

# De relativiteit van wettelijke normen en de toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad

Bespreking van de proefschriften van mr. P.W. den Hollander en mr. L. Di Bella

*Mr. R. Meijer\**

## 1 Relativiteit in het kwadraat

De hedendaagse rechtsorde is meerlagig en kent een grote verscheidenheid aan (wettelijke) normen. In een dergelijke complexe samenleving zijn normschendingen aan de orde van de dag. Een deel van deze normschendingen zal ook schade tot gevolg hebben. Daarmee rijst onvermijdelijk de vraag of deze schade kan worden verhaald op degene die de normschending heeft begaan. Kenmerkend voor het Nederlandse stelsel van aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad is het relativiteitsvereiste. Niet elke gedraging die een normschending oplevert en in causaal verband staat tot de schade levert aansprakelijkheid op, maar louter schending van een norm die beoogt de benadeelde te beschermen tegen de door hem geleden schade.<sup>1</sup>

Het relativiteitsvereiste komt in een tweetal recente proefschriften aan de orde. Het proefschrift van Den Hollander over 'de relativiteit van wettelijke normen' is volledig gewijd aan dit onderwerp.<sup>2</sup> Het proefschrift van Di Bella, dat eerder verscheen, handelt ook over de relativiteitsproblematiek, maar dan toegespitst op de situatie van overheidsaansprakelijkheid.<sup>3</sup> Het onderzoek van Di Bella gaat daarnaast ook in op de aansprakelijkheidsvereisten van toerekenbaarheid en causaliteit bij overheidsaansprakelijkheid. Hoewel beide proefschriften dus deels een andere invalshoek en reikwijdte hebben, rechtvaardigt de overlap ten aanzien van het relativiteitsvereiste een gezamenlijke bespreking.

\* Mr. R. Meijer is advocaat bij ZIPPRO MEIJER CITTEUR te Amsterdam.

1. Negatief geformuleerd in art. 6:163 BW
2. P.W. Den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2016.
3. L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2014. Ook besproken door R.J.B. Schutgens in *Themis* 2016, p. 271-277 en A.A. van Rossum in *O&A* 2014/52.

Hierna bespreek ik eerst het proefschrift van Den Hollander en vervolgens het proefschrift van Di Bella. Daarbij bespreek ik de belangrijkste bevindingen uit de onderzoeken en plaats hier en daar een kanttekening. Twee thema's licht ik er in het bijzonder uit. Dat betreft de kwestie van de relatieve onrechtmatigheid, van welk concept Den Hollander afscheid zou willen nemen (par. 4), en de vraag of er moet worden uitgegaan van het vermoeden van de aanwezigheid van relativiteit. Den Hollander beantwoordt deze vraag stellig ontkennend. Di Bella ziet wel enige ruimte voor (een afgezwakte vorm van) deze benadering. Hierop wordt in paragraaf 5 nader ingegaan.

## 2 Proefschrift Den Hollander

Het boek van Den Hollander kent een heldere opbouw. De auteur gaat eerst in op het bestaande debat over het relativiteitsvereiste, waarbij er van veel auteurs kritiek is op de huidige toepassing van het relativiteitsvereiste. De rechter zou wegens rechtspolitieke motieven aansprakelijkheid afwijzen op basis van het relativiteitsvereiste. Er zijn echter ook instemmende geluiden te horen over de toepassing van het relativiteitsvereiste.

### 2.1 Onderzoeksvraag

Tegen de achtergrond van deze polemiek over het relativiteitsvereiste wordt vervolgens de onderzoeksvraag geformuleerd. De kernvraag is of de rechter zich bij de toepassing van het relativiteitsvereiste inderdaad laat leiden door rechtspolitieke motieven die hij aan de wetgever zou moeten laten, of dat de rechter precies doet wat er van hem verwacht mag worden. Om deze vraag te beantwoorden beoogt de auteur een theoretisch kader te ontwikkelen dat voorziet in een samenhangende visie op de definitie van het relativiteitsvereiste, zijn ratio en de toets aan dit vereiste van wettelijke normen. Dit kader moet in het onderzoek uitmonden in een model voor het vaststellen van de relativiteit door de rechter in een concreet geval.

### 2.2 Toetsingsmodel

Beknopt weergegeven – waarmee ik ongetwijfeld geen recht doe aan de grondige beschrijving van de auteur – staat Den Hollander een model voor waarin het zogeheten institutionele perspectief van de legitimiteit van het relativiteitsoordeel vooropstaat.<sup>4</sup> Daarmee bedoelt de auteur dat het moet gaan om de legitimiteit van het relativiteitsoordeel in het licht van de verhouding van de rechter tot de wetgever. Dit wordt geplaatst tegenover het materieel aansprakelijkheidsrechtelijke perspectief, waarbij het gaat om de wenselijkheid van de uitkomst (wel of geen relativiteit). Het vaststellen van relativiteit door de rechter is volgens de auteur een kwestie van wetsinterpretatie, waarbij het aan de rechter zelf is om grenzen te stellen aan zijn interpretatief mandaat. Voor het bepalen van deze grenzen bepleit Den Hollander een tweefasetoets, waarbij hij, in navolging van Lankhorst,<sup>5</sup> een onderscheid aanbrengt tussen de eerste fase, waarbij het beschermingsdoel centraal staat, en een tweede fase, waar het gaat om de beschermingsomvang van de norm. Bij de vraag naar het beschermingsdoel gaat het erom of de geschonden norm naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. De beoogde bescherming moet daarbij meer inhouden dan dat individuele burgers op enige manier gebaat zijn bij de bescherming van een bepaald algemeen belang. Het gaat niet om een afgeleide bescherming, maar de norm moet naast een algemeen belang beogen rechtstreeks bepaalde individuele vermogensbelangen te beschermen.

Pas als is komen vast te staan dat aan het beschermingsdoel van de geschonden norm is voldaan, wordt toegekomen aan de fase van de beschermingsomvang. Daarbij gaat het erom of het geschade belang van de benadeelde kan worden geschaard onder de individuele vermogensbelangen die de norm beoogt te beschermen. Beide fasen – beschermingsdoel en beschermingsomvang – bevinden zich volgens Den Hollander op een ander abstractieniveau. De beschermingsomvang bevindt zich op het abstracte niveau van de norm als zodanig (de vraag of de norm in algemene zin beoogt vermogensbelangen te beschermen) en abstraheert van het concrete geval. De fase van de beschermingsomvang ziet juist op het concrete geval.

### 2.3 Terughoudende versus actieve opstelling

Bezien vanuit het voornoemde institutionele perspectief – de verhouding tussen de wetgever en de rechter – betekent voorgaande volgens Den Hollander dat de rechter zich terughoudend zou moeten opstellen in de fase van de beschermingsomvang. Met terughoudend wordt bedoeld dat de rechter alleen indien er positieve aanwijzingen zijn in de wettekst en wetgeschiedenis van de geschonden norm, aanneemt dat de norm naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen.

4. Het toetsingsmodel wordt uitgewerkt in hoofdstuk 4 van het proefschrift van Den Hollander.

5. G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Daarentegen zou de rechter zich bij beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang juist actief moeten opstellen. Het gaat er bij de beantwoording van deze vraag om of het specifiek geschade belang van de concrete benadeelde valt binnen de beschermingsdoelstelling die in de eerste fase is vastgesteld. Het gaat daarmee om een gevalsvergelijking en de keuzes die de rechter in dit kader maakt, hebben alleen consequenties voor het voorliggende geval.

### 2.4 Correctie Langemeijer

Ook in situaties waarin er geen positieve aanwijzingen zijn dat de wetgever met de norm heeft beoogd individuele vermogensbelangen te beschermen – en de rechter volgens het model van Den Hollander dus niet anders kan oordelen dan dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste – heeft de auteur er oog voor dat er soms behoefte zal bestaan om aansprakelijkheid aan te nemen. Dit zou door middel van de correctie Langemeijer kunnen worden bereikt. Den Hollander ziet de correctie Langemeijer als een materieel aansprakelijkheidsrechtelijk bijsturingmechanisme bij het institutioneel model voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm. In mijn woorden: als de uitkomst van de relativiteitstoets conform het toetsingsmodel naar het oordeel van de rechter in een concreet geval geen recht doet aan de situatie en leidt tot een onwenselijke uitkomst, kan er worden bijgestuurd door met behulp van de correctie Langemeijer alsnog aansprakelijkheid aan te nemen.

### 2.5 De rechtspraak van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak getoetst aan het model

Den Hollander vervolgt zijn onderzoek door de rechtspraak van de Hoge Raad over het relativiteitsvereiste langs de maatstaf van het door hem ontwikkelde institutionele (tweefase)model te leggen.<sup>6</sup> Hij komt daarbij tot de genuanceerde conclusie dat de geanalyseerde rechtspraak niet volstrekt onverenigbaar is met het model en dat voorzichtig kan worden betoogd dat de Hoge Raad in zaken waar de relativiteitsvraag zich toespitst op de vraag naar het beschermingsdoel van de norm, in lijn met het model, een terughoudende opstelling kiest. Als meest sprekende voorbeeld van deze benadering noemt de auteur het arrest Pfizer/Cosmétique.<sup>7</sup> Als voorbeeld van de meer actieve benadering, waar het gaat om de beschermingsomvang van de norm – zoals ook volgens het model zou moeten plaatsvinden –, wordt het Hangmat-arrest als meest afgetekende voorbeeld genoemd.<sup>8</sup>

De analyse van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) laat een vergelijkbaar beeld zien.<sup>9</sup> Ook daar ziet de auteur dat er vaak

6. Den Hollander analyseert in hoofdstuk 5 in dit verband een twaalfal arresten die de afgelopen tien jaar zijn geweest, waaronder de arresten Duwbak Linda, Iraanse vluchteling, Vie d'Or, Pfizer/Cosmétique, Astrazeneca/Menzis c.a., Gemeente Barneveld/Gasunie en het Hangmat-arrest.

7. HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935.

8. HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095.

9. Hoofdstuk 6.

een terughoudende opstelling wordt gekozen indien de relativiteitsvraag is gesitueerd op het abstracte niveau van het beschermingsdoel van de norm, en juist een meer actieve benadering wordt gekozen waar het gaat om de beschermingsomvang van de norm. Het relativiteitsoordeel van de Afdeling in het arrest Amelandse benzinstations past evenwel niet in het model.<sup>10</sup> Daar heeft de Afdeling namelijk geoordeeld dat was voldaan aan het relativiteitsvereiste, zonder dat hiervoor positieve aanwijzingen in de wettekst en wetgeschiedenis aanwezig waren.

### 2.6 Conclusie Den Hollander

In het afsluitende hoofdstuk van het boek – ‘Synthese’ – worden de bevindingen uit het onderzoek samengebracht. In dit hoofdstuk grijpt Den Hollander ook terug op het heftige debat over het relativiteitsvereiste. De auteur wijst er terecht op dat de verschillende meningen voor het grootste deel worden veroorzaakt door uiteenlopende visies op de wenselijkheid van de uitkomst van de relativiteitstoets (in de terminologie van de auteur: het materieelrechtelijke perspectief). Het onderscheid van Den Hollander tussen enerzijds het institutionele perspectief van de legitimiteit van het relativiteitsoordeel in de verhouding van de rechter tot de wetgever en anderzijds het materieelrechtelijke aansprakelijkheidsperspectief van de wenselijkheid van de uitkomst kan het debat naar mijn mening inderdaad kanaliseren en het debat over het relativiteitsvereiste verder brengen. Reeds daarin ligt de meerwaarde van het onderzoek van Den Hollander besloten. Ook het door Den Hollander bepleite model voor toetsing van de relativiteit is goed doordacht en uitgewerkt. Dat wil echter niet zeggen dat dit model naar mijn mening (onverkort) navolging zou verdienen. Ik kom daar verder in deze bespreking nog op terug.

## 3 Proefschrift Di Bella<sup>11</sup>

De overheid is belast met een veelheid aan taken, waarbij er rekening moet worden gehouden met verschillende en soms tegenstrijdige factoren en actoren. In dit spanningsveld is het onvermijdelijk dat er soms keuzes worden gemaakt die leiden tot schade bij bepaalde (rechts)personen. De vraag rijst vervolgens of deze benadeelde personen met succes een vordering kunnen instellen om deze schade te verhalen. Een van de mogelijke grondslagen hiervoor is de onrechtmatige daad. In principe gelden hier de gebruikelijke voorwaarden uit art. 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW), maar bij de invulling van deze voorwaarden wordt wel rekening gehouden met het feit dat de overheid is betrokken bij de schadeveroorzakende handeling. Het gevolg hiervan is dat de overheidsaansprakelijkheid enkele bijzondere karakteristieken kent ten opzichte van het ‘reguliere’ onrechtmatiggedaadsrecht. Deze bijzondere karakteristieken zijn met name zichtbaar bij overheidsactiviteiten bestaande uit het uitvaardigen van wetgeving en het

nemen van bestuursrechtelijke besluiten. In die gevallen wordt namelijk relatief snel aangenomen dat sprake is van een fout in de zin van een toerekenbare onrechtmatige daad. Het enkele feit dat een besluit is vernietigd door de bestuursrechter of regelgeving in strijd is met hogere regelgeving is voldoende om aan te nemen dat sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad.<sup>12</sup> Het gevolg hiervan is evenwel dat de discussie zich bij overheidsaansprakelijkheid vaak toespitst op vragen van causaliteit en relativiteit.

Het proefschrift van Di Bella gaat in op de voornoemde bijzondere positie van de overheid in het onrechtmatiggedaadsrecht. Over de keuze voor dit onderwerp zegt de auteur dat haar interesse werd gewekt door de arresten Duwbak Linda en Iraanse vluchteling, en met name het verrassingseffect van deze arresten. Met het onderzoek wil de auteur bijdragen aan meer rechtszekerheid met betrekking tot de vraag wanneer de overheid aansprakelijk is wegens onrechtmatige daad.

### 3.1 Onderzoeksvraag en afbakening

De centrale vraag van het onderzoek is in hoeverre de overheid wat betreft schadevergoeding voor onrechtmatige overheidsdaad een bijzondere positie inneemt, in de zin dat toepassing van de gebruikelijke aansprakelijkheidsvereisten afwijkt van de toepassing daarvan bij private partijen. De beantwoording van deze vraag vindt plaats in de zes opvolgende hoofdstukken, waarna een samenvattende slotbeschouwing volgt. De hoofdstukken 2 tot en met 6 vormen een omzetting van eerder verschenen artikelen van de auteur.

Di Bella start het onderzoek met een rechtshistorische beschouwing over de ontwikkeling van de onrechtmatige overheidsdaad (hoofdstuk 2). De slotsom van deze exercitie is dat ondanks dat er lange tijd eensgezindheid heeft bestaan over de wenselijkheid van een aparte regeling voor overheidsaansprakelijkheid, deze regeling er nooit is gekomen. Het heeft er volgens Di Bella alle schijn van dat de wetgever het onderwerp steeds voor zich uit heeft geschoven, waardoor de rechter onvermijdelijk rechtspolitieke keuzes moet maken bij het beoordelen van de overheidsaansprakelijkheid. Over dit rechtspolitieke gehalte merkt Di Bella op dat hier niet geheimzinnig over moet worden gedaan. Dit is eenvoudigweg een gevolg van de keuze van de wetgever om de ontwikkeling van het onderwerp over te laten aan de rechter.

### 3.2 Causaliteitsvereiste bij besluitenaansprakelijkheid

In hoofdstuk 3 staat de toepassing van het causaal verband bij besluitenaansprakelijkheid centraal. Daarbij is Di Bella met name kritisch op de toepassing van dit vereiste door de bestuursrechter. Deze kritiek bestaat er, kortweg, uit dat er vaak geen onderscheid wordt gemaakt tussen het vereiste van *condicio sine qua non*-verband en de toerekeningsleer van art. 6:98 BW en dat de causaliteitstoets te vaak afwijkt van de manier waarop dat gebruikelijk gebeurt. Er worden strengere

10. ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587.

11. L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

12. HR 31 mei 1991, NJ 1993/112 m.nt. C.J.H. Brunner.

eisen gesteld aan het vereiste causale verband. Di Bella ziet geen rechtvaardiging voor deze geconstateerde afwijkingen anders dan dat hiermee wordt beoogd de overheidsaansprakelijkheid te beperken.

Di Bella bespreekt ook de causaliteitsproblematiek bij verlengde besluitvorming. De Hoge Raad heeft hier op 6 januari 2017 een interessant arrest over gewezen, waarbij Di Bella betrokken is geweest.<sup>13</sup> Een bijzonderheid bij besluitenaansprakelijkheid is namelijk de omstandigheid dat na vernietiging van een besluit er meestal een nieuw besluit zal moeten worden genomen door het bestuursorgaan. Dit nieuwe besluit zal – tenzij het bestuursorgaan wederom de fout in gaat – normaal gesproken niet onrechtmatig zijn. Zoals Di Bella beschrijft, wordt in de jurisprudentie op verschillende manieren omgegaan met deze problematiek. De Afdeling heeft in de arresten Meerssen<sup>14</sup> en Amelandse benzinstations<sup>15</sup> een causaliteitstoets geïntroduceerd, waarbij geen sprake is van causaal verband als:

‘ten tijde van het nemen van het rechtens onjuiste besluit een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad’.

Deze causaliteitstoepassing heeft, naast bijval, ook de nodige kritiek ontvangen.<sup>16</sup> Er bestaat discussie over de vraag in hoeverre de Hoge Raad de causaliteitsopvatting van de Afdeling zou moeten overnemen (of reeds had overgenomen). Di Bella is hiervan in ieder geval een voorstander. Weliswaar constateert ze dat het criterium materieel verschilt van het vereiste van een *condicio sine qua non*-verband bij feitelijke handelingen, maar de duidelijkheid van het criterium van de Afdeling geeft voor haar de doorslag. Di Bella is van oordeel dat op deze manier bewijsproblemen die voortvloeien uit de moeilijkheid om te achterhalen welk besluit daadwerkelijk zou zijn genomen indien de onrechtmatigheid wordt weggedacht, kunnen worden voorkomen. Dit zou uiteindelijk ook in het voordeel van de benadeelde zijn.

Di Bella heeft voornoemd standpunt kunnen bepleiten in de zaak die heeft geleid tot voornoemd arrest van 6 januari 2017.<sup>17</sup> In deze zaak had het UWV een ontslagaanvraag goedgekeurd. Deze goedkeuringsbeschikking bleek later onrechtmatig te zijn. De werknemer vorderde vervolgens schadevergoeding van het UWV op grond van onrechtmatige daad wegens het verrichten van onvoldoende en onjuist onderzoek in het kader van de ontslagvergunning. In feitelijke instanties wordt de vordering van de werknemer toegewezen. In cassatie heeft het UWV aangevoerd dat het hof een verkeerde causaliteitsmaatstaf heeft toegepast. Het hof zou hebben miskend dat

causaal verband tussen een onrechtmatig bestuursbesluit en schade beoordeeld moet worden aan de hand van de maatstaf of ten tijde van het nemen van dat besluit een rechtmatig besluit had kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad. Het UWV bepleitte derhalve de toepassing van het Afdelingscriterium uit de arresten Meerssen en Amelandse benzinstations.

De Hoge Raad gaat echter niet mee in deze benadering. Hij overweegt dat het voor de te hanteren maatstaf van belang is of een bestuursorgaan opnieuw moet beslissen nadat met succes is opgekomen tegen een besluit. In dat geval hangt het veelal van de inhoud van het nieuwe besluit af of het eerdere, onrechtmatige besluit tot schade heeft geleid. Hiervan is geen sprake als het nieuwe besluit rechtmatig is en tot hetzelfde rechtsgevolg leidt als het eerdere besluit. In het feit dat het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen, kan daarom voor de rechter een grond zijn gelegen voor afwijzing van een op de onrechtmatigheid van het eerdere besluit gebaseerde schadevergoedingsvordering.

Dit is anders in gevallen waarin het bestaan van causaal verband tussen een onrechtmatig besluit en schade niet afhankelijk is van een nieuw besluit van het bestuursorgaan. In het onderhavige geval kon niet opnieuw worden beslist door het UWV, nu tegen het besluit op de aanvraag van een ontslagvergunning geen bezwaar of beroep openstaat. In dat geval dient te worden beoordeeld hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen. Het causale verband moet worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. De Hoge Raad ziet geen grond om hierover anders te oordelen indien het gaat om een onrechtmatig besluit van een bestuursorgaan.

### 3.3 Relativiteit

Di Bella is kritisch over de manier waarop wordt omgegaan met het relativiteitsvereiste in het kader van overheidsaansprakelijkheid. De auteur heeft de indruk dat de Hoge Raad bij vermogensschade wegens schending van publiekrechtelijke normen door de overheid strengere eisen stelt aan de aanwezigheid van relativiteit dan bij schending van privaatrechtelijke normen. Een belangrijke reden hiervoor is volgens Di Bella waarschijnlijk gelegen in het rechtspolitieke argument van beperking van overheidsaansprakelijkheid. De toepassing van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad bij overheidsaansprakelijkheid leidt volgens Di Bella ook tot onwenselijke uitkomsten. Aan de hand van een vergelijking van de arresten Duwbak Linda en Vie d'Or wordt toegelicht dat bij schending van publiekrechtelijke normen sneller aansprakelijkheid wordt aangenomen als het een schending door de overheid van een financieel voorschrift betreft. Door de aard van de financiële bepalingen besteedt de wetgever volgens Di Bella namelijk eer-

13. HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18.

14. ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7586.

15. ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587.

16. Kritisch is bijv. C.N.J. Kortmann, Pandora revisited. Twee principiële Afdelingsuitspraken over causaal verband bij vernietigde besluiten, Gst. 2005, p. 257-267.

17. Voor de Hoge Raad is de zaak mede toegelicht door Di Bella, zo volgt uit het arrest.

der expliciet aandacht aan de schadevergoedingsvraag en financiële belangen van burgers. Bij (andere) publiekrechtelijke voorschriften met als primair doel het behartigen van het algemeen belang is dat meestal niet het geval. Hierdoor zou per saldo de aansprakelijkheidsdrempel het laagst zijn als de overheid een voorschrift schendt dat de financiële belangen van burgers beschermt en wordt deze drempel hoger naarmate het gaat om meer algemene (veiligheids)normen. Dat is volgens Di Bella een verkeerd signaal, omdat het aansprakelijkheidsrecht prioriteit zou moeten geven aan bescherming van normen die samenhangen met de veiligheid van lijf en leden. De huidige jurisprudentielijn bewerkstelligt thans het omgekeerde.

Di Bella laat het niet bij kritiek, maar stelt tevens een alternatief voor. Hiervoor zoekt ze aansluiting bij het door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) in het arrest Leth gebruikte criterium van het 'rechtstreekse economische gevolg'.<sup>18</sup> In dat arrest ging het om de vraag of vermogensschade binnen het beschermingsbereik van de geschonden milieunorm ging. Het betrof een schending van de verplichting een milieueffectrapportage uit te voeren. Hierdoor is de woning van mevrouw Leth, die vlak bij een luchthaven woont, in waarde gedaald. Het HvJ EU oordeelde dat voorkoming van vermogensschade onder de beschermingsdoelstelling van de milieurichtlijn valt, voor zover de schade het rechtstreekse economische gevolg is van de milieueffecten. Di Bella meent dat het criterium van het 'rechtstreekse economische gevolg' breder inzetbaar is en kan dienen als een objectief aanknopingspunt bij het beantwoorden van de vraag welke vermogensschade valt binnen het beschermingsbereik van de door de overheid geschonden publiekrechtelijke norm. Di Bella ziet dit als een subsidiaire toets voor situaties waar de wetsgeschiedenis zwijgt. Ik kan mij inderdaad voorstellen dat dit criterium soms dienstig kan zijn bij het bepalen van het beschermingsbereik van een geschonden publiekrechtelijke norm in het geval dat er geen aanknopingspunten bestaan in de wetsgeschiedenis. Het zou ertoe leiden dat aansprakelijkheidsvorderingen niet te snel stuklopen op het relativiteitsvereiste als gevolg van het zwijgen van de wetgever over het beschermingsbereik van de norm, terwijl er tegelijkertijd toch een objectieve afbakening mogelijk is.

Als mogelijk nadeel zou nog wel kunnen worden genoemd dat het voorgestelde criterium van het rechtstreekse economische gevolg dicht aanligt tegen het causaliteitscriterium van art. 6:98 BW. Ook daar wordt immers bekeken welke schade naar zijn aard nog voor vergoeding in aanmerking komt. Gezegd zou kunnen worden dat dit alleen geldt voor schade die het rechtstreekse economische gevolg is van de normschending. Het arrest Leth – waaraan Di Bella haar inspiratie ontleent voor het criterium – is in dit verband illustratief. Het HvJ EU gaat in het arrest Leth namelijk weliswaar uit van een ruim relativiteitsvereiste, maar daar staat een meer stringente toe-

passing van de causaliteitsvoorwaarde tegenover. Het HvJ EU oordeelt namelijk dat een schending van de verplichte milieueffectrapportage in beginsel niet in een rechtstreeks causaal verband zal staan tot vermogensschade. Dit hangt volgens het HvJ EU samen met 'de aard van het geschonden voorschrift'. Het HvJ EU zet de deur dus open op het niveau van het relativiteitsvereiste – in Unierechtelijke bewoordingen: het vereiste dat de geschonden norm rechten moet toekennen aan particulieren – maar werpt bij de causaliteit weer een behoorlijke drempel op met verwijzing naar de aard van het geschonden voorschrift. Zeker nu de door Di Bella voorgestelde benadering is ontleend aan het arrest Leth, is het jammer dat de auteur niet wat dieper ingaat op het door haar voorgestelde criterium en de verhouding met het causaliteitsvereiste van art. 6:98 BW. Op die manier had de op zichzelf interessante voorgestelde benadering nog aan scherpte kunnen winnen.

### 3.4 Toerekenbaarheid

Di Bella acht de tijd rijp voor een update van de strenge toerekeningsleer. Deze strenge leer houdt in dat steeds als de overheid een besluit neemt dat wordt vernietigd door de bestuursrechter, vaststaat dat dit besluit onrechtmatig is, welke onrechtmatigheid de overheid kan worden toegerekend. Dit is niet alleen zo indien de overheid een verwijt valt te maken, maar ook als dit niet het geval is. Ook dan wordt de onrechtmatigheid de overheid toegerekend krachtens verkeersopvattingen. De gedachte van deze snelle toerekeningsleer is dat het redelijker is de schade voor het collectief (lees: de overheid) te laten komen dan voor het individu (lees: de benadeelde persoon). Naast dit spreidingsargument wordt ook als reden voor een snelle toerekening genoemd dat de geschonden wettelijke regeling niet van de burger afkomstig is.

Di Bella stelt dat het spreidingsargument alleen de strenge toerekening aan de overheid niet kan dragen. De strenge toerekening wordt door de auteur verklaard door het feit dat aan het besluit een algemeen belang ten goede komt. Dit brengt mee dat de schade voortvloeiende uit de onrechtmatigheid van een zodanig besluit wordt gedragen door de gemeenschap, hetgeen aansluit bij het profijtbeginsel. In het licht van dit profijtbeginsel is Di Bella van mening dat in de situatie waarin een (onrechtmatig) besluit in de eerste plaats een individuele burger ten goede komt, er geen reden bestaat voor een snelle toerekening krachtens verkeersopvattingen. In die situatie is het redelijker dat schade als gevolg van een onrechtmatig besluit van de overheid bij de benadeelde burger blijft liggen. Dit betreft voornamelijk besluiten in de sfeer van de sociale zekerheid: deze besluiten dienen voornamelijk de individuele burger. Overigens meent Di Bella dat deze aanpak geen grote veranderingen zal meebrengen, omdat de onrechtmatigheid de overheid in de meeste gevallen zal kunnen worden toegerekend op basis van verwijtbaarheid vanwege haar kennis en ervaring.

18. HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:EU:C:2013:166 (Jutta Leth/Oostenrijk).



### 3.5 Voorstellen voor verbetering

Het laatste hoofdstuk behelst een samenvatting van de bevindingen van Di Bella. Tevens worden er voorstellen voor verbetering gedaan. Di Bella ziet twee mogelijkheden om de voorspelbaarheid, consistentie en ontwikkeling van de rechtspraak over onrechtmatige overheidsdaad te verbeteren. Dit zou volgens de auteur in de eerste plaats moeten gebeuren door meer openheid te geven over de rol die de bijzondere positie van de overheid speelt bij het toepassen van de gebruikelijke aansprakelijkheidsvoorwaarden. Voor zover er in bepaalde gevallen op rechtspolitieke gronden wordt afgeweken van de gebruikelijke toepassing van de aansprakelijkheidsvoorwaarden van art. 6:162 BW lijkt het me inderdaad wenselijk dat dit expliciet wordt gemaakt.

De tweede aanbeveling betreft de manier waarop de publiek-rechtelijke aspecten een plaats krijgen bij de toepassing van art. 6:162 BW. Daarvoor grijpt Di Bella terug op de voorstellen ten aanzien van de toepassing van het causaliteitsvereiste van art. 6:98 BW, de voorgestelde andere benadering ten aanzien van de toerekening op basis van verkeersopvattingen, alsmede de manier waarop invulling zou kunnen worden gegeven aan het relativiteitsvereiste bij overheidsaansprakelijkheid.

Ten aanzien van het relativiteitsvereiste ga ik hieronder nog in op twee onderwerpen die in de besproken proefschriften aan de orde komen, te weten het concept van relatieve onrechtmatigheid (par. 4) en de vraag naar het vermoeden van het bestaan van relativiteit (par. 5).

### 4 Relatieve onrechtmatigheid

Een van de punten die aandacht krijgen in het proefschrift van Den Hollander is de terminologische kwestie van de vereenzelviging tussen het begrip 'relatieve onrechtmatigheid' en het *Schutznorm*-vereiste. Naar het oordeel van Den Hollander worden deze begrippen (vaak) ten onrechte vereenzelvigd, hetgeen volgens de auteur niet nodig is en als een 'stoorzender' fungeert omdat het zou afleiden van waar het werkelijk om gaat bij de relativiteit: het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang.<sup>19</sup> In de visie van Den Hollander is het vereiste van relatieve onrechtmatigheid niet meer dan een bijproduct van de ontwikkeling van het relativiteitsvereiste in de jurisprudentie van de Hoge Raad – te beginnen met het arrest Graaf De Marchant et d'Ansembourg<sup>20</sup> – en thans niet langer noodzakelijk. Hoewel de auteur fraai inzichtelijk maakt hoe het relativiteitsvereiste in zijn huidige formulering tot stand is gekomen, overtuigt het pleidooi voor afschaffing van de relatieve onrechtmatigheid mij niet helemaal. Ik kan mij wel vinden in de constatering dat de begrippen relatieve onrechtmatigheid en *Schutznorm*-vereiste niet helemaal vereenzelvigd kunnen worden – ze liggen in elkaars verlengde –, maar dat is geen reden om de relatieve onrechtmatigheid (het 'jegens' in de formulering uit art. 6:162 BW) dan maar volledig te ecarteren. Ik ben er vooralsnog niet

van overtuigd dat de relatieve onrechtmatigheid als begrip moet worden gezien als een juridische appendix, die vroeger wellicht nut heeft gehad – in de ontwikkeling van het relativiteitsvereiste in de jurisprudentie –, maar thans alleen maar tot last is. De relatieve onrechtmatigheid heeft naar mijn mening als concept nog steeds toegevoegde waarde bij het vaststellen van de concrete onrechtmatigheid in een specifieke situatie. Onrechtmatigheid bestaat niet in een vacuüm, maar steeds in relatie tot een specifieke persoon.

### 5 Vermoeden van relativiteit?

In de literatuur bestaat discussie over het antwoord op de vraag of er moet worden uitgegaan van het vermoeden (een 'ja, tenzij'-benadering) van het bestaan van voldoende relativiteit. Dit zou kunnen worden afgeleid uit de negatieve formulering van het relativiteitsvereiste in art. 6:163 BW en de opmerkingen van de wetgever in de parlementaire geschiedenis. In deze visie zou het uitgangspunt zijn dat de geschonden norm strekt tot bescherming van de geleden schade, tenzij er aanwijzingen zijn dat dit niet de bedoeling is geweest van de wetgever. De Hoge Raad heeft in een aantal arresten duidelijk gemaakt dat hij niet uitgaat van een algemeen vermoeden van relativiteit.

Maar ook als niet wordt uitgegaan van een algemeen vermoeden is nog wel de vraag wat er zou moeten worden verlangd aan positieve aanwijzingen ten aanzien van het door de wetgever beoogde beschermingsbereik. Zowel Den Hollander als Di Bella is voorstander van een terughoudende opstelling van de rechter, maar bedoelt hiermee het tegenovergestelde. Waar Den Hollander zegt dat de rechter zich terughoudend moet opstellen, bedoelt hij dat de rechter alleen bij aanwezigheid van positieve aanwijzingen zou moeten aannemen dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen vermogensschade. Di Bella gebruikt de term terughoudende opstelling juist om aan te geven dat de rechter niet al te snel moet aannemen dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste. Het enkele ontbreken van positieve aanwijzingen is daarvoor niet voldoende. Daarbij ziet Di Bella ruimte voor een benadering die tussen de door de Hoge Raad verworpen 'ja, tenzij'-benadering (alleen afwijzing van relativiteit als blijkt dat de wetgever het niet onder het beschermingsbereik heeft willen laten vallen) en de 'nee, tenzij'-benadering (alleen aannemen relativiteit indien positief blijkt dat de wetgever het onder het beschermingsbereik heeft willen laten vallen) in ligt.

Ik kan me hier wel in vinden. Zou in een rechtsstaat immers toch niet het uitgangspunt moeten zijn dat personen die schade lijden door schending van een wettelijke norm – en waarbij tevens vaststaat dat deze normschending toerekenbaar is aan de persoon die haar heeft begaan en er een causaal verband bestaat tussen de gedraging en de geleden schade – deze schade in beginsel moeten kunnen verhalen op de normschender, behoudens bepaalde aanwijzingen – welke aanwijzingen kunnen liggen in zowel de wettekst als de wetsgeschiedenis en het systeem van de wet – dat dit niet de bedoeling is geweest van de wetgever? Dit uitgangspunt hoeft zich overigens niet nood-

19. Den Hollander 2016, p. 51.

20. HR 25 mei 1928, NJ 1928, p. 1688-1994.

zakelijkerwijs te uiten in een vermoeden – dit is door de Hoge Raad ook niet aanvaard –, maar kan zich nog steeds vertalen in een rechterlijke opstelling waarbij niet al te lichtvaardig wordt geoordeeld dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste.

### 6 Tot besluit

Er zijn twee fraaie en vlot geschreven proefschriften toegevoegd aan het discours over relativiteit en overheidsaansprakelijkheid. Uiteraard kan men het oneens zijn met bepaalde bevindingen uit de onderzoeken, maar beide proefschriften hebben het debat over relativiteit en, in het geval van Di Bella, overheidsaansprakelijkheid onmiskenbaar verder gebracht. Daar komt bij dat de onderzoeken niet alleen een sterke dogmatische signatuur hebben, maar tevens oog hebben voor de praktijk en daar ook direct bruikbaar zijn. Ook daarvoor mijn waardering.