

Aansprakelijkheid overheid bij falend toezicht

“Hoe beoordeelt de burgerlijk rechter in het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad de bestuursrechtelijke beleidsvrijheid?”



S. Rondhuis

Studentnummer: 838938631

Datum: 10 september 2012

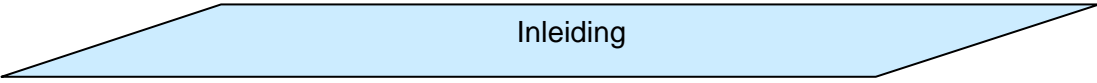
Inhoudsopgave

Inleiding	p. 4
Hoofdstuk 1 “Toezicht”	p. 9
1.1 Toezicht	p.10
1.2 Toezicht onder de Wabo	p.10
1.3 Prioriteiten in het uitvoeren van toezicht	p.11
1.4 Controleplicht Europese Unie	p.12
1.5 Normen voor het uitoefenen van toezicht	p.12
1.6 Goed toezicht	p.13
1.7 Afronding	p.14
Hoofdstuk 2 “Handhaving en sancties”	p.15
2.1 Overtreding	p.16
2.2 Bestuurlijke sancties	p.16
2.3 Beginselplicht tot handhaving	p.17
2.4 Gedogen	p.21
2.5 Handhavingsbeleid	p.22
2.6 EHRM en de beginselplicht	p.23
2.7 Afronding	p.23
Hoofdstuk 3 “Onrechtmatige daad”	p.24
3.1 De onrechtmatige daad	p.25
3.2 De onrechtmatige gedraging	p.25
3.3 Kelderluikcriteria	p.27
3.4 Causaal verband	p.32
3.5 Relativiteitsvereiste	p.32
3.6 Afronding	p.34

Hoofdstuk 4 “Jurisprudentie onrechtmatige overheidsdaad”	p.35
4.1 Vijzelstraat	p.35
4.2 Restaurant Boeddha	p.36
4.3 Astrid Sterkenburg	p.37
4.4 Oudewater	p.39
4.5 CMI Container Masters B.V.	p.41
4.6 Vuurwerkkramp Enschede	p.45
4.7 Motel Tiel	p.50
4.8 Afronding	p.51
Hoofdstuk 5 “Slotconclusies”	p.52

Lijst met meest gebruikte afkortingen

AB	Rechtspraak Bestuursrecht
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BW	Burgerlijk wetboek
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
GW	Grondwet
Gst	de Gemeentestem
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
LJN	Landelijk jurisprudentie nummer
m.nt.	met noot
M.v.T.	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
Nr.	nummer
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
Stb.	Staatsblad
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
WvSr	Wetboek van Strafrecht



Inleiding

“Da mihi factum, dabo tibi ius”

Geef mij de feiten, dan geef ik u het recht.

Inleiding

Ruim vijftien jaar geleden, woedde er een grote brand bij het bedrijf CMI Container Masters B.V. (verder: CMI) in de Rotterdamse Haven. Het bedrijf CMI is een op- en overslagbedrijf voor koopmansgoederen, waaronder gevaarlijke stoffen. Eén jaar voor de brand werd het bedrijf gecontroleerd door de DCMR Milieudienst Rijnmond (verder: DCMR), op de naleving van de vergunningsvoorschriften. Tijdens deze controle werd geconstateerd dat meerdere vergunningsvoorschriften door het bedrijf werden overtreden. Er volgen waarschuwingsbrieven een gesprek met het bedrijf. De daadwerkelijke handhaving bleef echter uit. Op 11 mei 1995 breekt bij het bedrijf een brand uit, waardoor het gehele bedrijf in de as wordt gelegd. Vervolgens rijst de vraag of de schade kan worden verhaald op de gemeente Rotterdam en de DCMR wanneer zou blijken dat sprake is geweest van onvoldoende handhaving? De gemeente Rotterdam en de DCMR beroepen zich in deze zaak op hun beleidsvrijheid ten aanzien van de inzet van de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen. De conclusie van het Gerechtshof is dat de gemeente en de DCMR onvoldoende handhaving hebben uitgevoerd en daarmee aansprakelijk zijn voor de ontstane schade.¹

Rol van de overheid

Indien een bedrijf een van overheidswege uitgevaardigd voorschrift niet naleeft en een ander hierdoor schade lijdt, kan deze derde als benadeelde een schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad tegen de overtreder als directe schadeveroorzaker instellen. De overtreder heeft door een van overheidswege opgelegde regel niet na te leven de gevaarzettende situatie in het leven geroepen,

¹ Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, LJN BP8578. Deze zaak wordt in hoofdstuk 4 uitvoering besproken.

waardoor de schade kon ontstaan.² De benadeelde kan ook een tweede schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad instellen, waarbij de overheid partij is, waar die een toezicht en/of handhavingstaak heeft met betrekking tot de naleving van de geschonden publiekrechtelijke voorschriften. Ondanks dat de overheid de schade veroorzakende actie niet zelf heeft uitgevoerd, kan zij door het uitvoeren van toezicht en/of handhaving wel invloed uitoefenen op de gedragingen van de overtreder. Zij het dat hier wel sprake is van een afgeleide verantwoordelijkheid. De juridische verantwoordelijkheid voor de schadetoebrengende gebeurtenis ligt tenslotte bij degene die onder toezicht staat.³ Maar door het toezicht en/of handhaving niet of onvoldoende uit te voeren kan de overheid mede aansprakelijk worden gesteld voor de ontstane schade op grond van artikel 6:162 BW.

Centrale vraag

Een ramp waarmee deze inleiding begon staat niet op zich, denk bijvoorbeeld aan de Vuurwerkramp in Enschede, de onlangs ontstane brand in Moerdijk en de “bijna” ramp bij het bedrijf Odfjell.⁴ Steeds vaker komt vanuit de samenleving de vraag na een ramp of de overheid wel voldoende toezicht- en handhaving uit heeft uitgevoerd?. Binnen het bestuursrecht bestaat geen wettelijke plicht tot het uitvoeren van toezicht en /of handhaving. De overheid bezit bij het uitvoeren van toezicht en handhaving beleidsvrijheid. Deze beleidsvrijheid zal de burgerlijk rechter mee moeten laten wegen in zijn oordeel over de vraag of de overheid heeft gefaald in het uitvoeren van toezicht en/of handhaving. De centrale vraag van dit onderzoek luidt dan ook:

“Hoe beoordeelt de burgerlijk rechter in het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad de bestuursrechtelijke beleidsvrijheid?”

Deze vraag is niet zomaar te beantwoorden. Wanneer gesproken wordt over falend toezicht en/of handhaving zal eerst duidelijk moeten zijn wat deze begrippen inhouden en welke taak de overheid hierin heeft. Want als de overheid geen taak hierin zou hebben, dan kan zij ook niet aansprakelijk worden gesteld wanneer zij geen toezicht en/of handhaving zou uitvoeren. Daarnaast moet duidelijk zijn welke mate van beleidsvrijheid de overheid bezit bij het uitvoeren van deze taken. Vervolgens moet ook duidelijk worden hoe overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en/of handhaving gevestigd kan worden waarna in jurisprudentie aangaande falend toezicht en/of handhaving door overheid gezocht zal worden naar criteria die uiteindelijk een

² Zie Barkhuysen en Diepenhorst 2005, p. 300.

³ Zie Giesen 2005, p. 8.

⁴ Zie onder andere Algemeen Dagblad van 28 juli 2012 “Chemisch bedrijf Odfjell per direct gesloten”.

bijdrage kunnen leveren als antwoord op de centrale vraag, waarbij een vergelijk kan worden gemaakt tussen de beleidsvrijheid die de overheid bezit binnen het bestuursrecht en de beleidsvrijheid die door de burgerlijk rechter wordt gehanteerd bij de vraag of de overheid heeft gefaald in het uitvoeren van toezicht en/of handhaving. Omdat onderzocht zal worden of de burgerlijk rechter een verschillend beoordelingskader hanteert voor de begrippen toezicht en handhaving zullen deze begrippen in separate hoofdstukken worden behandeld. Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden zijn de navolgende subvragen geformuleerd:

1. *Wat houdt de toezichthoudende taak van de overheid in?*
2. *Wanneer voert de overheid het toezicht goed uit?*
3. *Welke beleidsvrijheid heeft de overheid bij het uitvoeren van toezicht?*
4. *Wat houdt de handhavingstaak van het bevoegd gezag?*
5. *Is het bevoegd gezag verplicht om handhavend op te treden?*
6. *Welk beoordelingskader hanteert de burgerlijk rechter voor de overheid bij falend toezicht en/of handhaving?*
7. *Welke mate van beleidsvrijheid hanteert de burgerlijk rechter bij algemeen- en concreet toezichtsfalen?*

Indeling van de hoofdstukken

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden zal in hoofdstuk 1 allereerst de toezichthoudende taak van de overheid worden beschreven. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vragen: wat houdt de toezichthoudende taak van de overheid in, wanneer voert zij dit toezicht goed uit en welke beleidsvrijheid heeft de overheid bij het uitvoeren van toezicht? In hoofdstuk 2 zal nader worden ingegaan op het begrip handhaving. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vragen: Wat houdt de handhavingstaak van het bevoegd gezag in en is het bevoegd gezag verplicht om handhavend op te treden? In hoofdstuk 3 zal de onrechtmatige daad uit het BW worden besproken met daarbij het antwoord op de vraag welk beoordelingskader de burgerlijk rechter hanteert voor de overheid bij falend toezicht en/of handhaving, waarna het voorgaande in hoofdstuk 4 aan de orde zal komen tijdens de bespreking en becommentariëring van de jurisprudentie omtrent overheidsaansprakelijkheid bij falend toezicht en/of handhaving. In dit hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de vraag welke mate van beleidsvrijheid de burgerlijk rechter hanteert bij algemeen- en concreet toezichtsfalen. Het onderzoek wordt in hoofdstuk 5 afgerond met deelconclusies en antwoord op de centrale vraag.

Insteek van het onderzoek

In dit onderzoek wordt het vraagstuk rondom civiele overheidsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van falend toezicht en/of handhaving besproken. Gezien het complexe vraagstuk waarbij zowel het bestuursrecht- als het civiele recht een rol speelt en het feit dat het vraagstuk van toepassing kan zijn bij vele vormen van toezicht die door overheidsorganen worden uitgevoerd, heb ik het onderzoek afgebakend. Het vraagstuk van het onderzoek zal zich met name richten op het toezicht en handhaving dat door de overheid wordt uitgevoerd onder de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (verder: Wabo). Het gaat hier onder andere om toezicht en handhaving voor de activiteiten: bouwen, bandveilig gebruik en milieu.

Bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijk rechter en bestuursrechter

Zoals hiervoor is aangegeven wordt in dit onderzoek het vraagstuk rondom de beleidsvrijheid bij civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van falend toezicht en/of handhaving besproken. Voor vorderingen die betrekking hebben op falend toezicht en/of handhaving van de overheid is de burgerlijk rechter bevoegd en niet de bestuursrechter, omdat bij een onrechtmatige overheidsdaad die betrekking heeft op falend toezicht en/of handhaving veelal sprake is van feitelijk handelen. De grondslag voor de bevoegdheid voor de bestuursrechter is artikel 8:1 Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb) een besluit en niet het feitelijk handelen van de overheid.⁵ De bestuursrechter is wel bevoegd, in de situatie waarin de benadeelde partij een verzoek tot handhaving heeft ingediend bij het bevoegd gezag. Tegen een weigering om handhavend op te treden of een bij besluit aangekondigde maatregel die de benadeelde partij niet strikt genoeg vindt, kan een belanghebbende bij de bestuursrechter opkomen. Indien de belanghebbende van mening is dat hij schade heeft geleden doordat de overheid heeft gefaald in haar handhavend optreden kan de benadeelde op grond van artikel 8:73 Awb schadevergoeding verzoeken. Wel heeft een benadeelde, als hij schade heeft geleden als gevolg van feitelijk handelen door het bestuursorgaan de mogelijkheid om een zelfstandig schadebesluit uit te lokken bij het bestuur.⁶ Maar tegen een ongunstige beslissing zal hij niet bij de bestuursrechter kunnen opkomen, omdat die zich slechts bevoegd acht te oordelen over schadebesluiten waarbij de schade is veroorzaakt door een appellabel besluit.⁷ De schadevergoedingsmogelijkheden binnen het bestuursrecht betreffen een

⁵ Zie hierover Damen e.a.(2) 2006, p. 304.

⁶ Zie Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 166.

⁷ ABRvS 25 november 2010, AB 2010, 328, m.nt. B.P.M. van Ravels.

complexe materie die vrij onoverzichtelijk is. Het wijkt te ver af van het onderwerp van dit onderzoek om hierop verder in te gaan.⁸ Momenteel is wel een wetsvoorstel aanhangig bij de Tweede Kamer waarmee de schadevergoedingsmogelijkheden in de Awb worden vastgelegd.⁹

Wijze van onderzoek

Mijn onderzoek bestaat uit een uitgebreide studie van literatuur en rechtspraak. De term literatuur dient daarbij ruim te worden opgevat: alle vormen van geschreven teksten. Bijdragen in wetenschappelijke vorm, maar ook niet-wetenschappelijke teksten, zoals parlementaire stukken, krantenartikelen en websites zijn in het onderzoek betrokken. De gebruikte literatuur is in het notenapparaat verantwoord.

⁸ Voor meer informatie over dit onderwerp: B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb*, Deventer: Kluwer 2005.

⁹ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 621, nr.3.

1. Toezichthoudende taak overheid

Op 5 januari 2011 is bij het bedrijf Chemie Pack in Moerdijk¹⁰ een grote brand ontstaan. In het bedrijf werden chemische producten bewerkt en verpakt. Het betrof onder meer chemicaliën, mineralen, gewasbeschermingsmiddelen en schoonmaakmiddelen. Door de brand werd het bedrijf volledig verwoest. Na deze brand kwam via persberichten al snel de vraag naar voren of de overheid het toezicht op dit bedrijf wel goed had uitgevoerd? Maar wat houdt deze toezichthoudende taak van de overheid in? En wanneer wordt dit toezicht goed uitgevoerd? Zowel de media als burgers kijken steeds vaker naar de rol van de overheid bij een ramp. Eén van de belangrijkste verworvenheden van de moderne maatschappij is tenslotte dat mensen niet constant bezorgd hoeven te zijn dat andere burgers gevaarlijke situaties scheppen.

In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de toezichthoudende taak van de overheid. In paragraaf 1.1 zal allereerst het begrip toezicht worden omschreven. Zoals in de inleiding van dit onderzoek al is aangegeven, zal dit onderzoek zich toespitsen op toezicht dat onder de Wabo wordt uitgevoerd. In paragraaf 1.2 zal daarom worden omschreven wat er in de Wabo is geregeld omtrent toezicht. In paragraaf 1.3 wordt onderzocht welke prioriteiten gelden binnen het uitvoeren van toezicht. In paragraaf 1.4 wordt de werking van het EG-recht voor toezicht onderzocht. In paragraaf 1.5 wordt ingegaan op de normen die gelden bij het uitvoeren toezicht. In paragraaf 1.6 wordt onderzocht wanneer de overheid het toezicht goed uitvoert. In paragraaf 1.7 wordt tenslotte een korte samenvatting gegeven en het antwoord op de vragen die in dit hoofdstuk centraal staan.

“Wat houdt de toezichthoudende taak van de overheid in, wanneer voert zij dit toezicht goed uit en welke beleidsvrijheid heeft de overheid bij het uitvoeren van toezicht?”

¹⁰ Voor meer informatie over de brand bij Chemie-pack te Moerdijk zie Rapport van de onderzoeksraad voor veiligheid www.onderzoeksraad.nl.

1.1 Toezicht

De controle op de naleving van wet- en regelgeving betreft een overheidstaak. De overheid controleert de naleving van wet- en regelgeving door middel van het uitvoeren van toezicht. Het toezicht is geregeld in hoofdstuk 5 van de Awb. Titel 5.2 van de Awb is dan ook genaamd: toezicht op de naleving. Ondanks deze titel wordt het begrip toezicht verder niet gedefinieerd in de Awb. De memorie van toelichting omschrijft toezicht op de naleving als de uitvoering van controles zonder dat van de overtreding van een wettelijk voorschrift hoeft te zijn gebleken¹¹. In de literatuur wordt toezicht omschreven als: het houden van controle op de naleving van wettelijke regels.¹²

1.2 Toezicht onder de Wabo

Op 1 oktober 2010 is Wabo in werking getreden. De Wabo geeft de kaders aan voor de omgevingsvergunning. De omgevingsvergunning is één geïntegreerde vergunning voor bouwen, wonen, monumenten, ruimte, natuur en milieu. Hierbij moet onder andere gedacht worden aan het bouwen van een fabriek, of een schuurtje, het kappen van bomen of het aanleggen van een inrit. Voor 1 oktober 2010 was vaak voor elk van deze activiteiten een afzonderlijke vergunning nodig. Een aanvrager moest veelal voor al deze afzonderlijke vergunningen bij verschillende overheidsinstellingen zijn om de vergunningen aan te vragen. Vanaf 1 oktober 2010 zijn al dit soort vergunningen samengevoegd in één integrale vergunning: de omgevingsvergunning.

Het bevoegd gezag heeft op grond van artikel 5.2, eerste lid Wabo, zorg te dragen voor het toezicht van wet- en regelgeving dat onder de Wabo valt. Het gaat hierbij onder andere om de Woningwet, de Wet milieubeheer (verder: Wm) en het Gebruiksbesluit. Daarnaast heeft de toezichthoudende taak betrekking op hetgeen bepaald is in de wetten genoemd in artikel 5.1 van de Wabo. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de Wet bodembescherming en de Natuurbeschermingswet 1998. De reikwijdte het toezicht van de Wabo is daarmee groter dan de reikwijdte van de omgevingsvergunning zelf. Voor het uitvoeren van deze toezichthoudende taak heeft het bestuursorgaan bevoegdheden tot haar beschikking staan in de Awb zoals het betreden van plaatsen (5:15 Awb) , het vorderen van inlichtingen (5:16 Awb) en monsterneming (5:18 Awb).

¹¹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700 nr. 3, p. 128.

¹² Zie Damen e.a. 2008, p. 621, Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 448 en Michiels & Muller 2006, p. 19.

1.3 Prioriteiten in het uitvoeren van toezicht

Zoals gezegd voert de overheid toezicht uit om te controleren of bedrijven, burgers en andere overheden zich aan de regels houden. De bevoegdheid om het toezicht uit te voeren, schept natuurlijk ook een plicht. Namelijk om te handelen op basis van en met gebruikmaking van de bevoegdheid. Vanuit de gedachte dat de overheid niet in staat is alle overtredingen te signaleren, is algemeen geaccepteerd dat zij prioriteiten stelt binnen het uitvoeren van toezicht.¹³ Daardoor kan het gebeuren dat de overheid categorieën bedrijven die niet geprioriteerd zijn niet, of over een lange termijn niet controleert op de naleving van de regels.

Het gevolg kan ook zijn dat categorieën van overtredingen die niet geprioriteerd zijn niet worden vastgesteld bij de uitvoering van het toezicht. Tegen die overtredingen wordt als gevolg daarvan niet opgetreden door middel van het opleggen van een sanctie. In de “Kaderstellende visie op toezicht” is neergelegd dat de overheid op basis van een integrale afweging van verschillende factoren dient te komen tot selectief toezicht.¹⁴ De toezichtcapaciteit moet zo effectief mogelijk worden ingezet en bij het maken van keuzes moet de overheid gebruik maken van risicomanagement en een kosten-batenanalyse.¹⁵

Prioritering brengt enerzijds met zich dat keuzes worden gemaakt voor de activiteiten waarop het toezicht zich met name zal richten. Bij voorkeur dient ook het nalevingsniveau dat wordt nagestreefd vastgelegd te worden.¹⁶ Anderzijds zal het toezicht zo georganiseerd moeten zijn dat dit met voldoende frequentie, diepgang en slagvaardigheid kan worden uitgevoerd.¹⁷ Volgens Vermeer dient een weloverwogen toezichtbeleid daarnaast ook ad-hoc varianten te kennen. Varianten die het mogelijk maken, incidenteel, buiten de geprioriteerde gebieden toezicht uit te oefenen.¹⁸

Prioritering van toezichtbeleid heeft mijns inziens wel het gevaar in zich dat niet prioritaire-overtredingen minder of helemaal geen aandacht krijgen. Ad-hoc varianten zoals Vermeer die voorstelt zijn dan noodzakelijk om te voorkomen dat bepaalde bedrijven niet of nauwelijks gecontroleerd worden. Met de komst van de Wabo zijn de overheden wel verplicht hun toezichtbeleid vast te leggen en te verantwoorden. Artikel 7 van het Besluit omgevingsrecht bepaalt namelijk dat op basis van artikel 5.3 van de Wabo elk bevoegd gezag met de inwerkingtreding van de Wabo

¹³ Zie Vermeer 2010, p. 37.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 27 831, nr.15.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 27 831, nr.15.

¹⁶ Zie Michiels 2006, p. 19.

¹⁷ Zie Michiels 2006, p. 19.

¹⁸ Vermeer 2010, p. 38.

een toezichtsbeleid moet hebben. In dit beleid moet een beschrijving staan van de doelen, strategieën en de activiteiten, gebaseerd op een probleemanalyse. Het beleid moet met andere betrokken bestuursorganen en strafrechtelijke partners worden afgestemd.

1.4 Controleplicht Europese Unie

Bij de prioritering van het toezichtbeleid dient wel rekening te worden gehouden met de verplichtingen die volgen uit de Europese Unie (verder: EU). In een aantal gevallen eist Europese regelgeving het toepassen van controlebevoegdheden. Enkele richtlijnen zien in het bijzonder op de bescherming van de volksgezondheid en het veiligheidsbelang van burgers en zijn van toepassing op het toezicht dat onder de Wabo wordt uitgevoerd.¹⁹ Bijzondere aandacht hierbij verdient de Seveso-richtlijn.²⁰ Deze richtlijn heeft als doel: de preventie van zware ongevallen, waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken, alsmede de beperking van de gevolgen daarvan voor mens en milieu, teneinde in de gehele Gemeenschap hoge beschermingsniveaus te waarborgen. Deze richtlijn is van toepassing op alle inrichtingen waar gevaarlijke stoffen in hoeveelheden gelijk aan of groter dan de in de bijlage bij de richtlijn vermelde hoeveelheid aanwezig zijn of bij een ongeval kunnen ontstaan. Zo eist de richtlijn een inspectie- en controlesysteem waarin minimaal is opgenomen dat het aangewezen risicovolle bedrijf jaarlijks planmatig en systematisch gecontroleerd wordt. In Nederland is de Seveso-richtlijn geïmplementeerd in het Besluit risico zware ongevallen 1999 (verder: BRZO). Bedrijven die onder dit Besluit vallen, zijn op grond van artikel 2.1 onder e Wabo juncto artikel 2.1 tweede lid en bijlage I onderdeel B en onderdeel C van het Besluit omgevingsrecht, vergunningplichtig.

1.5 Normen voor het uitoefenen van toezicht

Op het uitvoeren van toezicht is hoofdstuk 2 van de Awb van toepassing. Voor een toezichthouder die het toezicht uitvoert geldt dus het verbod op vooringenomenheid en de geheimhoudingsplicht. Aangezien toezichthandelingen veelal feitelijke handelingen zijn en geen besluiten in de zin van de Awb, is hoofdstuk 3 op die toezichtshandelingen slechts gedeeltelijk geclausuleerd van toepassing.²¹ Ingevolge de schakelbepaling van artikel 3:1, tweede lid, Awb zijn namelijk de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 Awb op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten

¹⁹ Zie bijvoorbeeld Richtlijn 96/61 (24-09-1996, L 257/16) die voorziet in geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging.

²⁰ Richtlijn 96/82 (9-12-1996, Pb 1997, L10, p.13) betreffende de beheersing van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2003/105/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2003, Pb 97, L345.

²¹ Zie Damen e.a. 2008, p. 625.

overeenkomstig van toepassing. Dit geldt wel onder voorbehoud dat de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Voor het uitvoeren van toezicht zijn dus ook het zorgvuldigheidsbeginsel, evenredigheidsbeginsel, vereiste van belangenafweging en het verbod van misbruik van bevoegdheden van toepassing tijdens het uitvoeren van toezicht. Tevens geldt voor het toezicht de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur.²²

1.6 Goed toezicht

De vraag die bij vele rampen naar voren komt is of de overheid het toezicht wel goed heeft uitgevoerd. Eerder in de hoofdstuk werd al duidelijk dat de overheid prioriteiten stelt bij het uitvoeren van toezicht, maar dat die prioriteiten die zij stelt wel ingeperkt kunnen worden door het EU recht. Het kabinet heeft in de kaderstellende visie op toezicht beschreven waar goed toezicht in haar ogen aan moet voldoen.²³ Zij stelt zich in deze visie op het standpunt dat het niet vanzelfsprekend is dat de overheid toezicht houdt. Burgers, bedrijven, instellingen en de overheid dragen volgens het kabinet samen de zorg voor een goed evenwicht in verantwoordelijkheden. Het is volgens het kabinet ook een taak van de overheid om na te gaan in hoeverre het mogelijk is om burgers, bedrijven en instellingen zelf verantwoording te laten nemen voor het handhaven van bepaalde regels. De overheid zou zich dan kunnen beperken tot toezicht houden op het systeem.²⁴ Deze visie van het kabinet omtrent het uitvoeren van systeemtoezicht lijkt in de praktijk echter achterhaald. Incidenten zoals deze zich bij Chemie-pack en Odfjell²⁵ hebben voorgedaan heeft de DCMR doen besluiten het toezicht op bedrijven te verscherpen. Zo was in het Algemeen Dagblad van 7 april 2012 een interview met de directeur van deze dienst te lezen, waarin vermeld stond dat de dienst meer fysieke en onaangekondigde controles bij bedrijven gaat uitvoeren, daar bedrijven het gegeven vertrouwen hebben beschaamd.²⁶

Het kabinet geeft verder in de kaderstellende visie verder aan dat toezicht onafhankelijk moet worden uitgevoerd om te waarborgen dat toezichthouders zonder ongeoorloofde beïnvloeding van bijvoorbeeld beleidsmakers, of ander belanghebbende hun werk uitvoeren.²⁷

Goed toezicht zal niet alleen afhangen van de controlefrequentie, maar ook de wijze waarop de controle werd uitgevoerd.²⁸ Zo zal de toezichthouder over voldoende kennis moeten beschikken van de wettelijke regelingen waarop het toezicht wordt

²² Zie Damen e.a. 2008, p. 625.

²³ Kamerstukken II 2005/06, 27 831, nr.15.

²⁴ Kamerstukken II 2005/06, 27 831, nr.15, p. 18.

²⁵ Zie www.nos.nl d.d. 22 mei 2012.

²⁶ Zie Algemeen Dagblad d.d. 7 april 2012 "strengere controles bij chemiebedrijven Rotterdam".

²⁷ Kamerstukken II 2005/06, 27 831, nr.15, p. 23.

²⁸ Kamerstukken II 2005/06, 27 831, nr.15, p. 23.

uitgevoerd en zal het toezicht ook onaangekondigde bezoeken moeten bevatten. Uit het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid naar aanleiding van de brand bij Chemie-pack te Moerdijk blijkt bijvoorbeeld dat de controlebezoeken bij Chemie-pack altijd werden aangekondigd, waardoor het bedrijf de verkeerde ruimte kreeg. De Raad meent dat een meer gevarieerd inspectiepatroon, waarbij ook onaangekondigde inspecties een onderdeel zijn, een scherper beeld van de feitelijke werksituatie van het bedrijf geeft.²⁹

Het uiteindelijke antwoord op de vraag of het toezicht goed is uitgevoerd, zal echter primair beantwoord moeten worden door de burgerlijk rechter. Maar nu met de komst van de Wabo het verplicht is voor overheden om het toezichtsbeleid vast te leggen, zal dit beleid ook bij de beoordeling door de burgerlijk rechter meer dan voorheen een rol gaan spelen.

1.7 Afronding

In dit hoofdstuk zijn de juridische aspecten van het begrip toezicht nader omschreven. Als antwoord op de eerste vraag van de inleiding kan worden gesteld dat onder toezicht moet worden verstaan:

“de controle door toezichthouders op de naleving van wettelijke regels, ook wel aangeduid als nalevingstoezicht”.

Het antwoord op de tweede vraag van dit hoofdstuk is niet eenduidig te geven. Of toezicht goed zal worden uitgevoerd zal afhangen van onder andere de toezichthouder, de juiste inzet van toezichtsbevoegdheden, de controlefrequentie, het beleid en de wijze waarop de controle wordt uitgevoerd. Primair zal de vraag of het toezicht goed is uitgevoerd beantwoord moeten worden door de burgerlijk rechter.

De overheidsorganen die belast zijn met het uitvoeren van toezicht worden met de komst van de Wabo verplicht hun beleid omtrent het uitvoeren van toezicht vast te leggen. Door deze verplichting wordt het toezichtbeleid dat de overheid voert onder de Wabo minder vrijblijvend. De prioritering die de overheid aanbrengt binnen het uitvoeren van het toezicht, zal zij in haar beleid moeten verantwoorden. Met het aanbrengen van een prioritering in het toezichtsbeleid loopt de overheid tevens het risico dat bepaalde overtredingen van burgers of bedrijven niet of nauwelijks gecontroleerd worden. Het EU-recht kan, met name daar waar gevaarlijke stoffen bij bedrijven worden opgeslagen, wel beperkingen opleggen aan de beleidsvrijheid ten aanzien van de prioritering in het toezichtsbeleid indien gevaarlijke stoffen worden

²⁹ Zie voor het volledige rapport van de brand bij Chemie-pack: www.onderzoeksraad.nl.

opgeslagen. Als antwoord op de derde vraag kan worden gesteld dat de overheid een ruime mate van beleidsvrijheid bezit ten aanzien van de wijze waarop zij de prioritering aanbrengt in het uitvoeren van toezicht, al brengt het EU-recht hier wel beperkingen in aan. In de wijze waarop de overheid het toezicht uitvoert is zij wel gehouden aan de algemene beginstelen van behoorlijk bestuur.

2. Handhaving en sancties

Indien bestuursorganen tijdens het uitvoeren van toezicht of op andere wijze op de hoogte raken van een overtreding hebben ze de taak om handhavend op te treden. Dit geval deed zich bijvoorbeeld voor in de CMI zaak, waar de DCMR namens het bestuursorgaan tijdens het uitvoeren van het toezicht bij een bedrijf waar gevaarlijke stoffen werden opgeslagen op de hoogte raakte van overtredingen van de vergunningsvoorschriften.³⁰ Om naleving van de voorschriften af te kunnen dwingen heeft het bestuursorgaan sanctiebevoegdheden tot haar beschikking. Door middel van het inzetten van deze sanctiebevoegdheden wordt handhavend opgetreden door de overheid. In dit hoofdstuk staat dan ook de handhaving centraal. De centrale vragen die in dit hoofdstuk aan de orde komen zijn:

“Wat houdt de handhavingstaak van het bevoegd gezag in en is het bevoegd gezag verplicht om handhavend op te treden?”

Om deze vragen te beantwoorden zal in paragraaf 2.1 allereerst worden ingegaan op het begrip overtreding. Waarna in paragraaf 2.2 de bestuurlijke sancties volgen. In paragraaf 2.3 zal onderzocht worden wat de beginselplicht tot handhaving behelst. In paragraaf 2.4 wordt het begrip gedogen nader omschreven. Waarna in paragraaf 2.5 zal het handhavingsbeleid nader worden omschreven. Waarna in paragraaf 2.6 zal worden onderzocht welke rol het EHRM heeft op de beginselplicht tot handhaving. In paragraaf 2.7 zal worden afgesloten met een korte samenvatting en antwoord op de twee centrale vragen.

³⁰ Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011 L/JN BP8578. Deze zaak wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 4.

2.1 Overtreding

De definitie van het begrip overtreding is van belang omdat bestuurlijke sancties uitsluitend kunnen worden opgelegd indien sprake is van een overtreding.³¹

De constatering van een overtreding zal dus zorgvuldig moeten gebeuren, daar dit de start betreft van een bestuurlijk traject. Een overtreding is volgens artikel 5:1, eerste lid, Awb:

“een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift”.

Met enig wettelijk voorschrift wordt dan bedoeld het overtreden van algemene bepalingen in een formele wet, in een uitvoeringsbesluit (algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen), in een verordening (van provincies, gemeenten, waterschappen, publiekrechtelijke organisaties). Het begrip gedraging moet ruim worden opgevat en omvat mede een nalaten en het laten bestaan van een verboden toestand.³² De term krachtens in de definitie van het begrip overtreding wordt gebruikt om tot uitdrukking te brengen dat niet alleen het niet naleven van wettelijke bepalingen, maar ook gedragingen in strijd met voorschriften verbonden aan een vergunning of ontheffing of ander type beschikking een overtreding kan opleveren. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft vastgelegd dat het bevoegd gezag de overtreding moet constateren. Dit constateren kan eventueel met behulp van instrumenten geschieden zoals meetapparatuur. Indien een toezichthouder bij een controle op de naleving van geluidsvoorschriften de overlast slechts met het gehoor constateert, zonder dat dit wordt gestaafd door geluidmetingen, is dit onvoldoende om zonder meer te kunnen vaststellen of geluidvoorschriften al dan niet worden overtreden.³³

2.2 Bestuurlijke sancties

Van bestuurlijke handhaving is overeenkomstig de Awb sprake indien toezicht op de naleving wordt uitgeoefend of sancties worden opgelegd door bestuursorganen, die niet met strafvordering zijn belast.³⁴ Een bestuurlijke sanctie wordt in artikel 5:2, eerste lid onder a, Awb omschreven als:

³¹ Zie Van Buuren & Borman 2009, p. 322.

³² *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p.77.

³³ ABRvS 20 juli 2005, *LJN* AT9637.

³⁴ Zie Van Buuren & Borman 2009, p.227.

“een door het bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak.”

Vervolgens wordt in artikel 5:2, eerste lid onder b en c, Awb onderscheid gemaakt tussen de herstelsanctie en een bestraffende sanctie. Een herstelsanctie is volgens artikel 5:2, eerste lid onder b, een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding. Een bestraffende sanctie is volgens artikel 5:2, eerste lid onder c, Awb een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen. Het onderscheid tussen herstelsancties en bestraffende sancties zit in het doel van de bestuurlijke sanctie. Dit kan zijn het ongedaan maken zijn van de overtreding of het straffen voor het gedrag. Bij een herstelsanctie hoeft het volgens Damen niet te gaan om herstel in strikte zin, maar om het bereiken van een toestand die de wetgever als legale heeft aangemerkt.³⁵ Een herstelsanctie kan op grond van artikel 5:7 Awb al worden opgelegd voordat daadwerkelijk sprake is van een overtreding. Er moet dan wel sprake zijn van een klaarblijkelijk gevaar voor overtreding.³⁶ Titel 5.3 van de Awb noemt als herstelsancties last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom.

2.3 Beginselplicht tot handhaving

Uit de nota “gedogen in Nederland” blijkt ook dat het recht in ons land geen volledige handhavingsplicht kent.³⁷ Maar dit betekent volgens de regering niet dat het met handhaving belaste bestuursorgaan de vrijheid heeft naar eigen inzicht te beslissen tot al dan niet handhaven. De aanwezigheid van een bevoegdheid schept volgens de regering immers ook een plicht: te weten om zorgvuldig en verantwoord gebruik te maken van die bevoegdheid.³⁸ Volgens Albers en Heinen dient het uitgangspunt te zijn dat door de wetgever of het bestuur uitgevaardigde normen gehandhaafd worden. Op die manier wordt recht gedaan aan de bindende kracht van (democratisch gelegitimeerd tot stand gekomen) wetten.³⁹

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft ten aanzien van de beleidsvrijheid voor bestuursorganen een formulering opgesteld die bekend staat als de beginselplicht tot handhaving:

³⁵ Damen e.a. 2008, p. 653.

³⁶ Zie Van Buuren & Borman 2009, p. 333.

³⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nr. 2. p. 13.

³⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nr. 2. p. 13.

³⁹ Albers & Heinen 2008, p. 675-676.

*“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan weigeren dit te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien”.*⁴⁰

In de literatuur lopen de meningen uiteen over de uitleg die aan de formulering gegeven moet worden.⁴¹ Enerzijds wordt er door Albers en Heinen op gewezen dat bestuursrechtspraak een beginselplicht tot handhaving als uitgangspunt hanteert en dat gevallen waarin de Afdeling oordeelde dat niet gehandhaafd hoefde te worden, verband houden met onbenullige overtredingen die het algemeen belang geen schade toebrengen.⁴² Van een daadwerkelijke beleidsvrije bevoegdheid is volgens hen dan ook geen sprake meer.⁴³

Anderzijds is Michiels van mening dat de formulering van de Afdeling inzake de beginselplicht ruimte laat voor een belangenafweging, die altijd plaats zal moeten vinden.⁴⁴ Michiels pleit ervoor om de handhavingsbevoegdheid op te vatten als een volledige en beleidsvrije belangenafweging met extra nadruk op het belang van handhaving. Michiels stelt dat de wetgever juist een beleidsvrije bestuursbevoegdheid heeft gecreëerd, omdat op voorhand in abstracto niet valt te overzien in hoeverre concrete omstandigheden van een individueel geval “bijzondere omstandigheden” kunnen opleveren. Vanwege de onvoorzienbare diversiteit aan gevallen is er volgens Michiels principieel sprake van een zekere beleidsruimte, die ruimer is dan de afwijking in individuele gevallen. Michiels wijst op de plicht tot volledige belangenafweging die in artikel 3:4, eerste lid, Awb is opgenomen. Hij is dus in tegenstelling tot Albers en Heinen van mening dat het bestuur de vrijheid heeft om ondanks onmiskenbare overtreding geen sanctie op te leggen.

In de volgende paragrafen worden de uitzonderingsgevallen van de beginselplicht tot handhaving besproken.

⁴⁰ ABRvS 7 juli 2004 LJN AP8242.

⁴¹ Zie Van Rossem 2005, p 37-40.

⁴² Albers & Heinen 2008, p.676.

⁴³ Albers & Heinen 2008, p.677.

⁴⁴ Michiels in zijn noot bij Vz. ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 424.

2.3.1. Concreet zicht op legalisatie.

Uit jurisprudentie volgt dat van concreet zich op legalisatie sprake is als de noodzakelijke procedures in een zodanig stadium verkeren dat legalisatie in redelijkheid binnen afzienbare tijd mag worden verwacht. Voor een omgevingsvergunning milieu is bijvoorbeeld voldoende voor een concreet uitzicht op legalisatie dat een vergunningsaanvraag is ingediend die strekt tot legalisatie van de illegale situatie. De aanvraag moet volgens het bevoegd gezag voldoende gegevens bevatten zodat een goede beoordeling van de aanvraag kan plaatsvinden. Daarnaast moet het bevoegd gezag geen belemmering zien voor verlening van de vergunning.⁴⁵ De situatie waarvoor een vergunning is aangevraagd moet wel overeenkomen met hetgeen waarvoor het bevoegd gezag een handhavingsbesluit heeft opgelegd, anders kan niet worden gesproken van een concreet zicht op legalisatie.⁴⁶ Het vooruitzicht dat wet- en regelgeving op korte termijn verandert waardoor de overtreding zal worden opgeheven, is ook een bijzondere omstandigheid die maakt dat van handhaving kan worden afgezien.⁴⁷

Een overgangssituatie kan volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ook onder bijzondere omstandigheden vallen, die maken dat van handhaving kan worden afgezien. Zo werd bij een Rotterdams bedrijf 10.000 liter/kg aan gevaarlijke stoffen (parfums, ADR klasse 3) aangetroffen zonder dat deze stoffen in een brandwerende opslagvoorziening waren geplaatst.⁴⁸ Door het bevoegd gezag werden een aantal lasten onder dwangsom opgelegd om naleving van de rechtsregels af te dingen. De overtreder betoogde in een voorlopige voorziening dat het aanbrengen van een brandwerende voorziening voor de opslag van de gevaarlijke stoffen onredelijk bezwarend zou zijn omdat hij bezig was om een andere locatie te zoeken. De Afdeling overwoog:

“ dat niet in geschil is dat de inrichting aan één zijde wordt omgeven door een bedrijfspand dat niet in gebruik is en dat aan de andere zijde van de inrichting een braakliggend terrein ligt. Gezien de omgeving waar de inrichting is gevestigd en het feit dat verzoekster op termijn de locatie zal verlaten ziet de voorzitter, na afweging van de betrokken belangen, aanleiding ten aanzien van deze lasten een voorlopige voorziening te treffen.”⁴⁹

⁴⁵ ABRvS 1 juli 2009 L/JN BJ1123.

⁴⁶ ABRvS 29 augustus 2009, L/JN BJ5535.

⁴⁷ ABRvS 29 december 2008, L/JN BG9021.

⁴⁸ ABRvS 17 augustus 2009, L/JN BJ6024.

⁴⁹ ABRvS 17 augustus 2009, L/JN BJ6024. Over deze zaak is niet beslist in een bodemprocedure.

2.3.2 Evenredigheidsbeginsel

Van handhavend optreden kan voorts worden afgezien als handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot daarmee te dienen belangen. Dit beginsel is wettelijk verankerd in artikel 3:4, tweede lid, Awb. Van een onevenredigheid is bijvoorbeeld sprake als door de overtreding van een bepaald voorschrift het milieu niet of nauwelijks is aangetast, zodat kan worden afgezien van handhavend optreden.⁵⁰ Van onevenredigheid is ook sprake als de overtreding te wijten is geweest aan overmacht in de vorm van storingen en sabotage.⁵¹ Van onevenredigheid kan ook sprake zijn als het om een eenmalige overtreding gaat.⁵² Of wanneer het om relatief kleine overtredingen gaat. Zoals in een uitspraak van 21 juli 2004 waarin het ging op een rij leiplatanen die per abuis op zestig centimeter in plaats van de voorgeschreven 1 meter van een erfafscheiding waren geplaatst. De Afdeling achtte handhavend optreden onevenredig. Zij overweegt:

“de aan de vrijstelling verbonden voorwaarde strekt ertoe de inkijk vanuit de appartementen in de achtertuin van appellant te beperken. Dat de afstand tussen de muur en de leiplatanen 60 cm is in plaats van 1 meter doet geen afbreuk aan realisering van die doelstelling. Ook overigens is niet gebleken dat appellant belang heeft bij het handhaven van de afstand tussen de muur en de leiplatanen op 1 meter.”⁵³

Daarnaast kan ook sprake zijn van bijzondere omstandigheden die maken dat handhaven in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Dit kan zich volgens de Afdeling bestuursrechtspraak voordoen bij een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel. Voor een geslaagd beroep op dit beginsel is het nodig dat aan het bestuursorgaan toe te rekenen, concrete, ondubbelzinnige toezeggingen zijn gedaan door een daartoe bevoegde derde, waaraan rechtens te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend.⁵⁴

⁵⁰ ABRvS 31 januari 2007, LJV AZ7447.

⁵¹ ABRvS 31 januari 2007, LJV AZ7447.

⁵² ABRvS 31 januari 2007, LJV AZ7949.

⁵³ ABRvS 21 juli 2004, AB 2004, 293.

⁵⁴ ABRvS 24 november 2010, LJV BO3851.

2.4 Gedogen

Niet handhaven leidt tot gedogen. Gedogen is de situatie waarin het bevoegd gezag wel weet, of behoort te weten, dat er een overtreding plaatsvindt of nog zal vinden, maar daar niet tegen optreedt.⁵⁵ De meest gangbare omschrijving van gedogen luidt:

*“het afzien van handhaven van wetten en wettelijke normen, terwijl dat juridisch en feitelijk wel mogelijk is”.*⁵⁶

Michiels is echter van mening dat niet ieder nalaten van handhaven gedogen is.

Michiels stelt dat gedogen kan worden omschreven als:

*“een impliciet of expliciet- besluit om niet te handhaven, gebaseerd op een afweging die beoogt de specifieke situatie te normeren en die streeft naar rechtvaardigheid”.*⁵⁷

Gedogen is volgens Michiels slechts aanvaardbaar in specifieke gevallen. Gedogen dient expliciet te gebeuren na een zorgvuldige belangenafweging en controle. Vaak wordt de gedoogsituatie door het bevoegd gezag vastgelegd in een beschikking. Aan deze gedoogbeschikking kan het bevoegd gezag voorschriften verbinden. Een gedoogtoestemming kan dan ook volgens Van Wijk en Konijnenbelt worden opgevat als een weigering bestuursdwang toe te passen of een dwangsom op te leggen, althans als een verklaring jegens de geadresseerde dat een dergelijke sanctie achterwege zal blijven wanneer de betrokkene zich houdt aan de in de gedoogtoestemming doorgaans opgenomen voorschriften, voorwaarden of beperkingen.⁵⁸ Volgens Barkhuysen en Diepenhorst valt nog een belangrijk onderscheid te maken naar passief en actief gedogen. Actief gedogen ziet op de situatie waarin een bestuursorgaan expliciet of impliciet te kennen heeft gegeven niet handhavend op te zullen treden. Bij passief gedogen is het bestuursorgaan weliswaar op de hoogte van de overtreding, maar blijven mededelingen omtrent handhavend optreden achterwege. Het onderscheid is van belang omdat in de nota's die in de jaren negentig met betrekking tot dit onderwerp zijn verschenen actief gedogen slechts onder voorwaarden wordt toegestaan en passief gedogen onwenselijk wordt geacht.⁵⁹ Zo wordt in de nota *“grenzen aan gedogen”* aangegeven dat alleen in

⁵⁵ Zie ook Van Buuren & Borman 2009, p. 367.

⁵⁶ Zie Jurgens 1996, p.10.

⁵⁷ Zie Michiels & Muller, 2006, p. 179.

⁵⁸ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 482.

⁵⁹ Barkhuysen & Diepenhorst 2005, p. 286.

uitzonderingsgevallen actief gedogen aanvaardbaar kan zijn.⁶⁰ Gewaarborgd dient te zijn, dat van de bevoegdheid tot gedogen een terughoudend, zorgvuldig en verantwoord gebruik wordt gemaakt en dat gedogen daadwerkelijk beperkt blijft tot uitzonderingsgevallen.⁶¹

2.5 Handhavingsbeleid

Onder de Wabo is het opstellen van handhavingsbeleid voor het bevoegde gezag verplicht gesteld (artikel 5.3 Wabo). Het handhavingsbeleid wordt vastgelegd in één of meer documenten. Daarin wordt vastgelegd welke doelen het bestuursorgaan zich stelt en welke activiteiten het zal uitvoeren. De handhavingsdoelstellingen moeten gebaseerd zijn op een risicoanalyse waarbij het bestuursorgaan in kaart heeft gebracht voor welke regelgeving het de zorg heeft, welke problemen met die regelgeving worden aangepakt, wat de kans op overtreding van die regelgeving is en wat de milieueffecten van die overtreding zijn. Op basis van die risicoanalyse bepaalt het bestuursorgaan welke activiteiten nodig zijn om in kaart te brengen welke handhavingsdoelen zij wil bereiken en welke prioriteiten zij daarbij stelt.

Artikel 5.3 van de Wabo verplicht tevens tot evaluatie van het beleid en om aan de hand van de evaluatie eventueel het beleid bij te stellen. De Wabo verplicht bevoegde gezagen tevens ervoor te zorgen dat het handhavingsbeleid op elkaar wordt afgestemd. Een onderdeel van de handhavingstrategie vormt de sanctiestrategie. In de sanctiestrategie moet inzichtelijk worden gemaakt op welke wijze het bevoegd gezag omgaat met een overtreding. Aangegeven moet worden welke termijnen worden gehanteerd bij het geven van een termijn voor het ongedaan maken van een overtreding en welke zwaarte de sanctie heeft bij de verschillende overtredingen. Door middel van het handhavingsprogramma maakt het bevoegd gezag dus duidelijk welke prioriteiten het stelt op basis van een uitgevoerde risicoanalyse. Voorts wordt duidelijk in welke gevallen de tot het bevoegd gezag beschikking staande handhavingsmiddelen zullen worden ingezet.

⁶⁰ *Kamerstukken II 1996/97, 25 085, nr. 2 p. 9.*

⁶¹ *Kamerstukken II 1996/97, 25 085, nr. 2 p. 9.*

2.6 EHRM en de beginselplicht

Ook in de rechtspraak van het EHRM kunnen aanknopingspunten worden gevonden voor het bestaan van een beginselplicht tot handhaving. Het Hof overweegt in de zaak *Öneryildiz*⁶² dat artikel 2 EVRM het recht op leven garandeert en dat dit in nauwkeurig omschreven situaties een verplichting voor de lidstaten met zich brengt om maatregelen te treffen teneinde het leven van zijn inwoners te beschermen. Deze uitspraak dateert van 28 april 1993, wanneer zich op een vuilnisbelt in de buurt van Istanbul een methaangasexplosie voordoet. Als gevolg van een daardoor veroorzaakte aardverschuiving worden tien huizen in een nabij gelegen krottenwijk bedolven, waarbij 39 mensen het leven laten. Bij de explosie verliest Masallah Öneryildiz negen gezinsleden, zijn huis en eigendommen. Twee jaar voor de ramp heeft een commissie van deskundigen aan de gemeente gerapporteerd over de onveiligheid van de betreffende vuilnisbelt en gewaarschuwd voor het gevaar van een (methaangas) explosie. De overheid doet desondanks niets met dit rapport en laat de onveilige situatie voortbestaan. Masallah Öneryildiz stelt de overheid aansprakelijk voor de door hem geleden schade. Nadat de Turkse rechter de zaak niet op een voor hem bevredigende wijze heeft afgehandeld, wendt Öneryildiz zich tot het EHRM. Het EHRM is van oordeel dat overheden in concrete, levensbedreigende situaties worden geacht preventief op te treden en dergelijke gevaarlijke situaties niet te gedogen. Daarnaast worden overheden geacht een adequaat systeem van controle en handhaving op te zetten.

2.7 Afronding

In dit hoofdstuk stond de handhaving centraal. Als antwoord op de centrale vragen van dit hoofdstuk kan worden gesteld dat de handhavingstaak van de bestuursorganen het afdwingen van naleving van de regels omvat door middel van sancties. In de wetgeving kan geen plicht tot het opleggen van bestuursrechtelijke sancties worden gevonden. In jurisprudentie heeft de Afdeling vastgelegd dat het uitgangspunt is dat de door de wetgever of het bestuur uitgevaardigde normen gehandhaafd moeten worden. Deze benadering van de Afdeling staat bekend als de "beginselplicht tot handhaving". Afzien van handhaving is alleen mogelijk indien zich een bijzondere omstandigheid voordoet. Uit voorgaande blijkt dat de ruimte mate van beleidsvrijheid die de overheid ten aanzien van toezicht nog had, wordt ingeperkt zodra sprake is van de constatering van een overtreding. In principe geldt de plicht tot

⁶² EHRM 18 juni 2002, EHRC 2002, 64 m.nt. H. Jansen (*Öneryildiz I*), bevestigd door de Grand Chamber EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43 m.nt. Woltjer (*Öneryildiz II*).

handhaven mits sprake is van bijzondere omstandigheden. De beleidsvrijheid van de overheid beperkt zich in deze gevallen tot de bijzondere omstandigheden.

In situaties waarin sprake is van een kenbaar direct en onmiddellijk gevaar geldt op grond rechtspraak van het EHRM de plicht op direct in te grijpen. In deze situaties is de beleidsvrijheid voor een bestuursorgaan nihil.

3 Onrechtmatige daad

Als een bedrijf de geldende vergunningsvoorschriften niet naleeft, bijvoorbeeld door meer gevaarlijke stoffen op te slaan dan vergund is, kan een ander bij een eventuele calamiteit hierdoor schade lijden. De schadelijdende partij kan als benadeelde een schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad instellen tegenover de overtreder van het voorschrift als direct schadeveroorzaker. Door het vergunningsvoorschrift te overtreden heeft de overtreder een gevaarzettende situatie in het leven geroepen, waardoor de schade kon ontstaan.⁶³ Om verschillende redenen kan de schadelijdende partij ook een actie in stellen om zijn schade te verhalen bij de overheid. Het schadeveroorzakende bedrijf kan bijvoorbeeld financieel niet in staat zijn om de schade te betalen. Een andere reden kan zijn dat de schadelijdende partij het gedrag van de overheid aan de kaak wil stellen.

Zoals uit hoofdstuk 1 en 2 is gebleken heeft de overheid een toezichts- en handhavingstaak met betrekking tot de naleving van publiekrechtelijke voorschriften. De overheid beschikt voor de uitvoering van de toezichts- en handhavingstaak over controle- en sanctiebevoegdheden. Daarmee kan zij dus invloed uitoefenen op het gedrag van de overtreder. Door onvoldoende invloed uit te oefenen op de naleving van de publiekrechtelijke rechtsregels of door niet adequaat op te treden tegen geconstateerde overtredingen, kan de overheid mede- verantwoordelijk zijn voor de ontstane schade en dus voor die schade aansprakelijk worden gesteld. Doordat de overheid een toezichts- en handhavingstaak heeft ten aanzien van wet- en regelgeving en de overtreder deze wet- en regelgeving juist overtreedt, staan beide in relatie tot elkaar.

Dat als gevolg van niet-naleving van wet- en regelgeving schade is ontstaan, geeft dus aan dat er mogelijk ergens iets is misgelopen bij het uitvoeren van toezicht en/of handhaving. De toezicht- en/of handhavingstaak is immers toegekend aan de

⁶³ Zie Barkhysen en Diepenhorst 2005, p. 300.

overheid om schade te voorkomen en op te treden tegen illegale situaties die de overtreder veroorzaakt.⁶⁴ In dit hoofdstuk staat de volgende vraag centraal:

“Welk beoordelingskader hanteert de burgerlijk rechter voor de overheid bij falend toezicht en/of handhaving.”

Om deze vraag te beantwoorden zal in paragraaf 3.1 allereerst de onrechtmatige daad worden beschreven. In paragraaf 3.2 zal nader worden ingegaan op de onrechtmatige gedraging. In paragraaf 3.3 zullen de Kelderluikcriteria, die bij het bepalen van de onrechtmatige gedraging een rol spelen, worden besproken. In paragraaf 3.4 wordt ingegaan op het causaal verband dat aanwezig dient te zijn. In paragraaf 3.5 komt het relativiteitsvereiste aan bod. In paragraaf 3.6 zal tenslotte zal een afronding van dit hoofdstuk plaatsvinden met daarin het antwoord op de centrale vraag.

3.1 De onrechtmatige daad

Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en handhaving wordt gebaseerd op de artikelen 6:162 BW en 6:163 BW. Grondslag voor de aansprakelijkheid vormt de gedraging van het met toezicht- en handhaving belaste bestuurorgaan die te traag of gebrekkig heeft opgetreden tegen niet naleving van wet- en regelgeving of hiertegen zelfs helemaal niet heeft opgetreden.⁶⁵ Om te komen tot een aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW en 6:163 BW dient aan een vijftal eisen te zijn voldaan, te weten:

- onrechtmatige gedraging;
- toerekenbaarheid van de daad aan de dader;
- schade;
- causaal verband tussen de daad en schade;
- relativiteit.

3.2 De onrechtmatige gedraging

Zoals gezegd vormt de grondslag voor overheidsaansprakelijkheid het onvoldoende invloed uit oefenen op de naleving van de publiekrechtelijke rechtsregels of niet adequaat of in het geheel niet op te treden tegen geconstateerde overtredingen door het bestuursorgaan. De onrechtmatige gedraging bestaat dus uit een nalaten of te weinig doen. In lid 2 van artikel 6:162 BW wordt als onrechtmatige daad aangemerkt:

⁶⁴ Zie Giesen 2005, p. 34.

⁶⁵ Zie Van Dam 2006, p. 23.

“een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.”

Uit bovenstaande omschrijving blijkt dat er een drietal gronden zijn waarop een bepaalde schadeveroorzakende gedraging als onrechtmatig kan worden aangemerkt:

- een inbreuk op een recht;
- een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht;
- een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Voorgaande indeling wordt in de literatuur veelvuldig bekritiseerd.⁶⁶ De strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid zou volgens critici het enige criterium zijn dat alle onrechtmatige daden omvat. Strijd met een wettelijke plicht en een inbreuk op een recht zijn volgens de critici op te vatten als subcriteria van onrechtmatigheid.⁶⁷ Deze stelling is mijns inziens niet helemaal juist. Er zijn situaties denkbaar waarin een inbreuk op een recht niet onzorgvuldig is. Sieburgh noemt als voorbeeld het ten onrechte gelegde beslag of huiszoeking op achteraf onjuist gebleken verdenking.⁶⁸ Onderscheid tussen bovengenoemde onrechtmatigheidscategorieën blijft dus wenselijk, al is een onderscheid tussen de verschillende categorieën niet altijd volledig te maken.⁶⁹ De eerste categorie die lid 2 van artikel 6:162 BW noemt is “een inbreuk op een recht”. Het gaat hierbij om subjectieve rechten en persoonlijkheidsrechten. Het zou hier bijvoorbeeld kunnen gaan op inbreuken van eigendomsrechten als gevolg van falend toezicht/ en of handhaving. De tweede categorie die lid 2 van artikel 6:162 BW noemt is “ een strijd of nalaten met een wettelijke plicht”. Uit hoofdstuk 2 bleek al dat sprake is van een bevoegdheid tot handhaving en niet van een wettelijke plicht. In een aantal gevallen waar daadwerkelijk een plicht tot toezicht en/of handhaving is opgelegd, zoals bijvoorbeeld in het Brzo 1999 en artikel 18.2 Wm zou sprake kunnen zijn van schending van een wettelijke plicht door een bestuursorgaan. Zo oordeelde de rechtbank dat de DCMR door telkenmale niet in te grijpen in een situatie die volgens de DCMR zelfs als een gevaarsituatie werd aangemerkt, in strijd met haar wettelijke plicht krachtens artikel 18.2 Wm handelde.⁷⁰ Indien geen sprake is van een wettelijke plicht tot handhaven, speelt de laatste categorie van artikel 6:162, tweede

⁶⁶ Zie hiervoor Asser Hartkamp 2006 (4III), nrs. 53 en 54.

⁶⁷ Zie hiervoor Asser Hartkamp 2006 (4III), nrs. 53 en 54.

⁶⁸ Sieburg 2000, p.65.

⁶⁹ Asser Hartkamp 2006 (4III), nr. 54.

⁷⁰ Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508, *LJN* AR2320. In hoofdstuk 4 wordt deze uitspraak uitvoering besproken.

lid, BW: een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een rol. Voor deze laatste categorie moet men terugvallen op maatschappelijk aanvaarde normen over behoorlijk en zorgvuldig gedrag, waarbij de beginselplicht tot handhaving een rol kan spelen.⁷¹ Bij de vraag of maatschappelijk onbetamelijk wordt gehandeld moet ook rekening worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden. Daartoe behoren de aard van de partijen, de gewraakte gedragingen en het door de overheid te behartigen algemeen belang.⁷² Van Dam wijst in dit verband op de speciale plicht van de overheid jegens burgers gezien het feit dat een toezichthouder bij wet een toezichttaak is opgedragen en voor effectieve uitvoering daarvan met de benodigde bestuursbevoegdheden is toegerust. Juist omdat benadeelde zichzelf niet kan beschermen heeft de overheid zich de taak van toezichthouder aangetrokken.⁷³ Beslissend voor de invulling van de dit criterium is dus de inhoud van de toezicht en/of handhavingstaak. Daar waar het bestuursorgaan deze taak niet adequaat heeft vervuld, is mogelijk de zorgplicht geschonden. De zorgvuldigheidsnorm die voor de rechtspersoon van het bestuursorgaan wordt geconstrueerd door de burgerlijk rechter wordt geënt op de kelderluikcriteria.⁷⁴

3.3 Kelderluikcriteria

De Hoge Raad heeft ten aanzien van de vraag welke algemene gezichtpunten in aanmerking moeten worden genomen inzake een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt voor gevaarzettende situaties, een aanzet gegeven in het Kelderluik-arrest.⁷⁵ De daaruit afgeleide deelregels zijn dan ook bekend als de “kelderluikcriteria”. In het Kelderluikarrest ging het om de aansprakelijkheid van de gevaarzetter zelf. Een werknemer van Coca Cola had namelijk een kelderluik geopend in een café en verzuimd de nodige veiligheidsmaatregelen te nemen zodat een bezoeker van het café in de kelder belandde en gewond raakte. Deze persoon vorderde vervolgens schadevergoeding van Coca Cola. De Hoge Raad moest in deze zaak de vraag beantwoorden of de werknemer van Coca Cola gevaarzettend had gehandeld door na te laten om een gevaarlijke situatie te beëindigen. De Hoge Raad oordeelde dat de werknemer van Coca Cola onvoldoende zorgvuldig was geweest en te weinig veiligheidsmaatregelen had getroffen om eventuele ongelukken te voorkomen. In dit

⁷¹ Rechtbank s-Gravenhage 24 december 2003, Overheidsaansprakelijkheid voor de Enschedese vuurwerkramp, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NCJM* 29-5, p. 698-722.

⁷² Zie Spier e.a. 2006, p. 179.

⁷³ Zie Van Dam 2006, p. 45 en 90.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508 (CMI) en Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004, m.nt. Albers (Vuurwerkramp Enschede). Beide uitspraken worden in hoofdstuk 4 uitvoering besproken.

⁷⁵ Een uitvoerige herhaling van de kelderluikfactoren is te vinden in HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660.

arrest heeft de Hoge Raad een viertal criteria geformuleerd om te bepalen of het in het leven roepen of laten voortbestaan van een mogelijk schadeveroorzakende situatie onrechtmatig is jegens een benadeelde derde. De vier criteria die door de Hoge Raad worden onderscheiden zijn: de aard en omvang van de schade, de voorzienbaarheid van het intreden van de schade, de aard van de gedraging en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen. De vier criteria die de Hoge Raad heeft geformuleerd opgesomd zullen achtereenvolgens worden besproken in relatie tot falend overheidstoezicht.

Aard en omvang van de gevreesde schade.

Naarmate de ernst en de omvang van de mogelijke schade groter is dienen hogere eisen te worden gesteld aan de te treffen voorzorgsmaatregelen. Het bevoegd gezag zal dus naarmate de aard en omvang van de gevreesde schade groter is de controle- en handhavingsbevoegdheden intensiever moeten gebruiken. In hoofdstuk 2 is aangegeven dat de beleidsvrijheid binnen de beginselplicht tot handhaving wordt ingeperkt in gevallen waarin sprake is van een bijzonder risico. Zo overweegt de rechtbank in de CMI uitspraak dat de DCMR op de hoogte was van de schending van de vergunningsvoorwaarden en het risico van ernstige schade, waardoor actief toezicht en ingrijpen met gebruikmaking van bestaande bevoegdheden geboden was.⁷⁶

De waarschijnlijkheid dat deze schade zich als gevolg van een bepaald gedrag zal voordoen.

Naarmate de kans op schade groter is rust op het bestuur een plicht om meer voorzorgsmaatregelen te treffen. Het gaat hierbij ook om de vraag hoe waarschijnlijk het is dat anderen niet de noodzakelijke voorzichtigheid in acht zullen nemen. In het algemeen is het bestuur juist belast met haar controle- en handhavingstaak, omdat van de benadeelden zelf niet kan worden verwacht dat zij maatregelen nemen ter inperking van risico's.⁷⁷

⁷⁶ Rb. Rotterdam 26 mei 2004, LJV AR2320. Deze uitspraak wordt in hoofdstuk 4 uitvoering besproken.

⁷⁷ Zie Van Rossum 2005, p. 63.

De aard van de gedraging.

De onrechtmatige gedraging bestaat daaruit, dat het bestuursorgaan niet heeft opgetreden of te weinig heeft opgetreden tegen een onrechtmatige daad van een ander.⁷⁸ De overheid heeft dus als aangesprokene niet direct een bijdrage geleverd aan het ontstaan van het gevaar of de risico's die uiteindelijk de schade hebben doen intreden, maar zij heeft de realisering van dat gevaar of risico niet of niet adequaat tegengehouden.

De bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen.

Uit hoofdstuk één bleek al dat de controle- en handhavingscapaciteit van de overheid beperkt is. Door de rechter zal bij het aannemen van een zorgplicht dus gekeken worden naar de lasten voor het bestuursorgaan qua tijd, kosten en moeite. In de zaak Oudewater komt dit ook nadrukkelijk naar voren. De gemeente deelt de bouwer daags na het ontstaan van de schade per brief mee dat de schade eenvoudig had kunnen worden voorkomen. De voorzieningenrechter vindt deze reactie van de gemeente moeilijk te rijmen met de afwachtende houding die de gemeente ten aanzien van de handhaving heeft getoond.⁷⁹

De kelderluikcriteria geven in zijn algemeenheid dus een afweging tussen de schade die voorzienbaar kan optreden en de kosten van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Waarbij de rechter ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebruikt om de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW in te vullen.⁸⁰ Die beginselen zijn per schakelbepaling van artikel 3:14 BW en 3:1, tweede lid, Awb in het civiele recht namelijk ook van toepassing op feitelijk handelen van de overheid.

Naarmate de ernst en de omvang van de mogelijke schade groter is dienen hogere eisen te worden gesteld aan de te treffen voorzorgsmaatregelen. Het bevoegd gezag zal dus naarmate de aard en omvang van de gevreesde schade groter is de controle- en handhavingsbevoegdheden intensiever moeten gebruiken. Hierbij moet ook in acht worden genomen dat het bestuur belast is met de controle- en handhavingstaak, omdat van de benadeelden zelf niet kan worden verwacht dat zij maatregelen nemen ter inperking van risico's.⁸¹ Uit hoofdstuk één bleek al dat de controle- en handhavingscapaciteit van de overheid beperkt is. Door de rechter zal bij

⁷⁸ Zie Van Rossum 2005, p.82.

⁷⁹ Rb. Utrecht 26 augustus 2003 JB 2003.304. Deze uitspraak wordt in hoofdstuk 4 besproken.

⁸⁰ Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011 LJV BP8578.

⁸¹ Zie Van Rossum 2005, p. 63.

het aannemen van een zorgplicht dus gekeken worden naar de lasten voor het bestuursorgaan qua tijd, kosten en moeite.

Bij voorgaande criteria is het niet van belang dat het gevaar zich heeft verwezenlijkt.⁸² Voldoende is dat men met het nemen van bepaalde veiligheidsmaatregelen in het algemeen en naar objectieve maatstaven, bepaalde (gezondheids)gevaren tracht te voorkomen.⁸³ Hierbij zal de voorzienbaarheid van het geval een rol spelen.

Een belangrijk arrest omtrent de voorzienbaarheid in geval van nalaten is het Broodbezorger-arrest.⁸⁴ In dit arrest heeft de Hoge Raad een regel voor de voorzienbaarheid geformuleerd.

Deze regel houdt in dat:

“van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarzettende situatie- die men niet zelf in het leven heeft geroepen- op te heffen of andere daarvoor te waarschuwen, in het algemeen alleen sprake kan zijn, wanneer de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet.”

Uit de overwegingen van de Hoge Raad in het genoemde Broodbezorgerarrest blijkt dat in een geval van zuiver nalaten, de rechtsplicht om een gevaarzettende situatie op te heffen of andere daarvoor te waarschuwen alleen bestaat wanneer de ernst van het gevaar tot de waarnemer is doorgedrongen. De kanttekening die hierbij gemaakt moet worden is wel dat de Hoge Raad een uitzondering maakt voor het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals die kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet. Zoals ook al in de vorige paragraaf vermeld is, wijst Van Dam in dit verband op de speciale relatie tussen de overheid als toezichthouder en de overtreder. De toezichthouderstaak kan volgens Van Dam de basis zijn voor een speciale plicht jegens slachtoffers.⁸⁵ Van Rossum betwijfelt echter of deze opvatting wel geldt voor toezichthouders die toezicht namens de overheid uitvoeren op wet- en regelgeving. Zij is van mening dat de Hoge Raad juist geen speciale relatie met de dader op het oog

⁸² HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614.

⁸³ HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549.

⁸⁴ HR 22 november 1974, *NJ* 1995, 149.

⁸⁵ Van Dam 2006, p. 45 en 90.

had.⁸⁶ Albers en Heinen trekken in twijfel of bij aansprakelijkheid voor falend toezicht wel aansluiting moet worden gezocht bij het ‘Struikelende Broodbezorger-arrest’. Ten eerste menen zij dat niet zonder meer vaststaat dat het met toezicht en handhaving belaste overheidsorgaan hier moet worden gezien als een ‘derde’. Het toezichthoudende orgaan heeft immers een specifieke taak op grond waarvan het zich op de hoogte dient te stellen van onrechtmatige en gevaarlijke situaties. Indien men het met toezicht belaste overheidsorgaan wel op één lijn stelt met de burger uit het ‘Struikelende broodbezorger-arrest’ dan stellen zij dat we hier te maken hebben met een derde die een verplichting heeft tot bijzondere zorg en oplettendheid.⁸⁷ Ik deel de mening van Van Dam, Albers en Heinen dat de toezichthouderstaak de basis kan zijn voor een speciale plicht jegens slachtoffers. De overheid is tenslotte primair belast met de toezichthoudende taak. Zij dient ervoor te zorgen dat naleving van wet- en regelgeving plaatsvindt, hetgeen zou pleiten voor een verhoogde zorgplicht. Deze verhoogde zorgplicht reikt echter niet zover dat het toezichthoudende orgaan ook aansprakelijk is indien zijn conform haar beleid toezicht heeft uitgevoerd en tussentijds geen aanwijzingen heeft ontvangen dat sprake is onrechtmatige situaties.⁸⁸ Dit blijkt ook uit het onderscheid dat in de literatuur en rechtspraak bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm wordt gemaakt voor de wijze waarop het toezicht is uitgevoerd, namelijk tussen algemeen- en concreet toezichtsfalen. Onder algemeen toezichtsfalen wordt het nalaten van voldoende controle verstaan.⁸⁹ Van concreet toezichtsfalen is sprake indien regels niet worden nageleefd en het bevoegd gezag hiertegen niet op heeft getreden.⁹⁰ De essentie voor het onderscheid tussen algemeen- en concreet toezichtsfalen heeft betrekking op de invulling van de zorgvuldigheidsnorm door de burgerlijk rechter. De rechtbank 's-Gravenhage heeft in haar vonnis van 24 december 2003⁹¹ inzake de Vuurwerkkramp in Enschede aangegeven dat van algemeen toezichtsfalen sprake is indien het bevoegde bestuursorgaan zijn wettelijke taken op dit gebied verwaarloosd. Aansprakelijkheid voor een dergelijke taakverwaarlozing zal slechts in *uitzonderlijke omstandigheden* worden aangenomen, aangezien het bestuursorgaan hier een grote mate van vrijheid heeft ten aanzien van de beschikbare financiële en beschikbare middelen.⁹² Van concreet toezichtsfalen is volgens de rechtbank sprake indien het bevoegde bestuursorgaan concrete aanwijzingen negeert

⁸⁶ Van Rossum 2005, p. 89.

⁸⁷ Albers en Heinen 2010, p. 505.

⁸⁸ Zie arresten HR 22 juni 2001, 71466.2, GST 2001, m.nt. Hennekens en Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, L/JN: BN4316.

⁸⁹ Zie Addink e.a. 2008, p. 194.

⁹⁰ Zie Addink e.a. 2008, p. 194.

⁹¹ Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, JB 2004, 79, m.nt. Albers.

⁹² Dit standpunt is onlangs in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State omtrent de beginselplicht tot handhaving nog eens bevestigd. Zie ABRvS 5 oktober 2011, L/JN BT6683.

of waarschuwingen dat bepaalde regels of voorschriften worden overtreden in de wind slaat.⁹³ In deze gevallen geldt voor de overheid een verhoogde zorgplicht.

3.4 Causaal verband

Bij het vestigen van aansprakelijkheid gaat het om de vraag naar het *conditio sine qua non*-verband tussen de geleden schade en de gebrekkige controle of ontoereikende handhaving. Had het bevoegd gezag de schade kunnen voorkomen? Bij schade als gevolg van gebrekkige controle of ontoereikende handhaving gaat het om een nalaten om in te grijpen of onvoldoende ingrijpen in een illegale gevaarzettende situatie die een ander in het leven heeft geroepen. Beide factoren: falend toezicht en het handelen van de derde, zijn noodzakelijke voorwaarden voor het intreden van de schade.⁹⁴ Het feit dat er twee factoren zijn betekent niet dat het bestuur vrijuit gaat. Het overtreden van regels door de primaire veroorzaker doet in principe niets af aan de aansprakelijkheid van het bestuur.⁹⁵ Want daar ligt primair de taak tot het uitvoeren van toezicht en/of handhaving. Zo oordeelt het Hof in het CMI arrest dat de brand is veroorzaakt en vervolgens in aanmerkelijke mate is vergroot doordat CMI de vergunningsvoorschriften heeft overtreden. Doordat de DCMR heeft nagelaten voldoende handhavend op te treden tegen CMI is het Hof van oordeel dat causaal verband aanwezig is.⁹⁶

3.5 Relativiteitsvereiste

In artikel 6:163 BW is het relativiteitsvereiste neergelegd dat luidt:

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

Het relativiteitsvereiste heeft dus op twee aspecten betrekking, namelijk: de gedraging moet jegens de derde onrechtmatig zijn en de schade zoals de derde die heeft geleden moet onder het beschermingsbereik van het geschonden publiekrechtelijke voorschrift vallen.⁹⁷ Het belangrijkste doel van het relativiteitsvereiste is volgens Spier het voorkomen van een te vergaande aansprakelijkheid.⁹⁸

⁹³ Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, *JB* 2004, 79, m.nt. Albers.

⁹⁴ Zie Giessen 2005, p. 171.

⁹⁵ Zie Albers 2004 (2), p. 209 en Albers 2005, p. 493.

⁹⁶ Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011 *LJN* BP8578.

⁹⁷ Zie Van Rossum 2005, p. 69.

⁹⁸ Spier e.a. 2006, p. 75.

Het relativiteitsvereiste heeft een “impuls” gekregen door het bekende arrest van de Hoge Raad: Duwbak Linda.⁹⁹ In deze zaak had de scheepvaart Inspectie (de Staat) na keuring een certificaat afgegeven voor de duwbak Linda. Ondanks deze keuring en certificaat kapseist de afgemeerde duwbak Linda waardoor een naastgelegen baggerschip zonk. De Hoge Raad oordeelt dat het overtreden veiligheidsreglement de veiligheid van het scheepvaartverkeer in algemene zin wil bevorderen. Dit betekent dat het reglement niet strekt tot bescherming van het individueel vermogensbelang van derden, die schade lijden door een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip. De Hoge Raad wijst erop dat uiteindelijk de eigenaar verantwoordelijk is voor de deugdelijkheid van het schip. Dat de Staat in het algemeen verantwoordelijk is voor een veilig scheepvaartverkeer betekent niet dat een onbepaalde groep van derden beschermd wordt tegen de schade, die kan ontstaan doordat bij de keuring de onveiligheid van het schip niet is gebleken.

De dader is dus alleen aansprakelijk voor schade, als de norm die hij overtreden heeft als doel heeft om het (aangetaste) recht van de benadeelde te beschermen. Er moet dus een relatie bestaan tussen de veroorzaakte schade en het beschermde belang. Daarnaast zou uit de vermelding in het arrest dat vermogensschade niet onder het beschermingsbereik van de geschonden norm valt, kunnen betekenen dat letselschade mogelijk wel onder dit beschermingsbereik valt.¹⁰⁰ Verder wordt in het arrest het zogenoemde “floodgates” argument door de overweging van de Hoge Raad over de “onbepaalde groep van derden” zichtbaar. Dit argument wordt steeds vaker van stal gehaald als er ook maar iets van een nieuwe ontwikkeling in de richting van een nieuwe of misschien wel vergaande aansprakelijkheid in gang wordt gezet of lijkt te worden gezet.¹⁰¹

Over het arrest “Duwbak Linda” is men in de literatuur verdeeld. Een aantal schrijvers zoals Van Rossum, Widdershoven en Van Maanen zien de uitspraak als een middel om de aansprakelijkheid in te dammen. Hartlief en Tjittes stellen zich kritischer op en zijn van mening dat de Hoge Raad zich heeft laten leiden door de angst van floodgates.¹⁰²

Indien het relativiteitsvereiste wordt ingezet bij overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en/of handhaving kan “correctie Langemeijer” nog een rol spelen. Deze correctie houdt volgens de Hoge Raad in:

⁹⁹ HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 (Duwbak Linda).

¹⁰⁰ Zie J. Hijma in zijn noot onder het arrest Duwbak Linda HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281.

¹⁰¹ Giesen 2005, p. 68.

¹⁰² Zie voor een uiteenzetting van de meningen Dunné, 2007, p. 129.

“dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming beidt tegen die schade.”¹⁰³

In de visie van procureur-generaal Langemeijer blijft de overtreding van een wettelijke norm belangrijk, ook al strekt die norm niet tot bescherming van het belang van de benadeelden. De afgewezen norm mag weer meespelen bij de aanvullende vraag of er soms een ongeschreven norm is overtreden, die het geschonden belang wel beschermt.¹⁰⁴ Dat zou een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm kunnen zijn gerelateerd aan bijzondere omstandigheden.

3.6 Afronding

De centrale vraag van dit hoofdstuk betrof:

“Welke beoordelingskader hanteert de burgerlijk rechter voor de overheid bij falend toezicht en/of handhaving?”

Het beoordelingskader dat de burgerlijk rechter hanteert voor het vaststellen van overheidsaansprakelijkheid is in principe hetzelfde als het aansprakelijkheidsregime dat voor particulieren geldt, zij het ingekleurd met publiekrechtelijke normen. Om te komen tot een aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW en 6:163 BW dient dus ook bij overheidsaansprakelijkheid aan een vijftal eisen te zijn voldaan, te weten: een onrechtmatige gedraging, toerekenbaarheid van de daad aan de dader, schade, causaal verband tussen de daad en schade en relativiteit. Voor het plegen van een onrechtmatige gedraging zal bij overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en/of handhaving zal beoordeeld moeten worden of de gedraging een inbreuk maakt op een recht, een doen of nalaten met een wettelijke plicht of een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, betreft. Bij deze laatste categorie moet men terugvallen op maatschappelijk aanvaarde normen over behoorlijk en zorgvuldig gedrag. Het handelen van het bestuursorgaan zal getoetst moeten worden aan hetgeen naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De invulling van deze zorgvuldigheidsnorm wordt

¹⁰³ HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568.

¹⁰⁴ Lankhorst 1992, p. 26.

door de burgerlijk rechter meestal geënt op de kelderluikcriteria. Naarmate de kenbaarheid en voorzienbaarheid bij het bestuursorgaan van de normschendingen groter wordt, krimpt de beleidsvrijheid.

Als laatste is het relativiteitsvereiste besproken. Dit vereiste houdt in dat de benadeelde persoon, de geleden schade en de wijze van ontstaan van de schade onder het beschermingsbereik van de geschonden norm moeten vallen. De Hoge Raad lijkt dit vereiste in te zetten indien sprake is van zogenoemde “floodgates”, waarmee een daadwerkelijke beoordeling van de aansprakelijkheid voor falend toezicht uitblijft.

4 Jurisprudentie onrechtmatige overheidsdaad

In dit hoofdstuk zullen de leerstukken uit de vorige hoofdstukken in relatie tot jurisprudentie aangaande overheidsaansprakelijkheid bij falend toezicht worden besproken en van commentaar voorzien. Omdat dit onderzoek zich met name toespitst op het toezichts- en handhavingssfalen van de overheid onder de Wabo (dus het voormalige bouw- en woningtoezicht en het milieutoezicht), zal slechts jurisprudentie die hierop betrekking heeft worden besproken en geanalyseerd. Het gaat dan om de arresten: Vijzelstraat, Restaurant Boeddha, Astrid Sterkenburg, Oudewater, CMI Container Master, Vuurwerkkramp Enschede en Motel Tiel.

De centrale vraag die in dit hoofdstuk centraal staat betreft:

“Welke mate van beleidsvrijheid hanteert de burgerlijk rechter bij algemeen- en concreet toezichtsfalen?”

4.1 Vijzelstraat¹⁰⁵

Eén van de eerste uitspraken die betrekking heeft op de vraag of de overheid aansprakelijk kan worden gesteld bij falend toezicht dateert van 1962. Eén van de pijlers in een winkelgalerij en van het daarboven gelegen gedeelte van een flat in de Amsterdamse Vijzelstraat stortte tijdens bouwwerkzaamheden plotseling in. Een bouwvakker loopt hierdoor zwaar lichamelijk letsel op. De bouwvakker stelde de eigenaresse van het gebouw aansprakelijk. De eigenaresse riep hierop de gemeente in vrijwaring op. Twee jaar voor de instorting van één van de pijlers, was door een toezichthouder van bouw- en woningtoezicht namelijk geconstateerd dat de pijlers

¹⁰⁵ Hof Amsterdam 28 juni 1962, *NJ* 1964, 228 (Vijzelstraat).

scheurvorming vertoonden. De eigenaresse heeft naar aanleiding hiervan een aanschrijving gekregen om maatregelen te treffen. Zij heeft hierop enkele pijlers laten herstellen. Toen de pijler werd hersteld die later instortte, passeerde toevallig een ambtenaar van bouw- en woningtoezicht. Deze ambtenaar gaf de opdracht het werk onmiddellijk stop te zetten, omdat hij zich meende te herinneren dat de desbetreffende pijler geen stalen kern had. De ambtenaar stelde direct bouw- en woningtoezicht op de hoogte, waardoor de pijler gestempeld werd. Ruim een maand later stortte de pijler in. Het Hof wees aansprakelijk af en overwoog dat:

“in de Woningwet en in de Bouwverordening bevoegdheden worden toegekend, maar geen jegens derden in acht te nemen verplichtingen worden opgelegd. De gemeente is verantwoordelijk voor een juiste toepassing van deze bevoegdheden en zij mag daarvan geen misbruik maken, maar zij kan niet zonder meer aansprakelijk worden gesteld wanneer zij verzuimt van de haar toegekende bevoegdheden gebruik te maken.”

De aansprakelijkheid van de gemeente wordt dus afgewezen op grond van de beleidsvrijheid die zij bezit bij het gebruik van haar bevoegdheden. Deze uitspraak dateert van voor de beginselplicht tot handhaving die binnen het bestuursrecht is vastgelegd. Uit de destijds geldende wetgeving volgde ook geen wettelijke plicht tot handhaving, waardoor de burgerlijk rechter moet terugvallen op maatschappelijk aanvaarde normen over behoorlijk en zorgvuldig gedrag. Uit deze uitspraak blijkt al wel dat de burgerlijk rechter een ruime mate van beleidsvrijheid toekent aan de overheid.

4.2 Restaurant Boeddha¹⁰⁶

Op 24 november 1988 brak in het Hilversumse restaurant Boeddha brand uit. Bij deze brand vielen onder de bezoekers doden en gewonden. Eisers (bezoekers van het restaurant ten tijde van de brand) stellen de gemeente Hilversum aansprakelijk wegens onzorgvuldig en/of nalatige uitoefening van haar publieke taak om burgers tegen brand te beveiligen. Het restaurant was al jaren niet meer gecontroleerd op brandveiligheid. De laatste controle op brandveiligheid was in 1983 uitgevoerd door de gemeente. Daarna was het restaurant verbouwd en had de gemeente ook tijdens deze verbouwing geen toezicht uitgevoerd. De gemeente Hilversum wordt dus aansprakelijk gesteld op grond van algemeen falend toezicht.

¹⁰⁶ HR 22 juni 2001, 7146.2, Gst. 2001, m.nt. Hennekens.

Het oordeel van het gerechtshof in deze zaak blijft overeind omdat in de cassatiemiddelen verder niet meer op de aansprakelijkheid wordt ingegaan. Het Hof overwoog in dit geval dat:

“noch artikel 71 van de Brandveiligheidsverordening, noch enige andere bepaling van deze verordening de gemeente in de betrokken omstandigheden verplichtte tot ingrijpen. Het door de Gemeente gevoerde beleid, zoals dit door haar is toegedicht, noopte niet tot actief ingrijpen in het onderhavige geval. Hierbij is van belang dat de Gemeente het restaurant in 1983 op brandveiligheid heeft gecontroleerd en dat (eiser) c.s. onvoldoende feiten en omstandigheden hebben gesteld en te bewijzen hebben aangeboden, waaruit volgt dat dit onderzoek niet goed is uitgevoerd en/of dat later voor de brandveiligheid nadelige wijzigingen in de situatie zijn aangebracht die de Gemeente tot een nader onderzoek aanleiding hadden behoren te geven en die, indien een gebruiksvergunning zou zijn aangevraagd, tot weigering daarvan of tot het treffen van andere maatregelen hadden geleid of kunnen leiden.”

Deze uitspraak van het Hof roept kritiek op. Volgens van Dam kan een toezichts- en handhavingsplicht ook gebaseerd worden op ongeschreven recht.¹⁰⁷ Volgens hem moeten burgers erop kunnen vertrouwen dat de overheid op de naleving toeziet. Ook Albers en Heinen zijn van mening dat indien uit een wettelijke regeling voor een overheidslichaam geen verplichting tot toezicht of handhaving voortvloeit, dit niet uitsluit dat gebrekkig toezicht of niet-handhaven tot aansprakelijkheid kan leiden.¹⁰⁸ Uit het arrest blijkt dat het toezichtsbeleid van de gemeente Hilversum in verband met capaciteitsproblemen bestond uit het uitsluitend optreden tegen inrichtingen die niet over een gebruiksvergunning beschikken en waaromtrent klachten over binnenkomen. Dit beleid noodzaakte in het onderhavige geval dus niet tot actief optreden: er waren geen klachten met betrekking tot de brandveiligheid van het restaurant ontvangen. Het Hof achtte dit beleid niet onredelijk.

De lijn die in deze uitspraak te ontwaren is komt ook terug bij de uitspraak van het Hof inzake de Vuurwerkkramp in Enschede.¹⁰⁹ Indien de overheid geen concrete aanwijzingen heeft van onregelmatigheden en conform het beleid toezicht uitvoert, zal slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falend toezicht. De burgerlijk rechter gaat bij de beoordeling van algemeen toezichtsfalen dus uit van een ruime mate van beleidsvrijheid.

¹⁰⁷ Van Dam 2002, p. 112-113.

¹⁰⁸ Albers en Heinen 2008, p. 678.

¹⁰⁹ Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, L/JN : BN4316.

4.3 Astrid Sterkenburg¹¹⁰

In de zaak valt een 14 jarig meisje uit een zolderraam van een vakantieboerderij. De zolderetage van de vakantieboerderij was zonder bouwvergunning gerealiseerd. De dakramen van de zolderetage waren niet voorzien van een doorvalbeveiliging, hetgeen in strijd is met de bouwverordening. De toezichthouder van bouw- en woningtoezicht constateerde het gebrek en deelde aan de eigenaar van de vakantieboerderij mee dat een doorvalbeveiliging moest worden aangebracht. In zijn rapport aan het college van burgemeester en wethouders maakte hij echter geen melding van deze overtreding. Enkele maanden na de controle viel, tijdens een stoeipartij, de 14- jarige Astrid Sterkenburg door het zolderraam. De verzekeringsmaatschappij van de ouders van Astrid spreekt naast de eigenaar van de vakantieboerderij ook de gemeente Ruurlo aan. De gemeente voert aan dat volgens vast beleid de toezichthouder moet nazien op kernvoorschriften als stevigheid, fundering en brandveiligheid en dat een valbeveiliging niet onder de kernvoorschriften viel. Het Amsterdamse Hof stelt echter onder meer dat:

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

De kernvraag in deze zaak was of de controlerend ambtenaar verplicht was om te onderzoeken of de ramen aan de betrokken bepaling voldeden. De gemeente beriep zich op haar beleidsvrijheid bij de uitoefening van haar controlebevoegdheid. Volgens vast beleid van de gemeente moest de toezichthouder in ieder geval letten op een aantal kernvoorschriften (waartoe de betrokken bepaling niet behoorde), alsmede op situaties die dringend correctie behoeven. Het Hof oordeelt vervolgens dat de ramen dringend correctie behoeften, omdat zij een kenbaar gevaarlijke situatie vormden, ter voorkoming waarvan het betrokken veiligheidsvoorschrift juist was gegeven.¹¹¹ De gemeente beroept zich vervolgens nog op het feit dat onderscheid moet worden

¹¹⁰ Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, 308.

¹¹¹ Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, 308, r.o. 5.19.

gemaakt tussen gevallen waarin de controle, van een verbouwing na een verkregen vergunning plaatsvindt en gevallen als de onderhavige, waarin de toezichthouder onverwachts wordt geconfronteerd met een illegale verbouwing (en waarbij de controle dus met een andere doelstelling en vanuit een andere invalshoek wordt uitgevoerd). In antwoord daarop stelt het Hof juist dat:

“het aanvaarden of dulden van een geconstateerde, niet door een vergunning gedekte verbouwing evenzeer en wellicht nog in grotere mate van zorgvuldigheid vergt dan wanneer het een legaal toegestane verbouwing betreft”.

Het Hof komt vervolgens op basis van de in hoofdstuk 3.2 besproken Kelderluikfactoren tot de conclusie dat de gemeente aansprakelijk is.¹¹² In deze zaak is dus sprake van concreet toezichtsfalen en geldt voor de overheid een verhoogde zorgplicht. Uit de uitspraak valt af te leiden dat de beleidsvrijheid die de overheid toekomt bij het uitvoeren van haar toezichthoudende taak, wordt ingeperkt indien sprake is van de constatering van een overtreding. In deze uitspraak valt ook de in hoofdstuk drie besproken verhouding tussen de toezichthoudende overheid en de overtreder waar te nemen. De overtreder heeft zonder bouwvergunning een zolderetage gerealiseerd. Door de toezicht- en handhavende taak van de overheid staat zij in deze zaak dus in relatie tot de overtreder en kan zij daar waar als gevolg van niet-naleving van wet- en regelgeving schade is ontstaan, aansprakelijk worden gesteld.

4.4 Oudewater¹¹³

In deze zaak is de gemeente Oudewater aansprakelijk gesteld voor de schade die eiser heeft geleden als gevolg van graafwerkzaamheden bij een naburig perceel. Voor de werkzaamheden was een vergunning aangevraagd, maar de vergunning was nog niet verleend. De gemeente was door eiser voorafgaand aan de graafwerkzaamheden (en ook nog tijdens de werkzaamheden) meerdere malen verzocht actie te ondernemen, omdat zij bevreesd waren voor schade aan hun woning door bijvoorbeeld verzakkingen. Een ambtenaar is ter plaatse gaan kijken en zag dat er sprake was van grondverzakking. Een medewerker van bouw- en woningtoezicht en een sectorhoofd van de gemeente Oudewater gaven te kennen dat de voorgenomen graafwerkzaamheden geen problemen zouden opleveren. Naar aanleiding van een telefonische melding van eiser komt een gemeenteambtenaar de toestand ter plaatse

¹¹² Naast de gemeente wordt ook de eigenaar van de vakantieboerderij voor 50% aansprakelijk gesteld. Daarnaast stelt het Hof Astrid in beide gevallen voor 50% aansprakelijk.

¹¹³ Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003/304.

opnemen, maar ook die voorziet geen problemen. Kort daarna starten de heiwerkzaamheden. Als gevolg van deze werkzaamheden zijn delen van de woning en de schuur van eiser verzakt. Eiser stelt naast de bouwer ook de gemeente Oudewater aansprakelijk.

Bij de voorzieningenrechter stond centraal of de gemeente vanwege het niet toepassen van de aan het college toekomende bevoegdheid tot handhaving, nalatig was geweest jegens de eigenaren van de woning. De voorzieningenrechter is van mening dat het hebben van een bevoegdheid niet per definitie inhoudt dat wanneer deze niet gebruikt wordt dit aansprakelijkheid voor de geleden schade met zich meebrengt. *Hiervoor moet er sprake zijn van het in zeer ernstige mate tekortschieten, opzettelijk of roekeloos onjuist gegeven adviezen en/of een in redelijkheid geboden meer intensieve controle.*

In onderhavige geval acht de voorzieningenrechter de gemeente Oudewater aansprakelijk voor de door eisers geleden schade. Dit omdat “*sprake was van een in zeer ernstige mate van tekortschieten*”. Eisers hadden herhaaldelijk hun zorgen kenbaar gemaakt bij de met toezicht en handhaving belaste gemeenteambtenaren. Bovendien hadden zij verzocht om handhavend optreden. Desondanks greep de gemeente niet in. De voorzieningenrechter betreft in haar oordeel de mate waarin het voor de gemeente voorzienbaar moet zijn geweest of behoorde te zijn geweest dat de schade zou optreden. Daags na het ontstaan van de schade heeft de gemeente een brief gestuurd aan de bouwer waarin zij kort gezegd stelde dat de opgetreden schade eenvoudig te voorkomen was geweest als de bouwer maar voorzieningen had getroffen. De voorzieningenrechter is daarom is van mening dat:

“deze snelle en eenvoudige conclusie van de gemeente moeilijk valt te rijmen met haar eerdere afwachtende houding ten aanzien van de vele waarschuwingen, juist vanwege het ontbreken van voorzieningen(...). Indien het in deze achteraf kennelijk zo gemakkelijk is vast te stellen (...) hoe het komt dat het is misgegaan, dan moet het ook niet moeilijk zijn geweest vooraf vast te stellen wat mis kon gaan”.

De voorzieningenrechter achtte de gemeente aansprakelijk voor gebrekkig toezicht en handhaving op basis van de kelderluikcriteria, waarbij zij de mate van *voorzienbaarheid* sterk laat meewegen. Uit deze uitspraak volgt dat wanneer een bestuursorgaan op de hoogte is van bepaalde risico's of gevaren, en de verwezenlijking daarvan voorzienbaar is, maar zij desondanks niet ingrijpt, sprake is van concreet toezichtsfalen. De voorzieningenrechter sluit in deze zaak aan bij het arrest Astrid Sterkenburg. Ook uit deze zaak blijkt de relatie tussen de

toezichthoudende overheid, in dit geval de gemeente en de overtreder. De voorzieningenrechter stelt wel dat het hebben van een bevoegdheid tot toezicht- en handhaving niet per definitie inhoudt dat wanneer deze niet gebruikt wordt dit aansprakelijkheid voor de geleden schade met zich meebrengt.

*4.5 CMI Container Masters B.V.*¹¹⁴

In 1996 ontstaat een grote brand in de opslag van het containerbedrijf CMI Container Masters B.V. (verder CMI) te Rotterdam. De brand woedt enkele dagen. Bij de brand vallen geen doden of gewonden. De schade aan het bedrijf is wel aanzienlijk. In het bedrijf stonden ook goederen van derden opgeslagen, deze goederen gaan verloren. Voorafgaand aan de brand constateert een toezichthouder van de DCMR op 11 mei 1995 diverse overtredingen van de voorschriften uit de hinderwetvergunning die in 1993 was verleend aan CMI. In deze hinderwetvergunning zijn naast milieuvoorschriften ook brandveiligheidsvoorschriften opgenomen. De overtredingen hadden met name betrekking op het overtreden van de brandpreventieve voorschriften. Het ging onder meer om het ontbreken of niet goed toegankelijk zijn van blusmiddelen, het ontbreken van een deugdelijke en gecertificeerde brandmeldinstallatie en diverse onregelmatigheden m.b.t. de opslag van gevaarlijke stoffen. Er werden grotere hoeveelheden gevaarlijke stoffen opgeslagen dan toegestaan. Naar aanleiding van de controle volgt een aanschrijving naar het bedrijf met daarin de termijn van één maand om de overtredingen te verhelpen. Bij de nacontrole op 24 augustus 1995 blijkt dat slechts een aantal maatregelen door CMI getroffen zijn.

De belangrijkste overtredingen: te veel opslag van gevaarlijke stoffen, het niet hebben van een vloestofdichte vloer en het niet hanteren van afstandeisen (waardoor het risico bestond van brandoverslag naar belendingen) zijn niet verholpen. CMI geeft op 28 augustus 1995 in een telefonische reactie aan geen verdere maatregelen te willen treffen in verband met een aanstaande verhuizing in 1997. In december 1995 vindt een gesprek plaats tussen het hoofd handhaving van de DCMR, de betrokken toezichthouder en de directeur van CMI. In het gespreksverslag wordt vastgelegd dat de directeur van CMI stelt dat de verhuizing in 1997 zo goed als zeker is. Afgesproken wordt dat CMI moet aangegeven wat de mogelijkheden zijn om de opslag van gevaarlijke stoffen zo laag mogelijk te houden.

Op 8 februari 1996 stuurt het hoofd handhaving van de DCMR een brief aan de directeur van CMRI waarin wordt vermeld dat nog geen reactie ontvangen is naar aanleiding van hetgeen is afgesproken tijdens het gesprek van december. In de brief

¹¹⁴ Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011 L/JN BP8578.

wordt aangegeven dat CMI binnen twee weken na dagtekening moet aangegeven hoe de opslag van gevaarlijke stoffen beperkt wordt en de risico's met betrekking tot de opslag van gevaarlijke stoffen geminimaliseerd kunnen worden. Indien CMI ingebreke blijft dat zal de DCMR de gemeente Rotterdam adviseren een last onder dwangsom op te leggen. Op 22 februari 1996 reageert CMI per brief aan de DCMR waarin vermeld staat dat het tonnage brandbare stoffen gereduceerd is. Verder verzoekt CMI om de opslag van gevaarlijke stoffen op de huidige locatie te gedogen tot de verhuizing in het eerste kwartaal 1997. Op 28 februari 1996 breekt de brand uit bij CMI.

Op 29 maart 1999 wordt CMI schuldig bevonden door de rechtbank Rotterdam op grond van artikel 156 WvSr aan het ontstaan van de brand, doordat CMI willens en wetens de vergunningsvoorschriften heeft overtreden.¹¹⁵ De bedrijven die goederen hadden opgeslagen bij CMI stellen zowel CMI als de gemeente Rotterdam en de DCMR¹¹⁶ aansprakelijk voor het nalaten van handhaving en de hierdoor ontstane schade aan of verlies van opgeslagen goederen. Bij burgerlijk rechter staat ter discussie of de met handhaving belaste overheidslichamen in redelijkheid konden beslissen te volstaan met de mate van handhaving die zij hebben betracht.¹¹⁷ De rechtbank overweegt als volgt:

“met het voorgaande staat vast dat gedaagden op de hoogte waren van de schending door CMI van de vergunningsvoorwaarden en beseften dat deze schending een concreet gevaar opleverde voor schade aan het milieu en het ontstaan van brand. Immers, CMI had gevaarlijke stoffen in haar loods opgeslagen waarvoor zij geen vergunning had en tevens had zij gevaarlijke stoffen opgeslagen op een ontoereikende wijze. Hierdoor was volgens de DCMR sprake van een gevaarsituatie. Bedacht zij voorts dat gezien de grote hoeveelheid gevaarlijke stoffen die CMI in strijd met de vergunningsvoorwaarden had opgeslagen en gezien ook de locatie van de loodsen, te weten direct naast een ander bedrijfsterrein en dicht tegen een woonwijk aan, het risico van het ontstaan van ernstige schade groot was. Gezien de bekendheid met de niet-naleving van de vergunningvoorwaarden door CMI en het risico van ernstige schade, was een actief toezicht en ingrijpen met gebruikmaking van de bestaande bevoegdheden geboden. Hierbij zij nog opgemerkt dat de kennis die bij een onderdeel van het overheidslichaam aanwezig was (in dit geval een ambtenaar genaamd Dekker) aan het gehele overheidslichaam (in dit geval DCMR en

¹¹⁵ Rb. Rotterdam 10/140972-97 en 10/140138-98 (niet gepubliceerd).

¹¹⁶ De DCMR Milieudienst Rijnmond oefent voor de gemeente Rotterdam toezicht en controle uit op de naleving van de Wet milieubeheer.

¹¹⁷ Rb. Rotterdam 26 mei 2004, LJV AR2320.

de gemeente) kan worden toegerekend. Door telkenmale niet in te grijpen in een situatie die volgens de DCMR zelfs als een gevaarsituatie werd aangemerkt en te kiezen voor overleg, eerst intern met de verschillende bestuursdiensten en vervolgens met CMI en het risico van het ontstaan van ernstige schade te laten voortbestaan in plaats van af te dwingen dat CMI zich aan de vergunningsvoorwaarden hield handelde de DCMR, en daarmee ook de gemeente, in strijd met haar wettelijke plicht krachtens artikel 18.2 van de Wet milieubeheer en daarmee onrechtmatig.”

Uit bovenstaande blijkt dat de rechtbank aansluiting zoekt bij de Kelderluikcriteria. Vooral het feit dat de gevaarsituatie voor de DCMR *voorzienbaar* was speelt een belangrijke rol in de totstandkoming van de aansprakelijkheid. CMI is in dit arrest de overtreder van vergunningsvoorschriften, waar de gemeente en de DCMR belast zijn met toezicht- en handhaving. Door telkenmale niet in te grijpen in een gevaarsituatie wordt gehandeld in strijd met een wettelijke plicht.

In het hoger beroep betogen de Gemeente en DCMR terzake de onrechtmatigheid van hun handelen dat zij voldoende handhavend zijn opgetreden, waarbij zij opmerken dat niet alleen van handhaven sprake is als een last onder dwangsom wordt opgelegd of bestuursdwang wordt toegepast. Voorts betogen de Gemeente en de DCMR en zij bij het handhavend optreden een ruime mate van beleidsvrijheid hebben. Het Hof komt tot het oordeel dat aan de Gemeente en de DCMR inderdaad een ruime mate van beleidsvrijheid toekomt bij het bepalen of, hoe en wanneer zij handhavend wensen op te treden. Dat geldt ook wanneer zij eenmaal een overtreding van vergunningsvoorschriften hebben geconstateerd. Het Hof toets vervolgens of het doen en laten van de Gemeente en de DCMR in overeenstemming is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de verplichting tot belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel. Uit hoofdstuk 1 bleek al dat op feitelijke handelingen van de overheid hoofdstuk 2 van de Awb van toepassing is. Het hof komt in dit arrest tot het oordeel dat de Gemeente en de DCMR geen blijk hebben gegeven van een voldoende inzichtelijke belangenafweging en dat de belangen van degene die door de vergunning worden beschermd, door het onvoldoende voortvarend en niet dwingend optreden van de Gemeente en de DCMR onevenredig zijn geschaad ten opzichte van het belang van CMI bij voortzetting van haar onrechtmatig handelen.¹¹⁸

In het arrest maakt het Hof ten aanzien van de beginselplicht tot handhaving geen onderscheid tussen de gemeente Rotterdam en de DCMR. Dit is opmerkelijk, daar de sanctiebevoegdheden niet waren gemandateerd aan de DCMR. De DCMR

¹¹⁸ Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, *LJN* BP8578.

kon geen dwangmiddelen toepassen. Blijkbaar vind het Hof het, in het licht van de taakverdeling tussen gemeente en DCMR, voor het aannemen van aansprakelijkheid al bepalend dat de DCMR tot het opleggen van een sanctie had kunnen adviseren en dat niet heeft gedaan. Omtrent onvoldoende voortvarend optreden van de DCMR kan nog worden opgemerkt dat op 8 februari 1996 door de DCMR een brief aan CMI is gestuurd, waarin een termijn van twee weken werd gegeven om aan te geven hoe de overtredingen zouden worden beëindigd, dit onder dreiging van een last onder dwangsom bij een ontoereikende reactie op de brief. Voorts is nooit door derden om handhaving verzocht en waren er gesprekken gaande over verplaatsing van het bedrijf, hetgeen voor CMI een belangrijke reden vormde om voor de resterende tijd een gedoogbeschikking te willen. In de volgende paragraaf zullen we zien dat deze omstandigheden, in het arrest betreffende de Vuurwerkramp in Enschede, van belang werden geacht voor het *niet* aannemen van aansprakelijkheid.

Op het betoog van de Gemeente en de DCMR dat de Wet milieubeheer er niet toe strekt de economische belangen van bedrijven die met de vergunninghouder in een bepaalde relatie staan (relativiteitsvereiste), zoals de bedrijven in wier rechten de verzekeraars zijn getreden te beschermen oordeelt het Hof dat:

“in het onderhavige geval de nalatigheid van de Gemeente en de DCMR bij de handhaving van de voorschriften die zijn verbonden aan de milieuvergunning, bijdraagt aan het oordeel dat de Gemeente en de DCMR een zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden die bescherming biedt tegen (ook) deze schade. Bij de beoordeling van de vraag welk handhavend optreden gelet op de acute en ernstige gevaren op de percelen van CMI adequaat was, hadden zij acht moeten slaan op alle betrokken belangen en dus mede op de belangen die gediend worden door de preventieve taak van de Gemeente op grond van de Brandweerwet 1985, waaronder de bescherming van de belangen van de bedrijven die hun goederen in de loodsen 27 en 29 hadden opgeslagen. Zij hadden daaraan gewicht moeten toekennen, omdat die belangen mede door het adequaat handhaven van de brandveiligheidsvoorschriften in de milieuvergunning konden zijn gebaat. Nu niet is gebleken van een toereikende belangenafweging, zijn de Gemeente en de DCMR ook tegenover de hier bedoelde verzekeraars en PSC voor de schending van deze zorgvuldigheidsnorm aansprakelijk.”

Uit voorgaande blijkt dat het Hof voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm gebruik maakt van de bestuursrechtelijke normen uit de Awb die gelden voor feitelijke handelingen van de overheid. De overheid dient bij het uitvoeren van de toezicht- en

handhavende taak niet alleen de belangen van betrokken overtreder af te wegen maar ook de belangen van mogelijke derden. Het Hof oordeelt voorts:

“het beroep van de Gemeente c.s. op het arrest van de Hoge Raad inzake de “Duwbak Linda” gaat niet op. Aan de Gemeente en de DCMR wordt niet verweten dat zij zijn tekortgeschoten in hun vergunningverlenende taak, maar dat zij bij de uitvoering van hun handhavende taak hebben gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door niet adequaat te reageren op aan hen bekende ernstige en acute gevaren. Anders dan bij genoemd arrest was aan de Gemeente en de DCMR bovendien redelijkerwijs kenbaar dat de zaken die in dit geding aan de orde zijn, daardoor hoe dan ook in gevaar werden gebracht.”

Het relativiteitsvereiste vormt in dit arrest geen struikelblok, omdat het Hof van oordeel is dat sprake is van strijd met de zorgvuldigheidsnorm. Het Hof past hier dus de correctie Langemeijer toe. Het Hof komt dan ook tot het eindoordeel dat de Gemeente en de DCMR bij de uitvoering van hun handhavende taak hebben gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door niet adequaat te reageren op aan hun bekende ernstige en acute gevaren. Zij stelt zowel de DCMR als de Gemeente aansprakelijk voor falend toezicht. Uit dit arrest blijkt dat de beginselplicht tot handhaving geen rol speelt bij de burgerlijk rechter. De burgerlijk rechter toetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waarbij het uitgangspunt de beleidsvrijheid van de overheid is.

4.6 Vuurwerkcramp Enschede¹¹⁹

Op 13 mei 2000 vindt bij het vuurwerkbedrijf SE Fireworks (verder: SEF) een vuurwerkontploffing plaats met ongekende gevolgen. Een aanvankelijk onschuldig lijkend brandje escaleert even na 15:30 uur tot een enorme vuurwerkcramp. De gevolgen zijn letterlijk rampzalig. De ramp kost aan 22 mensen, onder wie vier brandweermannen, het leven. Ongeveer 950 personen raken als gevolg van de ramp gewond, van wie een aantal ernstig. De ontploffing richt een enorme ravage aan in de wijde omtrek van het vuurwerkbedrijf. Ruim tweehonderd woningen worden verwoest. Een aantal daarvan wordt in één klap met de grond gelijk gemaakt. Nog eens bijna driehonderd woningen raken zwaar beschadigd en worden door de gemeente onbewoonbaar verklaard. In totaal verliezen ongeveer 1.250 mensen hun

¹¹⁹ Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, L/JN BN4316.

onderkomen als gevolg van de ramp. Een aantal van hen raakt al of bijna al zijn bezittingen kwijt.¹²⁰

Een aantal slachtoffers en nabestaanden van de vuurwerkcramp in Enschede heeft zich verenigd en de gemeente Enschede gedagvaard. Zij stellen de gemeente Enschede aansprakelijk voor de schade die veroorzaakt werd door de ontploffing bij de vuurwerkfabriek S.E. Fireworks. De slachtoffers en nabestaanden verwijten de gemeente Enschede onder andere gebrekkig toezicht en onvoldoende handhaving te hebben uitgevoerd op de naleving van de bouw- en milieuregelgeving. De rechtbank overweegt in deze zaak het volgende:

“om zo’n aansprakelijkheid te kunnen vaststellen, moet niet zozeer naar de gevolgen, maar vooral naar de oorzaken van de ontploffing (...) worden gekeken, met als uitgangspunt de wetenschap die de Staat en de gemeente tot het moment van de ramp bezaten of hadden moeten bezitten. Aansprakelijkheid kan niet worden aangenomen op de enkele grond dat zich een risico heeft verwezenlijkt waarvan de overheid op de hoogte had moeten zijn. Bepalend is of dat risico dermate groot was, dat daaruit een rechtsplicht voor een overheidsinstelling voortvloeide om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico. Daarbij spelen zowel de aard van de mogelijke effecten als de kans dat deze optreden een rol. Tevens dienen de (maatschappelijke) kosten van zodanig optreden te worden afgewogen tegen de voordelen daarvan.”¹²¹

De rechtbank gaat voor de beantwoording van de vraag of de overheid aansprakelijk kan worden gesteld, dus uit van de in hoofdstuk drie besproken Kelderluikfactoren waarbij ook hier weer de *voorzienbaarheid* een belangrijke rol speelt. Voor de vestiging van aansprakelijkheid acht de rechtbank van belang of de overheden op de hoogte waren of hadden of moeten zijn van een reële en directe bedreiging van het leven en/of het materiële bezit.¹²² Barkhuysen en Van Emmerik zijn van oordeel dat het door de rechtbank ontwikkelde toetsingskader niet heel precies is. Het blijft volgens hen onduidelijk waar een risico dermate groot is, dat daaruit een rechtsplicht voor de overheid voortvloeit om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico. Evenmin is volgens hen helder wanneer nu precies sprake is van reële en directe bedreiging van het leven en/of het materiële bezit van personen, die noopt tot preventief overheidsingrijpen.¹²³

¹²⁰ Zie Commissie Oosting 2001, p. 11.

¹²¹ Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004, 69, m.nt. Albers.

¹²² De Rechtbank verwijst hierbij naar het eerder besproken arrest Öneriyildiz t. Turkije.

¹²³ Rechtbank s-Gravenhage 24 december 2003, Overheidsaansprakelijkheid voor de Enschedese vuurwerkcramp, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NCJM* 29-5, p. 698-722.

De rechtbank maakt vervolgens een onderscheid tussen algemeen toezichtsfalen en concreet toezichtsfalen. De rechtbank formuleert dit als volgt:

“bij de beoordeling van de stellingen van eisers inzake het toezicht maakt de rechtbank een onderscheid tussen algemeen en specifiek toezichtsfalen. Van algemeen toezichtsfalen kan worden gesproken, indien het bevoegde bestuursorgaan zijn wettelijke taken op dit gebied verwaarloost. Gelet op de aan het bestuur toekomende vrijheid bij de verdeling van de beschikbare financiële en personele middelen over verschillende beleidsterreinen, zal een dergelijke taakverwaarlozing slechts in uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatig zijn jegens een individuele burger. Zodanige omstandigheden zijn echter ten aanzien van het gemeentebestuur niet gesteld of gebleken. De rechtbank zal zich daarom hierna wat betreft het gemeentelijk toezicht beperken tot specifiek toezichtsfalen. Daarbij moet worden gedacht aan het negeren van concrete aanwijzingen of het in de wind slaan van waarschuwingen dat bepaalde regels of voorschriften worden overtreden”.

In hoger beroep leggen appellanten aan hun vorderingen tegen de Gemeente inzake falend toezicht ten grondslag dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld, aangezien (samengevat) de Gemeente (de belangen van) appellanten bloot heeft gesteld aan grote, vermijdbare risico's wegens onvoldoende daadkrachtig toezicht en handhavingsbeleid. De Gemeente heeft volgens appellanten gehandeld in strijd met de zorgvuldigheidsnorm, het willekeurverbod en het rechtszekerheidsbeginsel.

In Hoger beroep oordeelt het Hof dat:

“de mogelijkheid van massa-explosie was niet bekend bij de Gemeente. De Gemeente kon daarmee dus ook geen rekening houden.”

Het Hof gaat ook in op het Önerildiz-arrest. Zoals uit hoofdstuk 2 al bleek moet voor schending van artikel 2 EVRM sprake zijn van een “real and immediate risk”. Het Hof stelt dat hiervan geen sprake is omdat bij SEF geen sprake van een onmiddellijk gevaar van een explosie duidelijk voorzienbaar voor de gemeente was.

Albers en Heinen zijn van mening dat bij de gemeente wel degelijk kennis aanwezig was of had moeten zijn van het risico op massa-explosie.¹²⁴ Uit de handelwijze van SEF – die naar voren komt uit diverse rechterlijke uitspraken en onderzoeksrapporten- blijkt duidelijk dat SEF veelvuldig de regels overtrad. Bij elke

¹²⁴ Albers en Heinen 2010, p. 506.

controle werden overtredingen geconstateerd. In de tijd dat binnen het bedrijf wel vuurwerk van de ADR gevarenklasse 1.1¹²⁵ mocht worden opgeslagen (in de revisievergunning was dit verboden vanuit het veiligheidsaspect) hield SEF zich ook niet aan de regels. Appellanten stellen zich in hoger beroep voorts op het standpunt dat de gemeente handhavend had moeten optreden tegen zonder bouwvergunning en in strijd met het bestemmingsplan geplaatste MAVO-boxen en zeecontainers en tegen de overtredingen van de milieuvergunning.

Het Hof oordeelt hieromtrent dat:

“niet kan worden aangenomen dat de Gemeente door niet handhavend op te treden tegen zonder bouwvergunning geplaatste MAVO-boxen en zeecontainers, jegens appellanten onrechtmatig heeft gehandeld en jegens hen aansprakelijk is voor de gevolgen van de vuurwerkexplosie. Het al dan niet handhavend optreden tegen overtreding van bestemmingsplan- of bouwvergunningvoorschriften betreft een discretionaire bevoegdheid van de Gemeente. Zij is niet onder alle omstandigheden tot handhaving verplicht. Voor de beantwoording van de vraag of zij op moet treden, moeten alle betrokken belangen worden afgewogen, waaronder de eventuele belangen van derden, het belang van de overtreder en het belang dat door de overtreden voorschriften wordt beschermd, dus het (algemeen) belang van de Gemeente.”

Het Hof lijkt bij dit oordeel geen aansluiting te zoeken bij de binnen het bestuursrecht geldende beginselplicht tot handhaving. Zoals in hoofdstuk 2 is besproken houdt de beginselplicht tot handhaving in dat het bestuursorgaan in beginsel verplicht is handhavend op te treden tenzij zich een bijzondere omstandigheid voordoet. Deze bijzondere omstandigheden (zoals besproken in hoofdstuk 2) deden zich mijns inziens niet voor.

Appellanten stellen inzake de vordering tot ontoereikende handhaving in hoger beroep voorts ook dat:

“op het terrein van SEF op enig moment na het in werking treden van de milieuvergunningen nog twee containers bijgeplaatst zijn waarvoor geen bouwvergunning was aangevraagd en waarop de milieuvergunningen niet zagen. Deze twee containers waren aanwezig op 3 april 2000, toen een luchtfoto gemaakt is,

¹²⁵ UN classificatie voor verpakte stoffen en voorwerpen (inclusief vuurwerk) met het gevaar van massa explosie (detonatie). Een massa-explosie is een explosie die praktisch op het zelfde ogenblik plaatsvindt in nagenoeg de gehele lading.

en moeten bij het bezoek van de medewerkers van de milieudienst van de Gemeente op 10 mei 2000 zijn gezien. Zij hadden op dat moment kunnen optreden tegen deze twee containers”.

Het Hof merkt hierbij op dat appellanten of andere omwonenden van de Gemeente voor 13 mei 2000 niet hebben verzocht om handhavend op te treden met betrekking tot de bouw van één of meer MAVO-boxen en/of zeecontainers. Het Hof komt hieromtrent tot het oordeel dat de gemeente op deze grond evenmin aansprakelijk gesteld kan worden voor de gevolgen van de vuurwerkcramp. De vuurwerkcramp vond immers drie dagen na dat bezoek op 10 mei 2000 plaats. Dit betekent dat optreden van de Gemeente tegen opslag van vuurwerk in deze zeecontainers de vuurwerkcramp niet zou hebben voorkomen. Bestuursrechtelijke handhaving is immers aan regels gebonden aldus het Hof, waardoor de zeecontainers niet voor 13 mei 2000 verwijderd zouden zijn geweest als de Gemeente meteen was opgetreden. De stelling van appellanten dat de Gemeente de containers direct had kunnen laten verplaatsen, omdat de Gemeente bij onveilige situaties geen vooraanschrijving verplicht is, geen schriftelijk besluit hoeft te nemen en geen begunstigingstermijn hoeft te geven, treft geen doel, omdat er volgens de kennis die de Gemeente tot 13 mei 2000 had, geen sprake was van een dermate onveilige situatie dat onmiddellijk ingrijpen gerechtvaardigd kon zijn. Het gevaar van massa-explosie was immers onbekend.

Mijns inziens gaat het Hof er wel aan voorbij dat de overheid wel op de hoogte had kunnen zijn van het feit dat er niet conform de vergunning werd gehandeld. Uit het onderzoeksrapport van de Commissie Oosting blijkt dat een oud-medewerker van het voormalige vuurwerkbedrijf een fax had verzonden aan de regiopolitie Twente. Deze oud-medewerker gaf daarin onder verwijzing naar de vuurwerkexplosie in Culemborg aan, dat het bedrijf zich op een groot aantal gedetailleerd omschreven punten niet zou houden aan de Hinderwetvergunning. De politie heeft de fax ter hand gesteld van de gemeente, maar actie aan de zijde van de gemeente bleef uit. De commissie Oosting is van mening dat in de fax dusdanige concrete beschrijvingen zijn opgenomen van de situatie bij het bedrijf, dat het voor de hand had gelegen dat de gemeente was nagegaan in hoeverre deze op waarheid berustten.¹²⁶

Voorts is tijdens controles van de Milieudienst van de gemeente Enschede in 1993 en 1998 een aantal overtredingen van de milieuvergunning geconstateerd. Het ging hierbij om de aanwezigheid van meer en zwaarder vuurwerk dan vergund was. In plaats van handhavend optreden, werd het bedrijf verzocht om een vergunning aan te vragen. De commissie Oosting komt dan ook tot de conclusie dat in elk geval

¹²⁶ Zie Commissie Oosting 2001, p. 45.

gedurende de periode van tien jaar voor de vuurwerkcramp het door de gemeente uitgevoerde toezicht ontoereikend is geweest.¹²⁷

Gezien de conclusie van de commissie Oosting kan mijns inziens gesteld worden dat de gemeente Enschede bij de uitvoering van hun handhavende taak hebben gehandeld in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel door niet adequaat te reageren op overtredingen en een aan hun kenbaar gemaakte melding van een getuige. Het Hof begint tenslotte niet voor niets met de opmerking dat de bescherming van personen en goederen van buiten komend onheil, zoals dat veroorzaakt door ontploffende stoffen, van oudsher behoort tot de kerntaken van de overheid. Het kan toch niet zo zijn dat de overheid door maar “niets” te willen weten, aansprakelijkheid kan ontlopen. Uit voorgaande blijkt dat de burgerlijk rechter uitgaat van algemeen toezichtfalen waarbij de overheid dus een ruime mate van beleidsvrijheid bezit.

4.7 Motel Tiel¹²⁸

Op 10 februari 2002 stort een gedeelte van het parkeerdek van een hotel-bedrijfspan in Tiel in. Op het moment van instorten wordt onder het parkeerdek in een evenementenhal een computerbeurs georganiseerd. Er vallen geen gewonden, omdat het grootste gedeelte van de bezoekers het evenement een uur voor het instorten van het parkeerdek had verlaten. Het hotel en het parkeerdek zijn, na daartoe verleende bouwvergunning van 4 januari 1982 tussen 1982 en 1986 gebouwd. In de periode voorafgaand aan de calamiteit hebben in de omgeving van het hotel werkzaamheden plaatsgevonden aan een viaduct en de Rijksweg A-15 bij Tiel. Ook werd er in de omgeving van het hotel gewerkt aan de Betuwelijn. Naast het door Motel Tiel aan de gemeente Tiel verweten onrechtmatige handelen (nalaten) rond de werkzaamheden aan het viaduct over de A-15 en/of de Betuwelijn, heeft de gemeente volgens Motel Tiel jegens haar een onrechtmatige daad gepleegd doordat zij in de periode dat het parkeerdek werd gebouwd – tussen 1982 en 1986- onvoldoende toezicht heeft gehouden. Het hof is in deze zaak van oordeel dat:

“de normen op grond waarvan de gemeente destijds toezicht hield op de bouw van werken als het onderhavige parkeerdek, zijn gebaseerd op de (toenmalige) Woningwet. Deze normen hebben niet de strekking een in beginsel onbeperkte groep van potentieel getroffen te beschermen tegen de vermogensschade die kan ontstaan doordat de onveiligheid van een bouwwerk bij het toezicht door de overheid niet aan het licht is gekomen. Dat de wetgever een dergelijke vergaande

¹²⁷ Zie Commissie Oosting 2001, p. 51.

¹²⁸ Hof Arnhem 3 mei 2010, L/JN: BM5137.

(overheids)aansprakelijkheid voor ogen stond is te minder aannemelijk nu met het gemeentelijke toezicht op de naleving van bouwvoorschriften niet steeds een sluitende controle op de naleving daarvan zal kunnen worden gegarandeerd. In ieder geval zal niet kunnen worden aangenomen dat met de wet een dergelijke aansprakelijkheid is voorzien ten aanzien van de vergunninghouder zelf, op wie immers primair de verantwoordelijkheid rust om de geldende bouwvoorschriften na te leven.”

Het Hof komt betreffende de vordering wegens onrechtmatige overheidsdaad wegens onvoldoende toezicht tot de slotsom dat ook indien ervan zou worden uitgegaan dat de Gemeente Tiel in dit geval onvoldoende toezicht heeft gehouden op de bouw van het parkeerdek en in haar toezichthoudende taak zou zijn tekortgeschoten, de in dat geval door de gemeente geschonden norm niet strekt tot bescherming van het onderhavige vermogensbelang van Motel Tiel.

Het hof wijst de vordering op de Gemeente Tiel wegens falend toezicht dus af op grond van het relativiteitsvereiste.

4.8 Afronding

Uit de besproken jurisprudentie blijkt dat deze veelal casuïstisch van aard is, waardoor het lastig is om algemene aanknopingspunten te vinden. De burgerlijk rechter maakt onderscheid in algemeen- en concreet toezichtsfalen. Op de vraag welke mate van beleidsvrijheid de burgerlijk rechter hierbij hanteert kan eenduidig een antwoord worden gegeven. Uit de besproken jurisprudentie blijkt dat de overheid slechts in uitzonderlijke gevallen aansprakelijk kan worden gesteld bij algemeen toezichtsfalen.¹²⁹ De burgerlijk rechter hanteert hier een ruime mate van beleidsvrijheid voor de overheid.

Bij de beoordeling van concreet toezichtsfalen maakt de burgerlijk rechter geen gebruik van de binnen het bestuursrecht geldende beginselplicht tot handhaving. Bij de invulling van de vraag of de gedraging van de overheid onzorgvuldig is, gebruikt de burgerlijk rechter de kelderluikcriteria, die worden ingevuld door de beginselen van behoorlijk bestuur. Indien het risico op schade dermate groot is, volgt daaruit volgens de burgerlijk rechter een rechtsplicht voor een overheidsinstelling om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico. Daarbij spelen zowel de aard van de mogelijke

¹²⁹ Zie uitspraken HR 22 juni 2001, 71462.2, Gst.2001, m.nt. Hennekens (Restaurant Boeddha) en Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, LJJN : BN4316 (Vuurwerkcramp Enschede).

effecten als de kans dat deze optreden een rol. Tevens dienen de (maatschappelijke) kosten van zodanig optreden te worden afgewogen tegen de voordelen daarvan. D

Tenslotte komt uit de jurisprudentie naar voren dat voor de bepaling of sprake is van een onrechtmatige gedraging sprake moet zijn van een voor de overheid *kenbaar* gevaarlijke situatie.¹³⁰ Zodra deze situatie zich voordoet krimpt de beleidsvrijheid die de overheid bezit en dient acht te slaan op alle betrokken belangen en dus mede op de belangen die gediend worden door de preventieve taak van de Gemeente op grond de wet waarvoor het toezicht wordt uitgevoerd.

5. Slotconclusies

Deze scriptie begon met de opmerking dat de bescherming van personen en goederen voor van buiten komend onheil, zoals dat bijvoorbeeld wordt veroorzaakt door ontplofende stoffen of brand, van oudsher behoort tot de *kerntaken* van de overheid. Indien zich binnen Nederland een ramp voordoet volgt dan ook terecht de vraag of de overheid haar taken wel goed heeft uitgevoerd. In deze scriptie stond de navolgende vraag dan ook centraal:

“Hoe beoordeelt de burgerlijk rechter in het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad de bestuursrechtelijke beleidsvrijheid?”

Om die vraag goed te kunnen beantwoorden moet eerst duidelijk zijn wat de taken: toezicht en handhaving inhouden en welke beleidsvrijheid de overheid bij het uitvoeren van deze taken heeft. Om deze taken vervolgens tegen het licht te kunnen houden tegen het leerstuk van de onrechtmatige daad, waarna uit jurisprudentie criteria kunnen worden gevonden om te bepalen wanneer de overheid het risico loopt om civielrechtelijk aansprakelijk gesteld te worden voor schade als gevolg van falend toezicht en/of handhaving en hoe de burgerlijk rechter oordeelt over de bestuursrechtelijke beleidsvrijheid.

Toezicht

Om de maatschappij te ordenen en belangen te beschermen worden regels opgesteld. Een ieder binnen deze maatschappij dient zich aan die regels te houden.

¹³⁰ Zie uitspraken Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, 308 (Astrid Sterkenburg) en Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011 *LJN*: BP8578 (CMI Container Masters B.V.)

Om te bereiken dat de regels ook daadwerkelijk worden nageleefd hebben verschillende bestuursorganen de taak om erop toe te zien dat de regels nageleefd worden. Zo hebben bestuursorganen op grond van de Wabo de taak opgedragen gekregen om zorg te dragen voor het toezicht op de regels die uit de Wabo voortvloeien. Het gaat hierbij onder andere over regelgeving op het gebied van milieu, bouwveiligheid en brandveiligheid. Voor het uitvoeren van deze taak heeft het bestuursorgaan bevoegdheden tot haar beschikking staan in de Awb zoals het betreden van plaatsen, het vorderen van inlichtingen en monsterneming. Maar het krijgen van bevoegdheden schept ook verplichtingen. Zoals de plicht om te handelen op basis van en met gebruikmaking van de bevoegdheid.

Doordat het onmogelijk is voor de overheidsorganen om overal tegelijk te controleren is het wel algemeen geaccepteerd dat zij prioriteiten stellen in het uitvoeren van de toezichthoudende taak. Door deze prioritering aan te brengen in het toezicht lopen de overheidsorganen wel het risico dat bepaalde overtredingen, burgers of bedrijven niet of nauwelijks gecontroleerd worden. De Wabo verplicht de bestuursorganen daarnaast om de prioritering die wordt aangebracht vast te leggen in beleid. In dit beleid moet het bestuursorgaan een afweging maken tussen de prioriteiten, de doelen, de strategieën en de activiteiten, gebaseerd op een probleemanalyse. De overheid bezit hierbij dus een ruime mate van beleidsvrijheid.

Handhaving

Naast het houden van toezicht heeft de overheid ook de taak om de daadwerkelijke naleving van de regelgeving af te dwingen door middel van handhavend optreden. Zij heeft hiervoor bestuursrechtelijke sancties tot haar beschikking staan zoals de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. Binnen het bestuursrecht hanteert de rechter de beginselplicht tot handhaving. Hierbij is handhaven de regel. Afzien van handhaving is alleen mogelijk indien zich een bijzondere omstandigheid voordoet. De beleidsvrijheid die de overheid bezit, ziet dan ook toe op deze bijzondere omstandigheden. In situaties waarin sprake is van een kenbaar direct en onmiddellijk gevaar geldt op grond rechtspraak van het EHRM de plicht om direct in te grijpen. In deze situaties is de beleidsvrijheid voor een bestuursorgaan nihil.

Onrechtmatige overheidsdaad voor falend toezicht en/of handhaving

Het beoordelingskader dat de burgerlijk rechter hanteert voor het vaststellen van overheidsaansprakelijkheid is in principe hetzelfde als het aansprakelijkheidsregime dat voor particulieren geldt. Om te komen tot een aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW en 6:163 BW dient dus ook bij overheidsaansprakelijkheid aan een

vijftal eisen te zijn voldaan, te weten: een onrechtmatige gedraging, toerekenbaarheid van de daad aan de dader, schade, causaal verband tussen de daad en schade en relativiteit. De onrechtmatige gedraging moet bestaan uit een strijd met een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Voor deze laatste moet men terugvallen op maatschappelijk aanvaarde normen over behoorlijk en zorgvuldig gedrag. Het handelen van de overheid zal getoetst moeten worden aan hetgeen naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm staat de taak die de overheid heeft tot het houden van toezicht en handhaving centraal. De invulling van deze zorgvuldigheidsnorm wordt door de burgerlijk rechter meestel geënt op de kelderluikcriteria. De kelderluikcriteria geven in zijn algemeenheid een afweging tussen de schade die voorzienbaar kan optreden en de kosten van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Naarmate de ernst en de omvang van de mogelijke schade groter is dienen hogere eisen te worden gesteld aan de te treffen voorzorgsmaatregelen. Het bevoegd gezag zal dus naarmate de aard en omvang van de gevreesde schade groter is de controle- en handhavingsbevoegdheden intensiever moeten gebruiken. Hierbij moet wel in acht worden genomen dat het bestuur belast is met de controle- en handhavingstaak, omdat van de benadeelden zelf niet kan worden verwacht dat zij maatregelen nemen ter inperking van risico's.

Uit de analyse van jurisprudentie die in hoofdstuk 4 heeft plaatsgevonden en in vergelijking met de voorgaande hoofdstukken kan het antwoord van de centrale vraag worden gevonden. Uit de analyse blijkt dat de bestuursrechter onderscheidt maakt tussen algemeen- en concreet toezichtsfalen.

Algemeen toezichtsfalen

Aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen wordt slechts in uitzonderlijke omstandigheden aangenomen. Bij algemeen toezichtsfalen is de overheid nog niet bekend met concrete feiten en omstandigheden die maken dat een hoge zorgplicht geldt. Binnen het bestuursrecht wordt aan het bevoegde orgaan een ruimte mate van vrijheid gegeven om prioritering aan te brengen in het toezichtsbeleid. Deze beleidsvrijheid wordt vanuit het EG-recht slechts daar waar het enkele richtlijnen die betrekking hebben op gevaarlijke stoffen, zoals de Seveso-richtlijn ingeperkt. Met de komst van de Wabo wordt het bestuur wel verplicht gesteld om het toezichtsbeleid vast te leggen. Hiermee wordt voor een burger ook duidelijk op welke wijze het bestuur uitvoering geeft aan de taak tot het uitvoeren van toezicht. De vraag die bij de

burgerlijk rechter speelt bij algemeen toezichtsfalen is: of de overheid aansprakelijk gesteld kan worden van schade die als gevolg van niet of onvoldoende uitgevoerd toezicht is ontstaan. Uit de analyse van de jurisprudentie blijkt dat slechts in uitzonderlijke gevallen deze aansprakelijkheid wordt aangenomen. Uitspraken hiervan zijn niet bekend, maar uitzonderlijke gevallen zouden kunnen ontstaan als het bestuur misbruik maakt van haar bevoegdheden door bijvoorbeeld helemaal geen toezicht uit te voeren. De burgerlijk rechter gaat dus uit van een ruime mate van beleidsvrijheid die de overheid bezit bij de inzet van de middelen ter uitvoering van de aan haar opgedragen taak.

Concreet toezichtsfalen

Van concreet toezichtsfalen is sprake indien regels niet worden nageleefd en het bevoegd gezag hiertegen niet op heeft getreden. Concreet toezicht heeft dan ook betrekking op de handhavingstaak van de overheid. Uit de analyse van de jurisprudentie blijkt dat de burgerlijk rechter bij de beoordeling van de vraag of de overheid aansprakelijk is voor schade als gevolg van niet of onvoldoende handhavend optreden nog steeds uit gaat van de beleidsvrijheid die overheid heeft om de handhavingsbevoegdheid al dan niet te gebruiken. De beleidsvrijheid die de overheid krijgt van de burgerlijk rechter is ruimer bemeten dan die geldt binnen de beginselplicht tot handhaving. Schending van de bestuursrechtelijke handhavingsplicht in concreto is wel een belangrijke indicatie voor civielrechtelijke onrechtmatigheid, mits vaststaat dat de beginselplicht tot handhaving in concreto strekt tot bescherming van de geschonden belangen (relativiteitsvereiste) en de geleden schade. Uit de jurisprudentie komt duidelijk naar voren dat de voorzienbaarheid en de kenbaarheid van de gevaarstelling belangrijke criteria zijn voor de burgerlijk rechter. Hoe specifiek een voorzienbaar ernstig gevaar is, hoe beperkter de beleidsvrijheid en hoe eerder sprake is van aansprakelijkheid.

De centrale vraag van dit onderzoek luidde:

“Hoe beoordeelt de burgerlijk rechter in het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad de bestuursrechtelijke beleidsvrijheid?”

Uit dit onderzoek is gebleken dat het duidelijk verschil maakt of de overheid faalt in het uitvoeren van het toezicht of wanneer zij faalt in het uitvoeren van handhaving.

De overheid loopt slechts in uitzonderlijke gevallen het risico om aansprakelijk te worden gesteld voor schade als gevolg van *falend toezicht*. Het zal hierbij moeten gaan om schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals bijvoorbeeld het in zijn geheel niet uitvoeren van toezicht. De overheid heeft evenals in het bestuursrecht hier dus een ruime mate van beleidsvrijheid.

Indien de overheid niet handhavend optreedt tegen *ernstig en acute gevaren* die *kenbaar* of *voorzienbaar* zijn, dan lijkt aansprakelijkheid een voldongen feit. De burgerlijk rechter gaat in tegenstelling tot de bestuursrechter niet uit van een beginselplicht tot handhaving, maar beperkt de beleidsvrijheid wel naarmate de kenbaarheid van specifiek gevaar groter wordt. Hieruit blijkt dat de burgerlijk rechter de beleidsvrijheid die de overheid bezit bij concreet algemeen toezichtsfalen ruimer beoordeeld dat zou gelden binnen het bestuursrecht.

Addink e.a. 2008

G.H. Addink e.a., *Grensverleggend bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Albers 2004 (2)

C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving', *NTB* 2004, p. 201-211.

Albers & Heinen 2008

C.L.G.F.H. Albers en P.C.M. Heinen, 'Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend bouw- en woningtoezicht (1)', *Gst.* 2008,7308 p. 669-683.

Albers & Heinen 2010

C.L.G.F.H. Albers en P.C.M. Heinen, 'Een (verkapte) civielrechtelijke immuniteit voor toezichts- en handhavingssfalen van overheidsorganen?', *Gst.* 2010,7343 nr. 101. p. 501-510.

Asser/Hartkamp & Sieburg 2006 (4-III) nu 6 IV

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburg, *Verbintenissenrecht, De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011.

Barkhuysen & Diepenhorst 2005

T. Barkhuysen & M. Diepenhorst, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM', in: *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema van adequate naleving van rechtsregels* (bundel), red. T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, Deventer: Kluwer 2005.

Van Buuren & Borman 2009

P.J.J. van Buuren & T.C. Borman, *Algemene wet bestuursrecht, Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Dam 2002

C.C. van Dam, Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving, in: A.J. Akkermans en E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen* (congresbundel VU), Nijmegen 2002.

Van Dam 2006

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, British Institute of Internationaal and Comparatieve Law i.o.v. WODC en Ministerie van Justitie: 2006.

Damen e.a. (2) 2006

Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 2*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Damen e.a. 2008

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Dunné 2007

J.M. Dunné, 'De herfstij der relativiteitsleer', *TMA* 2007-5.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*. Deventer: Kluwer 2005.

Jurgens 1996

G.T.J.M. Jurgens, *Bestuurlijk gedogen: aanvaardbaarheid en gevolgen van bestuurlijk gedogen in het milieurecht en het ruimtelijk recht*, Zwolle: H.D. Tjeen Willink 2009.

Lankhorst 1992

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1992.

Michiels & Muller 2006

F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006.

Michiels 2006

F.C.M.A. Michiels, *Houdbaar handhavingsrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2006.

Commissie Oosting 2001

Rapport commissie van onderzoek vuurwerkcramp Enschede, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001.

Van Rossum 2005

A.A. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*, Deventer: Kluwer 2005.

Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000.

Spier e.a. 2006

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006.

Vermeer 2010

F.R. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier: 2008.



Kamerstukken

Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3.

Kamerstukken II 1996/97, 25 085, nr. 2.

Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3.

Kamerstukken II 2005/06, 27 831, nr.15.

Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr.3.

Jurisprudentielijst

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 18 juni 2002, *EHRC* 2002, 64 m.nt. H. Janssen (Öneryildiz I), bevestigd door de Grand Chamber EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43 m.nt. Woltjer (Öneryildiz II).

Hoge Raad

HR 11 maart 1895, *W6617*.

HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568.

HR 22 november 1974, *NJ* 1995, 149.

HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614.

HR 22 juni 2001, 7146.2, *Gst.* 2001, m.nt. Hennekens.

HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549.

HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660.

HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 (Duwbak Linda).

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 28 juni 1962, *NJ* 1964, 228 (Vijzelstraat).

Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, 308.

Hof Arnhem 3 mei 2010, *LJN* BM5137.

Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, *LJN* BN4316.

Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011 *LJN* BP8578.

Rechtbanken

Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, *JB* 2004, 69, m.nt. Albers, *NCJM* 29-5, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik

Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508, *LJN* AR2320.

Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003/304.

Rb. Rotterdam 10/140972-97 en 10/140138-98 (niet gepubliceerd).

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 7 juli 2004, *LJN AP8242*.

ABRvS 21 juli 2004, *AB 2004*, 293.

ABRvS 18 augustus 2004, *AB 2004*, 424 (m.nt. Michiels).

ABRvS 20 juli 2005, *LJN AT9637*.

ABRvS 31 januari 2007, *LJN AZ7447*.

ABRvS 29 december 2008, *LJN BG9021*.

ABRvS 1 juli 2009, *LJN BJ1123*.

ABRvS 17 augustus 2009, *LJN BJ6024*.

ABRvS 29 augustus 2009, *LJN BJ5535*.

ABRvS 24 november 2010, *LJN BO3851*.

ABRvS 25 november 2010, *AB 2010*, 328, m.nt. B.P.M. van Ravels.

ABRvS 5 oktober 2011, *LJN BT6683*.