



Vereniging van
Nederlandse Gemeenten

Voorbereid op aansprakelijkheid

GEMEENTEN EN OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID



Vorbereid op aansprakelijkheid
Gemeenten en overheidsaansprakelijkheid

Colofon

Auteurs

prof. mr. G.A. van der Veen (red.), AKD advocaten en notarissen

mr. T.W. Franssen (red.), AKD advocaten en notarissen

mr. H.X. Botter, AKD advocaten en notarissen

mr. A.H.J. Hofman, AKD advocaten en notarissen

mr. S.A.L. van de Sande, AKD advocaten en notarissen

mr. D. van Tilborg, AKD advocaten en notarissen

Samenstelling en redactie

mr. E.H.J. de Bruin, VNG

mr. J.E. Poldervaart, VNG

Begeleidingscommissie

mr. C. Jonkers, gemeente Drimmelen

mr. T. Linnartz, gemeente Arnhem

mr. drs. T. Schade, gemeente Haarlem

Vormgeving

C.J.N. Koning, VNG

© Vereniging van Nederlandse Gemeenten, Den Haag, 2015

Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG)

Postbus 30435

2500 GK Den Haag



Inhoudsopgave

Voorwoord	9
Lijst van afkortingen	11
1 Inleidende opmerkingen	13
1.1 Overheidsaansprakelijkheid	13
1.2 Doel en opbouw van deze publicatie	14
2 Juridisch kader	16
2.1 Inleiding	16
2.2 Onrechtmatige daad	17
2.2.1 Onrechtmatigheid	18
2.2.2 Toerekening	21
2.2.3 Relativiteit	25
2.2.4 Causaliteit	28
2.2.5 Schade	31
2.3 Rechtsmachtsverdeling	31
2.3.1 Voorwaarden voor de bevoegdheid van de bestuursrechter	32
2.3.2 Verhouding tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter	37
2.3.3 Samenvatting rechtsmachtverdeling	38

2.4	Verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter	40
2.4.1	Kennisgeving aan het bestuursorgaan	40
2.4.2	Een verzoek hangende de procedure tegen het schadeveroorzakende besluit of een zelfstandig verzoek na afloop van die procedure	41
2.4.3	De eisen aan het verzoekschrift	43
2.4.4	Het verloop van de verzoekschriftprocedure	45
2.4.5	Verschillen met de dagvaardingsprocedure bij de burgerlijke rechter	46
2.5	Samenvatting	48
3	Onrechtmatige besluiten	51
3.1	Inleiding	51
3.2	Onrechtmatigheid	52
3.2.1	Leer van de formele rechtskracht	53
3.2.2	Reikwijdte formele rechtskracht	53
3.2.3	Uitzonderingen op formele rechtskracht	55
3.2.4	Formele rechtskracht van het primaire besluit (verlengde besluitvorming)	61
3.3	Causaliteit	64
3.4	Relativiteit	68
3.4.1	Aanvragers en andere geadresseerden	68
3.4.2	Derden	70
3.5	Niet tijdig beslissen	72
3.5.1	Bijkomende omstandigheden	73
3.5.2	Causaal verband tussen termijnoverschrijding en materiële schade	74
3.5.3	Verhouding met overschrijding redelijke termijn (artikel 6 EVRM)	75
3.6	Samenvatting	78
3.7	Aanbevelingen	80
4	Aansprakelijkheid voor nalaten, falend toezicht	83
4.1	Inleiding	83
4.2	Aansprakelijkheid voor nalaten	84
4.2.1	Kelderluik-criteria	84
4.2.2	Subjectieve en objectieve wetenschap van de gemeente	86

4.3	De maatstaf om te beoordelen of er sprake is van (onrechtmatig) falend toezicht	88
4.4	De voor de praktijk belangrijke gezichtspunten en omstandigheden	89
4.4.1	Beleids- en beoordelingsvrijheid	90
4.4.2	De beginselplicht tot handhaving	91
4.4.3	Geen kennis achteraf	93
4.4.4	Aard en doel van het toezicht	93
4.4.5	Toezichthoudersdilemma	93
4.4.6	Geen garanties	94
4.4.7	De ernst van de overtreding	94
4.4.8	De gevolgen van de overtreding	94
4.4.9	Prioritering	95
4.4.10	Gedogen/zicht op legalisatie	97
4.4.11	Concrete kennis of niet	97
4.5	Samenvatting	98
4.6	Aanbevelingen	99
5	Het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie	101
5.1	Inleiding	101
5.2	Rechtsmachtverdeling	102
5.2.1	Bestuursrechter	102
5.2.2	Burgerlijke rechter	104
5.3	Onrechtmatigheid	109
5.3.1	Toerekening van informatieverstrekking	109
5.3.2	Wanneer is informatie onjuist?	111
5.3.3	Wanneer is het verstrekken van onjuiste informatie onrechtmatig?	113
5.3.3.1	De aard van de informatie	115
5.3.3.2	De hoedanigheid van partijen	119
5.3.3.3	Aard en omvang van de belangen	125
5.4	De overige vereisten van de onrechtmatige daad	126
5.4.1	Toerekenbaarheid	126
5.4.2	Relativiteit	127
5.5	Samenvatting	128
5.6	Aanbevelingen	130

6	Risicoaansprakelijkheden	131
6.1	Inleiding	131
6.2	Het verschil tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid	132
6.3	Risicoaansprakelijkheid van de gemeente als werkgever	133
6.3.1	Ambtenaar dient zelf een fout te hebben begaan	133
6.3.2	Eis van voldoende functioneel verband tussen fout en opgedragen taak	134
6.3.3	Uitzendkrachten	135
6.3.4	Toerekening van foutief handelen van de ambtenaar aan de gemeente	135
6.3.5	Regres van de gemeente op de ambtenaar	136
6.4	Risicoaansprakelijkheid voor externen	137
6.5	Risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en opstallen	139
6.5.1	Het Wilnis-arrest	139
6.6	Gebrekkige zaken	140
6.6.1	Roerende zaak	141
6.6.2	Bekendheid met het gevaar	141
6.6.3	Gebrek	142
6.6.4	Bijzonder gevaar	142
6.6.5	Tenzij-clausule	142
6.7	Gebrekkige opstallen	144
6.7.1	Opstal	144
6.7.2	Gebrek	145
6.7.2.1	Ontwerp- en inrichtingseisen	146
6.7.2.2	Treffen van veiligheidsmaatregelen	147
6.7.2.3	Onvoldoende toezicht of onderhoud	147
6.7.2.4	Beleidsvrijheid en de beschikbare financiële middelen	147
6.7.3	Tenzij-clausule	149
6.8	Aansprakelijkheid van de gemeente voor openbare wegen	149
6.8.1	Openbare weg in de zin van de Wegenwet	150
6.8.2	Gebrekkige openbare weg	151
6.8.3	Veiligheidsmaatregelen (waaronder waarschuwingen)	152
6.8.4	Gladheid	153
6.9	Aansprakelijkheid van de gemeente als beheerder van rioleringen	155
6.9.1	Gebrekkige riolering	157
6.9.2	Beleidsvrijheid	157

6.9.3	Putdeksels	158
6.10	Klachten	159
6.11	Omkering van de bewijslast	160
6.12	Samenvatting	161
6.13	Aanbevelingen	162
7	Burgerinitiatieven in de openbare ruimte	165
7.1	Inleiding	165
7.2	Indeling burgerinitiatieven en aanloop naar aansprakelijkheden	167
7.3	Aansprakelijkheidsgrondslagen bij burgerinitiatieven in de openbare ruimte	169
7.3.1	Risicoaansprakelijkheid voor opstallen en openbare wegen	169
7.3.2	Aansprakelijkheid voor falend toezicht	171
7.3.3	Gedogen	173
7.3.4	Het veenbroei-arrest	175
7.3.5	Niet-naleving van regelgeving door de gemeente	177
7.4	Effecten van vergunningen op aansprakelijkheden	177
7.4.1	Vrijwarende werking?	178
7.4.2	Gemeentelijke aansprakelijkheid bij vergund evenement?	180
7.5	Voorschriften aan vergunningen	181
7.6	Aansprakelijkheidsrisico's beperken met contracten	182
7.7	Samenvatting	184
7.8	Aanbevelingen	184



Voorwoord

Als schade wordt geleden wordt er al gauw richting de overheid gekeken. Burgers vinden met hun schadeclaims gemakkelijk de weg naar de gemeente. Het komt er voor de gemeente op aan om een adequaat antwoord te formuleren op aansprakelijkheidsvragen.

De laatste jaren zijn er diverse ontwikkelingen geweest op het gebied van het (overheids-) aansprakelijkheidsrecht. Op 1 juli 2013 is een regeling in de Algemene wet bestuursrecht opgenomen om, los van de procedure tegen het schadeveroorzakende besluit, aan de bestuursrechter een verzoek om schadevergoeding te doen. Ook de rechtsmachtverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter bij schadevergoeding op grond van onrechtmatige besluiten is onderwerp van deze wetswijziging geweest. Daarnaast zijn niet alleen onrechtmatige besluiten, maar ook falend toezicht, onjuiste informatieverstrekking en risicoaansprakelijkheid onderwerp geweest van een niet aflatende stroom aan jurisprudentie. Relatief nieuw aan het firmament zijn de vragen naar aansprakelijkheid en risicoverdeling bij burgerinitiatieven in de openbare ruimte.

De VNG heeft prof. mr. G.A. van der Veen en mr. T.W. Franssen, beiden advocaat bij AKD advocaten en notarissen, daarom verzocht om een specifiek voor gemeenten relevant en op de gemeentelijke praktijk gericht overzicht van het geldende aansprakelijkheidsrecht uit onrechtmatige daad te schrij-

ven. Samen met een aantal kantoorgenoten hebben zij aan dit verzoek gehoor gegeven. Het resultaat ligt voor u.

De VNG en de auteurs danken de leden van de gemeentelijke begeleidingscommissie voor hun constructieve en bruikbare commentaar en hun inbreng vanuit de gemeentelijke praktijk.

Deze publicatie is geschreven voor gemeentelijke juristen en juridisch geïnteresseerde medewerkers die aanknopingspunten zoeken om schadeclaims te voorkomen, te beoordelen en af te handelen.

Ik vertrouw erop dat deze publicatie bijdraagt aan een goede herkenning en behandeling van aansprakelijkheidskwesties binnen de gemeente, maar bovenal aan preventie.

Den Haag, oktober 2015

drs. C.J.G.M. de Vet

Lid directieraad

Vereniging van Nederlandse Gemeenten



Lijst van afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Dhw	Drank- en Horecawet
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
jo.	juncto
Mw	Mededingingswet
NEN	Nederlandse Norm
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristen Blad
Rb.	Rechtbank
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Vzr	Voorzieningenrechter
NVWA	Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wet Arob	Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen

Wft	Wet op het financieel toezicht
Wm	Wet milieubeheer
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning
Wns	Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening (oud)
Wro	Wet ruimtelijke ordening
Wwb	Wet werk en bijstand



1 Inleidende opmerkingen

Waar gehakt wordt, vallen spaanders. Dat is onvermijdelijk. Het is alleen de vraag of er wat met de spaanders gedaan moet worden. Sommige spaanders berokkenen schade, en andere niet.

Dat is ook zo bij gemeenten. Waar gemeenten besluiten nemen, blijken sommige de eindstreep niet te halen, omdat zij worden herroepen of vernietigd, met alle gevolgen van dien. Ook andere gemeentelijke gedragingen kunnen schade tot gevolg hebben. Denk aan het geven van onjuiste inlichtingen, aan falend toezicht of aan gebrekkig onderhoud van de openbare weg. Ook in die gevallen is het de vraag, wat de gemeente moet doen. Daarbij is van belang of de gemeente aansprakelijk is voor de schade die zij heeft veroorzaakt. Dat bepaalt namelijk of de gemeente een eventuele aansprakelijkstelling moet aanvaarden en de geleden schade moet vergoeden, of dat zij de aansprakelijkheid van de hand kan wijzen.

1.1 Overheidsaansprakelijkheid

De aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad wordt vaak als 'overheidsaansprakelijkheid' betiteld. Hoewel dit een herkenbaar begrip is, dat ook in deze publicatie enkele malen wordt gebruikt, dekt de vlag de lading van deze publicatie niet geheel.

Allereerst bespreken wij in deze publicatie alleen de aansprakelijkheid

van de overheid uit onrechtmatige daad. Wij gaan dus niet in op overheidsaansprakelijkheid uit rechtmatige daad. Daarom laten wij bijvoorbeeld de aansprakelijkheid op basis van het leerstuk van de gelijkheid voor de publieke lasten buiten bespreking en dat geldt dus ook voor de komende wettelijke regeling van nadeelcompensatie in Titel 4.5 Awb. De term 'overheidsaansprakelijkheid' omvat dus meer dan alleen de aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad.

Ten tweede suggereert de term dat de daarbij betrokken leerstukken alleen voor de overheid gelden. Voor sommige onderwerpen is dat inderdaad het geval, maar andere gelden voor een ieder. De aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten geldt bijvoorbeeld alleen voor de overheid, maar de aansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen bijvoorbeeld weer niet. De term 'overheidsaansprakelijkheid' is hier dus te beperkt.

Ten derde ziet de term op het toepasselijke materiële recht, het recht dus dat antwoord geeft op de vraag wanneer de overheid aansprakelijk is. Belangrijk is daarnaast echter ook het formele recht. Dat is het recht dat antwoord geeft op de vraag welke rechter welke geschillen over aansprakelijkheid van de overheid moet berechten. De vraag, wanneer een gemeente aansprakelijk is, komt namelijk niet steeds bij dezelfde rechter terecht. In een aantal gevallen is de bestuursrechter bevoegd, en in andere gevallen is dat de burgerlijke rechter. De rechtsmachtverdeling is een bron van vele procedures geweest, en zal dat ook nog wel blijven. Relatief recent is rechtsmachtverdeling bij schadevergoeding op grond van onrechtmatige overheidsdaad onderwerp van wetswijziging geweest. In de artikelen 8:88 e.v. Awb is een regeling getroffen over de rechtsmachtsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter en is de bestuursrechtelijke verzochtschriftprocedure ingevoerd. Deze heeft betrekking op een aantal met name genoemde schadeveroorzakende handelingen, zoals vernietigde besluiten en onjuiste inlichtingen die met een vernietigd besluit samenhangen. Voor diverse andere handelingen verandert de nieuwe regeling echter niets en blijft (ook) de burgerlijke rechter in beeld.

1.2 Doel en opbouw van deze publicatie

Deze publicatie beslaat een specifiek voor gemeenten relevant overzicht van het geldende aansprakelijkheidsrecht.

Wij besteden in het volgende hoofdstuk allereerst aandacht aan het algeme-

ne juridische kader, waarbij wij in het bijzonder ingaan op de elementen van de onrechtmatige daad en de rechtsmachtverdeling. Vervolgens komen de aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten (hoofdstuk 3) en de aansprakelijkheid voor nalaten en falend toezicht (hoofdstuk 4) aan bod. Hoofdstuk 5 handelt over het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie. In hoofdstuk 6 komen de risicoaansprakelijkheden aan de orde, in het bijzonder de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en opstallen. Hoofdstuk 7, ten slotte, heeft betrekking op burgerinitiatieven in de openbare ruimte en bespreekt de daarbij relevante aansprakelijkheidskwesties.

De keuze van de onderwerpen in deze publicatie is ingegeven door de relevantie voor de gemeentelijke praktijk, mede aan de hand van onze eigen ervaringen als advocaten in het aansprakelijkheidsrecht voor gemeenten. Onze keuzes zijn mede ingegeven door nieuwe wetgeving, relevante jurisprudentie en ontwikkelingen in de gemeentelijke actualiteit. Waar mogelijk, hebben wij uit de leerstukken en de bijbehorende jurisprudentie aanbevelingen ontleend die voor de gemeentelijke praktijk zinvol kunnen zijn. Vanuit vergelijkbare praktische overwegingen zijn de verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur beperkt gehouden.



2 Juridisch kader

2.1 Inleiding

Binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht neemt het leerstuk van de onrechtmatige daad, zoals dat tegenwoordig is opgenomen in artikel 6:162 BW, een centrale positie in. Zo is het onrechtmatig om een besluit niet met de vereiste zorgvuldigheid voor te bereiden, een aanvraag te weigeren terwijl die ingewilligd had moeten worden of bestuurlijke sancties op te leggen aan iemand die – naar later blijkt – niet kwalificeert als een overtreder. Ook kan een gemeente onrechtmatig handelen worden verweten indien zij is tekortgeschoten in een aan het college opgedragen toezichtstaak, of indien zij onjuiste inlichtingen heeft verschaft. Om deze reden zullen wij hierna eerst in algemene zin het leerstuk van de onrechtmatige daad bespreken. Meer in het bijzonder zal worden ingegaan op de eisen van onrechtmatig handelen, toerekening, relativiteit, causaliteit en schade (paragraaf 2.2.1 t/m 2.2.5). Op deze bespreking zal in de andere hoofdstukken worden voortgebouwd.

In de daarop volgende paragraaf van dit hoofdstuk wordt uiteengezet welke processuele mogelijkheden een burger ter beschikking staan om de vergoeding van zijn schade af te dwingen (paragraaf 2.3). Tot slot zullen wij uitgebreid ingaan op één van die mogelijkheden, zijnde de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter (paragraaf 2.4).

2.2 Onrechtmatige daad

De materiële criteria voor een aanspraak op schadevergoeding uit onrechtmatige daad zijn opgenomen in artikel 6:162 BW. Dit artikel behelst de kern van het overheidsaansprakelijkheidsrecht en daarom volgt de tekst hiervan.

Artikel 6:162 BW

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Het eerste wat bij lezing van dit artikel opvalt, is dat de verplichting tot schadevergoeding rechtstreeks uit de wet voortvloeit. Een recht op schadevergoeding bestaat dan ook niet slechts indien de burgerlijke rechter dit bij vonnis heeft vastgesteld, of het betrokken bestuursorgaan hiertoe heeft besloten. Nee, een recht op schadevergoeding bestaat reeds wanneer aan de criteria voor een onrechtmatige daad is voldaan.

Artikel 6:162 BW betreft een bepaling van burgerlijk recht. Genoemd wetsartikel biedt dan ook de rechtsgrond op basis waarvan bij de burgerlijke rechter kan worden verzocht om een gemeente te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding. Een dergelijke functie vervult artikel 6:162 BW niet binnen het bestuursrecht. Het is – met andere woorden – niet mogelijk om de bestuursrechter te benaderen met een vordering of verzoek op grond van dit artikel. De rechtsgrond voor een dergelijk verzoek kan gevonden worden in het (nieuwe) artikel 8:88, eerste lid, Awb. Op dit artikel wordt in paragraaf 2.3.1 nader ingegaan.

Bij de toepassing van artikel 8:88, eerste lid, Awb wordt wel – net als dat voorheen onder het oude recht het geval was – aansluiting gezocht bij de materiële criteria voor een onrechtmatige daad zoals die binnen het burgerlijke recht tot wasdom zijn gekomen.¹

¹ Zie onder meer CRvB 18 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:437 en HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:559.

In grote lijnen hanteren de burgerlijke en de bestuursrechter dezelfde maatstaven om te beoordelen of een gemeente uit hoofde van een onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade.

Er bestaan echter nog steeds kleine verschillen tussen de rechtspraak van de burgerlijke en de bestuursrechter. Zo bestaat er bijvoorbeeld verschil in de wijze waarop wordt beoordeeld of na vernietiging van een beslissing op bezwaar door de bestuursrechter, ook het primaire besluit voor onrechtmatig moet worden gehouden (zie hierover uitgebreid paragraaf 3.2.4). Dat leidt ertoe dat het – op dit punt – voor de gemeente gunstiger is om een procedure over haar aansprakelijkheid bij de civiele rechter te voeren.

In de kern genomen is sprake van een onrechtmatige daad van een gemeente indien is voldaan aan de volgende eisen:

1. Onrechtmatige daad (artikel 6:162, tweede lid, BW) als gevolg van een;
 - inbreuk op een recht;
 - doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, of;
 - met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt.
2. Toerekening van de onrechtmatige daad aan de gemeente (artikel 6:162, derde lid, BW);
 - krachtens schuld, of;
 - krachtens risico.
3. Causaal verband tussen het handelen van de gemeente en de ontstane schade (artikel 6:162, eerste lid, jo. 6:98 BW).
4. Relativiteit (artikel 6:162, eerste lid, jo. artikel 6:163 BW).
5. Schade (artikel 6:162, eerste lid, jo. 6:95 BW).

Hierna zullen deze vereisten kort worden besproken.² Al wat bijzonder is aan de toepassing van deze vereisten binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht wordt in de volgende hoofdstukken uitgewerkt.

2.2.1 Onrechtmatigheid

De allereerste vraag die moet worden beantwoord om te bepalen of de

² Voor een meer uitgebreide bespreking van het leerstuk van de onrechtmatige daad en de in dat kader geldende vereisten verwijzen wij naar: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015 en A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015.

gemeente aansprakelijk is voor de gestelde schade, is of de gemeente een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Artikel 6:162, tweede lid, BW onderscheidt drie categorieën van onrechtmatige daden.

Een gemeente kan onrechtmatig handelen jegens een burger door inbreuk te maken op een van zijn subjectieve rechten, door te handelen in strijd met een op de gemeente rustende wettelijke plicht of door te handelen in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

Ten eerste is het onrechtmatig om inbreuk te maken op iemands recht. Het gaat hierbij om een subjectief recht van de burger. Het noemen van voorbeelden van subjectieve rechten verklaart dit begrip wellicht beter dan wanneer getracht wordt van dit begrip een definitie te geven. Gedacht kan worden aan persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op een persoonlijke levenssfeer (artikel 10 Grondwet), aan vermogensrechten, zoals het recht op eigendom (artikel 5:1 BW) en aan beperkte rechten, zoals het recht van opstal (artikel 5:101 BW).

Een sprekend voorbeeld van een inbreuk op een subjectief recht, betreft het geval waarin een waterschap was overgegaan tot reconstructie van een openbare weg. Dit was zodanig gedaan, dat de weg na reconstructie op grond was komen te liggen die in eigendom toebehoorde aan een bedrijf. De rechtbank kwam zodoende tot de conclusie dat het waterschap hierdoor grond in gebruik had genomen die aan het bedrijf in eigendom toebehoorde en zodoende inbreuk had gemaakt op het eigendomsrecht van het bedrijf (artikel 5:1 BW).³

Ten tweede is het onrechtmatig indien is gehandeld in strijd met een wettelijke plicht. Hierbij moet niet slechts worden gedacht aan een plicht op grond van een wet in formele zin, maar aan iedere plicht op grond van een algemeen verbindend voorschrift. Gedacht kan worden aan verdragen, de grondwet, wetten, algemene maatregelen van bestuur, decentrale verordeningen zoals de APV maar ook aan voorschriften die zijn verbonden aan besluiten zoals vergunningen.⁴ Een gemeente kan dan ook op veel verschillende manieren in strijd met een wettelijke plicht handelen.

3 Rb. Rotterdam 20 december 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ6223.

4 HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 (Van Dam-Beukeboom).

Stel bijvoorbeeld dat het college een omgevingsvergunning heeft afgegeven aan een projectontwikkelaar voor de activiteit bouwen, te weten het oprichten van een mooi nieuw appartementencomplex in een dorpskern. Diverse omwonenden kunnen zich met deze ontwikkeling niet verenigen, daar het betreffende appartementencomplex in hun opinie in het geheel niet past binnen het karakter van die dorpskern en evenmin binnen de regels van het geldende bestemmingsplan. Ze halen hun gelijk bij de bestuursrechter in beroep tegen de door het college verleende omgevingsvergunning. Meer in het bijzonder komt de rechtbank tot het oordeel dat het college geen omgevingsvergunning had mogen afgeven, omdat de betreffende ontwikkeling in strijd was met het vigerende bestemmingsplan. In dat geval heeft het college gehandeld in strijd met een wettelijke plicht, zijnde de verplichting om een aanvraag om een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen te weigeren, indien die activiteit in strijd met het bestemmingsplan is (artikel 2.10, eerste lid, aanhef en onder c, Wabo).⁵

De derde categorie betreft de situatie waarin is gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Deze categorie wordt veelal ook aangeduid als de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Het is niet mogelijk om op voorhand specifiek aan te geven wanneer wel of niet in strijd met een zorgvuldigheidsnorm wordt gehandeld – dit moet steeds per concreet geval worden bepaald. Daarbij komt het aan op alle omstandigheden van het geval. In zijn algemeenheid geldt dat op gemeenten net als op natuurlijke of andere rechtspersonen als onderdeel van de maatschappij een verantwoordelijkheid rust met betrekking tot de belangen van derden (berokkent een ander geen schade!). Dat betekent echter niet dat de gemeente daarbij haar eigen belangen uit het oog hoeft te verliezen. Steeds moet een afweging worden gemaakt tussen de belangen van beide partijen. Daarbij kan dan relevant zijn hoe groot de kans is dat bepaald handelen zal leiden tot het ontstaan van schade bij een derde, hoe omvangrijk die schade zal zijn, wat de aard van de schade is (zaakschade of letselschade) en in hoeverre het voor de gemeente bezwaarlijk zou zijn om te trachten de schade te voorkomen door anders te handelen. Deze omstandigheden zijn soms wel en soms niet van belang, en worden daarnaast regelmatig aangevuld met

5 Bij dit voorbeeld en elders komt de thans geldende figuur van het bestemmingsplan aan bod, dat in de in 2018 in werking te treden Omgevingswet opgaat in het omgevingsplan.

andere omstandigheden. Bovendien hebben deze omstandigheden niet altijd hetzelfde gewicht – ook dat hangt immers af van de concrete situatie.

Een tegenwoordig veel voorkomende vorm van handelen in strijd met hetgeen krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, betreft het overschrijden van een beslistermijn. Hoewel in eerste instantie de gedachte zou kunnen opkomen dat dit handelen in strijd met een wettelijke plicht betreft (beslistermijnen zijn immers wettelijke normen), heeft de Hoge Raad geoordeeld dat enkel de overschrijding van de beslistermijn onvoldoende is voor het oordeel dat onrechtmatig is gehandeld jegens de aanvrager. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden vereist, die maken dat het overschrijden van de beslistermijn in strijd is met een ongeschreven onzorgvuldigheidnorm. Daarbij is van belang de mate waarin de beslistermijn wordt overschreden, de oorzaak of oorzaken van de termijnoverschrijding, en de voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de betrokken belanghebbenden.⁶ Zie hierover meer uitgebreid paragraaf 3.5.

De gemeente neemt een bijzondere positie in ten opzichte van ‘private’ rechtssubjecten (burgers en bedrijven). Dit is enerzijds het geval omdat op het handelen van gemeenten, en van de tot haar behorende bestuursorganen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn.⁷ Dit maakt dat hogere eisen gesteld mogen worden aan het doen of nalaten van gemeenten. Anderzijds dient een gemeente het algemene belang na te streven. Dat compliceert de hiervoor bedoelde belangenafweging. Het komt daarbij dus aan op de belangen van de gemeente als zodanig en de belangen van degene die mogelijk schade zal lijden, alsmede op de betrokken algemene belangen. Het door de gemeente nagestreefde algemene belang kan onder omstandigheden dus dienen als rechtvaardiging voor handelen dat belangen van derden schaadt. In een dergelijk geval handelt de gemeente niet onzorgvuldig jegens die derden.

2.2.2 Toerekening

Uit artikel 6:162, eerste lid, BW vloeit voort dat een gemeente alleen gehouden is om de schade te vergoeden die een gevolg is van haar onrechtmatige

6 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040, NJ 2011, 6, m.nt. M.R. Mok (Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q.) en HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579 (Amsterdam/Have).

7 HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam/lkon).

handelen, indien dit handelen aan haar kan worden toegerekend. Zoals blijkt uit het derde lid van artikel 6:162 BW komt het hierbij aan op het antwoord op de vraag of de handeling – die als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd – kan worden toegerekend aan de gemeente, krachtens schuld of krachtens een oorzaak welke op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de gemeente dient te blijven.

Het toerekeningsvereiste heeft in de praktijk van het overheidsaansprakelijkheidsrecht een relatief bescheiden rol. Dit komt doordat uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat onrechtmatig handelen sneller aan een gemeente kan worden toegerekend, dan het geval is bij private rechtssubjecten. Zo geldt in het geval van een vernietigd besluit dat de schuld van de gemeente in beginsel is gegeven, zelfs wanneer het betrokken bestuursorgaan geen enkel verwijt treft. Bijzondere omstandigheden zijn vereist voor de conclusie dat in een dergelijk geval de onrechtmatigheid van het genomen besluit niet aan het betrokken bestuursorgaan kan worden toegerekend:

“Indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet of op enige andere in art. 8 lid 1 Wet Arob vermelde grond – dan wel een overeenkomstige grond vermeld in enige andere administratieve wet – is daarmee de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel – in de terminologie van art. 6:162 BW – voor rekening van het overheidslichaam komt. Niet uitgesloten is dat hierop onder bijzondere omstandigheden een uitzondering moet worden gemaakt, ook dan wanneer het niet gaat om een vernietiging wegens strijd met de wet. Het hof is derhalve van een juiste maatstaf uitgegaan.”⁸

Hiervoor noemde wij als voorbeeld de situatie waarin het college een omgevingsvergunning voor een appartementencomplex had verleend, maar die vergunning vervolgens in beroep bij de bestuursrechter is vernietigd vanwege strijd met het bestemmingsplan. De fout van het college om de omgevingsvergunning te verlenen hoewel de activiteit in strijd met het bestemmingsplan was, zal in een dergelijk geval zonder meer aan de gemeente worden toe-

8 HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 (Van Gog/Nederweert), zie hierover meer uitgebreid paragraaf 3.2.

gerekend. Dit wordt niet anders indien een ambtenaar bijvoorbeeld volledig zelfstandig – op grond van een mandaat – de betreffende omgevingsvergunning heeft verleend en het college hier in het geheel niet van op de hoogte was. Het maakt evenmin verschil of het college – wellicht zelfs volledig begrijpelijk – is uitgegaan van een onjuiste uitleg van de wet of de regels van het bestemmingsplan.

Dat een onrechtmatige daad aan een gemeente wordt toegerekend, ook al valt haar hiervan nauwelijks een, of zelfs géén, verwijt te maken, wordt binnen de rechtspraak van de Hoge Raad gerechtvaardigd doordat hij het redelijker acht om een dergelijke fout voor rekening van ‘de collectiviteit’ te brengen, dan deze voor rekening te laten van een individuele burger.⁹ Een voorbeeld van deze situatie is te vinden in een uitspraak van de CRvB.¹⁰

Het college van de gemeente Utrecht wees een tweetal aanvragen om bijstand af omdat de aanvragers geen rechtmatig verblijf in Nederland hadden. De afwijzing blijft in bezwaar en beroep in stand. Na het nemen van de beslissing op bezwaar wordt de aanvragers – met terugwerkende kracht – een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd verleend door de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. Het college zag hierin aanleiding om alsnog – eveneens met terugwerkende kracht – bijstand te verlenen. Het college heeft echter geweigerd om de wettelijke rente over de na te betalen bijstand te vergoeden, omdat het vond dat hem niet kan worden tegengeworpen dat met terugwerkende kracht een verblijfsvergunning werd verleend door de staatssecretaris. De CRvB denkt daar anders over. Volgens de Raad kan het eerst achteraf met terugwerkende kracht verlenen van een verblijfsvergunning aan appellanten door de staatssecretaris niet zonder betekenis blijven voor de (rente)schade die appellanten lijden doordat eerst op een later moment bijstand is verleend. Door de verlening van bijstand met terugwerkende kracht heeft het college volgens de Raad erkend dat de eerdere weigering bijstand te verlenen achteraf bezien niet in stand kan blijven. Vervolgens overweegt de Raad dat de besluitvorming van de staatssecretaris daarom voor risico van het college dient te komen. Daaraan doet niet af dat het college er

9 HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (Bedrijfsvereniging/Boulogne).

10 CRvB 24 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:543.

geen verwijt van kan worden gemaakt dat niet eerder tot verlening van bijstand is overgegaan.

Deze uitspraak illustreert goed hoe snel wordt aangenomen dat onrechtmatig handelen aan de gemeente moet worden toegerekend. Een zeldzame uitzondering hierop kan worden gevonden in een arrest van het hof Amsterdam.¹¹

Het dagelijks bestuur van het stadsdeel Centrum van de gemeente Amsterdam had een garagevergunning verleend voor het parkeren van twee personenauto's. Een omwonende had tegen dit besluit bezwaar gemaakt en het dagelijks bestuur verzocht om handhavend op te treden tegen degene aan wie de vergunning was verleend. In bezwaar verklaart het dagelijks bestuur het bezwaar ongegrond en wijst het verzoek om handhaving af. Bij de rechtbank krijgt de omwonende wel gelijk. De garagevergunning wordt vernietigd en het college wordt opgedragen om binnen zes weken tot handhaving over te gaan, bij gebreke waarvan het stadsdeel een dwangsom zou verbeuren aan de omwonende. Het dagelijks bestuur legt vervolgens ook daadwerkelijk een last onder dwangsom op aan de eigenaar en de gebruiker van de garage. Bij de ABRvS krijgen zij alsnog hun gelijk. De uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd, waarmee de garagevergunning herleeft en de last onder dwangsom wordt vernietigd.

In een civiele procedure bij de rechtbank en het hof Amsterdam stellen de eigenaar en de gebruiker van de garage het stadsdeel aansprakelijk voor de schade die zij zouden hebben geleden als gevolg van de aan hen opgelegde last onder dwangsom. De rechtbank en het hof Amsterdam oordelen uiteindelijk dat – zo het stadsdeel al onrechtmatig zou hebben gehandeld – die daad niet aan het stadsdeel kan worden toegerekend. Het dagelijks bestuur van het stadsdeel had immers geen keuzevrijheid, omdat zij moest voldoen aan de rechterlijke uitspraak.

Binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht wordt al snel aangenomen dat het onrechtmatige handelen kan worden toegerekend aan de betrokken overheid, nu het redelijker zou zijn de fout voor rekening van de collectiviteit te brengen dan voor rekening van het individu te laten.

¹¹ Hof Amsterdam 28 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3066.

2.2.3 Relativiteit

Voor aansprakelijkheid uit hoofde van een onrechtmatige daad is het noodzakelijk dat is voldaan aan het zogenoemde relativiteitsvereiste. Dit vereiste is door middel van het woord 'jegens' opgenomen in artikel 6:162, eerste lid, BW, en komt tot uitdrukking in artikel 6:163 BW.

Artikel 6:162, eerste lid, BW

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

[...]

Artikel 6:163 BW

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

Het relativiteitsvereiste wordt in het algemeen beschouwd als één van de ingewikkeldste (en minst voorspelbare) vereisten van de onrechtmatige daad. Dat neemt echter niet weg dat dit leerstuk juist in het kader van het overheidsaansprakelijkheidsrecht van wezenlijk belang is en dan ook niet voor niets in dat kader tot verdere ontwikkeling is gekomen.

Het relativiteitsvereiste bestaat omdat voorkomen moet worden dat aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad wordt aangenomen vanwege de schending van een norm, terwijl – simpel gezegd – die norm daarvoor helemaal niet bedoeld is. Daarom moet in het kader van het relativiteitsvereiste aan de hand van het doel en de strekking van de geschonden norm, worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.¹²

In deze formule liggen drie elementen besloten:

1. de geschonden norm;
2. het doel van de geschonden norm, en;
3. de strekking van de geschonden norm.

Bij de beoordeling van een aansprakelijkstelling op grond van een onrechtmatige daad moet – in het kader van het relativiteitsvereiste – dan ook eerst nauwkeurig worden bezien welke norm de burger stelt dat door de gemeente

¹² HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012 (Duwbak Linda).

is geschonden. Zonder een juiste formulering van de geschonden norm, is het – daarop volgende – onderzoek naar het doel en strekking van de norm zinloos. Het relativiteitsvereiste is niet alleen van toepassing bij een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, maar ook bij de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.¹³

Voorbeeld: ten onrechte verleende omgevingsvergunning

Hiervoor is het voorbeeld gegeven waarin het college ten onrechte een omgevingsvergunning had afgegeven aan een projectontwikkelaar voor het oprichten van een appartementencomplex. De geschonden norm zal in een dergelijk geval artikel 2.10, eerste lid, aanhef en onder c, Wabo zijn, te weten dat een aanvraag die betrekking heeft op de activiteit bouwen moet worden geweigerd indien de activiteit in strijd met het bestemmingsplan is.

Voorbeeld: overschrijden beslistermijn

Hiervoor spraken wij ook al over de voorwaarden waaronder de overschrijding van een beslistermijn onrechtmatig kan zijn. Ook dit vormt een goed voorbeeld van toepassing van het relativiteitsvereiste. In een dergelijk geval zal – mits geen bijzondere beslistermijn van toepassing is – artikel 4:13 Awb gelden als de geschonden norm. Daarin is bepaald dat een beschikking op aanvraag binnen een redelijke termijn, zijnde uiterlijk binnen acht weken na ontvangst van de aanvraag, moet worden genomen.

Wanneer eenmaal is vastgesteld welke norm door de gemeente zou zijn geschonden, moet onderzocht worden wat het doel en de strekking van die norm is. Dit is niet altijd eenvoudig. Bij het onderzoek naar het doel van de geschonden norm moet – in essentie – worden gezien met welk oogmerk de wetgever een bepaald wettelijk voorschrift heeft uitgevaardigd.

Voorbeeld: ten onrechte verleende omgevingsvergunning

Bezien moet dus worden wat het doel is van de in artikel 2.10, eerste lid, aanhef en onder c, Wabo neergelegde norm. Het doel van die norm is – in essentie – dat voorkomen moet worden dat gebouwd kan worden op plaatsen waar dat volgens het bestemmingsplan ongewenst is.

13 Het gaat hier, voor de goede orde, om het relativiteitsvereiste dat is neergelegd in artikel 6:162 van het BW ('jegens') en artikel 6:163 van het BW.

Voorbeeld: overschrijden beslistermijn

Voor wat betreft de wettelijke beslistermijnen geldt dat die als doel hebben om het bestuursorgaan met voortvarendheid te laten beslissen.

De vraag naar de strekking van een geschonden norm is ingewikkelder. Het doel van de geschonden norm zal ongetwijfeld invloed hebben op de strekking van de norm, maar bepaalt die niet. Het bepalen van de strekking van een geschonden norm betreft namelijk een kwestie van interpretatie van die norm. Daarbij komt het aan op allerlei factoren, waaronder de inhoud van de betrokken wettelijke regeling, de geschiedenis van totstandkoming van die regeling (waaruit de bedoeling van de wetgever kan blijken), het gehele systeem van de wet, de actuele maatschappelijke context, voortschrijdend inzicht en de redelijkheid van het met een bepaalde interpretatie te verkrijgen resultaat en de ernst van de gevaren, waartegen de overtreden wetsbepaling wil beschermen.

Voorbeeld: ten onrechte verleende omgevingsvergunning

Het bepalen van de strekking van die norm ligt ingewikkelder dan het bepalen van het doel van die norm. Uit een uitspraak van de ABRvS van 24 december 2008 kan afgeleid worden dat de in artikel 2.10, eerste lid, aanhef en onder c, Wabo neergelegde norm ertoe strekt om rechtszekerheid te verschaffen aan belanghebbenden.¹⁴ Zij mogen aan de hand van de inhoud van het bestemmingsplan en de imperatieve weigeringsgrond van artikel 2.10, eerste lid, aanhef en onder c, Wabo ervan uit gaan dat geen appartementencomplex kan worden gerealiseerd. Gebeurt dat in strijd met het bestemmingsplan toch, dan strekt deze norm er ook toe om te beschermen tegen de daardoor veroorzaakte schade.

Voorbeeld: overschrijden beslistermijn

Voor wat betreft de beslistermijn geldt dat die weliswaar tot doel heeft om het bestuursorgaan voortvarend te laten beslissen, maar dat betekent niet dat die norm er ook toe strekt om te beschermen tegen de schade die wordt geleden als gevolg van een overschrijding van de wettelijke beslistermijn. Met uitsluitend een beroep op het overschrijden van de beslistermijn kan, hoewel daarmee in strijd met een wettelijke plicht is gehandeld, dus geen aansprakelijkheid worden

¹⁴ ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RV5:2008:BG8294 (Amelands Benzinstation).

aangenomen. In dat geval is namelijk niet voldaan aan het relativiteitsvereiste.¹⁵

Zoals opgemerkt in paragraaf 2.2.1 is het ondanks het voorgaande wel mogelijk dat een gemeente aansprakelijk is voor de overschrijding van een beslistermijn, maar daarvoor is vereist dat er sprake is van bijkomende omstandigheden. De aansprakelijkheid van de gemeente wordt dan niet gebaseerd op de schending van een wettelijke plicht (bijvoorbeeld artikel 4:13 Awb) maar op het handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

In veel gevallen zullen de hiervoor genoemde factoren niet kunnen voorkomen dat het onderzoek naar de strekking van de geschonden norm op een gegeven moment niet beslissend in een bepaalde richting wijst. Om deze reden wordt de toepassing van het relativiteitsvereiste door veel mensen als onvoorspelbaar ervaren.

Hoewel het relativiteitsvereiste niet het eenvoudigste onderdeel is binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad, vervult het binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht een zeer wezenlijke rol omdat het de aansprakelijkheid van de overheid beperkt, vooral voor aansprakelijkheid als gevolg van de schending van een wettelijke plicht.

Met het doel en de strekking van de geschonden norm in de hand, moet bezien worden welke personen (persoonlijke relativiteit) worden beschermd tegen het ontstaan van welke schade (de zakelijke relativiteit) en tot welke wijze van ontstaan van die schade (ontstaansrelativiteit). Voor een aanspraak op schadevergoeding zal het beschermingsbereik van de geschonden norm, welke aan de hand van doel en strekking dient te worden bepaald, zich dus dienen uit te strekken over al deze drie vormen van relativiteit. Het is daarbij aan degene die een schadevergoeding van de gemeente wenst te verkrijgen, om, al dan niet in een gerechtelijke procedure, aannemelijk te maken dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.¹⁶

2.2.4 Causaliteit

Is eenmaal vastgesteld dat sprake is van een onrechtmatige daad die kan

¹⁵ HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040 (Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q.).

¹⁶ HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317 (Astrazeneca), r.o. 3.3.2.

worden toegerekend aan de gemeente en het relativiteitsvereiste niet aan toewijzing van de vorderingen in de weg staat, moet bepaald worden of de schade in causaal verband staat met het onrechtmatige handelen.

De eis van causaliteit vloeit voort uit zowel het eerste lid van artikel 6:162 BW als het bepaalde in artikel 6:98 BW. Deze eis moet in twee stappen worden toegepast. Ten eerste moet bepaald worden of er sprake is van een *condicio sine qua non*-verband tussen de schade en de schadeoorzaak. Zou – met andere woorden – de schade ook zijn opgetreden indien het schadeveroorzakende handelen zich niet had voorgedaan? Zo ja, dan staat daarmee direct vast dat de schade niet voor vergoeding in aanmerking komt.

In een uitspraak van 20 mei 2015 komt de ABRvS tot de conclusie dat schade in de vorm van de waardevermindering van een tweetal woningen niet voor vergoeding in aanmerking komt bij gebreke van causaal verband.¹⁷

Aan de orde was een onrechtmatig besluit tot het verlenen van een omgevingsvergunning voor het vervangen van een berging. In eerste instantie was een houten berging aanwezig. Deze berging is op grond van de omgevingsvergunning vervangen. Vervolgens is de omgevingsvergunning voor deze berging herroepen. De eigenaar van de berging heeft om deze reden een nieuwe omgevingsvergunning aangevraagd om een (derde) gewijzigde berging te mogen bouwen. Deze omgevingsvergunning is verleend en de berging is wederom aangepast.

Appellanten stelden dat de berging zou zijn gebouwd in de brandgang tussen hun woningen, als gevolg waarvan het vrijstaande karakter van die woningen zou zijn verdwenen en de waarde daarvan zou zijn gedaald. De ABRvS overweegt dat de berging nu aanwezig is krachtens een nieuwe, gewijzigde vergunning. Om deze reden ontbreekt het *condicio sine qua non*-verband tussen de eerste, herroepen omgevingsvergunning en de permanente schade in de vorm van een waardevermindering van de woningen als gevolg van de aanwezigheid van de berging. Die schade zou immers ook zijn ingetreden zonder de herroepen vergunning.

Indien is voldaan aan de eis van het bestaan van een *condicio sine qua non*-

¹⁷ ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1610.

verband, dan dient vervolgens bezien te worden of het ontstaan van de schade ook in redelijkheid kan worden toegerekend aan de schadeoorzaak.¹⁸ Dit laatste wordt de leer van de redelijke toerekening genoemd.

Bij de toepassing van het causaliteitsvereiste komt het eerst aan op beantwoording van de vraag of de schade in een *condicio sine qua non* verband met de schadeoorzaak staat. Vervolgens dient – indien de eerste vraag bevestigend is beantwoord – bezien te worden of de schade in redelijkheid kan worden toegerekend aan de schadeoorzaak.

Hierbij komt betekenis toe aan allerlei omstandigheden, terwijl de wet slechts de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade noemt. Daarnaast moet onder meer worden gedacht aan de voorzienbaarheid van de schade, de aard van de eventueel geschonden norm en de mate waarin de schade al dan niet in een ver verwijderd verband van de oorzaak staat.

De hiervoor genoemde uitspraak van de ABRvS van 20 mei 2015 biedt ook een voorbeeld van schade die wel in een *condicio sine qua non*-verband staat met de schadeoorzaak, maar die niet in redelijkheid aan het besluit kan worden toegerekend.

Als gezegd stelden appellanten dat hun woningen als gevolg van de bouw van een berging in waarde zouden zijn gedaald. Deze waardevermindering heeft zich ook tijdelijk voorgedaan als gevolg van de berging die later is aangepast, nadat de daarvoor verleende omgevingsvergunning was herroepen. Deze tijdelijke waardevermindering staat wel in een *condicio sine qua non*-verband met de herroepen omgevingsvergunning. Zonder die herroepen vergunning kon de oude houten berging immers niet worden vervangen door een berging die ertoe leidde dat de huizen geen vrijstaand karakter meer hadden. Aan de eerste eis voor een causaal verband was dus voldaan. De schade kan echter niet in redelijkheid aan de herroepen omgevingsvergunning worden toegerekend. Daarvoor lijkt redengevend te zijn dat het tijdelijke schade is, die dus geen duurzaam karakter heeft, en in de eerste plaats een gevolg is van de keuze van de vergunninghouder om te gaan bouwen op grond van een omgevingsvergunning die nog niet onherroepelijk is.

¹⁸ Let wel, het gaat hier dus om een andere vorm van toerekening als hiervoor is bedoeld, zie paragraaf 2.2.2. Daar ging het namelijk om het toerekenen van het handelen aan de gemeente, terwijl het hier gaat om het toerekenen van het ontstaan van de schade aan het handelen.

2.2.5 Schade

Tot slot moet het handelen van de gemeente schade hebben veroorzaakt. Het begrip schade is niet gedefinieerd in het BW, maar kan ook wel worden omschreven als het nadeel dat voor iemand uit een gebeurtenis voortvloeit. Het BW geeft twee categorieën van schaden, te weten vermogensschade en ander nadeel (artikel 6:95 BW). Bij het bepalen van de omvang van de schade moet degene die schade heeft geleden zoveel mogelijk worden gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd, indien het schadeveroorzakende handelen niet had plaatsgevonden.

Een in de praktijk veel voorkomende schadepost zijn proceskosten. Zo kan het voorkomen dat de omwonende in het hiervoor bedoelde voorbeeld kosten heeft moeten maken in de procedure bij de bestuursrechter tegen de omgevingsvergunning voor het appartementencomplex. Dergelijke kosten zijn niet zelden zeer aanzienlijk. Hoewel in overheidsaansprakelijkheidsprocedures zeer vaak wordt verzocht om de vergoeding van deze kosten, bestaat hiervoor geen ruimte. De wetgever heeft beoogd met artikel 8:75 Awb een exclusieve mogelijkheid aan de bestuursrechter te bieden om te oordelen omtrent vergoeding van de proceskosten van de bestuursrechtelijke procedure.

Kosten van deskundige- en rechtskundige bijstand in de bestuursrechtelijke procedure kunnen uitsluitend in dat kader voor vergoeding in aanmerking komen en niet in het kader van een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad.

Dit betekent dat er anderszins geen mogelijkheid bestaat om een vergoeding voor deze proceskosten te verkrijgen: niet bij de burgerlijke rechter, en evenmin in een zelfstandige verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter.

2.3 Rechtsmachtsverdeling

‘Het doolhof rond de schatkist’. Zo kon het overheidsaansprakelijkheidsrecht jarenlang worden gekwalificeerd. De reden hiervoor was dat een aanzienlijk aantal procedures strandde op procesrechtelijke eisen, zoals dat de burger niet de juiste rechter had aangezocht (de bestuursrechter of de burgerlijke rechter).

Per 1 juli 2013 is, als gevolg van het vaststellen van de Wns, titel 8.4 genaamd ‘Schadevergoeding’ opgenomen in de Awb. Deze wet voorziet voor wat betreft de schadevergoeding als gevolg van onrechtmatige besluiten in zowel een regeling omtrent de verdeling van de rechtsmacht tussen de verschillende

bestuursrechters en de burgerlijke rechter, als in een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter.

Overgangsrecht

Het overgangsrecht is neergelegd in artikel IV van de Wns. Ingevolge het eerste lid van dit artikel blijft op schade, veroorzaakt door een besluit dat werd bekendgemaakt of een handeling die werd verricht voor het tijdstip waarop deze wet voor dat besluit of die handeling in werking is getreden, het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing. Op grond van het tweede artikellid blijft op schade, veroorzaakt door een handeling ter uitvoering van een besluit dat werd bekendgemaakt voor het tijdstip waarop deze wet voor dat besluit in werking is getreden, het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing. Volgens het derde artikellid blijft, indien het eerste besluit tot uitvoering van een activiteit is genomen voor het tijdstip waarop deze wet voor dat besluit in werking is getreden, het recht zoals dat gold voor dat tijdstip ook van toepassing op schade, veroorzaakt door latere besluiten of andere handelingen ter uitvoering van diezelfde activiteit.

Hierna wordt eerst ingegaan op de rechtsmachtverdeling (paragraaf 2.3). Daarna wordt de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter uiteengezet (paragraaf 2.4) en worden de belangrijkste verschillen daarvan met de dagvaardingsprocedure bij de civiele rechter besproken (paragraaf 2.4.5).

De rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter is opgenomen in artikel 8:88 Awb. Meer specifiek bepaalt dit artikel voor welk type schadeoorzaken de bestuursrechter bevoegd is om desgevraagd een bestuursorgaan tot schadevergoeding te veroordelen.

2.3.1 Voorwaarden voor de bevoegdheid van de bestuursrechter

De bestuursrechter is alleen bevoegd indien aan een aantal cumulatieve eisen is voldaan.

- a. Er moet door middel van een verzoekschrift een verzoek zijn ingediend;
- b. Dit verzoek moet zijn ingediend door een belanghebbende;
- c. De schade moet een gevolg zijn van een van de in artikel 8:88, eerste lid, onder a t/m d, Awb genoemde schadeoorzaken.

Ten eerste kan de bestuursrechter een bestuursorgaan slechts op verzoek van een belanghebbende veroordelen tot schadevergoeding, zo is bepaald in artikel 8:88, eerste lid, Awb. Deze eis gold ook onder het oude recht, wanneer er op de voet van artikel 8:73 Awb aanspraak op schadevergoeding werd gemaakt. Of de bestuursrechter in het concrete geval bevoegd is en, zo ja, welke

bestuursrechter bevoegd is, is bepaald in artikel 8:89 Awb. Het verzoekschrift van de benadeelde burger dient als ingang tot de procedure van titel 8.4 Awb. Het verzoekschrift bepaalt ook het object van het geding, en daarmee de grenzen van het geschil in de zin van artikel 8:69 Awb. Het is de rechter immers niet toegestaan om buiten de vordering te treden, zodat hij zich dient te beperken tot die punten die in het verzoek aan hem worden voorgelegd.

Ten tweede is in artikel 8:88, eerste lid, Awb opgenomen dat slechts een belanghebbende de bestuursrechter kan verzoeken om schadevergoeding. Daarmee wordt de procedure bij de bestuursrechter niet opengesteld voor alle personen die schade kunnen hebben geleden als gevolg van een jegens hen onrechtmatig besluit. Personen die niet voldoen aan de eisen die artikel 1:2 Awb stelt aan belanghebbenden, kunnen bij de bestuursrechter geen vergoeding van geleden of te lijden schade vragen. Niet-belanghebbenden zullen hun vordering dan ook bij de burgerlijke rechter aanhangig moeten maken.

Ten derde moet de belanghebbende schade hebben geleden of gaan lijden als gevolg van een in artikel 8:88, eerste lid, onder a t/m d, Awb genoemde schadeoorzaak. Het betreft dan:

- a. een onrechtmatig besluit;
- b. een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit;
- c. het niet tijdig nemen van een besluit;
- d. een andere onrechtmatige handeling van een bestuursorgaan waarbij een persoon als bedoeld in artikel 8:2, eerste lid, onder a (zijnde een ambtenaar), zijn nagelaten betrekkingen of zijn rechtverkrijgenden belanghebbende zijn.

Er geldt één belangrijke beperking voor deze lijst van schadeoorzaken. In artikel 8:88, tweede lid, Awb is namelijk bepaald dat de bestuursrechter niet bevoegd is indien het betrokken besluit van beroep bij de bestuursrechter is uitgezonderd. Hierbij kan worden gedacht aan algemeen verbindende voorschriften, zoals een APV, beleidsregels en andere besluiten waartegen geen beroep openstaat op grond van artikel 8:4 en 8:5 Awb. Voor schade die zou zijn veroorzaakt door dit soort besluiten moet de burger zich dus (nog steeds) tot de burgerlijke rechter wenden.

Een onrechtmatig besluit (artikel 8:88, eerste lid, onder a, Awb)

De eerste en meest voorkomende categorie van schadeoorzaken waarbij de bestuursrechter bevoegd is, betreft onrechtmatige besluiten. De vraag is, wanneer nu van een onrechtmatig besluit in de zin van artikel 8:88, eerste lid, onder a, Awb kan worden gesproken?

Dit is in ieder geval indien het betreffende besluit is vernietigd door de bestuursrechter, aan de hand van een (hoger) beroep dat is ingesteld door de belanghebbende die om schadevergoeding heeft verzocht.¹⁹ In dat geval staat de onrechtmatigheid van het besluit immers vast. Dit is niet het geval, indien de belanghebbende die om schadevergoeding heeft verzocht niet, of niet met succes, is opgekomen tegen het besluit.²⁰ In dat geval komt aan het betreffende besluit namelijk formele rechtskracht jegens die belanghebbende toe. Daar doet niet aan af dat het betreffende besluit nadien is vernietigd naar aanleiding van het (hoger) beroep van een ander.²¹ Op het leerstuk van formele rechtskracht wordt nader ingegaan in paragraaf 3.2.

Daarnaast kan van een onrechtmatig besluit sprake zijn, indien dit besluit nadien is herroepen of ingetrokken. Het enkele feit dat een besluit wordt herroepen betekent echter niet dat dat besluit onrechtmatig was. Voor de (on)rechtmatigheid van een besluit zijn de redenen die aan de herroeping ten grondslag hebben gelegen bepalend.²² In dit kader moet een onderscheid worden gemaakt tussen een herroeping om redenen van rechtmatigheid en een herroeping om redenen van doelmatigheid. Het is immers mogelijk dat een besluit wordt herroepen wegens een wetswijziging, een beleidswijziging of gewijzigde omstandigheden. Wanneer een besluit in primo is herroepen om redenen van doelmatigheid, kan daaruit in beginsel niet worden opgemaakt dat het onrechtmatig is.

Een mooi voorbeeld van deze situatie biedt een uitspraak van de CRvB.²³ Het UWV had (in 2009) besloten om een bedrag aan te veel ontvangen uitkering terug te vorderen van appellant. Appellant had daartegen

19 HR 26 september 1986, AB 1987, 70 (Staat/Hofmann-La Roche) en HR 31 mei 1991, AB 1992, 290 (Van Gog/Nederweert).

20 HR 16 mei 1986, AB 1986, 573, NJ 1986, 723 (Heesch/Van de Akker). Zie ook ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2466.

21 HR 19 juni 1998, AB 1998, 416 (Kaveka/Apeldoorn).

22 HR 20 februari 1988, AB 1988, 231 (Boeder/Staat).

23 CRvB 18 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:437, AB 2015, 236 m.nt. R. Ortlep.

tevergeefs bezwaar, beroep en hoger beroep ingesteld. Hij verzocht later (in 2011) om herziening van het terugvorderingsbesluit. Het UWV besloot daarop om het terugvorderingsbedrag te matigen met toepassing van nieuw beleid. Appellant stelde het UWV vervolgens aansprakelijk voor de schade die hij als gevolg van het besluit uit 2009 had geleden. Tussen partijen was niet in geschil dat het besluit was herzien op grond van buitenwettelijk begunstigend beleid. Dit beleid gold niet ten tijde van het nemen van het besluit. De CRvB concludeert dan ook dat in het herzieningsbesluit geen impliciete erkenning van de onrechtmatigheid van het besluit is te lezen.

Tot slot kunnen besluiten waarvan de onrechtmatigheid is erkend door het bestuursorgaan vallen onder de a-categorie van artikel 8:88 Awb. Van een erkenning van aansprakelijkheid is sprake indien de burger zich op het standpunt stelt dat van onrechtmatigheid sprake is en hij uit verklaringen en gedragingen van het bestuursorgaan begrijpt en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag begrijpen dat het overheidslichaam die onrechtmatigheid erkent.²⁴ Onder omstandigheden kan ook van een onrechtmatig besluit worden gesproken, indien het bestuursorgaan de onrechtmatigheid indirect erkent, bijvoorbeeld door het besluit op die grond in te trekken. Dit hangt evenwel af van de omstandigheden van het geval.²⁵

Een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit (artikel 8:88, eerste lid, onder b, Awb)

De tweede categorie schadeoorzaken waarbij de bestuursrechter bevoegd is, betreft onrechtmatig handelen ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit. Zowel de voorbereidingshandeling, als het besluit ter voorbereiding waarvan deze handeling strekte, moet dus onrechtmatig zijn geweest. Dit betekent dat de onrechtmatigheid van de voorbereidingshandeling en van het besluit dus onafhankelijk van elkaar vast moeten komen te staan.²⁶

Bij voorbereidingshandelingen kan gedacht worden aan onjuiste informatieverstrekking (zie hoofdstuk 5), toezeggingen, adviezen en voorwaarden die zijn gesteld vooruitlopend op het onrechtmatig besluit. Op dit punt wijkt de

²⁴ HR 18 juni 1993, AB 1993, 504.

²⁵ CBB 25 juli 2001, AB 2001, 288.

²⁶ Zie voor wat betreft voorbereidingshandelingen HR 26 november 1999, NJ 2000, 561 (Noord-Brabant/Janse) en voor wat betreft onjuiste of onvolledige inlichtingen meer uitgebreid hoofdstuk 5.

regeling uit titel 8.4 Awb nadrukkelijk af van het 'oude recht'. In dat geval kon een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van voorbereidingshandelingen alleen bij de burgerlijke rechter worden ingesteld. Indien de burger van mening is dat een voorbereidingshandeling onrechtmatig jegens hem was, maar het op die handeling volgende besluit in stand is gebleven en dus voor rechtmatig moet worden gehouden, is het niet mogelijk om bij de bestuursrechter te verzoeken om een schadevergoeding. In dat geval kan de burger zich onder omstandigheden nog wel tot de burgerlijke rechter wenden. Zie hierover meer uitgebreid hoofdstuk 5.

Niet tijdig nemen van een besluit (artikel 8:88, eerste lid, onder c, Awb)

De derde categorie schadeoorzaken waarbij de bestuursrechter bevoegd is, betreft het niet tijdig nemen van een besluit. De rechtsbescherming tegen het niet tijdig nemen van een besluit is immers ook opgedragen aan de bestuursrechter, zodat het in de reden lag om ook het oordeel over eventuele schadevergoeding als gevolg van het niet tijdig nemen van een besluit aan de bestuursrechter over te laten. Voor wat betreft de voorwaarden waaronder het niet tijdig nemen van een besluit onrechtmatig is jegens een belanghebbende, wordt korthedshalve verwezen naar paragraaf 3.5.

Het is op basis van deze grondslag ook mogelijk om een vergoeding te verzoeken voor de schade die is ontstaan als gevolg van een overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM, zowel voor wat betreft de bestuurlijke als de gerechtelijke fase.²⁷ Zie hierover meer uitgebreid paragraaf 3.5.3.

Onrechtmatige handeling jegens een ambtenaar (artikel 8:88, eerste lid, onder d, Awb)

De vierde categorie schadeoorzaken waarbij de bestuursrechter bevoegd is, betreft een onrechtmatige handeling waarbij – kort gezegd – een ambtenaar als zodanig belanghebbende is.

In artikel 8:88, eerste lid, onder d, Awb wordt verwezen naar artikel 8:2, eerste lid, onder a, Awb. Dit noemt vier categorieën van ambtenaren, waaronder gemeenteambtenaren (onder 1°). Daarmee is de bestuursrechter bevoegd om te oordelen over alle onrechtmatige handelingen van een gemeente jegens

²⁷ ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:364.

één van haar ambtenaren. In deze gevallen verdient de toepasselijkheid van de verzoekschriftprocedure volgens de wetgever de voorkeur boven het zelfstandig schadebesluit. Hiermee wordt bereikt dat alle geschillen over schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen van bestuursorganen jegens ambtenaren onder de bevoegdheid van de bestuursrechter worden gebracht, gezien de exclusieve bevoegdheid van de CRvB (artikel 8:89, eerste lid, Awb).

2.3.2 Verhouding tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter

Naar aanleiding van het voorgaande zou de gedachte kunnen opkomen dat gemeenten met deze nieuwe regeling veel meer geconfronteerd zullen gaan worden met verzoeken tot schadevergoeding bij de bestuursrechter, dan daarvoor het geval was. De vraag is of deze gedachte juist is.

In dat verband wijzen wij op artikel 8:89, eerste lid, Awb. Daarin is opgenomen dat indien de schade is veroorzaakt door een besluit waarover de CRvB of de Hoge Raad in enige of hoogste aanleg oordeelt, bij uitsluiting de bestuursrechter bevoegd is. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan besluiten in het kader van het sociaal zekerheidsrecht (bijvoorbeeld de Wmo of de Wwb), respectievelijk belastingrechtelijke besluiten (bijvoorbeeld de diverse gemeentelijke belastingen). Omtrent schade die is veroorzaakt door dit soort besluiten, kunnen dus géén procedures bij de burgerlijke rechter meer worden gevoerd.

Oud recht

Vóór inwerkingtreding van titel 8.4 Awb kon slechts sprake zijn van bestuursrechtelijke rechtsbescherming indien er een (on)zelfstandig schadebesluit was genomen. Een bestuursorgaan was uitsluitend bevoegd om een schadebesluit te nemen, indien de schade waarvoor een vergoeding werd verzocht door de burger ook was ontstaan als een gevolg van een besluit (de eis van materiële connexiteit). Tegen dit schadebesluit kon vervolgens uitsluitend bij de bestuursrechter worden opgekomen, indien ook tegen het schadeveroorzakende besluit rechtsbescherming bij de bestuursrechter open stond (de eis van processuele connexiteit).²⁸

Een niet onaanzienlijk deel van de schadeclaims waarmee een gemeente zich geconfronteerd ziet, wordt echter veroorzaakt door besluiten waarover niet de CRvB of de Hoge Raad in enige of hoogste aanleg oordeelt. Daarbij kan bijvoorbeeld al gedacht worden aan alle besluiten die het college en de

²⁸ ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 (Van Vlodrop).

gemeenteraad nemen in het kader van het omgevingsrecht (bijvoorbeeld de Wabo of Wro). Daarbij is de ABRvS in enige of hoogste aanleg de bevoegde bestuursrechter. Schade die is veroorzaakt door een dergelijk onrechtmatig besluit kan alleen aan de bestuursrechter worden voorgelegd indien de *gevraagde* vergoeding ten hoogste € 25.000,- bedraagt, met inbegrip van de tot aan de dag van het verzoek verschenen rente (artikel 8:89, tweede lid, Awb). Indien het verzoek tot schadevergoeding méér bedraagt dan € 25.000,- zal de burger zich dus tot de burgerlijke rechter moeten wenden. Overigens bestaat wel de kans dat een burger zijn verzoek zal beperken tot € 25.000,- om op die manier een ingang bij de bestuursrechter te kunnen vinden. Anders dan bij zaken waarover de CRvB of de Hoge Raad in enige of hoogste aanleg oordeelt, heeft de burger keuzevrijheid indien zijn schade minder dan € 25.000,- bedraagt. Hij kan zich in dat geval zowel tot de burgerlijke, als tot de bestuursrechter wenden.

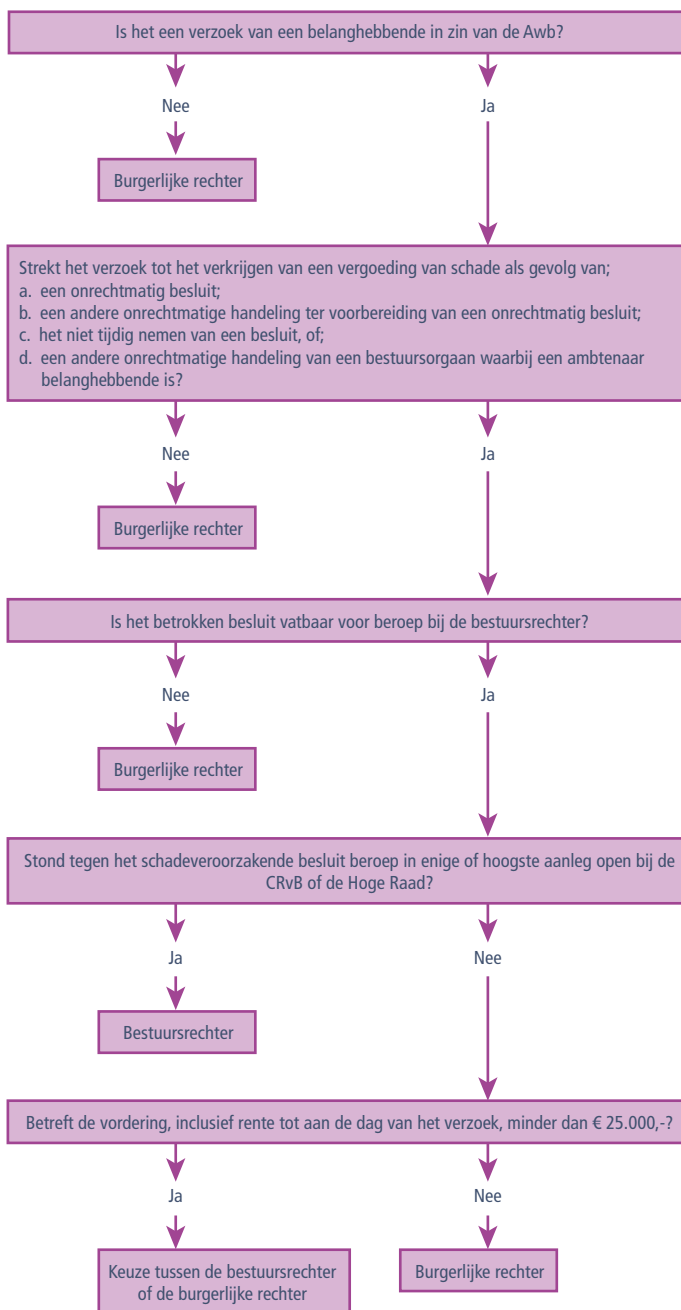
Het voorgaande betekent dat aan de burgerlijke rechter nog steeds een aanzienlijke rol toekomt binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Alle vorderingen boven een bedrag van € 25.000,-, voor zover het (kort gezegd) geen sociaal zekerheids- of belastingrecht betreft, dienen immers bij de burgerlijke rechter aanhangig gemaakt te worden. Zodra een zaak eenmaal bij de burgerlijke rechter aanhangig is gemaakt, wat het geval is vanaf de dag van dagvaarding, is de bestuursrechter niet langer bevoegd. Het is voor de burger dan niet meer mogelijk om van spoor te wisselen.

2.3.3 Samenvatting rechtsmachtverdeling

De invoering van titel 8.4 Awb heeft het stelsel van rechtsbescherming bij onrechtmatig overheidshandelen iets eenvoudiger gemaakt. In ieder geval is de rechtsmacht van de bestuursrechter voor een aanzienlijk deel uitgebreid.

In volgend schema hebben wij de hiervoor beschreven regels omtrent de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke en de bestuursrechter weergegeven.

Schema rechtsmachtverdeling



2.4 Verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter

2.4.1 Kennisgeving aan het bestuursorgaan

De procedure bij de bestuursrechter vangt aan met het verzoek van de burger.

De wetgever heeft bestuursorganen de mogelijkheid gegeven om een dergelijk verzoek te voorkomen. Zodoende dient de belanghebbende ten minste acht weken vóór het indienen van het verzoekschrift bij de bestuursrechter, aan het betrokken bestuursorgaan om vergoeding van de schade te vragen (artikel 8:90, eerste lid, Awb). In sommige gevallen zal het bestuursorgaan hiermee voor het eerst kennis nemen van een aanspraak van de benadeelde burger. Het belang van dit voorschrift is erin gelegen dat het bestuursorgaan naar aanleiding van het verzoek in overleg kan treden over een eventuele schadevergoeding. Op deze manier kan er wellicht op een informele wijze tot overeenstemming worden gekomen, waardoor een procedure bij de bestuursrechter niet meer nodig blijkt. Er bestaat geen verplichting om eerst een verzoek bij het bestuursorgaan in te dienen, indien dit niet van de burger gevergd kan worden. Hierbij moet gedacht worden aan de situatie waarin op voorhand aan de hand van uitlatingen van het bestuursorgaan duidelijk is dat het niet voornemens is om enige schade te vergoeden.

Indien is nagelaten om ten minste acht weken voorafgaand aan het verzoek aan de bestuursrechter te vragen om vergoeding van de schade aan het bestuursorgaan, is het verzoek bij de bestuursrechter in beginsel niet-ontvankelijk. Echter, de bestuursrechter zal de burger wel in de gelegenheid moet stellen om het gebrek in zijn verzoek te herstellen (artikel 6:6 Awb). Dit kan enkel geschieden door alsnog een verzoek in te dienen bij het bestuursorgaan. Indien de burger na ommekomst van de termijn van acht weken dan géén, althans geen positieve, reactie van bestuursorgaan heeft ontvangen, is zijn verzoek aan de bestuursrechter alsnog ontvankelijk. Tegen die achtergrond zal het verzoekschrift waarschijnlijk pas niet-ontvankelijk zijn indien de verzoeker ook nadat de bestuursrechter hem in de gelegenheid heeft gesteld het gebrek te repareren, nalaat om een verzoek aan het bestuursorgaan in te dienen of indien het bestuursorgaan in zijn reactie aangeeft alle gevraagde schade te vergoeden.

In de Awb zijn geen eisen opgenomen die gelden voor de kennisgeving aan het bestuursorgaan. Dit betekent dat die vormvrij is. De reden hiervoor is dat de drempel voor partijen om te overleggen over een oplossing van het geschil

(en een passende schadevergoeding) zo laag mogelijk moet zijn. De vraag is – op dit moment – nog aan welke eisen een dergelijke kennisgeving wel moet voldoen.

Omdat het verzoek aan het bestuursorgaan vormvrij is, dienen bestuursorganen goed op te letten om verzoeken om schadevergoeding als zodanig te herkennen.

Te verwachten valt dat de kennisgeving ten minste duidelijk dient te maken dat de burger aanspraak maakt op een (bepaald bedrag aan) schadevergoeding, onder verwijzing naar de oorzaak van de schade.

Hoewel er juridisch geen enkele verplichting bestaat om te reageren op het verzoek tot het vergoeden van de schade, menen wij dat dit vanuit een oogpunt van zorgvuldig bestuur wel mag worden verwacht.

Daarbij tekenen wij wel aan dat indien de ambtenaren die belast zijn met het opstellen van de reactie (nog) niet in staat zijn om te overzien waarop het verzoek precies betrekking heeft, het aanbeveling verdient om niet, althans nog niet, te reageren. Het is namelijk niet in alle gevallen mogelijk om in de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter terug te komen op standpunten die in de reactie zijn betrokken (bijvoorbeeld indien onrechtmatigheid zou worden erkend). Wij adviseren wel om zo mogelijk een goed gemotiveerde reactie te sturen. Dat kan namelijk voorkomen dat een verzoekschrift bij de bestuursrechter wordt ingediend. Tegen een reactie op het verzoek van de burger staat geen bezwaar en beroep open (artikel 8:4, eerste lid, aanhef en onder f, Awb).

Om onnodige bezwaarschriften tegen de reactie te voorkomen, verdient het aanbeveling om in de reactie te vermelden dat hiertegen geen bezwaar openstaat, desgewenst onder vermelding van de mogelijkheid om een verzoekschrift bij de bestuursrechter in te dienen.

Ongeacht of het bestuursorgaan op de kennisgeving heeft gereageerd, kan de burger pas na verloop van de termijn van acht weken een verzoekschrift bij de bestuursrechter indienen.

2.4.2 Een verzoek hangende de procedure tegen het schadeveroorzakende besluit of een zelfstandig verzoek na afloop van die procedure

Het verzoek aan de bestuursrechter kan grofweg op twee verschillende momenten worden ingediend.

De eerste mogelijkheid is dat de burger al in het kader van het beroep of het hoger beroep tegen het schadeveroorzakende besluit vraagt om vergoeding van schade (artikel 8:91 Awb). Indien voor deze optie wordt gekozen, is geen kennisgeving noodzakelijk als bedoeld in artikel 8:90, tweede lid, Awb en zoals hiervoor is besproken. Indien een dergelijk verzoek (pas) in hoger beroep wordt gedaan, bestaat de mogelijkheid dat de hoger beroepsrechter ervoor kiest om niet op het verzoek te beslissen, omdat het naar zijn oordeel behandeling door de rechtbank behoeft.

Hoewel hiervoor geen regeling is opgenomen, en de parlementaire geschiedenis er eveneens over zwijgt, kan worden aangenomen dat het verzoek in elke stand van het geding kan worden gedaan. Artikel 8:91, eerste lid, Awb spreekt slechts over het doen van het verzoek 'gedurende het beroep of het hoger beroep'. Het verzoek lijkt daarmee ook eerst ter zitting te kunnen worden gedaan, zij het dat – ervan uitgaande dat het verzoek schriftelijk moet worden gedaan – dit mogelijk in strijd komt met de eis dat stukken 10 dagen vóór de zitting moeten worden ingediend. Daarbij zal het verzoek in elk geval moeten worden ingediend voordat de rechter het onderzoek ter zitting sluit (artikel 8:65 Awb). Tevens moet in het oog worden gehouden dat een onredelijk laat gedaan verzoek wegens strijd met de goede procesorde mogelijk niet inhoudelijk zal worden beoordeeld.²⁹

Indien de burger er niet voor kiest om zijn verzoek hangende een eventuele procedure tegen het schadeveroorzakende besluit in te dienen, of de hoger beroepsrechter ervoor kiest om niet op dit verzoek te beslissen, kan hij – en dat is de tweede mogelijkheid – zijn verzoek doen na afloop van een (eventuele) (hoger) beroepsprocedure tegen het schadeveroorzakende besluit (artikel 8:90, eerste lid, Awb). Dat verzoek moet in die situatie uiteraard wel zijn voorafgegaan door een verzoek aan het bestuursorgaan om de schade te vergoeden (artikel 8:90, tweede lid, Awb). Indien wordt gekozen voor de tweede mogelijkheid, zijnde het indienen van het verzoek ná een eventuele procedure tegen het schadeveroorzakende besluit, dient het verzoek ingediend te worden bij de bestuursrechter die bevoegd was om kennis te nemen van het beroep tegen het besluit (artikel 8:90, eerste lid, Awb). Het gaat hier dus om de bestuursrechter die in eerste aanleg, of in enige aanleg, bevoegd was.

²⁹ Vgl. CRvB 19 april 2000, *JB* 2000, 188.

2.4.3 De eisen aan het verzoekschrift

- Het verzoekschrift dient *schriftelijk* te worden ingediend bij de bestuursrechter die bevoegd is kennis te nemen van het beroep tegen het besluit. Voorts dient het te worden *ondertekend* en dient het op grond van artikel 8:92 Awb ‘ten minste’ het volgende te bevatten
- de naam en het adres van de verzoeker;
- de dagtekening van het verzoek;
- aanduiding schadeoorzaak;
- opgave aard en omvang schade;
- gronden van het verzoek;
- zo mogelijk afschrift van het schadeveroorzakende besluit;
- zo mogelijk afschrift van het verzoek om schadevergoeding aan het bestuursorgaan.

Wij zullen hierna de niet-evidente eisen aan het verzoekschrift nader toelichten.

Schriftelijkheid (artikel 8:90, eerste lid, Awb)

In artikel 8:90 Awb is bepaald dat het (zelfstandige) verzoek om schadevergoeding schriftelijk wordt ingediend bij de bestuursrechter die bevoegd is kennis te nemen van het beroep tegen het besluit. De eis van schriftelijkheid is echter niet opgenomen in artikel 8:91 Awb voor een verzoek hangende beroep of hoger beroep. Het is echter aan te nemen dat ook een verzoek hangende (hoger) beroep schriftelijk moet worden ingediend. Deze eis ligt daarnaast besloten in de term ‘verzoekschrift’ in artikel 8:92 Awb, alsmede in de eisen die aan een verzoekschrift worden gesteld (ondertekening en dagtekening).

Aanduiding schadeoorzaak (artikel 8:92, eerste lid, onder c, Awb)

In artikel 8:92, eerste lid, aanhef en onder c, Awb is opgenomen dat het verzoekschrift een aanduiding van de oorzaak van de schade bevat. Het is dus aan de indiener van het verzoekschrift om aan te wijzen als gevolg waarvan hij meent schade te hebben geleden.

Opgave aard en omvang schade (artikel 8:92, eerste lid, onder d, Awb)

De verzoeker zal een opgave van de aard van de geleden of de te lijden schade moeten doen. Daarbij komt dat hij, voor zover redelijkerwijs mogelijk, het bedrag van de schade en een specificatie daarvan zal moeten aangeven.

Een opgave van de aard van de schade zal in veel gevallen geen hindernis zijn. Ook voor wat betreft de omvang van de schade lijkt de wetgever niet beoogd te hebben om hoge eisen te stellen. In het geval (nog) geen concreet beeld bestaat van het schadebedrag, zal de indiener van het verzoek kunnen volstaan met een zo goed mogelijk omschreven verwachting op dit punt. Deze verwachting lijkt vervolgens – binnen de eisen van een goede procedure – in de procedure nog bijgesteld te kunnen worden. De wetgever heeft in ieder geval niet beoogd een soort fuik aan te brengen voor wat betreft de onderbouwing van de schade. Met de zinsnede ‘voor zover redelijkerwijs mogelijk’ is slechts bedoeld dat in voorkomend geval kan worden volstaan met een verwachting over de hoogte van de schade.

Gronden van het verzoek (artikel 8:92, eerste lid, onder e, Awb)

Met de eis dat het verzoekschrift de gronden van het verzoek bevat, wordt bedoeld dat het verzoek gemotiveerd dient te zijn. Niet alleen kan van een verzoeker worden verwacht dat hij een onrechtmatig besluit aanwijst en stelt als gevolg daarvan schade te hebben geleden, hij dient deze stelling ook te motiveren. Meer in het bijzonder dient gemotiveerd te worden waarom de indiener meent dat hij recht heeft op schadevergoeding. Er worden echter geen hoge eisen gesteld aan de motivering van bezwaar- en beroepschriften, zodat het voor de hand ligt dat deze eisen ook niet worden gesteld aan de motivering van verzoekschriften.

Afschriften moeten worden overgelegd (artikel 8:92, tweede lid, Awb)

Op grond van artikel 8:92, tweede lid, Awb wordt bij het verzoekschrift zo mogelijk een afschrift van het schadeveroorzakende besluit overgelegd waarop het verzoekschrift betrekking heeft. Dit besluit is uiteraard voor de behandeling van het verzoek van groot belang, terwijl van de bestuursrechter niet kan worden verwacht dat hij ambtshalve over het besluit beschikt. Door een afschrift van het schadeveroorzakende besluit aan de rechter voor te leggen bij de indiening van het verzoek, wordt verzekerd dat de rechter zich tijdig inhoudelijk met het verzoek kan bezighouden.

Indien sprake is van een zelfstandig verzoek om schadevergoeding, dat wil zeggen een verzoek los van het (hoger) beroep tegen het schadeveroorzakende besluit, dient het bestuursorgaan voorafgaand aan de indiening van het verzoekschrift om schadevergoeding te zijn gevraagd (8:90, tweede lid, Awb). Pas acht weken nadat dit verzoek is gedaan, kan de benadeelde een

verzoekschrift indienen bij de bestuursrechter. Het verzoek om schadevergoeding dient in dat geval vergezeld te gaan van het verzoek aan het bestuursorgaan. De bestuursrechter zal ambtshalve controleren of daadwerkelijk een verzoek aan het bestuursorgaan is gedaan. De bepaling dat dit verzoek dient te worden overgelegd vergemakkelijkt deze controle.

Het afschrift van het schadeveroorzakende besluit en het verzoek aan het bestuursorgaan om schadevergoeding behoeven slechts 'zo mogelijk' te worden overgelegd, zo blijkt uit artikel 8:92, tweede lid, Awb. De reden hiervoor is dat de mogelijkheid bestaat dat de indiener van het verzoekschrift niet beschikt over de tekst van het schadeveroorzakende besluit of – maar dat lijkt ons minder waarschijnlijk – een afschrift van zijn verzoek om schadevergoeding aan het bestuursorgaan.

Niet-ontvankelijkheid

In artikel 8:94, eerste lid, Awb is artikel 6:6 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard op het verzoek en de behandeling daarvan. Als gevolg hiervan, kan een verzoekschrift niet-ontvankelijk worden verklaard indien niet is voldaan aan de vereisten die artikel 8:92 Awb stelt en zoals die hiervoor zijn opgesomd.

Dit is echter slechts mogelijk indien de indiener de gelegenheid heeft gehad om het verzuim te herstellen binnen een hem daartoe gestelde termijn. Voorts is de bestuursrechter niet verplicht het verzoek niet-ontvankelijk te verklaren.

2.4.4 Het verloop van de verzoekschriftprocedure

Het verloop van de verzoekschriftprocedure zal grote gelijkenissen vertonen met een 'normale' procedure bij de bestuursrechter. Het betrokken bestuursorgaan dient de zogenoemde op de zaak betrekking hebbende stukken, alsmede een verweerschrift aan de bestuursrechter toe te zenden (artikel 8:94 jo. 8:42 Awb). Daarna zal in de regel een zitting worden gepland. Tot uiterlijk tien dagen voor die zitting kunnen nog stukken worden ingediend (artikel 8:94 jo. 8:58, eerste lid, Awb).

Anders dan in een normale bestuursrechtelijke procedure het geval is, is niet een besluit het onderwerp van het geschil, maar het antwoord op de vraag of het bestuursorgaan moet worden veroordeeld tot vergoeding van de schade.

De uitspraak van de bestuursrechter zal dan ook een veroordeling tot vergoeding van die schade kunnen inhouden, indien het verzoek geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen.

Indien het bestuursorgaan tot vergoeding van de schade wordt veroordeeld, ontstaat daarmee een betalingsverplichting. Op die verplichting is de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling van titel 4.4. echter niet van toepassing (artikel 4:5, derde lid, Awb). De uitspraak levert wel een executoriale titel voor de verzoeker op (artikel 8:76 Awb). Dit betekent dat een veroordelende uitspraak kan worden betekend aan de gemeente, waarna de verzoeker tot executie kan overgaan. Voor wat betreft de rente zijn de artikelen 6:119 en 6:120 BW van toepassing.

Kort gezegd betekent dit dat het bestuursorgaan gehouden zal zijn om de wettelijke rente te betalen over de periode dat het bestuursorgaan in verzuim is geweest de betaling te voldoen. Dit betekent ook dat de verzoeker het bestuursorgaan in gebreke zal moeten hebben gesteld alvorens het bestuursorgaan wettelijke rente zal zijn verschuldigd. Dat is uiteraard anders wanneer reeds uit de uitspraak van de rechtbank voortvloeit dat de wettelijke rente vanaf een bepaald moment verschuldigd is (wat in het burgerlijk recht niet zelden gebeurt).

2.4.5 Verschillen met de dagvaardingsprocedure bij de burgerlijke rechter

Indien de artikelen 8:88 en 8:89 Awb de burger geen mogelijkheid geven om zich tot de bestuursrechter te wenden, rest hem geen andere optie dan een gang naar de burgerlijke rechter. Deze mogelijkheid bestaat ook indien de schade is veroorzaakt door een besluit waarover niet de CRvB of de HR in enige of hoogste aanleg oordeelt. In dat geval kan de burger kiezen tot welke rechter hij zich wendt, tenzij de gevraagde vergoeding meer dan € 25.000,- is, in welk geval de bestuursrechter niet meer bevoegd is. Voor het bedrag van € 25.000,- heeft de wetgever aangesloten bij de grens waaronder de kantonrechter bevoegd is over een vordering te oordelen (artikel 93, aanhef en onder a en b, Rv). Overtreft de gevraagde vordering dus niet dit bedrag, dan heeft de burger de keuze tussen de bestuursrechter of de kantonrechter. Is dat wel het geval, dan dient hij zich tot de burgerlijke rechter van de rechtbank te wenden.

Het voert te ver om hier de gehele dagvaardingsprocedure uiteen te zetten. Wel willen wij wijzen op enkele van de meest in het oog springende verschil-

len tussen de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure zoals die hiervoor is beschreven en de dagvaardingsprocedure.

- Wellicht het belangrijkste verschil is dat bij de burgerlijke rechter (behalve in zaken voor de kantonrechter) verplichte procesvertegenwoordiging geldt. Dit betekent dat zowel de burger die een vordering jegens de gemeente aanhangig wenst te maken, als de gemeente die verweer wil voeren, zich dient te laten vertegenwoordigen door een advocaat. De praktijk leert dat dit, gelet op de kosten die hieraan zijn verbonden, niet zelden een te hoge drempel is voor burgers indien hun vordering relatief klein is. De bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure kan dan ook als aanmerkelijk laagdrempeliger worden beschouwd.
- Een andere drempel om een procedure aanhangig te maken bij de burgerlijke rechter betreft het griffierecht dat de burger daarvoor moet betalen. Dit griffierecht kan – zeker bij omvangrijke vorderingen – een veelvoud bedragen van het griffierecht dat verschuldigd is in een bestuursrechtelijke procedure.
- Verder bevat de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure geen zogenoemde schadestaat procedure, zoals die wel in het burgerlijke recht bestaat (zie artikel 612 e.v. Rv). Dit betekent dat de burger de procedure bij de burgerlijke rechter in eerste instantie kan beperken tot de vraag of de gemeente onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en voor het opmaken van de schadevergoeding kan vragen om een veroordeling tot schadevergoeding uit te spreken, op te maken bij staat. Pas in de daarop volgende schadestaatprocedure dient hij de omvang van de door hem gestelde schade aannemelijk te maken, en bij voldoende betwisting te bewijzen. Dit biedt een voordeel in situaties waarin die schade moeilijk te begroten is of op voorhand nog niet volledig vast staat. In de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure zal de volledige schade direct (althans uiterlijk ter zitting) aannemelijk dienen te worden gemaakt, en bij een voldoende gefundeerde betwisting, te zijn bewezen.
- Tot slot biedt de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure uitsluitend de mogelijkheid om het bestuursorgaan te veroordelen tot het vergoeding van schade. De bestuursrechter kan dus niet – hetgeen wél mogelijk is bij de burgerlijke rechter – een verklaring voor recht uitspreken of het bestuursorgaan verbieden of gebiedten om opnieuw onrechtmatig te handelen respectievelijk het onrechtmatige handelen te staken.

De bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure is, vooral vanuit kostenperspectief, aanmerkelijk laagdrempeliger voor de burger dan een dagvaardingsprocedure bij de burgerlijke rechter. Daar staat tegenover dat de dagvaardingsprocedure bij de burgerlijke rechter de burger meer mogelijkheden biedt om zijn vordering te formuleren – naast de vordering tot veroordeling van de gemeente tot vergoeding van de schade.

2.5 Samenvatting

Het juridische kader van het overheidsaansprakelijkheidsrecht begint bij de in artikel 6:162 BW neergelegde eisen voor een onrechtmatige daad:

1. Onrechtmatige daad (artikel 6:162, tweede lid, BW) als gevolg van een;
 - Inbreuk op een recht;
 - Doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, of;
 - Met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt.
2. Toerekening van de onrechtmatige daad aan de gemeente (artikel 6:162, derde lid, BW);
 - Krachtens schuld, of;
 - Krachtens risico;
3. Causaal verband tussen het handelen van de gemeente en de ontstane schade (artikel 6:162, eerste lid, jo. 6:98 BW);
4. Relativiteit (artikel 6:162, eerste lid, jo. artikel 6:163 BW);
5. Schade (artikel 6:162, eerste lid, jo. 6:95 BW).

Deze eisen worden zowel door de burgerlijke rechter als de bestuursrechter (grotendeels hetzelfde) toegepast.

Voor het antwoord op de vraag of een burger zich in het geval van een onrechtmatige daad van een gemeente tot de bestuursrechter kan wenden of dat hij aangewezen is op de burgerlijke rechter zijn de in artikel 8:88 Awb opgenomen regels van rechtsmachtverdeling bepalend. In essentie komen die erop neer dat een burger zich tot de bestuursrechter kan wenden indien sprake is van een onrechtmatig besluit, een onrechtmatige voorbereidingshandeling, de overschrijding van een beslistermijn of een onrechtmatige handeling jegens een ambtenaar. Daarvoor is dan wel vereist dat het onrechtmatige besluit vatbaar is voor bezwaar en beroep. Indien aan deze eisen is voldaan dan is de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd indien tegen het schadeveroorzakende besluit beroep in enige of hoogste aanleg open staat bij de CRvB of de Hoge Raad. Is dat niet het geval, dan heeft de burger een

keuzemogelijkheid, zolang de gevraagde schade minder dan € 25.000,- bedraagt. Is de gevraagde schade hoger, dan moet de burger zich alsnog tot de burgerlijke rechter wenden.

De verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter kan pas aanvangen nadat de burger het bestuursorgaan heeft verzocht om de schade te vergoeden en nadien acht weken zijn verstreken zonder dat het bestuursorgaan daarmee heeft ingestemd. Het verloop van de procedure zal naar verwachting redelijk vergelijkbaar zijn met een reguliere bestuursrechtelijke procedure, zij het dat geen besluit ter toetsing voorligt, maar het antwoord op de vraag of de gemeente moet worden veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding. In zijn algemeenheid kan gezegd worden dat deze procedure aanmerkelijk laagdrempeliger is dan een procedure bij de burgerlijke rechter, aangezien in dat laatste geval vaak verplichte procesvertegenwoordiging geldt en het griffierecht hoger is. Daar staat tegenover dat de burgerlijke rechter ook kennis kan nemen van andere vorderingen dan die tot veroordeling van de gemeente tot schadevergoeding (verklaring voor recht, verwijzing naar schadestaat, etc.).



3 Onrechtmatige besluiten

3.1 Inleiding

Op het moment dat de gemeente appellabele besluiten neemt, is het onvermijdelijk dat achteraf gezien sommige besluiten onjuist blijken te zijn. Dit betekent echter nog niet dat onrechtmatig is gehandeld door die besluiten te nemen, maar dat hangt af van de vraag of de besluiten zijn herroepen of vernietigd in het bestuursrechtelijke traject (zie paragraaf 3.2). Mocht dit met betrekking tot een bepaald besluit niet zijn gebeurd, dan zou dit besluit weleens zogenoemde formele rechtskracht kunnen hebben gekregen. Dit betekent dat het nemen van het appellabele besluit (bijvoorbeeld het weigering van een aanvraag, het opleggen van een last onder dwangsom of het vaststellen van een bestemmingsplan) voor rechtmatig moet worden gehouden. Wij zullen in dit hoofdstuk uitgebreid stilstaan bij het leerstuk van de formele rechtskracht (zie paragraaf 3.2 e.v.).

Een belangrijk geschilpunt in procedures met betrekking tot de aansprakelijkheid van een gemeente voor een vernietigd besluit, betreft de aanwezigheid van causaal verband tussen dat besluit en de gestelde schade. Hierop zal in paragraaf 3.3 (aan de hand van een aantal typische situaties) worden ingegaan. Vervolgens zal in paragraaf 3.4 worden ingegaan op de toepassing van het relativiteitsvereiste bij onrechtmatige besluiten.

De formele rechtskracht (lees: de veronderstelde rechtmatigheid) van een

appellabel besluit 'dekt' in ieder geval niet – dat kunnen wij in deze inleiding alvast verklappen – het te laat nemen van dat besluit. Indien de gemeente te lang doet over bijvoorbeeld het beslissen op een aanvraag om een omgevingsvergunning, dan zou een projectontwikkelaar daardoor *materiële* schade kunnen lijden (denk aan: financieringsschade en gemiste huurinkomsten). Het te laat beslissen kan dan ook onrechtmatig zijn jegens die projectontwikkelaar. In dit hoofdstuk zullen wij aangeven onder welke omstandigheden dat het geval is (zie paragraaf 3.5). Tot slot wordt ingegaan op aansprakelijkheid van de gemeente voor *immateriële* schade die is geleden doordat het gehele bestuursrechtelijke traject te lang heeft geduurd (zie paragraaf 3.5.3). Het gaat dan om schade die verband houdt met ondervonden 'spanning en frustratie als gevolg van het uitblijven van een besluit'.

3.2 Onrechtmatigheid

Voor wat betreft de aansprakelijkheid van een gemeente voor door haar bestuursorganen genomen besluiten is het cruciaal of sprake is van een appellabel besluit. Is er sprake van een appellabel besluit, dan stond belanghebbenden namelijk een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang ter beschikking. Die rechtsgang kan tot verschillende uitkomsten hebben geleid. Eén daarvan is de situatie dat de bestuursrechter het bestreden besluit vernietigt. Als dat het geval is, dan staat vast dat er onrechtmatig is gehandeld en dat dit in beginsel aan de gemeente kan worden toegerekend.³⁰

Stel persoon A dient een aanvraag in om aan hem een uitkering op basis van de Wet werk en bijstand toe te kennen. Het college van de gemeente weigert dit. Persoon A is het daar niet mee eens en stelt uiteindelijk beroep in bij de CRvB. Deze oordeelt dat persoon A wel degelijk aanspraak maakt op een uitkering en vernietigt om die reden de beslissing op bezwaar en herroept het primaire besluit. Dit betekent dat vast staat dat er sprake is van een onrechtmatige daad en dat de schuld van de gemeente is gegeven.

Als een besluit wordt vernietigd door de bestuursrechter, dan staat vast dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit in beginsel aan haar kan worden toegerekend.

30 Zie onder meer HR 26 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9505, *NJ* 1987, 253 (Hoffmann-La Roche), alsmede HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, *NJ* 1993, 112 (Van Gog/Nederweert).

3.2.1 Leer van de formele rechtskracht

De andere kant van de medaille is dat het besluit niet is vernietigd. Het meest verstrekkende verweer dat de gemeente in die situatie kan voeren is dat de rechter die oordeelt over de schadeclaim er simpelweg van uit moet gaan dat het nemen van het besluit rechtmatig was.

Dit is – zo blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad – het geval indien tegen het (voor de betrokkene negatieve³¹) besluit bestuursrechtelijke rechtsmiddelen hebben opengestaan en deze niet hebben geleid tot een herroeping of vernietiging van dit besluit.³² Er wordt in dat geval ‘aangenomen’ dat het besluit naar inhoud en wijze van totstandkoming volledig rechtmatig is, wat ook wel formele rechtskracht wordt genoemd.³³ Dit zal leiden tot afwijzing van de vordering, voor zover die berust op de stelling dat het betreffende besluit een onrechtmatige daad inhield.

Als een besluit formele rechtskracht heeft, dan betekent dit dat er in beginsel van uit dient te worden gegaan dat het besluit zowel wat betreft zijn wijze van totstandkoming als wat betreft zijn inhoud in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen.

De achterliggende gedachte van de leer van de formele rechtskracht is het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken en het bereiken van een doelmatige taakverdeling tussen de civiele en de bestuursrechter.

3.2.2 Reikwijdte formele rechtskracht

De formele rechtskracht kan niet worden tegengeworpen aan personen die geen belanghebbenden waren bij het schadeveroorzakende besluit en om die reden geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen hadden *kunnen* aanwenden.³⁴ Indien dergelijke ‘niet-belanghebbenden’ de rechtmatigheid van een besluit aan de orde stellen bij de civiele rechter, dan zal deze rechter dus zelf een oordeel over de rechtmatigheid van het besluit moeten vellen. Dit betekent dat de burgerlijke rechter zich dan moet uitlaten over onderwerpen die typisch tot het werkterrein van de bestuursrechter horen.

31 HR 10 april 2008, ECLI:NL:HR:2009:BH2598, (gemeente Barneveld/Vakantiepark De Berkenhorst B.V.).

32 Zie bijvoorbeeld HR 26 januari 2001, JB 2001, 44.

33 HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9665.

34 HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253 (European Club Support Foundation).

De Hoge Raad vindt dat streng moet worden vastgehouden aan de formele rechtskracht van een besluit jegens belanghebbenden die *wel* rechtsmiddelen konden aanwenden. Dit geldt zelfs in de situatie dat het bezwaar of beroep van een belanghebbende niet-ontvankelijk wordt verklaard, omdat zijn belang bij de uitkomst van de procedure is komen te vervallen. Ook in die situatie kan de formele rechtskracht van het onherroepelijk geworden besluit (lees: de veronderstelde rechtmatigheid) volgens de Hoge Raad aan de belanghebbende worden tegengeworpen.³⁵

De formele rechtskracht van een appellabel besluit kan worden tegengeworpen aan alle belanghebbenden bij dat besluit die niet, of niet met succes, rechtsmiddelen tegen dat besluit hebben aangewend.

Voorts geldt de formele rechtskracht van een besluit ook in de situatie dat een besluit weliswaar is vernietigd door de bestuursrechter, maar degene die de schadeclaim had ingediend niet de persoon was die het beroep had ingesteld dat tot vernietiging van het bewuste besluit leidde.³⁶ Men kan dus – met andere woorden – in dit kader niet ‘meeliften’ op een succesvol beroep dat iemand anders heeft ingesteld tegen een schadeveroorzakend besluit. Indien een belanghebbende geen beroep heeft ingediend tegen een voor hem nadelig besluit, dan wordt dit besluit – ondanks de vernietiging daarvan – namelijk geacht rechtmatig jegens de voornoemde belanghebbende te zijn. Wij geven een voorbeeld ter verduidelijking.

Jansen en Pietersen hebben allebei een agrarisch perceel dat zij proberen te verkopen. Juist als een projectontwikkelaar zich bereid heeft verklaard om beide percelen voor een hoog bedrag te verwerven, stelt de gemeenteraad een nieuw bestemmingsplan vast. Op basis van dat bestemmingsplan wordt er een natuurbestemming op beide agrarische percelen geprojecteerd. De projectontwikkelaar ziet vervolgens van de aankoop af. Alleen Jansen kiest ervoor om beroep in te stellen tegen het nieuwe bestemmingsplan. Zijn beroep wordt uiteindelijk gegrond verklaard door de ABRvS, hetgeen ertoe leidt dat het gehele bestemmingsplan wordt vernietigd.

³⁵ HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6102 (Meulendijk/ Boxtel).

³⁶ ABRvS 24 maart 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO6051

Jansen en Pietsersen stellen vervolgens beiden de gemeente aansprakelijk voor het feit dat zij een lucratieve deal zijn misgelopen. De claim van Pietsersen zal in ieder geval stranden. Hij heeft namelijk niet het beroep ingesteld dat leidde tot de vernietiging van het bestemmingsplan. Dit betekent dat de gemeente de formele rechtskracht van het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan (lees: de veronderstelde rechtmatigheid) – ook al is dit besluit vernietigd – aan hem kan tegenwerpen. Jansen zal echter – onder omstandigheden – de gemeente wel succesvol aansprakelijk kunnen stellen.

Een besluit verkrijgt – ook al gaat het onderuit bij de bestuursrechter – formele rechtskracht (lees: wordt rechtmatig geacht) jegens personen die niet het beroep hebben ingesteld dat leidde tot de vernietiging van dat besluit.

3.2.3 Uitzonderingen op formele rechtskracht

De regel van formele rechtskracht wordt door de Hoge Raad beschouwd als onontbeerlijk.³⁷ Het wekt dan ook geen verbazing dat uitzonderingen op deze regel niet snel door de Hoge Raad worden aangenomen. Een dergelijke uitzondering wordt namelijk slechts geaccepteerd indien de aan formele rechtskracht verbonden bezwaren “door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat op dat beginsel een uitzondering moet worden aanvaard”.³⁸

Daarvan is volgens de Hoge Raad allereerst sprake indien in de procedure bij de bestuursrechter (waarbij het bestreden besluit in stand is gelaten) is gehandeld in strijd met een fundamenteel rechtsbeginsel, waardoor niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. In die situatie kan de formele rechtskracht van een appellabel besluit niet aan een belanghebbende worden tegengeworpen.

Een voorbeeld hiervan zou kunnen zijn dat een burger op geen enkel punt in de procedure bij de bestuursrechter in de gelegenheid is gesteld om zijn standpunt mondeling toe te lichten.

De formele rechtskracht (lees: de veronderstelde rechtmatigheid) van een onherroepelijk geworden appellabel besluit geldt niet als er in de procedure bij de bestuursrechter is gehandeld in strijd met een fundamenteel rechtsbeginsel.

37 HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774 (Kuijpers/Valkenswaard).

38 ABRvS 12 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP0533.

De voornoemde uitzondering in verband met de schending van een fundamenteel recht is tot dusverre alleen theoretisch; zij heeft nog niet tot een doorbreking van de formele rechtskracht geleid. Naast deze uitzondering heeft de Hoge Raad nog een aantal andere uitzonderingen op de regel van de formele rechtskracht aanvaard. Deze uitzonderingen kunnen – wat ons betreft – in een drietal categorieën worden onderverdeeld, te weten:

1. het is aan het bestuursorgaan te wijten dat er geen rechtsmiddelen zijn aangewend;
2. het bestuursorgaan heeft de onrechtmatigheid van het besluit erkend;
3. de betrokkene mocht ervan uitgaan dat hij geen belanghebbende was.

Wij zullen deze drie categorieën hieronder – aan de hand van enkele voorbeelden – bespreken.

Uitzonderingscategorie 1: het is aan het betrokken bestuursorgaan te wijten dat geen rechtsmiddelen zijn aangewend

De eerste uitzonderingscategorie betreft situaties waarin het aan het bestuursorgaan te wijten is dat de burger geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend tegen het schadeveroorzakende besluit.

Een voorbeeld daarvan kan worden gevonden in de zaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad inzake Ekro / Staat.³⁹ In dat arrest ging het – kort gezegd – om het volgende.

Vroeger verrichtte de Veterinaire Dienst (die onder de Staat viel) op basis van de Veewet (oud) keuringen met betrekking tot vleesproducten. Daarvoor werden bij de agrariërs facturen in rekening gebracht. Over de hoogte van de facturen had de Staat al talloze keren civielrechtelijk geprocedeerd. In geen enkele van die procedures had de Staat zich op het – rechteens juiste – standpunt gesteld dat de factuur inzake het rijkskeurloon een beschikking was waartegen een bestuursrechtelijke rechtsgang openstond. De Staat had zich in het verlengde daarvan ook nog nooit op de formele rechtskracht van een dergelijke factuur beroepen. Het was voor Ekro dan ook een grote verrassing dat de Staat ‘ineens’ stelde dat er sprake was van een beschikking die formele rechtskracht had gekregen. Daarbij kwam nog dat het wettelijk stelsel met betrekking tot het instellen van bezwaar

39 HR 11 november 1988, NJ 1990, 563; AB 1989, 81 (Ekro/Staat).

tegen heffingen van keurlonen ondoorzichtig was. De Hoge Raad meende dat – tegen die achtergrond – een uitzondering op de formele rechtskracht van de beschikking moest worden aangenomen.

Het hiervoor besproken arrest brengt met zich dat als er nog nooit eerder een beroep is gedaan op het feit dat een bepaald type besluit appellabel is in de zin van de Awb, er onder omstandigheden een risico bestaat dat de formele rechtskracht niet kan worden tegengeworpen.

Een dergelijk risico bestaat eveneens indien een bestuursorgaan – ondanks dat zij daartoe verplicht was – heeft nagelaten om een belanghebbende op de hoogte te brengen van het feit dat een appellabel besluit was genomen.

Deze situatie deed zich voor in het arrest Barneveld / Gasunie⁴⁰, waaraan de navolgende feiten ten grondslag lagen.

Een ondernemer had een bouwaanvraag ingediend voor het oprichten van (onder meer) een stal in Barneveld. Deze bouwaanvraag had betrekking op een perceel grond waarin een gastransportleiding van Gasunie was gesitueerd. Het ter plaatse geldende bestemmingsplan verbood dat er binnen een bepaalde afstand van een dergelijke leiding werd gebouwd. Van dit verbod kon slechts ontheffing wordt verleend, nadat er advies was ingewonnen bij de leidingbeheerder en deze vervolgens oordeelde dat er geen overwegende bezwaren bestonden. Hoewel een dergelijk advies niet aan Gasunie was gevraagd, besloot het college van Barneveld toch om een bouwvergunning te verlenen.

Nadat de ondernemer zijn stal had opgericht, kwamen medewerkers van Gasunie erachter dat er bovenop de gastransportleiding was gebouwd. In verband met veiligheidsredenen besloot Gasunie vervolgens om de leiding gedeeltelijk te verplaatsen. De met deze verplaatsing gemoeide kosten probeerde zij op de gemeente Barneveld te verhalen. De gemeente beriep zich echter op de formele rechtskracht van het besluit tot vergunningverlening, omdat Gasunie (die belanghebbend was) had nagelaten om in bezwaar te gaan. De Hoge Raad meende dat een uitzondering op de formele rechtskracht gemaakt moest worden. Het was namelijk aan de gemeente

40 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1598 (Barneveld/Gasunie).

te wijten dat Gasunie had verzuimd om bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aan te wenden tegen de bouwvergunning. De gemeente had Gasunie immers – gelet op de inhoud van de planvoorschriften – moeten wijzen op het feit dat er een ontheffing werd verleend van het verbod om nabij een leiding te bouwen.

De formele rechtskracht (lees: de veronderstelde rechtmatigheid) van een onherroepelijk geworden appellabel besluit geldt niet als het aan het betrokken bestuursorgaan te wijten is dat er geen bezwaar / beroep is ingesteld tegen dat besluit.

Uitzonderingscategorie 2: erkenning van onrechtmatigheid

Een andere uitzonderingscategorie betreft de situatie waarin de betrokkene geen rechtsmiddelen heeft aangewend tegen een appellabel (schadeveroorzakend) besluit, omdat het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van dat besluit heeft erkend.⁴¹ De (civiele of bestuurs-) rechter die moet beslissen op de ingediende schadeclaim kijkt echter wel of deze erkenning tijdig is gedaan. Met tijdig wordt bedoeld: binnen de bezwaar- of beroepstermijn tegen het schadeveroorzakende besluit.

Het college van een gemeente besluit op 20 juli 2015 om een aanvraag van een burger om een maatwerkvoorziening op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning te weigeren. De betrokken burger laat het er vervolgens bij zitten en dient geen bezwaar in. Enkele weken na het aflopen van de bezwaartermijn komt een ambtenaar tot de conclusie dat de aanvrager wel degelijk recht had op een maatwerkvoorziening en dat het bewuste besluit dus 'onjuist' was. Vervolgens zorgt deze ambtenaar ervoor dat het college bij brief van 1 oktober 2015 expliciet aan de burger bevestigt dat het besluit van 20 juli 2015 onrechtmatig was. Zelfs in deze situatie moet nog van de formele rechtskracht van het besluit van 20 juli 2015 worden uitgegaan. De erkenning van onrechtmatigheid is namelijk niet binnen de bezwaartermijn gedaan.

Dit laatste roept de vraag op wat een gemeente zou moeten doen indien zij meent dat een door haar genomen besluit onrechtmatig is, maar dit niet binnen de bezwaar- of beroepstermijn heeft erkend. De rechter zal in een dergelijke

⁴¹ HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0193 (Maple Tree).

lijk geval immers wellicht de formele rechtskracht moeten toepassen en vervolgens tot de conclusie komen dat de gemeente rechtmatig heeft gehandeld.

Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien een gemeente om politieke redenen – na afloop van een ongebruikte bezwaartermijn – zou willen aanvoeren dat een besluit tot het weigeren van het verlenen van opvang aan een vluchteling onrechtmatig is.

In een bestuursrechtelijke procedure inzake een zelfstandig verzoek om schadevergoeding (zie paragraaf 2.4.2) leidt dit in ieder geval niet tot problemen. Indien in de motivering van een besluit op een zelfstandig verzoek om schadevergoeding de onrechtmatigheid van het schade toebrengende besluit wordt erkend, dan neemt de ABRvS aan dat de onrechtmatigheid niet in geschil is.⁴² Dat betekent dus dat de onrechtmatigheid in die situatie (ondanks de formele rechtskracht) vaststaat en dat – mits aan de overige vereisten voor de vestiging van aansprakelijkheid is voldaan – de gemeente schadevergoeding moet betalen.

Of er sprake is van een erkenning van onrechtmatigheid, hangt af van de vraag of de burger uit de verklaringen en gedragingen van het overheidslichaam begrijpt en redelijkerwijs mag begrijpen dat onrechtmatigheid wordt erkend.

Als het college binnen de bezwaartermijn spreekt van een foutief besluit, dan zou daar misschien wel uit kunnen worden afgeleid dat onrechtmatigheid wordt erkend. Uit de omstandigheid dat er – gelet op het voortraject – door het college wordt besloten dat er coulancehalve geen leges in rekening worden gebracht voor de behandeling van een aanvraag, mag een burger naar ons oordeel weer niet destilleren dat er sprake is van een erkenning van onrechtmatigheid van het op die aanvraag genomen besluit.

De formele rechtskracht (lees: de veronderstelde rechtmatigheid) van een onherroepelijk geworden appellabel besluit geldt niet als de gemeente – binnen de bezwaar- of beroepstermijn – heeft erkend dat het nemen van het besluit onrechtmatig was.

⁴² ABRvS 23 januari 2002, JB 2002, 69.

Uitzondering 3: de betrokkene mocht ervan uit gaan dat hij geen belanghebbende was

De derde door de Hoge Raad aanvaarde uitzonderingscategorie betreft gevallen waarin de betrokkene mocht aannemen dat het voor hem niet mogelijk was om een ontvankelijk bezwaar of beroep in te dienen tegen het schadeveroorzakende besluit.

Deze bijzondere situatie deed zich voor in het zogenoemde ‘gewipte bankier’-arrest van de Hoge Raad.⁴³ Dit arrest had betrekking op het volgende.

Een bank had een aanvraag ingediend voor een ‘Verklaring van geen bezwaar’ ten behoeve van één van zijn werknemers. De Nederlandsche Bank had deze aanvraag echter geweigerd, waardoor de desbetreffende bankier zijn baan verloor. Op het moment dat het weigeringsbesluit werd genomen, was het voor ‘iedereen’ duidelijk dat op basis van de destijds geldende jurisprudentie de bankier zelf geen belanghebbende was. Dit was waarschijnlijk ook de reden dat de bankier geen rechtsmiddelen had aangewend. Anderhalf jaar later wijzigde de rechtspraak hierover. Uit een uitspraak van het CBb (in een soortgelijke zaak) kon namelijk worden afgeleid dat de bankier wel degelijk belanghebbende zou zijn geweest.

De Nederlandsche Bank en de bankier verschilden vervolgens van mening over het antwoord op de vraag of de formele rechtskracht van het weigeringsbesluit – tegen die achtergrond – wel aan de bankier kon worden tegengeworpen. De Hoge Raad meende dat dit niet het geval was en aanvaardde een nieuwe uitzondering op de formele rechtskracht.

De formele rechtskracht (lees: de veronderstelde rechtmatigheid) van een onherroepelijk geworden appellabel besluit geldt niet als de betrokkene ervan uit mocht gaan dat hij geen belanghebbende was.

⁴³ HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AX3070.

Samenvattend: een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht kan worden aanvaard indien:

- In de bestuursrechtelijke procedure is gehandeld in strijd met een fundamenteel rechtsbeginsel.
- Het aan het betrokken bestuursorgaan te wijten is dat geen rechtsmiddelen zijn aangewend.
- Het betrokken bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit (tijdig) heeft erkend.
- Het de belanghebbende niet kan worden aangerekend geen rechtsmiddelen aangewend te hebben.

3.2.4 Formele rechtskracht van het primaire besluit (verlengde besluitvorming)

Hiervoor bleek al dat een appellabel besluit formele rechtskracht verkrijgt jegens een belanghebbende indien het desbetreffende besluit niet wordt herroepen of vernietigd. Over het lot van een beslissing op bezwaar (vernietigd dan wel in stand gelaten) is in dit kader doorgaans weinig onduidelijkheid: dit besluit staat immers direct ter toetsing bij de rechtbank. De rechtmatigheid van het *primaire* besluit is echter – zeker nadat de bestuursrechter de beslissing op bezwaar heeft vernietigd en het bestuursorgaan een nieuw besluit op het bezwaar moet nemen – lastiger om vast te stellen. Wat is bijvoorbeeld rechtens indien er in voorkomend geval geen nieuwe beslissing op bezwaar meer wordt genomen? Of indien er wel een nieuwe beslissing op bezwaar wordt genomen waarin het primaire besluit wordt gehandhaafd?

Bij de beantwoording van deze vragen is relevant dat burgers – zoals in paragraaf 2.3 nader is uiteengezet – de keuze hebben om hun schadeclaim voor te leggen aan de bestuursrechter (die onder meer bevoegd is met betrekking tot claims tot € 25.000,-) of aan de civiele rechter (bevoegd met betrekking tot alle op onrechtmatige daad gebaseerde claims). Dit is een belangrijke keuze, omdat de civiele rechters en de bestuursrechters op een andere manier bezien of het primaire besluit al dan niet onrechtmatig is. Dat heeft weer te maken met het feit dat de jurisprudentie van de Hoge Raad (die wordt gevolgd door de civiele rechters) en de jurisprudentie van de ABRvS (die wordt gevolgd door de bestuursrechters) op dit punt verschilt. Wij zullen hier nu op ingaan.

De ABRvS gaat ervan uit dat het antwoord op de vraag of het primaire besluit rechtmatig of onrechtmatig is, reeds kan blijken uit de uitspraak van

de bestuursrechter waarbij het besluit op bezwaar wordt vernietigd.⁴⁴ Dit is het geval indien het gebrek dat de vernietiging vormde voor de beslissing op bezwaar zich tevens manifesteert bij het primaire besluit. Het uiteindelijke lot van het primaire besluit is in die situatie volgens de ABRvS dus niet doorslaggevend. Ondanks het feit dat het primaire besluit in stand wordt gelaten in de nieuwe beslissing op bezwaar of dat er wordt vergeten om een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen, kan het primaire besluit onrechtmatig zijn.

Een voorbeeld. Stel dat een bestemmingsplan voorziet in de mogelijkheid om op een perceel een gebouw op te richten met een maximale nokhoogte van 15 meter. De projectontwikkelaar houdt hier rekening mee en dient een aanvraag in voor een huis met een hoogte van 14,8 meter. De handelend ambtenaar toetst de aanvraag echter per abuis aan de maximaal toegestane nokhoogte van het naastgelegen perceel, welke slechts 14 meter is. Voortbouwend op deze fout, oordeelt het college dat de aanvraag in strijd is met de op basis van het bestemmingsplan toegestane maximaal toegestane nokhoogte en weigert om die reden de aanvraag. De projectontwikkelaar is het daarmee niet eens en gaat in bezwaar. Dit bezwaar wordt echter ongegrond verklaard. De projectontwikkelaar laat het er niet bij zitten en gaat in beroep. De rechtbank verklaart in haar uitspraak het door de projectontwikkelaar ingestelde beroep gegrond en vernietigt de beslissing op bezwaar, omdat daarin is uitgegaan van een onjuiste maximale nokhoogte.

Vervolgens neemt het college – indachtig de uitspraak van de rechtbank – een nieuwe beslissing op bezwaar waarin het bezwaar wederom ongegrond wordt verklaard. Er wordt overwogen dat de aanvraag weliswaar niet in strijd is met de maximaal toegestane nokhoogte, maar wel op een ander punt in strijd was met het bestemmingsplan (bijvoorbeeld omdat het deels buiten het bouwvlak valt). Het primaire besluit wordt in stand gelaten. De projectontwikkelaar gaat vervolgens proberen om zijn schade te verhalen op de gemeente.

In dit kader zal bij de beoordeling van de schadeclaim de vraag aan de orde komen of het primaire besluit al dan niet onrechtmatig is. Indien de bestuursrechter deze vraag zal moeten beantwoorden, dan zal deze

44 Zie ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7586.

voorop stellen dat de (oude) beslissing op bezwaar door de rechtbank is vernietigd. Uit die vernietiging van de beslissing op bezwaar kan – zo zal de bestuursrechter overwegen – tevens worden afgeleid dat het primaire besluit onrechtmatig is. Aan het primaire besluit kleeft namelijk hetzelfde gebrek als aan de beslissing op bezwaar (lees: onjuiste maximale nokhoogte gebruikt).

De bestuursrechter – die onder omstandigheden bevoegd is om te oordelen over schadeclaims tot € 25.000,- - moet zich in het kader van de beoordeling van een schadeclaim wel eens uitlaten over de vraag of een primair besluit al dan niet onrechtmatig is. Ook al is dit besluit niet herroepen of vernietigd, dan kan het in de ogen van de bestuursrechter nog steeds onrechtmatig zijn. Dat is het geval indien aan het primaire besluit hetzelfde gebrek kleefde als aan een door de bestuursrechter vernietigde beslissing op bezwaar.

De civiele rechter kijkt wezenlijk anders naar deze materie. De lijn van de Hoge Raad is namelijk dat het al dan niet rechtmatig zijn van het primaire besluit slechts afhangt van de besluitvorming die ná de vernietiging van de beslissing op bezwaar plaatsvindt.⁴⁵ Aangezien de nieuwe beslissing op bezwaar door het bestuursorgaan wordt genomen, heeft deze het deels zelf in de hand of een schadeclaim later kan worden afgewend. De gemeente kan namelijk in de nieuwe beslissing op bezwaar dezelfde inhoudelijke beslissing nemen als in de eerdere vernietigde beslissing op bezwaar (zij het bijvoorbeeld op basis van een andere motivering). Indien de nieuwe beslissing op bezwaar (waarin het primaire besluit niet wordt herroepen) vervolgens overeind blijft, dan verkrijgt het primaire besluit formele rechtskracht.

De projectontwikkelaar uit de bovenstaande casus besluit om zijn schadeclaim voor te leggen aan de civiele rechter. Deze zal constateren dat in de nieuwe beslissing op bezwaar het primaire besluit niet is herroepen. Dit brengt met zich dat dit primaire besluit in de ogen van de civiele rechter onherroepelijk is geworden en – in het verlengde daarvan – moet worden geacht rechtmatig te zijn (gelet op de formele rechtskracht daarvan).

45 HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3257 (Hoogland / Rotterdam).

De civiele rechter – die bevoegd is met betrekking tot alle op onrechtmatige daad gebaseerde claims – moet zich met enige regelmaat uitlaten over het antwoord op de vraag of een primair besluit rechtmatig of onrechtmatig is. Deze vraag wordt door de civiele rechter beantwoord aan de hand van het bestuursrechtelijke lot van het primaire besluit. Op het moment dat het primaire besluit – na vernietiging door de rechtbank van een beslissing op bezwaar – niet wordt herroepen in de nieuwe beslissing op bezwaar, dan moet dit besluit voor rechtmatig worden gehouden.

Hiervoor gingen wij ervan uit dat er een nieuwe beslissing op bezwaar werd genomen. Het is ook mogelijk dat het bestuursorgaan nalaat om – na vernietiging door de bestuursrechter – een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen. Dit pakt – als een civiele rechter zich over de schadeclaim buigt – in het voordeel uit van de desbetreffende gemeente. In die situatie verkrijgt het primaire besluit volgens de Hoge Raad namelijk formele rechtskracht. Dit volgt bijvoorbeeld uit het arrest Lanser / Haarlemmermeer.⁴⁶

Dat gezegd hebbend, is het bij de huidige stand van de jurisprudentie voor de proceskansen van een gemeente het beste indien een burger zijn claim voorlegt aan de civiele rechter. Op het moment dat een primair besluit in een nieuwe beslissing in stand wordt gelaten (of er wordt in het geheel geen nieuwe beslissing op bezwaar genomen) dan meent de civiele rechter namelijk dat dit besluit rechtmatig is. De civiele rechter kijkt immers slechts naar het bestuursrechtelijke lot van het primaire besluit. Bij de bestuursrechter is het daarentegen onzeker of een primair besluit – dat in een nieuwe beslissing op bezwaar in stand wordt gelaten – wel rechtmatig is. Dit hangt af van de vraag of aan het primaire besluit hetzelfde gebrek kleefde als aan de vernietigde beslissing op bezwaar.

De bestuursrechter en de civiele rechter beoordelen op verschillende wijze of – na vernietiging van een beslissing op bezwaar – ook het primaire besluit onrechtmatig moet worden geacht. De lijn van de civiele rechter is duidelijk het gunstigst voor een gemeente.

3.3 Causaliteit

Het feit dat de gemeente ten onrechte een besluit heeft genomen, bijvoorbeeld tot weigering van een aanvraag, of ten onrechte vergunning heeft verleend, betekent nog niet dat zij ook aansprakelijk is voor de geleden schade.

⁴⁶ HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 639, m.nt. MS (Lanser/Haarlemmermeer).

Tussen de schade en (het gebrek dat aanleiding vormde voor vernietiging of herroeping van) het appellabele besluit moet namelijk tevens causaal verband aanwezig zijn (zie hierover ook paragraaf 2.2.4). Bestuursrechters en civiele rechters kijken in dit kader of er ten tijde van het nemen van het onrechtmatige besluit een rechtmatig besluit had kunnen worden genomen dat naar aard en omvang een zelfde schade tot gevolg zou hebben gehad.⁴⁷

Bij de beoordeling van het causaal verband bekijkt de rechter of er een rechtmatig besluit genomen had kunnen worden dat tot dezelfde schade zou hebben geleid als het onrechtmatige besluit. Indien dat het geval is, dan wordt er niet voldaan aan het rechtens vereiste causaal verband. In die situatie hoeft de gemeente de schade niet te vergoeden.

Dit is een vrij abstracte formule die niet altijd met zoveel woorden wordt toegepast in de jurisprudentie. Het lijkt ons tegen die achtergrond goed om in een aantal standaard situaties aan te geven of er wordt voldaan aan het vereiste van causaal verband. Dit zal telkens geschieden aan de hand van een praktijkvoorbeeld.

Een voor de burger negatief ambtshalve genomen beschikking gaat onderuit bij de bestuursrechter

De eerste veel voorkomende situatie is dat er een – door een bestuursorgaan van de gemeente genomen ambtshalve (dus niet op aanvraag) – beschikking die negatief was voor een burger uiteindelijk ‘onderuit’ gaat bij de bestuursrechter.

Een voorbeeld daarvan is de herroeping door de bestuursrechter van een besluit tot het intrekken en terugvorderen van een op basis van de Wet werk en bijstand verleende uitkering. Het feit dat deze herroeping heeft plaatsgevonden, betekent – zo zagen we in paragraaf 3.2 – dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld. Eventuele schade zal (in ieder geval) bestaan uit gemiste uitkering en de rente daarover. De vraag rijst of deze schade in causaal verband staat met het onrechtmatige besluit tot het terugvorderen van de uitkering. Dit is naar onze mening het geval.⁴⁸ Een rechtmatig besluit (lees: het niet intrekken van de uitkering) zou namelijk de schade hebben voorko-

47 ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3274.

48 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 14 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY5729.

men en dus niet ‘tot dezelfde schade geleid als het onrechtmatige besluit’.

Een voor de burger negatief besluit op een aanvraag gaat onderuit bij de bestuursrechter

Een andere situatie die vaak voorkomt, is dat een bestuursorgaan in bezwaar zijn afwijzende besluit op een aanvraag handhaaft, waarna de beslissing op bezwaar wordt vernietigd door de bestuursrechter. Wij geven hier een voorbeeld van en bespreken vervolgens de causaliteitsvraag.

Een projectontwikkelaar dient een aanvraag in om een appartementencomplex te mogen oprichten. Deze aanvraag wordt geweigerd, omdat de aanvraag in strijd zou zijn met het vigerende bestemmingsplan. De projectontwikkelaar is het daar niet mee eens en gaat eerst in bezwaar en vervolgens in beroep. De bestuursrechter geeft hem uiteindelijk gelijk: de aanvraag is niet in strijd met het bestemmingsplan. Om die reden wordt de beslissing op bezwaar vernietigd. In de nieuwe beslissing op bezwaar wordt echter wederom overwogen dat er geen vergunning kan worden verleend, ditmaal vanwege strijd van de aanvraag met de bouwverordening. Deze nieuwe beslissing op bezwaar wordt vervolgens onherroepelijk. Daarmee eindigt het verhaal echter niet. De projectontwikkelaar stelt de gemeente namelijk aansprakelijk voor de door haar geleden schade.

Om te bezien of er sprake is van causaal verband, moet – zoals gezegd – worden nagegaan of een rechtmatig besluit had geleid tot dezelfde schade. De rechtmatige situatie zou hier – gelet op het voorgaande – zijn dat in de beslissing op bezwaar zou zijn geconstateerd dat de aanvraag niet in strijd was met het bestemmingsplan, maar wel met de bouwverordening. Ook in die rechtmatige situatie had de projectontwikkelaar dus het appartementencomplex niet kunnen oprichten (want er was een afwijzend besluit gekomen, zij het op basis van een andere weigeringsgrond) en had hij de door haar gevorderde schade geleden. Er is om die reden geen sprake van causaal verband.⁴⁹

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4316.

Indien komt vast te staan dat een door een projectontwikkelaar ingediende 'bouwaanvraag' ook in de rechtmatige situatie zou zijn geweigerd (op basis van een andere weigeringsgrond dan in de feitelijke situatie), dan is in beginsel niet voldaan aan het vereiste van het causaal verband. In voorkomend geval had de projectontwikkelaar namelijk zowel in de onrechtmatige als in de rechtmatige situatie niet kunnen gaan bouwen.

In dit kader maken wij – en nu wordt het ingewikkeld – nog een kleine nuance. Het is mogelijk dat de projectontwikkelaar – na de nieuwe beslissing op bezwaar – zijn oude aanvraag in overeenstemming heeft gebracht met de bouwverordening en deze vervolgens als nieuwe aanvraag heeft ingediend. Op het moment dat het college deze nieuwe aanvraag honoreert (want geen strijd meer met de bouwverordening) dan zou de projectontwikkelaar wel een deel van haar schade succesvol kunnen claimen. In die situatie zou namelijk kunnen worden gesteld dat een rechtmatig besluit niet tot dezelfde schade zou hebben geleid als het onrechtmatige besluit. Indien er namelijk een rechtmatig besluit was genomen was eerder duidelijk geworden dat de aanvraag in strijd was met de bouwverordening. Dit betekent dat de projectontwikkelaar ook op een eerder moment al een nieuwe gewijzigde aanvraag zou hebben ingediend en – in het verlengde daarvan – ook sneller een vergunning had gekregen. De schade die is ontstaan doordat de projectontwikkelaar later heeft beschikt over een vergunning, staat dan ook in causaal verband met de onrechtmatige beslissing op bezwaar.⁵⁰

Een projectontwikkelaar kan succesvol vertragingsschade vorderen, indien hij aannemelijk kan maken dat hij – in de rechtmatige situatie – eerder een nieuwe aanvraag zou hebben ingediend waarop positief zou zijn beslist.

De burger begint met bouwen op basis van een nog niet onherroepelijke vergunning

De laatste in de praktijk veelvoorkomende situatie is dat de burger gebruik maakt van een nog niet onherroepelijke vergunning die vervolgens onderuitgaat bij de bestuursrechter.

Daarbij kan worden gedacht aan de situatie waarin een burger – direct nadat aan hem de daarvoor vereiste omgevingsvergunning werd verleend – begint met de bouw van een garage. Een buurman kan zich daar niet in vinden en gaat om die reden eerst in bezwaar en vervolgens ook in beroep. De

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9614.

rechtbank oordeelt uiteindelijk dat de vergunning niet had mogen worden verleend en herroept deze. De burger ziet daarin aanleiding om de gemeente aansprakelijk te stellen voor de door hem geleden schade. Hij heeft namelijk allerlei kosten gemaakt voor de bouw van de garage welke kosten thans nutteloos blijken te zijn.

Dergelijke kosten komen echter niet voor vergoeding in aanmerking. Het is namelijk vaste jurisprudentie dat eventuele kosten die zijn gemaakt voorafgaand aan het moment dat een burger beschikt over een *onherroepelijke* vergunning voor zijn eigen rekening en risico zijn.⁵¹ Dit is slechts anders als van de zijde van de gemeente bij de vergunninghouder het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat een ingesteld of nog in te stellen bezwaar of beroep niet tot vernietiging zal leiden. Die laatste situatie heeft zich in de jurisprudentie overigens nog niet voorgedaan.

Kosten die een burger maakt op het moment dat zijn vergunning nog niet onherroepelijk is, komen voor zijn eigen rekening en risico. Het verdient aanbeveling om burgers daar ook expliciet op te wijzen en om geen uitspraken te doen over de kans dat de vergunning in bezwaar en/of beroep in stand zal blijven.

3.4 Relativiteit

In het kader van de toets aan het relativiteitsvereiste moet aan de hand van het doel en de strekking van de geschonden norm, worden gezien tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt (zie hierover meer uitgebreid paragraaf 2.2.3).⁵²

3.4.1 Aanvragers en andere geadresseerden

Voor zover het gaat om vernietigde besluiten lijkt daarbij betekenis toe te komen aan de procespositie die de benadeelde partij had. Meer in het bijzonder lijkt in het geval de benadeelde de aanvrager of een andere geadresseerde van het vernietigde besluit is, betrekkelijk snel te zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste.

In dat verband wijzen wij op het arrest Grubbenvorst/Caldenbroich.

51 HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1358.

52 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012 (Duwbak Linda).

De gemeente Grubbenvorst had een bouwvergunning aan Caldenbroich verleend voor de bouw van 262 recreatiebungalows. Voor een dergelijke bouwvergunning was – voordat tot afgifte van de vergunning kon worden overgegaan – vereist dat de gemeente daarvoor goedkeuring had van het college van gedeputeerde staten. Dit laatste had de gemeente niet en als gevolg daarvan werd de vergunning van Caldenbroich uiteindelijk vernietigd. De Hoge Raad oordeelde dat “het afgeven van een bouwvergunning die, door het ontbreken van een daarvoor vereiste goedkeuring van GS aan vernietiging blootstaat, behoudens de mogelijkheid van risicoaanvaarding, waarop het middel geen betrekking heeft in het algemeen ook tegenover degene aan wie de vergunning wordt verleend onrechtmatig is”.⁵³

Het vereiste van goedkeuring van het college van gedeputeerde staten lijkt op zichzelf niet het doel of de strekking te hebben om de aanvrager van de bouwvergunning te beschermen waarvoor die goedkeuring moet worden verkregen. Toch had de gemeente onrechtmatig jegens de aanvrager van de vernietigde vergunning gehandeld, door aan hem een vergunning te verlenen zonder die goedkeuring verkregen te hebben.

Voor wat betreft aanvragers of andere geadresseerden lijkt bij de vernietiging van een besluit relatief snel te zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste.

Eenzelfde soort – maar meer recent – voorbeeld kan worden aangetroffen in het arrest Barneveld/Berkenhorst.

Een aan Berkenhorst verleende bouwvergunning werd door de bestuursrechter geschorst, en uiteindelijk door het college ingetrokken, omdat daarvoor niet de correcte procedure was gevolgd.

Berkenhorst vorderde vervolgens bij de civiele rechter vergoeding van de vertragingsschade die hij als gevolg van de fout van het college had geleden. De Hoge Raad geeft omtrent de verwachtingen die Berkenhorst als aanvrager mocht hebben aan, dat hij ervan uit mag gaan dat het college juist heeft gehandeld en dat de hem verleende vergunning dus niet in strijd is met de wet. Het college verweert zich met de stelling dat niet

53 HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261 (*Grubbenvorst/Caldenbroich*).

aan het relativiteitsvereiste is voldaan, omdat de normen die zich tegen vergunningverlening verzetten, niet zijn gesteld in het belang van degene die de vergunning behoeft. De Hoge Raad verwerpt dit verweer.⁵⁴

Een – niet vaak voorkomend – voorbeeld van een situatie waarin jegens een aanvrager niet was voldaan aan het relativiteitsvereiste vindt men in het bekende arrest inzake de Iraanse Vluchteling.⁵⁵

3.4.2 Derden

Er lijkt meer ruimte te zijn voor een succesvol beroep van een gemeente op het niet voldaan zijn aan het relativiteitsvereiste bij een vernietigd besluit indien de benadeelde niet de aanvrager of een andere geadresseerde van het besluit is. Het antwoord op de vraag of in zodanig geval voldaan is aan het relativiteitsvereiste blijft evenwel zeer casuïstisch van aard. Om deze reden verwijzen wij kortheidshalve in de eerste plaats naar hetgeen in paragraaf 2.2.3 is opgemerkt over de wijze waarop die vraag moet worden beantwoord.

Eén uitspraak kan echter niet onvermeld blijven. Dat is die met betrekking tot het Amelandse benzinstation (ook al kort aangestipt in paragraaf 2.2.3).⁵⁶

Taxicentrale Ameland v.o.f. heeft bij het college een bouwvergunning aangevraagd voor het oprichten van o.a. een benzinepomp. Nadat de bouwvergunning aan de taxicentrale is verleend wordt het benzinstation al in 1992 in gebruik genomen. Omdat dit in de buurt is van waar pomphouder Nagtegaal is gevestigd, lijdt laatstgenoemde daardoor wegens concurrentie omzetverlies. Echter, ter plaatse van het benzinstation van Taxicentrale Ameland kon enkel door middel van een binnenplanse vrijstelling een benzinstation worden opgericht indien dit een ondergeschikte nevenactiviteit betreft. De ABRvS oordeelde, anders dan het college had gedaan, dat het bouwplan detailhandel inhoudt, niet zijnde een ondergeschikte nevenactiviteit en om die reden wordt op 1 maart 1996 de bouwvergunning van Taxicentrale Ameland vernietigd.

54 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2598 (Barneveld/Berkenhorst), vgl. HR 24 mei 1935, *NJ 1935, 1497 (Cuykse Vleeskeurmeester)*.

55 HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751 (Iraanse Vluchteling). Wij laten een inhoudelijke bespreking van dit arrest achterwege, nu dit voorbeeld niet relevant lijkt voor de gemeentepraktijk en de inhoud van dit arrest voor wat betreft het relativiteitsoordeel vrij omstrede is.

56 ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294 (Amelands Benzinstation).

Voor een dergelijk, volwaardig benzinestation kon uitsluitend bouwvergunning worden verleend door middel van een vrijstelling ex artikel 19 WRO (oud). Dit laatste heeft het college uiteindelijk (na nog een tussentijdse vernietiging) ook gedaan, waardoor de vergunning pas op 14 december 2004 onherroepelijk werd. Al met al mocht het college dus wel medewerking verlenen aan de vestiging van het benzinestation van Taxicentrale Ameland op die locatie, maar had het daarvoor de vrijstellingsprocedure van artikel 19 WRO (oud) moeten doorlopen.

Nagtegaal stelt vervolgens de gemeente aansprakelijk voor het door hem geleden omzetverlies. Dit leidt uiteindelijk tot een procedure bij de ABRvS over (het oordeel van de rechtbank over) een zelfstandig schadebesluit waarin de gemeente de vergoeding van de schade van Nagtegaal had afgewezen. De ABRvS overwoog daarin het volgende omtrent het antwoord op de vraag of in dezen was voldaan aan het relativiteitsvereiste:

“Aannemelijk is dat Nagtegaal zijn bedrijfsvoering mede op het bestemmingsplan heeft afgestemd. Het college heeft inbreuk op die rechtszekerheid gemaakt door onrechtmatig aan een derde bouwvergunning te verlenen en heeft aldus een praktisch niet meer voor wijziging vatbare situatie in het leven geroepen. Weliswaar is deze situatie naderhand door het voeren van de hiervoor genoemde vrijstellingsprocedure gelegaliseerd, maar dat laat de inbreuk en de daaruit voor Nagtegaal als belanghebbende voortvloeiende schade onverlet. Nagtegaal werd immers geconfronteerd met een besluit tot verlening van bouwvergunning met binnenplanse vrijstelling waarvoor minder uitgebreide procedurele waarborgen golden en heeft niet de met de procedure van artikel 19 van de WRO gemoeide tijd kunnen benutten om zijn bedrijfsvoering aan toekomstige ontwikkelingen aan te passen. Vergelijk in dit verband de arresten van de Hoge Raad van 29 maart 1974 (NJ 1974, 344) en 21 mei 1976 (nr. 11 018, NJ 1977, 17).

Het bestemmingsplan en in dit verband het dwingende karakter van artikel 48 eerste lid, aanhef en onder b van de Woningwet, zoals dat artikel destijds luidde, strekken er mede toe rechtszekerheid te verschaffen aan genoemde belanghebbenden en beschermen mede tegen schade die wordt veroorzaakt door een onrechtmatige inbreuk daarop.”

De ABRvS concludeert dat is voldaan aan het relativiteitsvereiste. Nagtegaal

kon aan de inhoud van het bestemmingsplan en het dwingende karakter van het oude artikel 48, eerste lid, aanhef en onder b, Woningwet rechtszekerheid ontlenen. Die beschermen hem dan ook mede tegen schade die wordt veroorzaakt doordat het college daarop inbreuk maakt door op onrechtmatige wijze een vergunning voor de bouw en de exploitatie van een benzinstation te verlenen. Deze uitspraak is – hoewel hij uitgebreid is bekritiseerd – nog steeds zeer relevant voor de praktijk. Gemeenten worden immers regelmatig aansprakelijk gesteld vanwege schade die verband houdt met het feit dat iemand ten onrechte niet, niet snel genoeg, of juist wel heeft mogen bouwen.

3.5 Niet tijdig beslissen

Zoals hiervoor in paragraaf 3.2.1 al bleek, wordt een appellabel besluit dat formele rechtskracht verkrijgt, geacht volledig rechtmatig te zijn jegens personen die belanghebbend waren bij dat (voor hen nadelige) besluit. Deze formele rechtskracht laat onverlet dat de gemeente – onder omstandigheden – wel onrechtmatig kan hebben gehandeld jegens belanghebbende door het bewuste besluit *niet tijdig* te nemen.

Trage besluitvorming wordt niet ‘gedekt’ door de formele rechtskracht van het uiteindelijk genomen besluit.

Bij de vraag of de overschrijding van een wettelijke beslistermijn al dan niet onrechtmatig is, moet worden uitgegaan van de toetsingsmaatstaf die de Hoge Raad heeft geformuleerd in zijn arrest van 22 oktober 2010 inzake Eindhoven / Van den Dungen qq.⁵⁷ De relevante rechtsoverweging luidt als volgt:

“De enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, is onvoldoende voor het oordeel dat aldus onrechtmatig wordt gehandeld in de zin van art. 6:162 BW. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid. Daarbij kunnen onder meer van belang zijn de mate waarin de beslistermijn wordt overschreden, de oorzaak of oorzaken van de termijnoverschrijding, en de voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de betrokken belangheb-

⁵⁷ HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040 (Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q.).

benden. Voorts blijkt uit art. 7:10 lid 4 Awb (zowel in de tot 1 oktober 2009 geldende tekst als in de nadien geldende tekst) dat de wettelijke limitering van de termijn om op een bezwaarschrift te beslissen mede strekt tot bescherming van de belangen van andere belanghebbenden dan de indieners van het bezwaarschrift. Deze bepaling staat derhalve niet in de weg aan het oordeel dat overschrijding van de beslistermijn, onder bijkomende omstandigheden als zojuist bedoeld, ook jegens zulke andere belanghebbenden onzorgvuldig (onrechtmatig) is.”

Uit de hierboven geciteerde passage volgt allereerst dat het enkele feit dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, niet met zich brengt dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld. Daarvoor zijn – zo benadrukt de Hoge Raad – bijkomende omstandigheden vereist.

Een gemeente is alleen aansprakelijk voor de schade die is ontstaan doordat bij het nemen van een besluit de daarvoor geldende beslistermijn is overschreden, indien er – naast de termijnoverschrijding – bijkomende omstandigheden zijn.

Hierbij kan onder meer worden gedacht aan:

1. de mate van termijnoverschrijding,
2. de oorzaak daarvan en
3. de voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de betrokken belanghebbende.

Wij zullen hieronder – per bijkomende omstandigheid – enkele opmerkingen plaatsen.

3.5.1 Bijkomende omstandigheden

We beginnen met de mate van termijnoverschrijding. In dit kader moet een vergelijking worden gemaakt tussen de tijd die het bestuursorgaan nodig heeft gehad om een besluit te nemen en de periode waarbinnen dit bestuursorgaan wettelijk gezien had moeten beslissen. Indien het bestuursorgaan de mogelijkheid had om de wettelijke beslistermijn te verlengen, dan moet daar blijkens het arrest Amsterdam / Have rekening mee worden gehouden.⁵⁸ Dit geldt ongeacht de vraag of in de feitelijke situatie van een dergelijke verlengingsmogelijkheid gebruik is gemaakt.

⁵⁸ HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579 (Amsterdam/Have).

Bij de mate van termijnoverschrijding mag rekening worden gehouden met het feit dat het bestuursorgaan de beslistermijn had kunnen verlengen (ook al is dat feitelijk niet gebeurd).

Dan de oorzaak van de termijnoverschrijding. Uit de lagere jurisprudentie volgt dat personele wisselingen⁵⁹, onderbezetting en het moeten wennen aan een nieuwe wettelijke regeling⁶⁰ geen rechtvaardigingsgronden zijn voor termijnoverschrijding. Het moeten wachten op een BIBOB-advies kan daarentegen wel als een rechtvaardigingsgrond worden gezien.⁶¹

Het moeten wachten op een advies van het Landelijk Bureau Bibob kan worden gezien als een rechtvaardigingsgrond voor termijnoverschrijding.

Een andere bijkomende omstandigheid die volgens de Hoge Raad van belang is, betreft de vraag of de gemeente op de hoogte was van de kenbare belangen van de betrokkene. De gedachte lijkt te zijn dat de gemeente sneller maatschappelijk onzorgvuldig handelt, indien zij weet dat een persoon door het niet tijdig beslissen schade zal lijden. Daarvan is in ieder geval sprake op het moment dat de betrokkene bij brief aan de gemeente heeft laten weten dat hij schade lijdt door de trage besluitvorming.⁶² Een dergelijke brief is naar ons oordeel echter wellicht niet altijd noodzakelijk. Men zou namelijk kunnen stellen dat de gemeente onder omstandigheden ambtshalve moet worden geacht op de hoogte te zijn van het feit dat het niet tijdig beslissen leidt tot vertragingsschade. Dit is bijvoorbeeld het geval indien er pas een half jaar na afloop van de wettelijke beslistermijn wordt besloten om een omgevingsvergunning te verlenen voor de bouw van een bioscoop.

3.5.2 Causaal verband tussen termijnoverschrijding en materiële schade

Indien de gemeente – indachtig de hiervoor behandelde bijkomende omstandigheden – onrechtmatig heeft gehandeld door niet tijdig te beslissen, betekent dit niet zonder meer dat zij ook aansprakelijk is voor de geleden schade. Er zal namelijk – net als bij aansprakelijkheid wegens een onrechtmatig besluit – tevens moeten worden voldaan aan het causaliteitsvereiste.

59 Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 18 september 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BJ8961.

60 Zie bijvoorbeeld Rb. Middelburg 15 december 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AR8239.

61 Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:641.

62 Vgl. CRvB 4 juni 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AE6843.

De ABRvS overwoog in een uitspraak van 28 juli 2010 dat “in de regel eerst aan de hand van het op de aanvraag te nemen reële besluit kan worden vastgesteld of en zo ja, in welke omvang schade is geleden ten gevolge van het niet tijdig nemen van een besluit”.⁶³ Gelet op deze maatstaf (die ook door de civiele rechter wordt gehanteerd) zal moeten worden gezien of er uiteindelijk een besluit tot vergunningverlening kon worden genomen. Indien dit niet het geval is, dan zal er hoogstens causaliteit kunnen bestaan tussen de termijnoverschrijding en een (klein) deel van de schade. Een tijdig genomen weigeringsbesluit had er immers niet voor kunnen zorgen dat de betrokkene eerder een omgevingsvergunning had gehad om zijn bouwplan te realiseren. Een sneller genomen weigeringsbesluit zou wellicht wel tot gevolg kunnen hebben gehad dat de betrokkene eerder een gewijzigde aanvraag had kunnen indienen en – in het verlengde daarvan – eerder een omgevingsvergunning zou kunnen hebben gekregen. In voorkomend geval kunnen schadeposten als gemiste huurinkomsten en renteschade voor vergoeding in aanmerking komen.

3.5.3 Verhouding met overschrijding redelijke termijn (artikel 6 EVRM)

Hiervoor zijn wij ingegaan op het causaal verband tussen de overschrijding van de wettelijke beslistermijn en *materiële schade*. De gemeente kan ook nog aansprakelijk worden gesteld voor *immateriële schade* wegens spanning en frustratie doordat de algehele bestuursrechtelijke procedure te lang heeft geduurd.

Hierbij speelt de redelijke termijn uit artikel 6 EVRM – dat betrekking heeft op de meeste bestuursrechtelijke procedures – een grote rol. Op het moment dat er sprake is van een schending van die termijn moet namelijk in beginsel worden uitgegaan van de fictie dat de betrokkene spanning en frustratie heeft ondervonden (waaruit immateriële schade kan voortvloeien). Slechts op het moment dat het bestuursorgaan concrete omstandigheden kan aandragen die aanleiding vormen om te twijfelen over de aanwezigheid van spanning en frustratie, of wanneer de rechter zelf dergelijke omstandigheden onderkent, zal de rechter op dit punt onderzoek moeten verrichten. De fictie van daadwerkelijk ondervonden spanning en frustratie moet dus worden gezien als een weerlegbaar rechtsvermoeden. Dit rechtsvermoeden ontstaat – zoals gezegd – op het moment dat de redelijke termijn uit artikel 6 EVRM over-

63 ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2670.

schreden wordt. Dit roept de vraag op wat de lengte is van die termijn.

De hoogste bestuursrechters en de Hoge Raad zitten inmiddels zowel in punitieve⁶⁴ als in niet-punitieve zaken op één lijn.⁶⁵ Zo is de redelijke termijn voor geschillen die bestaan uit een bezwaarprocedure en twee rechterlijke instanties gesteld op vier jaar. Daarbij geldt voor de bezwaarprocedure en het beroep in eerste aanleg een maximale termijn van twee jaar. Een overschrijding van deze termijn van twee jaar wordt aan het bestuursorgaan toegerekend indien de duur van de bezwaarfase een half jaar overschrijdt en aan de bestuursrechter indien de behandeling van het beroep meer dan anderhalf jaar heeft beslagen. In hoger beroep geldt een redelijke termijn van twee jaar.⁶⁶ In wezen wordt er aansluiting gezocht bij de oude jurisprudentie van het CRvB op dit punt.

Overgangsrecht: Voorheen golden afwijkende termijnen in zaken waarin de ABRvS of het Cbb in enige of hoogste instantie oordeelden. Zo meenden de ABRvS en het Cbb dat een termijn van maximaal 5 jaar redelijk was, waarbij de behandeling van bezwaar maximaal één jaar in beslag mocht nemen en de behandeling van het beroep en het hoger beroep ieder ten hoogste twee jaar mocht duren. Deze termijnen zijn verlaten met de uitspraak van de Grote Kamer van de ABRvS van 29 januari 2014. De nieuwe (redelijke) termijnen gelden voor bezwaar- en (hoger) beroepsprocedures tegen besluiten waarover de ABRvS en het Cbb in hoogste ressort oordelen, indien het besluit op of na 1 februari 2014 is bekendgemaakt. Voor besluiten die vóór 1 februari 2014 zijn bekendgemaakt en waarover voornoemde colleges in hoogste ressort oordelen, blijven de 'oude' redelijke termijnen van toepassing.⁶⁷

Indien er alleen sprake is van een situatie waarin de bezwaarfase te lang heeft geduurd, en er geen beroep wordt ingesteld bij de bestuursrechter, dan kan er geen sprake zijn van schending van de redelijke termijn uit artikel 6 EVRM (die ziet op de procedure bij de rechter). In voorkomend geval is er dus geen veronderstelde spanning en frustratie geleden door de benadeelde.⁶⁸

Op het moment dat er wel beroep wordt ingesteld en dit wordt zeer voortvarend behandeld, dan zou dit de vertraging in de bezwaarprocedure kunnen

64 ABRvS 21 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3698, CRvB 28 augustus 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BE9745, CRvB 9 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW5721, Cbb 1 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BS7874.

65 ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188.

66 CRvB 22 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY4284.

67 Cbb 24 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:234; CRvB 5 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1908.

68 ABRvS 18 november 2009, ECLI:NL:RVS:2010:BO0542.

compenseren in de zin dat er geen sprake meer is van een schending van artikel 6 EVRM. De bestuursrechter heeft namelijk – in navolging van de Hoge Raad⁶⁹ – aanvaard dat er compensatie mogelijk is tussen de verschillende fasen van de procedure (bezwaar, beroep en hoger beroep).⁷⁰

Indien er geen mogelijkheid is tot compensatie en de redelijke termijn is overschreden, dan zal moeten worden vastgesteld of de gemeente verantwoordelijk is voor die termijnoverschrijding (en dus voor de ondervonden spanning en frustratie). Dat is niet het geval op het moment dat er alleen sprake is geweest van overschrijding van de deeltermijnen voor beroep en/of hoger beroep.

In de situatie dat de behandeling van het bezwaar langer heeft geduurd dan zes maanden, en het daarop volgende beroep niet in minder dan anderhalf jaar is afgerond, staat het bestuursorgaan aan de lat om compensatie te bieden voor de daardoor ontstane spanning en frustratie.

Deze compensatie kan in een punitieve zaak worden geboden door matiging van de opgelegde boete. Concreet vindt op de hoogte van deze boete een reductie van 5% plaats op het moment dat de redelijke termijn is overschreden met 6 maanden of minder. Indien er sprake is van een overschrijding van tussen de 6 en 12 maanden bedraagt de korting 10%⁷¹, terwijl er bij meer dan 12 maanden overschrijden 'naar bevind van zaken wordt gehandeld'.⁷²

Indien de redelijke termijn is overschreden bij een punitieve zaak, dan zal de rechter overgaan tot matiging van de opgelegde boete.

Bij alle niet-punitieve zaken wordt gebruik gemaakt van een vergoeding van € 500,- voor elke zes maanden dat de redelijke termijn is overschreden, met een afronding naar boven.⁷³ Op het moment dat er door een aantal belanghebbenden samen is geprocedeerd, dan geldt er een soort 'gedeelde smart is halve smart' redenering, omdat de belanghebbenden kennelijk steun aan el-

69 HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4464.

70 CRvB 17 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL4247.

71 ABRs 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0302, CbB 8 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM1588, CbB 18 november 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO5197.

72 Hof Amsterdam 2 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ1298.

73 ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294 (Amelandse benzinepomp II), CRvB 26 januari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH1009, CbB 3 maart 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH6281.

kaar zouden hebben.⁷⁴ In dat geval wordt de vergoeding onder omstandigheden gedeeld door het aantal appellanten. Een voorbeeld ter verduidelijking.

Stel dat twee personen samen tot en met de ABRvS hebben geageerd tegen een besluit tot het verlenen van een omgevingsvergunning. De uiterste termijn voor de gehele procedure bedraagt in voorkomend geval vier jaar. In werkelijkheid heeft de gehele procedure zes jaar en twee maanden in beslag genomen. De ontstane vertraging is geheel ontstaan in de bezwaar-fase.

In dat geval moet het bestuursorgaan, gelet op het feit dat de vertraging 2 jaar en twee maanden is, in beginsel een bedrag aan immateriële schade vergoeden van $5 \times \text{€ } 500,- = \text{€ } 2.500,-$ als gevolg van de spanning en frustratie. Aangezien hier twee personen hebben geageerd, moeten zij dit bedrag samen delen (dus ieder $\text{€ } 1.250,-$).

Indien de redelijke termijn is overschreden bij een niet-punitieve zaak, dan zal de rechter een vergoeding toekennen van $\text{€ } 500,-$ voor elke zes maanden dat de redelijke termijn is overschreden (naar boven afgerond).

3.6 Samenvatting

Uit dit hoofdstuk volgt dat de vraag of het nemen van een appellabel besluit rechtmatig of onrechtmatig is, afhangt van het bestuursrechtelijke lot daarvan. Op het moment dat dit besluit wordt herroepen of wordt vernietigd door de bestuursrechter, dan staat vast dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit aan haar kan worden toegerekend. De andere kant van de medaille is dat het besluit niet is vernietigd of herroepen. In die situatie verkrijgt het besluit zogenoemde formele rechtskracht en wordt het geacht volledig rechtmatig te zijn. Deze formele rechtskracht kan worden ingeroepen jegens alle personen die belanghebbenden waren bij het (voor hen nadelige) besluit en die niet, of niet met succes, rechtsmiddelen tegen dat besluit hebben aangewend. In de jurisprudentie is een aantal uitzonderingen op het leerstuk van de formele rechtskracht aanvaard. De uitzondering die in de praktijk het meest voorkomt is dat de gemeente binnen de termijn voor het aanwenden van rechtsmiddelen heeft erkend dat het appellabele besluit onrechtmatig is.

⁷⁴ ABRvS 9 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3701, CRvB 23 februari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV6848, CbB 24 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:234 en HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:147.

Hiervoor bleek al dat een appellabel besluit formele rechtskracht verkrijgt jegens een belanghebbende indien het desbetreffende besluit niet wordt herroepen of vernietigd. Over de beslissing op bezwaar is in dit kader doorgaans weinig onduidelijkheid: dit besluit staat immers direct ter toetsing bij de rechtbank. De rechtmatigheid van het primaire besluit is echter – zeker nadat de bestuursrechter de beslissing op bezwaar heeft vernietigd en het bestuursorgaan een nieuw besluit op het bezwaar moet nemen – lastiger om vast te stellen. Dit geldt te meer nu de bestuursrechter en de civiele rechter deze problematiek verschillend benaderen.

De civiele rechter – waar de meeste claims terecht zullen komen – kijkt in dit kader slechts naar het bestuursrechtelijke lot van het primaire besluit. Als dit besluit niet is herroepen in de nieuwe beslissing op bezwaar (of er is geen nieuwe beslissing op bezwaar genomen) dan wordt aangenomen dat dit besluit volledig rechtmatig is. De verlengde besluitvorming verdient dus – vanuit aansprakelijkheidsoogpunt bekeken – veel aandacht (zie hierna ook bij aanbevelingen).

Burgers funderen hun schadeclaims niet alleen op het feit dat de gemeente (in hun ogen) ‘onjuiste’ besluiten heeft genomen, maar vaak ook op het feit dat deze besluiten niet tijdig zijn genomen. Dergelijke trage besluitvorming wordt niet ‘gedekt’ door de formele rechtskracht van het uiteindelijk (te laat genomen) besluit. Het enkele feit dat de gemeente een besluit heeft genomen met overschrijding van de beslistermijn, betekent overigens nog niet dat zij onrechtmatig heeft gehandeld. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden vereist. In dit kader moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de mate van termijnoverschrijding, de oorzaak daarvan en de voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de betrokken belanghebbende. Op basis van deze omstandigheden zou de rechter tot het oordeel kunnen komen dat de gemeente aansprakelijk is voor door de burger geleden materiële schade (zoals renteschade, gemiste winst etc.).

De gemeente zou ook nog aansprakelijk kunnen worden gesteld voor immateriële schade wegens spanning en frustratie als gevolg van het feit dat de algehele bestuursrechtelijke procedure te lang heeft geduurd. Hierbij speelt de redelijke termijn uit artikel 6 EVRM een grote rol. Op het moment dat deze termijn is overschreden, dan wordt namelijk verondersteld dat een burger spanning en frustratie heeft ondervonden. De lengte van de redelijke termijn bedraagt bij zowel punitieve als niet punitieve zaken vier jaar, waarbij het be-

zwaar en de procedure in eerste aanleg samen twee jaar mogen duren en het hoger beroep eveneens twee jaar. In de situatie dat de behandeling van het bezwaar langer heeft geduurd dan zes maanden, en het daarop volgende beroep niet in minder dan anderhalf jaar is afgerond, staat het bestuursorgaan aan de lat om compensatie te bieden voor de daardoor ontstane spanning en frustratie. Deze compensatie kan in een punitieve zaak worden geboden door matiging van de opgelegde boete. Indien de redelijke termijn is overschreden bij een niet-punitieve zaak, dan zal de rechter een vergoeding toekennen van € 500,- voor elke zes maanden dat de redelijke termijn is overschreden (naar boven afgerond).

3.7 Aanbevelingen

Tot slot hechten wij er nog aan om enkele aanbevelingen te doen. Deze hangen allen samen met het beperken van het aansprakelijkheidsrisico.

- Wees voorzichtig met het erkennen van de onrechtmatigheid van een (feitelijk) onjuist appellabel besluit. Indien dit wel wordt erkend, dan kan de gemeente namelijk niet meer betogen dat dit besluit – indien het later onherroepelijk wordt – formele rechtskracht krijgt en om die reden voor rechtmatig moet worden gehouden. Daarbij komt dat een schadeclaim doorgaans niet meer wordt ‘gedekt’ door een verzekeraar op het moment dat de gemeente onrechtmatigheid van de gestelde schadeoorzaak heeft erkend.
- Denk goed na op het moment dat er (na een vernietiging door de bestuursrechter) een nieuwe beslissing op bezwaar moet worden genomen. De inhoud van de nieuwe beslissing op bezwaar bepaalt namelijk (ervan uitgaande dat dit besluit onherroepelijk wordt) bij de civiele rechter of het primaire besluit rechtmatig of onrechtmatig is. Het verdient vanuit het perspectief van het beperken van aansprakelijkheidsrisico’s in dit kader aanbeveling om – indien mogelijk – in de nieuwe beslissing op bezwaar het primaire besluit te handhaven (doch bijvoorbeeld op basis van een andere motivering). Indien de nieuwe beslissing op bezwaar onherroepelijk wordt dan verkrijgt het primaire besluit (volgens de civiele rechter) formele rechtskracht.
- Neem bij niet tijdige besluitvorming snel een besluit op het moment dat een burger wijst op het feit dat hij materiële schade lijdt als gevolg van de trage besluitvorming. In dit kader is relevant dat de belangen van een bepaalde burger bij een tijdig besluit op dat moment ‘kenbaar zijn’ voor de gemeente. Dit brengt met zich dat een rechter eerder zal oordelen dat

het niet tijdig beslissen onrechtmatig was jegens die burger.

- Bouw een goed dossier op om later een eventuele schadeclaim in verband met trage besluitvorming te kunnen afwenden. Op het moment dat er vertraging ontstaat door de houding van de burger, bijvoorbeeld doordat de initiatiefnemer te laat is met het indienen van een ruimtelijke onderbouwing, dan is het zaak om dit schriftelijk te communiceren. Op die manier kan later worden aangetoond dat ten minste een deel van de vertraging niet aan de gemeente kan worden toegerekend.
- Door ondernemers wordt lang niet altijd gebruik gemaakt van de mogelijkheid om – voor het indienen van de formele aanvraag - eerst een schetsontwerp aan de gemeente voor te leggen. Wij zouden ons kunnen voorstellen dat gemeenten die veel moeite hebben met het tijdig beslissen op aanvragen structureel wijzen op de mogelijkheid om eerst een schetsontwerp in te dienen. Van belang is namelijk dat voor het tijdig ‘beslissen’ op een dergelijk schetsontwerp geen wettelijke termijn bestaat. Dit brengt met zich dat er ook in beginsel niet onrechtmatig kan worden gehandeld door erg laat op een schetsontwerp te reageren.⁷⁵ Bovendien draagt het gedane vooronderzoek bij de beoordeling van het schetsontwerp bij aan het sneller kunnen beslissen op een later ingediende formele aanvraag.
- De ervaring leert dat bezwaarprocedures soms – mede gelet op de in te schakelen commissie – lang kunnen duren. Laat de behandeling van het bezwaar in ieder geval niet meer dan zes maanden in beslag nemen. Indien de behandeling van het bezwaar namelijk langer heeft geduurd dan zes maanden, dan kan de gemeente – onder omstandigheden – gehouden zijn om financiële compensatie te bieden voor de daardoor ontstane spanning en frustratie.

⁷⁵ Vgl. Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1479.



4 Aansprakelijkheid voor nalaten, falend toezicht

4.1 Inleiding

Het gaat in dit hoofdstuk om de aansprakelijkheid die verband houdt met het nalaten van een gemeente om (tijdig) (bepaalde) maatregelen te nemen tegen overtredingen van wettelijke voorschriften ten aanzien waarvan zij verantwoordelijk is voor het toezicht op en de handhaving van de naleving daarvan. Te denken is aan het toezicht (in bepaalde gevallen) op de naleving van de voorschriften uit de Wabo, de Wro en de Wm.

In dit hoofdstuk gaan we uit van de situatie waarin er sprake is van een overtreding van een of meer wettelijke voorschriften waartegen niet, niet tijdig of onvoldoende effectief handhavend is opgetreden.

In paragraaf 4.3 wordt de maatstaf besproken aan de hand waarvan de vraag moet worden beantwoord of de gemeente falend toezicht kan worden verweten. Vervolgens zal, in paragraaf 4.4, worden ingegaan op 11 punten aan de hand waarvan in een concreet geval kan worden onderzocht of er wel of niet sprake is van falend toezicht. Alvorens dit te doen, zullen in paragraaf 4.2 enkele inleidende opmerkingen worden gemaakt over de aansprakelijkheid voor nalaten. De aansprakelijkheid voor falend toezicht maakt daarvan deel uit.

4.2 Aansprakelijkheid voor nalaten

Gemeenten wordt tegenwoordig met enige regelmaat verweten dat zij hebben nagelaten om maatregelen te treffen, waarmee schade aan een derde had kunnen worden voorkomen. Gedacht kan worden aan de situatie waarin de gemeente onvoldoende onderhoud zou hebben gepleegd aan de openbare weg (zie paragraaf 6.8) of riolering (zie paragraaf 6.9), maar daarnaast kan worden gedacht aan het nalaten om een derde te waarschuwen voor een gevaarlijke situatie die bestaat op gemeentegrond (zie paragraaf 7.3.4) of aan falend toezicht (zie paragraaf 4.3).

In de rechtspraak zijn voor al deze vormen van nalaten specifieke gezichtspunten geformuleerd, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de gemeente in de omstandigheden van het geval aansprakelijk is. Deze gezichtspunten zijn in belangrijke mate ingegeven door de aard van de betrokkenheid van de gemeente. Zo is zij eigenaar en beheerder van de openbare weg, de riolering en van haar gronden, alsmede is zij op basis van een wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht. Hierna zullen wij per situatie toelichten welke gezichtspunten in welk geval relevant zijn.

Daarbij verdient nu al opmerking dat in sommige gevallen de aansprakelijkheid van de gemeente niet (zonder meer) berust op de schuldaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) maar ook een gevolg kan zijn van een zogenoemde risicoaansprakelijkheid, zoals die voor zaken of opstallen (artikel 6:173 en 6:174 BW). Op deze gevallen zal in hoofdstuk 6 worden ingegaan.

4.2.1 Kelderluik-criteria

Voor alle gevallen van aansprakelijkheid vanwege nalaten komt het aan op afweging van de *wederzijdse* verantwoordelijkheden, belangen en risico's. Daarom kunnen in het specifieke juridische kader voor de beantwoording van de vraag of de gemeente aansprakelijk is vanwege nalaten, in meer of mindere mate de criteria uit het zogenoemde Kelderluik-arrest worden herkend.⁷⁶ Om deze reden wordt eerst op deze criteria ingegaan.

De heer Sjouwerman was een werknemer van de Amerikaanse The Coca-Cola Export Corporation. Hij was op 23 februari 1961 bezig met de

⁷⁶ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik).

bevoorrading van café De Munt te Amsterdam. De heer Duchateau bezocht gelijktijdig, tezamen met zijn vrouw en een vriend, datzelfde café. Op een gegeven moment begaf de heer Duchateau zich over het middenpad van het café in de richting van de wc, toen hij plots viel in een openstaand kelderluik. De heer Sjouwerman had dit kelderluik geopend om het café te bevoorraden, maar had nagelaten de aanwezige cafébezoekers te attenderen op het gevaar dat het open kelderluik in het leven riep.

De Hoge Raad overweegt het volgende over de wijze waarop in een dergelijk geval beoordeeld moet worden of onrechtmatig is gehandeld:

“[...] dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt;

dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen;”

Kort en goed gaat het volgens de Hoge Raad om vier gezichtspunten aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of degene die een gevaarlijke situatie in het leven heeft geroepen, aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade. Deze vier gezichtspunten worden veelal aangeduid als de ‘Kelderluik-criteria’.

De Kelderluik-criteria:

- Hoe waarschijnlijk is het dat de ander niet de vereiste oplettendheid of voorzichtigheid in acht neemt?
- Hoe groot is de kans dat daaruit schade zal voortvloeien?
- Hoe ernstig kan die schade zijn?
- Hoe bezwaarlijk is het om veiligheidsmaatregelen te treffen, teneinde het verwezenlijken van de kans op schade te voorkomen?

In beginsel geldt dat indien aan één van deze vier criteria in het geheel niet zou zijn voldaan, niet gevaarzettend kan zijn gehandeld en dan is er evenmin aanleiding voor aansprakelijkheid. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat er géén kans was dat uit de gevaarlijke situatie schade zou ontstaan. Echter, de realiteit is dat de gemeente in een dergelijke situatie nooit aansprakelijk zal zijn gesteld. De antwoorden op deze vier vragen zullen in de regel dan ook veel genuanceerder zijn dan louter een bevestigende of ontkenkende beantwoording. In zoverre is de term ‘Kelderluik-criteria’ enigszins misleidend. Zo kan de kans op schade in allerlei gradaties worden uitgedrukt. Het komt bij toepassing van de ‘Kelderluik-criteria’ dan ook vooral aan op het tegen elkaar afwegen van de antwoorden op deze vier vragen. Zo kan de kans dat schade zou ontstaan wellicht niet groot zijn geweest, maar als het voor de gemeente tegelijkertijd in het geheel niet bezwaarlijk was om veiligheidsmaatregelen te treffen om het ontstaan van die schade te voorkomen, dan kan zij alsnog aansprakelijk zijn. De hiervoor genoemde gezichtspunten zijn voor alle vormen van nalaten relevant, om te kunnen beoordelen of de gemeente aansprakelijk is voor het ontstaan van de schade.

4.2.2 Subjectieve en objectieve wetenschap van de gemeente

Voor gemeenten is één nuancering echter op zijn plaats.

In veel gevallen zal een gemeente – anders dan de heer Sjouwerman in het Kelderluik-arrest – niet zelf de gevaarlijke situatie in het leven hebben geroepen. Zo kan het zijn dat een derde het wegdek heeft vernield, waardoor een gevaarlijke situatie is ontstaan. Ook in het geval van falend toezicht heeft de gemeente nooit de gevaarlijke situatie veroorzaakt waardoor de schade is ontstaan. De gemeente wordt in dergelijke gevallen slechts verweten dat zij geen maatregelen heeft getroffen om het ontstaan van de schade te voorkomen, zoals het repareren van het wegdek of handhavend optreden tegen de overtreding waarop de gemeente toezicht moest houden. Een dergelijke situatie wordt in de literatuur vaak aangeduid als ‘zuiver nalaten’.

Indien er sprake is van een zuiver nalaten, heeft dat als consequentie dat aansprakelijkheid *in beginsel* slechts aan de orde kan zijn indien de ernst van het gevaar dat de situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de gemeente is doorgedrongen.⁷⁷

77 HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (Heddema/De Coninck).

De eis dat de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de gemeente moet zijn doorgedrongen, wordt veelal ook aangeduid als de eis van 'subjectieve wetenschap'. Het is in dat geval alleen relevant wat de gemeente daadwerkelijk wist en niet wat zij behoorde te weten.

Een voorbeeld van deze situatie kan worden gevonden in een arrest van het hof Arnhem:

In gemeente X wordt snoeiafval opgehaald, als dit (op bepaalde dagen) in de berm van de weg wordt neergelegd. Boer Y plaatst in dat kader snoeiafval in de berm van de weg, op een plaats waar ook runderen (bij kunnen) komen. Het snoeiafval bevat onder meer taxus. Deze plant is voor mensen ongevaarlijk, maar is voor bepaalde dieren (waaronder runderen) giftig en kan bij consumptie leiden tot het sterven van de dieren. Op enig moment ontvangt de gemeente een melding van een bezorgde burger. Deze burger meldt dat hij ziet dat runderen aan het eten zijn van het snoeiafval. De gemeente gaat er niet direct of op zeer korte termijn toe over om aan deze situatie een einde te maken. Uiteindelijk sterven 13 runderen als gevolg van het eten van taxus. De gemeente wordt door de eigenaar van de gestorven runderen aansprakelijk gesteld omdat de gemeente heeft nagelaten een einde te maken aan de gevaarlijke situatie waarin runderen werden blootgesteld aan het gevaar om als gevolg van het (kunnen) eten van taxus te overlijden.⁷⁸ Het hof is in deze casus uitgegaan van zuiver nalaten. Dit is logisch omdat de gemeente niet zelf het gevaar heeft veroorzaakt en haar uitsluitend wordt verweten dat zij het gevaar niet (snel genoeg) heeft weggenomen. Volgens het hof is aansprakelijkheid van de gemeente in een dergelijk geval eerst aan de orde indien het daadwerkelijk tot het bewustzijn van de gemeente zou zijn doorgedrongen dat het afval taxus bevatte. Het hof past dus de hoofdregel toe met betrekking tot zuiver nalaten: het gevaar dient tot het bewustzijn van de gemeente te zijn doorgedrongen.

In veel gevallen waarin een gemeente aansprakelijk wordt gesteld voor nalaten, zal echter rekening moeten worden gehouden met haar subjectieve én haar objectieve wetenschap. Het gaat in zodanig geval niet alleen om wat de

78 Casus is ontleend aan een zaak die heeft geleid tot een arrest van het Hof Arnhem van 25 maart 2003, *NJ* 2003, 577.

gemeente daadwerkelijk wist, maar ook om wat zij behoorde te weten. De reden hiervoor is dat op de gemeente in veel gevallen een zogenoemde bijzondere plicht van zorg en oplettendheid rust. Dat kan bijvoorbeeld voortvloeien uit een op de gemeente rustende beheers- of toezichtstaak. De aanwezigheid van een dergelijke bijzondere verplichting brengt met zich dat ook rekening gehouden moet worden – bij het beoordelen van de aansprakelijkheid – met de omstandigheden die de gemeente behoorde te weten. De bijzondere verplichting brengt immers met zich dat de gemeente informatie moet vergaren, bijvoorbeeld over de staat van het wegdek. Daarnaast kan van een dergelijke bijzondere verplichting sprake zijn indien de gemeente in een bijzondere relatie staat tot de locatie waar het gevaar zich voordoet, bijvoorbeeld omdat zij daarvan eigenaar is, of zij in een bijzondere relatie staat tot het slachtoffer.

Indien er op de gemeente een bijzondere plicht tot zorg en oplettendheid rust, zoals het geval is bij een beheers- of toezichtstaak of omdat zij in een bijzondere relatie staat tot de locatie waar het gevaar ontstaat of het slachtoffer, moet niet alleen gekeken worden naar de kennis die de gemeente daadwerkelijk had, maar ook naar de kennis die de gemeente had moeten hebben.

Zo kan de gemeente zich niet verweren met het feit dat zij niet wist van een gebrek in het wegdek dat door een derde is veroorzaakt, indien de gemeente weliswaar niet wist van dat gebrek, maar dat inmiddels wel had moeten weten (bijvoorbeeld vanwege het tijdsverloop sinds het ontstaan van het gebrek). Op deze manier moet bij falend toezicht niet alleen worden gekeken naar de overtredingen waar de gemeente daadwerkelijk weet van had, maar ook van de overtredingen die de gemeente (inmiddels) had moeten opmerken.

4.3 De maatstaf om te beoordelen of er sprake is van (onrechtmatig) falend toezicht

De Hoge Raad heeft tot op heden nog geen maatstaf geformuleerd aan de hand waarvan kan worden bepaald of de gemeente falend toezicht kan worden verweten.

De Hoge Raad heeft wel meermaals geoordeeld over de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders en in dat verband een toetsingsmaatstaf geformuleerd.⁷⁹ Aangenomen moet worden dat deze toetsingsmaatstaf ook relevant is

⁷⁹ HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077 (Vie d'Or) en HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349 (DSB).

voor het antwoord op de vraag of een gemeente falend toezicht kan worden verweten.

Volgens de Hoge Raad komt het bij beantwoording van de vraag of het in een bepaalde periode uitgeoefende toezicht voldoet aan die eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld, aan op alle omstandigheden van het geval.

Daarbij zijn in ieder geval de volgende gezichtspunten van belang:

- Aard van het toezicht (bij het toezicht op de naleving van de Wft gaat het bijvoorbeeld om gedragstoezicht en staat de eigen verantwoordelijkheid van de aan het toezicht onderworpen voorop);
- Beleids- en beoordelingsvrijheid van de toezichthouder (de rechter dient niet op de stoel van de toezichthouder te gaan zitten; beoordeeld dient te worden of de toezichthouder 'in redelijkheid' tot diens keuzes heeft kunnen komen);
- Geen kennis achteraf (geen beoordeling met de kennis van nu, maar uitgaan van de omstandigheden en de kennis van toen);
- Doel van het toezicht (bij het toezicht op de naleving van de Wft, is het doel van het toezicht bijvoorbeeld mede gelegen in de bescherming van het vermogensbelang van polishouders tegen het gevaar van een deconfiture van de verzekeraar);
- Toezichthoudersdilemma (belangen van personen kunnen zijn gediend met het treffen van maatregelen, terwijl het treffen van die maatregelen gelijktijdig de continuïteit van de bedrijfsvoering in gevaar kan brengen met de benadeling van diezelfde personen tot gevolg);
- Geen garanties (het toezicht op de naleving van de Wft biedt bijvoorbeeld geen garantie tegen een deconfiture van een financiële instelling).

4.4 De voor de praktijk belangrijke gezichtspunten en omstandigheden

De vraag of er sprake is van onrechtmatig handelen in verband met falend toezicht dient dus, met inachtneming van bovenstaande gezichtspunten, te worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval. In de rechtspraak is deze algemene formule nader ingevuld. Wij hebben uit die rechtspraak 11 relevante punten afgeleid die zijn gebruikt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van falend toezicht. Deze 11 punten kunnen dan ook dienen als handvatten voor de gemeente om in een concreet geval te beoordelen of zij heeft gefaald in de aan haar opgedragen toezichtstaak en of zij aansprakelijk is voor de daardoor eventueel ontstane schade:

1. Beleids- en beoordelingsvrijheid
2. De beginselplicht tot handhaving
3. Geen kennis achteraf
4. Aard en doel van het toezicht
5. Toezichthoudersdilemma

6. Geen garanties
7. De ernst van de overtreding
8. De gevolgen van de overtreding
9. Prioritering
10. Gedogen/zicht op legalisatie
11. Concrete kennis of niet

Deze 11 punten lichten wij hierna toe. Opmerking verdient dat dit geen limitatieve opsomming betreft, maar dat het mogelijk is dat er in de toekomst nog andere gezichtspunten, feiten of omstandigheden relevant kunnen worden geacht voor het antwoord op de vraag of sprake is van falend toezicht.

4.4.1 Beleids- en beoordelingsvrijheid

In het kader van aansprakelijkheid voor falend toezicht, kan de beleids- en beoordelingsvrijheid van (de bestuursorganen van) de gemeente een belangrijke rol spelen.

Beoordelingsvrijheid betreft de vraag *of* een bepaalde bevoegdheid in het concrete geval kan worden toegepast; het is met andere woorden (in bepaalde mate) aan het bestuursorgaan gelaten om te beoordelen of aan de voorwaarden voor het toepassen van een bepaalde bevoegdheid is voldaan. Beleidsvrijheid ziet vervolgens op de vraag *of en op welke wijze* van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt.

De consequentie van de beleids- en beoordelingsvrijheid van een toezichthouder is dat de burgerlijke rechter het handelen van de toezichthouder in beginsel terughoudend toetst. Niet wordt beoordeeld of een andere beslissing mogelijk beter was geweest, maar getoetst wordt of de toezichthouder *in redelijkheid* tot het betreffende handelen heeft kunnen komen.

Het feit dat aan een toezichthouder (een bepaalde mate van) beleids- en/ of beoordelingsvrijheid toekomt, betekent niet dat de rechter in geen enkel geval (meer) tot het oordeel komt dat onrechtmatig is gehandeld wegens falend toezicht. Een gemeente zal in een procedure inzichtelijk moeten kunnen maken welke belangenafweging in het concrete geval is gemaakt en dat zij ook in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing om niet of juist op een bepaalde wijze te handhaven. Een algemeen beroep op beleids- en beoordelingsvrijheid volstaat (zeker) niet.

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de CMI-casus.⁸⁰ In die zaak werd de gemeente en DCMR onder meer verweten niet voldoende (voortvarend) handhavend te hebben opgetreden tegen de overtreding van diverse vergunningvoorschriften door CMI. Het was aannemelijk dat indien CMI zich wel aan de vergunningvoorschriften had gehouden de schadeveroorzakende brand niet zou zijn ontstaan. De gemeente had zich onder meer uitvoerig op de haar toekomstige beleids- en beoordelingsvrijheid beroepen. Het hof heeft zich daardoor niet laten overtuigen en heeft daarbij met name betekenis gehecht aan het feit dat de gemeente niet goed heeft kunnen motiveren waarom zij niet tot handhavend optreden is overgegaan. In de woorden van het hof: *“met een algemeen betoog, hoe breed ook uitgesponnen, over de beleidsvrijheid, aangevuld met een niet geconcretiseerde mededeling dat de situatie bij het bedrijf is verbeterd, kon niet worden volstaan, zeker niet in het licht van de bevindingen dat ten tijde van de brand een in verhouding tot de vergunningvoorschriften excessieve hoeveelheid oxiderende stoffen in de loodsen 27 en 29 was opgeslagen, dat de vereiste brandblusmiddelen ontbraken en dat de ruimte tussen de klampen nog steeds volstrekt onvoldoende was.”*

4.4.2 De beginselplicht tot handhaving

De beginselplicht tot handhaving houdt in dat bij een overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moet maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan onder meer het geval zijn indien er sprake is van een concreet zicht op legalisatie of indien handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

Deze beginselplicht beperkt in belangrijke mate de beleidsvrijheid van een bestuursorgaan bij de beslissing om tegen een overtreding al dan niet handhavend op te treden.

Het is van belang te beseffen dat de beginselplicht uitsluitend ziet op de

⁸⁰ Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578.

vraag of tegen een geconstateerde overtreding handhavend moet worden opgetreden. De beginselplicht heeft geen betrekking op andere vragen. Denk daarbij aan de vraag of en in welke mate door de gemeente toezicht dient te worden uitgeoefend om bepaalde overtredingen 'aan het licht' te brengen.

Leidt de beginselplicht tot een risicoaansprakelijkheid voor gemeenten die tegen een bepaalde overtreding niet handhavend optreden? De Hoge Raad heeft zich hier nog niet over uitgelaten. In de (lagere) rechtspraak is het enkele feit dat er sprake is (geweest) van een overtreding waartegen niet handhavend is opgetreden onvoldoende om aansprakelijkheid aan te nemen. Wel zal de gemeente in een dergelijk geval moeten kunnen uitleggen dat zij die overtreding – huiselijk gezegd – voldoende serieus heeft genomen (mede in het licht van het gevoerde handhavingsbeleid).

Een recent voorbeeld uit de lagere rechtspraak waarin in het kader van (beweerd) falend toezicht de beginselplicht een rol speelde, betreft een zaak tussen een bloemist en de gemeente Amstelveen.⁸¹ De bloemist verweet de gemeente onrechtmatig te hebben gehandeld door jarenlang niet handhavend op te treden tegen een tuinbouwbedrijf dat in strijd met het bestemmingsplan ook bloemen aan particulieren verkocht en waardoor de bloemist oneerlijke concurrentie ontmoette. Het hof komt – in navolging van de rechtbank – tot het oordeel dat de beginselplicht de beleidsvrijheid van de gemeente weliswaar heeft beperkt, maar niet volledig heeft weggenomen. Hoewel de gemeente niet handhavend heeft opgetreden tegen het tuinbouwbedrijf, brengt de beginselplicht volgens het hof in dit geval niet met zich mee dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld in verband met falend toezicht. Daarbij acht het hof onder meer van belang dat de gemeente naar aanleiding van de klachten van de bloemist wellicht doortastender had kunnen optreden, maar niet (geheel) stil heeft gezeten. Een en ander is door de rechtbank en het hof bezien tegen de achtergrond van de door de gemeente aangebrachte prioritering bij haar handhavingsbeleid. Deze prioritering bestond eruit dat bij handhaving voorrang werd gegeven aan overtredingen van normen die de veiligheid betreffen enerzijds en aan de afhandeling van formele handhavingsverzoeken anderzijds.

81 Rb. Amsterdam 15 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:500 en in hoger beroep Hof Amsterdam 14 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1398.

4.4.3 Geen kennis achteraf

Bij de vraag of de gemeente falend toezicht kan worden verweten moet worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden die de gemeente op het moment van de overtreding kende of behoorde te kennen. Het gaat er dus niet om of achteraf gezien en met de kennis van nu een andere beslissing beter was geweest, maar of de gemeente met de kennis die zij destijds had (of behoorde te hebben) in redelijkheid tot de beslissing kon komen om niet of juist op een bepaalde wijze te handhaven.

Het gaat steeds om de kennis die de gemeente had of behoorde te hebben. Hoewel er sprake is van een vorm van zuiver nalaten van de gemeente (zij heeft de overtreding niet zelf gepleegd), moet er toch een objectief wetenschaps criterium worden gehanteerd. Dit komt omdat er op de gemeente met betrekking tot het door haar uitgeoefende toezicht een bijzondere plicht tot zorg en oplettendheid rust.

4.4.4 Aard en doel van het toezicht

Van belang is verder wat de aard en het doel van het toezicht is. Bijvoorbeeld is van belang of het toezicht er mede toe strekt om bepaalde (vermogens) belangen te beschermen. Bestemmingsplanvoorschriften beogen bijvoorbeeld niet om concurrentieverhoudingen te reguleren of om de veiligheid van personen of zaken te waarborgen. De Wm strekt onder meer tot bescherming van de leefomgeving en de daarvan afgeleide belangen (zoals de belangen van verhuurders). Aan het toezicht op de naleving van regels uit de Wm zullen doorgaans dan ook zwaardere eisen worden gesteld dan aan het toezicht op de naleving van bestemmingsplanregels.

4.4.5 Toezichthoudersdilemma

Een toezichthouder kan soms voor een dilemma komen te staan. Met handhavend optreden kan soms meer kwaad dan goed worden gedaan. Dit dilemma is met name bekend bij de financiële toezichthouders. Het ingrijpen door een toezichthouder bij een bank kan op het eerste gezicht bijvoorbeeld in het belang lijken van de spaarders van die bank. Soms bestaat echter het risico dat de bank failliet gaat indien dat toezicht daadwerkelijk wordt uitgeoefend. In dat geval zijn de spaarders nog verder van huis. De rechter houdt rekening met dit dilemma en toetst de beslissingen van een toezichthouder die met een dergelijk dilemma te maken heeft extra terughoudend.

Voor de gemeentelijke praktijk is het toezichthoudersdilemma minder belangrijk. De gevolgen van een bepaalde overtreding (denk aan de gevolgen voor het milieu bij een overtreding van voorschriften uit de omgevingsvergunning) worden immers doorgaans niet groter een indien de overtreder failliet gaat omdat de gemeente 'ingrijpt'.

4.4.6 Geen garanties

Toezicht biedt geen garanties dat bepaalde risico's (zoals een brand of explosie bij een bepaald bedrijf) zich nooit zullen voordoen. Deze omstandigheid kan worden gebruikt ter onderbouwing van de conclusie dat de gemeente niet aansprakelijk is voor schade die is ontstaan als gevolg van beweerd falend toezicht.

4.4.7 De ernst van de overtreding

Er is sprake van een ernstige overtreding indien die onmiskenbaar is. Ten aanzien van dergelijke onmiskenbare overtredingen, wordt van de gemeente een actievere opstelling verwacht dan bij minder onmiskenbare overtredingen. Bij een onmiskenbare overtreding gaat het om situaties waarin als een paal boven water staat dat er sprake is van een overtreding. Een situatie is niet onmiskenbaar indien er discussie mogelijk is over het antwoord op de vraag of er wel of niet sprake is van een overtreding. Indien er in een inrichting bijvoorbeeld veel meer hoeveelheden gevaarlijke stoffen aanwezig zijn dan vergund, is er sprake van een overtreding die onmiskenbaar is. Indien het echter gaat om de vraag of een bepaalde nieuwe woonvorm voor probleemjongeren wel of niet in overeenstemming is met een woonbestemming, zal er doorgaans van een onmiskenbare overtreding geen sprake zijn. Het hangt daarbij immers af van de omstandigheden van het geval of een dergelijke woonvorm nog past binnen een woonbestemming.

4.4.8 De gevolgen van de overtreding

In de lagere rechtspraak is verschillende keren aanvaard dat indien er sprake is van ernstige en acute gevaren en een aanmerkelijke kans op ernstige schade, van de gemeente ter zake een bekende overtreding een dwingend en voortvarend optreden mag worden gevergd.⁸²

⁸² Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578 (CMI-brand).

Deze verplichting tot 'dwingend en voortvarend' optreden werd aangenomen in een geval waarin de overheid (in dat geval: DCMR) ermee bekend was dat door een bedrijf vele vergunningvoorschriften (de maximale hoeveelheid gevaarlijke stoffen die mochten worden opgeslagen, de aanwezigheid van brandblusmiddelen, het aanstellen van een veiligheidsfunctionaris etc.) werden overtreden waardoor een gevaarlijke situatie was ontstaan met een grote kans op brand (met alle gevolgen van dien).

Verder dient te worden opgemerkt dat er in beginsel geen sprake kan zijn van onrechtmatig handelen van de gemeente wegens falend toezicht, indien het gaat om de handhaving van voorschriften waarvan de burger geen nadeel ondervindt. Zo kan de gemeente niet met succes worden aangesproken door een winkelier in verband met het niet optreden tegen bepaalde overtredingen door marktkooplieden van het marktreglement indien de winkelier van die overtredingen geen nadeel ondervindt.⁸³

4.4.9 Prioritering

In de rechtspraak van de ABRvS is aanvaard dat onder omstandigheden bij handhaving prioritering is toegestaan. Deze prioritering mag onder meer betrekking hebben op de mate waarin (ambtshalve) toezicht wordt gehouden op de naleving van bepaalde wettelijke voorschriften. Tevens is het toegestaan om ten aanzien van bepaalde 'lichte' overtredingen slechts naar aanleiding van een klacht of een verzoek van een belanghebbende handhavend op te treden. Het beleid mag echter niet inhouden dat tegen overtredingen met een lage prioriteit in het geheel niet wordt opgetreden. Het is dus niet mogelijk om een handhavingsverzoek af te wijzen onder verwijzing naar het handhavingsbeleid dat inhoudt dat aan de orde zijnde overtreding een lage prioriteit is toegekend.⁸⁴

Indien de gemeente wordt aangesproken voor schade als gevolg van het feit dat een ander heeft gehandeld in strijd met een wettelijk voorschrift, is voor aansprakelijkheid in algemene zin onvoldoende dat de gemeente niet handhavend heeft opgetreden tegen de betreffende overtreding. Indien er bijvoorbeeld geen concrete klacht is ingediend of de gemeente geen concrete kennis draagt van de betreffende overtreding, kan de gemeente ter afwering

⁸³ HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6183.

⁸⁴ ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1982.

van aansprakelijkheid zich (onder omstandigheden) beroepen op het door haar gevoerde handhavingsbeleid, welk beleid bijvoorbeeld kan inhouden dat aan het toezicht op bepaalde overtredingen een lage prioriteit is toegekend.

Een (al wat ouder) voorbeeld betreft het zogenoemde Boeddha-arrest.⁸⁵ In die zaak ging het om de vraag of de gemeente aansprakelijk kon worden gehouden voor de gevolgen van een brand in het restaurant Boeddha. Het slachtoffer verweet de gemeente dat zij lange tijd geen controles meer had verricht naar de brandveiligheidssituatie in het pand. Het hof is in die zaak tot het oordeel gekomen dat de gemeente niet onrechtmatig heeft gehandeld. Dit oordeel van het hof – dat door de Hoge Raad in stand is gelaten – steunde mede op de vaststelling dat de gemeente een beleid had gevoerd met betrekking tot de controle op de naleving van brandveiligheidsvoorschriften, waarbij prioriteit werd gegeven aan bouwwerken waar nachtverblijf werd geboden en aan bouwwerken waarvan eerder was vastgesteld dat er zorgen waren over de brandveiligheidssituatie. Dit beleid achtte het hof niet onredelijk. Omdat ook niet was gebleken dat de gemeente bekend was met concrete aanwijzingen aangaande de slechte brandveiligheidssituatie in het restaurant, werd geoordeeld dat de gemeente niet onrechtmatig had gehandeld. Ook in het aangehaalde voorbeeld van de zaak van de Amstelveense bloemist, speelde een belangrijke rol dat de gemeente in haar handhavingsbeleid met name prioriteit had toegekend aan het houden van toezicht op het naleven van normen die betrekking hebben op de veiligheid enerzijds en het handhaven naar aanleiding van formele handhavingsverzoeken anderzijds.

Een recenter voorbeeld betreft de zaak over de strandhuisjes in Velsen. Door een uitslaande brand op een terrein voor de opslag van strandhuisjes in Velsen ging onder meer het strandhuisje van de heer Tovar (inclusief de onverzekerde inboedel) in vlammen op. Tovar stelde onder meer de gemeente aansprakelijk en verweet haar falend toezicht. Zo zou de gemeente onvoldoende handhavend zijn opgetreden tegen de aanwezigheid van gasflessen in de huisjes in strijd met de brandveiligheidsverordening. Volgens het hof bestaat er geen algemene controleplicht en mag de gemeente prioriteiten stellen bij het uit te oefenen toezicht en handhaving. Niet was volgens het hof gebleken dat de gemeente concrete aanwijzingen

85 HR 22 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2237.

had dat de regels werden overtreden of dat de gemeente aanwijzingen in de wind had geslagen.⁸⁶

4.4.10 Gedogen/zicht op legalisatie

In de bestuurlijke praktijk komt het (soms) voor dat een bepaalde overtreding door het gemeentebestuur (tijdelijk) wordt gedoogd. De beslissing om te gedogen levert een appellabel besluit op. Naar ons oordeel komt aan een gedoogbesluit enige betekenis toe bij de vraag of de gemeente falend toezicht kan worden verweten. Het feit dat er een gedoogbesluit is genomen, betekent echter niet dat de gemeente geen falend toezicht kan worden verweten. Daarbij is van belang dat naar vaste rechtspraak van de ABRvS het feit dat er in het verleden een gedoogbesluit is genomen in beginsel geen afbreuk doet aan de in beginsel bestaande aanspraak van een omwonende op handhaving.⁸⁷

Indien er echter goede redenen voor het gedogen bestaan, kan dit bijdragen aan het oordeel dat de gemeente bij de uitoefening van haar handhavingstaken niet onrechtmatig heeft gehandeld. Zo oordeelde de (toenmalige) rechtbank Arnhem dat de gemeente niet onrechtmatig heeft gehandeld door verbeurde dwangsommen (in verband met een opgelegde last onder dwangsom) niet te innen c.q. geen nieuwe handhavingsmaatregelen te treffen ten aanzien van een champignonkweker wegens een (mogelijke) legalisatie van de overtreding binnen afzienbare termijn.⁸⁸

4.4.11 Concrete kennis of niet

In de rechtspraak komt – tot slot – het onderscheid tussen concreet en algemeen toezichtsfalen tot uitdrukking. Bij concreet toezichtsfalen gaat het om de situatie waarin de gemeente – in de woorden van het hof Amsterdam in de kwestie van de strandhuisjes te Velsen – omtrent een bepaalde gevaarlijke situatie concrete aanwijzingen heeft genegeerd of adviezen in de wind heeft geslagen. In een situatie waarin er sprake is van concrete aanwijzingen of signalen, mag van de gemeente een voortvarende opstelling worden verwacht. Indien dergelijke aanwijzingen of signalen ontbreken en een bepaald risico zich desondanks verwezenlijkt, kan er sprake zijn van algemeen toezichtsfalen. Dit zal niet snel het geval zijn en komt pas in beeld indien het algemene

⁸⁶ Hof Amsterdam 18 januari 2011, NJF 2011, 366.

⁸⁷ Bijvoorbeeld ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4640.

⁸⁸ Rb. Arnhem 10 oktober 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB5975.

handhavingsbeleid van de gemeente zodanig gebrekkig is dat dit de grenzen van een redelijke beleidsbepaling te buiten gaat.

4.5 Samenvatting

Of er sprake is van aansprakelijkheid van de gemeente wegens falend toezicht moet worden beantwoord aan de hand van een aantal gezichtspunten en op grond van alle omstandigheden van het geval. Uit de rechtspraak blijkt dat daarbij de volgende 11 punten van belang zijn:

1. *Beleids- en beoordelingsvrijheid.* De rechter toetst de keuzes van de gemeente terughoudend. Niet wordt beoordeeld of een andere beslissing beter was geweest, maar of de gemeente in redelijkheid tot een bepaalde beslissing heeft kunnen komen. De gemeente zal wel steeds de gemaakte keuzes goed moeten kunnen motiveren en inzicht moeten kunnen geven in de verrichte belangenafweging.
2. *De beginselplicht.* Indien er sprake is van een overtreding dient een gemeente daartegen in beginsel handhavend op te treden, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden. Deze beginselplicht beperkt de in punt 1 bedoelde beleidsvrijheid. Het is echter tot op heden niet zo dat het enkele feit dat niet handhavend is opgetreden tegen een bepaalde overtreding een risicoaansprakelijkheid voor de gemeente oplevert. Wel zal de gemeente moeten kunnen uitleggen dat zij ten aanzien van een bekende overtreding voldoende voortvarend heeft opgetreden.
3. *Geen kennis achteraf.* De vraag of de gemeente aansprakelijk is, wordt niet beantwoord aan de hand van de kennis van nu, maar aan de hand van de kennis die de gemeente destijds had of behoorde te hebben.
4. *Aard en doel van het toezicht.* Naarmate de overtreden normen meer beogen om de veiligheid van personen of zaken of bepaalde vermogensbelangen te beschermen, zullen aan het door de gemeente uit te oefenen toezicht zwaardere eisen worden gesteld. In algemene zin zullen aan het toezicht op en de handhaving van milieuvoorschriften strengere eisen worden gesteld dan aan het toezicht op en de handhaving van bestemmingsplanregels.
5. *Toezichthoudersdilemma.* Soms zijn de gevolgen van handhavend optreden groter dan die van het afzien daarvan. In een dergelijk geval heeft een toezichthouder in beginsel de vrijheid om de keuze te maken om niet te handhaven.
6. *Geen garanties.* Burgers en bedrijven kunnen aan het toezicht door de overheid geen garantie ontlennen dat zij ervan gevrijwaard blijven dat

- bepaalde risico's intreden (denk aan explosies of overstromingen).
7. *De ernst van de overtreding.* Als er sprake is van een onmiskenbare overtreding, wordt er van de gemeente een actievere opstelling verwacht. Van een onmiskenbare overtreding is sprake als het gaat om een situatie waarin duidelijk is dat een wettelijk voorschrift wordt overtreden. Denk aan het opslaan van veel meer afval op een terrein dan is vergund. Indien er twijfel mogelijk is over de vraag of er sprake is van een overtreding dan is er geen sprake van een onmiskenbare overtreding.
 8. *De gevolgen van een overtreding.* Naarmate de risico's verbonden aan een overtreding groter zijn, mag van de gemeente een meer actieve opstelling worden verwacht.
 9. *Prioritering.* De gemeente mag prioriteiten stellen bij het handhavingsbeleid. Een beleid waarin de prioriteit wordt gelegd bij de controle en handhaving van normen die de veiligheid van personen en zaken betreffen en het optreden naar aanleiding van concrete klachten, wordt in het algemeen als voldoende beschouwd.
 10. *Gedogen.* De gemeente kan zich doorgaans niet op gedoogbeleid beroepen om aansprakelijkheid af te weren. Alleen indien er voor het gedogen goede redenen bestaan (bijvoorbeeld een concreet zicht op legalisatie), kan dit relevant zijn voor het oordeel dat er van aansprakelijkheid geen sprake is.
 11. *Concreet en algemeen toezichtsfalen.* Indien de gemeente beschikt over concrete signalen/aanwijzingen voor een bepaalde overtreding zal van haar (doorgaans) een actievere houding worden verwacht dan in het geval dergelijke signalen/aanwijzingen ontbreken.

4.6 Aanbevelingen

Het voorgaande leidt tot de volgende aanbevelingen:

- Stel een handhavingsbeleid op en hanteer daarbij prioriteiten. Het is aan te bevelen om de prioriteit te leggen bij de handhaving van bepaalde veiligheidsnormen (bijvoorbeeld bepaalde milieuvoorschriften) en de afhandeling van concrete verzoeken/signalen.
- Geef voorrang aan de handhaving van onmiskenbare ('evidente') overtredingen.
- Naarmate de risico's van een overtreding groter zijn, is het aan te bevelen om een actievere houding aan te nemen.
- Zit naar aanleiding van concrete signalen en/of verzoeken nooit helemaal stil. Breng in ieder geval de overtreding in kaart en treed vervolgens voort-

varend op indien het blijkt te gaan om een onmiskenbare overtreding en/ of een overtreding met (potentieel) ernstige gevolgen (zie de tweede en derde aanbevelingen). In andere gevallen is het aan te bevelen om in ieder geval een waarschuwing te geven of een normoverdragend gesprek met de overtreder te hebben, teneinde hem te wijzen op zijn verantwoordelijkheden.

- Wie a zegt moet ook b zeggen. Indien handhavend wordt opgetreden, bezie dan of het optreden effect heeft en overweeg de inzet van een zwaarder middel indien het optreden niet leidt tot een beëindiging van de overtreding.
- Documenteer de gemaakte keuzes. Leg vast waarom in een bepaald geval wel, niet of op een bepaalde wijze wordt opgetreden. Besteed daarbij aandacht aan de betrokken belangen, zowel die van degenen die met de gevolgen van de overtreding (kunnen) worden geconfronteerd als die van de overtreder. Laat zien op welke wijze deze belangen vervolgens zijn afgewogen.



5 Het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie

5.1 Inleiding

De gemeente verzamelt en genereert heel veel informatie die op verschillende manieren nuttig kan zijn voor burgers. Deze informatie wordt in veel gevallen ook toegankelijk gemaakt voor burgers. Dit gebeurt langs formele en meer informele wegen, bijvoorbeeld door middel van de beantwoording van een concrete vraag van een burger. Het onderwerp van een dergelijke vraag kan variëren van de openingstijden van de gemeentelijke milieustraat tot de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het oprichten van een leisure centre op een bepaald perceel. Er gaat bij de beantwoording van al deze burger-vragen weleens iets mis. De gemeente verstrekt dan bijvoorbeeld onjuiste, onvolledige of onduidelijke informatie. Het is bepaald niet denkbeeldig dat de burger hierdoor op het verkeerde been wordt gezet, en zijn handelen zodoende afstemt op een verkeerd uitgangspunt.

Uit recente rechtspraak komt het beeld naar voren dat de overheid steeds vaker met succes wordt aangesproken wegens het verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet op welke wijze een vordering op die grondslag wordt beoordeeld. Allereerst wordt geschetst wanneer een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van ondeugdelijke informatieverstrekking aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd,

en wanneer aan de burgerlijke rechter (paragraaf 5.2). Vervolgens komt de kern van het leerstuk aan bod. Uiteengezet wordt wanneer het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie als onrechtmatig kan worden aangemerkt (paragraaf 5.3). Tot slot worden enige overige vereisten van de onrechtmatige daad besproken, die in dit verband van bijzondere betekenis zijn, te weten de eisen van toerekenbaarheid en relativiteit (paragraaf 5.4).

5.2 Rechtsmachtverdeling

5.2.1 Bestuursrechter

Onder omstandigheden is het mogelijk om schade die is geleden als gevolg van het verstrekken van onjuiste inlichtingen te verhalen door middel van de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure van Titel 8.4 van de Awb (zie hierover paragraaf 2.3.1). Volgens artikel 8:88, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb is de bestuursrechter namelijk bevoegd om een bestuursorgaan op verzoek van een belanghebbende te veroordelen tot vergoeding van schade die de belanghebbende lijdt of zal lijden als gevolg van ‘een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit’. Het gaat dan bijvoorbeeld om vergoeding van schade die is geleden doordat de burger heeft voldaan aan eisen of voorwaarden die het bestuursorgaan heeft gesteld met het oog op het nemen van een besluit met een bepaalde inhoud. Het kan ook gaan om mededelingen, toezeggingen of het geven van adviezen.

Een voorbeeld hiervan is de mededeling dat een exploitatievergunning alleen zal worden verleend indien de aanvrager een afgesloten hypotheek zal herfinancieren.⁸⁹ Een dergelijke mededeling is in feite een – ten onrechte gestelde – voorwaarde voor de vergunningverlening. Deze mededeling kan worden gezien als een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een besluit, en kan onder omstandigheden ten grondslag worden gelegd aan een verzoek om schadevergoeding aan de bestuursrechter.

Als het nadien genomen besluit wordt vernietigd én de genoemde eisen of voorwaarden ten onrechte zijn gesteld, kan het bestuursorgaan op verzoek van de belanghebbende door de bestuursrechter worden veroordeeld tot vergoeding van schade.⁹⁰

⁸⁹ Vgl. Rb. Amsterdam 21 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9844 (Amsterdam).

⁹⁰ Zie hierover paragraaf 2.3.1.

De bestuursrechter is bevoegd om het bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade als gevolg van ondeugdelijke informatieverstrekking, indien de informatie werd verstrekt ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit.

Hierbij past een aantal kanttekeningen. In de eerste plaats zij herhaald dat de bestuursrechter niet bevoegd is om kennis te nemen van een verzoek om schadevergoeding indien de hoogte van het schadebedrag (te weten € 25.000,- of meer), in combinatie met de bevoegde hoogste bestuursrechter, maakt dat de burgerlijke rechter bij uitsluiting bevoegd is om kennis te nemen van de schadevergoedingsvordering (artikel 8:89, tweede lid, van de Awb).⁹¹ Daarnaast is voor het aannemen van de schadeplichtigheid van het bestuursorgaan op deze grondslag vereist dat vaststaat dat het later genomen besluit onrechtmatig was. Indien een benadeelde burger rechtsmiddelen kon aanwenden tegen een besluit maar dat niet of niet met succes heeft gedaan, kan schade als gevolg van voorbereidingshandelingen – hoe onrechtmatig zij ook mogen zijn – niet aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Het besluit dat met die handelingen werd voorbereid, is dan niet onrechtmatig. Op zichzelf onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een *rechtmatig* besluit kunnen dus niet aan de bestuursrechter worden voorgelegd.

De bestuursrechter zal het bestuursorgaan niet kunnen veroordelen tot vergoeding van schade als gevolg van ondeugdelijke informatieverstrekking, indien het later genomen besluit rechtmatig is. In sommige gevallen kan de burgerlijke rechter dat wel.⁹²

Uit het gebruik van de woorden 'handeling ter voorbereiding van een besluit' in artikel 8:88, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb volgt dat handelingen die ná het nemen van het onrechtmatige besluit worden verricht, niet binnen het bereik van de verzoekschriftprocedure vallen. Ter zake is de bestuursrechter dus niet bevoegd. Dat betekent echter niet dat alle handelingen die zijn verricht *voorafgaand* aan het nemen van een besluit, reeds om die reden wél 'voorbereidingshandelingen' zijn. Het moet gaan om handelingen die zijn verricht *met het oog* op een te nemen besluit. Tot slot moet worden opgemerkt dat de onrechtmatigheid van een besluit niet zonder meer met zich brengt dat ook de verrichte voorbereidingshandelingen onrechtmatig zijn.⁹³ Of dat het geval is, vergt een nadere beoordeling.

91 Zie hierover paragraaf 2.3.2.

92 Zie hierover paragraaf 5.2.2.

93 Vgl. HR 26 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3382 (Noord-Brabant/Janse)

5.2.2 Burgerlijke rechter

In de vorige paragraaf bleek dat de *bestuursrechter* een bestuursorgaan niet kan veroordelen tot vergoeding van schade als gevolg van het verstrekken van onjuiste inlichtingen, indien niet ook sprake is van een onrechtmatig besluit. Indien sprake is van een rechtmatig besluit, zou het voor de hand liggen als de *burgerlijke rechter* de publiekrechtelijke rechtspersoon zou kunnen veroordelen tot schadevergoeding. In sommige gevallen is echter ook dat niet mogelijk. De formele rechtskracht van een besluit dat is genomen ná het verstrekken van de inlichtingen kan tot gevolg hebben dat de vordering moet worden afgewezen.

Formele rechtskracht heeft in beginsel betrekking op besluiten.⁹⁴ Tegen besluiten staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open, zodat de bestuursrechter kennis kan nemen van de redenen waarom de burger het niet eens is met een besluit. Aan de bestuursrechter kunnen echter ook bepaalde feitelijke handelingen worden voorgelegd, die raken aan de (feitelijke) grondslag van besluiten. Denk bijvoorbeeld aan de mededeling dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 van de Awb moet worden toegepast. De precieze reikwijdte van de rechtsmacht van de burgerlijke rechter ten aanzien van deze handelingen is nog niet geheel duidelijk.

Handelingen die zijn verricht voorafgaand aan het nemen van een besluit, zoals het verstrekken van informatie, kunnen onder omstandigheden delen in de formele rechtskracht van dat besluit. Deze handelingen worden ook wel ‘voorbereidingshandelingen’ genoemd, zoals dat ook het geval is in het kader van de – hiervoor in paragraaf 5.2.1 besproken – verzoekschriftprocedure.

Alleen handelingen die voorafgaand aan de totstandkoming van een besluit en met het oog op dat besluit zijn verricht, kunnen delen in de formele rechtskracht van het besluit.

De arresten Staat/Bolsius en Staat/Van Bente gaven lange tijd aanleiding voor de gedachte dat een vordering uit onrechtmatige informatieverstrekking zonder meer aan de burgerlijke rechter zou kunnen worden voorgelegd, en dat de formele rechtskracht daarvoor in het geheel geen belemmering zou vormen.

⁹⁴ Zie hierover paragraaf 3.2.

In het arrest Staat/Bolsius ging het om informatieverstrekking die voorafging aan een afwijzend besluit.⁹⁵ Als gevolg van het verstrekken van onjuiste informatie, verkeerde Bolsius in de veronderstelling dat hij in aanmerking zou komen voor een financiële tegemoetkoming in de verplaatsingskosten. In die veronderstelling aanvaardde hij een nieuwe betrekking elders, en maakte hij kosten voor verhuizing en inrichting van zijn nieuwe woning. Nadien werd een aanvraag om tegemoetkoming ingediend, en afgewezen. Op de formele rechtskracht van dat besluit kon geen beroep worden gedaan, omdat de verstrekte informatie werd gelogenstraft door de inhoud van het later genomen besluit.

In het geval van Bolsius bleek uit het afwijzende besluit dat hem onjuiste informatie was verstrekt. Volgens de Hoge Raad staan er in dit geval twee wegen open. De burger kan ofwel beroep instellen tegen het afwijzende besluit op de aanvraag, ofwel de rechtsgeldigheid van dat besluit tot uitgangspunt nemen en bij de burgerlijke rechter vergoeding vorderen van de schade die hij heeft geleden doordat hij heeft gehandeld in de veronderstelling dat het besluit anders zou luiden.

Een vordering die is gebaseerd op de onrechtmatigheid van informatieverstrekking, dient de juistheid van een nadien genomen besluit tot uitgangspunt te nemen. Er kan vergoeding van schade worden gevorderd die is geleden doordat is gehandeld in de veronderstelling dat het besluit anders zou luiden.

Uit het arrest Staat/Van Bente n blijkt dat geen beroep kan worden gedaan op de formele rechtskracht, indien het geven van inlichtingen *onafhankelijk* van de inhoud van een besluit onrechtmatig is.⁹⁶

In het arrest Staat/Van Bente n had het Hoofd van het Bureau Algemene Zaken van het Ministerie van Landbouw en Visserij desgevraagd medegedeeld dat Van Bente n geen BTW zou behoeven af te dragen over het bedrag van de schadeloosstelling voor de overname van een installatie voor het koken van voedsel- en slachtafval. Nadien bleek de schadeloosstelling wél aan BTW onderworpen te zijn. De mededeling van het Hoofd was dus onjuist. Het besluit tot vaststelling van de schadeloosstelling had echter formele rechtskracht verkregen. Ook een besluit tot weigering van

⁹⁵ HR 2 februari 1990, *NJ* 1993, 635 (Staat/Bolsius).

⁹⁶ HR 7 oktober 1994, *NJ* 1997, 174 (Staat/Van Bente n).

aanvullende schadevergoeding vanwege de verschuldigdheid van BTW had formele rechtskracht verkregen.

Volgens de Hoge Raad staat de formele rechtskracht van deze beide besluiten niet in de weg aan het instellen van een vordering waarbij de Staat, uitgaande van de rechtmatigheid van de besluiten, uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk wordt gesteld op grond van het vóór die besluiten geven van onjuiste of onvolledige inlichtingen. Het geven van zodanige inlichtingen is onafhankelijk van de inhoud van die besluiten onrechtmatig, zodat in beginsel vergoeding kan worden gevorderd van de schade doordat op de juistheid van die inlichtingen is afgegaan.

Het geven van inlichtingen moet onafhankelijk van de inhoud van een besluit onrechtmatig zijn.

De lijn van de arresten Staat/Bolsius en Staat/Van Bente werd aangescherpt met het arrest Kuijpers/Valkenswaard.⁹⁷ In het laatstgenoemde arrest was wel sprake van een vordering die afstuitte op de formele rechtskracht van een besluit.

Kuijpers was voornemens om zijn intensieve veehouderijbedrijf uit te breiden. Met het oog daarop, deelde de gemeente hem mede dat hij moest aantonen dat een milieuvergunning werd ingetrokken voor het aantal varkens waarmee hij zijn bedrijf wilde uitbreiden. Kuijpers ging vervolgens over tot het aankopen van ammoniakrechten, waarna de daarmee corresponderende milieuvergunningen werden ingetrokken. Voor de gewenste uitbreiding werd hem revisievergunning verleend, tegen welk besluit Kuijpers geen rechtsmiddelen aanwendde. Nadien werd duidelijk dat de mededeling van de gemeente onjuist was, omdat deze in strijd kwam met de Interimwet ammoniak en veehouderij. Kuijpers vorderde vervolgens vergoeding van de koopprijs van de ammoniakrechten, omdat hij deze enkel als gevolg van de onjuiste mededeling had aangekocht.

Het besluit lag dus geheel in lijn met de inlichtingen die voorafgaand aan het nemen daarvan waren verstrekt. De inlichtingen hadden het karakter van een

⁹⁷ HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774 (Kuijpers/Valkenswaard).

materiële voorwaarde voor vergunningverlening. De Hoge Raad overwoog in het arrest Kuijpers/Valkenswaard als volgt.

“Het – om diverse redenen onontbeerlijke – beginsel van de formele rechtskracht zou onaanvaardbaar worden uitgehold als inlichtingen die door een overheidsorgaan aan een burger worden gegeven met het oog op een door dat overheidsorgaan te nemen besluit, steeds of in de regel aan de formele rechtskracht van dat later gevolgde besluit onttrokken zouden worden geacht. Daarom heeft de Hoge Raad in zijn arresten [Staat/ Bolsius] en [Staat/Van Benten] geoordeeld dat een overheidsorgaan slechts aansprakelijk kan zijn op grond van onjuiste of onvolledige inlichtingen die aan een burger zijn gegeven, vooruitlopend op een beschikking die inmiddels formele rechtskracht heeft gekregen, indien het geven van die inlichtingen onafhankelijk van de inhoud van de desbetreffende beschikking onrechtmatig is. 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.”

Aan de hand van deze maatstaf komt de Hoge Raad tot de slotsom dat er een nauwe samenhang bestaat tussen de gegeven inlichtingen en de verleende revisievergunning, zodat de vordering van Kuijpers geen doel kan treffen. Kenmerkend aan de situatie van Kuijpers is dat de gemeente in wezen een voorwaarde had gesteld voor vergunningverlening (met het oog op het verlenen van de gevraagde milieuvergunning). Kuijpers had hieraan gevolg gegeven. Indien hij dit niet had gedaan, was hem geen vergunning verleend. De inhoud van de voorwaarde was dus redengevend voor de inhoud van het (toewijzende) besluit op zijn aanvraag. Eventuele onvrede met die voorwaarde had Kuijpers aan de bestuursrechter kunnen voorleggen, bijvoorbeeld door te weigeren om te voldoen aan de voorwaarde. Dit was hem waarschijnlijk op een afwijzing van zijn aanvraag om vergunning komen te staan, waartegen hij met succes in het geweer had kunnen komen.

Van inlichtingen die zozeer samenhangen met een besluit dat formele rechtskracht heeft verkregen, dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter dragen, kan niet worden aangenomen dat zij onrechtmatig zijn. Zij worden in beginsel ‘gedekt’ door de formele rechtskracht van het besluit.

Een vergelijkbaar geval was aan de orde in het arrest De Vries/Voorst.⁹⁸ Ook hier laten de verstrekte inlichtingen zich niet los denken van het besluit dat werd beoogd.

De gemeente deelde een binnenhuisarchitecte mede dat het exploiteren van een zelfstandig adviesbureau in de weg stond aan het verkrijgen van een uitkering op grond van de toenmalige Algemene Bijstandswet. Na het beëindigen van haar activiteiten als zelfstandige, werd haar bij besluit een uitkering toegekend waaraan de voorwaarde van uitschrijving uit het Architectenregister werd verbonden. Dit besluit verkreeg formele rechtskracht. Nadien bleek de voorlichting onjuist. De gewezen binnenhuisarchitecte vorderde vergoeding van de schade in de vorm van inkomstenderving en immateriële schade, die was geleden doordat de gemeente haar ten onrechte geen ruimte zou hebben gelaten om op bescheiden schaal werkzaamheden als binnenhuisarchitecte te verrichten.

De schade die de binnenhuisarchitecte had geleden, kwam echter niet voor vergoeding in aanmerking. De betreffende inlichtingen werden, aldus het hof, aan de binnenhuisarchitecte gegeven naar aanleiding van haar aanvraag om uitkering. Zij hielden daarmee rechtstreeks verband en konden worden beschouwd als voorwaarden voor toekenning van die uitkering. Onder die omstandigheden overweegt het hof dat de inlichtingen zozeer samenhangen met het betreffende besluit, dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter droegen. Dit oordeel werd in stand gelaten door de Hoge Raad.

Een voorbeeld van inlichtingen die wél een zelfstandig karakter hebben, biedt het arrest Fabricom/Staat.⁹⁹

Aan de orde was een – onjuiste - mededeling op de website van het Agentschap SZW. Als gevolg van die mededeling diende Fabricom niet tijdig een subsidieaanvraag in. De aanvraag werd vervolgens afgewezen wegens de overschrijding van het subsidieplafond.

Ondanks de formele rechtskracht van het afwijzende besluit op haar aan-

98 HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2800 (De Vries/Voorst).

99 HR 20 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5552 (Fabricom/Staat).

vraag, kon Fabricom bij de burgerlijke rechter terecht. Volgens de Hoge Raad ging Fabricom in de civielrechtelijke procedure uit van de juistheid van het genomen besluit, en vorderde zij vergoeding van de schade die zij had geleden doordat als gevolg van die mededeling niet tijdig subsidie was aangevraagd. De formele rechtskracht leidt dan niet tot afwijzing van de vordering.

De vraag of het verstrekken van onjuiste informatie wordt gedekt door de formele rechtskracht van een besluit, laat zich beantwoorden aan de hand van de aard en het karakter van de informatieverstrekking. Inlichtingen die worden verstrekt in het kader van de besluitvorming, en die de totstandkoming van (de inhoud van) het besluit betreffen, delen in de formele rechtskracht van een nadien genomen besluit. Informatie die niet wordt verstrekt met het oog op een te nemen besluit, en daarmee dus geen verband houdt, staat ter beoordeling van de burgerlijke rechter. Daarbij moet de juistheid van het besluit tot uitgangspunt (kunnen) worden genomen.

5.3 Onrechtmatigheid

In de vorige paragraaf werd duidelijk dat de formele rechtskracht van een besluit kan leiden tot de afwijzing van een vordering die is gebaseerd op het verstrekken van inlichtingen, hoezeer deze ook onjuist waren. Indien de vordering niet strandt op de formele rechtskracht van een later genomen besluit, is de volgende vraag wanneer het verstrekken van onjuiste inlichtingen als onrechtmatig moet worden aangemerkt.

5.3.1 Toerekening van informatieverstrekking

De gemeente – als publiekrechtelijke rechtspersoon – kan zelf geen informatie verstrekken of mededelingen doen. Dit heeft tot gevolg dat het altijd ambtsdragers – zoals de burgemeester of een wethouder – of ambtenaren zijn die informatie verstrekken namens de gemeente. Van onrechtmatig handelen door de gemeente kan alleen sprake zijn indien de betreffende uitlatingen kunnen worden toegerekend aan de gemeente.

De gemeente kan alleen onrechtmatig handelen door onjuiste informatie te verstrekken, indien die verstrekking aan haar kan worden toegerekend.

Voor de toerekening van informatieverstrekking aan de gemeente is niet vereist dat informatie wordt verstrekt door een gemeentelijk bestuursorgaan.

Een voorbeeld biedt het verschaffen van onjuiste informatie over het recht

op een maatwerkvoorziening op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning. Het college is het bestuursorgaan dat beschikt over de bevoegdheid tot verstrekking van een dergelijke voorziening. Dit betekent echter niet dat de gemeente slechts onrechtmatig kan handelen indien de burger onjuist wordt geïnformeerd door het college. Het verstrekken van onjuiste informatie over het recht op een maatwerkvoorziening door de burgemeester of een ambtenaar kan in beginsel eveneens aan de gemeente worden toegerekend, ook al beschikken zij niet over de bevoegdheid tot het toekennen daarvan.

Aan het antwoord op de vraag of is gehandeld door een (bevoegd) bestuursorgaan, komt stellig meer betekenis toe bij het niet-nakomen van toezeggingen. Voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens vertrouwen dat is gewekt door een onbevoegd verrichte vertegenwoordigingshandeling, zoals een onbevoegd gedane toezegging, geldt dat daarvoor slechts onder bijzondere omstandigheden plaats is, omdat de bevoegdheidsverdeling in de organieke wetten, zoals de Gemeentewet, onmiskenbaar is.¹⁰⁰

Bijzondere omstandigheden behoeven echter niet aanwezig te zijn om onjuiste informatieverstrekking door anderen dan het bevoegde bestuursorgaan toe te rekenen aan de gemeente. Feitelijk handelen, zoals het geven van inlichtingen, kan namelijk al aan de gemeente worden toegerekend indien dit in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een gedraging van de gemeente.¹⁰¹ Hiervan is vrij snel sprake.

Een ambtenaar deelt een burger voorafgaand aan de koop van een perceel – na kennisneming van een bouwplan, bestudering van het bestemmingsplan en een bezoek aan de locatie – mondeling mede dat de bouwplannen van de burger binnen het bestemmingsplan passen.¹⁰² Deze mededeling kan aan de gemeente worden toegerekend, omdat het handelen van de ambtenaar in het maatschappelijk verkeer kan worden gezien als een gedraging van de gemeente.

100 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420 (Gelderland/Vitesse).

101 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (Reuvers/Zwolle) en HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420 (Gelderland/Vitesse).

102 Rb. 's-Gravenhage 19 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BZ0236 (Katwijk).

Het verstrekken van onjuiste informatie kan worden toegerekend aan de gemeente, indien dit in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een gedraging van de gemeente.

5.3.2 Wanneer is informatie onjuist?

Indien op verzoek inlichtingen zijn verstrekt en dat handelen kan worden toegerekend aan de gemeente, rijst de vraag of de betreffende inlichtingen onjuist waren. Het antwoord op deze vraag is niet altijd even gemakkelijk te geven. Niet denkbeeldig is de situatie waarin de burger weliswaar het gevoel heeft onjuist of onvolledig te zijn geïnformeerd, maar hij zélf een onjuiste, onvolledige of ontoereikende vraag heeft gesteld waarop de overheid inlichtingen heeft gegeven die op zichzelf juist en volledig zijn, maar niet de informatie bevatten waarnaar de burger op zoek is.

Of de gegeven inlichtingen onjuist zijn, hangt dan ook af van de omstandigheden van het geval. Aan de ene kant is de inhoud van het gedane verzoek en hetgeen de gemeente daaromtrent heeft moeten begrijpen relevant. Anderzijds moet acht worden geslagen op de aard en inhoud van de inlichtingen die de gemeente in antwoord op dat verzoek heeft gegeven, en hetgeen de burger daaromtrent heeft mogen begrijpen.

Het antwoord op de vraag of onjuiste informatie is verstrekt, hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder in de eerste plaats de inhoud van het gedane verzoek en hetgeen de gemeente daaromtrent heeft moeten begrijpen, en de aard en inhoud van de door de gemeente in antwoord daarop gegeven inlichtingen en hetgeen de belanghebbende daaromtrent heeft moeten begrijpen.

Dit volgt uit het arrest van de Hoge Raad inzake 's-Hertogenbosch/Van Zoggel.¹⁰³

De advocaat van Van Zoggel verzocht het college (primair) om – als tijdelijke oplossing – toestemming te verlenen voor het exploiteren van een bedrijfsruimte als fitnesscentrum. Voor de lange termijn verzocht hij om medewerking aan het vinden van een structurele oplossing door het toestaan van gehele of gedeeltelijke invulling van leegstaande bedrijfsruimte met een oppervlakte van 500 m² door detailhandel. Dit vooruitlopend op

¹⁰³ HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0219 ('s-Hertogenbosch/Van Zoggel).

de herijking van het bestemmingsplan ter plaatse. Het hoofd van de afdeling Bouwen antwoordde hierop dat het gebruik als fitnesscentrum zonder meer binnen de bestemming past, maar dat het stedenbouwkundige beleid erop was gericht de bedrijfsvloeroppervlakte van detailhandelsvestigingen te beperken tot maximaal 250 m², zodat niet kon worden voldaan aan het verzoek om een invulling van 500 m² door detailhandel toe te staan.

De Hoge Raad legt deze situatie als volgt uit. Het verzoek van de advocaat hield enkel (i) een verzoek om toestemming voor de ingebruikname als fitnesscentrum als tijdelijke oplossing in, en (ii) de vraag, voor de lange termijn, om medewerking te verlenen aan een structurele oplossing door het toestaan van een meer uitgebreid gebruik van het perceel voor detailhandel. De vragen zijn dus niet gericht op de mogelijkheid van meer uitgebreid gebruik van het perceel voor detailhandel als een tijdelijke oplossing onder het geldende bestemmingsplan (een combinatie van i en ii). Het antwoord van de gemeente heeft hierop evenmin betrekking. Daarmee werd slechts antwoord gegeven op de gestelde vragen.

In dit licht valt volgens de Hoge Raad niet in te zien dat Van Zoggel aan het antwoord van de gemeente het gerechtvaardigd vertrouwen heeft kunnen ontlenen dat het ruimere gebruik van het perceel voor detailhandel volgens het bestemmingsplan niet mogelijk was. De gemeente heeft dus geen onjuiste informatie verstrekt.

Tot deze conclusie komt de Hoge Raad na onder ogen te hebben gezien welke zin partijen over en weer mochten toekennen aan de gestelde vraag en het gegeven antwoord, en wat zij in het licht van een en ander redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.¹⁰⁴ Het gaat dus om de uitleg van de gestelde vraag en het daarop gegeven antwoord. Aan de hand daarvan moet worden vastgesteld of de gemeente onjuiste of onvolledige inlichtingen heeft gegeven, die met hun aard en inhoud een bepaald vertrouwen hebben kunnen wekken.

Aan de hand van de uitleg van de gestelde vraag en het daarop gegeven antwoord, moet worden gezien of de gemeente informatie heeft verstrekt waarvan een bepaald vertrouwen kon worden ontleend.

¹⁰⁴ Dit is ook maatgevend bij de uitleg van overeenkomsten. Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Ermes c.s./Haviltex) en recent HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:260 (Afvalzorg c.s./Slotereind).

5.3.3 Wanneer is het verstrekken van onjuiste informatie onrechtmatig?

Uit het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad inzake 's-Hertogenbosch/Van Zoggel blijkt dat het enkele feit dat onjuiste inlichtingen zijn verstrekt, niet zonder meer betekent dat de gemeente daarmee ook onrechtmatig heeft gehandeld.¹⁰⁵ Dit bleek ook uit eerdere, lagere rechtspraak.

De FIOD-ECD deelt in een brief mede dat een onderzoek is ingesteld tegen Capital Futures AG.¹⁰⁶ Later blijkt dat de vennootschap waartegen een onderzoek is ingesteld, niet Capital Futures AG is, maar Capital Futures GmbH. Er is dus onjuiste informatie verstrekt. De omstandigheid dat de brief een onjuistheid bevat, betekent echter niet dat de Staat zonder meer onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof overweegt dat de voornoemde naamsverwisseling het gevolg is van een betreurenswaardig misverstand, maar dat geen sprake is van onrechtmatig handelen.

Het enkele feit dat onjuiste informatie is verstrekt, betekent niet zonder meer dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld.

De grondslag voor de aansprakelijkheid van de overheid wegens het verstrekken van onjuiste inlichtingen kan worden gevonden in artikel 6:162 BW. Ervan uitgaande dat op de gemeente geen wettelijke plicht rust tot het verstrekken van (juiste en volledige) informatie, is sprake van onrechtmatigheid indien de gemeente handelt in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in de zin van artikel 6:162 BW.

In het arrest 's-Hertogenbosch/Van Zoggel overwoog de Hoge Raad dat het erom gaat of de burger er in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs op heeft mogen vertrouwen dat hem juiste en volledige inlichtingen met een bepaalde inhoud werden gegeven.¹⁰⁷ Eerst indien dat het geval is, kan worden aangenomen dat het verstrekken van onjuiste inlichtingen onrechtmatig is jegens die burger. In dat geval is de gemeente aansprakelijk doordat de burger door die onjuiste of onvolledige inlichtingen op het verkeerde been is gezet.

¹⁰⁵ Anders: Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AH9155 ('s-Hertogenbosch), Hof 's-Hertogenbosch 20 juni 2000, *NJ* 2001, 299 (Breda) en Hof Arnhem 7 december 1999, *NJ* 2002, 288 (Apeldoorn)

¹⁰⁶ Hof 's-Gravenhage 14 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO7396.

¹⁰⁷ HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0219 ('s-Hertogenbosch/Van Zoggel).

Dit kan overigens ook worden afgeleid uit de voornoemde arresten inzake Staat/Bolsius en Staat/Van Bente.¹⁰⁸

De gemeente handelt pas onrechtmatig, indien de burger er in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs op heeft mogen vertrouwen dat hem juiste en volledige inlichtingen met een bepaalde inhoud werden gegeven.

De burger die zich ervan bewust is dat hem onjuiste inlichtingen worden verstrekt, komt geen vordering uit onrechtmatige informatieverstrekking toe, omdat hij allerminst op het verkeerde been wordt gezet. Hij mag in beginsel niet gerechtvaardigd vertrouwen op de juistheid van inlichtingen die strijdig zijn met zijn eigen kennis.¹⁰⁹

De horecaondernemer die wordt verteld dat een leidinggevende in een horecabedrijf minimaal achttien jaar oud moet zijn, maar uit eigen ervaring weet dat leidinggevendens sinds jaar en dag minimaal eenentwintig jaar oud moeten zijn, mag daarop niet vertrouwen. Hij weet immers beter.

Het voorgaande geldt ook indien informatie wordt verstrekt zonder dat daaraan een concrete vraag voorafging, met andere woorden, indien spontaan mededelingen worden gedaan die later onjuist blijken te zijn. In dit geval is wel enige voorzichtigheid geboden bij de uitleg van die mededelingen, omdat geen sprake is van een antwoord dat kan worden uitgelegd in het licht van een voorafgaande vraag.

Bij de beantwoording van de vraag of de burger er redelijkerwijs op heeft mogen vertrouwen dat hem juiste en volledige inlichtingen werden verstrekt, komt betekenis toe aan alle omstandigheden van het geval. In dit verband kan een zeer groot aantal factoren (of: *gezichtsputen*) een rol spelen. Op deze plaats kan (uiteraard) niet worden ingegaan op alle omstandigheden die relevant kunnen zijn, of waaraan in de jurisprudentie betekenis is toegekend. Om die reden zullen wij hierna een aantal categorieën bespreken waarin de meest voorkomende omstandigheden (*grosso modo*) kunnen worden ingedeeld. Achtereenvolgens komen de aard van de informatie, de hoedanigheid van partijen en de aard en omvang van de betrokken belangen aan de orde.

¹⁰⁸ HR 2 februari 1990, *NJ* 1993, 635 (Staat/Bolsius) en HR 7 oktober 1994, *NJ* 1997, 174 (Staat/Van Bente). Zie ook HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7197 (Veghel).

¹⁰⁹ Hof 's-Hertogenbosch 2 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5085 (Gemert-Bakel).

Of de burger redelijkerwijs mag vertrouwen, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Betekenis komt in elk geval toe aan de aard van de informatie, de hoedanigheid van partijen en de aard en omvang van de betrokken belangen.

Opmerking verdient nog dat de stelplicht en, bij een voldoende gemotiveerde betwisting door de gemeente, de bewijslast van de feiten en omstandigheden waarop het gestelde gerechtvaardigde vertrouwen is gegrond, in beginsel op de burger rusten.

5.3.3.1 De aard van de informatie

Onder deze categorie kan een aantal verschillende gezichtspunten worden gebracht, zoals het onderwerp van de informatie, de complexiteit van de materie, de wijze, het tijdstip en de frequentie van de informatieverstrekking en de vraag of er een voorbehoud is gemaakt.

Het onderwerp van de informatieverstrekking

Het onderwerp waarover informatie wordt verstrekt, komt als eerste relevante aspect naar voren. De verschillende bestuursorganen die behoren tot de rechtspersoon 'de gemeente', beschikken elk over verschillende publiekrechtelijke bevoegdheden. Daaronder zijn zowel bevoegdheden tot het nemen van beschikkingen op aanvraag als tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften begrepen. Het is met name de uitleg van algemeen verbindende voorschriften, meer in het bijzonder de vertaling daarvan naar specifieke situaties, die vaak aan de bron staat van het verstrekken van verkeerde informatie.

De meerderheid van de gevallen waarin wordt gesteld dat een gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door onjuiste informatie te verstrekken, heeft betrekking op de uitleg van ruimtelijke plannen. Het bestemmingsplan blijkt in het bijzonder een bron van onduidelijkheid voor zowel de burger als het bestuur te zijn. Er worden relatief veel vragen gesteld die zijn gericht op de aanwezigheid en omvang van de mogelijkheden van gebruik of bebouwing van een bepaald perceel op grond van het geldende bestemmingsplan (al dan niet vooruitlopend op een aanvraag om omgevingsvergunning). Het hiervoor genoemde arrest inzake 's-Hertogenbosch/Van Zoggel biedt hiervan een sprekend voorbeeld. Het bestemmingsplan zal om die reden hierna – waar mogelijk – als onderwerp van informatie tot voorbeeld worden genomen. Daarbij is

van belang om voorop te stellen dat het bestemmingsplan wordt vastgesteld door de raad. Het bestemmingsplan komt dus tot stand met gebruikmaking van de eigen regelgevende bevoegdheid van een gemeentelijk bestuursorgaan. Dit brengt met zich dat er in de rechtspraak van wordt uitgegaan dat de gemeente bij uitstek deskundig is met betrekking tot de uitleg van het bestemmingsplan.¹¹⁰ Op een uitlating op dit gebied mag dan ook relatief snel worden vertrouwd.

De gemeente wordt bij uitstek deskundig geacht met betrekking tot de uitleg van regelgeving van haar eigen bestuursorganen, zoals een bestemmingsplan.

Het onderwerp van de informatieverstrekking is ook vanuit een ander oogpunt relevant. Er komt namelijk betekenis toe aan de complexiteit van het stuk regelgeving waaraan uitleg wordt gegeven, alsook aan de complexiteit van de situatie waarop de regels moeten worden toegepast. De juridische of feitelijke complexiteit van het vraagstuk kan zowel vóór als tegen het aannemen van onrechtmatigheid pleiten. Enerzijds bestaat minder snel aanleiding om aan te nemen dat de gemeente onrechtmatig handelt indien sprake is van een uitzonderlijke en complexe situatie, bijvoorbeeld indien zij een daartoe strekkend voorbehoud maakt of wanneer door ambtenaren informatie wordt verstrekt, terwijl niet kan worden aangenomen dat deze ambtenaren over voldoende kennis van zaken beschikken. Anderzijds bestaat in die situatie in beginsel geen aanleiding om de burger een schending van zijn eigen onderzoeksplicht tegen te werpen. Waar de gemeente (zelf) al moeite heeft met de beantwoording van de voorliggende vraag, kan de burger immers moeilijk worden verweten dat hij niet zelfstandig tot beantwoording van zijn vraag is gekomen.

De juridische en feitelijke complexiteit van de voorliggende casus is een factor van betekenis.

De wijze van informatieverstrekking

Naast het onderwerp van de informatieverstrekking, speelt ook de wijze waarop informatie wordt verstrekt een rol van betekenis. Zo zal in algemene zin eerder vertrouwen mogen worden ontleend aan informatie die schriftelijk

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Middelburg 6 januari 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BL0878 (Schouwen-Duiveland), Rb. Utrecht 28 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5814 (Amersfoort) en Rb. Arnhem 30 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC3925 (Zaltbommel).

wordt verstrekt dan aan informatie die mondeling wordt verstrekt.¹¹¹

Op mondeling verstrekte informatie mag minder snel worden vertrouwd dan op schriftelijk verstrekte informatie.

Op schriftelijke mededelingen die zijn neergelegd in een uitvoerig schriftelijk stuk dat tot stand is gekomen na intensieve bestudering van een bestemmingsplan mag weer eerder worden vertrouwd dan op een enkele handgeschreven opmerking.¹¹² Hiermee hangt samen op welk moment de informatie wordt gevraagd en verstrekt: het tijdstip van informatieverstrekking.

Dit is met name een cruciaal punt indien voorafgaand aan het indienen van een vergunningaanvraag uitlatingen worden gedaan. In een fase van vooroverleg moet er rekening mee worden gehouden dat de gemeente nog geen uitputtend onderzoek naar de feitelijke of juridische situatie heeft uitgevoerd,¹¹³ en de plannen van de burger nog niet zijn geconcretiseerd in een (definitieve) vergunningaanvraag. De burger moet er dan ook rekening mee houden dat eventuele uitlatingen op een voorlopige standpuntbepaling zouden kunnen berusten.

Vertrouwen is daarnaast eerder gerechtvaardigd bij onjuiste informatie die meermalen wordt verstrekt dan bij informatie die op een enkel moment (zijdelings) wordt verschaft.¹¹⁴ Het gaat dan om de frequentie van informatieverstrekking. De burger die telkenmale te horen krijgt dat het bestemmingsplan in de weg staat aan het bebouwen van een perceel, is (steeds) eerder geneigd om van de juistheid van die mededeling uit te gaan.

Naarmate de onjuiste informatie vaker is verstrekt, mag daar eerder op worden vertrouwd.

Er wordt voorts een onderscheid gemaakt tussen gerichte en ongerichte informatie. Gerichte informatie is gericht op (groepen van) individuele burgers en wordt gebruikt voor specifieke situaties of behoeften waarmee de overheid

¹¹¹ Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ2227 (Uden).

¹¹² Hof Arnhem 17 juli 2007, te kennen uit de conclusie van de A-G voor HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI1130 (Voorst).

¹¹³ Vgl. Hof Amsterdam 18 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY7111 (Bunnik) en Rb. Zutphen 8 januari 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AO5354 (Bergh).

¹¹⁴ Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB7864 (Moerdijk).

bekend is, terwijl ongerichte informatie in het algemeen wordt verstrekt, ten behoeve van iedere burger of een grote groep burgers. Bij ongerichte informatie gaat het bijvoorbeeld om (algemene) voorlichting via internet of brochures. Aan het onderscheid tussen gerichte en ongerichte informatie worden gevolgen verbonden voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gemeentelijk handelen. Aangenomen wordt dat het verstrekken van ongerichte informatie minder snel onrechtmatig is, omdat de burger minder snel mag vertrouwen op de juistheid en volledigheid daarvan. Ook in het belang van de voorlichtende functie van de overheid wordt een argument gevonden voor de stelling dat de overheid minder snel aansprakelijk zou zijn bij de onjuistheid of onvolledigheid van ongerichte informatie.

Op informatie die in het algemeen, ten behoeve van iedere burger of een grote groep burgers, wordt verstrekt, mag minder snel worden vertrouwd.

De rol van het voorbehoud

Als vuistregel geldt dat van gerechtvaardigd vertrouwen minder snel sprake is indien de informatie vergezeld gaat van een concreet voorbehoud. Een voorbehoud kan betrekking hebben op de inhoud van de gegeven informatie. Bij (mogelijke) onzekerheid aan de zijde van de gemeente over de interpretatie of uitleg van de regels waarop het gemeentelijk antwoord wordt gebaseerd, dient daarvan melding te worden gemaakt.¹¹⁵

Op de juistheid van informatie die onder een concreet voorbehoud wordt verstrekt, mag niet snel worden vertrouwd.

Denkbaar is ook dat wordt aangegeven dat het gaat om een voorlopige of indicatieve beoordeling van de feitelijke of juridische situatie.¹¹⁶ Eventuele twijfels aan de juistheid van een gegeven antwoord zullen bij voorkeur altijd moeten worden uitgesproken. De burger zal zich vervolgens niet blind mogen staren op informatie die onder een voorbehoud is verstrekt, omdat (onder omstandigheden) aanleiding bestaat om zelf nader onderzoek te (laten) verrichten, althans om te vragen op welke wijze wél een definitieve standpuntbepaling kan worden verkregen. Het risico van aansprakelijkheid kan dus worden beperkt door – waar mogelijk – een concreet voorbehoud te maken.

¹¹⁵ Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, BR 2005, 84 (Ten Boer) en Rb. Arnhem 20 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX3594 (Lingewaard).

¹¹⁶ Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BO3229 (Uden).

De burger vraagt of een vervallen woning op een perceel mag worden herbouwd. De toepasselijke regels zijn neergelegd in de overgangsrechtelijke bepalingen van het bestemmingsplan. Mocht een overgangsrechtelijke bepaling voor meerderlei uitleg vatbaar zijn, dan zou de gemeente bijvoorbeeld kunnen aangeven dat het nadrukkelijk haar (juridische) interpretatie van het bestemmingsplan betreft,¹¹⁷ en dat om te komen tot een definitief antwoord op de vraag een aanvraag om omgevingsvergunning moet worden ingediend.

Een voorbehoud zou ook kunnen zien op de bevoegdheid en deskundigheid van de persoon aan wie een vraag is gesteld. Een ambtenaar zou bijvoorbeeld kunnen aangeven dat hij niet de persoon is tot wie de burger zich zou moeten wenden met een vraag over de inhoud van het vigerende bestemmingsplan.¹¹⁸ Hij zou ook te kennen kunnen geven dat het college uiteindelijk bevoegd is om een definitief antwoord op de vraag naar de verenigbaarheid van een bouwplan met dat bestemmingsplan te geven, nadat een aanvraag om omgevingsvergunning is ingediend. Het voorbehoud ziet dan op de hoedanigheid van de informatieverstrekker. Dit punt wordt in de volgende paragraaf besproken.

Indien er enige twijfel mogelijk is over de juistheid van het gegeven antwoord of over de bevoegdheid of de deskundigheid van de persoon die het antwoord geeft, verdient het aanbeveling om hiervan een concreet voorbehoud te maken. De burger mag minder snel vertrouwen op een mededeling die onder een dergelijk voorbehoud wordt gedaan.

5.3.3.2 De hoedanigheid van partijen

De hoedanigheid van de partij die informatie verstrekt, en van de partij aan wie inlichtingen worden gegeven, is van bijzondere betekenis. De hoedanigheid van partijen speelt zowel een rol bij de uitleg van de gestelde vraag en het gegeven antwoord, als bij de beantwoording van de vraag of gerechtvaardigd mag worden vertrouwd op de juistheid van dat antwoord.

De hoedanigheid van de ontvanger van informatie

De hoedanigheid van de burger is een eerste aspect waaraan betekenis toekomt. De ene burger is de andere immers niet. Verschillen in opleiding,

¹¹⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9186 (Groningen).

¹¹⁸ Vgl. Rb. Utrecht 28 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5814 (Amersfoort).

beroep en ervaring met het betreffende rechtsgebied hebben tot gevolg dat er aan de kennis van de ene burger hogere eisen worden gesteld dan aan die van de andere. Van een advocaat of architect mag bijvoorbeeld worden verwacht dat hij beschikt over enige kennis van het toetsingskader van een aanvraag om omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen.¹¹⁹

In beginsel moet achteraf worden vastgesteld of de burger gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen op de juistheid van de informatie die hem is verstrekt. Zowel de kennis waarover de betreffende burger daadwerkelijk beschikt op het moment van informatieverstrekking (*subjectief*), als de kennis waarover een burger in het algemeen geacht mag worden te beschikken (*objectief*), speelt daarbij een rol.

De gemeente deelde mede dat niet aan een verzoek om toezending van de planvoorschriften en plankaart ten aanzien van een bepaald perceel kon worden voldaan, omdat het perceel niet in een uit 1958 daterend uitbreidingsplan 'Plan in hoofdzaak' viel.¹²⁰ Dit laatste bleek onjuist. De schade die als gevolg van deze onjuiste mededeling zou zijn geleden, werd echter voor rekening van de verzoeker gelaten. Hiertoe overwoog het hof onder meer dat de verzoeker advocaat en voormalig gemeentelijk bestuursambtenaar was, en optrad als projectontwikkelaar, zodat hij volgens het hof geacht wordt 'zeer geverseerd' te zijn in het ruimtelijke ordeningsrecht. Het hof ging er dus van uit dat de burger 'beter had moeten weten'.

In algemene zin wordt van (een burger die optreedt als) een projectontwikkelaar verwacht dat hij op de hoogte is van de relevante regels.¹²¹ Op hem rust een zwaardere onderzoeksplicht dan op een 'gewone burger', omdat een projectontwikkelaar een professionele partij is die bedrijfsmatig betrokken is bij projecten met een groot financieel belang. Aan de kennis van een gemiddelde burger zonder bijzondere hoedanigheid worden echter geen hoge eisen gesteld.

De 'gewone' burger mag redelijk snel gerechtvaardigd vertrouwen op een gemeentelijke mededeling.

¹¹⁹ Hof Den Haag 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4556 (Zoeterwoude).

¹²⁰ Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AH9155 ('s-Hertogenbosch).

¹²¹ Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ2227 (Uden).

Dat ligt anders indien de burger wordt bijgestaan door een deskundig adviseur. De kennis en kunde van een dergelijke adviseur wordt in beginsel toegerekend aan de burger.

Dit ligt met name voor de hand als de burger zich heeft voorzien van juridische bijstand. Partijen die worden bijgestaan door een deskundige op juridisch gebied, zoals een advocaat, (partij)notaris of een andere rechtsbijstandverlener, hebben de schijn tegen indien zij stellen door de gemeente op het verkeerde been te zijn gezet. Het zijn echter niet slechts de rechtsbijstandsverleners die geacht worden over juridische kennis te beschikken. Uit de rechtspraak blijkt dat ook de bijstand van een architect in de weg kan staan aan de aanwezigheid van gerechtvaardigd vertrouwen.¹²²

De kennis van een deskundige adviseur door wie de burger wordt bijgestaan, wordt in beginsel aan de burger toegerekend.

Als vuistregel kan dienen dat eerder aanleiding bestaat om een bedrijfsmatig handelende partij tegen te werpen dat hij niet gerechtvaardigd mocht vertrouwen op de juistheid van informatie, dan een 'gewone' burger. De gedachte hierachter is dat van een partij die bedrijfsmatig actief is, verwacht mag worden dat zij op de hoogte is van de regels die in acht moeten worden genomen bij de bedrijfsuitoefening.

Van een ondernemer die zich bezighoudt met de exploitatie van een mestvarkensbedrijf mag bijvoorbeeld worden verwacht dat hij ervan op de hoogte is dat hij voor dat bedrijf vergunningen nodig heeft, dat tegen het (niet) verlenen van vergunningen bezwaar kan worden gemaakt, dat er eventueel nog beroepsmogelijkheden bestaan en dat er in de regelgeving betreffende het houden van mestvarkens in de loop van de tijd wijzigingen kunnen optreden die van invloed kunnen zijn op de mogelijkheden tot exploitatie.¹²³ De varkenshouder zal zich hierover nauwkeurig moeten informeren en zal niet zonder meer mogen afgaan op de informatie die hem vanuit de gemeente bereikt.

¹²² Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 3 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8162 (Nijmegen).

¹²³ Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2580 (Veghel) en HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7198 (Veghel).

In dit kader dient de hoedanigheid van de ondernemer wel altijd te worden gerelateerd aan het onderwerp waarover informatie wordt verstrekt. Zo mag van een agrarisch ondernemer wel worden verwacht dat hij op de hoogte is van de regels die de normale exploitatie van een agrarisch bedrijf regeren, maar niet dat hij de ‘ins and outs’ kent van de verplichtingen die op grond van de Dhw voor horecaondernemers gelden.

Van bedrijven mag worden verwacht dat zij in zekere mate op de hoogte zijn van de regels waarmee zij in de uitoefening van hun bedrijf in aanraking komen.

De hoedanigheid van de verstrekker van informatie

Aan de hoedanigheid van de informatieverstrekker mag evenmin worden voorbijgegaan. In paragraaf 5.3.1 kwam al aan de orde dat een gemeente ook onrechtmatig kan handelen door onjuiste informatie te verstrekken, indien dit niet door of namens het bevoegde bestuursorgaan geschiedt. De stelling dat geen betekenis toekomt aan het antwoord op de vraag door of namens wie inlichtingen worden gegeven, gaat echter in zijn algemeenheid te ver.

Het contact tussen de burger en de gemeentelijke overheid vindt in de regel plaats op ambtelijk niveau. Binnen de gemeentelijke organisatie zijn vele ambtenaren werkzaam, elk met een eigen taakgebied. Een concrete vraag zal meestal beantwoord worden door een ambtenaar die het tot zijn taak en bevoegdheid rekent om uitlatingen te doen over de toepassing van het specifieke stuk regelgeving waarop de vraag ziet. Het ligt ook voor de hand dat de ambtenaar die het sociale domein tot zijn taken rekent, niet in aanraking komt met de burger die een vraag heeft over de betekenis van het Bouwbesluit in een concrete situatie, althans dat hij hierover geen mededelingen doet. Zoals het volgende voorbeeld echter aantoont, kan een dergelijke situatie niet geheel worden uitgesloten.

Nadat een winkelschip met vaste ligplaats was afgebrand, zou de havenmeester aan de eigenaar van het schip hebben medegedeeld dat het verkrijgen van een vergunning ingevolge de Hinderwet voor het innemen van ligplaats met het herstelde winkelschip niet meer tot de mogelijkheden behoorde.¹²⁴ Het hof overweegt dat de eigenaar niet op de juistheid van

¹²⁴ Hof Leeuwarden 17 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ5760 (Groningen).

die mededeling mocht vertrouwen, omdat de havenmeester niet gaat over Hinderwetvergunningen. Hiervan was de eigenaar van het schip ook op de hoogte. Uit dit voorbeeld blijkt dat men niet licht mag vertrouwen op mededelingen over een onderwerp dat niet tot het takenpakket van de betreffende ambtenaar behoort, althans wanneer men daarvan op de hoogte is.

Naast het antwoord op de vraag of de betreffende ambtenaar uitlatingen doet die binnen zijn taakomschrijving blijven, komt ook betekenis toe aan de specialisatie, deskundigheid, ervaring en positie van de ambtenaar binnen de gemeentelijke organisatie. De ene ambtenaar is immers de andere niet. Als men wil weten of het oprichten van een woning op een bedrijventerrein is toegestaan, mag men eerder gerechtvaardigd vertrouwen op de uitlatingen van de portefeuillewethouder of het hoofd van de afdeling Ruimtelijke Ordening, dan op die van een medewerker van het klantcontactcentrum.

De burger mag minder snel vertrouwen op informatie die wordt verstrekt door een ambtenaar in een ondergeschikte functie of die werkzaam is in een ander taakveld dan waarover informatie wordt verstrekt.

Het zal verder niet verbazen dat men – als uitgangspunt – eerder mag vertrouwen op uitlatingen die rechtstreeks afkomstig zijn van het bevoegde bestuursorgaan dan op informatie die wordt verstrekt door ambtenaren die ondergeschikt zijn aan dat bestuursorgaan.¹²⁵ Ter illustratie zij gewezen op het arrest Blaricum/Roozen.¹²⁶

Aan het makelaarskantoor dat optrad voor Roozen was in zeer stellige bevoordingen informatie verschaft over de toelaatbaarheid van bouwen op zijn terrein. Deze informatie berustte op een onjuiste uitleg van artikel 2, tweede lid, van de toenmalige Woningwet. Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van dit handelen, neemt de Hoge Raad in aanmerking dat de onjuiste informatie was verstrekt door het college zelf, dat ook bevoegd was om te beslissen op een aanvraag om bouwvergunning.

Op informatieverstrekking door een bestuursorgaan mag eerder worden vertrouwd dan op informatie die wordt gegeven door een ambtenaar.

125 Vgl. Rb. 's-Gravenhage 19 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BZ0236 (Katwijk), Rb. Zwolle-Lelystad 21 april 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BN0380 (Lelystad) en Rb. Utrecht 28 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5814 (Amersfoort).

126 HR 30 januari 1987, *NJ* 1988, 89 (Blaricum/Roozen).

Het is zelfs niet uitgesloten dat een bestuursorgaan gerechtvaardigd vertrouwen kan wekken door informatie te verstrekken over (de toepassing van) wet- en regelgeving ter zake waarvan een ander bestuursorgaan bevoegd is. Dit geldt met name indien eerstgenoemd bestuursorgaan wel betrokken is bij de uitvoering van het betreffende wettelijke kader, en in dat verband over andere bevoegdheden beschikt.¹²⁷

Gerechtvaardigd vertrouwen kan onder omstandigheden worden ontleend aan de uitlatingen van een ander bestuursorgaan dan het beslissingsbevoegde.

Op dit punt bestaat een duidelijk verschil met de toepassing van het bestuursrechtelijke vertrouwensbeginsel. In de rechtspraak van de bestuursrechter is het uitgangspunt dat een bestuursorgaan niet kan worden gebonden door toezeggingen of uitlatingen die afkomstig zijn van een ander bestuursorgaan.¹²⁸ In het kader van de vraag of de overheid aansprakelijk is wegens het verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen, gaat het er echter niet om of de informatie rechtens tot een bestuurs- of privaatrechtelijke binding van het bestuursorgaan of de publiekrechtelijke rechtspersoon zou kunnen leiden. Het gaat om de vraag of gerechtvaardigd mocht worden vertrouwd op de juistheid van de gegeven informatie.

In het voornoemde arrest Staat/Van Bente werd om die reden het betoog verworpen dat het niet tot de taak en bevoegdheid van ambtenaren van het toenmalige Ministerie van Landbouw en Visserij behoorde om mededelingen te doen over de verschuldigdheid van omzetbelasting.¹²⁹

De gemeente zal evenwel niet snel aansprakelijk zijn voor het geven van inlichtingen over besluiten die door bestuursorganen van andere overheden moeten worden genomen, omdat op deze inlichtingen niet lichtvaardig mag worden vertrouwd. Het verdient niettemin - ter bevordering van een deugdelijke informatieverstrekking en ter voorkoming van aansprakelijkheid - de voorkeur om in een dergelijk geval af te zien van informatieverstrekking, en te volstaan met een doorverwijzing naar het bestuursorgaan dat wel bevoegd is.¹³⁰

127 Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 8 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6438 (RoderSana/Staat).

128 Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4907.

129 HR 7 oktober 1994, NJ 1997, 174 (Staat/Van Bente). Zie hierover paragraaf 5.2.2.

130 Uiteraard behoudens het geval waarin de wet anders voorschrijft. Zie bijvoorbeeld artikel 3:20 Awb.

Indien het gaat om de regelgeving van een ander (niet-gemeentelijk) bestuursorgaan, heeft het de voorkeur om de burger naar dat orgaan te verwijzen.

5.3.3.3 *Aard en omvang van de belangen*

Tot slot komt betekenis toe aan de aard van de betrokken belangen. Het gaat dan om de aard en omvang van het belang met het oog waarop informatie wordt gevraagd. Met andere woorden, relevant is met welk oogmerk informatie wordt gevraagd (en, vervolgens, wordt verstrekt).

Naar aanleiding van het voornemen om een perceel te kopen om daarop na herstel van een boerenwoonhuis te gaan wonen, werd de mededeling gedaan dat er geen woonbestemming op het perceel rustte.¹³¹ De gemeente bevestigde ook schriftelijk dat er geen woning gebouwd mocht worden. Achter deze laatste zin noteerde de wethouder: "Het bouwwerk mag uitsluitend als bouwval in stand gehouden worden." Alleen deze laatste handgeschreven opmerking was onjuist. Dit vond het hof van onvoldoende gewicht om aan te nemen dat de gemeente onrechtmatig had gehandeld. Hierbij nam het hof (onder andere) in aanmerking dat de burger alleen een emotioneel belang had bij een juist antwoord. Het ging, meer in het bijzonder, om de jarenlange wens om dicht bij zijn geboortegrond te wonen.

In het algemeen kan worden aangenomen dat de gemeente minder snel onrechtmatig handelt door informatie te verstrekken die een louter emotioneel belang dient. In de regel zullen de betrokken belangen echter financieel van aard zijn. In dit kader moet worden aangetekend dat de aard en omvang van het betrokken financiële belang – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – zowel tegen als vóór het aannemen van onrechtmatigheid kan pleiten. Op de burger met grote financiële belangen rust immers enerzijds een niet geringe onderzoeksplicht, terwijl de gemeente bij bekendheid met die belangen anderzijds ook met een grote(re) zorgvuldigheid te werk dient te gaan.

Hoe groter de betrokken financiële belangen zijn, hoe eerder de burger aanleiding heeft om zelf nader onderzoek te verrichten.

¹³¹ Hof Arnhem 17 juli 2007, te kennen uit de conclusie van de A-G voor HR 12 juni 2009, ECLI:N:L:HR:2009:BI1130 (Voorst).

5.4 De overige vereisten van de onrechtmatige daad

In het algemeen deel werden de overige vereisten van de onrechtmatige daad, te weten toerekenbaarheid, relativiteit, causaliteit en schade, al besproken (paragraaf 2.2.2 t/m 2.2.5). Op deze plaats worden nog enige woorden gewijd aan de betekenis van de vereisten van toerekenbaarheid en relativiteit, gelet op de specifieke invulling die daaraan wordt gegeven in het kader van de overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstrekking. Voor de vereisten van causaal verband en schade (alsmede de omvang van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt) wordt verwezen naar de algemene beschouwing hieromtrent in de paragrafen 2.2.4 en 2.2.5.

5.4.1 Toerekenbaarheid

De toerekening van een onrechtmatige daad aan de gemeente vindt plaats wanneer deze is te wijten aan haar schuld of aan een oorzaak die op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor haar rekening komt.¹³² In paragraaf 2.2.2 kwam al aan de orde dat het vereiste van de toerekenbaarheid in de context van vernietigde besluiten nauwelijks een rol van betekenis speelt. De schuld van de gemeente is dan in beginsel gegeven.¹³³ Voor onrechtmatig handelen dat bestaat uit het verstrekken van onjuiste inlichtingen wordt aangenomen dat een vergelijkbaar uitgangspunt geldt. Er wordt veelal tot uitgangspunt genomen dat de toerekening in beginsel is gegeven.

In het hiervoor aangehaalde arrest *Blaricum/Roozen* overwoog de Hoge Raad dat onzekerheid over de betekenis van een bestemmingsplan voor rekening behoort te komen van de gemeente, die het plan heeft vastgesteld.¹³⁴ Dit geldt ook wanneer die onzekerheid samenhangt met een kentering over de uitleg van een wettelijk voorschrift op dit terrein, dat bij uitstek tot het werkterrein van de gemeentelijke overheid behoort.

Het bestaan van (enige) onzekerheid over de uitleg van een bestemmingsplan doet niet af aan het feit dat het verstrekken van onjuiste informatie aan de gemeente kan worden toegerekend. De overheid zal zich tegenover een

132 Artikel 6:162, derde lid, van het BW. Voor de goede orde merken wij op dat het hier gaat om de toerekening van een onrechtmatige daad aan de gemeente, niet om de toerekening van handelen aan de gemeente (zie paragraaf 5.3.1) of om de toerekening van schade aan de gebeurtenis die de aansprakelijkheid schept (artikel 6:98 van het BW).

133 HR 26 september 1986, *NJ* 1987, 253 (*Staat/Hoffman-La Roche*) en HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 (*Van Gog/Nederweert*).

134 HR 30 januari 1987, *NJ* 1988, 89 (*Blaricum/Roozen*). Vgl. HR 30 januari 1987, *NJ* 1988, 90 (*Nibourg/Zuidwolde*).

burger dan ook in beginsel niet kunnen beroepen op dwaling of onzekerheid omtrent de juiste uitleg van de wet,¹³⁵ ook niet indien de juiste wetsuitleg op het moment van informatieverstrekking redelijkerwijs niet kenbaar kon zijn (uit de rechtspraak van de bestuursrechter).

Het verstrekken van onjuiste informatie is in beginsel toerekenbaar. De gemeente kan zich ook niet beroepen op onduidelijkheid of onzekerheid ten aanzien van de uitleg van wet- en regelgeving.

5.4.2 Relativiteit

Het relativiteitsvereiste is niet alleen van toepassing bij een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, maar ook bij de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.¹³⁶ Een dergelijke norm strekt namelijk uitsluitend ter bescherming van de belangen van anderen waarop de gemeente bedacht moest zijn.¹³⁷ Voor het verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen betekent dit dat slechts is voldaan aan het relativiteitsvereiste, indien de - specifieke en persoonlijke - belangen van de burger in beeld waren bij de gemeente op het moment van informatieverstrekking.

Op de vraag namens een besloten vennootschap of het ongewijzigd voortzetten van de bedrijfsactiviteiten van een schildersbedrijf in een bepaald pand mogelijk was, antwoordde het college dat dit was toegestaan, omdat het gebruik van het pand niet wijzigde.¹³⁸ Deze mededeling bleek onjuist. De gemeente heeft door het verstrekken van deze onjuiste informatie aan de besloten vennootschap echter niet onrechtmatig gehandeld jegens de middellijk bestuurder van die vennootschap en zijn partner. De reden hiervoor is dat de gemeente er, gelet op de inhoud van de gestelde vraag, niet op bedacht behoefde te zijn dat hun privébelangen in het geding waren.

In dit voorbeeld is een variant van het vereiste van persoonlijke relativiteit aan de orde. De bescherming van de geschonden norm strekt zich hier niet uit tot de persoon van de middellijk bestuurder en zijn partner, omdat alleen de belangen van het schildersbedrijf bekend waren bij de gemeente. De gemeente behoefde dus geen rekening te houden met de betrokkenheid van de belangen van anderen.

135 Vgl. HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526 (Boeder/Staat).

136 Het gaat hier, voor de goede orde, om het relativiteitsvereiste dat is neergelegd in artikel 6:162 van het BW ('jegens') en artikel 6:163 van het BW.

137 HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 (Staat/Shell).

138 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8426 (Kampen).

De gemeente handelt alleen onrechtmatig jegens een bepaalde persoon door onjuiste informatie te verstrekken, indien zij bekend was met de belangen van die persoon.

Relevant is daarnaast met welk doel de informatie wordt gevraagd, en of dat doel voldoende kenbaar was aan degene aan wie informatie werd gevraagd.

Op een vraag naar de maximale breedte van een aantal bruggen, antwoordde het waterschap dat de doorvaartbreedte van de Steendammerbrug 7,00 meter is.¹³⁹ Nadien bleek dat een woonark niet onder de betreffende brug door kon varen, omdat de maximale doorvaartbreedte bij een *open* brug slechts 5,5 meter bedroeg. Het waterschap had echter niet behoeven te begrijpen dat de vraag zag op de breedte van de brug in *geopende* toestand, omdat niet duidelijk was gemaakt dat de vraag werd gesteld met het oog op het vervoer van een woonark naar een ligplaats, geheel over het water. Dit belang was dus niet kenbaar.

In dit voorbeeld was het niet duidelijk dat het antwoord op de gestelde vraag van belang was voor het beoordelen van de mogelijkheden om een woonark – geheel over het water – naar zijn ligplaats te vervoeren. Het doel waarmee informatie werd ingewonnen was dus niet kenbaar gemaakt, waarmee (de wijze van het ontstaan van) de schade niet voorzienbaar was. De bescherming van de geschonden norm strekt zich hier niet uit tot de schade zoals deze werd geleden.

Als het doel waarmee informatie wordt ingewonnen niet kenbaar is, is voorstelbaar dat de gemeente niet onrechtmatig handelt.

5.5 Samenvatting

De bestuursrechter is bevoegd om het bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade als gevolg van ondeugdelijke informatieverstrekking, indien de informatie werd verstrekt ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit. De bestuursrechter kan echter geen schadevergoeding wegens ondeugdelijke informatieverstrekking toewijzen, indien het later genomen besluit rechtmatig is.

¹³⁹ Hof Leeuwarden 20 maart 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV9602 (Hunze en Aa's).

Een vordering bij de burgerlijke rechter kan afstuiten op de formele rechtskracht van een besluit, indien de informatie voorafgaand aan de totstandkoming van het besluit en met het oog op dat besluit is verstrekt. Het geven van inlichtingen moet onafhankelijk van de inhoud van een besluit onrechtmatig zijn. Van inlichtingen die zozeer samenhangen met een besluit dat formele rechtskracht heeft verkregen, dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter dragen, kan niet worden aangenomen dat zij onrechtmatig zijn. Zij worden in beginsel 'gedekt' door de formele rechtskracht van dat besluit. Er kan slechts vergoeding van schade worden gevorderd die is geleden doordat is gehandeld in de veronderstelling dat het besluit anders zou luiden, waarbij de juistheid van het besluit tot uitgangspunt moet worden genomen.

De gemeente kan alleen onrechtmatig handelen door onjuiste inlichtingen te verstrekken, indien die verstrekking aan haar kan worden toegerekend. Dit is het geval indien de informatieverstrekking in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een gedraging van de gemeente. Het antwoord op de vraag of daadwerkelijk onjuiste informatie is verstrekt, hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder in de eerste plaats de inhoud van het gedane verzoek en hetgeen de gemeente daaromtrent heeft moeten begrijpen, en de aard en inhoud van de door de gemeente in antwoord daarop gegeven inlichtingen en hetgeen de belanghebbende daaromtrent heeft moeten begrijpen.

Het enkele feit dat onjuiste informatie is verstrekt, betekent niet zonder meer dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld. De gemeente handelt pas onrechtmatig, indien de burger er in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs op heeft mogen vertrouwen dat hem juiste en volledige inlichtingen met een bepaalde inhoud werden gegeven. Of de burger redelijkerwijs mag vertrouwen, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Enkele gezichtspunten waaraan in elk geval betekenis toekomt, zijn de aard van de informatie, de hoedanigheid van partijen en de aard en omvang van de betrokken belangen.

De gemeente kan zich in beginsel niet beroepen op onduidelijkheid of onzekerheid ten aanzien van de uitleg van wet- en regelgeving. Het verstrekken van onjuiste informatie daarover is in beginsel toerekenbaar. Wil zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste, dan moet de gemeente in elk geval bekend zijn geweest met de belangen van een bepaalde persoon ten tijde van de infor-

matieverstrekking. Als het doel waarvoor informatie werd ingewonnen niet kenbaar was, is voorstelbaar dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste.

5.6 Aanbevelingen

In verband met het risico van aansprakelijkheid voor onjuiste of onvolledige inlichtingen hebben wij de volgende aanbevelingen voor gemeenten.

- Leg vast welke gebeurtenis aanleiding heeft gegeven tot het verstrekken van informatie.
- Beschrijf welke stukken en gegevens zijn geraadpleegd in het kader van de informatieverstrekking, met andere woorden, waarop die informatieverstrekking is gegrond.
- Maak in voorkomend geval melding van het feit dat uitleg wordt gegeven aan een complex stuk regelgeving.
- Leg uit op welke wijze tot de beantwoording van de betreffende vraag is gekomen.
- Geef te kennen dat een stuk regelgeving voor meerderlei uitleg vatbaar is, als dat zo is, en beschrijf de mogelijke interpretaties (maak een voorbehoud).
- Schets de weg waarlangs de burger tot een definitieve beantwoording van zijn vraag kan komen, bijvoorbeeld door het indienen van een aanvraag.
- Deel mede dat het nemen van een beslissing uiteindelijk niet aan de ambtenaar is die de informatie verstrekt, maar aan het bevoegde bestuursorgaan, zodat ambtelijke informatie slechts een voorlopige inschatting van de situatie behelst (maak een voorbehoud).
- Ga niet over tot het verstrekken van informatie die betrekking heeft op een niet-gemeentelijke taak; volsta in voorkomend geval met doorverwijzing naar het bevoegde niet-gemeentelijke bestuursorgaan, bijvoorbeeld van de provincie of het waterschap.
- Verwijs de burger, indien nodig, door naar de afdeling of de specifieke ambtenaar die over de meeste kennis beschikt ter zake van het onderwerp van de vraagstelling.
- Stel in voorkomend geval voor dat de betreffende burger de verstrekte informatie verifieert bij of bespreekt met een deskundige, zoals een advocaat, makelaar of architect.



6 Risicoaansprakelijkheden

6.1 Inleiding

Een bromfietser rijdt 's nachts tegen een over de openbare weg geplaatste slagboom aan omdat die nauwelijks zichtbaar is; een leerlinge van een openbare basisschool loopt tijdens haar koffie- en theedienst brandwonden op als gevolg van het onzorgvuldig handelen van haar leerkracht. Hoewel in beide situaties van enige schuld van de gemeente zelf geen sprake is, is de gemeente in deze voorbeelden niet zomaar gevrijwaard van aansprakelijkheid. De gemeente staat als beheerder van de openbare weg en werkgever van de leerkracht namelijk in een bijzondere hoedanigheid tot deze weg en leerkracht. Die bijzondere hoedanigheid maakt dat de gemeente risicoaansprakelijk kan worden gehouden, hoewel geen sprake is van enige schuld van de gemeente.

Een gemeente kan risicoaansprakelijk zijn voor gedragingen van haar ambtenaren, voor gebrekkige zaken en voor gebrekkige opstallen. Daarmee beslaat het potentiële bereik van de risicoaansprakelijkheid veel gemeentelijke werkterreinen en organisatielagen. De kans dat een gemeente daadwerkelijk risicoaansprakelijk is, is echter afhankelijk van vele omstandigheden. In dit hoofdstuk zetten wij uiteen op welke wijze een dergelijke vordering wordt beoordeeld. In dat kader maken wij een onderscheid tussen de aansprakelijkheid van de gemeente als werkgever of opdrachtgever (artikel 6:170 en 6:171 BW, zie paragraaf 6.3 en 6.4) en de aansprakelijk-

heid van de gemeente voor gebrekkige zaken en opstallen (artikel 6:173 en 6:174 BW, zie paragraaf 6.5 t/m 6.7). Bij de opstalaansprakelijkheid gaat onze speciale aandacht uit naar de rol van de gemeente als weg- en rioolbeheerder (paragraaf 6.8 en 6.9). Voor een goed begrip van de aard van deze aansprakelijkheden starten wij echter met een uiteenzetting van de overeenkomsten en verschillen tussen de risicoaansprakelijkheid en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (paragraaf 6.2).

6.2 Het verschil tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid

Hoe verhoudt de risicoaansprakelijkheid zich tot de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW)?

De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is een typische schuldaansprakelijkheid, omdat de aansprakelijkheid wordt verbonden aan een foutieve gedraging. De risicoaansprakelijkheid breekt met dit uitgangspunt. Een gemeente kan namelijk risicoaansprakelijk zijn uit hoofde van haar bijzondere relatie tot de persoon, zaak of opstal die de schade heeft veroorzaakt. Niet is vereist dat de gemeente zelf een fout heeft begaan.

Schuldaansprakelijkheid wordt verbonden aan een foutieve gedraging, terwijl bij risicoaansprakelijkheid de relatie waarin de gemeente staat tot de persoon (ambtenaar), zaak of opstal die de schade heeft veroorzaakt, doorslaggevend is.

In het geval van een risicoaansprakelijkheid is, anders dan bij schuldaansprakelijkheid, niet vereist dat de gemeente daadwerkelijk bekend was of behoorde te zijn met het gebrek dat kleefde aan de zaak of de opstal, of de fout van de ambtenaar.

Als gevolg van het – hierna te bespreken – Wilnis-arrest¹⁴⁰ is het voorgaande enigszins genuanceerd voor wat betreft de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en opstallen. Vereist is namelijk wel dat de gemeente bekend had *kunnen* zijn met het bestaan van het gebrek. Wat hier precies mee wordt bedoeld, bespreken wij in paragraaf 6.6.2.

Bij de risicoaansprakelijkheid voor zaken en opstallen komt de onbekendheid met het gebrek alleen voor rekening van de gemeente als de gemeente wel bekend had kunnen zijn met het bestaan van het gebrek.

¹⁴⁰ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236 (Wilnis).

Tot slot is een onderscheid tussen een risicoaansprakelijkheid en een aantal vormen van schuldaansprakelijkheid, dat de gemeente zich veelal kan verzekeren tegen de risico's van eventuele risicoaansprakelijkheid. Dat is bij schuldaansprakelijkheid niet altijd zo.

Als de gemeente de risico's van eventuele risicoaansprakelijkheid niet zelf wenst te dragen, dan kan zij zich veelal tegen die risico's verzekeren.

6.3 Risicoaansprakelijkheid van de gemeente als werkgever

Bij de aansprakelijkheid van de gemeente als werkgever wordt een onderscheid gemaakt tussen de aansprakelijkheid voor ambtenaren die in dienst zijn van de gemeente (artikel 6:170 BW) en de aansprakelijkheid van de gemeente voor externen die worden ingehuurd door de gemeente (artikel 6:171 BW). Dit laatste zullen wij bespreken in paragraaf 6.4.

Voor het aannemen van aansprakelijkheid van de gemeente als werkgever geldt een tweetal vereisten, te weten dat:

1. de ambtenaar een fout dient te hebben begaan;
2. die in voldoende verband staat tot de aan hem opgedragen taak.

6.3.1 Ambtenaar dient zelf een fout te hebben begaan

Artikel 6:170 BW houdt de gemeente als werkgever risicoaansprakelijk voor fouten die door bij haar in dienst zijnde ambtenaren jegens derden zijn gemaakt. Daarbij is het niet van belang of de gemeente bij het maken van deze fout enig verwijt kan worden gemaakt. Relevant is dat de ambtenaar bij de uitoefening van zijn werkzaamheden een fout heeft gemaakt; hij dient een toerekenbare onrechtmatige daad te hebben gepleegd. Is dat het geval, dan kan de benadeelde zowel de ambtenaar zelf (op grond van artikel 6:162 BW) als de gemeente (op grond van artikel 6:170 BW) aanspreken.

Een fout die is begaan door een leerkracht van een openbare basisschool waardoor een leerling tijdens de koffie- en theedienst brandwonden oploopt, kan ertoe leiden dat de gemeente als werkgever aansprakelijk wordt gehouden.¹⁴¹

141 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (Gemeente Losser/Johanna Kruidhof).

Voor het aannemen van aansprakelijkheid van de gemeente als werkgever is van belang dat de ambtenaar bij de uitoefening van zijn werkzaamheden een fout heeft gemaakt; hij dient een toerekenbare onrechtmatige daad te hebben gepleegd. Niet relevant is of de gemeente bij het maken van deze fout enig verwijt kan worden gemaakt.

6.3.2 Eis van voldoende functioneel verband tussen fout en opgedragen taak

Tussen de fout van de ambtenaar en de aan hem opgedragen taak moet in de tweede plaats een voldoende functioneel verband bestaan. Aan dit functionele verband worden twee eisen gesteld:

Ten eerste moet de aan de ambtenaar gegeven opdracht tot het verrichten van een bepaalde taak de kans op de fout naar objectieve maatstaven, dat wil zeggen volgens statistische ervaringsregels, hebben verhoogd (de 'kanseis'). Daarbij is van belang dat van een opdracht ook sprake kan zijn als algemeen wordt aangenomen dat het uitoefenen van een bepaalde taak tot de werkzaamheden van de ambtenaar behoort.

Zo wordt algemeen aangenomen dat het houden van een toespraak voor het bruidspaar tot de taken van een ambtenaar van de burgerlijke stand behoort. Voor fouten van de ambtenaar tijdens deze toespraak kan de gemeente dan ook aansprakelijk worden gehouden.¹⁴²

De gemeente moet ten tweede juridische zeggenschap hebben over de gedragingen waarvan de fout deel uitmaakte (de 'zeggenschapseis'). Aan dit vereiste is voldaan zodra de gemeente de bevoegdheid heeft om bij de opgedragen werkzaamheden enige aanwijzingen en bevelen te geven, zodat de taak onder leiding kan worden verricht. Niet beslissend daarbij is of de instructiebevoegdheid een rechtstreekse is.

Een fout die buiten diensttijd wordt begaan, zal in beginsel niet tot aansprakelijkheid van de gemeente leiden omdat het functionele verband dan ontbreekt. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het veroorzaken van een ongeluk tijdens privégebruik van een dienstauto. Ook in een dergelijk geval kunnen de omstandigheden van het geval echter toch aansprakelijkheid van de gemeente tot gevolg hebben. Zo is zeggenschap bijvoorbeeld wel aanwezig als een ambtenaar uit hoofde van de hem opgedragen taken buiten werktijd

¹⁴² Rb. Utrecht 2 september 1992, ECLI:NL:RBUTR:1992:AH4929.

vragen van burgers via de e-mail beantwoordt of voor de burgemeester met de dienstauto een pakketje moet afgeven.

Ook ongevallen die voorvallen tijdens een buiten werktijd gehouden personeelsfeest kunnen tot aansprakelijkheid van de gemeente als werkgever leiden: als de handelingen die tot het ongeval leidden door de gemeente als werkgever verboden hadden kunnen worden of met nadere instructies begeleid hadden kunnen worden, dan wordt aangenomen dat zeggenschap aanwezig was.¹⁴³

Van belang is dus niet zozeer of de fout in diensttijd is begaan, maar of de gemeente de bevoegdheid had om aanwijzingen of bevelen te geven met betrekking tot de handeling die tot de fout heeft geleid.

Een gemeente is op grond van artikel 6:170 BW risicoaansprakelijk voor schade die is veroorzaakt door één van haar ambtenaren, als die ambtenaar een fout heeft begaan die in voldoende functioneel verband staat met de aan hem opgedragen taak.

6.3.3 Uitzendkrachten

De risicoaansprakelijkheid van de gemeente op grond van artikel 6:170 BW geldt ook voor fouten die door bij haar werkzame uitzendkrachten jegens derden zijn gemaakt. Ook bij de werkzaamheden van een uitzendkracht geldt namelijk als uitgangspunt dat het risico van de door hen uitgevoerde werkzaamheden primair berust bij degene die feitelijk zeggenschap had, opdrachten gaf en feitelijk toezicht uitoefende.

Tenzij anders is overeengekomen, kunnen de kosten van de risicoaansprakelijkheid van de gemeente voor fouten van een uitzendkracht, niet worden verhaald op het uitzendbureau. Het uitzendbureau is in de regel dan ook niet verplicht om ervoor te zorgen dat de uitzendkrachten hun werkzaamheden op deugdelijke en vakbekwame wijze uitvoeren.¹⁴⁴

6.3.4 Toerekening van foutief handelen van de ambtenaar aan de gemeente

Voor de volledigheid wijzen wij erop dat de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:170 BW niet aan de orde is als de handelingen van de ambtenaar als eigen

¹⁴³ Rb. Zwolle 18 januari 1995, ECLI:NL:RBZWO:1995:AG1239.

¹⁴⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 maart 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD5927.

handelingen van de gemeente hebben te gelden. Dat is het geval indien het handelen van de ambtenaar moet worden toegerekend aan de gemeente. In dat geval komt de benadeelde jegens de gemeente geen beroep toe op de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:170 BW, maar dient hij zich te beroepen op artikel 6:162 BW.¹⁴⁵ Zo kan feitelijk handelen, zoals het geven van inlichtingen, aan de gemeente worden toegerekend indien dit in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een gedraging van de gemeente.¹⁴⁶

Van een dergelijke situatie was sprake toen ambtenaren op initiatief van en naar aanleiding van gedetailleerde instructies van een gedeputeerde van de provincie Gelderland toezeggingen hadden gedaan aan voetbalclub Vitesse. De handelingen van de ambtenaar hadden in dat geval volgens de Hoge Raad als eigen handelingen van de provincie te gelden.¹⁴⁷

Als de handelingen van de ambtenaar als eigen handelingen van de gemeente hebben te gelden, doordat dit handelen aan de gemeente moet worden toegerekend, kan geen beroep worden gedaan op de risicoaansprakelijkheid voor werknemers (artikel 6:170 BW) maar dient degene die schade heeft geleden zich te beroepen op het leerstuk van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).

6.3.5 Regres van de gemeente op de ambtenaar

Het is denkbaar dat de gemeente de schade die zij aan een derde heeft moeten vergoeden vanwege een fout van één van haar ambtenaren, op die ambtenaar wil verhalen. Dit wordt 'regres' halen genoemd.

In het derde lid van artikel 6:170 BW is een regeling getroffen met betrekking tot de mogelijkheid van regres door de gemeente op de ambtenaar. Meer in het bijzonder wordt die mogelijkheid in dat lid in beginsel beperkt tot situaties waarin er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de ambtenaar.

Dit sluit redelijk aan bij de regeling zoals die is getroffen in artikel 15:1:12 van de CAR UWV. Hieruit blijkt dat de ambtenaar kan worden verplicht tot gehele of gedeeltelijke vergoeding van door de gemeente geleden schade, voor zover deze aan zijn schuld of nalatigheid is te wijten.¹⁴⁸ In zoverre lijkt de

145 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (Kleuterschool Babbel) en HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420 (Gelderland/Vitesse).

146 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (Reuvers/Zwolle).

147 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420 (Gelderland/Vitesse).

148 Rb. Midden-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5570.

regeling zoals die in artikel 15:1:12 CAR UWO is getroffen, een ruimere mogelijkheid tot regres te bieden, dan artikel 6:170, derde lid, BW toestaat. Het college dient hiervoor dan wel een besluit te nemen, tegen welk besluit voor de ambtenaar bestuursrechtelijke rechtsmiddelen openstaan. Het lijkt – naar de huidige stand van de rechtspraak – niet mogelijk om tegen een ambtenaar op wie de CAR UWO van toepassing is een vordering bij de civiele rechter aanhangig te maken teneinde uit hoofde van onrechtmatige daad de schade van de gemeente op de ambtenaar te verhalen.¹⁴⁹

6.4 Risicoaansprakelijkheid voor externen

Artikel 6:171 BW regelt de aansprakelijkheid van een opdrachtgever voor aan derden toegebrachte schade die is ontstaan door fouten van niet-ondergeschikten. Net als bij de risicoaansprakelijkheid van de gemeente op grond van artikel 6:170 BW geldt hier dat een functioneel verband aanwezig dient te zijn tussen de werkzaamheden van de niet-ondergeschikte en de bedrijfsactiviteiten van de opdrachtgever.

De risicoaansprakelijkheid van artikel 6:171 BW geldt in beginsel niet voor door de gemeente ingehuurde externen. De achterliggende gedachte daarvan is, dat de overheid bij de uitoefening van haar taak in de regel niet als bedrijf wordt beschouwd. Zie in dat kader een uitspraak van de rechtbank Arnhem die zag op een verkeersongeval waarbij een bromfietser ten val kwam:

“Anders dan eiser meent is de provincie voor eventuele fouten van Ballast Nedam niet op de grondslag van artikel 6:171 BW aansprakelijk, omdat de overheid, zo volgt uit de wetsgeschiedenis, bij de uitoefening van haar taak niet als bedrijf wordt beschouwd.”¹⁵⁰

Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:171 BW kan echter wel aan de orde zijn als de gemeente een overheidsbedrijf uitoefent. Daarvan is bijvoorbeeld sprake bij de exploitatie van nutsvoorzieningen, zoals een waterzuiveringsinstallatie, of een gemeentelijk havenbedrijf.

Zo werd het hoogheemraadschap De Stichtse Rijnlanden aansprakelijk gehouden voor schade die was ontstaan door fouten van een door haar

¹⁴⁹ Rb. Midden-Nederland 12 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:802.

¹⁵⁰ Rb. Arnhem 29 september 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR8614 (X/Provincie Gelderland).

ingevoerd elektrotechnisch bedrijf bij de uitvoering van werkzaamheden aan de rioolwaterzuiveringsinstallatie.

“Hij is immers op grond van artikel 6:171 BW als opdrachtgever aansprakelijk voor de fouten van niet-ondergeschikten die in zijn opdracht ter uitoefening van zijn bedrijf werkzaamheden verrichten. Het betoog van het hoogheemraadschap dat artikel 6:171 BW niet voor hem geldt, wordt niet gevolgd, nu het hoogheemraadschap naar het oordeel van de rechtbank een bedrijf uitoefent – hij zuivert tegen betaling rioolwater – en het artikel wel van toepassing is op overheidsbedrijven.”¹⁵¹

Het voorgaande laat onverlet dat de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW als vangnet fungeert voor de gevallen waarin de gemeente niet op basis van artikel 6:171 BW aansprakelijk kan worden gehouden voor onjuiste opdrachten of onjuiste instructies die zij aan externen heeft verstrekt. In dat kader is echter wel noodzakelijk dat de gemeente zelf toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld.

Zo werd de provincie Groningen, die een wegenbouwer de opdracht had verstrekt om een berm op te hogen, aansprakelijk gehouden voor de schade die de gebruikers van de aan deze berm gelegen gronden hadden geleden. De berm was namelijk opgehoogd met grond die besmet was met de veroorzaker van aardappelmoeheid. Nu de gebruikers op de naastgelegen gronden pootaardappelen teelden en de provincie bekend was met het gevaar van besmetting met aardappelmoeheid, oordeelde het gerechtshof dat de provincie in het bestek had moeten opnemen dat de te gebruiken gronden niet besmet mochten zijn met de veroorzaker van aardappelmoeheid. Door dit na laten, oordeelde het hof dat de provincie als opdrachtgever onrechtmatige hinder aan de eigenaren van de naastgelegen gronden had veroorzaakt.¹⁵²

Artikel 6:171 BW is niet van toepassing op door de overheid aan externen verstrekte opdrachten, tenzij die opdracht is verstrekt in het kader van de uitoefening van een overheidsbedrijf.

¹⁵¹ Rb. Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI2694.

¹⁵² Hof Leeuwarden 8 september 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AR0757.

6.5 Risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en opstallen

De artikelen 6:173 en 6:174 BW vestigen in samenhang met artikel 6:181 BW voor de gemeente een risicoaansprakelijkheid voor schade die is ontstaan door een gebrekkige zaak of opstal waarvan de gemeente bezitter of beheerder is.

Voordat wij in de paragrafen 6.6 en 6.7 uiteenzetten op welke wijze een vordering op grond van deze artikelen wordt beoordeeld, besteden wij aandacht aan het Wilnis-arrest.¹⁵³ Dit arrest is namelijk richtinggevend voor de uitleg van deze bepalingen. Hoewel het in het Wilnis-arrest ging om de aansprakelijkheid voor opstallen (artikel 6:174 BW), wordt algemeen aangenomen dat het bepaalde in dit arrest ook geldt voor de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken (artikel 6:173 BW).¹⁵⁴

6.5.1 Het Wilnis-arrest

In de nacht van 25 op 26 augustus 2003 brak de veendijk door die het dorp Wilnis beschermt tegen het water uit de ringvaart. De bovenste laag van de kade schoof over een lengte van 60 meter van de dijk af in de richting van de achterliggende woonwijk. Grote overstromingsschade was het gevolg. De kernvraag die aan de Hoge Raad werd voorgelegd was, of het met het onderhoud van de dijk belaste hoogheemraadschap op basis van artikel 6:174 BW aansprakelijk was voor de schade die de gemeente De Ronde Venen (waarvan Wilnis deel uitmaakt) als gevolg van de kadeverschuiving had geleden. Nadat de Hoge Raad had vastgesteld dat de veendijk een opstal is, overwoog de Hoge Raad dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een gebrek de zogenoemde Kelderluik-criteria¹⁵⁵ een rol spelen:

“Bij de eisen als bedoeld in artikel 6:174 lid 1 BW gaat het om de eisen die men vanuit het oogpunt van veiligheid aan de desbetreffende opstal mag stellen (...). Daarbij spelen, zo volgt uit de wetsgeschiedenis (...), gedragsnormen als veiligheidsvoorschriften en in het algemeen aan een bezitter of gebruiker van die zaak te stellen zorgvuldigheidsnormen een belangrijke rol. De omstandigheid dat een opstal in algemene zin voldoet aan geldende veiligheidsvoorschriften, staat niet in de weg aan het oordeel dat de

¹⁵³ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236 (Wilnis).

¹⁵⁴ Zie K.J.O. Jansen, AV&S 2012/5; HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236 (Wilnis) en Hof 's-Hertogenbosch 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4196.

¹⁵⁵ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik).

opstal (niettemin) niet aan bedoelde eisen voldoet en derhalve gebrekkig is in de zin van artikel 6:174 lid 1 BW.”

Het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrekkige opstal is volgens de Hoge Raad afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Meer specifiek geldt voor een opstal dat de vraag of sprake is van een gebrek (onder andere) moet worden beantwoord in het licht van:

- de aard van de opstal;
- de functie van de opstal;
- de fysieke toestand van de opstal ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar;
- het van de opstal te verwachten gebruik door derden.

Daarnaast dient volgens de Hoge Raad een aantal andere omstandigheden in aanmerking te worden genomen:

- de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar; en,
- de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen; daaronder begrepen de aan een overheid toekomende beleidsvrijheid en de financiële middelen die hem in dat verband ten dienste staan.

Uit het Wilnis-arrest volgt dat het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrekkige opstal afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Voor gemeenten geldt in het bijzonder dat in de afweging rekening mag worden gehouden met de aan een gemeente toekomende beleidsvrijheid en de haar in dat kader ter beschikking staande financiële middelen.

6.6 Gebrekkige zaken

Artikel 6:173 BW vestigt een risicoaansprakelijkheid voor de gemeente voor schade die is veroorzaakt door een gebrekkige zaak. Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt:

Artikel 6:173 BW

1. De bezitter van een roerende zaak waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan zou hebben gekend.

Hieruit kunnen de volgende cumulatieve eisen worden afgeleid voor aansprakelijkheid voor een gebrekkige zaak. Er moet sprake moet zijn van:

1. een roerende zaak, waarvan;
2. bekend is dat zij, zo;
3. niet is voldaan aan de daaraan te stellen eisen;
4. een bijzonder gevaar oplevert voor personen of zaken.

6.6.1 Roerende zaak

In de eerste plaats is aansprakelijkheid alleen aan de orde als er sprake is van een roerende zaak. Volgens artikel 3:3, tweede lid, BW zijn alle zaken roerend die niet onroerend zijn. Daarmee is het bereik van dit artikel erg groot. Roerende zaken die niet onder de reikwijdte van artikel 6:173 BW vallen zijn dieren, schepen en luchtvaartuigen (zie artikel 6:173, derde lid, BW).

6.6.2 Bekendheid met het gevaar

Voor het aannemen van risicoaansprakelijkheid is niet vereist dat de gemeente ten tijde van het ongeval bekend was met het gevaar. Voor wat betreft de reikwijdte van het begrip 'bekendheid' heeft de Hoge Raad in het hiervoor besproken Wilnis-arrest overwogen dat aansprakelijkheid alleen aan de orde is als de gemeente bekend had *kunnen* zijn met het mogelijke gevaar. Als de gemeente vanwege de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek dus niet met het gevaar bekend had kunnen zijn, dan is aansprakelijkheid niet aan de orde.

Stel: het is een feit van algemene bekendheid dat ambtenaren van de gemeentelijke groenvoorziening alleen bomen mogen snoeien met kettingzagen waarvan de veiligheidspal deugdelijk werkt, zodat ongelukken worden voorkomen. Indien een ambtenaar toch met een ondeugdelijke kettingzaag gaat snoeien waardoor er een ongeluk ontstaat, dan kan de gemeente risicoaansprakelijk worden gehouden. De gemeente had namelijk bekend *kunnen* zijn met het gevaar dat is verbonden aan een ondeugdelijk werkende kettingzaag. We spreken in dat geval van subjectieve onbekendheid.

Zou het echter zo zijn dat de gemeente als gevolg van de stand van de wetenschap en techniek ten tijde van het ongeval niet *kon* weten dat de veiligheidspal ertoe kan dienen om ongelukken te voorkomen, dan is niet aan het bekendheidsvereiste voldaan. We spreken dan van objectieve onbekendheid.

Alleen subjectieve onbekendheid met het gevaar kan leiden tot aansprakelijkheid. Objectieve onbekendheid met het gevaar komt niet voor vergoeding in aanmerking.

6.6.3 Gebrek

Het vereiste gebrek vormt de kern van de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige zaken. Bij een gebrek gaat het om een eigenschap van de roerende zaak waardoor die zaak niet voldoet aan de eisen die men daaraan 'in de gegeven omstandigheden' met het oog op de veiligheid mag stellen. Indien de zaak niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet, levert deze zaak een bijzonder gevaar voor personen of zaken op.

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een gebrek, spelen de hiervoor genoemde omstandigheden uit het Wilnis-arrest een belangrijke rol. Mede aan de hand van die omstandigheden zal beoordeeld moeten worden of de gemeente, gegeven de omstandigheden van het geval, voldoende voorzorg heeft betracht waar het gaat om de staat van die zaak.

6.6.4 Bijzonder gevaar

Voor het aannemen van aansprakelijkheid is verder een bijzonder gevaar nodig; de zaak moet een abnormale of afwijkende eigenschap vertonen. Artikel 6:173 BW koppelt de aansprakelijkheid daarmee uitdrukkelijk niet aan het algemene gevaar dat aan vrijwel iedere zaak kleeft.

Wanneer we het voorbeeld van de kettingzaag weer nemen, dan geldt dat van een kettingzaag mag worden verwacht dat de veiligheidspal deugdelijk werkt. Werkt die niet en ontstaat daardoor een ongeval, dan is aan het vereiste van het bijzondere gevaar voldaan. Dat ligt anders wanneer de ambtenaar tijdens het snoeien de controle over de kettingzaag verliest en er een ongeval ontstaat. Het gaat dan namelijk om het algemene gevaar van het werken met een kettingzaag.

6.6.5 Tenzij-clausule

De gemeente is niet aansprakelijk op grond van artikel 6:173, eerste lid, BW indien zij succesvol een beroep kan doen op de zogenoemde 'tenzij-clausule'. Deze luidt: *"De bezitter [...] is [...] aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan zou hebben gekend."* Met de verwijzing

naar de 'vorige afdeling' wordt de afdeling van het BW bedoeld waarin het leerstuk van de onrechtmatige daad is opgenomen (afdeling 1, van Titel 3 van boek 6 BW). De tenzij-clausule gaat aldus uit van een hypothetische situatie, namelijk die waarin de gemeente het gevaar wél kende op het tijdstip van het ontstaan daarvan. Indien de gemeente, uitgaande van die hypothetische situatie, *niet* aansprakelijk zou zijn geweest voor de schade op grond van artikel 6:162 BW, dan is de gemeente dat evenmin op grond van artikel 6:173 BW. Eenzelfde systematiek is opgenomen in artikel 6:174, eerste lid, BW (zie paragraaf 6.7.3).

De gedachte achter de tenzij-clausule is dat een risicoaansprakelijkheid geen verderstrekkende gevolgen mag hebben dan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben gehad, indien ervan uitgegaan zou worden dat de gemeente bekend was met het bijzondere gevaar op het moment van ontstaan daarvan. De tenzij-clausule maakt het aldus voor de gemeente mogelijk alle verweren te voeren binnen het kader van artikel 6:173 BW, die zij op grond van artikel 6:162 BW tegen de schadeveroorzakende gebeurtenis had kunnen aanvoeren. Concreet betekent dit dat de gemeente zich alsnog kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond, overmacht en zelfs de afwezigheid van relativiteit.

Een beroep van de gemeente op de tenzij-clausule moet wel aangemerkt worden als een 'bevrijdend verweer'. Het bevrijdt – met andere woorden – de gemeente van de aansprakelijkheid die initieel bestond op grond van artikel 6:173 BW. De relevantie van deze karakterisering is dat de stelplicht en de bewijslast voor de gegrondheid van het beroep van de gemeente op de tenzij-clausule, volledig op de gemeente rust. Degene die schade heeft geleden behoeft dus niet aannemelijk te maken dat de gemeente géén beroep op de tenzij-clausule kan doen. De gemeente kan zich dus verweren tegen het standpunt van de benadeelde dat aan de hiervoor genoemde eisen van artikel 6:173 BW is voldaan, terwijl zij zich daarnaast op het standpunt kan stellen dat dit niet relevant is, aangezien de tenzij-clausule van toepassing is.

Als gevolg van het hiervoor besproken Wilnis-arrest heeft de betekenis van de tenzij-clausule als uitzonderingsgrond aan betekenis ingeboet. De toets die de Hoge Raad in dat arrest aanlegde voor het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrekkige opstal, incorporeert namelijk elementen van de vraag of de gemeente aansprakelijk zou zijn geweest op grond van artikel 6:162 BW.

Door middel van de zogenoemde tenzij-clausule wordt risicoaansprakelijkheid uitgesloten in de situaties waarin de gemeente, ware zij bekend met het gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan, ook niet aansprakelijk zou zijn geweest op grond van artikel 6:162 BW.

6.7 Gebrekkige opstallen

Een gemeente kan op grond van artikel 6:174 BW aansprakelijk zijn voor de schade die is veroorzaakt door een gebrekkige opstal die in het bezit van de gemeente is. De recente geschiedenis biedt – helaas – te veel voorbeelden van deze situatie. Zo kan een gemeente aansprakelijk zijn indien vanaf het plafond van een gemeentelijk zwembad een muziekbbox loskomt en op een zwemmer valt. Aansprakelijkheid kan ook aan de orde zijn indien een ladder in de openbare ruimte los komt, waardoor burgers die daarop stonden verongelukken. Daarnaast kan er sprake zijn van opstalaansprakelijkheid voor gebreken aan de openbare weg (zie meer uitgebreid paragraaf 6.8) en de gemeentelijke riolering (paragraaf 6.9).

Beslissend voor het antwoord op de vraag of de opstal gebrekkig is, is of die voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen. Meer specifiek moet het op basis van artikel 6:174 BW gaan om:

1. een opstal die;
2. niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen (anders gezegd: die gebrekkig is), en;
3. die daardoor gevaar oplevert voor personen of zaken.

6.7.1 Opstal

Op grond van artikel 6:174, vierde lid, BW wordt onder opstal verstaan: ‘gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.’

De reikwijdte van artikel 6:174 BW lijkt door het gebruik van het begrip ‘werk’ vrijwel alles te kunnen omvatten wat door mensenhanden (kunstmatig) is gemaakt en bedoeld is om duurzaam op een bepaalde plek te blijven. Niet is daarom vereist dat een bouwwerk ‘af’ is om onder de werking van artikel 6:174 BW te kunnen vallen. De werken en gebouwen waarop dit artikel betrekking heeft, kunnen zich zowel boven als onder de grond en zowel boven als in het water bevinden.

De eis dat artikel 6:174 BW slechts ziet op kunstmatige bouwwerken maakt dat bomen en andere natuurlijke landschapselementen niet onder de reikwijdte van dit artikel vallen. Onder het begrip 'opstal' vallen echter wel de openbare wegen en de onder de grond gelegen kabels en leidingen, zoals rioleringen (zie artikel 6:174, tweede lid, BW).

Het begrip 'opstal' moet ruim worden geïnterpreteerd. Zo volgt uit het eerder genoemde Wilnis-arrest dat ook een dijk een opstal is omdat deze naar zijn aard niet louter langs natuurlijke weg tot stand kan komen. Volgens artikel 6:174, zesde lid, BW wordt onder openbare weg mede begrepen, het weglichaam en de wegwitruiming. Ook kan bij een opstal gedacht worden aan huizen, liften, brandtrappen, speelplaatsen, aanlegsteigers, sluizen, rioleringen, damwanden en bruggen.

Afbakening ten opzichte van artikel 6:173 BW

De reikwijdte van artikel 6:174 BW wordt, ten opzichte van het hiervoor besproken artikel 6:173 BW, vooral afgebakend door de eis dat het bouwwerk of werk duurzaam met de grond verenigd moet zijn. Bij de eis van duurzaamheid gaat het niet alleen om het tijdsaspect, maar ook om de intentie van de eigenaar of bezitter om het werk duurzaam ter plaatse te laten functioneren (zie ook artikel 3:3 BW).

6.7.2 Gebrek

Ook bij artikel 6:174 BW vormt het vereiste gebrek de kern van de risicoaansprakelijkheid. De opstal voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen, waardoor die opstal gevaar voor personen of zaken oplevert. Het gaat daarbij om de eisen die uit het oogpunt van veiligheid aan de desbetreffende opstal mogen worden gesteld.

De Hoge Raad heeft in het hiervoor besproken Wilnis-arrest geoordeeld dat het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrek afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard, bestemming en waarborgfunctie van de opstal. Daarnaast zijn de aan een gemeente toekomende beleidsvrijheid en de haar in dat verband ter beschikking staande financiële middelen van belang.

Hierna gaan wij nader in op een viertal aspecten die van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een gebrekkige opstal in de zin van artikel 6:174 BW.

6.7.2.1 Ontwerp- en inrichtingseisen

In de eerste plaats kan aansprakelijkheid op grond van artikel 6:174 BW aan de orde zijn als de opstal niet voldoet aan de daarvoor geldende ontwerp- en inrichtingseisen. Daarbij kan gedacht worden aan geldende constructie- en veiligheidsvoorschriften voor openbare wegen, zoals de CROW- en NEN-normen en de geldende voorschriften voor het rioolbeheer, de normen die zijn opgesteld door de Stichting RIONED. Al deze normen hebben echter geen wettelijke basis en houden geen wettelijke verplichting in.

De CROW-normen lenen zich doorgaans goed voor het kwalificeren van de fysieke toestand van de weg ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar. Als blijkt dat op het moment van het ongeval niet aan de CROW-normen werd voldaan, dan vormt die constatering een factor van betekenis bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gebrek. Andere omstandigheden blijven echter meewegen.¹⁵⁶ Zo overwoog de rechtbank Leeuwarden over de vraag of een verkeersdrempel gezien de omstandigheden van het geval onveilig was:

“De rechtbank is van oordeel dat deze richtlijnen zeker gewicht in de schaal dienen te leggen (...), doch zij kent aan de CROW-richtlijnen geen absolute betekenis toe in dier voege dat als een verkeerssituatie niet (geheel) aan deze richtlijnen voldoet de conclusie moet zijn dat er onvoldoende veiligheidsmaatregelen door de wegbeheerder zijn getroffen. Naast deze richtlijnen zijn naar het oordeel van de rechtbank namelijk ook (andere) factoren van belang, zoals het te verwachten gedrag van verkeersdeelnemers, de verkeersomstandigheden ter plaatse en de aard en frequentie van het passerende verkeer.”¹⁵⁷

CROW-, NEN- en RIONED-normen zijn in het kader van de opstalaansprakelijkheid richtinggevend, maar niet doorslaggevend. Deze normen hebben namelijk geen wettelijke basis en houden geen wettelijke verplichting in. Zij kunnen wel een rol spelen als deelaspect, naast of ter invulling van de andere omstandigheden van het geval.

¹⁵⁶ Vgl. Rb. Den Haag 24 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ2494 en Rb. Amsterdam 15 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4186.

¹⁵⁷ Rb. Leeuwarden 7 december 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AY8681 en Rb. Limburg 10 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1179.

6.7.2.2 Treffen van veiligheidsmaatregelen

In de tweede plaats kan een opstal gebrekkig zijn indien is nagelaten veiligheidsmaatregelen te treffen, terwijl dat in de omstandigheden van het geval wel noodzakelijk was. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan waarschuwborden indien er een gebrek kleeft aan de openbare weg. De waarschuwborden kunnen er in zodanig geval toe dienen om een ongeval te voorkomen, maar temperen ook de verwachtingen van de verkeersdeelnemer omtrent de staat van de weg. Tegen die achtergrond zal minder snel gesproken kunnen worden van een gebrekkige openbare weg in de zin van 6:174 BW (zie hierover meer uitgebreid paragraaf 6.8.3). Dergelijke veiligheidsmaatregelen kunnen zich echter ook op allerlei andere plekken noodzakelijk zijn. Gedacht kan worden aan een gevaarlijk terrein dat in gemeentelijk eigendom is, zoals de plek waar asbest moet worden gestort op de vuilstort. Ook kan gewaarschuwd worden om een vervallen gebouw dat in eigendom is bij de gemeente, niet te betreden of daarbij niet in de buurt te komen.

6.7.2.3 Onvoldoende toezicht of onderhoud

In de derde plaats kan de opstal gebrekkig zijn omdat door de gemeente onvoldoende toezicht of onderhoud is uitgevoerd. Bij de beoordeling van de vraag of daadwerkelijk sprake is van onvoldoende toezicht of onderhoud, is het van belang dat de gemeente uiteen weet te zetten dat er een onderhouds- of beheerplan is aan de hand waarvan de (technische) staat van de opstal periodiek wordt gemonitord.

Zo was bij lekkende rioleringen die gevaar opleverden voor houten funderingspalen geen sprake van onvoldoende toezicht of onderhoud omdat de gemeente als beheerder van het riool al sinds de jaren zeventig periodiek onderhoud aan het rioolstelsel verrichtte en, na het verschijnen van een onderzoek waaruit volgde dat de lekproblematiek aanzienlijk was, een 'aandachtsgebied funderingen' had aangewezen waardoor het riool frequenter wordt geïnspecteerd.¹⁵⁸

6.7.2.4 Beleidsvrijheid en de beschikbare financiële middelen

Tot slot zijn in de vierde plaats de aan een gemeente toekomende beleidsvrijheid en de haar in dat verband ter beschikking staande financiële middelen van belang voor het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrek aan

¹⁵⁸ HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487 (Paalrot).

de opstal. Bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een gebrekkige opstal komt het immers in belangrijke mate aan op het bepalen van de verwachtingen die iemand van een opstal mag hebben. Deze verwachtingen zullen minder hooggespannen mogen zijn, indien de gemeente beperkte financiële middelen ter beschikking staan. De gemeente zal, indachtig deze beperkte middelen, keuzes moeten maken en prioriteiten moeten stellen. Daarbij komt de gemeente beleidsvrijheid toe.

Uit het arrest Achmea/Gemeente Deventer¹⁵⁹ volgt dat de enkele stelling dat de financiële middelen ontoereikend zijn, onvoldoende is om de risicoaansprakelijkheid af te wenden. Een zo concreet mogelijke onderbouwing is, met andere woorden, dus vereist. In het daaropvolgende arrest van het verwijzingshof formuleerde het hof 's-Hertogenbosch¹⁶⁰ enkele aanknopingspunten voor de onderbouwing van dit verweer (zie kader).

Concrete onderbouwing beleidsvrijheid en beperkte financiële middelen

De gemeente zal zo concreet mogelijk moeten onderbouwen op welke wijze zij van de haar toekomende beleidsvrijheid en beschikbare financiële middelen gebruik heeft gemaakt. Hieronder volgen enige aanknopingspunten voor de onderbouwing van dit verweer:

Beleidsvrijheid:

1. Benoem zo concreet mogelijk op welke wijze van de beleidsruimte gebruik is gemaakt.
2. Leg de keuzes voor de aanwending van de beschikbare middelen neer in beleidsstukken, zoals een gemeentelijk rioleringsplan of beheerplan voor de openbare wegen.

Financiële middelen:

1. Benoem welk bedrag de totale gemeentelijke begroting bedraagt.
2. Benoem welk deel van de begroting aan dit beleidsterrein wordt uitgegeven.
3. Benoem welke keuzes zijn gemaakt binnen het beschikbare budget voor dit beleidsterrein.
4. Zet uiteen waarom de kosten ter voorkoming van het gevaar in dit geval niet konden worden gedragen uit het beschikbare budget.
5. Leg uit waarom het gerechtvaardigd was dat het beschikbare budget voor andere onderdelen uit dit beleidsterrein zijn aangewend dan ter voorkoming van dit specifieke gevaar.

¹⁵⁹ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (Achmea/Gemeente Deventer).

¹⁶⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022.

6.7.3 Tenzij-clausule

Artikel 6:174 BW kent eenzelfde tenzij-clausule als artikel 6:173 BW. Voor de betekenis van deze tenzij-clausule verwijzen wij naar paragraaf 6.6.5.

Een succesvol beroep op de tenzij-clausule zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn als blijkt dat sprake was van overmacht. Indien bijvoorbeeld een putdeksel in de openbare weg is losgeraakt, zou de gemeente kunnen trachten aan te tonen dat de tijd tussen het moment dat het putdeksel loskwam en het moment dat de schade ontstond zó kort was, dat de gemeente redelijkerwijs geen maatregelen kon treffen om de schade te voorkomen.

6.8 Aansprakelijkheid van de gemeente voor openbare wegen

De risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen op basis van artikel 6:174 BW geldt ook voor wegen. In eerste instantie rust de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een gebrekkige weg op de bezitter van die weg. Dat zal in veel gevallen de eigenaar van (de ondergrond van) de weg zijn.

Echter, indien de weg kwalificeert als een openbare weg in de zin van de Wegenwet, dan rust volgens artikel 6:174, tweede lid, BW de aansprakelijkheid op het overheidslichaam dat moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert. Dat betreft – met andere woorden – de wegbeheerder. Blijkens artikel 16 van de Wegenwet heeft de gemeente namelijk te zorgen dat de binnen haar gebied liggende wegen “verkeeren in goeden staat” (behoudens voor zover de betreffende weg onderhouden wordt door het Rijk, een provincie of een waterschap).

Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW

Overigens kan een gemeente ook op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk zijn voor schade die een gevolg is van een gebrek aan de weg. Het gebruik van deze grondslag heeft in de meeste gevallen echter geen toegevoegde waarde ten opzichte van de risicoaansprakelijkheid uit artikel 6:174 BW, ervan uitgaande dat de gemeente wegbeheerder is van de betreffende weg. Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW is immers ook nog noodzakelijk dat de gemeente schuld heeft aan het ontstaan van de schade, bijvoorbeeld doordat zij het gebrek aan de weg heeft veroorzaakt of heeft laten voortbestaan. De praktische relevantie van een beroep op artikel 6:162 BW is – vanwege de risicoaansprakelijkheid uit artikel 6:174 BW – dan ook beperkt. Wel kan artikel 6:162 BW nuttig zijn indien het geen gebrek aan de weg is dat de schade heeft veroorzaakt, zoals gladheid (zie hierover paragraaf 6.8.4).

6.8.1 Openbare weg in de zin van de Wegenwet

Om te kwalificeren als een openbare weg in de zin van de Wegenwet moet sprake zijn van een 'weg' en die weg moet 'openbaar' zijn geworden.

Ten eerste moet er sprake zijn van een 'weg'. Dit begrip is niet gedefinieerd in de Wegenwet, maar volgens het bepaalde in artikel 1, tweede lid, Wegenwet moeten daaronder mede voetpaden, rijwielpaden, jaagpaden, dreven, molenwegen, kerkwegen en andere verkeersbanen voor beperkt gebruik, alsmede bruggen worden verstaan. Daarnaast kwalificeren onder omstandigheden ook parkeerplaatsen als een 'weg' in de zin van de Wegenwet. Bepalend is vooral of het een verkeersbaan betreft die een functie vervult ter afwikkeling van het verkeer en derhalve naar zijn aard of functie een grote, onbepaalde publieksgroep dient.¹⁶¹ Onder het begrip 'openbare weg' valt ook het weglichaam en de weguitrusting, zoals de vangrails, verkeersborden en reflectorpaaltjes.

Ten tweede dient de weg 'openbaar' te zijn geworden. Daarvan is volgens artikel 4, eerste lid, aanhef en onder I t/m III, Wegenwet sprake:

- I. wanneer hij gedurende dertig achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest; of
- II. wanneer hij gedurende tien achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest en tevens gedurende die tijd is onderhouden door het Rijk, een provincie, gemeente of waterschap; of
- III. wanneer de rechthebbende daaraan de bestemming van openbare weg heeft gegeven.

Een weg is alleen 'voor een ieder toegankelijk', indien de weg zowel feitelijk als juridisch toegankelijk was. Het moet – met andere woorden – feitelijk mogelijk zijn geweest om de weg te gebruiken, terwijl dit gebruik ook niet wederrechtelijk mag zijn geweest.¹⁶² Voorts moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de weg uitsluitend 'ter bede' voor een ieder toegankelijk was, zoals bedoeld in artikel 4, tweede lid, Wegenwet. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit het gebruik van bordjes met opschriften zoals 'eigen weg'. In een dergelijk geval worden de verjaringstermijnen uit artikel 4, eerste lid, aanhef en onder I en II,

¹⁶¹ ABRvS 5 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6035, ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1331.

¹⁶² ABRvS 27 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2109.

Wegenwet gestuit, mits dat bordje gedurende die termijn ten minste één jaar aanwezig is geweest.

Is er sprake van een openbare weg in de zin van de Wegenwet, dan heeft dat tot gevolg dat de wegbeheerder op grond van artikel 6:174 BW aansprakelijk kan zijn voor gebreken aan die weg.

6.8.2 Gebrekkige openbare weg

Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:174 BW is alleen aan de orde als de openbare weg ten tijde van het ongeval gebrekkig was, dit gebrek een gevaar opleverde voor personen of zaken en dit gevaar zich ook heeft verwezenlijkt. Dat een openbare weg ingevolge artikel 16 van de Wegenwet in goede staat moet verkeren, betekent echter niet dat die weg (altijd) in perfecte staat moet zijn. Ook hier geldt overeenkomstig het Wilnis-arrest dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gebrek alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Daaronder vallen ook de aan een gemeente toekomende beleidsvrijheid en de haar in dat kader ter beschikking staande financiële middelen.¹⁶³ Op deze factoren zijn wij hiervoor ingegaan in paragraaf 6.7.2 (vergelijk ook paragraaf 4.4 en meer in het bijzonder de paragrafen 4.4.1 en 4.4.9).

Volgens de wetgever moet de weg verkeren in een staat van onderhoud die “voor een weg als waarom het gaat van het betreffende overheidslichaam kan worden geëist.” In welke gevallen aan die eis is voldaan, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uit de rechtspraak volgt in ieder geval dat de wegbeheerder een vrije doorgang van de publieke wegen moet waarborgen¹⁶⁴ en dat de wegbeheerder moet instaan voor de overzichtelijkheid en zichtbaarheid van de verkeerssituatie ter plaatse. Door slechte wegverlichting kan de weg daarom onder omstandigheden gebrekkig zijn.

Zo was de gemeente als wegbeheerder aansprakelijk voor schade die een bromfietser opliep omdat een over de openbare weg geplaatste slagboom, waar hij tegenaan was gereden, nauwelijks zichtbaar was.¹⁶⁵

Voorts dient de gemeente er rekening mee te houden dat, zeker bij smalle

¹⁶³ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (Achmea/Gemeente Deventer).

¹⁶⁴ ABRvS 22 januari 2006, nr. 200505849/1.

¹⁶⁵ Hof Amsterdam 2 november 1977, *NJ* 1978, 51.

fietspaden, aan het fietsen inherent is dat fietsers ten gevolge van bijvoorbeeld zijwind, tegenliggers of wegens jeugdige onbezonnenheid, niet steeds een koersvaste lijn volgen en dat de mogelijkheid bestaat dat fietsers in de berm raken.¹⁶⁶

Zoals hiervoor is aangegeven lenen de CROW-normen zich doorgaans goed om de fysieke toestand van de weg te kwalificeren ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar. Als blijkt dat op het moment van het ongeval niet aan de CROW-normen werd voldaan, dan vormt die constatering een factor van betekenis bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gebrek. Andere omstandigheden blijven echter meewegen.¹⁶⁷

CROW-normen zijn in het kader van de opstalaansprakelijkheid voor gebrekkige wegen richtinggevend, maar niet doorslaggevend. Deze normen hebben namelijk geen wettelijke basis en houden geen wettelijke verplichting in. Zij kunnen wel een rol spelen als deel-aspect, naast of ter invulling van de andere omstandigheden van het geval.¹⁶⁸

6.8.3 Veiligheidsmaatregelen (waaronder waarschuwingen)

In sommige gevallen echter, wanneer er bijvoorbeeld wegwerkzaamheden gaande zijn, zijn risico's en gevaren niet altijd te vermijden. In die gevallen kan de wegbeheerder door het nemen van veiligheidsmaatregelen, het geven van waarschuwingen of het plaatsen van waarschuwingsborden, trachten te voorkomen dat zich daadwerkelijk ongevallen voordoen. Verwezenlijkt het gevaar zich, ondanks de genomen veiligheidsmaatregel toch, dan is de wegbeheerder echter niet automatisch gevrijwaard van aansprakelijkheid.

De concrete waarschuwing moet in ieder geval zo plaatsvinden, dat te verwachten is dat dit enig effect heeft op de weggebruikers. Zo moeten verkeersborden die wegwerkzaamheden of een gewijzigde situatie aankondigen, zo worden geplaatst dat weggebruikers die met de maximaal toegestane snelheid komen aanrijden nog voldoende tijd hebben om hun rijgedrag conform de waarschuwing aan te passen. De gemeente dient er als wegbeheerder bovendien rekening mee te houden dat niet alle weggebruikers voldoende oplettendheid zullen betrachten of zich zullen conformeren aan de waarschuwing.

¹⁶⁶ HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8364.

¹⁶⁷ Vgl. Rb. Den Haag 24 juni 2009, ECLI:NL:RB5GR:2009:BJ2494 en Rb. Amsterdam 15 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4186.

¹⁶⁸ Rb. Leeuwarden 7 december 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AY8681 en Rb. Limburg 10 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1179.

Zo zal het plaatsen van waarschuwingsborden geen effect hebben als daarmee het gebruik van een brug wordt beperkt tot lichte voertuigen, maar deze brug de enige toegangsweg vormt tot een achter de brug gelegen melkveebedrijf. In dat geval zullen zware melkwagens de brug hoe dan ook moeten blijven gebruiken, ondanks de geplaatste waarschuwingsborden. De gemeente zal dan alleen aan de op haar rustende verplichtingen kunnen voldoen door de brug weer bruikbaar te maken voor melkveewagens of door een andere toegangsweg voor het melkveebedrijf aan te leggen.

In het geval een waarschuwingsbord wordt geplaatst, dient de gemeente er in ieder geval voor te zorgen dat:

- (de tekst op) het bord voldoende duidelijk wijst op (de aanwezigheid van) het gevaar;
- het bord goed zichtbaar is voor alle typen verkeersdeelnemers voor wie het gevaar geldt;
- genoeg borden zijn geplaatst zodat alle verkeersdeelnemers uit alle richtingen er ten minste één tegenkomen, alvorens ze bij de gevaarlijke situatie arriveren.

Bij zeer ernstige gevaren moet beslist worden of de gevaarlijke situatie feitelijk ontoegankelijk moet worden gemaakt.

Het voorgaande betekent niet dat voor alle mogelijke gevaren moet worden gewaarschuwd. Een wegbeheerder hoeft in het licht van de op hem rustende risicoaansprakelijkheid alleen rekening te houden met het gebruik dat ‘normaal’ van de betreffende weg wordt gemaakt en dus niet met de meest voorzichtige of de meest onvoorzichtige weggebruiker.

Zo had een bestuurder van een zware vrachtwagen zelf moeten begrijpen dat een onverharde en smalle weg niet voor zijn wagen geschikt was, zeker nu er een alternatieve route voorhanden was.¹⁶⁹

Door het treffen van veiligheidsmaatregelen kan de wegbeheerder voorkomen dat zich daadwerkelijk ongevallen voordoen. Verwezenlijkt het gevaar zich toch, ondanks de genomen veiligheidsmaatregelen, dan is de wegbeheerder niet automatisch gevrijwaard van aansprakelijkheid.

6.8.4 Gladheid

Bij gladheid die het gevolg is van zaken op de openbare weg, zoals sneeuw, ijs, modder of bladeren, is artikel 6:174 BW niet van toepassing. De vraag of

¹⁶⁹ HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0830 (Waterschap Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland).

de gemeente aansprakelijk is voor het niet of niet tijdig verwijderen van deze zaken op de openbare weg, moet daarom worden beantwoord aan de hand van de maatstaf uit artikel 6:162 BW.

Asfalt dat onder bijzondere weersomstandigheden gladder is dan ander asfalt maakt een openbare weg niet gebrekkig.¹⁷⁰

De risicoaansprakelijkheid van de wegbeheerder geldt alleen voor gebreken aan de openbare weg. Voor zaken die (tijdelijk) gelegen zijn op de openbare weg, zoals ijzel, modder of sneeuw, is de wegbeheerder niet risicoaansprakelijk. De benadeelde zal de gemeente dan op grond van artikel 6:162 BW moeten aanspreken.

Burgers morgen er niet op rekenen dat binnen enkele uren na zware sneeuwval wordt gestrooid in kleine zijstraten of afgelegen dorpen.

Dit zou anders kunnen zijn wanneer sprake is van bijzondere bijkomende omstandigheden, bijvoorbeeld als de wegbeheerder is vergeten op een deel van de busbaan tegen gladheid te strooien waardoor verschillende bussen tegen elkaar botsen.¹⁷¹

De gemeente is als wegbeheerder immers genoodzaakt om keuzes te maken tussen belangrijke straten waar wél en straten waar niet (onmiddellijk) moeten worden gestrooid, terwijl het – zeker in grotere steden – ook niet mogelijk is om in alle straten waarvoor dat wel noodzakelijk is, direct na de sneeuwval de gladheid succesvol bestreden te hebben.

Gemeenten hebben – met andere woorden – slechts een inspanningsverplichting tot het bestrijden van gladheid, en geen garantieverplichting. Ter invulling van eerstgenoemde verplichting hebben veel gemeenten een zogenoemd 'Beleidsplan Gladheidsbestrijding' vastgesteld. Hierin wordt vastgelegd welke prioriteiten de gemeente stelt binnen het bestrijden van gladheid op de openbare wegen in de gemeente. Zolang de in dit beleidsplan gemaakte keuzes redelijk zijn én de gemeente overeenkomstig het beleidsplan te werk is gegaan, kan het vaststellen van een dergelijk beleidsplan het risico op aansprakelijkheid van de gemeente wezenlijk beperken. Voor wat betreft de re-

¹⁷⁰ HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2202 (Zoab).

¹⁷¹ Hof Amsterdam 31 maart 2005, VR 2006, 109.

delijkheid van de in het beleidsplan gemaakte keuzes zijn in het bijzonder de gevaren relevant die zijn verbonden aan gladheid in bepaalde straten van de gemeente, de bezwaarlijkheid (kosten) van het bestrijden van die gladheid, alsmede de beschikbare financiële middelen en het beschikbare materieel voor de bestrijding van gladheid. In deze factoren zijn ook goed de hiervoor besproken Kelderluik-criteria te herkennen (paragraaf 4.2.1).

Het vaststellen van een 'beleidsplan' is een goed middel om invulling te geven aan de beleidsvrijheid van de gemeente bij de bestrijding van gladheid en verkleint onder omstandigheden het risico van aansprakelijkheid.

Ook in het geval van gladheid kunnen – net als bij een gebrek aan de weg – waarschuwingsborden worden geplaatst teneinde een ongeval te voorkomen en – als dat niet lukt – het risico van aansprakelijkheid van de gemeente te beperken (zie meer uitgebreid ook paragraaf 6.8.3).

Naar aanleiding van enkele valpartijen op een gladde brug, waaronder één valpartij van een medewerker van de gemeentewerf, heeft een ambtenaar van de gemeente borden voor de brug geplaatst. Op deze borden viel te lezen: "Let op! Glad brugdek". Daarnaast heeft hij gelijktijdig het brugdek gestrooid. Niettemin kwam één dag later alsnog een fietser ten val. Zij stelde de gemeente aansprakelijk voor haar schade. Het hof oordeelde – welk oordeel door de Hoge Raad is bekrachtigd – dat de waarschuwingsborden (die op ooghoogte waren geplaatst) een duidelijke waarschuwing bevatten en voor normaal oplettende fietsers goed waarneembaar waren. Desalniettemin kan het, aldus het hof, voorkomen dat een fietser een dergelijk bord over het hoofd ziet, omdat hij door de routine niet meer voldoende attent is op de aanwezigheid van waarschuwingsborden op zijn route. Dat brengt echter niet mee dat het waarschuwingsbord niet kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen het gevaar van een gladde brug. De gemeente was zodoende niet aansprakelijk jegens de fietser.¹⁷²

6.9 Aansprakelijkheid van de gemeente als beheerder van rioleringen

De bestuursorganen van de gemeente zijn op grond van artikel 3.5 Water-

¹⁷² Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1531 en HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1091.

wet gehouden om zorg te dragen voor een doelmatige inzameling van het afvloeiend hemelwater. Daarnaast dienen zij zorg te dragen voor het treffen van maatregelen in het openbare gebied teneinde structureel nadelige gevolgen van de grondwaterstand voor de aan de grond gegeven bestemming zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken. Dit laatste – uiteraard – voor zover het treffen van die maatregelen doelmatig is en niet behoort tot de taak van bijvoorbeeld een waterschap of provincie. In aanvulling op deze taken, is de gemeente volgens artikel 10.33 van de Wet milieubeheer ook nog belast met de inzameling en het transport van stedelijk afvalwater. Bij de invulling van al deze gemeentelijke taken vervult de riolering een cruciale rol.

Door de klimaatverandering krijgt Nederland echter steeds vaker te maken met extreem weer, zoals hevige regenval. De huidige rioleringen zijn er niet in alle gevallen op berekend om in korte tijd zo veel water te verwerken. Daarnaast is gebleken dat een gebrekkige riolering er onder omstandigheden toe kan leiden dat teveel grondwater wordt afgevoerd, als gevolg waarvan houten funderingspalen ‘droog’ kunnen komen te staan. Dat kan leiden tot het optreden van een rottingsproces. Het een en ander roept de vraag op wanneer de gemeente aansprakelijk is voor de ontstane schade.

Allereerst is het relevant om op te merken dat in artikel 6:174, tweede lid, BW – net als bij de openbare weg – een bepaling is opgenomen op grond waarvan de beheerder van een riolering aansprakelijk is voor schade als gevolg van gebreken daaraan. Daarnaast zal de gemeente in het overgrote deel de bezitter van die riolering zijn, nu die doorgaans in opdracht van de gemeente in gemeentegrond wordt aangelegd (vgl. artikel 5:20, tweede lid, BW). In zoverre is het mogelijk dat de gemeente op grond van artikel 6:174 BW risicoaansprakelijk is voor gebreken aan de bij haar in beheer en/of bezit zijnde rioleringen.

Afbakening ten opzichte van toe- of afvoer op eigen grond

De risicoaansprakelijkheid geldt alleen voor die delen van het riool waarvoor de gemeente de beheerder is. Bij een toe- of afvoer op eigen grond waarvan de gemeente niet de beheerder is, geldt de risicoaansprakelijkheid dus niet. Meent een benadeelde dat de gemeente toch nalatig is geweest, dan kan hij zich via artikel 6:162 BW beroepen op de op de gemeente rustende zorgplicht voor een doelmatig waterbeheer. Een dergelijk beroep kan alleen bij ernstig nalaten tot aansprakelijkheid van de gemeente leiden.

6.9.1 Gebrekkige riolering

Ook bij de aansprakelijkheid voor defecte of overbelaste rioleringen waarvan de gemeente de beheerder is, geldt dat er aan de riolering een gebrek moet kleven. Als dit gebrek vervolgens een gevaar met zich brengt dat zich bovendien verwezenlijkt, dan is de gemeente risicoaansprakelijk.

Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrek, is ook bij rioleringen het bepaalde in het hiervoor besproken Wilnis-arrest van belang. Alle omstandigheden van het geval dienen dus in de beoordeling te worden betrokken. Voor rioleringen kan daarbij in het bijzonder worden gedacht aan de weersomstandigheden, het ontwerp en de staat van onderhoud van het riool.

Bij een particulier komt via de gootsteen rioolwater omhoog. Na wat graafwerk blijkt er een verstopping in de riolering te zitten. Deze verstopping is het gevolg van wortelingroei in het gemeentelijke riool. De woningeigenaar stelt de gemeente aansprakelijk voor de wateroverlast.

Om de aansprakelijkheid te kunnen beoordelen is het van belang te weten waar en hoe de wortelingroei heeft plaatsgevonden. Als de wortelingroei inderdaad in het gemeentelijke riool heeft plaatsgevonden en dit voor een verstopping zorgt, is het gemeentelijke riool als gebrekkig aan te merken (artikel 6:174 BW). Verwacht mag namelijk worden dat in het riool geen wortels binnendringen. De zaak ligt anders als de wortel vanuit een particulier riool in een verder intact gemeentelijk riool binnengroeit en daar een verstopping veroorzaakt. Dan is beoordeling aan de hand van artikel 6:162 BW aan de orde. In dat geval zal de aansprakelijkheid in de regel ontbreken, als de gemeente verder aan haar zorgplicht heeft voldaan.

6.9.2 Beleidsvrijheid

Voor wat betreft de aan een gemeente toekomende beleidsvrijheid en financiële middelen, merken wij op dat de gemeente als rioolbeheerder een zekere beleidsvrijheid heeft bij de keuze van maatregelen bij de aanleg en het onderhoud van een riool. Door de Stichting RIONED zijn diverse NEN-normen opgesteld die door gemeenten veelal gebruikt worden voor de aanleg van de riolering én de beoordeling van de toestand van bestaande riolering. Relevant is echter wel dat dit geen 'harde', wettelijke normen zijn. Het staat de gemeente zodoende vrij om van deze normen af te wijken, zij het dat het wel ten zeerste aanbeveling verdient om een dergelijke afwijking zeer deugde-

lijk te motiveren. Deze NEN-normen kunnen namelijk – net als de hiervoor besproken CROW-normen – dienen als een belangrijke indicatie ter zake van de deugdelijkheid van een riolering.

De gemeente kan – ter invulling van haar beleidsvrijheid – ervoor kiezen om een ‘beleidsplan’ vast te stellen voor het onderhoud van de riolering. Van een redelijk beleid is sprake als de gemeente bij de aanleg en het onderhoud van het riool eerst heeft gekeken naar de stand van de techniek en op basis daarvan heeft bepaald welke maatregelen zij financieel gezien redelijkerwijs kon nemen, gelet op de aard en het risico van het gevaar dat gepaard gaat met de staat van de riolering.

Zo was de Hoge Raad van oordeel dat de gemeente Dordrecht zich bij lekkende rioleringen die gevaar opleverden voor houten funderingspalen in redelijkheid kon beroepen op haar (consistente) beleid. Het beleid hield in dat de gemeente al sinds de jaren zeventig periodiek onderhoud aan het rioolstelsel verrichtte en, na het verschijnen van een onderzoek waaruit volgde dat de lekproblematiek aanzienlijk was, een ‘aandachtsgebied funderingen’ had aangewezen waardoor het riool frequenter wordt geïnspecteerd.¹⁷³

6.9.3 Putdeksels

Putdeksels in het wegdek vormen een deel van de wegverharding. Een gebroken of ontbrekend putdeksel tast de eigenschappen van het wegdek aan en leidt tot een gebrek aan de weg in de zin van artikel 6:174 BW. Als daardoor schade bij derden ontstaat, is de wegbeheerder daarvoor risicoaansprakelijk. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als een gebroken putdeksel tegen de onderkant van een auto aanslaat of een auto met een wiel in een open put rijdt. Meestal is de wegbeheerder ook de beheerder van de riolering die eronder ligt (de gemeente). Zo niet, dan is de wegbeheerder aansprakelijk, óók als de riolering het gebrek veroorzaakt.

Stel: Op 12 augustus 2015 valt in het oosten van het land extreem veel regen. Een auto rijdt over een putdeksel en precies op dat moment schiet het putdeksel omhoog. Het linkerachterwiel raakt lek, waarna de auto in een slip raakt en tegen een andere auto tot stilstand komt. De automobilist

173 HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487 (Paalrot).

stelt de gemeente als wegbeheerder aansprakelijk op grond van artikel 6:174 BW. Reconstructie van de situatie leert dat het rioolstelsel door de hevige regen vóór het ongeval helemaal vol was. Het putdeksel is waarschijnlijk losgekomen door een piek in de neerslag. Voor het feit dat het putdeksel omhoogkomt, is de wegbeheerder in beginsel aansprakelijk op grond van artikel 6:174 BW.¹⁷⁴

Ook als ongelukken aan de openbare weg ontstaan door openstaande putdeksels die het gevolg zijn van een overgelopen riool, is de wegbeheerder in beginsel risicoaansprakelijk.

6.10 Klachten

Het opstellen van een onderhoudsplan voor de openbare weg of de riolering (of andere opstellen) betekent echter niet dat daarmee het risico van aansprakelijkheid van de gemeente is weggenomen. De gemeente zal nog steeds moeten reageren op indicaties van gevaar en - zo nodig - naar aanleiding daarvan maatregelen moeten treffen of haar onderhoudsplan moeten bijstellen. Een onderwerp dat in dit kader bijzondere aandacht vraagt, zijn klachten. Het is mogelijk dat er bij de gemeente klachten worden ingediend indien bijvoorbeeld een riolering (meermaals) niet functioneert doordat het onvoldoende hemelwater afvoert of dat wordt geklaagd over de staat van het wegdek, bijvoorbeeld in het geval van aanhoudende gladheid.

Indien bij een gemeente klachten zijn ingediend dient zij erop bedacht te zijn dat zij veel sneller aansprakelijk zal zijn als er nadien schade optreedt als gevolg van het gebrek waarover is geklaagd. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een – zeer belangrijk – arrest van de Hoge Raad.

De heer Kaagman was bollenteler te Grootebroek. Hij had schade geleden aan zijn gewassen doordat het grondwaterpeil te hoog was. Meer in het bijzonder waren de wortels van zijn gewassen aangetast. Hij had over het hoge grondwaterpeil al eerder geklaagd bij het waterschap dat verantwoordelijk daarvoor was, maar het waterschap had desondanks geen maatregelen getroffen. Zodoende stelde hij – en met succes – het waterschap aansprakelijk.

¹⁷⁴ Dit zou bijvoorbeeld anders kunnen zijn als sprake is van overmacht (zie daarover meer uitgebreid paragraaf 6.6.5 en paragraaf 6.7.3).

De Hoge Raad overwoog als volgt over de wijze waarop een overheid moet omgaan met een klacht:

“In het onderhavige geval gaat het om de vraag wat het Waterschap te doen staat indien aldaar een klacht binnenkomt over het waterpeil. Door voor dat geval van het Waterschap te eisen dat het adequaat op deze klacht dient te reageren door naar aanleiding van die klacht een onderzoek in te stellen en zo nodig, afhankelijk van de uitkomst daarvan, de noodzakelijke en mogelijke maatregelen te treffen, heeft het hof een juiste maatstaf aangelegd. Het hof heeft voorts daarbij blijkens het vervolg van zijn arrest niet miskend dat ook in een situatie als de onderhavige aan het Waterschap een zekere beleidsvrijheid toekomt.”¹⁷⁵

Uit deze overweging blijkt dat een gemeente adequaat moet reageren op het moment dat er een klacht is ingediend. Dit betekent dat de gemeente een onderzoek in moet stellen en, zo nodig, naar aanleiding daarvan maatregelen moet treffen.

Op het moment dat een klacht is ingediend dient de gemeente daar adequaat op te reageren. Dit betekent dat onderzoek naar de klacht moet worden gedaan en onder omstandigheden maatregelen moeten worden getroffen. Het risico dat de gemeente aansprakelijk is voor bijvoorbeeld een gebrekkige opstal, is veel groter nadat daarover eerst bij de gemeente is geklaagd.

Dit neemt overigens niet weg dat de gemeente ook in dat geval beleidsvrijheid toekomt. De gemeente mag afwegen of de overlast die de klager heeft ervaren, opweegt tegen de kosten van het treffen van de maatregelen om nieuwe overlast te voorkomen. Echter, als de overlast wel wezenlijk is – bijvoorbeeld omdat het niet te verwaarlozen financiële schade oplevert – en de gemeente geen maatregelen treft, hoewel de kosten daarvan te overzien waren, dan zal zij zich nadien niet kunnen beroepen op haar beleidsvrijheid indien onverhoopt wederom overlast optreedt.

6.11 Omkering van de bewijslast

De bewijslast voor de stelling dat de opstal gebrekkig is en een gevaar voor personen of zaken oplevert, rust in beginsel op de benadeelde. Bij risicoaansprakelijkheden geldt immers ook de in artikel 150 Rv verwoorde hoofdregel:

¹⁷⁵ HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319 (West-Friesland/Kaagman).

wie stelt moet bewijzen. Daarmee is de bewijspositie voor de benadeelde in feite even zwaar als bij de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

Enige verlichting wordt de benadeelde in zijn algemeenheid pas geboden als wordt vastgesteld dat er ten tijde van het ongeval sprake was van een gebrek (aan bijvoorbeeld de openbare weg). Ten aanzien van het bewijs van het causaal verband tussen het optreden van dat gebrek en de gevorderde schade is dan de zogenaamde omkeringsregel van toepassing, waarmee de benadeelde wordt tegemoetgekomen in zijn bewijsvoering ten aanzien van het causaal verband. Dit betekent de rechtbank ervan uit gaat dat het standpunt van de benadeelde, inhoudende dat het gebrek de schade heeft veroorzaakt, juist is (een zogenoemd 'rechtsvermoeden').¹⁷⁶ De gemeente heeft vervolgens uiteraard wel de mogelijkheid om aannemelijk te maken dat de schade géén gevolg is van het betreffende gebrek.

Het is aan de benadeelde om aannemelijk te maken, en bij voldoende gemotiveerde betwisting te bewijzen, dat de zaak of opstal gebrekkig is. Indien hij daarin slaagt, wordt echter wel op voorhand aangenomen dat er causaal verband bestaat tussen het betreffende gebrek en de daardoor ontstane schade. Het is in beginsel dus niet aan de gemeente om te bewijzen dat haar zaak of opstal voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

Volledigheidshalve merken wij nog op dat de stelplicht- en de bewijslast voor een beroep op de zogenoemde 'tenzij-clausule' (zie paragraaf 6.6.5) bij de gemeente ligt.

6.12 Samenvatting

In dit hoofdstuk bespreken wij dat de gemeente risicoaansprakelijk kan zijn voor gedragingen van haar ambtenaren (artikel 6:170 BW) en niet-ondergeschikten (artikel 6:171 BW), voor gebrekkige zaken (artikel 6:173 BW) en voor gebrekkige opstallen (artikel 6:174 BW).

De risicoaansprakelijkheid onderscheidt zich van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad omdat:

- de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wordt verbonden aan een foutieve gedraging, terwijl bij risicoaansprakelijkheid de relatie waarin de gemeente tot de ambtenaar, zaak of opstal staat, doorslaggevend is;

¹⁷⁶ HR 19 december 2009, ECLI:NL:HR:2008:BG1890 (Smeets/Heerlen).

- bij risicoaansprakelijkheid de onbekendheid met het gebrek voor rekening van de gemeente komt, en,
- de gemeente zich beter tegen de eventuele risico's van risicoaansprakelijkheid kan verzekeren dan het geval is bij schuldaansprakelijkheden.

Artikel 6:170 BW houdt de gemeente als werkgever risicoaansprakelijk voor fouten die door bij haar in dienst zijnde ambtenaren jegens derden zijn gemaakt. Daarbij is het niet van belang of de gemeente bij het maken van deze fout enig verwijt kan worden gemaakt. Relevant is dat:

1. de ambtenaar bij de uitoefening van zijn werkzaamheden een fout heeft gemaakt;
2. die in voldoende functioneel verband staat met de aan hem opgedragen taak.

De artikelen 6:173 en 6:174 BW vestigen voor de gemeente een risicoaansprakelijkheid voor schade die is ontstaan door een gebrekkige zaak of opstal. Dit geldt ook voor openbare wegen en rioleringen. Het Wilnis-arrest is richtinggevend voor de wijze waarop de artikelen 6:173 en 6:174 BW moeten worden uitgelegd.

Uit het Wilnis-arrest volgt dat het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrekkige opstal afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Voor gemeenten geldt in het bijzonder dat in de afweging rekening mag worden gehouden met de aan een gemeente toekomende beleidsvrijheid en de haar in dat kader ter beschikking staande financiële middelen.

6.13 Aanbevelingen

Wenst de gemeente op de haar toekomende beleidsvrijheid en beperkte financiële middelen een beroep te doen, dan is een zo concreet mogelijke onderbouwing vereist. Enige aanknopingspunten zijn de volgende:

Beleidsvrijheid:

- Benoem zo concreet mogelijk op welke wijze van de beleidsruimte gebruik is gemaakt.
- Leg de keuzes voor de aanwending van de beschikbare middelen neer in beleidsstukken, zoals een gemeentelijk rioleringsplan of beheerplan voor de openbare wegen.

Financiële middelen:

- Benoem welk bedrag de totale gemeentelijke begroting bedraagt.
- Benoem welk deel van de begroting aan andere beleidsterreinen wordt uitgegeven.
- Benoem welke keuzes zijn gemaakt binnen het beschikbare budget.
- Zet uiteen waarom de kosten ter voorkoming van het gevaar in dit geval niet konden worden gedragen.



7 Burgerinitiatieven in de openbare ruimte

7.1 Inleiding

Sinds enige jaren staat het fenomeen van burgerinitiatieven in de belangstelling. Gemeenten krijgen steeds meer te maken met wensen van burgers om hun leefomgeving zelf vorm te geven en/of daar activiteiten te organiseren. Gemeenten wensen zelf ook de burgers meer te betrekken bij ontwikkelingen, bijvoorbeeld om draagvlak voor beleid te creëren of om burgers zelf initiatieven te laten ontwikkelen in het publieke domein. Burgerinitiatieven kunnen diverse vormen aannemen. Denk aan het omvormen van de organisatie van wijk- en buurtcentra van een afhankelijkheid van de gemeente naar gelijkwaardigheid.¹⁷⁷ Denk verder aan het ondernemen van activiteiten of het (her)inrichten van de gemeentelijke (buiten) ruimte.

Al langer bestaan bijvoorbeeld straat- of zomerfeesten op de openbare weg. Meer recent zijn ook andere initiatieven in de belangstelling gekomen, zoals door particulieren ingerichte (natuur)speelterrinen. Gemeenten krijgen ook steeds meer te maken met wensen van burgers om

¹⁷⁷ Zie nader A. Aalvanger en R. Beunen, *'Het mobiliseren en benutten van bovenlokaal burgerinitiatief'*, Wageningen University 2014.

gebouwde voorzieningen zelf te beheren, of om lege ruimte tijdelijk te gebruiken. Voorbeelden van het eerste zijn het beheer van een dorps huis en een wijkboerderij door particulieren; tot het tweede vallen tijdelijke moestuinen en stadslandbouwgebiedjes te rekenen.

Een burgerinitiatief valt in het algemeen te definiëren als een niet-commerciële activiteit, georganiseerd en/of uitgevoerd door een groep burgers, die zich afspeelt in het publiek domein en die ten goede komt aan de samenleving.¹⁷⁸

Burgerinitiatieven hebben onder meer de vraag opgeroepen, hoe de (gemeentelijke) overheid dient om te gaan met aansprakelijkheidskwesties. Wie is aansprakelijk, als het burgerinitiatief tot schade leidt? Op welke grond(en) kan de gemeente aansprakelijk zijn en hoe zouden aansprakelijkheidsrisico's voor de gemeente beheersbaar te maken zijn?

Voor de beantwoording van dergelijke vragen dient vastgesteld te worden, dat er geen afzonderlijk leerstuk 'overheidsaansprakelijkheid bij burgerinitiatieven' bestaat, met (bijvoorbeeld) een specifieke aansprakelijkheidsgrondslag in het BW. De gemeentelijke aansprakelijkheid volgt veeleer de gewone regels van de overheidsaansprakelijkheid, zoals de aansprakelijkheden voor opstallen en voor falend toezicht. Het overheidsaansprakelijkheidsrecht bij burgerinitiatieven dient daarom afgeleid te worden uit bestaande leerstukken.¹⁷⁹

Wij geven hierna eerst een nadere indeling van de burgerinitiatieven (paragraaf 7.2). Vervolgens bespreken wij voor de burgerinitiatieven die zich in de openbare ruimte afspelen, de meest relevante aansprakelijkheidsgrondslagen (paragraaf 7.3) en de effecten van vergunningen op het risico van aansprakelijkheid van de gemeente (paragraaf 7.4). Wij gaan daarna in op de vraag of voorschriften aan vergunningen verbonden kunnen worden om het risico van aansprakelijkheid van de gemeente te beperken (paragraaf 7.5) en de mogelijkheid om dergelijke risico's te beperken door middel van het aangaan van contracten (paragraaf 7.6). Wij sluiten af met een samenvatting en een aantal aanbevelingen.

178 Ministerie van BZK, Regel die burgerinitiatieven, Den Haag 2013, p. 40 e.v.

179 Die uitbreider zijn beschreven in de hoofdstukken 2 tot en met 6.

7.2 Indeling burgerinitiatieven en aanloop naar aansprakelijkheden

Het is zinvol om een onderscheid te maken in vijf typen burgerinitiatieven. Wij doen dit in navolging van het Ministerie van BZK.¹⁸⁰

1. Gebruik en beheer openbare ruimte
2. Spelen en speelplekken
3. Zelfbeheer voorzieningen
4. Tijdelijk gebruik van lege ruimte
5. Evenementen, festivals en feestjes

Wij bespreken volledigheidshalve alle vijf de typen en stippen bijbehorende aansprakelijkheidskwesties aan. Bij het vervolg van onze bespreking van aansprakelijkheidskwesties leggen wij de nadruk op initiatieven in de openbare ruimte. Dat zijn de eerste en de tweede, en vaak ook de vijfde categorie.

De eerste categorie is het gebruik en beheer van buitenruimte. Denk bijvoorbeeld aan groenbeheer door bewoners, zoals het verzorgen van plantsoenen, het groen op rotondes en het verrichten van stadslandbouw en het aanbrengen van kunst in de wijk. Omdat de openbare ruimte doorgaans eigendom is van de gemeente, zou de gemeentelijke opstalaansprakelijkheid van artikel 6:174 BW in beeld kunnen komen. Dat is een risicoaansprakelijkheid die echter niet voor ieder eigendom geldt, maar alleen voor opstallen en de openbare weg. Voor plantsoenen en andere min of meer vrij toegankelijke terreinen die geen opstal of openbare weg zijn, geldt zij dus niet. Daarvoor kan echter wel het vrij strenge (en nog te bespreken) 'veenbroei-arrest' gelden.

De tweede categorie betreft 'spelen en speelplekken'. Daar gaat het om het aanbrengen en instandhouden van speelvoorzieningen door particulieren in de openbare ruimte. Denk naast 'gewone' speelvoorzieningen bijvoorbeeld ook aan skatebanen die door burgerinitiatieven tot stand zijn gekomen. Ook hier gaat het om de openbare ruimte en dus (mogelijk) om de gemeentelijke opstalaansprakelijkheid van artikel 6:174 BW. Die kan aan de orde komen omdat de gemeente als eigenaar van een openbare weg door de figuur van natrekking ook eigenaar van de speelvoorziening kan worden. De gemeente

¹⁸⁰ Ministerie van BZK, Regel die burgerinitiatieven, Den Haag 2013, p. 40 e.v.

is voorts gehouden om het nog te bespreken Warenwetbesluit attractie- en speeltoestellen na te leven.

De derde categorie is 'binnenshuis'. Dit betreft het zelfbeheer van gebouwde voorzieningen. Te onderscheiden zijn burgerinitiatieven ten aanzien van gemeentelijk vastgoed en ten aanzien van eigendommen van anderen. De gemeente komt in ieder geval in beeld als zij eigenaar is van het betreffende vastgoed. Dan gaat de aandacht uit naar de genoemde opstalaansprakelijkheid van artikel 6:174 BW. Daarnaast kan de gemeente, zowel bij haar eigendommen als bij andermans vastgoed, nog in beeld komen wanneer zij contractspartij is, bijvoorbeeld wanneer zij contracteert over (privaat) beheer van de betreffende eigendommen en in dat kader aansprakelijkheidsregelingen treft.

Weer vooral 'buitenshuis', maar niet in openbaar gebied, is de vierde categorie. Die betreft het tijdelijk gebruik van lege ruimtes, zoals het gebruik van gebiedjes voor stadslandbouw, tijdelijke moestuinen en natuurspeelparken, maar ook het tijdelijk beheer van natuur of tijdelijke kunstwerken en –routes en het tijdelijk geven van andere functies aan leegstaande gebouwen. De al meermaals genoemde risicoaansprakelijkheid voor opstallen kan wel in beeld komen bij gebouwen en de openbare weg, maar verder niet. Voorts valt te denken aan een gemeentelijke aansprakelijkheid wanneer de gemeente een met het bestemmingsplan strijdig gebruik gedooft en dat onrechtmatig zou worden geacht.

Zowel binnens- als buitenshuis kunnen – ten vijfde – 'evenementen, festivals en feestjes' plaatsvinden. Volgens het Ministerie moet met het gemeentelijke evenementenbeleid met veiligheidsrisicoanalyses bezien worden welk initiatief via vergunning of acceptatie van een melding toegestaan kan worden. Ontstaat schade, dan is de vraag of de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door vergunning te verlenen. Dat is denkbaar wanneer die vergunning later wordt herroepen of vernietigd, maar ook wanneer dat niet gebeurd is en niet-belanghebbenden de burgerlijke rechter tot een uitspraak brengen dat de vergunning niet deugt en onrechtmatig is. Heeft een evenement, festival of feest plaatsgevonden zonder of in strijd met de vereiste publiekrechtelijke instemming, zoals een vergunning, dan zou de gemeente als toezichthouder aansprakelijk kunnen zijn, omdat zij te weinig toezicht op de naleving heeft gehouden.

7.3 Aansprakelijkheidsgrondslagen bij burgerinitiatieven in de openbare ruimte

Op activiteiten in de openbare ruimte kunnen publiekrechtelijke regels van toepassing zijn. Dat een activiteit uit een burgerinitiatief voortkomt, maakt dat uiteraard niet anders. Dat één afzonderlijk aansprakelijkheidsrecht bij burgerinitiatieven niet bestaat, brengt ook met zich dat er geen specifieke uitzonderingen op die normale aansprakelijkheidsgrondslagen gelden. We hebben het dus te doen met het gewone aansprakelijkheidsrecht.

Als grondslagen voor (mogelijke) gemeentelijke aansprakelijkheden voor burgerinitiatieven in de openbare ruimte zien wij de risicoaansprakelijkheid voor opstallen en openbare wegen, de aansprakelijkheid voor falend toezicht en gedogen, en de aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten. Deze grondslagen hebben wij in eerdere hoofdstukken al uitgebreid besproken en daarom noemen we ze nu kort, toegespitst op burgerinitiatieven. Wij voegen daaraan het nog niet eerder besproken 'veenbroei-arrest' toe, omdat daaruit onder omstandigheden aansprakelijkheid voor een gevaarzettende situatie volgt, alsmede de risico's die ontstaan indien de gemeente zelf de toepasselijke wet- en regelgeving niet naleeft.

7.3.1 Risicoaansprakelijkheid voor opstallen en openbare wegen

Zoals wij in het vorige hoofdstuk hebben besproken (paragraaf 6.7), vestigt artikel 6:174 BW een risicoaansprakelijkheid van de gemeente voor haar gebrekkige opstallen. Die komt in beeld wanneer de opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen en gevaar oplevert voor personen of zaken en dit gevaar zich verwezenlijkt.

Artikel 6:174 BW kent een ruim opstalbegrip, zijnde "gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken." Aldus is bijna ieder gemaakt voorwerp dat bedoeld is om op een bepaalde plaats te blijven, een opstal. Voor openbare wegen hoeft niet bezien te worden of zij 'gemaakt' zijn door aanleg, of van nature ontstaan zijn. Zij zijn op grond van artikel 6:174, tweede lid, BW altijd 'opstal', inclusief alles wat tot de weg behoort: vangrails, lichtmasten, bermen en dergelijke.

Voor toepasselijkheid van artikel 6:174 BW bij bouwsels, zoals speeltoestellen, is vereist dat het bouwsel duurzaam met de grond is verenigd. Bij de eis

van duurzaamheid gaat het niet alleen om het tijdsaspect, maar ook om de intentie van de eigenaar of bezitter om het werk duurzaam ter plaatse te laten functioneren. Het is naar onze indruk niet relevant, wie het bouwsel heeft aangebracht. Ook door particulieren in de openbare ruimte aangebrachte bouwsels die bedoeld zijn om langdurig ergens te functioneren, zijn opstallen. Zij zijn door de natrekkingsregels van het BW eigendom van de eigenaar van de grond waarmee deze bouwsels duurzaam zijn verenigd. Volgens artikel 5:20, eerste lid, aanhef en onder e, BW omvat de eigendom van de grond, voor zover de wet niet anders bepaalt, gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, voor zover ze geen bestanddeel zijn van een anders onroerende zaak. Dat brengt dus met zich, dat een gemeente als eigenaar van de ondergrond, aansprakelijkheid niet kan ontgaan met de stelling dat het werk, zoals het speeltoestel, is aangebracht door anderen. Zo'n toestel wordt door natrekking eigendom van de grondeigenaar en levert dan een risicoaansprakelijkheid voor de eigenaar van die opstal op.

Een gemeente is risicoaansprakelijk voor schade die ontstaat door een gebrekkig speeltoestel dat is geplaatst op gemeentegrond, ook al was het plaatsen van dat toestel een burgerinitiatief. Indien met een dergelijk initiatief wordt ingestemd, dient de gemeente zich derhalve te bekommeren omtrent de staat en de eigenschappen van het te plaatsen toestel en daar ook nadien aandacht aan te blijven besteden, wil zij haar aansprakelijkheidsrisico's beperken.

Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:174 BW treedt in wanneer de schade het gevolg is van een gebrekkige opstal die gevaar oplevert voor personen of zaken en dat gevaar zich heeft verwezenlijkt. Vastgesteld dient dan ook te worden dat de opstal op het moment van het ontstaan van de schade niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden vanuit het oogpunt van veiligheid en zorgvuldigheid mocht stellen. In het vorige hoofdstuk zijn wij uitgebreid ingegaan op artikel 6:174 BW. Wij verwijzen daarom naar paragraaf 6.7 en verder.

De vraag kan opkomen, of een aansprakelijk gestelde gemeente regres zou kunnen uitoefenen op de burgers die met instemming van de gemeente een speeltoestel op gemeentegrond hebben geplaatst. Regres is het recht van verhaal van een vordering op een derde partij. De grondslag voor regres is hier lastig. Voor de burgers die het speeltoestel hebben geplaatst geldt namelijk geen risicoaansprakelijkheid, zodat de gemeente uitsluitend zou kunnen

terugvallen op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. Die behelst – voor zover hier relevant – dat de burgers een onrechtmatige daad zouden moeten hebben gepleegd, die hen ook te verwijten valt. Dat lijkt ons niet eenvoudig te bewijzen.

7.3.2 Aansprakelijkheid voor falend toezicht

Falend toezicht kan ook in het kader van burgerinitiatieven voorkomen. Hierbij kan gedacht worden aan ondeugdelijke voorwerpen die door een burgerinitiatief in de openbare ruimte zijn geplaatst, het toezicht op de naleving van veiligheidsvoorschriften bij evenementen of het gebruik van de openbare ruimte in strijd met de regels van het bestemmingsplan. Voor aansprakelijkheid van de gemeente is uiteraard wel vereist dat het college is belast met het toezicht op de naleving van de toepasselijke regelgeving.

Dat laatste is niet het geval indien het toezicht aan bestuursorganen van andere overheden is toevertrouwd, zoals het geval is bij het toezicht op de naleving van het Warenwetbesluit attractie- en speeltoestellen. Op grond van dit laatste besluit is de eigenaar van een openbaar toegankelijk speeltoestel verantwoordelijk voor de veiligheid ervan. De NVWA is belast met de controle en inspectie van de veiligheid van speeltoestellen. Dat wil niet zeggen dat de gemeente onder de radar is verdwenen. De gemeente is verantwoordelijk voor de veiligheid wanneer zij zelf de eigenaar van een openbaar toegankelijk speeltoestel is, omdat dit vast in gemeentegrond is aangebracht. In dat laatste geval is de gemeente door natrekking namelijk eigenaar van het speeltoestel geworden. Indien de gemeente zelf zou nalaten om de bepalingen van het Warenwetbesluit attractie- en speeltoestellen na te leven, dan zou dat wellicht kunnen leiden tot gemeentelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens een burger die als gevolg van het ondeugdelijke speeltoestel schade heeft geleden. Daarnaast kan door de NVWA een bestuurlijke sanctie aan de gemeente worden opgelegd. Dat betreft evenwel geen gemeentelijke aansprakelijkheid voor falend toezicht. Die vorm van aansprakelijkheid zou kunnen liggen bij de NVWA, wanneer die ten onrechte geen of te weinig toezicht zou hebben uitgeoefend op de gemeente als eigenaar van het speeltoestel.

Zoals wij in het vierde hoofdstuk hebben besproken, is nog niet duidelijk welke toetsingsmaatstaf geldt voor gemeentelijk falend toezicht. Naar onze mening moet aangeknoopt worden bij de jurisprudentie over financiële

toezichthouders. Die jurisprudentie is inmiddels redelijk duidelijk en kan naar analogie ook op andere vormen van toezicht worden toegepast. Volgens jurisprudentie over financiële toezichthouders gaat het erom of het uitgeoefende toezicht voldoet aan die eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval relevant, waaronder in ieder geval de aard van het toezicht, de beleids- en beoordelingsvrijheid van de toezichthouder en het doel van het toezicht. Daarnaast moet naar onze mening ook acht geslagen worden op de strekking van de norm. Beoogt deze te beschermen tegen ernstige gevaren en dreigen die zich te verwezenlijken, dan is aansprakelijkheid nabij wanneer toch niet wordt opgetreden. Volgens lagere rechtspraak mag namelijk van de gemeente met betrekking tot een bekende overtreding een dwingend en voortvarend optreden worden gevergd, indien er sprake is van ernstige en acute gevaren en een aanmerkelijke kans op ernstige schade.¹⁸¹

Ook verder kan de strekking van de geschonden normen meewegen bij het antwoord op de vraag of de gemeente falend toezicht kan worden verweten.

Relevant in dit verband is een arrest over (mogelijke) gemeentelijke aansprakelijkheid in verband met een ingestort parkeerdek in Tiel. De gemeente kreeg het verwijt geen of onvoldoende toezicht te hebben uitgeoefend op de naleving van bepaalde bouwvoorschriften tijdens de bouw, maar volgens het hof hadden de betrokken bouwvoorschriften waarop het toezicht uitgeoefend diende te worden, niet de strekking om een in beginsel onbeperkte groep van benadeelden te beschermen tegen – kort gezegd – het ontstaan van vermogensschade.¹⁸² Aldus stond het relativiteitsvereiste aan gemeentelijke aansprakelijkheid in de weg.

De aansprakelijkheid voor falend toezicht is nog in ontwikkeling. In ieder geval zien wij in de ons bekende jurisprudentie geen basis voor de gedachte, dat die aansprakelijkheid op het ene terrein structureel soepeler wordt ingevuld dan elders. Er kan dus bijvoorbeeld niet in het algemeen gesteld worden dat falend toezicht op overtreding van gemeentelijke voorschriften bij burgerinitiatieven in de openbare ruimte, soepeler wordt beoordeeld dan ander falend toezicht. Het zal dus afhangen van ‘de omstandigheden van het geval’ of de

¹⁸¹ Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578 (CMI-brand).

¹⁸² Hof Arnhem 4 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5137.

gemeente bij dergelijk falend toezicht aansprakelijk is. Voor de inkleuring van die omstandigheden in het geval van falend toezicht bij burgerinitiatieven kan aangeknoopt worden bij de jurisprudentie over falend toezicht van financiële toezichthouders. Deze is uitgebreid besproken in paragraaf 4.3 e.v..

7.3.3 Gedogen

Gedogen is het bewust niet handhavend optreden tegen een overtreding van een wettelijk voorschrift. Gedogen kan formeel en informeel geschieden. Van formeel gedogen is sprake wanneer het tot handhaving bevoegde orgaan op aanvraag of ambtshalve een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb neemt, inhoudende dat het niet handhavend zal optreden. Van informeel gedogen is sprake, wanneer 'eenvoudigweg' niet wordt opgetreden, zonder dat daartoe enig besluit wordt genomen.

Stel dat een gemeentelijk pand in verband met een burgerinitiatief tijdelijk in gebruik wordt gegeven als een buurthuis, maar het vigerende bestemmingsplan dit gebruik niet toestaat. In zodanig geval is er sprake van een overtreding waartegen in beginsel moet worden opgetreden. De gemeente zal in dat geval inzichtelijk willen hebben welke risico's aan het gebruik als buurthuis zijn verbonden. Zo kan dit gebruik leiden tot overlast bij omwonenden, met als gevolg verminderd woongenot. Het is ook mogelijk dat een nabijgelegen buurtcafé omzetverlies lijdt door de komst van het buurthuis. In dit soort gevallen dient een gemeente zich af te vragen of het een dergelijk initiatief wel wil gedogen. Aangezien op het college een beginselplicht tot handhaving rust, zal de omwonende of de exploitant van het café hoogst waarschijnlijk handhavend optreden kunnen afdwingen, zo nodig door een gedoogbesluit bij de bestuursrechter aan te vechten. Dat kan ertoe leiden dat het burgerinitiatief alsnog moet worden gestaakt, hetgeen tot schade bij de initiatiefnemers kan leiden. Voorts kunnen de omwonenden en de exploitant van het café de gemeente verwijten dat zij niet tijdig heeft opgetreden en zij het gederfde woongenot of de gederfde omzet daarom moet vergoeden. Het zal er dan mede van afhangen, of in rechte kan komen vast te staan dat de gemeente inderdaad al op een eerder tijdstip had moeten handhaven, dan zij uiteindelijk gedaan heeft.

Wij achten in een dergelijk geval de kans op een succesvolle schadeclaim van de initiatiefnemers tegen de gemeente, klein. Het initiatief was immers

van begin af aan illegaal. Daaraan kunnen initiatiefnemers dus geen aanspraken op het achterwege blijven van handhaving ontleen.

In het geval de gemeente gewoonweg niet heeft opgetreden tegen een overtreding in verband met een burgerinitiatief, dan moet de aansprakelijkheid van de gemeente naar onze mening aan de hand van dezelfde criteria beoordeeld worden als die gelden voor de beoordeling van falend toezicht. Daarbij zal mede betekenis moeten toekomen aan de strekking van de norm, waarvan overtreding gedoogd wordt. Als die norm de strekking heeft om de veiligheid van personen te beschermen, en wanneer die veiligheid in het gedrag is gekomen, dan zou de gemeentelijke aansprakelijkheid naar ons idee niet al te makkelijk 'weg te schrijven' zijn.

Indien ten behoeve van een burgerinitiatief, bijvoorbeeld het tijdelijk gebruik van leegstaande ruimten, een overtreding van een wettelijk voorschrift (bijvoorbeeld een gebruiksbeperking uit de regels van een bestemmingsplan) wordt gedoogd op de naleving waarvan het college toezicht moet houden, dan ontstaat daarmee een aansprakelijkheidsrisico.

In een dergelijke situatie verdient het aanbeveling om – hoe gewenst het tijdelijke gebruik op zich ook kan zijn – zorgvuldig te bezien of er belangen zijn die geschaad zouden kunnen worden door dit gedogen en als dit het geval is, te bezien of het een en ander gelegaliseerd kan worden.

Indien het initiatief niet gelegaliseerd kan worden, is dus uiteindelijk de vraag of het initiatief niet beëindigd moet worden, mede vanwege aansprakelijkheidsrisico's.

Het is nog de vraag of een gedoogbesluit relevant is bij de beoordeling of de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door niet op te treden tegen een illegale situatie. Ook een gedoogbesluit kan formele rechtskracht krijgen, wanneer het niet is aangevochten. De bestuursrechter is evenwel van oordeel dat een gedoogbesluit onder omstandigheden niet in de weg mag staan aan honorering van een later verzoek om handhaving.¹⁸³ De formele rechtskracht van een gedoogbesluit lijkt dus niet absoluut. Daarom zou ondanks een eerder gedoogbesluit soms gemeentelijke aansprakelijkheid voor gedogen aangenomen kunnen worden.

¹⁸³ ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4425.

7.3.4 Het veenbroei-arrest

In paragraaf 7.3.1 bespraken wij de risicoaansprakelijkheid voor opstallen en openbare wegen. Deze aansprakelijkheid ziet op “gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken” en op openbare wegen. Zij ziet niet in het algemeen op ‘de openbare ruimte’. Er is, met andere woorden, uitdrukkelijk geen algemene risicoaansprakelijkheid voor ‘de openbare ruimte’.

Dat neemt echter niet weg dat ook in de (overige) openbare ruimte soms gemeentelijke aansprakelijkheid kan bestaan. Dat betreft dan geen risicoaansprakelijkheid, maar schuldaansprakelijkheid. Die schuldaansprakelijkheid volgt uit het veenbroei-arrest.

Dat arrest betrof een ongeluk op een buitendijks gebied (schor), gelegen tussen de dijk ten noorden van Den Oever en de Noorderhavendam. De vijf jaar oude Michiel Daalder, die van de dijk af de schor was opgegaan, zakte met zijn rechterbeen in de bodem weg en kwam in ter plaatse aanwezige veenbroei terecht. Dat veroorzaakte verbranding aan zijn been. De schor was eigendom van de Staat en bij dezen in beheer. De schor was niet bestemd als recreatiegebied en niet speciaal toegankelijk gemaakt voor het publiek, maar de toegang werd door de Staat wel gedoogd. Ten tijde van het ongeval bevonden zich in dit gebied veenhopen, waarin een enkele maal veenbroei optrad, die zich doorgaans zichtbaar manifesteerde in rookpluimen, damp of stoom. De Staat had geen borden ter plaatse neergezet om tegen de aan veenbroei verbonden gevaren te waarschuwen.

In het arrest was aan de orde of de Staat onrechtmatig had gehandeld door niet te waarschuwen voor gevaar van verbranding dat aan het betreden van een buitendijks gebied was verbonden door het optreden van veenbroei, of door de toegang tot dat gebied niet te verbieden. De Hoge Raad achtte de Staat aansprakelijk, omdat deze de zorg voor het betreffende gebied had en in dat geval had moeten waarschuwen:

“Degene die de zorg voor een terrein heeft, handelt in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, wanneer hij, terwijl hij moet verwachten dat het publiek dit terrein zal

betreden en weet dat zich op dit terrein een voor het publiek niet steeds waarneembaar gevaar als het onderhavige voordoet, dat aan het publiek niet bekend is, niettemin nalaat maatregelen te nemen zoals een ter plaatse kenbaar verbod het terrein te betreden of waarschuwing voor dit gevaar. Zulks wordt niet anders wanneer zich op dit terrein ook andere, wel aan het publiek bekende gevaren voordoen.”¹⁸⁴

Het veenbroei-arrest leidt naar onze mening tot een behoorlijk zware aansprakelijkheid van de overheid, die geldt wanneer degene met de zorg voor een terrein weet dat dat terrein gevaren kan opleveren die niet altijd goed kenbaar zijn, en geen maatregelen treft om de gevaren te beperken. Om die reden dient het arrest volgens ons ook bij burgerinitiatieven in de openbare ruimte in het achterhoofd gehouden te worden.

Een gemeente kan onder omstandigheden gevaarzettend, en daarmee onrechtmatig, handelen indien zij grond die bij haar in eigendom is laat gebruiken, bijvoorbeeld voor een festival of andersoortig evenement, terwijl er gevaren zijn verbonden aan het gebruik van dat terrein, bijvoorbeeld omdat het niet geschikt is voor grote groepen mensen omdat de ontsluiting beperkt is.

Wanneer de gemeente als eigenaar van het gebied, waar een burgerinitiatief tot ontwikkeling komt, wetenschap heeft van serieuze gevaren voor de gezondheid, dan zou zij – om aansprakelijkheid te voorkomen – maatregelen dienen te treffen om die gevaren kenbaar te maken of zelfs het gebruik van het gebied moeten verbieden. Ter denken is bijvoorbeeld aan een waarschuwing tegen blauwalg of een zwemverbod, wanneer bekend is dat blauwalg in een oppervlaktewater voorkomt. Waarschuwingen en verboden zijn uiteraard niet bevorderlijk voor burgerinitiatieven, maar burgerinitiatieven die tot gemeentelijke aansprakelijkheid op basis van het veenbroei-arrest leiden, zijn ook niet wenselijk.

Indien gemeentegrond in gebruik wordt gegeven ten behoeve van een burgerinitiatief, zoals een motorcrossbaan, dan dient de gemeente er op toe te zien dat hiermee geen bijzondere gevaren in het leven worden geroepen. Dit kan zij doen door ofwel het initiatief naar zich toe te trekken (te ‘adopter’) door de baan zelf aan te leggen, maar het is ook denkbaar dat de gemeente veiligheidseisen stelt aan het gebruik van de grond.

¹⁸⁴ HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 m.n.t. W.C.L. van der Grinten (Veenbroei).

Indien voor zo'n initiatief een vergunning op grond van de APV nodig is, zal het gemeentebestuur dienen te bezien of een vergunning verleend kan worden, eventueel onder voorschriften. Het zal dan afhangen van de mogelijkheden in de APV, in hoeverre ook veiligheidsvoorschriften gesteld kunnen worden.

7.3.5 Niet-naleving van regelgeving door de gemeente

Ook bij burgerinitiatieven in de openbare ruimte kan de gemeente de geadresseerde van regelgeving zijn en dus degene die gehouden is tot naleving. Denk aan het genoemde Warenwetbesluit attractie- en speeltoestellen, dat de eigenaar van een openbaar toegankelijk speeltoestel verantwoordelijk houdt voor de veiligheid ervan. Dit besluit bevat regels voor ontwerp, constructie, beheer en onderhoud van speeltoestellen en verplicht de beheerder of eigenaar van een openbaar toegankelijk speeltoestel ertoe om het toestel aan deze regels te laten voldoen. Dat betekent dus dat ook door particulieren bij wijze van burgerinitiatief geconstrueerde en in het openbaar gebied geplaatste speeltoestellen aan de regelgeving hebben te voldoen en dat de gemeente (als eigenaar van de grond) bij niet-naleving met handhavingsacties geconfronteerd kan worden.

Evenzeer kan dat betekenen dat de gemeente aansprakelijk is, wanneer het toestel niet aan de eisen voldoet en daardoor een ongeval gebeurt. Naast de al genoemde risicoaansprakelijkheid van artikel 6:174 BW, zou een aansprakelijkstelling dan gebaseerd kunnen worden op een gemeentelijke schending van een wettelijk voorschrift. Dat zou een eigen onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW kunnen opleveren.

7.4 Effecten van vergunningen op aansprakelijkheden

Een aantal burgerinitiatieven is vergunningplichtig of meldingplichtig. Denk aan het organiseren van feesten en evenementen, bijvoorbeeld op de openbare weg. Daarvoor kent de gemeentelijke APV een vergunningen- of meldingenstelsel. In beide gevallen is de goedkeurende beslissing van het gemeentebestuur een besluit in de zin van de Awb.¹⁸⁵

Het is allereerst de vraag of zo'n besluit vrijwarende werking voor de organisator heeft, in die zin dat de organisator aansprakelijkheid voor schade van anderen door de vergunde activiteit mag afwijzen met een beroep op het be-

¹⁸⁵ Zie voor de melding ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RV5:2015:14.

sluit. Een tweede vraag is of de gemeente aansprakelijk zou zijn, wanneer het vergunde of gemelde evenement schade veroorzaakt. Een vergunning geeft uiteraard geen vrijbrief tot onrechtmatig handelen, maar levert wel geregeld vragen over vrijwarende werking op.

7.4.1 Vrijwarende werking?

Of een vergunning (of aanvaarde melding) vrijwarende werking heeft, hangt af van het toetsingskader van de betrokken publiekrechtelijke regeling. Dat blijkt uit het arrest Ludlage/Van Paradijs.

Ludlage en Van Paradijs zijn burens. Ludlage heeft achter zijn huis een uitbouw geplaatst, nadat hij van de gemeente een bouwvergunning had verkregen. De uitbouw onthield licht en uitzicht bij Van Paradijs, die daarom meende dat Ludlage jegens hem onrechtmatig had gehandeld. De rechtbank onderschreef dat en beval Ludlage om de uitbouw gedeeltelijk af te breken en de eerder aanwezige gemeenschappelijke muur terug te plaatsen. Het hof bevestigde het vonnis op deze punten. Het hof achtte niet van belang dat Ludlage van de gemeente een bouwvergunning had verkregen, omdat de bouwvergunning hem niet het recht gaf om aan zijn burens onrechtmatige hinder toe te brengen.

De Hoge Raad kwam vervolgens met een uitgebreid en subtiel oordeel. Het hangt af van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, en dat in verband met de omstandigheden van het geval, of die vergunning relevant is bij de beoordeling van de vraag of onrechtmatig is gehandeld:

“Het antwoord op de vraag of sprake is van onrechtmatige hinder, hangt af van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend, en de mogelijkheid – mede gelet op de daaraan verbonden kosten – en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te treffen. Of en in hoeverre een door de overheid verstrekte vergunning invloed heeft op de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van degene die overeenkomstig de hem verstrekte vergunning handelt, doch daarbij schade of hinder toebrengt aan derden, hangt af van de aard van de

vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval. De vergunninghouder mag in het algemeen erop vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen, en dat hij gerechtigd is van die vergunning gebruik te maken. Het belang van het voorkomen van onrechtmatige hinder door het gebruik maken van door een bestemmingsplan toegestane bouwmogelijkheden is niet een belang dat door de wettelijke regeling van het bestemmingsplan wordt nagestreefd. Niettemin kan het bestemmingsplan meer of minder sterke aanwijzingen bevatten dat, voor zover het gaat om de elementen die in het bestemmingsplan regeling hebben gevonden, het gebruik maken van de toegestane bouwmogelijkheden naar maatschappelijke opvattingen niet als onrechtmatige hinder is te beschouwen.¹⁸⁶

Passen wij dit arrest toe op vergunningen of aanvaarde meldingen voor feesten of evenementen, dan zien wij dat ook daar de vergunninghouder erop mag vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen. Dat hoeft echter zeker niet te betekenen, dat daarmee aansprakelijkheid jegens derden is uitgesloten. Een vergunning vrijwaart in de regel niet van aansprakelijkheid jegens derden. Een vergunning regelt doorgaans namelijk geen aansprakelijkheidskwesties.

Het bezit van een vergunning zal er niet snel toe leiden dat de initiatiefnemer is gevrijwaard van aansprakelijkheid jegens derden.

Er moet per geval bezien worden, of een bepaald belang bij vergunningverlening is meegewogen. Gaat het om een belang buiten het betrokken wettelijke kader, dan mag dat niet zijn meegewogen en kan de vergunninghouder zich in ieder geval niet beroepen op vrijwarende werking van de vergunning, indien schade door schending van dat belang optreedt. Ook verder dient te worden vastgesteld dat vergunningen- of meldingstelsels doorgaans niet meer doen, dan te beogen om via belan-

186 HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, NJ 2006, 418 (Ludlage/Van Paradijs).

genafwegingen het risico van schending van belangen en/of veroorzaking van schade te voorkomen of zoveel mogelijk te beperken. Zij zullen ook daarom niet snel vrijwaren van aansprakelijkheid, wanneer onverhoopt schade wordt veroorzaakt.

7.4.2 Gemeentelijke aansprakelijkheid bij vergund evenement?

Een vraag is, of de gemeente aansprakelijk zou zijn, wanneer het vergunde of gemelde evenement schade veroorzaakt en men van mening is, dat de vergunning niet juist is of de melding niet aanvaard had mogen worden. Omdat richtinggevende jurisprudentie ontbreekt, pogen wij zelf een antwoord te formuleren voor het geval een evenement vergund is.

Indien een vergunning of aanvaarde melding niet wordt aangevochten, verkrijgt het betreffende besluit formele rechtskracht. Deze geldt slechts jegens belanghebbenden.¹⁸⁷ Een besluit dat formele rechtskracht heeft verkregen, kan niet onrechtmatig worden bevonden. Dat betekent dat dat besluit voor rechtmatig moet worden gehouden. Het is dan lastig om dan toch tot een gemeentelijke aansprakelijkheid te komen op basis van de stelling dat het besluit niet deugde.

Daarnaast is denkbaar dat degene die schade heeft geleden in verband met een evenement, ten tijde van het verlenen van de evenementenvergunning (en de daaropvolgende bezwaartermijn) niet belanghebbend was. In een dergelijk geval lijkt hem geen formele rechtskracht tegengeworpen te kunnen worden. In dat geval zal de gemeente dus geen beroep op de formele rechtskracht en dus de rechtmatigheid van de verleende vergunning kunnen doen. De rechter zal dan zelfstandig dienen te beoordelen of die vergunning rechtmatig was en bovendien of de gemeente ook los van die vergunning onrechtmatig heeft gehandeld. Het is niet ondenkbaar dat indien de rechter tot de conclusie komt dat de vergunning niet verleend had mogen worden, of de melding niet had mogen worden aanvaard, de gemeente aansprakelijk is voor de schade die het evenement heeft veroorzaakt. Voordat tot die conclusie kan worden gekomen dient evenwel ook nog getoetst te worden aan de overige vereisten voor een onrechtmatige daad, in het bijzonder de vereisten van relativiteit en causaal verband. Bij deze eerste eis zal in een geval als het onderhavige de vraag zijn of de norm die het college had geschonden door een

¹⁸⁷ Zie paragraaf 3.2.2.

vergunning te verlenen, er wel toe strekte om de benadeelde te beschermen tegen de schade zoals hij die had geleden. In het kader van de toets van causaliteit zal meer in het bijzonder bezien moeten worden of de schade van de benadeelde wel in een *condicio-sine-qua-non* verband staat tot de verleende vergunning, en of die schade in redelijkheid aan de verleende vergunning kan worden toegerekend. Met name aan deze laatste eis zal niet in alle gevallen eenvoudig zijn voldaan. Korthedshalve verwijzen wij verder naar de paragrafen 2.2.3 en 2.2.4, alsmede 3.3 en 3.4.

Onder omstandigheden zou degene die schade heeft geleden als gevolg van (een voorval tijdens) een evenement, tegengeworpen kunnen worden dat de daarvoor verleende evenementenvergunning formele rechtskracht heeft verkregen. Daarvoor is dan in ieder geval wel vereist dat hij belanghebbend was bij die vergunning en hij geen rechtsmiddelen daartegen heeft aangewend, althans dit niet met succes heeft gedaan.

In veel gevallen zal de leer van de formele rechtskracht, bij schade als gevolg van (een voorval tijdens) een evenement, echter geen soelaas bieden, aangezien de benadeelde niet kwalificeert als belanghebbende bij de evenementenvergunning, of uiteraard omdat het besluit deugde.

7.5 Voorschriften aan vergunningen

Het is gebleken dat gemeenten aansprakelijk kunnen zijn wanneer burgerinitiatieven tot schade leiden. De vraag kan dan opkomen of de gemeente aansprakelijkheidskwesties publiekrechtelijk kan regelen, bijvoorbeeld of de gemeente aansprakelijkheidsregelingen als voorschrift aan een vergunning kan verbinden. Dat mag niet, tenzij de betreffende publiekrechtelijke regeling daarvoor expliciet een grondslag geeft. Dat is echter zelden het geval.¹⁸⁸

Naar de huidige stand van de rechtspraak kan doorgaans niet in een vergunningvoorschrift een regeling omtrent de aansprakelijkheid van de gemeente worden getroffen.

Het is dus zaak om te bezien wat er wel kan. Veel vergunningstelsels bieden de mogelijkheid om voorschriften ter bescherming van één of meer belangen aan een vergunning te verbinden. Bezien zal in ieder geval moeten worden, in hoeverre het stelsel de mogelijkheid biedt om voorschriften op veiligheidsvlak aan de vergunning te verbinden. Als die mogelijkheid niet bestaat, maar toch gewenst is, zal moeten worden bezien of het vergunningstelsel aan-

188 ARRS 30 augustus 1985, AB 1986, 243 m.nt. D.A. Lubach (Stompwijk/Zoeterwoude).

gepast kan worden. De raad heeft immers de bevoegdheid om de eigen verordeningen aan te passen. De raad zou in een concreet vergunningenstelsel dan alsnog kunnen invoeren, dat het belang van de veiligheid moet worden meegenomen, en een grondslag kan zijn om een vergunning te weigeren, of voorschriften aan de vergunning te verbinden. Het is dan overigens niet mogelijk om een reeds verleende vergunning alsnog van 'nieuwe' voorschriften te voorzien, op grond van de rechtszekerheid die een vergunninghouder kan ontlenen aan een eenmaal verleende (en onherroepelijk geworden) vergunning.

7.6 Aansprakelijkheidsrisico's beperken met contracten

In de vorige paragraaf bleek dat een vergunning niet de juiste plaats is voor regelingen over aansprakelijkheid. De vraag kan dan rijzen, of dat wel bij overeenkomst kan. Denk aan het regelen van onderhoud aan een door particulieren geplaatst speeltoestel, en/of het regelen dat zij het toestel laten keuren. Denk verder aan een regeling dat na een feest in de openbare ruimte de ruimte wordt opgeruimd en veilig wordt 'opgeleverd' zodat deze na het feest weer goed en veilig voor een ieder begaanbaar is.

De figuur van de overeenkomst kan een goed instrument zijn om gemeentelijke risico's te beperken en afspraken te maken over aansprakelijkheden. Vereist is uiteraard wel wilsovereenstemming tussen de diverse betrokken partijen. De gemeente kan niet eenzijdig een andere partij een overeenkomst opdringen.¹⁸⁹ Mocht de andere partij echter weigeren om een overeenkomst te sluiten, terwijl de gemeente wel een rechtsgrond heeft om het sluiten daarvan te verlangen, dan kan de gemeente consequenties trekken uit het uitblijven van overeenstemming. Zo kan de gemeente het gebruik van de gemeentegrond verbieden, indien de initiatiefnemers niet bereid zijn om een op redelijke gronden gevraagde overeenkomst te sluiten.¹⁹⁰ Daarmee kan de gemeente dus toch sturen op een burgerinitiatief, althans wanneer dat plaatsvindt op gemeentegronden.

189 HR 23 juni 2006, AB 2007, 99 m.nt. G.A. van der Veen, ECLI:NL:HR:2006:AW6161 (Staat/Diepemaat).

190 HR 9 november 2012, AB 2013, 1 m.nt. A.H.J. Hofman en G.A. van der Veen, ECLI:NL:PHR:2012:BX0736 (Götte).

Met name indien de gemeente eigenaar is van de gronden waarop is beoogd een burgerinitiatief te ontplooiën, kan de gemeente verlangen dat de initiatiefnemer met haar een overeenkomst aangaat waarin (onder meer) een regeling omtrent aansprakelijkheid is getroffen. Ontbreekt het de gemeente aan een onderhandelingspositie, bijvoorbeeld omdat niet haar privaatrechtelijke toestemming vereist is voor het gebruik van de grond, dan is het formeel gezien niet goed mogelijk om af te dwingen dat een dergelijke overeenkomst wordt gesloten. In zodanig geval is de gemeente aangewezen op het verbinden van voorschriften aan, of weigeren van, de vergunning.

Een overeenkomst kan niet leiden tot overdracht van aansprakelijkheid, maar wel tot een regeling ten aanzien van vrijwaring of verdeling van draagplicht. Zo zal de gemeente ook bij een contractuele regeling zelf aansprakelijk blijven voor falend toezicht of gebrekkig wegbeheer. Met een contractuele regeling kan de gemeente proberen niet in een aansprakelijkheidskwestie te geraken met de burgers achter een initiatief. Dit kan door zaken 'gewoon' goed te regelen, zoals het onderhoud en de veiligheid van een speeltoestel. Als het echter onverhoopt toch misgaat, zal een contractuele regeling naar onze mening hooguit tot een vrijwaring of verdeling van schade kunnen leiden, maar de gemeente niet kunnen beschermen tegen aansprakelijkstellingen door benadeelden. Voor benadeelden zal de gemeente waarschijnlijk dan ook doorgaans het eerste aanspreekpunt blijven, te meer wanneer zij zich kunnen beroepen op één of meer grondslagen voor gemeentelijke aansprakelijkheid en de gemeente bovendien voldoende draagkrachtig zal zijn om de geleden schade te vergoeden (hetgeen bij de initiatiefnemers niet altijd het geval is).

Overigens achten wij het wel mogelijk om – indien de gemeente eigenaar is van de opstal waarin of het terrein waarop het evenement zal plaatsvinden – een gebruiksvergoeding te bedingen, bijvoorbeeld op basis van een contract voor korte verhuur. Die vergoeding zou vervolgens ook gebruikt kunnen worden om de aansprakelijkheidsrisico's van de gemeente te verzekeren, bijvoorbeeld door het afsluiten van een zogenoemde Collectieve Evenementenverzekering voor Gemeenten.¹⁹¹

Of een contractuele aansprakelijkheidsregeling voor gemeenten aanbevolen moet worden, is de vraag. Burgerinitiatieven kunnen het resultaat zijn van kleine inspanningen van velen. Het zal dan lastig zijn om een contractuele wederpartij te vinden, die zich daadwerkelijk wil binden. Los daarvan dient steeds de vraag te zijn, hoe reëel het is om van burgers te verlangen dat zij

¹⁹¹ Zie https://www.centraalbeheer.nl/CB%20Downloads/Brochure_Evenementenverzekering_voor_Gemeenten.pdf

zich binden. Voorts is de vraag of een contractuele binding echt wat brengt, wanneer een met medeweten van de gemeente in stand gehouden burgerinitiatief serieuze schade veroorzaakt. Een contractuele regeling garandeert immers geen nakoming, terwijl het in een dergelijk geval bovendien de vraag is of de initiatiefnemer voldoende draagkrachtig zal zijn.

7.7 Samenvatting

Gemeenten krijgen steeds meer met burgerinitiatieven te maken en lopen daarom tegen aansprakelijkheidsvragen aan. Er is echter geen afzonderlijk leerstuk 'overheidsaansprakelijkheid bij burgerinitiatieven' en dus zijn de gewone regels van de overheidsaansprakelijkheid van toepassing. Zo kan de gemeente aansprakelijk zijn voor gebrekkige opstellen, ook als die door burgerinitiatieven tot stand gekomen zijn. De gemeente kan verder bijvoorbeeld aansprakelijk zijn voor falend toezicht.

Voor burgerinitiatieven in de openbare ruimte zijn diverse aansprakelijkheidsgrondslagen relevant, zoals de opstalaansprakelijkheid van artikel 6:174 BW en de aansprakelijkheid die uit het 'veenbroei-arrest' kan voortvloeien. Vergunningen hebben weinig effect op dergelijke aansprakelijkheden en evenmin kan via het verbinden van voorschriften aan vergunningen gepoogd worden om gemeentelijke aansprakelijkheden te beperken. Wel kunnen voorschriften natuurlijk gebruikt worden om het ontstaan van schade te voorkomen. Tot slot kan in een overeenkomst een regeling worden getroffen bijvoorbeeld ten aanzien van vrijwaring of de verdeling van de draagplicht bij aansprakelijkheid als gevolg van het burgerinitiatief.

7.8 Aanbevelingen

De juridische inkadering van burgerinitiatieven is nog in ontwikkeling. Dat geldt ook voor aansprakelijkheden die aan burgerinitiatieven gelieerd kunnen worden. Dat betekent dat onze aanbevelingen ten aanzien van aansprakelijkheden enigszins een tentatief karakter hebben. Zij worden nog niet door jarenlange ervaringen met vele verschillende projecten geschaagd.

- Ten eerste raden wij aan om de duidelijkheid tussen gemeente en initiatiefnemers te bevorderen. In de praktijk zal de gemeente die duidelijkheid moeten verschaffen. De gemeente dient niet alleen duidelijkheid te geven over ieders taken en bevoegdheden, maar ook over ieders mogelijke aansprakelijkheden. Dat voorkomt 'wijzen achteraf', waarbij vermoedelijk het meest succesvol in de richting van de gemeente zal worden gewezen.

De gemeente is voor benadeelden immers een vrij makkelijk te vinden partij. Bovendien is de gemeente doorgaans ook verzekerd en biedt zij mede daarom meer kans op verhaal, dan de individuele burgers die ooit het initiatief zijn gestart, maar intussen (wellicht) verhuisd zijn. Het is dus verstandig om aansprakelijkheidskwesties voor te zijn, door met initiatiefnemers af te spreken dat zij onderhoud en veiligheid van hun initiatieven op orde houden. Daarbij moet duidelijk zijn, dat onderhoud en veiligheid niet vrijblijvend kan zijn. Hoe belemmerend dat voor initiatieven ook zijn kan, duidelijk moet zijn dat het initiatief anders niet kan voortduren. Denk bij niet veilige speeltoestellen aan verwijdering van de gemeentelijke openbare ruimte. Bij een vastgezet toestel is de gemeente door natrekking eigenaar geworden. Het staat de gemeente als eigenaar vrij om op die basis het toestel te verwijderen. Mocht de gemeente in dat geval overigens bevreesd zijn voor verwijten van eigenrichting en de zaak daarom aan de rechter willen voorleggen, dan zou zij in een kort gedingprocedure kunnen vorderen dat de initiatiefnemers het toestel zelf verwijderen. Aanvullend zou de gemeente zekerheidshalve nog een vordering tot verkrijging van een vervangende machtiging kunnen indienen.

- Ten tweede dient de vraag beantwoord te worden of voor een burgerinitiatief een formele structuur opgetuigd dient te worden, of niet. Denk aan het oprichten van een stichting of vereniging, die het beheer van een bepaald gebied op zich neemt. Voor beheer en gebruik van een gebouw zal een formele structuur in ieder geval nuttig kunnen zijn. Met een formele structuur, zoals een stichting of vereniging, kan duidelijk worden gemaakt dat een bepaald burgerinitiatief geen 'eendagsvlieg' is, die na de totstandkoming wellicht te makkelijk tot afschuiven van taken op de gemeente leidt. Met een formele structuur kunnen taken duidelijk worden toegekend, bijvoorbeeld aan het bestuur van de stichting of de vereniging. De stichting of de vereniging kunnen zich ook tegen (mogelijke) aansprakelijkheden verzekeren. Dat kan de druk op de gemeente van benadeelden beperken, wanneer het onverhoopt misgaat en het initiatief schade veroorzaakt. Een formele structuur houdt aansprakelijkheden, zoals de opstalaansprakelijkheid en de aansprakelijkheid voor falend toezicht niet weg bij de gemeente, maar zou eraan moeten bijdragen dat het niet zover komt. Dat maakt dan wel duidelijk, dat ook een formele structuur de gemeente niet ontslaat van haar normale toezichthoudende taken.
- Ten derde – deels voortbouwend op de zojuist genoemde formele structuur – dient bezien te worden hoe de continuïteit van het burgerinitiatief

bevorderd kan worden, bijvoorbeeld hoe erin wordt voorzien dat een bij burgerinitiatief opgericht speeltoestel uiteindelijk niet toch door de gemeente onderhouden gaat worden, omdat het burgerinitiatief het erbij laat zitten en de gemeente (uiteeraard) haar zorg niet wil verzaken en ook geen aansprakelijkheidsrisico's op basis van artikel 6:174 BW wil lopen. Het is immers niet de bedoeling dat een burgerinitiatief er uiteindelijk toe leidt dat de gemeente 'met de gebakken peren' moet blijven zitten als het initiatief niet verder wordt behartigd, en dan alsnog een gemeentelijke taak (en kostenpost) zou worden.

