

RAV 2010, 6: Aansprakelijkheid. Is een gemeente aansprakelijk voor een fout van een ambtenaar jegens een collega-ambtenaar?

Essentie

Aansprakelijkheid. Procesrecht.

Is een gemeente aansprakelijk voor een fout van een ambtenaar jegens een collega-ambtenaar; heeft een beslissing van de gemeente waarbij aansprakelijkheid is afgewezen na intrekken van het beroep bij de bestuursrechter formele rechtskracht?

Samenvatting

Tijdens een werkpaauze neemt een gemeenteambtenaar een collega-ambtenaar in een houdgreep. Deze collega komt daarbij, achterovergekanteld in een stoel, enige tijd met zijn volle gewicht aan zijn nek in de armen te hangen van de ambtenaar die de houdgreep uitvoert. De gelaedeerde ambtenaar meldt zich nadien ziek en blijft arbeidsongeschikt tot aan het einde van zijn (tijdelijke) aanstelling bij de gemeente. De gelaedeerde ambtenaar stelt zowel zijn collega als de gemeente aansprakelijk. De gemeente voert op formele en materiële gronden verweer. Het formele verweer houdt in dat de beslissing, waarbij aansprakelijkheid werd afgewezen, formele rechtskracht heeft verkregen nadat de ambtenaar zijn beroep tegen dit besluit bij de bestuursrechter had ingetrokken. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de collega-ambtenaar op grond van onrechtmatige daad en de gemeente op grond van art. 6:170 BW aansprakelijk is jegens de gelaedeerde ambtenaar. In hoger beroep heeft het hof de vordering van de gelaedeerde ambtenaar jegens de gemeente afgewezen. Tegen dit oordeel komt de ambtenaar in cassatie op.

HR: In het kader van art. 6:170 lid 1 BW moet de vraag worden beantwoord of de kans op de fout van de ambtenaar, als ondergeschikte van de gemeente, door de opdracht tot het verrichten van zijn taak is vergroot. Bij de beantwoording van die vraag moet aan de hand van alle ter zake dienende omstandigheden worden onderzocht of tussen de fout van de betrokken werknemer en diens werk in dienstbetrekking een zodanig verband bestaat dat zijn werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is. De gelaedeerde ambtenaar had het recht zijn vordering tegen de gemeente wegens onrechtmatig handelen van haar ondergeschikte aan de burgerlijke rechter voor te leggen, nadat de gemeente hem te kennen had gegeven geen aansprakelijkheid te erkennen. Dat hij mogelijk als ambtenaar van de gemeente ook de bestuursrechtelijke weg had kunnen (ver)volgen, staat daaraan niet in de weg, nu de bestuursrechter (nog) geen oordeel over de gevorderde

Zie ook

Zie ook:

- HR 9 november 2007, RAV 2008, 12 (*Brand tijdens personeelsuitje*): dit arrest vormt een bevestiging van de ruime uitleg van het vereiste van het functioneel verband;
- HR 15 november 2002, NJ 2003, 617 (*Staat/Zevenbergen*): over de uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht bij vorderingen tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter;
- HR 9 november 2001, NJ 2002, 79 (*Apothekersassistente*): in deze zaak werd bij aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 6:170 BW overwogen dat de billijkheidscorrectie vereist dat eigen schuld van de werknemer die niet bestaat uit opzet of bewuste roekeloosheid voor rekening van de werkgever komt;
- HR 17 december 1999, NJ 2008, 87 (*Gemeente Groningen/Raatgever*): over formele rechtskracht en de taakverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter;
- Rb. Rotterdam 10 december 2008, JA 2009/60: handelen door een werknemer in strijd met instructies van de werkgever valt onder het functioneel verband van art. 6:170 BW;
- M.S.A. Vegter, 'Schadeclaims van de ambtenaar: Naar de civiele rechter of de bestuursrechter?', L&S 2008, nr. 3, p. 22 t/m 26.

Zie anders:

- HR 20 juni 1986, NJ 1986, 780 (*Speelse duw*): collegiaal dollen op de werkplek levert geen fout op maar is slechts een ongelukkige samenloop van omstandigheden;
- Hof Arnhem 26 september 2000, NJ 2001, 539: val na verschuiven van stoel is een ongelukkige samenloop van omstandigheden.

Wenk

Wenk:

De werkgever is op grond van art. 6:170 lid 1 BW (risico-)aansprakelijk voor een fout van een werknemer ten opzichte van een collega-werknemer. De werkgever kan ook een overheidsinstantie zijn, zoals hier een gemeente. Een vereiste voor aansprakelijkheid van de werkgever is dat tussen de fout van de werknemer en de hem opgedragen taak een voldoende (functioneel) verband bestaat. Aan het functioneel verband worden twee eisen gesteld: a) de aan de werknemer opgedragen taak moet de kans (volgens statistische ervaringsregels) op de fout hebben vergroot en b) de werkgever moet zeggenschap hebben gehad over de gedraging van de werknemer waarin de fout was gelegen. In deze zaak had de rechtbank met inachtneming van alle relevante omstandigheden het functioneel verband ruim uitgelegd en de vordering toegewezen. Het hof oordeelde dat de kans op een fout niet was vergroot door een opdracht aan de werknemer tot het verrichten van 'een bepaalde taak' en wees de vordering af.

De Hoge Raad casseert omdat het hof van een beperkte en daarom van een onjuiste rechtsopvatting blijk had gegeven (zie rov. 4.1 tot en met 4.2.3). De rechter mag zich volgens de Hoge Raad niet

beperken tot de vraag of de kans op de fout is vergroot door een opdracht aan de werknemer tot het verrichten van een 'bepaalde taak', maar dient alle relevante omstandigheden die verband houden met de aan de werknemer opgedragen taak in kaart te brengen om vervolgens te beoordelen of de kans op een ongeval daardoor is vergroot. Bij deze laatste toets is de positie van de werkgever die een weinig gedisciplineerde werkomgeving heeft laten ontstaan — waar bijvoorbeeld grappen kunnen worden uitgehaald als in deze zaak aan de orde — veel lastiger dan bij de door het hof aangelegde toets. Relevante omstandigheden in deze zaak waren volgens de rechtbank ondermeer dat de bewuste gedraging had plaatsgevonden binnen de 'werksfeer' van de werkgever, dat de gedraging zich afspeelde in de werksituatie, dat er een zeker verband bestond tussen de werksfeer en de aanleiding voor de gedraging en dat de gedraging binnen de werkkring als normaal werd beschouwd. De gemeente had zich in de civiele procedure beroepen op formele rechtskracht omdat de werknemer zijn beroepschrift bij de bestuursrechter, gericht tegen het besluit waarmee aansprakelijkheid was afgewezen, op enig moment had ingetrokken. Dit staat volgens de Hoge Raad aan een vordering op grond van art. 6:170 lid 1 BW niet in de weg omdat de burgerlijke rechter (nog) geen uitspraak had gedaan. Burgers, waaronder ook gelaedeerde ambtenaren (zie het hiervoor aangehaalde arrest *Staat/Zevenbergen*), hebben op grond van art. 8:73 Awb de keuze of zij hun vordering tot schadevergoeding willen voorleggen aan de burgerlijke rechter of aan de bestuursrechter. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de ambtenaar deze keuzemogelijkheid behoudt zolang de bestuursrechter over de gevorderde schadevergoeding nog geen uitspraak heeft gedaan. Voor meer informatie over dit soms ingewikkelde vraagstuk, wordt verwezen naar de wenk bij HR 28 maart 2008, *RAV 2008, 55 (Swoopy)*.

Partij(en)

B., eiser tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep, hierna te noemen: eiser, adv. aanvankelijk mr. F.M. Ruitenbeek-Bart, thans mr. J.P. Heering, mede toegelicht door L. van den Eshof, tegen

Gemeente Utrecht, verweerster in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep, adv. mr. R.S. Meijer.

Voorgaande uitspraak

Hoge Raad:

(...)

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Eiser was in het tijdvak van 15 december 1999 tot 1 mei 2001 ambtenaar in tijdelijke dienst van de Reinigings- en Havendienst van de Gemeente.
- (ii) In mei/juni 2000 zat hij tijdens een werkpauze in een daartoe voor het personeel van

- genoemde Dienst bestemde ruimte met X, die ook in dienst was van de Gemeente.
- (iii) Terwijl eiser onderuit gezakt op een stoel zat, is X achter hem gaan staan en heeft X hem van achteren vastgepakt en daarbij een greep toegepast waarbij zijn beide armen zich aan de bovenzijde van het lichaam op schouder- en of nekhoogte van eiser bevonden, de ene arm aan de voorzijde en de andere arm aan de achterzijde van het lichaam van eiser. Daarna is de stoel waarop deze zat, achterover gekanteld waardoor de stoel enige tijd op twee poten stond en eiser met zijn volle gewicht aan zijn nek in de armen van X bleef hangen.
 - (iv) Eiser is met X naar het ziekenhuis gegaan, en hij heeft zich daarna ziek gemeld. Met uitzondering van de periode eind juli 2000 tot 22 augustus 2000 is hij arbeidsongeschikt geweest tot het einde van zijn tijdelijke aanstelling.
 - (v) Eiser heeft zowel X als de Gemeente aansprakelijk gesteld voor de schade die hij heeft geleden als gevolg van het hiervoor onder (iii) bedoelde ongeval. Bij brief van 21 maart 2001 heeft de Gemeente deze aansprakelijkheid van de hand gewezen.

3.2.1 De rechtbank heeft geoordeeld dat de Gemeente voor de fout van X aansprakelijk is jegens eiser op grond van art. 6:170 lid 1 BW. De rechtbank heeft daartoe in rov. 6.4 overwogen dat het vereiste verband tussen de opgedragen werkzaamheden en het foutieve gedrag ruim moet worden uitgelegd en afhankelijk is van de waardering van feiten en omstandigheden waaronder de schade is toegebracht. De rechtbank achtte in dit geval van belang:

- dat de greep plaatsvond binnen de 'werksfeer' van de Gemeente, immers tijdens een pauze in een ruimte die door de Gemeente daartoe was ingericht en die werd gebruikt door personeelsleden van de Technische Dienst van de Gemeente, en die vanaf de werkplaats binnendoor bereikbaar is, alsmede dat deze ruimte in dit geval gelegenheid voor collega's bood om te stoeien;
- dat de greep in de visie van X en de Gemeente zich afspeelde in de werksituatie omdat volgens hen sprake was van collegiaal stoeien;
- dat een zeker verband bestaat tussen de werksfeer en de reden waarom X een greep toepaste, nu vaststaat dat X op het moment dat hij de greep toepaste, zei: 'Als pa zegt dat je blijft zitten, doe dit ook' en 'Heb jij een andere baas ofzo' waarmee hij schertsenderwijs bedoelde te refereren aan een door hem ten opzichte van eiser in te nemen bevoorrechte positie gezien zijn senioriteit en hij verwees naar het recente verleden waarin eiser in dienst was van een uitzendbureau;
- dat de greep werd toegepast in een werkkring waarbinnen volgens de afgelegde getuigenverklaringen een collegiale stoeipartij als normaal werd beschouwd.

3.2.2 Het hof heeft (in rov. 4.4) de grief van de Gemeente dat de rechtbank ten onrechte haar formele verweer heeft verworpen dat eiser niet-ontvankelijk is, ongegrond bevonden. In rov. 4.15 heeft het hof geoordeeld dat niet met vrucht kan worden staande gehouden dat — in de omstandigheden van dit geval — gesproken kan worden van een aan X gegeven opdracht tot het verrichten van een bepaalde taak die de kans op de, door het hof aangenomen, fout van X objectief (volgens statistische ervaringsregels) heeft vergroot, zodat de Gemeente niet op de voet van voormelde bepaling aansprakelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van het ongeval. Hiertegen keert zich het principale beroep, terwijl het incidentele beroep is gericht tegen de verwerping van het vorenbedoelde 'formele' verweer van de Gemeente.

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

- 4.1 Het oordeel van het hof geeft blijk van een te beperkte en daarom onjuiste rechtsopvatting omtrent het bepaalde in art. 6:170 lid 1 BW, in het bijzonder met betrekking tot de door het hof in dit geval nog te beantwoorden vraag of de kans op de fout van X, als ondergeschikte van de Gemeente, door de opdracht tot het verrichten van zijn taak is vergroot.
- 4.2.1 Bij de beantwoording van die vraag moet aan de hand van alle terzake dienende omstandigheden worden onderzocht of tussen de fout van de betrokken werknemer en diens werk in dienstbetrekking een zodanig verband bestaat dat zijn werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is.
- 4.2.2 Deze toets heeft het hof niet aangelegd. Het hof heeft zich beperkt tot een beantwoording van de vraag of de kans op de fout is vergroot door een opdracht aan de werknemer tot het verrichten van een 'bepaalde taak'. Het hof heeft aldus ten onrechte nagelaten te beoordelen of daarbij de andere door eiser gestelde en in de voormelde rov. 6.4 van de rechtbank in de beoordeling betrokken omstandigheden, die kennelijk ook naar het oordeel van het hof wél verband hielden met de dienstbetrekking van X, meebrachten dat sprake is van een door het verrichten van zijn taak verhoogde kans op de door hem als werknemer van de Gemeente gemaakte fout.
- 4.2.3 De hierop gerichte klachten, die erop neerkomen dat het hof de grenzen van art. 6:170 lid 1 te nauw heeft getrokken, treffen doel.

5. Beoordeling van het middel in het voorwaardelijk incidentele beroep

- 5.1 De voorwaarde waaronder het middel is ingesteld, is vervuld.
- 5.2 Het middel bevat in onderdeel 1 de klacht dat het hof heeft miskend dat de brief van de Gemeente van 21 maart 2001 een besluit inhoudt tot afwijzing van aansprakelijkheid en dat dit besluit, waartegen eiser aanvankelijk een beroepschrift bij de bestuursrechter had ingediend dat later is ingetrokken, formele rechtskracht heeft verkregen. Volgens het onderdeel had het hof geen uitzondering mogen toestaan op de leer van de formele rechtskracht en op die grond de vordering moeten afwijzen. Onderdeel 2 strekt ten betoge dat het hof eiser niet-ontvankelijk had moeten verklaren in zijn vordering tegen de Gemeente of deze vordering aan hem had moeten ontzeggen omdat hij heeft verzuimd de bestuursrechtelijke weg (verder) te volgen. Voor zover het hof zijn desbetreffende oordelen heeft gebaseerd op de overweging dat 'het in dit geval gaat om de vraag of de Gemeente schade dient te vergoeden in verband met het feitelijk onrechtmatig handelen van haar ondergeschikte' bestrijdt onderdeel 3 zulks als onjuist, nu de bestuursrechter ook dan de weigering van de Gemeente aansprakelijkheid voor de schade van eiser te erkennen, volledig kan beoordelen.
- 5.3 Eiser had als benadeelde het recht zijn vordering tegen de Gemeente wegens onrechtmatig handelen van haar ondergeschikte aan de burgerlijke rechter voor te leggen, nadat de Gemeente hem te kennen had gegeven geen aansprakelijkheid te erkennen. Dat hij mogelijksterwijs als ambtenaar van de Gemeente ook de bestuursrechtelijke weg had kunnen (ver)volgen, staat daaraan niet in de weg, nu de bestuursrechter (nog) geen oordeel over de gevorderde schadevergoeding had gegeven. Hierop stuiten alle klachten van het middel af.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 22 november 2007;
verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof te 's-Gravenhage;
veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, (...).

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;
veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, (...).

Conclusie

Conclusie A-G mr. Spier:

1. Feiten

- 1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten vastgesteld door de Rechtbank Utrecht in rov. 2.1–2.5 van haar vonnis van 7 december 2005. Ook het Hof is blijkens rov. 3 van zijn in cassatie bestreden arrest van die feiten uitgegaan.^[1]
- 1.2 Eiser is van 15 december 1999 tot 1 mei 2001 als ambtenaar (monteur/lasser) in tijdelijke dienst geweest van de Reinigings- en Havendienst van de Gemeente. Het contract is op 1 mei 2001 van rechtswege geëindigd. M. van Baggen was destijds een collega van eiser.
- 1.3 Eind mei of juni 2000 (eiser was toen 29 jaar oud) is Van Baggen aan het einde van een pauze — in een ruimte waarin ook eiser aanwezig was en die werd gebruikt voor pauzes door personeelsleden van de Technische Dienst van de Gemeente — op een tijdstip waarop eiser met een kop thee of koffie in zijn handen onderuitgezakt op een stoel zat, achter eiser gaan staan. X heeft vervolgens eiser van achteren vastgepakt en daarbij een greep toegepast waarbij zijn beide armen zich aan de bovenzijde van het lichaam op schouder- en/of nekhoogte van eiser bevonden (de ene arm aan de voorzijde en de andere arm aan de achterzijde van eisers lichaam). Daarna is de stoel waarop eiser zat achterover gekanteld waardoor hij enige tijd op twee poten stond; eiser bleef met zijn volle gewicht aan zijn nek in de armen van X hangen.
- 1.4 Eiser heeft zich daarna ziek gemeld. Hij ontvangt 'thans' een WW-uitkering.
- 1.5 Nadat de Gemeente iedere aansprakelijkheid voor het onder 1.3 bedoelde incident van de hand had gewezen, heeft eisers advocaat op 13 maart 2001 bij de Gemeente bezwaar gemaakt. Bij brief van 21 maart 2001 heeft de Gemeente haar standpunt gehandhaafd. eisers advocaat heeft tegen deze beslissing een voorlopig beroepschrift ingediend. Z.E.G. heeft op 8 mei 2001 het voorlopige beroep ingetrokken.

2. Procesverloop

- 2.1 Op (kennelijk) 22 en 23 januari 2004 heeft eiser respectievelijk X en de Gemeente gedagvaard voor de Rechtbank Utrecht en gevorderd voor recht te verklaren dat:
 - X aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad;
 - de Gemeente aansprakelijk is op grond van art. 6:170 BW en/of 7:658 BW en/of art.

7:611 BW;

— gedaagden gehouden zijn tot vergoeding van zijn schade, op te maken bij staat; zomede tot betaling van een voorschot van € 30.000.

- 2.2.1** Aan zijn vordering jegens X — die in cassatie geen rol meer speelt — heeft eiser ten grondslag gelegd dat X jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld wegens het onder 1.3 beschreven handelen. X heeft zich verweerd met de stelling dat dit voorval bestond uit 'collegiaal dollen'.^[2]
- 2.2.2** De Rechtbank heeft dienaangaande geoordeeld dat X door de toegepaste greep in strijd heeft gehandeld met de door hem jegens eiser in acht te nemen zorgvuldigheid (rov. 5.2–5.7).
- 2.3.1** Zijn vordering jegens de Gemeente heeft eiser — voor zover thans nog van belang — gebaseerd op art. 6:170 BW. De Gemeente heeft in de eerste plaats aangevoerd dat eiser niet-ontvankelijk is. Haar brief van 21 maart 2001, waarin zij iedere aansprakelijkheid ter zake het voorval heeft afgewezen, dient te worden aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb, waartegen een bezwaar- en een beroepsprocedure mogelijk was. Eiser heeft geen gebruik gemaakt van de administratieve rechtsingang, zodat haar beslissing tot afwijzing van aansprakelijkheid formele rechtskracht heeft gekregen. De weg naar de civiele rechter staat daardoor, mede omdat geen zuiver schadebesluit is genomen, niet meer open (rov. 6.1).
- 2.3.2** De Rechtbank heeft, mede onder verwijzing naar HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 87 (Groningen/Raatgever), overwogen dat een benadeelde in schadevergoedingszaken een keuze kan maken tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, ongeacht of het bestuursorgaan reeds een besluit over schadevergoeding heeft genomen en of daartegen beroep is ingesteld. Bij dergelijke zaken geldt immers een uitzondering op de formele rechtskracht. Eisers vordering jegens de Gemeente vindt haar grondslag in onrechtmatige daad, zodat eiser ontvankelijk is (rov. 6.2).
- 2.4.1** Met betrekking tot de vraag of de Gemeente aansprakelijk is op grond van art. 6:170 lid 1 BW, heeft de Rechtbank overwogen dat is voldaan aan het in dat artikel bedoelde foutvereiste. De Rechtbank heeft daarbij verwezen naar haar overwegingen ten aanzien van het handelen van X. Volgens de Rechtbank is niet in geschil dat de Gemeente op het moment van de greep zeggenschap had over de handeling van X (rov. 6.3).
- 2.4.2** Voor de aansprakelijkheid van de Gemeente op grond van art. 6:170 lid 1 BW is voorts vereist dat de kans op de daad door de vervulling van zijn taak werd verhoogd. In de rechtspraak wordt het vereiste verband tussen de opgedragen werkzaamheden en het foutief gedrag ruim uitgelegd. In dat verband heeft de Rechtbank van belang geacht (rov. 6.4):
- '— dat de greep plaatsvond binnen de 'werksfeer' van de gemeente, immers tijdens een pauze in een ruimte die door de gemeente als pauzeruimte was ingericht en die werd gebruikt door personeelsleden van de Technische Dienst van de gemeente (Reinigings- en Havendienst) en die vanaf de werkplaats binnendoor bereikbaar is (vide getuigenverklaring X) punt 4); deze gemeenschappelijke pauzeruimte bood in dit geval gelegenheid voor collega's om te stoeien;
 - dat de greep in de visie van X en de gemeente zich afspeelde in de werksituatie, dit omdat volgens hen sprake was collegiaal stoeien;
 - dat een zeker verband bestaat tussen de werksfeer en de reden waarom X een greep toepaste, nu vaststaat dat X op het moment dat hij de greep toepaste zei: 'Als pa zegt dat je blijft zitten, doe dit ook' alsmede 'Heb jij een andere baas ofzo', met welke

verklaringen X schertsenderwijs bedoelde te refereren aan een door hem ten opzichte van eiser in te nemen bevoorrechte positie gezien zijn senioriteit respectievelijk verwees naar het recente verleden waarin eiser in dienst van een uitzendbureau was;

— dat de greep werd toegepast in een werkkring waarbinnen — blijkens de afgelegde getuigenverklaringen — een collegiale stoeipartij als normaal werd beschouwd.'

2.4.3 In het licht daarvan heeft de Rechtbank geoordeeld dat een zodanig functioneel verband bestaat tussen de door X toegepaste greep en zijn dienstverband met de Gemeente, dat de Gemeente op de voet van art. 6:170 lid 1 BW aansprakelijk is voor eisers schade als gevolg van de greep (rov. 6.5).

2.5 De Rechtbank heeft voor recht verklaard dat X jegens eiser aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad en dat de Gemeente jegens eiser aansprakelijk is op grond van art. 6:170 lid 1 BW.

2.6 De Gemeente is in beroep gekomen tegen het vonnis. Eiser heeft het beroep weersproken.

2.7.1 Het Hof bespreekt in zijn arrest van 22 november 2007 eerst de grief gericht tegen de verwerping door de Rechtbank van het verweer van de Gemeente dat eiser niet-ontvankelijk is. In haar toelichting op de grief heeft de Gemeente, volgens het Hof, gesteld dat de Rechtbank de afwijzing ten onrechte heeft gegrond op HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 87. In de eerste plaats omdat er, anders dan in dat arrest, geen sprake is van een zuiver schadebesluit nu de gemeente in haar brief van 21 maart 2001 niet alleen het verzoek tot schadevergoeding maar ook aansprakelijkheid heeft afgewezen en dit besluit formele rechtkracht heeft gekregen. In de tweede plaats omdat er geen sprake is van een vordering tot schadevergoeding omdat eiser een verklaring voor recht vordert (rov. 4.3).

2.7.2 Dienaangaande wordt overwogen:

'**4.4** (...) In dit geval gaat het om de vraag of de gemeente schade dient te vergoeden in verband met het feitelijk onrechtmatig handelen van haar ondergeschikte X jegens eiser. Het hof wijst erop dat de Hoge Raad de uitzondering op het beginsel van formele rechtkracht, die af te leiden is uit het door de gemeente genoemde arrest Groningen/Raatgever, uitdrukkelijk ook van toepassing heeft geacht op ambtenarenzaken en verwijst daarbij naar het arrest van de Hoge Raad van 15 november 2002, *NJ* 2003, 617 (Staat/Raatgever).

De omstandigheid dat slechts een verklaring voor recht zou zijn gevorderd (hetgeen onjuist is omdat in de inleidende dagvaarding ook een voorschot op de te betalen schadevergoeding is gevorderd) kan de gemeente niet baten, omdat de gevorderde verklaring voor recht klaarblijkelijk samenhangt met een op grond daarvan te vorderen schadevergoeding.'

2.8.1 Vervolgens heeft het Hof de grieven besproken, gericht tegen het oordeel van de Rechtbank dat het beroep van eiser op art. 6:170 BW gegrond is. Voor zover in cassatie van belang heeft het Hof dienaangaande als volgt geoordeeld:

'**4.12** Met grief V stelt de gemeente aan de orde dat de rechtbank ten onrechte heeft beslist dat de gemeente op het moment van de greep zeggenschap had over de handelingen van X. Volgens de gemeente betreft het hier stoeigedrag tijdens diensttijd en kan dit niet worden gezien als een handeling waarover de gemeente als werkgever zeggenschap heeft gehad. Het verband tussen het onderhavige gedrag van X en de opgedragen werkzaamheden is te ver verwijderd om aansprakelijkheid te aanvaarden, aldus de gemeente.

4.13 Deze grief moet falen omdat de gemeente in de omstandigheden van dit geval voldoende juridisch zeggenschap had over X en daar ook — onweersproken — gebruik van maakte. Als onweersproken staat immers tussen partijen vast dat het handelen van X plaatsvond in de theepauze onder diensttijd tussen collega's en in een aan de gemeente toebehorend lokaal, dat het de gemeente vrijstond haar ambtenaren op zulk gedrag aan te spreken en dat de gemeente dat laatste ook doet en heeft gedaan (zoals ook volgt uit punt 50 van de memorie van grieven).

4.14 Grief VI luidt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld (...) dat voldaan zou zijn aan het vereiste dat de kans op de daad van eiser (bedoeld zal zijn X door vervulling van zijn taak werd vergroot.

4.15 Niet kan met vrucht staande worden gehouden dat — in de omstandigheden van dit geval — gesproken kan worden van een aan X gegeven opdracht tot het verrichten van een bepaalde taak die de kans op de hier aan de orde zijnde fout van X objectief (volgens statistische ervaringsregels) heeft vergroot.

De door de rechtbank in rechtsoverweging 6.4 genoemde feiten en omstandigheden wettigen wel, zoals hiervóór ook is overwogen, de gevolgtrekking dat er sprake is van voldoende juridische zeggenschap, maar rechtvaardigen afzonderlijk bezien noch in onderlinge samenhang de conclusie dat er hier sprake is van een door de gemeente aan X gegeven opdracht die naar objectieve maatstaven gemeten de kans vergroot dat X een greep als waarvan hier sprake is op eiser zou toepassen. Eiser heeft onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld, die — indien bewezen — tot een ander oordeel zouden nopen.

Grief VI van de gemeente slaagt derhalve.'

2.8.2 Het Hof heeft het vonnis van de Rechtbank dient te worden vernietigd omdat de Gemeente niet op de voet van art. 6:170 BW aansprakelijk kan worden gehouden voor de door X jegens eiser begane fout (rov. 4.16). Daarop heeft het Hof de subsidiaire grondslagen van de vordering onderzocht en afgewezen (rov. 4.18–4.20). Deze subsidiaire grondslagen spelen in cassatie geen rol meer.

2.9 Eiser heeft tijdig beroep in cassatie ingesteld. De Gemeente heeft geconcludeerd tot verwerping en heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Eiser heeft het incidentele cassatieberoep bestreden. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht.

3. Bespreking van het principale middel

3.1 Het principale middel bestaat uit vier onderdelen (a t/m d). Onderdeel a.1 behelst een inleiding waaruit blijkt dat de klachten zijn gericht tegen rov. 4.15 en 4.16.

3.2.1 Onderdeel a — dat in drie subklachten uiteenvalt — klaagt over 's Hofs oordeel in rov. 4.15 dat — kort gezegd — niet is voldaan aan de 'kans-eis' van art. 6:170 BW. Naar de kern genomen wordt geklaagd dat het Hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting van het ingevolge art. 6:170 BW vereiste 'functionele verband' tussen de fout van de ondergeschikte en de hem opgedragen werkzaamheden.

3.2.2 Subonderdeel a.2 voert aan dat de aansprakelijkheid van art. 6:170 BW niet alleen ziet op fouten die zijn begaan in de strikte uitoefening van de aan de ondergeschikte opgedragen taak; zij strekt zich ook uit tot daden die weliswaar buiten de opgedragen taak vallen, maar daartoe in zodanig verband staan dat zij zijn te beschouwen als verricht in het kader van de

werkzaamheden waartoe de ondergeschikte werd gebruikt. Het gaat er, anders dan het Hof meent, niet om dat de opgedragen werkzaamheden de kans hebben vergroot dat X 'juist deze specifieke fout zou begaan', maar dat deze werkzaamheden, althans de werksfeer waarbinnen deze verricht moesten worden, de kans op incidenten als de onderhavige heeft vergroot.

3.2.3 De door het Hof vastgestelde omstandigheden laten geen andere conclusie toe dan dat de gelegenheid voor het maken van de fout slechts (althans in overwegende mate, dan wel mede) werd geschapen door de dienstbetrekking tussen zowel eiser als X. Het incident vond immers plaats

- i) tussen collega's,
- ii) tijdens werktijd en
- iii) in een door de werkgever ter beschikking gestelde pauzeruimte. Bovendien had de werkgever
- iv) juridische zeggenschap over de desbetreffende gedragingen en
- v) maakte zij daar ook gebruik van, aldus het subonderdeel a.3.

3.2.4 Dit geldt, volgens subonderdeel a.4, te meer in het onderhavige geval waarin

- vi) sprake was van een werksituatie waarbinnen 'collegiaal stoeien' als normaal werd beschouwd en
- vii) X tijdens het incident schertsenderwijs refereerde aan zijn seniore positie ten aanzien van eiser.

Deze omstandigheden illustreren dat de gelegenheid juist wél door het dienstverband werd geschapen. 's Hofs anders luidende oordeel is dan ook onjuist of onbegrijpelijk.

3.3 Onderdeel b veronderstelt dat 's Hofs oordeel aldus moet worden verstaan dat de gedragingen van X jegens eiser alleen als gevolg van toevallige omstandigheden plaatshad tijdens de werktijd en op de werkplek en dat daarom het vereiste functionele verband ontbreekt. Dat oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting althans is het ontoereikend gemotiveerd. Het subonderdeel verwijst daarbij naar hiervoor genoemde omstandigheden i t/m vii.

3.4 Onderdeel c klaagt dat op grond van eerder genoemde gronden^[3.], eveneens onbegrijpelijk is 's Hofs oordeel dat eiser onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld die tot een ander oordeel nopen.

3.5 Onderdeel d klaagt ten slotte dat de daaraan voorafgaande subonderdelen ook het oordeel van het Hof in rov. 4.16 vitiëren, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de Gemeente niet op de voet van art. 6:170 BW aansprakelijk kan worden gehouden.

3.6 Ingevolge art. 6:170 lid 1 BW is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk voor de schade, aan een derde toegebracht door een fout van de ondergeschikte, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst de ondergeschikte stond uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen. In het middel staat de vraag centraal of is voldaan aan het vereiste dat de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van de werknemers taak is vergroot. Het gaat daarbij — kort gezegd — om het functionele verband.

3.7.1 Een recent arrest van Uw Raad werpt een duidelijk licht op deze kwestie.^[4.] In dat arrest ging het om de vraag naar aansprakelijkheid van de werkgever voor misdragingen van werknemers tijdens een bedrijfsuitje; enkele werknemers hadden lampolie op een

barbecuerooster gegooid met aanzienlijke brandschade in het betreffende etablissement als gevolg. Het Hof had geoordeeld dat de werkgever aansprakelijk was op de voet van art. 6:170 BW.

- 3.7.2** Uw Raad heeft overwogen dat het antwoord op de vraag of tussen de fout van de werknemer en de dienstbetrekking een zodanig functionele samenhang bestaat dat de werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is alle ter zake dienende omstandigheden van het geval in de beoordeling moeten worden betrokken. In dat verband kunnen van belang zijn het tijdstip waarop en de plaats waar de desbetreffende gedraging is verricht, alsmede de aard van die gedraging en de eventueel door of ingevolge de dienstbetrekking voor het maken van de fout geschapen gelegenheid, dan wel aan de werknemer ter beschikking staande middelen. Maar ook andere omstandigheden kunnen in dit verband van belang zijn (rov. 4.2.2).
- 3.7.3** Het Hof had zijn oordeel gebaseerd op de omstandigheden dat het ging om een door de werkgever georganiseerd, gefaciliteerd en betaald feest (bedrijfsuitje), waarbij de werknemers louter aanwezig waren omdat zij werknemers waren, dat de werknemers als een zekere eenheid naar buiten traden en door de gelaedeerde ook als zodanig mochten worden beschouwd, dat een dergelijk feest kan worden geacht mede in het belang te zijn van de saamhorigheid in het bedrijf en de motivatie van de daar werkzame personen en dat de feitelijk leidinggevende niet heeft getracht te voorkomen dat olie op de barbecue werd gegooid, maar door zijn gedrag juist de kans op schade heeft vergroot. Aldus heeft het Hof op goede gronden geoordeeld dat de voor toepassing van art. 6:170 lid 1 BW noodzakelijke functionele samenhang bestond tussen de dienstbetrekking waarin de werknemers tot hun werkgever(s) stonden en de door hen gemaakte fout en dat oordeel toereikend gemotiveerd. De omstandigheid dat een fout buiten werktijd is gemaakt op een andere plaats dan waar de werknemers hun taak plachten te verrichten, dat de fout geen verband hield met de bedrijfsuitoefening van de werkgever en ook niet werd gemaakt met gebruikmaking van zaken of middelen die aan de werknemers uit hoofde van de vervulling van hun taak ter beschikking waren gesteld, behoeft niet aan toepassing van art. 6:170 lid 1 BW in de weg te staan (rov. 4.5).
- 3.8** Dit arrest is geheel in lijn met de gangbare opvatting dat het functioneel verband tussen een fout van een ondergeschikte en diens werksituatie betrekkelijk snel wordt aangenomen.^[5]
- 3.9.1** Wordt de schade opgelopen tijdens schaft- of rusttijd, dan wordt al spoedig een voldoende nauw verband met het werk aangenomen.^[6] Met mijn ambtgenoot Huydecoper zou ik willen aannemen dat er fouten zijn die door de omstandigheden van de werksfeer worden veroorzaakt, in de hand gewerkt of ten minste waarschijnlijker gemaakt. Hij doelt daarbij ook op handgemeen op de werkvloer, al zal dat (zijns inziens) niet noodzakelijkerwijs tot aansprakelijkheid krachtens art. 6:170 BW behoeven te leiden wanneer dit is geschied om redenen die niets met de werksfeer te maken hebben (te weten omdat dader en slachtoffer met elkaar in onmin verkeren).^[7]
- 3.9.2** In de onderhavige zaak dringt het rechtens relevante verband met de werksituatie zich op. Tussen partijen is in confesso dat handgemeen, gevaarlijke 'spelletjes' etq geen uitzondering waren, al zijn ze het niet geheel eens over de frequentie daarvan.^[8] De Gemeente heeft erkend dat zij als de werkgever hiervan op de hoogte was. Dat — zoals de Gemeente heeft aangevoerd^[9] — dit gedrag eerder geen nare gevolgen heeft gehad, lijkt

mij niet van veel — laat staan van doorslaggevend — belang. Al was het maar omdat aan dit soort gedrag nu eenmaal inherent is dat het kán leiden tot (ernstig) letsel.

- 3.10** Art. 6:170 lid 1 BW rept van kansvergroting door de verrichting van de 'taak' van de werknemer. Erg helder is dat criterium niet. Blijkens de parlementaire geschiedenis moet dit begrip ruim worden opgevat.^[10] Reeds de TM spreekt van 'de werkzaamheden' (wat ruimer is dan de 'taak') en over de daardoor geschapen gelegenheid.^[11] In dat opzicht is er niets nieuws onder de zon. Reeds onder het oude recht werd de aansprakelijkheid van de werkgever ruim uitgelegd.^[12]
- 3.11.1** Tegen de achtergrond van het voorafgaande is 's Hofs oordeel onjuist. Het Hof heeft zijn oordeel louter gebaseerd op een abstracte toetsing. Het heeft geen acht geslagen op de omstandigheden van het geval waarop eiser beroep had gedaan en waarop de Rechtbank haar anders luidende oordeel had gebaseerd. Zonder gedegen nadere toelichting — die evenwel geheel ontbreekt — dringt zich geenszins op waarom de Gemeente in casu niet als werkgever aansprakelijk zou zijn. De hierop gerichte klachten zijn gegrond, met dien verstande dat onderdeel b feitelijke grondslag mist.
- 3.11.2** De door de Gemeente verdedigde stelling dat het Hof niet gehouden was alle omstandigheden van het geval in zijn oordeel te betrekken^[13] en — voor zover daarop beroep was gedaan en deze niet aanstonds (dat wil zeggen: zonder toelichting) irrelevant zijn — ook rekenschap af te leggen waarom deze niet van belang waren, staat op gespannen voet met het onder 3.7 besproken arrest.
- 3.12.1** Hoewel uiteraard niet beslissend, is wellicht nog goed erop te wijzen dat ook in art. 6:102 PETL wordt uitgegaan van een ruim begrip 'within the scope of their functions'. Blijkens de toelichting is misbruik van positie niet per definitie een grond aan te nemen dat een handeling daarbuiten valt.^[14]
- 3.12.2** In het kader van de voorbereiding van deze principes is een groot aantal casus rechtsvergelijkend geanalyseerd. Voor de onderhavige zaak is wellicht van belang op twee casus te wijzen:
- a. een schoonmaakster, werkzaam voor een schoonmaakbedrijf, die bij het schoonmaken van een juwelierszaak 50 dure horloges steelt;
 - b. een werknemer die wordt ontslagen. Hij meent dat de voorman hiervoor verantwoordelijk is. Hij neemt een geweer ter hand en schiet de voorman dood.
- 3.12.3** In de onder 3.12.2 sub a genoemde situatie lopen de opvattingen in de besproken landen uiteen, in die genoemd onder b wordt vrijwel nergens aansprakelijkheid aangenomen.^[15] Men zou kunnen menen dat deze laatste zaak overeenkomsten vertoont met de onderhavige zaak. Er zijn inderdaad zekere punten van overeenstemming. Maar deze laatste zaak lijkt mij veel extremer, veel exotischer en veel meer buiten de sfeer van het redelijkerwijs voorzienbare te liggen dan de onderhavige. Bovendien is een relevant verschil dat wat de Gemeente stelselmatig heeft aangeduid als 'spelletjes', naar zij wist, vaker voorkwamen.
- 3.12.4** Opmerking verdient nog dat de ontwerpers van de PETL er, zoals ook uit de (summiere) toelichting blijkt, voor hebben gekozen zich niet volledig aan te sluiten bij de in de verschillende landen geldende opvattingen. Gekozen is voor een benadering die sterk lijkt op die van onder meer het Nederlandse recht. Dit werd, al met al, inhoudelijk een bevredigende oplossing gevonden.
- 3.13** Hoe dit ook zij, het Hof had in moeten gaan op alle relevante omstandigheden en heeft dat nagelaten. Ik wil niet vooruit lopen op de vraag of afwijzing van aansprakelijkheid, indien

uitvoerig gemotiveerd, de toets der kritiek zou kunnen doorstaan. Eens te minder omdat zo'n oordeel een feitelijke component in zich bergt die in cassatie slechts beperkt toetsbaar is.

4. Bespreking van het voorwaardelijk incidentele middel

- 4.1** Blijkens het voorafgaande is de voorwaarde waaronder het incidentele middel is ingesteld vervuld. Alvorens op de klachten in te gaan, lijkt goed eerst — aan de hand van een ambtshalve onderzoek van de gedingstukken — het feitelijk kader te schetsen.

Een discussie in het luchtledige

- 4.2** De briefwisseling tussen partijen en ook het debat in feitelijke aanleg over de door het incidentele middel aan de orde gestelde kwestie kenmerkt zich door vaagheid en onduidelijkheid. Kennelijk tasten beide partijen in het duister over de vraag waar het rechtens precies om ging/gaat, was voor eiser onduidelijk wat hij van de Gemeente wilde vorderen en vooral ook wat de grondslag daarvan was en kon de Gemeente geen keuze maken hoe te reageren.
- 4.3** Rechtbank en Hof hebben niets concreets vastgesteld over de briefwisseling waarop het 'formele verweer' van de Gemeente stoelt. Wél wil de Gemeente een principiële beslissing. Dat deze, in het licht van het zojuist geschetste, gedoemd is in het luchtledige te worden gegeven — met alle in zo'n setting onvermijdelijke gevaren vandien — ziet zij kennelijk niet als een gevaar.
- 4.4** Eiser heeft de Gemeente aansprakelijk gesteld bij brief van 25 januari 2001.^[16] In deze brief wordt niet aangegeven wat de juridische grondslag van de aanspraak is. In haar antwoord van 12 februari 2001 bericht de Gemeente alleen aansprakelijk te zijn ingeval van 'een zogenaamd dienstongeval', waarvan geen sprake was.
- 4.5** Bij brief van 7 maart 2001 wordt de Gemeente andermaal aansprakelijk gesteld; ook in dit epistel wordt niet vermeld op welke grond dat gebeurt. Datzelfde gebeurt bij brief van 13 maart 2001; in deze brief worden 'rechtspositionele voorschriften' als rechtsgrond genoemd. Subsidiar wordt onrechtmatige daad en art. 7:658 BW genoemd. 'Volledigheidshalve' wordt ook aansprakelijkheid voor ondergeschikten genoemd.
- 4.6** Bij brief van 21 maart 2001 wijst de Gemeente onder meer 'iedere aansprakelijkheid' af. De brief geeft aan dat de Gemeente aanneemt dat de vordering stoelt op 'rechtspositionele voorschriften waarin staat dat ziektekosten (en niet meer dan dat) die voortvloeien uit letsel, dat zijn oorzaak vindt in aan de ambtenaar opgedragen werkzaamheden, eventueel voor vergoeding in aanmerking kan komen.' Het subsidiaire verzoek wordt opgevat als te zijn gebaseerd op een uitspraak van de CRvB van '22 juni jl.' inzake art. 7:658 BW. De rest van de brief heeft betrekking op een pretens bezwaarschrift tegen het (aflopen van) het tijdelijk dienstverband.
- 4.7** Bij brief van 25 april 2001 vraag eisers raadsman de 'mededeling' dat aansprakelijkheid van de hand wordt gewezen om te zetten in een 'formeel besluit'. Bij brief van 4 mei 2001 laat de Gemeente eiser weten dat de brief van 21 maart reeds een 'definitief besluit' was waarin de schade die eiser 'opliep tijdens een stoeipartij met een collega' werd afgewezen.
- 4.8** In zijn s.t. schrijft mr. Meijer (die de zaak in feitelijke aanleg niet heeft behandeld) dat de Gemeente de feitenrechter op een dwaalspoor heeft geleid (s.t. onder 4.8).

Posterieure benadering van de Centrale Raad van Beroep

- 4.9.1** In een arrest dat is gewezen ná de hiervoor genoemde correspondentie heeft de CRvB de norm van art. 6:170 BW analoog toegepast in een geval waarin een ambtenaar onrechtmatig heeft gehandeld jegens een collega. In zijn arrest van 25 oktober 2001^[17.] heeft de CRvB, in navolging van zijn eerdere vaste rechtspraak, vooropgesteld dat de vraag welk recht op schadevergoeding voor een ambtenaar uit zijn dienstbetrekking voortvloeit niet wordt beantwoord door rechtstreekse toepassing van regels van burgerlijk recht. Eerder had de CRvB al aansluiting gezocht bij de norm van art. 7:658 BW. De CRvB acht een bestuursorgaan daarnaast gehouden tot vergoeding van schade indien (kortweg) is voldaan aan de vereisten van art. 6:170 BW. De CRvB heeft daartoe 'aansluiting gezocht bij het in art. 6:170 BW tot uitdrukking gebrachte beginsel inzake de aansprakelijkheid voor ondergeschikten'.^[18.] In latere uitspraken heeft hij deze benadering bevestigd.^[19.]
- 4.9.2** Partijen konden deze opvatting in de aan de uitspraak voorafgaande correspondentie uiteraard nog niet kennen. Daarom valt niet aan te nemen dat het verzoek van eiser (mede) op de onder 4.9.1 genoemde opvatting is gegrond, noch ook dat de afwijzing daarop (mede) betrekking had.
- 4.9.3** Onder 4.5 vermeldde ik al dat de laatste brief van eisers raadsman 'volledigheidshalve' ook aansprakelijkheid voor ondergeschikten noemde als grondslag van de vordering. Om de onder 4.9.1/2 genoemde reden ligt voor de hand dat Z.E.G. daarbij het oog had op een zo nodig bij de burgerlijke rechter in te stellen vordering. We zullen het evenwel moeten laten bij veronderstellingen omdat het debat in feitelijke aanleg (en trouwens ook in cassatie) aan deze kwestie geheel voorbijgaat en de feitenrechter op dit punt (dan ook) niets heeft vastgesteld.

Beperking van de rechtsstrijd in appèl

- 4.10** Blijkens rov. 4.3 heeft het Hof de grief die het 'formele verweer' van de Gemeente raakte aldus begrepen dat — voor zover thans nog van belang — niet slechts sprake was van een zuiver schadebesluit maar dat ook de aansprakelijkheid door de Gemeente was bestreden. Anders — en iets juridischer — gezegd: de Gemeente deed, in 's Hofs visie, uitsluitend beroep op de formele rechtskracht van de afwijzing van aansprakelijkheid; dat blijkt ook uit rov. 4.4. Deze uitleg van de grief is in cassatie niet bestreden. Voor zover het cassatiemiddel andere kwesties aan de orde stelt, komen deze niet voor behandeling in aanmerking omdat de discussie op die punten in eerste aanleg reeds was afgerond.

Uitleg van 's Hofs arrest

- 4.11** Het Hof heeft zich niet uitgelaten over de vraag hoe het de stelling dat de Gemeente haar aansprakelijkheid van de hand wees, heeft verstaan. Of, anders gezegd, om welke aansprakelijkheid en welke grondslag — in de onder 4.9.3 bedoelde zin — het ging. Dat behoeft ook niet te verbazen bij gebreke van een op dat punt nuttige discussie in de gedingstukken.
- 4.12.1** Zou eiser zijn stelling dat de Gemeente aansprakelijk is (mede) rechtstreeks hebben willen baseren op art. 6:170 BW dan is sprake van een rechtsgrond die valt buiten de sfeer van het bestuursrecht; er is, als geschetst onder 4.9.1/2, geen goede grond te veronderstellen dat eiser en/of de Gemeente dat destijds anders zagen, nog daargelaten

dat dit weinig gewicht in de schaal zou leggen. Van formele rechtskracht kan dan geen sprake zijn. Een dergelijke situatie verschilt immers niet van een aansprakelijkstelling van een overheidslichaam voor bijvoorbeeld een door een ambtenaar veroorzaakte aanrijding. De rechtsgevolgen van zo'n aanrijding spelen zich geheel af in de sfeer van het burgerlijk recht. Een overheidslichaam kan de weg naar de burgerlijke rechter niet met vrucht blokkeren door het schrijven van een 'njet-brief', deze op te tuigen als een besluit en vervolgens beroep te doen op de leer van de formele rechtskracht wanneer de benadeelde niet snel genoeg in de pen klimt.

- 4.12.2** Nu zou men tegen kunnen werpen dat de onderhavige zaak anders ligt omdat het in casu weliswaar — evenals bij een aanrijding — gaat om een feitelijk handelen, maar dat de bestuursrechter — kort gezegd — een ruim en enigszins a-typisch besluit-begrip hanteert; zie nader onder 4.21/22. Los van deze dogmatisch mogelijk wat gewrongen juridische benadering is zoveel duidelijk: de bestuursrechter kan en mag een oordeel vellen over aansprakelijkheid van de overheid voor schade die de ambtenaar als zodanig heeft opgelopen. De CRvB is ook bereid om in voorkomende gevallen art. 6:170 BW per analogiam toe te passen. Maar de Raad heeft met zoveel woorden duidelijk gemaakt dat de regels van het burgerlijk recht niet rechtstreeks toepasselijk zijn; zie onder 4.9.1. Daarom zoekt hij aansluiting bij 'het in art. 6:170 BW tot uitdrukking gebrachte beginsel'. [\[20.\]](#)
- 4.12.3** Wanneer een overheidlichaam/werkgever wordt aangesproken voor een schade als de onderhavige kan dit lichaam/die werkgever aansprakelijkheid afwijzen. Voor zover het gaat om een (mede) rechtstreeks op art. 6:170 BW (of enige andere bepaling van burgerlijk recht) gebaseerde vordering kan die afwijzing in zoverre m.i. niet worden aangemerkt als een besluit. Dat wordt niet anders wanneer aan de afwijzing ten grondslag ligt dat de aangesproken overheid meent dat aansprakelijkheid ontbreekt omdat niet is voldaan aan een of meer voorwaarden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. [\[21.\]](#) Uiteraard mag de overheid daarover een oordeel geven (zeker wanneer daarom wordt gevraagd) maar dat betekent niet dit oordeel van kleur zou verschieten, want 'ineens' in bestuursrechtelijke sferen terecht komt. Niet goed valt in te zien waarom dat anders zou zijn wanneer de aanspraak tevens is gegrond op een of meer bestuurs- of ambtenarenrechtelijke grondslagen. Voor zover de afwijzing daarop is gestoeld, is evident wél sprake van een besluit.
- 4.12.4** Een tegengestelde opvatting zou er, als ik het goed zie, toe leiden dat de benadeelde ambtenaar uit de bestuursrechtelijke sfeer zou kunnen blijven door zijn werkgever-overheid rauwelijks voor de burgerlijke rechter te dagvaarden zodat er geen afwijzing en daarmee ook geen besluit is.
- 4.12.5** Hoe dit laatste ook zij: het is — los van de interpretatie van na te noemen arresten van Uw Raad — zeker niet onmogelijk dat de ambtenaar die bij de burgerlijke rechter aanklopt voor een zaak als de onderhavige bot zou moeten vangen. Dat lijkt mij evenwel geen vraag van formele rechtskracht (verbonden aan een niet-besluit), maar zou het gevolg zijn van eventuele exclusiviteit van het ambtenarenrecht of — hetgeen goeddeels op hetzelfde neerkomt — de leer dat in beginsel de weg naar de burgerlijke rechter is afgesneden wanneer een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij een andere rechter openstaat of heeft opengestaan. [\[22.\]](#) Maar de discussie over dat laatste was in eerste aanleg al afgerond. Die draad kan niet meer met succes in

cassatie worden opgepakt omdat deze kwestie in appèl niet meer tot de rechtsstrijd behoorde en het Hof er dan ook geen oordeel over heeft geveld.

- 4.12.6** Op grond van hetgeen onder 4.12.5 werd betoogd, is ook de vrees van de Gemeente, zoals indringend geschetst in de s.t. van mr. Meijer onder 69 e.v., niet (zonder meer) gegrond. Het probleem waar zij m.i. tegen aanloopt, is dat de verkeerde invalshoek is gekozen vanaf de mvg. Dat valt thans niet meer te repareren.
- 4.13.1** Ik realiseer me dat in de — als gezegd niet bijster heldere — briefwisseling tussen partijen niet alleen een civielrechtelijke grondslag onder de vordering werd geschoven. Voor zover de grondslag een niet civielrechtelijke was (welke dan ook), zou mogelijk de leer van de formele rechtskracht in stelling kunnen worden gebracht. Ik behoef daarop evenwel niet in te gaan omdat in deze procedure de grondslag van de vordering louter en alleen de civielrechtelijke (art. 6:170 BW) is.
- 4.13.2** De mogelijk bij de Gemeente levende gedachte dat de leer van de formele rechtskracht ook voor de civielrechtelijke poot van een aanspraak, die vervolgens wordt afgewezen, in beeld komt steeds wanneer deze aanspraak tevens een 'bestuursrechtelijke' component heeft, lijkt me niet juist.
- 4.14** Ten overvloede roep ik nog in herinnering dat onwaarschijnlijk is dat eiser in de correspondentiefase zijn aanspraak jegens de Gemeente mede heeft willen baseren op — huiselijk gezegd — de bestuursrechtelijke variant van art. 6:170 BW. Immers bood de rechtspraak van de CRvB daarvoor toen nog geen steun; zie onder 4.9.1.

Afdoening van de klachten

- 4.15** Aan inhoudelijke beoordeling van de klachten kom ik op grond van het voorafgaande niet toe. In alle hiervoor geschetste scenario's mist het middel doel. Het is de vrije keus geweest van partijen om een zinvolle en voor beoordeling in cassatie aanknopingspunten biedende discussie achterwege te laten. 's Hof's arrest biedt geen relevante aanknopingspunten om de door het middel aan de orde gestelde vragen te beantwoorden. In het moeras kunnen klachten bezwaarlijk worden beoordeeld. Daar waag ik me dan ook niet aan.
- 4.16** Dit alles klemt eens te meer in een situatie waarin:
- door de overheid onduidelijkheid is geschapen over de precieze inhoud van haar standpunt. Het ligt dan niet erg voor de hand om, in afwijking van de in andere zin wijzende bewoordingen van de afwijzing^[23], een heel ruime interpretatie van het besluit (te weten: mede omvattend de aansprakelijkheid rechtstreeks gebaseerd op art. 6:170 BW) te construeren. Zeker tegen de achtergrond van de toch al ruime hoeveelheid valkuilen op het grensgebied van publiek- en privaatrecht moet het burgers niet door toedoen van de overheid onnodig moeilijk worden gemaakt om bij de rechter gehoor te vinden voor pretense aanspraken;
 - de overheid het spoor ook in deze procedure kwijt is geraakt, zoals mr. Meijer zelf benadrukt.
Kortom: dit is — beleefd uitgedrukt — niet de meest ideale setting om een burger te tracteren op formele verweren die ertoe beogen te strekken zich aan aansprakelijkheid te onttrekken.
- 4.17** Dit alles laat onverlet dat er — het kan de Gemeente worden toegegeven — schaduwzijden zitten aan de door het Hof kennelijk aanvaarde benadering dat

benadeelden schadevergoedingsvorderingen als de onderhavige zowel bij bestuurs- als bij de burgerlijke rechter kunnen instellen. Het is, zoals geschetst onder 4.12.5/6, zeker niet onmogelijk dat een of meer andere leerstukken daaraan in de weg staan. Ten overvloede sta ik hierbij nog wat langer stil.

Een dubbelloopsgeweer voor de benadeelde?

- 4.18** Volgens vaste rechtspraak maakt het stellen van een burgerlijk recht de burgerlijke rechter reeds bevoegd.^[24.] De rechtsmachtverdeling tussen de civiele en de bestuursrechter vindt dan ook veeleer plaats in het kader van de ontvankelijkheid van eiser.^[25.] De rol van de burgerlijke rechter bij de rechtsbescherming tegen het bestuur is een aanvullende: men kan bij de burgerlijke rechter terecht voor zover er — kort gezegd — geen, dan wel een onvoldoende rechtsbescherming biedende bestuursrechtelijke rechtsgang is. Hiermee hangt samen dat de burgerlijke rechter uit dient te gaan van de processuele en materiële rechtmatigheid van een onaanvechten gebleven besluit waartegen bezwaar en/of beroep mogelijk was geweest. Door het ongebruikt verstrijken van de bezwaar/beroepstermijn is dat besluit in rechte onaantastbaar geworden. Het besluit heeft dan formele rechtskracht.^[26.]
- 4.19** Wat het verkrijgen van schadevergoeding bij de bestuursrechter betreft, bepaalt art. 8:73 Awb dat, indien de Rechtbank het beroep gegrond verklaart, zij op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon kan veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij lijdt. Het verzoek is gekoppeld aan de beroepsprocedure zelf; het verzoek om veroordeling tot schadevergoeding moet tijdens die beroepsprocedure worden gedaan. De bevoegdheid is voorts gekoppeld aan de gegrondverklaring van het beroep. Het betreft een discretionaire bevoegdheid; de Rechtbank kan tot de veroordeling overgaan, maar kan ook uitspreken dat de partij die de schadevergoeding heeft verzocht, zich ter zake tot de civiele rechter moet wenden. Het staat de Rechtbank ten slotte niet vrij om ambtshalve over te gaan tot de veroordeling om schadevergoeding te betalen.^[27.]
- 4.20** Naast dit accessoire verzoek om schadevergoeding op grond van art. 8:73 Awb, bestaat de in de jurisprudentie ontwikkelde figuur van het zuivere schadebesluit.^[28.] Zuivere schadebesluiten zijn besluiten waarbij een bestuursorgaan (enkel) een beslissing neemt omtrent de vergoeding van schade die beweerdelijk is veroorzaakt door enig bestuursoptreden of nalaten.^[29.] Niet elke schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan omtrent schadevergoeding is een besluit; de beslissing dient een publiekrechtelijke rechtshandeling in te houden. In de rechtspraak van de verschillende bestuursrechters is dit connexiteitsvereiste ontwikkeld. Het connexiteitsvereiste kent zowel een materieel aspect (de schade moet een gevolg zijn van een besluit) als een procedureel aspect (het schadeveroorzakende besluit moet appellabel zijn).^[30.]
- 4.21** Het ambtenarenrecht kent een eigen schadevergoedingstraditie, met name met betrekking tot het connexiteitsvereiste. Binnen het ambtenarenrecht heeft de bestuursrechter een ruimere bevoegdheid. Onder een zuiver schadebesluit wordt in het ambtenarenrecht verstaan elke definitieve beslissing van een bestuursorgaan betreffende een verzoek om vergoeding van schade die een ambtenaar als zodanig heeft geleden.^[31.] Het criterium is dat het verzoek om schadevergoeding moet zijn

gedaan in het kader van de ambtelijke rechtsverhouding. De grens ligt daar, waar het verzoek niet is gericht op handelingen in het kader van de dienstverhouding zodat verzoeker niet in zijn rechtspositie als ambtenaar is betrokken.^[32.]

- 4.22.1** Deze ruimere bevoegdheid wordt verklaard in het licht van art. 8:1 lid 2 Awb. Op grond daarvan is de bestuursrechter bevoegd kennis te nemen van beroepen tegen andere handelingen dan besluiten verricht ten aanzien van een ambtenaar als zodanig.^[33.] Dat blijkt uit een recent arrest van de CRvB^[34.], waarin wordt overwogen:
- '3.1.1.** Ter zitting heeft appellant zich nader op het standpunt gesteld dat betrokkenen niet-ontvankelijk hadden moeten worden verklaard in hun bezwaar tegen het primaire besluit van 13 maart 2003, zijnde een zuiver schadebesluit. Daartoe is aangevoerd dat de beweerdelijk geleden schade is veroorzaakt door een handelen of nalaten van appellant waartegen als zodanig niet de mogelijkheid van bezwaar en beroep op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) openstond.
- 3.1.2.** De Raad kan appellant hierin niet volgen. De jurisprudentie van de Raad (zie bij voorbeeld de uitspraken van 22 juni 2000, *LJN AB0072*, *TAR* 2000, 112; 18 maart 1993, *LJN ZB4390*, *TAR* 1993, 98 en 21 december 1989, *LJN AL7952*, *TAR* 1990, 39) geeft immers als bestendige lijn te zien dat beslissingen op verzoeken van ambtenaren om vergoeding van schade die beweerdelijk is geleden ten gevolge van onjuist optreden van de overheidswerkgever aan de rechtsmacht van de ambtenarenrechter zijn onderworpen, zonder dat noodzakelijk is dat ook tegen dat optreden zelf (na gemaakt bezwaar) voorziening bij die rechter openstaat.'
- 4.22.2** Bots heeft opgemerkt dat deze benadering, die afwijkt van de koers die wordt gevolgd door de Afdeling, samenhangt met het verschil in rechtsmacht van beide rechters. De Afdeling is bevoegd ter zake van 'besluiten' in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb; zij moet beoordelen of het schadebesluit valt aan te merken als een publiekrechtelijke rechtshandeling. De rechtsmacht van de Centrale Raad als ambtenarenrechter is op een andere wijze omschreven. Op grond van art. 8:1 lid 1 in samenhang met lid 2 Awb en art. 1 Ambtenarenwet is hij niet alleen bevoegd ter zake van een besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb, maar ook ter zake van andere handelingen jegens de ambtenaar als zodanig. De Centrale Raad behoeft in ambtenarenzaken niet te beoordelen of het schadebesluit dient te worden beschouwd als een publiekrechtelijke rechtshandeling of een privaatrechtelijke rechtshandeling. Hij kan eenvoudigweg volstaan met de beoordeling of de 'beweerdelijke schade is veroorzaakt door onrechtmatig optreden van de overheidswerkgever', d.w.z. door besluiten of handelingen jegens de ambtenaar als zodanig, aldus Bots.^[35.] In dat verband stip ik nog aan dat Bots kennelijk het oog heeft op vorderingen die zijn gebaseerd op — huiselijk gezegd — de ambtenaarrechtelijke versie van de civielrechtelijke onrechtmatige daad.
- 4.23** Alvorens hierop nader in te gaan, maak ik een uitstapje naar de arresten Groningen/Raatgever^[36.] en Staat/Raatgever^[37.] waarom het incidentele middel scharniert.
- 4.24** In Groningen/Raatgever speelde het volgende. Raatgever ontving bijstand in verband met de behandeling van haar ernstig gehandicapte zoon. De gemeente Groningen besluit op enig moment de bijstand stop te zetten. Raatgever heeft vervolgens een bezwaarschrift ingediend, waarbij ze zich heeft laten bijstaan door haar raadvrouw.

Groningen heeft het bezwaarschrift gedeeltelijk gegrond verklaard en het primaire besluit herzien. De kosten voor de verleende rechtsbijstand heeft zij echter niet vergoed. In de civiele procedure heeft Raatgever vergoeding van die kosten gevorderd. Nopens de vraag of Raatgever ontvankelijk was in deze vordering heeft Uw Raad een uitzondering op de formele rechtskracht aangenomen. Daarbij wordt gewezen op de eerder beschreven mogelijkheid van de bestuursrechter om op de voet van art. 8:73 Awb desverzocht schadevergoeding toe te kennen. Deze keuzemogelijkheid geldt ook indien het bestuursorgaan een zuiver schadebesluit heeft genomen:

'3.5.3(...) Zoals hiervóór is uiteengezet is het de bedoeling van de wetgever geweest, welke bedoeling in art. 8:73 tot uitdrukking is gebracht, om bij gegrondbevinding van het beroep aan een partij de keuze te laten in een bestuursrechtelijke procedure schadevergoeding te verzoeken dan wel zich te dier zake tot de burgerlijke rechter te wenden. Het zou niet met deze keuzevrijheid stroken om voor een partij die zich tot een bestuursorgaan heeft gewend teneinde schadevergoeding te verkrijgen en die in reactie op dat verzoek een voor bezwaar en beroep vatbaar zuiver schadebesluit heeft verkregen — welke mogelijkheid, zoals gezegd, na de inwerkingtreding van de Awb aanzienlijk is verruimd —, met een beroep op het beginsel van de formele rechtskracht de toegang tot de burgerlijke rechter te blokkeren.'

4.25 In het arrest Staat/Raatgever heeft Uw Raad overwogen dat de regel van het arrest Groningen/Raatgever ook van toepassing is in ambtenarenzaken:

'3.3.4(...) Tegen de achtergrond van deze rechtspraak heeft de Hoge Raad in het arrest van 17 december 1999, nr. C98/080, 2000, 87 (Groningen/Raatgever), in het bijzonder op grond van de niet-exclusiviteit van art. 8:73 Awb en de in dit artikel besloten keuzevrijheid om bij gegrondbevinding van het beroep tegen een schadeveroorzakend besluit in een bestuursrechtelijke procedure schadevergoeding te verzoeken dan wel zich te dier zake tot de burgerlijke rechter te wenden, geoordeeld dat, ook indien bij een zuiver schadebesluit afwijzend is beslist op een op de onrechtmatigheid van een besluit gegrond verzoek tot schadevergoeding, de eiser niet op grond daarvan door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in een op dezelfde grondslag ingestelde vordering tot schadevergoeding (rov. 3.5.5).

3.3.5. Op zichzelf ligt het voor de hand de regel van het arrest Groningen/Raatgever ook van toepassing te achten in ambtenarenzaken, zulks mede gezien de inhoud en strekking van art. 8:73 Awb, waarop dat arrest in hoofdzaak berust. Het valt immers niet zonder meer in te zien waarom de uit die bepaling voortvloeiende en in dat arrest aanvaarde keuzevrijheid, die past in het streven naar een zo volledig mogelijke rechtsbescherming, (alleen) voor ambtenaren niet zou gelden. Het maken van een uitzondering voor ambtenarenzaken zou ook een inbreuk vormen op de eenheid van het bestuursprocesrecht, die met de invoering van hoofdstuk 8 van de Awb is beoogd. Een inbreuk op die eenheid zou bovendien zijn dat in het door het middel bepleite stelsel zou moeten worden aangenomen dat de bestuursrechter (alleen) in ambtenarenzaken wel de in art. 8:73 lid 2 neergelegde mogelijkheid zou hebben om het onderzoek te heropenen ter voorbereiding van een uitspraak over de schadevergoeding, maar niet de in lid 1 bedoelde

mogelijkheid om de beslissing over de schadevergoeding aan de burgerlijke rechter over te laten. Dit een en ander zou ook niet terstond verklaarbaar zijn in het licht van de passage in de memorie van toelichting op art. 8:73 over de expertise van de burgerlijke rechter op het gebied van het schadevergoedingsrecht. Daarbij verdient nog opmerking dat het met het oog op de rechtseenheid op dat gebied gewenst is dat de regels betreffende de toegang tot de rechter daar niet uiteenlopen.'

- 4.26.1** In de literatuur is veelvuldig de vraag gesteld of de weg naar de burgerlijke rechter voor de ambtenaar ook openstaat in die gevallen dat hij schadevergoeding claimt uit hoofde van zijn ambtelijke rechtspositie, doch daaraan niet een eerder door de rechter vernietigd besluit ten grondslag legt.^[38.] De insteek van het incidentele cassatiemiddel is dat deze vraag ontkennend dient te worden beantwoord.
- 4.26.2** M.i. komen we aan de beantwoording van deze vraag niet toe. De vraag naar deze keuzemogelijkheid wordt vooraf gegaan door de vraag of een bestuursrechtelijke weg openstond voor eiser. Los van hetgeen hiervoor al werd opgemerkt: gaat het in casu om een verzoek om schadevergoeding dat is gedaan in het kader van de ambtelijke rechtsverhouding? Of, anders gezegd, was eisers ambtelijke rechtspositie daarbij betrokken? Naar mijn mening dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord.
- 4.27** De Gemeente heeft terecht opgemerkt (s.t. onder § 68) dat de schade waarvoor eiser vergoeding vordert niet het gevolg van een onzorgvuldige bejegening van de Gemeente jegens hem, maar van de houdgreep van X. Tegen die houdgreep had eiser geen bezwaar of beroep kunnen instellen. De appellabele bejegening door de Gemeente is — volgens mr. Meijer — in casu beperkt tot de weigering om aansprakelijkheid voor X's fout te erkennen. Niet aan de orde is of sprake is van een falend veiligheidsbeleid, aldus nog steeds de Gemeente. In cassatie dient ervan te worden uitgegaan dat de schade niet is veroorzaakt door een handelen of nalaten van de Gemeente.
- 4.28** Art. 6:170 BW behelst een risico-aansprakelijkheid voor de werkgever voor fouten van zijn ondergeschikte. De in dit artikel geregelde aansprakelijkheid geldt ook voor de schade veroorzaakt door ondergeschikten in de publiekrechtelijke sfeer.^[39.] Zoals bij de behandeling van het principale middel is uiteengezet, is voor de vraag of de werkgever aansprakelijk is op de voet van art. 6:170 BW bepalend of sprake is van voldoende functioneel verband; i.e. of er voldoende functionele samenhang bestaat tussen de fout van de werknemer/dader en zijn dienstbetrekking.
- 4.29.1** In civilibus zal de benadeelde zijn vordering jegens zijn werkgever op grond van art. 6:170 BW in beginsel^[40.] niet aanhangig kunnen maken bij de Kantonrechter met de stelling dat zij berust op of voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst.^[41.] Vanuit een gelijke gedachte geldt m.i. dat een verzoek tot schadevergoeding van een benadeelde ambtenaar wegens een onrechtmatig handelen van zijn collega op grond van art. 6:170 BW door hem evenmin wordt gedaan in het kader van zijn ambtelijke rechtsverhouding.
- 4.29.2** Deze opvatting sluit aan bij hetgeen door Hennekens is betoogd in zijn noot onder CRvB 22 juni 2000^[42.]:
- 'De overweging van de Centrale Raad van Beroep dat de onderhavige schadevergoedingsvraag niet kan worden beantwoord door rechtstreekse toepassing van een regel van burgerlijk recht past geheel in de hier uiteengezette en van ouds gevolgde lijn. Ook daar waar géén regeling voor de rechtspositie van ambtenaren

voorhanden is, is rechtstreekse toepassing van het burgerlijk recht niet aan de orde. Hierbij teken ik aan dat men zich overigens hoede voor de misvatting als zou de civielrechtelijke regel voor aansprakelijkheid door de werkgever voor onrechtmatige daden van een ambtenaar (dan ook) niet opgaan (art. 6:170 BW). Dit zou een aperte misvatting zijn omdat die aansprakelijkheid geheel van civielrechtelijke aard is en in het geheel geen ambtenaarverhouding betreft. Het gaat dan immers om de relatie van de rechtspersoon met derden, welke zich buiten de verhouding werkgever-werknemer is gelegen en geenszins een ambtenaarrechtelijke kwestie betreft. Anders gezegd: er is geen enkele relatie tussen art. 6:170 BW en art. 125 Ambtenarenwet omdat het andere relaties betreft.'

- 4.30.1** Festen-Hoff heeft er met juistheid op gewezen dat Uw Raad art. 1403 BW (de voorganger van art. 6:170 BW) van toepassing heeft geacht in een ambtelijke situatie.^[43.] Zij verwijst daarbij naar Van den Beld en zijn verdere verwijzing naar het arrest van Uw Raad van 21 mei 1937 (NJ 1937, 638 EMM).^[44.]
- 4.30.2** Ook kan worden verwezen naar het arrest van Uw Raad^[45.] betreffende een politieambtenaar die letsel had opgelopen tijdens een judoles, nadat een collega een worp had ingezet ondanks een gegeven stopteken. De gemeente werd aansprakelijkheid gehouden voor deze onrechtmatige daad van de ene politieambtenaar jegens de andere. Ook over die kwestie heeft Uw Raad inhoudelijk geoordeeld. Ik voeg hieraan toe dat in deze zaken geen formele verweren als in deze procedure zijn gevoerd zodat daarover geen oordeel kon worden geveld.
- 4.31** Ook Oldenhuis heeft betoogd dat een rechtstreeks op art. 6:170 BW gebaseerde vordering van een ambtenaar bij de civiele rechter niet bij voorbaat kansloos is.^[46.]
- 4.32** Op al het bovenstaande loopt het middel stuk. Daarom kom ik niet toe aan de interpretatie van de arresten Groningen/Raatgever en Staat/Raatgever. Daarover nochtans een enkele opmerking.
- 4.33** Beide arresten zien op de situatie dat sprake is van een onrechtmatige besluit, hetzij omdat de bestuursrechter het besluit had vernietigd (Staat/Raatgever), hetzij omdat het bestuursorgaan het bezwaar tegen het besluit (gedeeltelijk) gegrond had verklaard (Groningen/Raatgever). In de door Uw Raad geformuleerde rechtsregel in Groningen/Raatgever, zoals deze ook is toegepast in Staat/Raatgever, wordt met zoveel woorden overwogen dat een uitzondering dient te worden aanvaard op het beginsel van de formele rechtskracht voor zuivere schadebesluiten, indien bij zulk een besluit afwijzend is beslist op een op een onrechtmatig besluit gegrond verzoek tot schadevergoeding.
- 4.34** In zijn conclusie vóór HR 9 november 2007^[47.] heeft mijn ambtgenoot Keus uit het arrest Groningen/Raatgever afgeleid dat het beperkt is tot de situatie dat afwijzend is beslist op een op een onrechtmatig besluit gegrond verzoek tot schadevergoeding:
- '2.5 (...)** De Hoge Raad heeft in rov. 3.5.5 van het arrest Groningen/Raatgever immers een uitzondering op de formele rechtskracht van het zuivere schadebesluit aanvaard, maar die uitzondering beperkt tot het geval dat 'bij zulk een besluit afwijzend is beslist op een op onrechtmatig besluit gegrond verzoek tot schadevergoeding'.
- (...)
- Voor het geval dat aan een zuiver schadebesluit formele rechtskracht toekomt (en

dat is stellig het geval indien de bestuursrechter dat besluit tot in hoogste instantie in stand heeft gelaten) en op het beginsel van formele rechtskracht geen uitzondering kan worden aanvaard omdat het schadebesluit niet een op onrechtmatig besluit gegrond verzoek tot schadevergoeding betreft, gaat de Hoge Raad kennelijk uit van een door de burgerlijke rechter uit te spreken niet-ontvankelijkheid van de eiser in zijn op dezelfde grondslag ingestelde vordering tot vergoeding van schade.'

- 4.35** In het recente arrest van 28 maart 2008^[48], waarin bij de civiele rechter aanspraak werd gemaakt op een vergoeding op grond van het égalité-beginsel, heeft Uw Raad de rechtsregel van Groningen/Raatgever aldus weergegeven:
- '3.4.2(...) Aantekening verdient nog dat de onderhavige vordering zich van het in HR 17 december 1999, nr. C98/80, NJ 2000, 87, aan de orde zijnde geval onderscheidt doordat het daar ging om een vordering tot vergoeding van beweerdelijk door een onrechtmatig besluit veroorzaakte schade, terwijl het thans gaat om een vordering tot vergoeding van beweerdelijk door rechtmatige besluiten veroorzaakte schade. Anders dan in het arrest van 17 december 1999 is art. 8:73 Awb daarom voor de onderhavige zaak niet van belang.'
- 4.36** Uit dit een en ander valt m.i. af te leiden dat het arrest Groningen/Raatgever en daarmee ook Staat/Raatgever geplaatst dient te worden in de keuzemogelijkheid zoals deze volgt uit art. 8:73 Awb. Dat artikel veronderstelt dat de bestuursrechter een beroep gegrond heeft verklaard. De materiële toetsing van het besluit blijft bij de bestuursrechter (dan wel het bestuursorgaan zelf). Daarom kan m.i. uit de arresten Groningen/Raatgever en Staat/Raatgever niet worden afgeleid dat materiële vragen nopens de aansprakelijkheid voor overheidshandelen (zonder meer) tevens kunnen worden voorgelegd aan de civiele rechter indien de bestuursrechter bevoegd is. Maar ter vermijding van misverstand: het gaat dan alleen om aansprakelijkheid op publiekrechtelijke grondslag (daaronder in voorkomende gevallen begrepen analoge toepassing van bepalingen van burgerlijk recht).
- 4.37** De vraag of er andere beletselen zijn om met vorderingen als de onderhavige bij de burgerlijke rechter aan te kloppen, is in deze procedure niet aan de orde. Men kan daar verschillend over denken. Aan bevestigende én ook aan ontkennende beantwoording van de vraag kleven nadelen. Ik noem er enkele:
- a. het moeten voorleggen aan verschillende rechters van vorderingen gegrond op aansprakelijkheid van de ambtenaar-laedens en van de werkgever is omslachtig, onnodig kostbaar en kan bovendien tot verschillende uitkomsten leiden; zie ook de s.t. mr. Meijer onder 73 en 74;
 - b. er kunnen zich situaties voordoen waarin de overheid behoefte heeft aan een verklaring voor recht dat zij niet aansprakelijk is. Als ik het goed zie, dan kan deze niet worden ingesteld bij de bestuursrechter. Het zou dan wat wonderlijk zijn als materieel dezelfde vraag door de benadeelde ambtenaar niet eveneens aan de burgerlijke rechter zou kunnen worden voorgelegd;
 - c. denkbaar is dat één schadegebeurtenis leidt tot schade bij verschillende ambtenaren. Als sommigen aankloppen bij de bestuursrechter en anderen bij de burgerlijke rechter kan dat leiden tot verschillende uitkomsten. Dat is aan betrokkenen moeilijk uit te leggen;
 - d. één schadegebeurtenis kan leiden tot schade bij verschillende personen, ten dele

ambtenaar en ten dele niet. Als over deze materieel dezelfde kwestie verschillende rechters (kunnen) oordelen, kan dat tot dezelfde onbevredigende situatie leiden als onder c genoemd. Ten dele valt daaraan sowieso door Uw Raad geen mouw te passen. Dat de CRvB zich geroepen heeft gevoeld om aansprakelijkheid op grond van analoge toepassing van art. 6:170 BW naar zich toe te trekken is een gegeven. Het ligt niet voor de hand dat de Raad datzelfde zal doen voor schade van niet ambtenaren veroorzaakt door een feitelijk handelen. Bij die stand van zaken is er onvermijdelijk steeds ten minste één groep gevallen waar rechtsongelijkheid op de loer ligt. Het zij zo.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot:

- vernietiging en verwijzing in het principale cassatieberoep
- en tot verwerping in het incidentele cassatieberoep.

Voetnoten

- [1.] De grief gericht tegen de feitenvaststelling heeft het Hof verworpen in rov. 4.2. Daartegen wordt in cassatie niet opgekomen.
- [2.] Rov. 5.1 van het vonnis van de Rechtbank van 7 december 2005.
- [3.] Het subonderdeel verwijst daarbij (abusievelijk) naar niet-bestaande sub 4, 5 en 6.
- [4.] HR 9 november 2007, *RvdW* 2007, 960.
- [5.] Losbl. Onrechtmatige Daad (Oldenhuis) art. 170 aant. 38. Zie ook § 14 van de conclusie van A-G Huydecoper vóór HR 9 november 2007, *RvdW* 2007, 960, met verdere verwijzingen.
- [6.] Onrechtmatige Daad (Oldenhuis) art. 170 aant. 44.
- [7.] Voor HR 9 november 2007, *RvdW* 2007, 960 sub 24.
- [8.] Zie bijv. mvg 11 en 52.
- [9.] S.t. mr. Meijer onder 19.
- [10.] PG boek 6 blz. 714.
- [11.] PG boek 6 blz. 711.
- [12.] Zie nader Onrechtmatige Daad (oud) IV (Brunner) nr 153.
- [13.] S.t. mr. Meijer onder 25 e.v.
- [14.] Text and Commentary (Moréteau) blz. 116.
- [15.] Comparative report blz. 318/9 in J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for damage Caused by Others*.
- [16.] Prod. 13 bij cvr.
- [17.] AB 2002, 27 H.Ph.J.A.M. Hennekens.
- [18.] CRvB 25 oktober 2001, AB 2002, 27 H.Ph.J.A.M. Hennekens.
- [19.] CRvB 19 september 2002, *TAR* 2003, 26 G.L. Coolen; CRvB 9 oktober 2003, *JB* 2003/327; CRvB 26 februari 2004, *TAR* 2004, 88; CRvB 24 maart 2005, *LJN* AT3685.
- [20.] CRvB 25 oktober 2001, AB 2002, 27 H.Ph.J.A.M. Hennekens rov. 3.3 en 3.4.
- [21.] Vgl. A.A. van Rossum en M.B. de Witte-van den Haak, *O&A* 2003, blz. 64 r.k.
- [22.] In vergelijkbare zin — zij het in een enigszins andere context — mijn toenmalige ambtgenoot Bakels voor HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 617 MS onder 2.13 met verdere bronnen.
- [23.] Zie onder 4.6.
- [24.] HR 31 december 1915, *NJ* 1916, 407 (Guldemon/Noordwijkerhout). Ingevolge HR 28 februari 1992, *NJ* 1992, 687 MS (Changoe-arrest) geldt zulks ook voor ambtenaren.
- [25.] Zie uitvoerig A-G Bakels voor HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 617 MS onder 2.7 e.v.
- [26.] Zie te dezer zake: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 14de dr. 2008, blz. 707–724.
- [27.] Borman, 2007 (T&C Awb), aant. 1 en 2 bij art. 8:73.

- [28.] Mon. Awb B7 (Schueler), 2005, blz. 37.
- [29.] Losbl. Bestuursrechtelijke schadevergoeding, (P.B.M.J. van de Beek-Gillissen), H 3.1.
- [30.] Mon. Awb B7 (Schueler), 2005, blz. 37–51.
- [31.] B.P.M. Ravels, Recente ontwikkelingen op het gebied van het schadevergoedingsrecht in ambtenarenzaken, *TAR* 1996, blz. 422; Mon. Awb B7 (Schueler), 2005, blz. 40.
- [32.] Mon. Awb B7 (Schueler), 2005, blz. 40–42; B.J. Schueler, Schadevergoeding voor ambtenaren onder de Awb, *TAR* 1998, blz. 327–329.
- [33.] Mon. Awb B7 (Schueler), 2005, blz. 41; W. Konijnenbelt, De administratieve rechter als schadevergoedingsrechter, preadvies Vereniging voor burgerlijk recht, 1996, blz. 7–8; A.M.M.M. Bots, De rechtsbescherming inzake zelfstandige schadebesluiten, i.h.b in het ambtenarenrecht, *TAR* 2008, blz. 507–508.
- [34.] CRvB 4 januari 2007, *TAR* 2007, 80.
- [35.] *TAR* 2008, blz. 508.
- [36.] HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 87 (met noot van ARB onder *NJ* 2000, 88).
- [37.] HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 617 MS.
- [38.] Zie o.a.: M.S.A. Vegter, Schadeclaims van de ambtenaar: naar de civiele rechter of de bestuursrechter?, *L&S* 2008, blz. 22–26; L. Bier, De schade van de ambtenaar, *VRA* 2002, 373; Losbl. Bestuursrechtelijke schadevergoeding band 2, H 6-10c (G.M.T. Berkel-Kikkert); A.A. van Rossum en M.B. de Witte-van den Haak, Staat/Raatgever: een 'grote verwarring', *O&A* 2003, blz. 52–64; M.M.M. Bots, De rechtsbescherming inzake zelfstandige schadebesluiten, i.h.b in het ambtenarenrecht, *TAR* 2008, blz. 507–508; A.G. Castermans, Harmonisatie van de aansprakelijkheid van de civiele- en de overheidswerkgever jegens de werknemer, in: C.J.M. Klaassen e.a., *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, 2003, blz. 113–126.
- [39.] Parl. Gesch. Boek 6, blz. 719; Mon Nieuw BW A-26 (van der Does/Snijders), nr. 47. V.V.R. van Bogaert, De rechter beoordeeld (diss. Groningen), 2005, blz. 43–48. Zie o.a.: HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 JBMV; HR 4 november 1938, *NJ* 1939, 536 PS.
- [40.] De hoogte van de vordering kan dit anders maken: art. 93 onder a Rv
- [41.] Zie art. 93 onder c Rv.
- [42.] *AB* 2000, 373.
- [43.] K. Festen-Hoff, De CRvB en bedrijfsongevallen en beroepsziekten, *SMA* 2003, blz. 537.
- [44.] T.M.D. van den Beld, Rechtsbescherming (militaire) ambtenaren bij een arbeidsongeval vertoont nog steeds lacunes, *MRT* 2002, blz. 341–346.
- [45.] HR 11 november 1994, *NJ* 1996, 376 CJHB. Zie ook Rb. Rotterdam 6 augustus 2003, *L&S* 2003 blz. 37–40.
- [46.] Onrechtmatige Daad art. 170, aant. 9.2.
- [47.] *JB* 2008/22.
- [48.] HR 28 maart 2008, *NJ* 2008, 475 MRM.