met de Brandweerwet. Bij schending van de uit de Brandweerwet voortvloeiende zorgplicht zou schadevergoeding wel in de rede liggen. De Brandweerwet beoogt brandschade (vaak bestaand uit vermogensschade) te voorkomen. Dit beaamt de Rechtbank Rotterdam.

⁶⁹ Zie hierover ook: H.C.W.M. Moesker, 'Bouw- en woningtoezicht na Vie d'Or, Hoe absoluut is relativiteit en wanneer is toezicht behoorlijk en zorgvuldig?', *BR* 2007 nr. 44 waar hij op p. 215 signaleert dat in dat arrest door de Hoge Raad geen plaats was ingeruimd voor toepassing van de zogenoemde correctie-Langemeijer.

⁷⁰ Hartlief 2005a. A-G Spier spreekt deze vrees in zijn conclusie expliciet uit (zie r.o. 4.42).

⁷¹ Giesen 2005, p. 170.

⁷² Zie bijv. r.o. 3.4.3.

⁷³ Van Rossum 2005, p. 122-123, zie ook p. 78 e.v. Van Rossum pleit voor het in wet opnemen (lees: beperken) van het beschermingsbereik van normen (zie Van Rossum 2005, p. 123). Wij zijn daar geen voorstanders van. Een praktijk van 'Etiketenschwindel', teneinde aansprakelijkheid te ontduiken, ligt dan op de loer (vgl. Hartlief 2005a die ook waarschuwt voor het 'op papier beperken tot algemene belangen').

⁷⁴ HR 13 april 2007, *RvdW* 2007, 397; *JB* 2007/100 (*Iranese vluchteling*; m.nt. Van Maanen).

⁷⁵ Zie bijv.: A.J.P. Schild en J.M. de Jongh, 'Relativiteit bij overheidsaansprakelijkheid, Hoe (het) een verzonken duwbak verder verging', *O&A* 2007 nr. 84 waar zij op p. 51 onder noot 47 de kritische literatuur vermelden. Het is de vraag of in dat verband het nog eens uitdrukkelijk aanvoeren van de onzorgvuldigheid voldoende zou zijn geweest om de correctie Langemeijer te doen toepassen.

⁶⁴ Zie hierover ook Van der Keur 2007, p. 71-72.

⁶⁵ Zie bijv. T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, 16 (Hierna: Hartlief 2005b); Hartlief 2005a; T. Hartlief, 'Zicht op toezichthoudersaansprakelijkheid na Linda en Vie d'Or', *WPNR* 2006/6688 en Giesen 2005, p. 170. Zie verder: Drion 2005; B.J. Schueller, 'Aansprakelijkheid van gemeenten voor gebrekkige bouwwerken', in: *Privaat-en publiekrechtelijke aansprakelijkheid voor gebrekkige bouwwerken* (preadvies VBR, nr. 33), Amsterdam: Weka 2005, waar hij op p. 98 opmerkt, dat de rechtspolitieke beschouwing van A-G Spier in die zaak de Hoge Raad lijkt te hebben geïnspireerd tot een principiële ingrijpende toepassing van het relativiteitsvereiste. Op p. 105 heeft hij geanalyseerd dat als de Woningwet langs de lat van het Duwbak Linda-arrest wordt gelegd, de vermogensbelangen van burgers zeer waarschijnlijk buiten het bescher-

lijk tot een andere invulling van het relativiteitsvereiste zouden kunnen leiden (afhankelijk van de invulling die daaraan in een concrete casus aan die criteria wordt gegeven). Vanwege het mogelijk grote belang van dit arrest besteden wij hier iets uitvoeriger aandacht aan. De feiten lagen als volgt. N.V. Levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or (hierna: Vie d'Or) oefende vanaf 1 november 1985 het levensverzekeringsbedrijf uit. Sinds 26 februari 1988 geschiedde dat – na invoering van de desbetreffende vergunningplicht – op grond van een door de Verzekeringkamer verleende vergunning. Vie d'Or stond vanaf haar oprichting krachtens de toen geldende Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv) onder toezicht van de Verzekeringkamer.

Vie d'Or richtte zich bij de aanvang van haar activiteiten op een beperkte groep van vermogende particulieren. In de jaren 1989 tot en met 1991 is het aantal door haar aangegane verzekeringsovereenkomsten explosief gegroeid. Vie d'Or kon de door haar bij afsluiting van verzekeringen gemaakte kosten pas na verloop van tijd terugverdienen. Dit vond zijn oorzaak in de bijzondere aard van de nieuwe verzekeringsproducten die Vie d'Or op de markt bracht. Deze brachten aanvankelijk lage inkomsten op, maar hadden tegelijkertijd wel hoge kosten tot gevolg. Mede als gevolg hiervan behaalde Vie d'Or telkens negatieve resultaten. Omdat haar eigen vermogen niet toereikend was om deze verliezen op te vangen, heeft Vie d'Or constructies gebruikt om toekomstige baten naar voren te halen. Vie d'Or heeft risico's gelopen door het laten ontstaan van een 'mismatch' tussen bij voorbeeld door de polishouders gekozen en werkelijk uitgevoerde beleggingen en tussen te ontvangen en te betalen rente op uitgezette en geleende gelden. Ook is de administratie van Vie d'Or lange tijd ontoereikend geweest. Er waren onder andere problemen met de verwerking van de zich in 1989 en 1990 voordoende sterke omzetschommelingen. Voorts beschikte Vie d'Or niet over een goed functionerend automatiseringssysteem. Vie d'Or had ieder jaar als gevolg van de door haar geleden verliezen problemen om aan de voor haar wettelijk verplichte solvabiliteitsmarge te voldoen. De Verzekeringkamer heeft in de loop van de tijd een steeds intensievere bemoeienis met de gang van zaken bij Vie d'Or gekregen. Zij heeft uit dien hoofde contact onder-

houden met het bestuur van Vie d'Or, de accountant en de actuaaris.

De Verzekeringkamer heeft herhaaldelijk aangedrongen op verbetering van de administratie en de solvabiliteitsmarge. Voorts heeft zij tussen september 1991 en december 1992 een aantal malen gebruikgemaakt van haar bevoegdheden tot ingrijpen op grond van de Wtv.

Op 17 november 1993 kwamen er via de nieuwe directeur van Vie d'Or berichten naar buiten over de door hem bij Vie d'Or aangetroffen situatie. De door hem aangetroffen situatie duidde volgens hem op mismanagement en strafbare feiten. Op 18 november 1993 heeft de Verzekeringkamer een stille bewindvoerder bij Vie d'Or benoemd. Voorts heeft de Verzekeringkamer op 14 december 1993 de vergunning van Vie d'Or ingetrokken. Op 15 december 1993 heeft de Rechtbank te 's-Hertogenbosch op aanvraag van de Verzekeringkamer ten aanzien van Vie d'Or de noodregeling van art. 66 e.v. Wtv uitgesproken. Daarbij is de Verzekeringkamer een machtiging verleend tot vereffening en overdracht van het vermogen van Vie d'Or. Op 11 december 1995 is Vie d'Or failliet verklaard. Bij overeenkomst van 1 augustus 1994 zijn de verplichtingen van Vie d'Or jegens de polishouders krachtens de aan de Verzekeringkamer verleende machtiging overgedragen aan Levensverzekeringsmaatschappij Twenteleven N.V. (hierna: Twenteleven). Daarbij zijn de verplichtingen uit de polissen aanzienlijk gekort. Als gevolg hiervan hebben de betrokken polishouders aanzienlijke schade geleden.

In cassatie stelt de Nederlandsche Bank (rechtsopvolger van de Stichting Pensioen- en Verzekeringkamer (voorheen de Stichting Verzekeringkamer)) onder meer dat het Hof ten onrechte geoordeeld heeft dat de Verzekeringkamer, door niet al in november 1991 een stille bewindvoerder te benoemen, onrechtmatig heeft gehandeld *jegens* de voormalige polishouders van Vie d'Or. De door de Verzekeringkamer bij haar toezicht geschonden norm zou niet strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de verzekerden.

Ter beantwoording van de vraag of al dan niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste neemt zowel A-G Timmerman als de Hoge Raad het arrest inzake Duwbak Linda tot uitgangspunt. Aan de hand van het doel en de strekking

van de geschonden norm moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijze van ontstaan van schade de met de norm beoogde bescherming zich uitstrekt.

Hoewel tussen de zaak Vie d'Or en de zaak duwbak Linda duidelijke verschillen bestaan verrast de uitkomst van de analyse van Timmerman en de Hoge Raad. Beiden oordelen dat in de Vie d'Or zaak voldaan is aan het relativiteitsvereiste.⁷⁶ Timmerman benadrukt daarbij de – in zijn ogen – tussen beide zaken bestaande verschillen. Hij noemt er drie: (1) Uit de wetsgeschiedenis van de Wtv blijkt dat het doel en de strekking van het toezicht zoals dat wordt uitgeoefend door de Verzekeringkamer mede dient ter bescherming van het vermogensbelang van de individuele polishouder; (2) er is geen sprake van een onbegrensde groep van personen die potentieel kunnen worden getroffen maar van een – weliswaar grote maar – begrensde groep: de groep van polishouders en (3) anders dan de vermogensschade waarvoor vergoeding werd gezocht in het Duwbak Linda-arrest kan vermogensschade van de polishouder in zijn algemeenheid wel geacht worden voorzienbaar gevolg te zijn van toezichtsfalen.

Wij onderschrijven de opvatting van de A-G en de Hoge Raad dat het relativiteitsvereiste *geen* problemen oplevert in de aansprakelijkheidsprocedure die de Stichting Vie d'Or namens de oud-polishouders voert. Wel roept dit arrest vragen op ten aanzien van de conclusie in het arrest Duwbak Linda dat daarin jegens gelaedeerde niet was voldaan aan het relativiteitsvereiste.⁷⁸

Wij delen de opvatting van Timmerman – met betrekking tot het eerste hiervoor aangehaalde verschilpunt tus-

⁷⁶ HR 13 oktober 2006, JA 2007/2 (Vie d'Or; m.nt. Van Boom).

⁷⁷ Zie r.o. 4.2.2 (HR) en r.o. 4.10 t/m 4.15 (A-G Timmerman).

⁷⁸ Het gevoel dat in Duwbak Linda is gezocht naar een 'aansprakelijkheid ontvrijkende redenering' wordt door de analyse van Timmerman in Vie d'Or versterkt. Vgl. Albers 2005a. Zie voorts: G.E. van Maanen, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders. Beperking door relativiteit, marginale toetsing of immuniteit? Lessen uit Vie d'Or van Bart Groen', in: *Groenboek* (Drie opstellen aangeboden aan Bart Groen), Universiteit Maastricht: 2006, p. 7-21, i.h.b. p. 13.

sen Duwbak Linda en Vie d'Or – dat uit de Wtv kan worden afgeleid dat de in die wet neergelegde toezichtsbevoegdheden mede strekken ter bescherming van het vermogensbelang van de individuele polishouder. Dat kan inderdaad uit de door hem en de Hoge Raad in het arrest aangehaalde passages uit de memorie van toelichting worden afgeleid. Ook is het waar dat uit het RosR – dat in Duwbak Linda centraal stond – niet kan worden afgeleid dat de plicht tot het afgeven van certificaten strekt tot bescherming van de vermogensbelangen van eigenaren van andere schepen. De wetsgeschiedenis zwijgt op dit punt. Uit het zwijgen van de wetgever kan ons inziens echter – niet enkel in het geval van Duwbak Linda maar ook in het algemeen – niet veel worden afgeleid. De wetgever heeft zich bij de totstandkoming van de wettelijke regeling (in Duwbak Linda het RosR) primair gericht op de technisch inhoudelijke aspecten van de wettelijke regeling. Wellicht realiseerde hij zich in het geheel niet dat er mogelijk anderszins aansprakelijkheidskwesties zouden kunnen ontstaan en dat het bijgevolg zinvol zou kunnen zijn enige opmerkingen over het beschermingsbereik van de wettelijke regeling in de toelichting op te nemen.⁷⁹ Wij menen dan ook dat in gevallen waarin sprake is van een 'zwijgende' wetsgeschiedenis niet zomaar geconcludeerd kan worden dat niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste.⁸⁰

Of het tweede door Timmerman aangevoerde – en door de Hoge Raad omarmde – 'verschil' tussen Vie d'Or en Duwbak Linda werkelijk bestaat moet ons inziens worden betwijfeld. Waarom zou er in Vie d'Or sprake zijn van een 'in beginsel bepaalbare groep van potentieel benadeelden' (de polishouders) en in Duwbak Linda niet? Wij zullen niet ontkennen dat er gradaties zijn in 'bepaalbaarheid' en dat in de zaak Vie d'Or duidelijker is wie benadeeld zijn (uit de administratie van Vie d'Or blijkt – voor zover deze inmiddels ten tijde van het faillissement op orde was – wie polishouder was). Maar ook in Duwbak Linda is de groep van potentieel benadeelden bepaalbaar. Vast staat dat degenen – zoals Van Hasselt – die deelnemen aan het scheepvaartverkeer in de directe nabijheid van een ten onrechte gekeurd schip mogelijk anderszins schade zullen lijden indien dit schip bijvoorbeeld zinkt of wegens een technisch mankement niet meer in staat blijkt te

tijdig vaart te minderen. Deze groep is bijgevolg als 'groep van potentieel benadeelden' bepaalbaar. Het relativiteitsvereiste zou ten aanzien van die groep geen drempel mogen opleveren. Anders ligt het bij gelaedeerden waarvan de schade bij wijze van kettingreactie wordt veroorzaakt. Deze groep is groot en minder eenvoudig bepaalbaar.⁸¹ Wij denken bijvoorbeeld aan eigenaren van schepen die hun (beperkt houdbare) lading met ernstige vertraging moeten lossen omdat het scheepvaartverkeer lange tijd gestremd is geweest. In een nog verder verwijderd verband staan de producenten die hun fabriek tijdelijk stil moeten leggen in afwachting van te laat geleverde grondstoffen. Dergelijke vertragingsschade kan natuurlijk enorm in de papieren lopen. Het is denkbaar dat deze schade buiten het beschermingsbereik van de norm valt. Ook het derde punt van onderscheid overtuigt niet. Waarom moet de vermogensschade die een polishouder lijdt door toezichtsfalen van de Verzekeringkamer wel voorzienbaar worden geacht en de vermogensschade die een eigenaar van een schip lijdt tengevolge van beschadiging of het verloren gaan van zijn schip in verband met het ten onrechte goed keuren van een ander (schadeveroorzakend) schip niet? De Staat – die als vermogensrechtelijk toerekeningsobject verantwoordelijke is voor de keuringen en afgifte van certificaten op grond van het RosR door de experts van de Scheepvaartinspectie en de experts van een door de Staat erkend onderzoeksbureau – kan best wel voorzien dat afgifte van een certificaat voor een ondeugdelijk schip kan lijden tot vermogensschade bij eigenaren van andere schepen.

Het relativiteitsvereiste bij gebrekkig bouw- en woningtoezicht

Het is ons nog niet helemaal duidelijk hoe verstrekkend de beslissing van de Hoge Raad in het Vie d'Or-arrest en het duwbak Linda-arrest is en in hoeverre de daarin door de Hoge Raad gevolgde redenering ook zal worden toegepast op andere gevallen van aansprakelijkheid voor gebrekkige controle of ontoereikend toezicht, waarbij kan worden gedacht aan falende bouw- en woningtoezicht. In ieder geval lijkt – ofschoon daar ons inziens de nodige kritische kanttekeningen bij kunnen worden geplaatst – de reikwijdte van de betrokken wette-

lijke regeling van belang (wetsgeschiedenis). Daarin lijkt met name de kring van personen die aan de norm bescherming kan ontnemen beperkt te kunnen worden. Veiligheidsnormen, die in bouwregelgeving veelvuldig voorkomen, beogen ons inziens vanzelfsprekend bescherming te bieden tegen overlijdens-, letsel- of zaakschade. Het is echter de vraag of dergelijke veiligheidsnormen ook zien op het voorkomen van zuivere vermogensschade.

Uit een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 8 december 2004⁸² inzake de instorting van een gedeelte van Motel Tiel leiden wij af dat dit laatste wellicht niet het geval is. De feiten in de zaak 'Motel Tiel' lagen als volgt. Doordat op 10 februari 2002 het parkeerdek van Motel Tiel gedeeltelijk was ingestort was het voor DIBP niet mogelijk om de door haar georganiseerde beurs voor vakfotografen in de door haar gehuurde horecartuimtes doorgang te laten vinden. Onder andere de gemeente Tiel was door DIBP aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade (€ 34 000) in verband met de verplaatsing van de beurs (naar een an-

⁷⁹ Vgl. S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk. Over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (Oratie Rotterdam), Den Haag: Bju 2007, p. 12.

⁸⁰ In het algemeen is waakzaamheid geboden indien de parlementaire geschiedenis als uitgangspunt wordt genomen bij de vaststelling van het beschermingsbereik van een regeling. Dat geldt ook in die gevallen waarin wél expliciet overwegingen gewijd zijn aan het beschermingsbereik van de regeling. De wetgever kan immers vanuit rechtspolitiek oogpunt een 'schadebeperkende' benadering kiezen als hij zich wél realiseert dat aansprakelijkheidskwesties kunnen ontstaan. In een toelichting op de wettelijke regeling zou dan bewust voor een (zeer) beperkt beschermingsbereik kunnen worden gekozen om aansprakelijkheid (grotendeels) uit te sluiten. Wij kunnen Van Rossums pleidooi (Van Rossum 2005, p. 1-124, i.h.b. p. 122-123, zie ook p. 78 e.v.) voor het in wet opnemen (lees: beperken) van het beschermingsbereik van normen dan ook niet onderschrijven (vgl. Hartlief 2005a, p. 1126-1130).

⁸¹ Hier zou men misschien wel kunnen spreken over een 'in beginsel onbeperkte groep' van benadeelden.

⁸² Rb. Arnhem 8 december 2004, *LIN* AS3383 (*Motel Tiel*).

dere ruimte in Nieuwegein). DIBP legt aan deze vordering ten grondslag dat de in dat kader bevoegde bestuursorganen van de gemeente Tiel niet hebben toegezien op naleving van de veiligheids- en bouwvoorschriften tijdens de bouw en verbouw van het motel. Volgens de Rechtbank Arnhem kan de vordering van DIBP niet worden toegewezen omdat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste. Zij stelt in rechtsoverweging 4.9:

‘Het bouwtoezicht is aan de gemeente opgedragen in het algemeen belang. Onder algemeen belang moeten nu, evenals ten tijde van de bouw van Motel Tiel worden verstaan (deel)belangen als veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid (en thans ook energiezuinigheid en milieu). Hiertoe behoren in beginsel geen particuliere belangen als dat van DIBP. Daarnaast beoogt de van toepassing zijnde bouwregelgeving letselschade te voorkomen en niet de door DIBP gestelde vermogensschade.’

Uit (lagere) rechtspraak volgt voorts dat een openbaar lichaam aansprakelijkheidsstelling door de vergunninghouder – in verband met zaaks- of vermogensschade – (terecht) lijkt te kunnen afweren op basis van de overweging dat het aan haar organen opgedragen toezicht strekt tot behartiging van het algemeen belang en niet is bedoeld om een aanvrager van een vergunning te vrijwaren van schade. De rechter neemt dit standpunt in in zaken waarin sprake is van aan de aanvrager te wijten onvolkomenheden in bouwvergunningen⁸³ of het bouwen in afwijking van een bouwvergunning.⁸⁴

2.1.6. Feitelijk toezichts- of handhavingsfalen; de balans

Tussentijds concluderend kan in het algemeen worden gesteld dat het voor burgers heel lastig is om met succes de gemeente op grond van een onrechtmatige overheidsdaad wegens gebrekkig toezicht en dientengevolge geleden schade aan te spreken. Kort en goed gezegd moet de gemeente het tamelijk bont hebben gemaakt. De burgerlijke rechter toetst het laakbare overheidsgedrag zelden ‘intensief’. Het relativiteitsvereiste uit art. 6:163 BW lijkt de Hoge Raad bovendien als instrument in te zetten tegen een gevreesde uitdijende overheidsaansprakelijkheid. Het lijkt hierbij om een rechtspolitieke keuze van de Hoge Raad te gaan.

2.2. Besluitenaansprakelijkheid; nog meer (rechtspolitieke?) drempels

Het kan voorkomen dat een burger schade lijdt door een toezichts- of handhavingsgebrek, terwijl hij ten aanzien van het betreffende toezichts- of handhavingsfalen verwickeld is (geweest) in een bestuursrechtelijke handhavingsprocedure. Wij begeven ons dan op het terrein van de zogenaamde ‘besluitenaansprakelijkheid’. De vraag is in hoeverre een (gedeeltelijk) gevolgde bestuursrechtelijke procedure aan een succesvolle schadevergoedingsactie bij de burgerlijke rechter in de weg staat.

2.2.1. Besluitenaansprakelijkheid

Genoegzaam bekend is dat het openbaar lichaam aansprakelijk kan worden gesteld wegens het ten onrechte niet nemen van een handhavingsbesluit (door het daartoe bevoegde bestuursorgaan) of het nemen van een ontoereikend handhavingsbesluit. Heeft de bestuursrechter bijvoorbeeld een besluit waarin wordt geweigerd te handhaven vernietigd dan staan daarmee, in het kader van een vordering tot schadevergoeding bij de civiele rechter, voor deze rechter onrechtmatigheid en schuld in beginsel vast.⁸⁵ Hij moet immers het oordeel van de bestuursrechter naar geldend recht volgen.⁸⁶ Dit geldt overigens ook voor de bestuursrechter indien deze oordeelt over een schadeclaim ter zake een vernietigd besluit.

In het kader van gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving gaat het primair om ‘zelfstandige’ aansprakelijkheid buiten de sfeer van (genomen) handhavingsbesluiten. De gelaedeerde burger moet volgens ons in gevallen waarin deze schade lijdt tengevolge van gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving in de regel bij de rechter ontvangen worden. Er is hier immers vaak *nalaten* aan de orde dat los staat van besluitvorming als zodanig.⁸⁷

Van belang is dat de civiele rechter in ieder geval het *volgen* van de bestuursrechtelijke weg (bijv. door het uitlokken van een handhavingsbesluit) in dit verband niet noodzakelijk acht teneinde te komen tot een aansprakelijkheidsstelling. Is ten onrechte geen, dan wel onvoldoende, toezicht gehouden of niet gehandhaafd en ontstaat dientengevolge schade dan lijkt de weg naar de burgerlijke rechter open te staan.⁸⁸ Deze opvatting,

die ook de Afdeling bestuursrechtpraak lijkt te zijn toegedaan,⁸⁹ verdient instemming. Soms heeft het uitlokken van een handhavingsbesluit

⁸³ Vgl. Hof Den Haag 7 februari 1989, BR 1989, p. 637 (*Rijswijk*).

⁸⁴ Vgl. Rb. Maastricht 22 januari 2003, LJN AF4026 (*Bezwijkende keermuur*). De Maastrichtse rechtbank stelt dat de vergunninghouder schade tengevolge van onvoldoende toezicht bij de uitvoering van de bouwwerkzaamheden niet kan verhalen op de gemeente omdat niet voldaan wordt aan het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW). De toezichtsbevoegdheden dienen ter bescherming van het algemeen belang en niet ter controle of de bouwer zich zelf geen schade toebrengt.

⁸⁵ Zie: HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669 (*St. Oedenrode-Driessen*; m.nt. Borman) en HR 31 mei 1991, AB 1992, 290 (*Van Gog-Nederweert*; m.nt. Van der Brug). Hiermee wordt – om redenen van procesdoelmatigheid – ten onrechte een onderscheid tussen onrechtmatigheid (in subjectieve zin) en ongeldigheid (in de zin van strijd met het objectieve recht) van een besluit ontkend. Vgl. R.J.N. Schlössels, ‘Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten. Een wondere wereld van juridische spinsels, wartaal en klassieke leerstukken?’, in de bundel: C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge & L. Timmerman, (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: 2003, p. 515-545, i.h.b. p. 520 e.v. Zie ook Van Maanen in zijn noot onder CRvB 28 augustus 2001 (*JB 2001/259*) spreekt over een ‘simplistische gelijkshakeling van vernietiging van het besluit met civielrechtelijke onrechtmatigheid’.

⁸⁶ Vgl. G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: 2005, p. 99 e.v. (vierde druk).

⁸⁷ Wat schade veroorzaakt door feitelijke (voorbereidings)handelingen of nalaten betreft kon de gelaedeerde zich in het verleden in de regel tot de civiele rechter wenden (zie in dit kader: HR 26 november 1999, NJ 2000, 561 (*Jansel/Noord-Brabant*); Hof Arnhem 16 december 2003, *Gst.* 2004, 26 (*Winterswijk*; m.nt. Schlössels); HR 22 november 1985, NJ 1986, 722 (*V&D Groningen*; m.nt. Scheltema) en HR 2 februari 1990, *Gst.* 1996, 6 (*Bolsius*; m.nt. Damen)). Met het Valkenswaard-arrest van de Hoge Raad van 9 september 2005 (*JB 2005/275*, m.nt. Schlössels) lijkt daar een einde aan gekomen te zijn.

⁸⁸ Zie bijv. HR 22 juni 2001, *Gst.* 2001, 2, (*Restaurant 'Boeddha'*; m.nt. Hennekens), Hof Amsterdam 9 augustus 1990, BR 1991, p. 308 (*Ruurlo*; m.nt. Moesker) en Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB 2003/304* (*Oudewater*; m.nt. Albers).

⁸⁹ ABRvS 15 januari 1998, *JB 1998/36* (*Sniiver-Waterschap Friesland*; m.nt. Van der Linden).

namelijk geen zin (meer). Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als de 'ramp' zich al heeft voltrokken.⁹⁰ Bovendien is de toegang tot de civiele rechter van belang om de burger een mogelijkheid te bieden tot vordering van schade indien een bestuursorgaan structureel weigert te handhaven en de burger reeds bij herhaling tot in hoogste instantie succesvol een weigeringsbesluit heeft aangevochten.⁹¹ Ten slotte verdient opmerking dat de burger (vooral nog) meestal niet terecht kan bij de bestuursrechter met een klacht over ontoereikend toezicht aangezien de toezichhoudende taak een feitelijk handelen (eventueel *ter voorbereiding* van een handhavingsbesluit⁹²) betreft.⁹³

Maar ook indien de burger wél een bestuursrechtelijke procedure heeft gevolgd of had kunnen volgen tegen een handhavings- of gedoogbesluit moet hij zich ons inziens met een vordering tot schadevergoeding kunnen wenden tot de (civiele) rechter.

Van belang is verder dat de formele rechtskracht⁹⁴ van bijvoorbeeld een gedoogbesluit ons inziens in de regel niet afdoet aan een actie bij de civiele rechter.⁹⁵ In dat opzicht delen wij de opvatting dat de geldigheid van een besluit in objectieve zin niet zonder meer met zich brengt dat het besluit ook in alle opzichten jegens iedere burger rechtmatig is.⁹⁶ Een besluit vormt bovendien slechts een 'momentopname' in het gehele bestuurlijke toezichts- en handhavingsproces. Het geeft dan ook geen pas een vordering – die niet is gericht op het aantasten van de geldigheid van een besluit – zonder meer af te wijzen met een beroep op de formele rechtskracht van het gedoogbesluit of wegens 'eigen schuld' van de gelaedeerde omdat hij geen gebruik heeft gemaakt van een bestuursrechtelijke rechtsgang. Steun voor deze opvatting kan indirect óók worden gevonden in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak. In een uitspraak van 17 juli 2002⁹⁷ heeft de Afdeling overwogen dat een gedoogbesluit niet in de weg staat aan handhaving. Ter beantwoording van de vraag of – ondanks de aanwezigheid van een gedoogbesluit⁹⁸ – gehandhaafd moet worden (en niet handhaven onrechtmatig is) hanteert de Afdeling de standaard 'beginselplicht-formule'.⁹⁹ Voorts zijn wij van mening dat ook de Valkenswaard-jurisprudentie,¹⁰⁰ die met zicht brengt dat voorbereidingshandeling die een nauwe samenhang

vertonen met het beoogde besluit de formele rechtskracht van het daarop volgende besluit delen,¹⁰¹ de burger niet mag worden tegengeworpen als hij een vordering tot schadevergoeding indient bij de burgerlijke rechter wegens handhavings- of toezichtsfalen, terwijl hij in het verleden een handhavingsbesluit heeft uitgelokt en tegen de weigering handhavend op te treden (en daarmee ook tegen de voorbereidingshandelingen – zoals het feitelijk toezicht – geen (juridische) actie heeft ondernomen.

Zou men een vordering van een gelaedeerde van de hand wijzen door hem de formele rechtskracht van een eerder gevraagd handhavingsbesluit tegen te werpen dan levert dat bovendien vanuit een oogpunt van een *rechtvaardige rechtsbedeling* allerlei problemen op. Wij schetsen dit aan de hand van een (fictieve) casus over de vuurwerkcramp in Enschede. Stel burger Jansen en Smeets hebben een verzoek tot handhaving met betrekking tot S.E. Fireworks gedaan. Na afwijzing van het verzoek door B&W van Enschede procedeert Jansen door, Smeets niet. De Afdeling geeft in hoger beroep aan dat gehandhaafd moet worden. Voordat daadwerkelijk wordt opgetreden ontploft S.E. Fireworks. Jansen zou bij de burgerlijke rechter naar alle waarschijnlijkheid¹⁰² schade-

rechtskracht lijkt zicht zo bij wijze van spreken 'als een olievlek' uit te breiden tot aan het besluit voorafgaande voorbereidingshandelingen.

⁹³ Vgl. ABRvS 24 december 2003, *JB* 2004/58.

⁹⁴ Zie m.b.t. het leerstuk van formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid Van Maanen en De Lange 2005, p. 102 e.v. Zie voorts: HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 (*Heesch/Van de Akker*) en HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 164 (*Aharchi/Bedrijfsvereniging*; m.nt. M. Scheltema).

⁹⁵ Vgl. B.J. van Eitkovens & B. Schueler, 'De Centrale Raad van Beroep en de aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht', in de bundel: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: 2003, p. 155-175, i.h.b. p. 161-163 en p. 175; C.C. van Dam 2002, p. 106-107 en G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)', in de bundel: *Tien jaar JB en Awb*, Den Haag: 2004.

⁹⁶ Zie R.J.N. Schlössels, 'Weg met de besluitenaansprakelijkheid?', in de bundel: *Tien jaar JB en Awb*, Den Haag: 2004, paragraaf 7.1.

⁹⁷ ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2002, 404 (*Illegale ontsluitingsweg Almen*; m.nt. Neerhol).

⁹⁸ Dit gedoogbesluit zou, indien appellanten zich zouden hebben gewend tot de civiele rechter, zijn aangemerkt als een besluit met 'formele rechtskracht' omdat appellanten pas ruim negen maanden na afgifte van het gedoogbesluit gingen procederen (zie r.o. 2.5). De Afdeling vindt echter, evenals de rechtbank, dat er sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding.

⁹⁹ Zie ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2002, 404 (*Illegale ontsluitingsweg Almen*; m.nt. Neerhol) r.o. 2.6.

¹⁰⁰ HR 9 september 2005, *JB* 2005/275 (m.nt. Schlössels), *AB* 2006, 286 (m.nt. Van Ommeren), *NJ* 2006, 93 (m.nt. Mok), *Gst.* 2006, 64 (*Valkenswaard*; m.nt. Timmermans).

¹⁰¹ De Hoge Raad formuleert het in r.o. 3.4 als volgt: 'Inlichtingen die zozeer samenhangen met het beoogde besluit, dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter dragen, hoezeer ook onjuist, worden in beginsel echter 'gedekt' door de formele rechtskracht van dat besluit.' De Afdeling bestuursrechtspraak vaart intussen een tegengestelde koers. In een uitspraak van 11 januari 2006 (*JB* 2006/55, (*Marokkaanse echtscheiding Veghel*; m.nt. Van Maanen)) oordeelde zij dat vorderingen tot schadevergoeding in verband met voorbereidingskosten die op verzoek van het bestuursorgaan – naar achteraf blijkt – onnodig door een gelaedeerde zijn gemaakt niet door haar kunnen worden behandeld. Een gelaedeerde moet zich met zijn vordering tot de civiele rechter wenden.

¹⁰² Wij gaan ervan uit dat het relativiteitsvereiste en causaal verband hier geen probleem zullen opleveren. Datzelfde geldt ons inziens voor een 'eigen schuldverweer' van de gemeente Enschede.

⁹⁰ Aangezien bij dergelijke rampen vaak geen (bestuursrechtelijk) handhavingsbesluit voortligt zal een gelaedeerde zich tot de civiele rechter wenden. Het bestuursrechtelijk traject wordt veelal gevolgd als er nog geen schade is of als er sprake is van overlast (stank, geluid) of waardevermindering van bijv. de woning van degene die het verzoek tot handhaving indient.

⁹¹ Illustratief in dit kader is de casus in: HR 25 oktober 2002, *JB* 2002/349; *NJ* 2003, 171 (m.nt. Scheltema); *AB* 2003, 421 (m.nt. Van Buuren); *Gst.* 2003, 40 (*Heeze-Leende*; m.nt. Lam) (i.h.b. r.o. 6.4.).

⁹² In dit geval lijkt de burger wel zijn kaarten te verspelen als hij het feitelijk (voorbereidings)handelen niet in het kader van het handhavingsbesluit aan de bestuursrechter voorlegt (vgl. HR 9 september 2005, *JB* 2005/275 (m.nt. Schlössels), *AB* 2006, 286 (m.nt. Van Ommeren), *NJ* 2006, 93 (m.nt. Mok), *Gst.* 2006, 64 (*Valkenswaard*; m.nt. Timmermans)). Zie voorts: HR 11 april 2008, *AB* 2008, 170 (*Zandwinnersarrest*; m.nt. Van der Veen) en HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 155 (m.nt. Mok), *Gst.* 2008, 25 (*Wijk bij Duurstede*; m.nt. Van der Does). De formele

vergoeding krijgen. Omdat de burgerlijke rechter – vanwege het arrest Van Gog/Nederweert – ervan uit gaat dat onrechtmatigheid en schuld vast staan (risicoaansprakelijkheid van de overheid) is de kans groot dat hij zijn schade vergoed ziet. Smeets krijgt – als men zou vasthouden aan de leer van de formele rechtskracht – niets. Tegenover hem heeft het besluit tot weigering formele rechtskracht gekregen. Het wordt geacht rechtmatig te zijn. Andere omwonenden bevinden zich in de situatie waarin enkel sprake is van feitelijk handelen (beter gezegd; nalaten) zij moeten het gewone traject doorlopen met – naar huidige stand van zaken – de terughoudende onrechtmatigheidstoets van de burgerlijke rechter.¹⁰³

Dit brengt ons hier tot de volgende slotsom. Bij beantwoording van de vraag of een openbaar lichaam aansprakelijk is in verband met gebrekkig toezicht of niet-handhaven dient de rechter naar onze mening het handelen in zijn geheel te beoordelen. Een gedoogbesluit of een eerdere uitspraak van een bestuursrechter inzake de (on)rechtmatigheid van een handhavingsbesluit kan daarbij enig gewicht in de schaal leggen maar sluit aansprakelijkheid zeker niet uit.¹⁰⁴ Het

gaat immers slechts om een momentopname. Dit klemt te meer al naar gelang een gedoogbesluit of rechterlijke uitspraak van oudere datum is.

3. Resumé deel 1

In deel 1 van onze bijdrage stond de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid wegens gebrekkig (bouw- en woning)toezicht centraal. Zowel de rechter als de wetgever lijkt er veel aan gelegen te zijn deze aansprakelijk waar mogelijk te ontwijken. De gewijzigde Woningwet legt, onder meer door het in het leven roepen van zorgplichten voor de bouwer en rechthebbende van een bouwwerk, een zwaardere verantwoordelijkheid bij de burger neer. Daarbij komt dat de Hoge Raad (vanwege de vrees voor een 'alsmaar uitdijende overheidsaansprakelijkheid') niet snel oordeelt dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld. De burgerlijke rechter gaat uit van een ruime discretie van het bestuur in het kader van de toepassing van toezichts- en handhavingsbevoegdheden. Bijgevolg toets hij afstandelijk (ofschoon de bestuursrechtelijke rechtspraak over de beginselplicht tot handhaving ons inziens tot een intensievere beoordeling van

de onrechtmatigheid van het toezichtsfalen dwingt). Voorts lijkt de burgerlijke rechter voor de burger geen gunstige invulling aan het relativiteitsbeginsel te geven. Dit geldt in ieder geval voor zover een burger ten gevolge van falend bouw- en woningtoezicht (enkel) zuivere vermogensschade lijdt. In het kader van de 'besluitenaansprakelijkheid' valt ten slotte nog te wijzen op de door de Hoge Raad ontwikkelde de leer van de formele rechtskracht en de uitbreiding van de reikwijdte van de leer van de formele rechtskracht naar voorbereidingshandelingen door de Hoge Raad in de zogeheten 'Valkenswaard-jurisprudentie'. Deze rechtspraak zou in de weg kunnen staan aan een succesvolle schadevergoedingsactie bij de burgerlijke rechter.

¹⁰³ Zie daarover par. 2.1.

¹⁰⁴ Vgl. Van Maanen 2004. Hetzelfde geldt ons inziens voor een ten onrechte afgegeven of foutieve vergunning. Bezit genoemde vergunning 'formele rechtskracht' en ontstaat schade door gebruik van deze vergunning dan kan een openbaar lichaam daarvoor onder omstandigheden aansprakelijk worden gesteld (anders: Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004/69 (*Vuurwerkcramp Enschede*; m.nt. Albers) r.o. 3.3.3).

INGEZONDEN BIJDRAGE

139 Ingezonden bijdrage. Reactie op: W. Konijnenbelt, Op-recht bekeken, Medebewind of geen medebewind? Of: een vals debat

I. van Haaren-Dresens¹

Slechts na aarzeling reageer ik op het debat tussen geleerden waarvan Konijnenbelt zich in zijn recente column in de rubriek Op-recht bekeken in dit blad afvraagt of het vals is. Ik ben immers niet geleerd. Maar ik waag het er toch maar op.

Konijnenbelt meent dat volgens de Grondwet vordering van regeling en bestuur van decentrale overheden niet alleen kan bij specifieke wettelijke regeling voor een specifiek terrein omdat art. 124 lid 2 Gw niet alleen betrekking heeft op medebewind in klassieke zin maar ook taakopdrachten en

bevoegdheidstoekenningen omvat zoals we die bijvoorbeeld vinden in art. 151a en 154a Gemw. Art. 124 lid 2 Gw kent de term 'medebewind' inderdaad niet en lijkt dus een basis te bieden voor andere vormen van gevorderde regeling en bestuur. Echter, art. 108 lid 2 Gemw verlangt wel dat de medewerking van decentrale overheidsorganen wordt geregeld in specifieke wetgeving. En Konijnenbelt zal toch aan de algemene wet die de Gemeentewet is, nog steeds de bijzondere status toekennen die hij haar al toedacht voordat zij bestond?² Moet die status er dan niet toe leiden dat we ervan uit moeten gaan dat medewerking aan de uitvoering van gemeentebesturen slechts kan worden gevorderd bij specifieke wetgeving? En bijgevolg dat bijvoorbeeld de bepaling over de bordeelverordening in art. 151a Gemw eigenlijk een faux pas is van de wetgever? De parlementaire geschiedenis van dat laatste artikel wijst ook in die richting. De gemeentewettelijke basis voor de bordeelverordening die werd ingevoegd door aanvaarding van een amendement Nicolai c.s. paste naar de smaak van de regering niet goed in die

wet en zij wilde dan ook bezien of een sectorale wet voor de regulering van de prostitutie nodig was. De via het amendement ingevoegde bepaling in de Gemeentewet achtte zij uiteindelijk aanvaardbaar als tijdelijke voorziening.³ Omdat het Haagse geheugen kort is en de aandacht voor het staatsrechtelijk systeem van het decentralisatierecht ook daar niet altijd groot, staat

¹ u.d. Staats- en bestuursrecht aan de Open Universiteit

² Zie zijn 'De Gemeentewet als 'bijzondere wet'. Onderzoek naar de plaats van de Gemeentewet en andere organieke wetten in ons recht' dat hij in opdracht van de Raad voor het binnenlands bestuur uitvoerde en dat uit november 1987 stamt.

³ *Kamerstukken II* 25 337, nr. 17 en 18 en *Handelingen II*, nr. 45, p. 3108-09 en 3161. Over de gemeentelijke prostitutieregulering schreef ik in *S&J Signaal*, jaargang 7, aflevering 9 (september 2000).