

**DE ADMINISTRATIEVE RECHTER
ALS SCHADEVERGOEDINGS-
RECHTER**

Prof. mr W. Konijnenbelt

**HERBEZINNING OP DE
GRONDSLAGEN VAN DE
OVERHEIDS-
AANSPRAKELIJKHEID**

Prof. mr R.P.J.L. Tjittes



koninklijke vermande
1996

ISBN 90 5458 357 6
 NUGI 693
 © Koninklijke Vermande BV, Lelystad, 1996

Omslagontwerp: C. Koevoets

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

INHOUD

De administratieve rechter als schadevergoedingsrechter

	Blz.
prof. mr Willem Konijnenbelt	
1 Schadevergoeding bij de administratieve rechter	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Administratieve rechters	2
1.3 Vijf tradities	3
1.4 Algemene wet bestuursrecht	8
1.5 Toegang tot de administratieve rechter	10
2 Schadevergoeding na vernietiging	11
2.1 Een accessoire bevoegdheid	12
2.2 Facultatieve bevoegdheid?	13
2.3 Positie burgerlijke rechter na uitspraak administratieve rechter	15
3 Onzuivere en zuivere schadebeslissingen en artikel 3:4 Awb	15
3.1 Een nieuwe bepaling	15
3.2 Zuivere schadebeslissingen appellabel?	16
3.3 Scheltema	17
3.4 Termijn	20
3.5 En de afdeling bestuursrechtspraak?	21
4 Administratieve rechter en burgerlijke rechter	21
4.1 Artikel 112 Grondwet	22
4.2 Naar een Frans stelsel?	24
4.3 Rechtmatige of onrechtmatige overheidsdaad?	26
4.4 De rechters en het schademoment	28
Verkort aangehaalde literatuur	31

Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid

prof. mr R.P.J.L. Tjittes	Blz.
1 Inleiding	33
2 Argumenten voor een strenge overheidsaansprakelijkheid ..	35
2.1 Toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen; algemeen	35
2.2 Intermezzo; het égalité-beginsel, het evenredigheids- beginsel (art.3:4 Awb) en de rechtmatige overheidsdaad	38
2.3 De machtspositie en deskundigheid van de overheid	45
2.4 De mogelijkheid van de overheid om de schade te spreiden	45
3 Argumenten tegen een strenge overheidsaansprakelijkheid .	47
3.1 Algemeen belang en beleidsvrijheid	47
3.2 De gedachten van de wederkerige rechtsbetrekking en horizontaal bestuur	50
4 Concluderende stellingen	55
Verkort aangehaalde literatuur	57

LIJST VAN AFKORTINGEN

ABR	Afdeling bestuursrechtspraak (van de Raad van State)
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
TwK	Tijdelijke wet Kroongeschillen
Wet arbo	Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie
Wet v.e.f.	Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie

DE ADMINISTRatieve RECHTER ALS SCHADEVERGOEDINGSRECHTER

prof. mr Willem Konijnenbelt*

1. Schadevergoeding bij de administratieve rechter

1.1 Inleiding

Wie vreest schade te hebben geleden door handelen of nalaten van een bestuursorgaan¹⁾ en die schade op de overheid wil verhalen, zal zich in eerste instantie tot het betrokken bestuursorgaan wenden om te bezien of de claim à l'amiable kan worden geregeld. Lukt dat niet en is men ervan overtuigd (enig) recht op (enige) schadevergoeding te hebben, dan zal de vordering aan een rechter moeten worden voorgelegd.²⁾

Die rechter, dat kan de burgerlijke rechter zijn, te benaderen met een vordering uit onrechtmatige daad, eventueel uit wanprestatie of uit onverschuldigde betaling, soms de strafrechter³⁾, vaak de administratieve rechter. De strafrechter blijft hier buiten beschouwing, voor de burgerlijke rechter verwijs ik naar het verhaal van mijn collega-preadviseur⁴⁾; de administratieve rechter komt hieronder aan bod, evenals de verhouding tussen zijn rechtsmacht en die van zijn civiele collega.

In dit hoofdstuk geef ik allereerst een overzicht van de belangrijkste administratieve rechters die we kennen. Dan komen de vijf klassieke poorten aan de orde waardoor een verzoek om schadevergoeding jegens de overheid aan een administratieve rechter kan worden voorgelegd; vervolgens wordt bezien welke veranderingen de Algemene wet bestuursrecht in dat beeld heeft gebracht. Ten slotte zet ik uiteen hoe de rest van het preadvies is opgebouwd.

* Prof. mr Willem Konijnenbelt is lid van de Raad van State en hoogleraar bestuursrecht (in het bijzonder Frans administratief recht) aan de Universiteit van Amsterdam.

¹⁾ 'Bestuursorgaan' in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht. Zie Handboek Awb, commentaar op artikel 1:1 (H.J. Simon); Vuga-commentaar Awb, artikel 1:1 (C.P.J. Goorden); Ten Berge, Besturen door de overheid, par. 4:2; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, pt. 3.6-3.10.

²⁾ Tenzij partijen besluiten tot buitengerechtelijke afdoening via een vorm van alternatieve geschillenbeslechting als bijvoorbeeld bindende advisering of arbitrage. Het moge zo zijn dat alternatieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen lang niet altijd zonder meer mogelijk is (daarover laatstelijk I.C. van der Vlies/S. Pront-van Bommel/D. Allewijn, Van toetsen naar bemiddelen, NTB 1996, blz. 213), schadevergoedingsgeschillen lenen zich er bij uitstek voor. N.B. Mogelijke communautairrechtelijke en andere internationaal-publiekrechtelijke rechtsgangen laat ik hier buiten beschouwing.

³⁾ Zie de artikelen 89-93 WvSv, schadevergoeding wegens onrecht ondergane verzekerde bewaring, klinische observatie of voorlopige hechtenis.

⁴⁾ En natuurlijk naar het NJV-preadvies 1996 van A.J. Bolt en J. Spier, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad; zie in het bijzonder par. 3.9, Onrechtmatige overheidsdaad.

1.2 Administratieve rechters

Een administratieve rechter is óf 'een onafhankelijk, bij de wet ingesteld orgaan dat met administratieve rechtspraak is belast', óf de gewone rechter 'voor zover hoofdstuk 8 (Awb), de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken of de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften ... van toepassing is', aldus de omschrijving van artikel 1:4 Awb, waaraan een zeker elliptisch karakter niet kan worden ontzegd. Deze omschrijving heeft een utilistisch karakter: ze is van belang voor de vraag of het procesrecht van de hoofdstukken 6 en 7 (en 8) van de Awb van toepassing is. Dat verklaart waarom sommige vormen van administratieve rechtspraak, opgedragen aan de gewone rechter, buiten de omschrijving vallen. Zo bijvoorbeeld de onteigeningsrechtspraak en het beslissen over vorderingen die berusten op een bestuurlijk dwangbevel (dwangsom, kosten van bestuursdwang); daarvoor bestond al een eigen procesrecht (onteygeningswet), of er wordt gewerkt met het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, terwijl er geen behoefte bestond aan het gebruiken van het procesrecht van de Awb. Voor het doel van dit geschrift zullen de buiten de boorden van artikel 1:4 gevallen administratieve rechters ook in de beschouwingen worden betrokken.

We krijgen dan:

a) De gewone administratieve rechter. Dat is in eerste aanleg de rechtbank (administratieve kamer)⁵⁾, in hoger beroep de Centrale Raad van Beroep (ambtenarenzaken en sociale-verzekeringsgeschillen) of de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (alle andere zaken).

b) Bijzondere administratieve rechters: de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak, daar waar de wet hen aanwijst als rechter in eerste aanleg⁶⁾, het College van Beroep voor het bedrijfsleven (p.b.o.-zaken en andere geschillen op het terrein van het economisch orderingsrecht), het College van Beroep voor de studiefinanciering. De Tariefcommissie en diverse andere, kleinere administratieve rechters blijven hier buiten beschouwing⁷⁾.

⁵⁾ Zie artikel 8:1 Awb, alsmede de artikelen 55b en 55c RO.

⁶⁾ De CRvB is in een aantal pensioenwetten aangewezen als rechter in eerste en enige aanleg: bijv. de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers en de Wet uitkeringen vervolgingslachtoffers 1940-1945. De ABR is onder meer in milieugeschillen (Wet milieubeheer) en in beroepen tegen ruimtelijke orderingsbesluiten (Wet op de Ruimtelijke Ordening) rechter in eerste en enige aanleg.

⁷⁾ Zie daarvoor R.J.G.M. Widdershoven, Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht (prft. Utrecht 1989).

c) De gewone rechter als administratieve rechter; hierbij gaat het vooral om de belastingrechtspraak en de onteigeningsrechtspraak⁸⁾.

De verschillende hier genoemde gerechten zullen in het vervolg herhaaldelijk paraisseren. In de inleiding van deze paragraaf bleek reeds dat de onteigeningsrechter zich op één punt onderscheidt van zijn overige collega: het procesrecht is te vinden in de onteigeningswet, terwijl het eerste boek van het WvRv eveneens toepasselijk is; voor de andere administratieve rechters⁹⁾ moet men te rade gaan bij de hoofdstukken 6, 7¹⁰⁾ en 8 van de Algemene wet bestuursrecht.

1.3 Vijf tradities

Tot de komst van de Algemene wet bestuursrecht, nieuwjaar 1994, kende het bestuursrecht een vijftal wegen waarlangs een schadevordering jegens de overheid kon worden voorgelegd aan een administratieve rechter¹¹⁾. Die zullen hier kort de revue passeren¹²⁾.

a) De onteigeningswet c.a.

De onteigeningswet van 1851 – die teruggaat op een Franse wet uit 1810; in Frankrijk heeft de betrokken wet het uitgehouden tot 1935 – gaat ervan uit dat het algemeen belang kan vereisen dat van iemand zijn eigendoms- en andere rechten op een onroerende zaak¹³⁾ ook tegen zijn wil kunnen worden ontnomen; echter niet dan na een behoorlijke onteigeningsprocedure, en ervan uitgaande dat de onteigende recht heeft op volledige schadeloosstelling. De gewone rechter, door de wet aangewezen als onteigeningsrechter, heeft een omvangrijke jurisprudentie opgebouwd met betrekking tot de wijze waarop de hoogte van de schadevergoeding moet worden vastgesteld en de factoren die daarbij van belang zijn.

Minder ver dan onteigening gaat het – op basis van de wet – opleggen van

⁸⁾ Merk op dat de Hoge Raad voor deze tak van rechtspraak een afzonderlijke kamer heeft, de derde kamer.

⁹⁾ De belastingrechter vindt zijn procesrecht grotendeels in de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken. Een wetsontwerp tot aanpassing daarvan aan de Awb valt spoedig te verwachten (Aanpassing van het fiscale procesrecht aan de Algemene wet bestuursrecht en wijziging van een aantal fiscale en andere wetten; herziening van het fiscale procesrecht).

¹⁰⁾ Van hoofdstuk 7 is alleen het eerste artikel van belang: het beroep op de rechter moet normaliter worden voorafgegaan door een bezwaarschriftprocedure.

¹¹⁾ Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, pt. 10.82, noemt 'drie tradities', die alle betrekking hebben op schadevergoeding bij 'rechtmatige overheidsdaad'; de twee andere in deze paragraaf behandelde komen voor in de punten 11.75/11.77 en 11.20.

¹²⁾ Iets minder volledige overzichten van ingangen tot de administratieve rechter als schaderechter geven Van Male/Van Ravels, Tot schade van allen (1993), blz. 675; Ten Berge/Van Wijnen, Overheidsaansprakelijkheid (1995), blz. 23; Van der Schans, Schade door onrechtmatige bestuursdaden (1995), blz. 21; Van Ravels, Recente ontwikkelingen (1996), blz. 17. De auteurs behandelen allen de situatie na de inwerkingtreding van de Awb.

¹³⁾ De onteigening van andere zakelijke rechten en van octrooien blijft hier buiten beschouwing.

gedoogplichten; bijvoorbeeld op basis van de Belemmeringenwet Privaatrecht, de Rivierenwet of de Waterstaatswet 1900. In al deze gevallen bepaalt de wet dat volledige schadevergoeding moet worden gegeven en dat geschillen daarover worden berecht door de rechtbank (bij kleine vorderingen soms de kantonrechter).

b) De Wet op de Ruimtelijke Ordening c.a.

De tweede traditie is op wettelijk niveau¹⁴⁾ ingezet met artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening. De bepaling luidt, voorzover van belang:

“Voor zover blijkt, dat een belanghebbende ten gevolge van de bepalingen van een bestemmingsplan ... schade lijdt of zal lijden, welke redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, ont-eigening of anderszins is verzekerd, kent de gemeenteraad hem op zijn verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toe.”

In tal van wetten zijn sedertdien vergelijkbare bepalingen opgenomen; ik noem artikel 13, vierde lid Boswet, artikel 22 e.v. Monumentenwet 1988 en de artikelen 15.20 en 15.21 Wet milieubeheer.

Tegen de beslissing op een verzoek om schadevergoeding was in oudere wetten beroep op de Kroon opengesteld; de Tijdelijke wet Kroongeschillen converteerde dat met ingang van 1988 in beroep bij de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State. Sedert 1994 is de gewone rechtsbeschermingsprocedure van de Awb (beroep bij de rechtbank, hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak) van toepassing, voorzover er niet is voorzien in rechtstreeks beroep bij de ABR (bijv. in de Wet milieubeheer).

Aan deze categorie werd in het midden van de jaren '80 enige uitbreiding gegeven door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State. In een constante jurisprudentie had de Afdeling de beslissing op een verzoek om de vergoeding van schade, veroorzaakt door bestuurshandelen, slechts dan een publiekrechtelijke (en dus voor arob-beroep vatbare) beschikking geacht als er een wettelijke regeling was die een schadevergoedingsplicht vestigde; was zo'n grondslag er niet, dan kon de Afdeling rechtspraak er alleen maar de ontkenning van een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in zien, een civielrechtelijke rechtshandeling dus.

In de metroschade-uitspraak van 1986¹⁵⁾ achtte de AR echter een gemeentelijke beleidsnota waarin werd uiteengezet in welke gevallen de gemeente wel en wanneer ze niet zou overgaan tot vergoeding van schade, veroorzaakt door de aanleg van een metrotunnel in Rotterdam, voldoende publiek-

¹⁴⁾ Eerder al eiste de jurisprudentie van de Kroon dat vergelijkbare bepalingen bij gemeentelijk verordening werden vastgesteld; bij gebreke daarvan werd het betrokken uitbreidingsplan niet goedgekeurd.

¹⁵⁾ AR 16 mei 1986, AB 568 m.n. Van Wijmen, AA 1987 blz. 409 m.n. Hirsch Ballin.

rechtelijke grondslag om de beslissing op een verzoek om schadevergoeding als een beschikking aan te merken.

Naderhand werd het standpunt nog wat verfijnd: de grondslag voor de beslissing op het verzoek om schadeloosstelling moest worden gevonden in (een algemeen verbindend voorschrift of) beleidsregels die behoorlijk waren gepubliceerd in een officieel publicatiemedium van de betrokken overheid^{16),17)}.

c) Nadeelcompensatie in het kader van belangenafweging

Het intrekken van een vergunning kan soms nodig zijn in het algemeen belang, terwijl de vergunninghouder van de vergunning afhankelijk was voor (een deel van) zijn bedrijfsvoering en hem eigenlijk niets te verwijten viel. In zulke situaties heeft de administratiefrechtelijke jurisprudentie sedert ongeveer 1970 soms aangenomen dat de intrekking pas getuigde van een zorgvuldige belangenafweging als was voorzien in een behoorlijke schadeloosstelling van de vergunninghouder. De eerste uitspraak in deze trant was van de Kroon: KB 19 december 1969, ARB 1970 blz. 318 m.n. Stellinga (waterwellen). Naderhand werd de jurisprudentie overgenomen door de Afdelingen geschillen¹⁸⁾ en rechtspraak¹⁹⁾ van de Raad van State. Daarbij ging het niet alleen meer om het intrekken van begunstigende beschikkingen maar ook om het geven van andere belastende beschikkingen, zoals vergunning om een dijk op te hogen ten detrimente van de waarde van een dijkwoning (de zaak Erven Beekhof) of het geven van vergunning voor het vervangen van een beweegbare brug door een vaste, wat nadelig was voor een achter de brug gelegen scheepswerf (Paul Krugerbrug).

In deze situatie is de omstandigheid dat niet voldoende is voorzien in het compenseren van het nadeel dat een belanghebbende lijden zal als gevolg van de bestreden beschikking, reden om de beschikking te vernietigen wegens onzorgvuldige of kennelijk onredelijke belangenafweging; de achterliggende gedachte was veelal die van de *égalité devant les charges publiques*.

Object van het beroep bij (de Kroon of) de administratieve rechter is dan formeel de beschikking (intrekken of verlenen van vergunning); feitelijk

¹⁶⁾ Bijv. AR 28 januari 1991, Gst 6922.8 (Willemspoortunnel); AR 27 januari 1989, AB 346 m.n. Van Wijmen (vliegveld Welschap).

¹⁷⁾ Om deze reden heeft de Minister van Verkeer en Waterstaat het sedert jaar en dag gevoerde schadevergoedingsbeleid van Rijkswaterstaat – een ambtenaar van het ministerie, J.A.C. van de Gouwe, was de auctor intellectuais van het stelsel van nadeelcompensatie, destijds aangeduid als bestuurscompensatie – neergelegd in een tweetal ministeriële regelingen die de status van beleidsregels hebben: Nadeelcompensatieregeling 1991 voor het verleggen van kabels en leidingen. Stcrt. 1991, 249 en in het bijzonder de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat, Stcrt. 1991, 251.

¹⁸⁾ Zie bijvoorbeeld AG 23 maart 1989, AB 428 (Erven Beekhof).

¹⁹⁾ De klassieke uitspraak is hier AR 12 januari 1982, AB 299 m.n. Van Wijmen (Paul Krugerbrug I), in combinatie met AR 22 november 1983, AB 1984, 154 m.n. De Planque, AB-klassiek 18 m.n. Van Buuren (Paul Krugerbrug II).

draait het geschil om het vergoeden van de door de beschikking veroorzaakte schade, een nevenaspect van de bestreden beschikking. Omdat de schadekwestie hier een aspect vormt van de bij het beschikken te plegen belangenafweging, wordt hier wel gesproken van een 'onzuivere schadebeschikking'²⁰⁾.

d) Schadevergoeding na vernietiging bestreden besluit

Artikel 8:73, eerste lid, Awb – dat straks nader aan de orde zal komen – bepaalt:

"Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij, indien daarvoor gronden zijn, op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij lijdt."

Op het eerste gezicht is het een wat cryptische bepaling. Wanneer men zich realiseert dat 'het beroep gegrond verklaren' impliceert dat het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd (art. 8:72, eerste lid, Awb), wordt duidelijk wat wordt bedoeld: dan kan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort dat het vernietigde besluit had genomen, veroordeeld worden tot vergoeding van de schade die de appellant heeft geleden door het onjuist gebleken besluit.

Onder oud recht²¹⁾ kwamen vergelijkbare bepalingen voor. De Wet op de Raad van State bepaalde in de artikelen 58b en 99 hetzelfde voor de Kroon resp. de Afdeling rechtspraak, terwijl artikel 5 TwK hetzelfde inhield voor de Afdeling geschillen van de Raad van State; echter steeds met de toevoeging: 'onverminderd het recht van de belanghebbende om op grond van andere wettelijke bepalingen schadevergoeding te vragen'. Artikel 60 Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie – voorgangster van de huidige Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie; de wet bevatte het statuut van het CBB – luidde enigszins anders:

"Het College kan het lichaam²²⁾ veroordelen tot vergoeding van of tot betaling van een tegemoetkoming in de schade, die de verzoeker door het besluit of de handeling geleden heeft."

²⁰⁾ Tegenwoordig spreekt men dan van 'onzuiver schadebesluit'. Omdat de term 'besluit' sedert de Awb staat voor publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan, en het in verschillende gevallen nu net de vraag is of wel van een publiekrechtelijke rechtshandeling kan worden gesproken, geef ik de voorkeur aan de neutrale aanduiding 'schadebeslissing'. Tegenover onzuivere schadebeslissingen staan zuivere schadebeslissingen, d.w.z. beslissingen op een los verzoek van schadevergoeding, niet gekoppeld aan de vraag of een genomen of te nemen besluit wel rechtmatig was of is. Als ik me niet vergis, gaat de benaming terug op P.C.E. van Wijmen, Buitenwettelijke schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, ook wel genaamd 'bestuurscompensatie', Br 1984, blz. 395.

²¹⁾ Zie Addink, De administratieve rechter en het toekennen van schadevergoeding, voor een vergelijking van de Awb-bepaling met de uiteenlopende bepalingen naar oud recht.

²²⁾ Lees: p.b.o.-lichaam waarvan een bestuursorgaan een besluit had genomen dat in beroep door het CBB is vernietigd.

Hier valt vooral op dat slechts van een tegemoetkoming in de schade wordt gerept.

De Ambtenarenwet 1929 ten slotte bepaalde in artikel 47, derde lid, dat de ambtenarenrechter 'bovendien'²³⁾ het orgaan, welks besluit of handeling vernietigd wordt, tot vergoeding aan den ambtenaar [kan] veroordelen, indien het klaagschrift een daartoe strekkende vordering inhoudt'.

In al deze gevallen was er dus ook naar oud recht een mogelijkheid om vernietiging van het bestreden besluit vergezeld te doen gaan van een vorm van schadevergoeding.

e) Zuivere schadebeslissingen

In twee situaties was en is de administratieve rechter bevoegd om niet alleen over besluiten van bestuursorganen – beschikkingen en soms ook andere publiekrechtelijke besluiten – te oordelen, maar ook over handelingen en andere beslissingen. Het gaat om ambtenarenzaken en p.b.o.-geschillen.

Met betrekking tot ambtenaren is dit geregeld in artikel 8:1, tweede lid, Awb. Op het eerste lid van dit artikel ('Een belanghebbende kan tegen een besluit beroep instellen bij de rechtbank') volgt:

"2. Met een besluit wordt gelijkgesteld een andere handeling van een bestuursorgaan waarbij een ambtenaar als bedoeld in artikel 1 van de Ambtenarenwet als zodanig (...), zijn nagelaten betrekkingen of zijn rechtverkrijgenden belanghebbende zijn."²⁴⁾

Voor de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie moeten we ons wenden tot de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. Alvorens daaruit te citeren herinner ik eraan dat de rechtsmacht van het CBB in twee categorieën kan worden verdeeld.

Het CBB is in 1954 ingesteld als p.b.o.-rechter; de daarmee samenhangende competentie is in algemene zin geregeld in de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, de Wbb (vóór 1994 in de Wet arbo). Daarnaast wijzen vrijwel alle administratiefrechtelijke wetten op het gebied van de economische ordening het College aan als bevoegde rechter met betrekking tot de krachtens die wetten genomen besluiten; dat zijn dus steeds competentiebepalingen ad hoc²⁵⁾.

De algemene p.b.o.-competentie van het CBB vinden we in het eerste lid van artikel 18 Wbb:

²³⁾ In de voorgaande leden was bepaald dat het ambtenarengerecht de aangevallen besluiten enz. 'nietig verklaren' (d.w.z. vernietigen) kon, en bepalen dat het betrokken bestuursorgaan 'zal doen of besluiten, hetgeen het ingevolge wet of algemeen verbindend voorschrift doen of besluiten moet'; ook kon het gerecht als het te nemen besluit een geldelijke aanspraak betrof, dat besluit zelf formuleren.

²⁴⁾ In de geldende tekst is ook nog sprake van dienstplichtigen. Die heb ik hier verwijderd, en de daaruit voortvloeiende grammaticale wijzigingen vervolgens in de tekst doorgevoerd.

²⁵⁾ Zie bijv. art. 7 Prijzenwet, art. 33 Wet economische mededinging, art. 65 Wet personenvervoer. In totaal gaat het om meer dan 50 wetten.

"1. Het College oordeelt bij uitsluiting over het beroep, door een belanghebbende ingesteld tegen:

a) een besluit van een lichaam²⁶⁾ (...) en

b) een andere handeling, door een lichaam ten aanzien van hem ter uitvoering van zijn bestuurszaak verricht, met uitsluiting van een privaatrechtelijke rechtshandeling."

Op basis van deze bepalingen en hun voorgangsters in de Ambtenarenwet 1929 resp. de Wet arbo hebben de ambtenarenrechter en het CBB beroepen tegen zuivere schadebeslissingen ook altijd ontvankelijk geacht. Onder zuivere schadebeslissingen moeten we dan verstaan: in het ambtenarenrecht, beslissingen van de overheid-werkgever op een verzoek van een ambtenaar, hem schade te vergoeden die hem van werkgeverszijde of anderszins in en door de dienst was toegebracht; in het p.b.o.-recht, beslissingen van een p.b.o.-orgaan op een verzoek van een aangesloten ondernemer om schade te vergoeden, hem vanwege het bedrijfslichaam toegebracht. Zuivere schadebeslissingen in de rechtsbetrekking werkgever-ambtenaar of in de rechtsbetrekking bedrijfslichaam-aangesloten ondernemer waren en zijn dus beroepbaar bij de administratieve rechter; dat is de vijfde traditie.

1.4 Algemene wet bestuursrecht

In de vorige paragraaf werden vijf 'tradities' geëtaleerd, vijf traditionele ingangen bij de administratieve rechter inzake schadevorderingen jegens de overheid. Hier zal ik nagaan in hoeverre de Algemene wet bestuursrecht reden geeft om te verwachten dat een traditie verandering van betekenis heeft ondergaan; ook gaat het om de vraag of de Awb wellicht nieuwe ingangen biedt. In dit bestek gaat het nog om een eerste verkenning, een overzicht; de meest interessante punten worden verder uitgediept in volgende hoofdstukken.

Met betrekking tot de eerste traditie, die van de *onteigeningswet c.a.*, heeft de Awb geen veranderingen gebracht.

Bij de tweede traditie, die van de *Wet op de Ruimtelijke Ordening c.a.*, kan worden opgemerkt dat met de inwerkingtreding van de Awb²⁷⁾ de Afdeling geschillen van bestuur en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State werden vervangen door de Afdeling bestuursrechtspraak. Princi-

²⁶⁾ D.w.z. (een bestuursorgaan van) de SER, een hoofdproductschap, een productschap, een hoofdbedrijfschap of een bedrijfschap, of (van) een bij 'voorziening' (een soort gemeenschappelijke regeling) door twee of meer bedrijfslichamen ingestelde rechtspersoon.

²⁷⁾ Om precies te zijn: met de inwerkingtreding van de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie. De wet hing nauw samen met de tweede tranche van de Awb en hield onder meer in een ingrijpende wijziging van de Wet op de Raad van State en de vervanging van de Wet arbo door de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. De wet trad in werking tegelijk met de eerste en de tweede tranche van de Awb.

piële verandering bracht dat niet; belangrijker was (maar ook dit betekende geen stelselwijziging) dat zes jaren eerder het Kroonberoep was afgeschaft in de onderhavige zaken en was vervangen door beroep bij een administratieve rechter, de Afdeling geschillen²⁸⁾.

De derde traditie had betrekking op nadeelcompensatie, *onzuivere schadebeslissingen*. Onder oud recht was de eventuele onrechtmatigheid van het niet of onvoldoende vergoeden van schade die voortvloeide uit een belastende beschikking (voorzover niet in strijd met een uitdrukkelijke wetsbepaling; maar dan zitten we in het domein van de tweede traditie) gelegen in onzorgvuldige of kennelijk onredelijke belangenafweging (strijd met het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten), kortom strijd met een ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur. De betrokken rechtscnorm is thans te vinden in het tweede lid van artikel 3:4 Awb. De vraag is of de codificatie – en daarmee de herformulering – van het materiële zorgvuldigheidsbeginsel in artikel 3:4, tweede lid, Awb, tot materiële veranderingen leidt; dat zal in hoofdstuk 3 nader worden onderzocht.

De *schadevergoeding na vernietiging van een bestreden besluit*, de vierde traditionele ingang, is nieuw geregeld in artikel 8:73 Awb, zoals we zagen. Daarvan verdient met name dit verschil met de oude bepalingen in de Wet op de Raad van State de aandacht, dat de zinsnede 'onverminderd het recht van een belanghebbende om op grond van andere wettelijke bepalingen schadevergoeding te vragen' niet meer voorkomt; die zinsnede wilde in het bijzonder de weg naar de burgerlijke rechter openhouden. Daaraan zal het volgende hoofdstuk worden gewijd.

De *zuivere schadebeslissingen* ten slotte, de vijfde ingang, zijn misschien door artikel 3:4, tweede lid, Awb, in een nieuw licht komen te staan; er is in elk geval jurisprudentie en literatuur die aanleiding geeft de vraag op te werpen. Dat gebeurt in hoofdstuk 3.

Ongenoemd bleven nog de artikelen 8:75 en 8:75a Awb, die de administratieve rechter de mogelijkheid geven om een proceskostenveroordeling uit te spreken. Het vraagstuk van de proceskostenveroordeling is naar mijn smaak zozeer een *casus aparte*, een eigenstandig vraagstuk, dat ik het hier buiten beschouwing laat; ik volsta met verwijzing naar enige literatuur.²⁹⁾

²⁸⁾ Het gaat om de Tijdelijke wet Kroongeschillen. Voor de voorgeschiedenis daarvan (met name het Benthem-arrest van het Straatsburgse EHRM) mag ik verwijzen naar de handboeken administratief recht.

²⁹⁾ Van de uitbundige literatuur noem ik: de commentaren op artikel 8:75 in het Handboek Awb (M.J.S. Korteweg-Wiers) en de Vugabundel (B.M.J. van der Meulen); Centrale Raad van Beroep, jaarverslag 1995 (zie JB 1996, blz. 426); G.P. Kleijn, Kroniek Schadevergoeding in NTB (pl.m. jaarlijks); H.J. Simon, De kleine revolutie: één jaar besturen onder de Awb, JB 1995, blz. 91; S. Borger/K.F. Schuiling, De Awb getoetst door de rechter: procesrecht, Ts. openbaar bestuur 1995, blz. 20; B.M.J. van der Meulen/P.J.M. Koning, Proceskosten- en schadeveroordeling (1994), blz. 33; en vooral M. Schreuder-Vlasblom, De Algemene wet bestuursrecht, het bestuursprocesrecht (1996), blz. 149v. en 171v.

1.5 Toegang tot de administratieve rechter

Uit het voorgaande blijkt dat ik mij in dit preadvies beperk tot de formeel-rechtelijke kanten van het administratiefrechtelijke schadevergoedingsrecht; het gaat mij in het bijzonder om de vraag in welke gevallen het bestuursrecht de mogelijkheid geeft om schadevorderingen jegens de overheid aan een administratieve rechter voor te leggen, en wat dat betekent voor de competentie van de burgerlijke rechter.

Op het materiële schadevergoedingsrecht ga ik ook daarom niet in omdat de wetsgeschiedenis, met name die van artikel 8:73 Awb³⁰⁾, uitwijst dat het de bedoeling is dat er geen verschil mag zijn tussen de verschillende rechters – in het bijzonder de civiele en de administratieve – in de materiële benadering van de schadeplichtigheid van de overheid; de jurisprudentie sedert 1994 laat (dan ook) zien dat de verschillende administratieve rechters bewust aanknopen bij de regeling niet alleen van de onrechtmatige daad in het BW en de civiele jurisprudentie, maar ook bij de afdeling 1.10 van boek 6 BW, de artikelen 6:95-6:110, alsmede de regeling van de wettelijke rente in en krachtens de artikelen 6:119 en 6:120.

Gaf Drupsteen in zijn preadvies van 1984 over administratief schadevergoedingsrecht³¹⁾ nog amper aandacht aan de verhouding tot het onrechtmatige-(overheids)daadrecht, in 1988 vindt hij daar wel aanleiding toe en constateert hij verschillen in uitgangspunt maar toch ook de nodige eenheid in benadering³²⁾. Van der Schans, mede-preadviseur in 1988, constateert dan al een sterke congruentie tussen de jurisprudentie van de Hoge Raad in 1401-zaken en de jurisprudentie van de onderscheiden administratieve rechters³³⁾.

Na 1994 constateren diverse schrijvers dat de administratieve rechters – vaak uitdrukkelijk – aansluiting zoeken bij het civiele schadevergoedingsrecht³⁴⁾. De Centrale Raad van Beroep wijst zelf in zijn jaarverslag 1995 op diverse uitspraken waaruit deze tendens blijkt³⁵⁾. Ik voeg daaraan toe dat van de Afdeling bestuursrechtspraak hetzelfde kan worden gezegd³⁶⁾, evenals van het CBB³⁷⁾.

Verwonderlijk is dit niet. Ik meen dat het De Haan was, die lang geleden schreef dat artikel 1401 BW (nu 6:162) een aan publiek- en privaatrecht gemeenschappelijke bepaling is. In 1982 stelde Bloembergen reeds vast dat de regeling van de artikelen 6:95 e.v. NBW ook zou moeten worden toegepast op bestuursrechtelijke schadezaken³⁸⁾. Dit neemt niet weg dat een

³⁰⁾ Zie Daalder/De Groot/Van Breugel, PG II, blz. 473 e.v.

³¹⁾ Drupsteen, Administratief schadevergoedingsrecht in Nederland (preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in Nederland en in België, 1984), in het bijzonder hoofdstuk 1.

³²⁾ Drupsteen, Vergelijkend schadevergoedingsrecht (pre-advies Ver. voor Bouwrecht, 1988).

³³⁾ Van der Schans, Schadevergoeding, redelijkheid en billijkheid (preadvies Ver. voor Bouwrecht, 1988).

³⁴⁾ Te noemen vallen Van der Meulen/Koning, Proceskosten- en schadevergoeding (1994), blz. 24; Borger/Schuiling, De Awb getoetst, Ts. openbaar bestuur 1995, blz. 20; Van Wijnen, Nadeelcompensatie in het moderne bestuursrecht, blz. 41; Van Male/Van Ravels, Redelijkheid, blz. 26; Van Ravels, Schade door primaire besluiten, TAR 1995, blz. 450; dez., Recente ontwikkelingen, TAR 1996, blz. 428; E.J. Daalder/J.C.C. Leemans/B.M.J. van der Meulen, Nieuw bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht, Adv. blad 1996, blz. 65. Ten slotte Drupsteen, noot onder CRvB 8 november 1995, AA 1996, blz. 575 (zieke schilder).

³⁵⁾ Zie JB 1996, blz. 426.

³⁶⁾ Bijvoorbeeld ABR 21 april 1995, AB 422 m.n. Holtmaat (rentederving ABW-uitkering).

³⁷⁾ Bijvoorbeeld CBB 11 juli 1995, AB 553 m.n. Van der Veen (Schipholtaxi), waar het ging om de bewijsplicht met betrekking tot de gestelde schade.

³⁸⁾ A.R. Bloembergen, Schadevergoeding: algemeen deel 1 (Mon. NBW B34, 1982), blz. 11 en 40.

streven naar zoveel mogelijk gelijke benadering van schadevorderingen tegen de overheid ruimte kan laten voor specifieke kenmerken van verschillende situaties: zo speelt bij schade-procedures in de sfeer van bestemmingsplanschade en nadeelcompensatie bij belastende besluiten vaak de vraag in hoeverre de schadeveroorzakende verandering samenhangt met maatschappelijke ontwikkelingen waarvan de gevolgen voor rekening van de belanghebbenden behoren te blijven, een vraag die in 'gewone' onrechtmatige-daadzaken niet spoedig ter sprake zal komen.

De volgende onderwerpen komen hierna nog aan de orde:

- schadevergoeding na vernietiging, artikel 8:73 Awb (hoofdstuk 2);
- onzuivere en zuivere schadebeslissingen en de artikelen 3:4 en 8:73 Awb (hoofdstuk 3);
- de administratieve rechter en de burgerlijke rechter (hoofdstuk 4).

2. Schadevergoeding na vernietiging

We zagen reeds dat artikel 8:73 Awb een nieuwe regeling geeft voor de bevoegdheid van de administratieve rechter om, als hij het beroep van een belanghebbende gegrond heeft verklaard en het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk heeft vernietigd, de overheid te veroordelen tot vergoeding van de schade die de appellant lijdt doordat het besluit is genomen. Het tweede lid, opgenomen na een suggestie van de Raad van State, geeft de mogelijkheid van een soort schadestaatprocedure. Kan het gerecht de omvang van de schadevergoeding nog niet (helemaal) vaststellen wanneer het de uitspraak geeft waarbij het beroep gegrond wordt verklaard, dan bepaalt het in die uitspraak dat het onderzoek naar het schade-aspect wordt heropend en dat daarover een nadere uitspraak zal volgen. Wat dat voortgezette onderzoek moet inhouden kan de rechter helemaal van de omstandigheden van het geval laten afhangen: hij bepaalt zelf 'op welke wijze het onderzoek wordt voortgezet', aldus de slotzin van de bepaling.

Uit de tekst van de bepaling blijkt dat de bevoegdheid van de administratieve rechter om schadevergoeding toe te kennen een accessoir karakter heeft³⁹⁾: ze is afhankelijk van de vraag of het beroep (geheel of gedeeltelijk) gegrond wordt geoordeeld. De vraag rijst dan wat de relatie is tussen de gronden voor vernietiging en de mogelijkheden om schadevergoeding toe te wijzen.

Een tweede vraag is of de administratieve rechter – die alleen een schadeveroordeling kan uitspreken wanneer de belanghebbende hem daar tijdig om heeft verzocht – verplicht is, op zo'n verzoek een materiële beslissing te nemen.

Daarmee hangt samen de vraag welke betekenis toekomt aan de omstandigheid dat de nieuwe bepaling niet meer uitdrukkelijk refereert aan de mogelijkheid om ook een civiele schadevergoedingsactie te entameren.

³⁹⁾ De kwalificatie is van Van der Meulen/Konings, Proceskosten- en schadevergoeding, blz. 18.

Ten slotte moet worden gezien of – aangenomen dat de burgerlijke rechter niet 100% buitenspel staat – de omstandigheid dat de administratieve rechter uitspraak heeft gedaan over de schadeclaim, van invloed is op de mogelijkheden van een civiele vervolgactie.

2.1 Een accessoire bevoegdheid

Alleen als een beroep gegrond is verklaard en de bestreden beslissing dus geheel of gedeeltelijk is vernietigd⁴⁰⁾, kan schadevergoeding worden toegekend. Tijdens de Tweede-Kamerbehandeling van artikel 8:73 scherpte de minister de relatie nog wat aan, door te stellen dat er een causaal verband moet zijn tussen de schade en de grond voor de vernietiging van het besluit⁴¹⁾. Dat spreekt: het bestreden besluit is onrechtmatig op het punt of de punten waarin de aanleiding voor de vernietiging werd gevonden, en deze onrechtmatigheid vormt de grondslag voor de eventuele schadevergoeding. Dan moet er echter wel daadwerkelijk schade zijn, schade die door de geconstateerde onrechtmatigheid is veroorzaakt. De minister zei in de UCV misschien wat al te gemakkelijk 'Indien de vernietiging ... is gebaseerd op een formeel gebrek dat niet kan worden gepasseerd⁴²⁾, is er materieel gezien geen schade ontstaan, omdat dan een nieuw besluit kan volgen van dezelfde inhoud'⁴³⁾: de twijfelachtige houdbaarheid van het besluit kan soms terecht aanleiding vormen om een vergunning vooralsnog niet te gebruiken, wat tot vertragingsschade kan leiden⁴⁴⁾. Dit neemt niet weg dat bij vernietiging op een formele grond meestal niet duidelijk is in hoeverre het vernietigde besluit ook inhoudelijk niet in orde is; dat maakt het voor de rechter niet gemakkelijk, in zo'n geval te bepalen of er schade is en hoeveel eventueel. Dan is er reden om gebruik te maken van het tweede lid, en een nader onderzoek in te stellen naar bestaan en omvang van de schade. Het lijkt me overigens niet bij voorbaat uitgesloten dat de rechter in zo'n geval al vast tot een voorlopige schadetoekenning overgaat, indien een deel van de schade wel vaststaat en de getroffenene groot belang heeft bij spoedige compensatie daarvan.

Spreuwenberg trekt uit een en ander de conclusie dat de administratieve rechter – althans in sociale-verzekeringssaken, waartoe de schrijver zich beperkt – slechts bij uitzondering al in eerste instantie een verzoek om

schadevergoeding ex art. 8:73 Awb kan toewijzen. Hij ziet daarvoor alleen ruimte indien het bestuursorgaan:

"a. kenbaar heeft gemaakt van zijn bevoegdheid als bedoeld in artikel 6:18 van de Awb⁴⁵⁾ gebruik te maken door hangende het beroep over te gaan tot intrekking of wijziging van het bestreden besluit en tevens

b. kenbaar heeft gemaakt aan het beroep geheel tegemoet te komen.⁴⁶⁾"

Hij is bestreden door Polak, die meent dat de bestuursrechter in eerste aanleg dan artikel 8:73 bijna nooit zou kunnen toepassen, waarmee de bepaling dreigt te worden uitgehold. Hij suggereert om in gevallen waarin hoger beroep dreigt, de rechter te laten bepalen dat de veroordeling op het punt van de schadevergoeding niet uitvoerbaar bij voorraad is⁴⁷⁾.

Zo categorisch als Spreuwenberg zou ik niet willen zijn, al was het maar omdat de rechter in gevallen waarin hij meent de zaak onvoldoende te kunnen overzien, gebruik kan maken van de nader-onderzoeksmogelijkheid van het tweede lid. Eén van de redenen die bij Spreuwenberg achterzitten is overigens heel legitiem: laten partijen – die na de vernietiging immers weer om de tafel zullen moeten – bij de voortgezette onderhandelingen ook het schade-aspect maar betrekken⁴⁸⁾.

2.2 Facultatieve bevoegdheid?

Volgens de tekst van het eerste lid van artikel 8:73 Awb kan de rechter, indien daarvoor gronden zijn, op verzoek een schadeveroordeling uitspreken. De wetsgeschiedenis stemt overeen met de letterlijke betekenis van de bepaling: ook als er gronden voor schadevergoeding zijn kan de rechter toch weigeren het verzoek in te willigen; Mok en Tjittes spreken in dit verband van 'legitieme rechtsweigering'⁴⁹⁾.

In zoverre wil artikel 8:73 geen verandering brengen in de mogelijkheid die de Wet op de Raad van State uitdrukkelijk bood, dat de administratieve rechter schadekwesties zou doorschuiven naar de burgerlijke rechter⁵⁰⁾. De achtergrond is, dat niet alle administratieve rechters evenveel ervaring hebben met schadeclaims; er zou dus eerst enige tijd nodig zijn om ervaring op te doen, waarna de weg naar de burgerlijke rechter in onbruik zou kunnen raken, eventueel uitdrukkelijk worden afgeschaft.

⁴⁰⁾ Gegrondverklaring móet leiden tot gehele of gedeeltelijke vernietiging, aldus artikel 8:72, eerste lid, Awb.

⁴¹⁾ Handelingen II 14 juni 1993, blz. 32-16, aangehaald bij Van der Meulen/Konings (zie noot 39), blz. 24.

⁴²⁾ Zie artikel 6:22 Awb: Een besluit ... kan, ondanks schending van een vormvoorschrift, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

⁴³⁾ Daalder e.a., PG II, blz. 480.

⁴⁴⁾ Vergelijk bijvoorbeeld de casus die leidde tot het bekende St. Oedenrode-arrest: HR 24 februari 1984, AB 399 m.n. Van Eijden, NJ 669 m.n. Borman, AB-klassiek 19 m.n. Konijnenbelt (St. Oedenrode/Driessen).

⁴⁵⁾ Lid 1 van art. 6:18 'Het aanhangig zijn van bezwaar of beroep tegen een besluit brengt geen verandering in een los van het bezwaar of beroep reeds bestaande bevoegdheid tot intrekking of wijziging van dat besluit'.

⁴⁶⁾ Spreuwenberg, Aspecten van schadevergoeding, NJB 1994, blz. 1481 (citaat blz. 1483).

⁴⁷⁾ Polak, Kroniek, NJB 1995, blz. 353 (hier 355).

⁴⁸⁾ Om die reden deed ook CRvB 24 oktober 1994, JB 1994/341, nog geen uitspraak op een verzoek om schadevergoeding ter grootte van f 300.000.

⁴⁹⁾ Mok/Tjittes, Formele rechtskracht, RMTh 1995, blz. 383 (hier 396).

⁵⁰⁾ Onder de nieuwe wet vond ik één voorbeeld: College van Beroep studiefinanciering 29 december 1994, JB 1995/37. De wetsgeschiedenis toont dat voor zo'n doorschuifbeslissing een deugdelijke motivering is vereist; zie PG II, blz. 480.

Van Ravels wijst erop dat deze redenering in elk geval niet opgaat voor de ambtenarenrechter: die heeft altijd al schadekwesities behandeld⁵¹⁾. Daar aan kunnen worden toegevoegd de belastingrechter en het CBB. Voor de CRvB geldt dat die sociale-verzekerings- én ambtenarenrechters in huis heeft, zodat hij in staat moet zijn om ook in sociale-verzekeringzaken schadeverzoeken behoorlijk te behandelen. De Afdeling bestuursrecht-spraak is een combinatie van de vroegere Afdelingen geschillen en recht-spraak; geschillen had ruime ervaring met schadevergoedingszaken (heel het terrein van de 'tweede traditie'), rechtspraak had enige ervaring. Ook de ABR moet dus schadezaken zonder problemen kunnen berechten. Dan blijven over de administratieve kamers van de rechtbanken. Die bestaan deels uit vroegere ambtenaren- en sociale-verzekeringsrechters, deels uit nieuwe rechters. Aan hun werkzaamheden kan ook door rechters uit andere sectoren van de rechtbank worden deelgenomen, onder wie ervaren civilisten; maar er kunnen goede redenen zijn geweest om de administratieve kamers, die als institutie nieuw waren en die zonder veel voorbereiding werden belast met een groot aantal vroegere arob-zaken, enige tijd te gunnen om ingereken te raken. Al met al meen ik dat de toestand van de dubbele competentie⁵²⁾ niet lang meer hoeft te duren en liever ook niet lang meer zou moeten duren.

Eén argument voor dit laatste is een systeemargument. In normale gevallen is een vordering bij de burgerlijke rechter niet ontvankelijk indien de zaak aan de administratieve rechter is voorgelegd of had kunnen worden voorgelegd. Na het Changoe-arrest⁵³⁾ geldt deze benadering krachtens de jurisprudentie van de Hoge Raad in beginsel over de hele linie, en de goede redenen voor dat stelsel gelden ook hier.⁵⁴⁾

Op een tweede argument is onder meer door Marion Bense c.s. gewezen⁵⁵⁾: indien de administratieve rechter de schadevraag doorschuift naar de burgerlijke rechter, dreigt de 'redelijke termijn' van artikel 6 EVRM in het gedrang te komen. Ik zou daarom menen dat de administratieve rechter artikel 8:73 verdragsconform moet interpreteren en verzoeken om schadevergoeding inhoudelijk behoort te behandelen.

⁵¹⁾ Van Ravels, Recente ontwikkelingen, TAR 1996, blz. 421 (hier 424).

⁵²⁾ Van der Schans spreekt van 'cumulatieve' en 'alternatieve schadevergoedingsmogelijkheden' (Van der Schans, Schadevergoeding, redelijkheid en billijkheid, blz. 25).

⁵³⁾ HR 28 februari 1992, AB 301 m.n. Van der Burg.

⁵⁴⁾ In vergelijkbare zin Van Wijnen, Het schadevergoedingsartikel, blz. 229, alsmede Van der Meulen, De bestuursrechtelijke schadevordering is exclusief, JB 1996, blz. 339. Mok/Tjittes, Formele rechtskracht, RMTh 1995, blz. 383 (hier 396) en Hartlief/Tjittes, Schadevergoeding, A&V 1995, blz. 92, leggen meer nadruk op het belang van de reservefunctie van de burgerlijke rechter op dit vlak.

Mok & Tjittes menen aan het stelsel te kunnen ontkomen met een beroep op de omstandigheid dat de administratieve rechter pas bevoegd is als de appellant hem om een schadeveroordeling heeft verzocht: 'Als de burger de bestuurskamer niet heeft benaderd' [met een dergelijk verzoek] 'staat geen beroep op de administratieve rechter open, zodat er geen enkele reden is de weg naar de burgerlijke rechter afgesloten te achten'. Dat argument lijkt me evident niet voor herhaling vatbaar.

⁵⁵⁾ Bense/Van Male/Pennarts/Rogier, Naar een nieuw bestuursprocesrecht, NTB 1991, blz. 253 (hier 263).

2.3 Positie burgerlijke rechter na uitspraak administratieve rechter

Over één ding lijkt weinig verschil van mening mogelijk: als de administratieve rechter een inhoudelijk oordeel over het verzoek om schadevergoeding ex art. 8:73 Awb heeft gegeven, dan is een nieuwe vordering bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk⁵⁶⁾. Overigens past hier een klein voorbehoud. In de visie dat thans (nog) een dubbele competentie geldt, zou een uitspraak van de administratieve rechter waarbij slechts een voorlopige schadevergoeding is toegewezen, niet per se tot niet-ontvankelijkheid van de definitieve schadevordering bij de burgerlijke rechter behoeven te leiden; wel is de laatste dan in zoverre aan het oordeel van de administratieve rechter – aangenomen dat dat inmiddels onherroepelijk is geworden – gebonden, dat de aanspraak-in-beginsel op schadevergoeding vaststaat, alleen de omvang kan nog in het geding zijn.

3. Onzuivere en zuivere schadebeslissingen en artikel 3:4 Awb

3.1 Een nieuwe bepaling

Artikel 3:4, tweede lid, Awb bepaalt: De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Blijkens wetsgeschiedenis en literatuur behelst deze bepaling drie aspecten, die alle betrekking hebben op de inhoud van de aan een besluit ten grondslag liggende belangenafweging⁵⁷⁾:

- a) De uit een besluit voor iemand voortvloeiende lasten mogen niet zwaarder zijn dan strikt noodzakelijk is; dit aspect wordt wel 'het beginsel van de minste pijn' genoemd.
 - b) De lasten mogen niet onevenredig zwaar zijn in verhouding tot de doelen die het besluit wil dienen; in dit verband wordt – in overeenstemming met de bewoordingen van de bepaling – gesproken van het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel.
 - c) De uit een besluit voortvloeiende lasten mogen niet veel sterker op één of op sommige belanghebbenden drukken dan op anderen; anders is de 'égalité devant les charges publiques' geschonden. Hier loopt de norm van artikel 3:4, tweede lid, dus over in het gelijkheidsbeginsel.
- Vóór 1994 golden deze normen reeds krachtens ongeschreven recht; in zoverre bevat de Awb niets nieuws en in zoverre zal een belastend besluit onder de Awb niet eerder voor vernietiging wegens het toebrengen van onevenredige, onvoldoende gecompenseerde schade in aanmerking komen dan onder het oude recht het geval was.

⁵⁶⁾ Aldus ook uitdrukkelijk Mok/Tjittes (zie noot 54), RMTh 1995, blz. 396.

⁵⁷⁾ Zie uitvoeriger Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, pt. 7.68 jo pt. 7.31-7.39.

Bij de totstandkoming van het artikel is de bepaling echter uitdrukkelijk in verband gebracht met de nadeelcompensatiejurisprudentie, in het bijzonder die met betrekking tot onzuivere schadebeslissingen⁵⁸⁾; daarbij werd aangekondigd dat gestudeerd werd op de mogelijkheid om op den duur een algemene aansprakelijkheidsregeling ter zake van 'rechtmatig overheidshandelen' in de wet op de nemen⁵⁹⁾. Tegelijkertijd werd met zoveel woorden uitgesproken dat de praktijk en de jurisprudentie zich verder zouden kunnen ontwikkelen op basis van het tweede lid van artikel 3:4.

3.2 Zuivere schadebeslissingen appellabel?

Tegen de achtergrond hiervan is door sommige auteurs de gedachte opgeworpen, beroepen tegen zuivere schadebeslissingen ontvankelijk te achten wanneer de schade is veroorzaakt door een beroepbaar besluit; gevallen dus waarin de schadekwestie in elk geval tot de competentie van de administratieve rechter zou kunnen behoren via de constructie van het onzuivere schadebesluit, alsmede langs de weg van artikel 8:73, eerste lid, Awb.⁶⁰⁾

Intussen heeft de Centrale Raad van Beroep die stap gezet in een uitspraak van 28 juli 1994, AB 1995, 133 m.n. Van Male (renteschade AOW'ster)⁶¹⁾. In een overweging ten overvloede (dus blijkbaar bedoeld als principiële uitspraak) heet het, nadat een verzoek om toekenning van schadevergoeding ex artikel 8:73 niet-ontvankelijk was verklaard omdat het pas was gedaan nadat het geding was geëindigd door intrekking van het beroep:

"Ter voorlichting van partijen merkt de raad nog op van oordeel te zijn dat daarmee de weg naar de administratieve rechter niet definitief is afgesloten. Het staat verzoekster vrij om ter zake van de door haar verlangde vergoeding van renteschade alsnog een besluit van het bestuursorgaan uit te lokken.

Een dergelijk besluit hangt zover samen met het eerdere (appellabele) besluit, waarbij wijziging in de aanspraak op toegekende arbeidsongeschiktheidsuitkeringen is gebracht, dat het, ertoe strekkend om de gestelde renteschade als gevolg van het door de rechtbank vernietigde besluit geheel, gedeeltelijk of niet te vergoeden, als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is aan te merken."

⁵⁸⁾ Daalder/De Groot, PG I, blz. 211-213.

⁵⁹⁾ T.a.p., blz. 213. Inmiddels staat het onderwerp op de agenda van de vijfde tranche, die vooralsnog sine die is (brief van de Minister van Justitie, kamerstukken II 1995/96, 24400 VI, nr. 49); het onderwerp heet inmiddels nadeelcompensatie.

⁶⁰⁾ Onder meer Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, pt. 6.20.

⁶¹⁾ Zie ook de annotatie door Van Ravels, Denk mee met Van B.I., in L.J.A. Damen e.a. (red.), *Rechtspraak Bestuursrecht 1994-1995*: de annotaties, nr. 5. De Centrale Raad herhaalde zijn standpunt in CRvB 10 oktober 1995, JB 291, alsmede in CRvB 8 november 1995, AB 1996, 191 m.n. Sinninghe Damsté, AA 1996 blz. 574 m.n. Drupsteen (zieke schilder).

3.3 Scheltema

Deze uitspraak riep gemengde reacties op⁶²⁾. Bij de tegenstanders liepen de redeneerlijnen van Drupsteen 1995 (opgeschreven vóór de uitspraak van de Centrale Raad) en Scheltema sterk parallel. Ik citeer Scheltema:

"M.i. is het resultaat gelukkig, maar de redenering waarlangs die wordt bereikt niet. Het is in ons rechtssysteem uiterst gewrongen en praktisch ook niet gewenst een beslissing over schadevergoeding in een geval als dit [de casus van CRvB 28 juli 1994 - WK] als een publiekrechtelijke rechtshandeling te beschouwen. Beter kan men langs een andere weg hetzelfde einddoel bereiken.

(.)Het is gewrongen een beslissing tot schadevergoeding bij onrechtmatige daad als een besluit in de zin van de Awb te beschouwen alleen op grond dat de schade veroorzaakt is door een publiekrechtelijke (rechts)handeling. De gevolgen daarvan passen niet in het huidige rechtssysteem:

a) Het zou betekenen dat de burgerlijke rechter in het geheel niet over deze schadevergoeding zou mogen oordelen: hij mag niet over besluiten oordelen die tot de bevoegdheid van de bestuursrechter behoren.

Zoals gezegd heeft de wetgever dit juist niet gewild. Waarschijnlijk is dan ook dat de burgerlijke rechter zich in voorkomende gevallen wel met een vordering tot schadevergoeding zal willen bezig houden. Hij zal dus een beslissing over schadevergoeding blijven beschouwen als een beslissing naar burgerlijk recht, en niet als een besluit. (Art. 8:73 zou in de benadering van de rechtbank [die evenals de Centrale Raad een zelfstandige schadebeslissing als appellabel besluit had aangemerkt; hier ging het om een ambtenarenzaak - WK] ook als geheel overbodig zijn te beschouwen.)

b) Er bestaan veel gevallen waarin publiekrechtelijk optreden van de overheid niet ter beoordeling van de bestuursrechter staat. Men denke aan de van beroep uitgezonderde besluiten en aan feitelijk optreden door de overheid, zoals de politie. De benadering van de rechtbank dwingt tot de conclusie dat beslissingen over schadevergoeding dan eveneens besluiten zijn, zodat de bestuursrechter daarover oordeelt.

Die gevolgen passen niet in het huidige stelsel. Het zou bijv. betekenen dat schade geleden door een onrechtmatige verordening exclusief door de bestuursrechter beoordeeld zouden moeten worden. Dat kan niet de bedoeling zijn zolang art. 8:2 een beroep daartegen juist uitsluit. Ook zou schadevergoeding als gevolg van onjuiste belastingaanslagen naar de bestuursrechter moeten gaan: de belastingrechter oordeelt alleen over de aanslag, en niet over de beslissing ten aanzien van de schadevergoeding, terwijl die ook niet valt onder de uitzondering van art. 8:4 onder g Awb.

⁶²⁾ *Contra*: Scheltema, noot onder rechtbank Groningen 14 april 1994, AB 1995, 131 (Groningse operatie-assistente), alsmede Mok/Tjittes, *Formele rechtskracht*, RMTh 1995, blz. 383 (hier 397). Eerder al had Drupsteen zich uitgesproken tegen het aanmerken van zuivere schadebeslissingen als appellabele besluiten (*Bestuurschade*, 1995, blz. 18); in zijn in de vorige noot aangehaalde *Ars Aequi*-annotatie lijkt hij het standpunt van de CRvB echter te aanvaarden.

Pro: Spreuwenberg, *Aspecten van schadevergoeding*, NJB 1994, blz. 1481 (hier 1483/1484); Van Male, noot onder de uitspraak in AB 1995, 133; Van Buuren, *Zelfstandige schadebesluiten*, NJB 1995, blz. 319; Polak, *Kroniek NJB 1995*, blz. 353; Van der Meulen, *De bestuursrechtelijke schadevordering is exclusief*, JB 1996, blz. 339 (hier 344/345); van Ravels, noot onder CRvB 1 december 1994, TAR 1995, blz. 372.

Brenninkmeijer, *Spannend bestuursrecht*, NJB 1994, blz. 12 (hier 15) had reeds de hoop uitgesproken dat de sociale-verzekeringsrechter en de ABR, in navolging van de ambtenarenrechter en het CBB, ertoe zouden overgaan zuivere schadebeslissingen appellabel te achten. 'Als grensbepaling kan daarbij gelden de vraag of het schadebesluit valt in het kader van een rechtsbetrekking met een bestuursorgaan die (overigens) door het bestuursrecht wordt beheerst (bijv. de verhouding tussen de ambtenaar en de werkgever en de verhouding tussen het vergunningverlenende orgaan en de aanvrager.' - Dat is inderdaad de benadering die ambtenarenrechter en College van Beroep voor het bedrijfsleven sinds jaar en dag praktiseren; vergelijk boven, hoofdstuk 1, par. 1.2. de vijfde traditie.

Ook schade ten gevolge van feitelijk overheidsoptreden zou in het voetspoor van deze redenering door de bestuursrechter beoordeeld moeten worden.

() Hetzelfde resultaat – de bestuursrechter die over een besluit heeft geoordeeld moet ook uitspraak kunnen doen over de daardoor veroorzaakte schade – kan met een andere redenering eveneens worden bereikt.

Op grond van art. 8:73 kan de rechter, indien de schade als gevolg van een vernietigd besluit niet direct kan worden vastgesteld, de zaak aanhouden voor nader onderzoek. In een geval als dit [weigering iemand tot sectorhoofd te benoemen, in strijd met gedane toezeggingen – WK] had hij derhalve partijen de gelegenheid kunnen geven een standpunt over de schadevergoeding in te nemen nadat het bestuursorgaan een nieuw besluit zou hebben genomen. Eventuele meningsverschillen had hij dan kunnen beslechten.

Die benadering past beter in het stelsel van taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Zij geeft de bestuursrechter de mogelijkheid de schadevergoeding steeds te beoordelen indien hij reeds over het schadeveroorzakende besluit heeft geoordeeld, maar breidt die bevoegdheid niet uit tot gevallen waarin een andere rechter over een dergelijk besluit te oordelen heeft.

Praktisch heeft zij bovendien nog het voordeel dat een geschil over de schadevergoeding een onderdeel blijft van het beroep tegen het schadeveroorzakende besluit. Er is dus niet opnieuw griffierecht verschuldigd en er behoeft geen bezwaarschriftprocedure te worden gevolgd.”

Dat zijn indrukwekkende bezwaren. Maar overtuigen ze ook?

Ik stel voorop dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de geannoteerde ambtenarenzaak en de in de noot eveneens genoemde uitspraak van de Centrale Raad van 28 juli 1994.

In ambtenarenzaken (evenals in p.b.o.-zaken) heeft de wet het nu eenmaal zo geregeld dat beroep niet alleen openstaat tegen besluiten maar ook tegen (feitelijke) handelingen. De rechtbank behoefde zich in de zaak van de Groningse operatie-assistente dan ook helemaal niet af te vragen of de weigering, de betrokkene een schadevergoeding toe te kennen vanwege het feit dat ze ondanks toezeggingen bij een benoeming was gepasseerd, wel appellabel was bij de administratieve rechter. De weigering was een handeling van de overheid-werkgeefster (bestuursorgaan) jegens een ambtenares waarbij de ambtenares ‘als zodanig’, dat wil zeggen in haar hoedanigheid van personeelslid betrokken was. En daarmee was de weigering beroepbaar bij de bestuursrechter, dankzij artikel 8:1, tweede lid, juncto het eerste lid.

De Awb-wetgever stond voor de keus tussen twee kwaden: óf een eenvoudige stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid invoeren, waarbij de rechtsingang altijd moest worden gevonden via de besluitfiguur (en daarmee de omvang van de toegang tot de bestuursrechter in het ambtenarenrecht en in p.b.o.-zaken verkleinen t.o.v. de situatie van vóór 1994), óf de bestaande mogelijkheden van toegang tot de administratieve rechter respecteren ook waar die meer betrof dan alleen besluiten (en dan de eenheid van het stelsel in zoverre opofferen). Er is om begrijpelijke redenen gekozen voor het laatste. Maar wanneer vervolgens gebruik wordt gemaakt van de ruime toegang gaat het niet aan zich erover te beklagen dat dit niet past in het stelsel: de eenheid van het stelsel was door de wetgever zelf in beperkte mate aangetast.

In beperkte mate. Want buiten het ambtenarenrecht en het p.b.o.-domein zijn alleen *besluiten* appellabel bij de administratieve rechter, en van de uitzonderingen hoeft dus niet zonder meer een olievlekwerking uit te gaan. Bezien we het criterium dat de Centrale Raad van Beroep aanlegde in de uitspraak renteschade AOW’ster van 28 juli 1994, dan moet worden geconstateerd dat de grens ook daar duidelijk is getrokken: alleen schade die is veroorzaakt door een appellabel besluit hangt met dat laatste zozeer samen, dat een beslissing op een verzoek⁶³⁾ om vergoeding van die schade in aanmerking komt voor de kwalificatie ‘besluit’. Kortom, de beer is heus niet los. Daar komt nog iets bij. Scheltema wijst er terecht op dat het schadeverzoek wel onder de competentie van de administratieve rechter valt wanneer het wordt ingediend via de weg van artikel 8:73 Awb. Maar dat betekent toch dat de kwestie daarmee legaal onder de rechtsmacht van de administratieve rechter kan worden gebracht? Indien het rechtsom – via artikel 8:73 Awb – zonder problemen kan, waarom moet er dan zoveel stampij worden gemaakt als de rechter toestaat linksom (via het zuivere schadebesluit, onlosmakelijk gekoppeld aan een hoe dan ook appellabel besluit) in feite hetzelfde resultaat te bereiken?

Ook in een iets ander verband kan de zaak worden benaderd met een linksom-rechtsombetoog⁶⁴⁾. Alom is aanvaard – ook in de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht⁶⁵⁾ – de methode van de ‘onzuivere schadebesluiten’: een besluit wordt vernietigd omdat de eruit voortvloeiende schade voor een belanghebbende onevenredig is, terwijl niet of onvoldoende is voorzien in de vergoeding van die schade. Langs deze weg kan een belanghebbende die wel wil erkennen dat het besluit in beginsel terecht is genomen, maar die alleen⁶⁶⁾ verlangt dat hem passende schadevergoeding wordt geboden, ontvankelijk zijn in zijn beroep tegen het besluit. Op deze wijze kan echter jarenlang onzeker blijven of de hoofdzaak van het bestreden besluit (de intrekking of de verlening van een vergunning bijvoorbeeld) ooit rechtens onaantastbaar zal worden. Door hier de figuur van de zuivere schadebeslissing als afzonderlijk beroepbaar besluit te accepteren kan het belang van degene die (of van het milieu dat) gebaat is bij de hoofdzaak, worden gediend (tegen het besluit hoeft geen beroep te worden ingesteld, het kan dus spoedig formele rechtskracht krijgen), zonder dat de gelaedeerde medebelanghebbende gekort wordt in zijn mogelijkheden om schadevergoeding toegewezen te krijgen via de administratieve rechter. Dit perspectief kan er onder omstandigheden zelfs toe leiden dat de onderhandelingen over eventuele schade-

⁶³⁾ Volgens de terminologie van de Awb zouden we eigenlijk moeten spreken van een aanvraag; zie art. 1:3, derde lid.

⁶⁴⁾ De lezer begrijpt dat ik het niet over mijn hart kan verkrijgen, hier het beladen begrip tweewegenleer te hanteren.

⁶⁵⁾ Zie PG I, blz. 211; zie ook blz. 213, het voorlopig verslag II.

⁶⁶⁾ En onder omstandigheden terecht; men beluistert in mijn woorden geen misprijzen.

vergoeding in veel rustiger vaarwater – onder een veel gunstiger gesternte, zo men wil – kunnen plaatsvinden dan wanneer een en ander alleen kan worden uitgevochten via de methode van het onzuivere schadebesluit, wil men de toegang tot de administratieve rechter niet verliezen.

Wanneer maar wordt vastgehouden aan het connexiteitsvereiste zoals de Centrale Raad dat heeft geformuleerd, dan wordt het stelsel van de Awb helemaal niet ondermijnd door zuivere schadebeslissingen appellabel te achten, zo is mijn slotsom.

Het door Scheltema genoemde argument van het extra griffierecht valt om twee redenen niet serieus te nemen. In de eerste plaats vanwege de *volenti non fit iniuria* regel: wie beroep instelt tegen een zuivere schadebeslissing kiest vrijwillig voor deze weg; hij of zij had ook kunnen opteren voor de methode van het onzuivere schadebesluit of voor een verzoek krachtens artikel 8:73 Awb. Ten tweede bleek boven dat juist de figuur van het appellabele, zuivere schadebesluit soms kan voorkómen dat beroep moet worden ingesteld tegen de hoofdzaak van het besluit, zodat uiteindelijk toch met één beroepsgang kan worden volstaan. Ook van het bezwaar dat verschillende rechters over één zaak zouden moeten oordelen – de auteur noemt onder meer ‘de belastingrechter en de bestuursrechter’ – ben ik niet ondersteboven. Nog afgezien daarvan dat ook de belastingrechter een bestuursrechter (administratieve rechter) is, moet het connexiteitsvereiste waarvan we uitgaan bij zuivere schadebesluiten ook leiden tot connexiteit van rechtsgang: de rechter die de bevoegde rechter is voor het schadeveroorzakende besluit, is tevens de rechter die bevoegd is ten aanzien van het beroep tegen het daarmee connexe schadebesluit.

3.4 Termijn

Voor beroep tegen onzuivere schadebesluiten gelden de normale, betrekkelijk korte beroepstermijnen. Schadevergoeding via artikel 8:73 Awb wordt meegenomen in de normale beroepsprocedure; moet een schade-staatprocedure worden gevoerd met behulp van het tweede lid van artikel 8:73, dan kunnen zowel de rechter als de meest gerede partij erop toezien dat de zaak niet te lang blijft slepen.

Tot wanneer kan een aanvraag om een zuiver schadebesluit worden ingediend? Hier zou ik – net als wanneer het civiele alternatief in beeld komt, de actie uit onrechtmatige daad – willen vastknopen aan de verjaringstermijn die artikel 3:310 BW geeft voor rechtsvorderingen tot vergoeding van schade: vijf jaar; in plaats van de opeisbaarheid moet dan misschien de dag waarop het schadeveroorzakende besluit formele rechtskracht kreeg worden genomen, tenzij de schade pas later blijkt. Hoe dan ook, als uitgangspunt voor verder redeneren kan mijns inziens de vijf-jarentermijn van de genoemde bepaling worden genomen.

3.5 En de Afdeling bestuursrechtspraak?

Na de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in de zaak van de renteschade van de AOW’ster werd van verschillende kanten de vraag gesteld: hoe zal de Afdeling bestuursrechtspraak oordelen? Voorzover ik weet is de Afdeling nog niet met een zaak geconfronteerd die haar de gelegenheid bood zich uit te spreken. Maar wanneer men weet dat er geregeld overleg is tussen de voorzitters en presidenten van de hoogste administratieve gerechten, dat erop is gericht zoveel mogelijk eenheid te bereiken in de toepassing van de Algemene wet bestuursrecht, dan lijkt het niet onredelijk te verwachten dat ook de Afdeling het zelfstandige schadebesluit zal omarmen, met soortgelijke connexiteitseisen als de Centrale Raad stelt.

4. Administratieve rechter en burgerlijke rechter

In het voorgaande werd zichtbaar dat de weg die de Awb-wetgever voor zich zag: een ruimere rol voor de administratieve rechter als schadevergoedingsrechter bij schadeclaims jegens de overheid, inderdaad wordt bewandeld. Het komt niet tot vrijwel niet voor dat de administratieve rechter verzoeken om schadevergoeding, gedaan op basis van artikel 8:73 Awb in geval hij een bestreden besluit vernietigt, weigert te behandelen en de vordering doorverwijst naar de civiele rechter. Het toetsen van ‘onzuivere schadebesluiten’ – onderzoeken of een besluit voor vernietiging in aanmerking komt vanwege de omstandigheid dat onevenredige schade, veroorzaakt door het besluit, niet of onvoldoende dreigt te worden vergoed – moge niet dagelijks voorkomen, deze techniek behoort inmiddels wel tot de normale uitrusting van de administratieve rechter, en het bestaan van artikel 3:4, tweede lid, Awb maakt deze route praktisch gesproken wat gemakkelijker toegankelijk dan voorheen. Zuivere schadebeslissingen, vroeger alleen appellabel bij het CBB in p.b.o.-zaken en bij de ambtenarenrechter, zijn ook beroepbaar gebleken in sociale-verzekeringsverhoudingen, en het ligt in de lijn der verwachtingen dat de leer van de ‘connexe zuivere schadebeslissingen’ algemeen door de administratieve rechters zal worden aanvaard zodra de gelegenheid zich voordoet.

Daarmee ondergaat de verhouding burgerlijke rechter/administratieve rechter verandering. Van die verandering zal ik in het onderstaande nog enkele contouren wat nader onderzoeken. In de eerste plaats is het van belang om te onderzoeken of de ontwikkeling zich verdraagt met artikel 112 van de Grondwet, dat – in een traditie die teruggaat tot de Grondwet van 1815 – de berechting van geschillen over schuldvorderingen in beginsel aan de burgerlijke rechter opdraagt. In de tweede plaats besteed ik aandacht aan de vraag of – voorzover de Grondwet daartoe ruimte biedt – het wenselijk is verder in de richting van het Franse recht te koersen, waar

de administratieve rechter de 'gewone' rechter is met betrekking tot schadevorderingen jegens de overheid en de burgerlijke rechter een naar verhouding bescheiden rol speelt. Daarna enkele woorden over de klassieke, rechtstheoretische kwestie of er plaats is voor een leerstuk (en voor een jurisprudentie) van schadevergoeding bij *rechtmatige* overheidsdaad. Tot slot toch nog een stukje materieel recht: wanneer kan het primaire besluit reeds tot schadeplichtigheid van de overheid leiden, en wat is de betekenis van bezwaarprocedures en procedures van administratief beroep in dit verband?

4.1 Artikel 112 Grondwet

Sedert de grondwetsherziening van 1983 luidt artikel 112 van de Grondwet:

"1. Aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen.
2. De wet kan de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, opdragen, hetzij aan de rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren. De wet regelt de wijze van behandeling en de gevolgen van de beslissingen."

In hoeverre wordt hier een monopolie voor de burgerlijke rechter gevestigd voor het beslissen van schadeclaims, in het bijzonder schadeclaims jegens de overheid?⁶⁷⁾

Allereerst moet er in dit verband op worden gewezen dat de Grondwet de aanduiding 'burgerlijke rechter' (of 'civiele rechter') niet kent; naar postnapoleontisch gebruik spreekt ze alleen over de rechterlijke macht. Welke gerechten horen daartoe? Volgens artikel 116, eerste lid, is het aan de wetgever om die vraag te beantwoorden: 'De wet wijst de gerechten aan die behoren tot de rechterlijke macht'. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 116 blijkt dat allereerst is gedacht aan de gerechten die blijkens artikel 1 RO (traditioneel) tot de rechterlijke macht behoren, te weten de kantongerechten, de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad, maar dat de wetgever de vrije hand moest hebben om desgewenst ook administratieve rechters aan te wijzen als behorend tot de rechterlijke macht.⁶⁸⁾

⁶⁷⁾ Ik ga hier niet in op de vraag wanneer een overheidslichaam (d.w.z. een rechtspersoon) moet worden 'gedaagd' en in welke gevallen een bestuursorgaan. Voor de in de tekst behandelde kwestie kan dat in het midden blijven; daarom gebruik ik veelal de betrekkelijk neutrale term 'overheid'.

⁶⁸⁾ Zie nader over artikel 116: Akkermans/Koekkoek (red.), De Grondwet (2e dr. 1992), blz. 1016 (C.J.Bax); Kortmann, De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987 (2e dr. 1987), blz. 325; Van der Pot/Donner/Prakke c.s., Handboek van het Nederlandse staatsrecht (13e dr. 1995), blz. 575 (Van Wissen). Over artikel 112 in het bijzonder Th.G.M. Simons, De rechterlijke bevoegdheid ingevolge artikel 112 van de grondwet, in: gegeven de Grondwet (CZW-bundel. 1988), blz. 197, alsmede R.J.G.M. van Widdenhoven/P.J.J. van Buuren, Van vangnet naar stok achter de deur, in: De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg (Burkens-bundel, 1995), blz. 409.

In de tweede plaats zijn er nu reeds administratieve rechters die behoren tot de rechterlijke macht in de zin van het bestaande artikel 1 RO. Vancouds was dat al zo met de 'gewone rechter'⁶⁹⁾ als administratieve rechter', met name de belastingkamers bij de hoven en de derde kamer (belastingen en onteigeningen) van de Hoge Raad. Sedert de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie (omvorming van ambtenarenrecht en raad van beroep tot kamer van de rechtbank) en de 'voltooiing' daarvan met de Wet v.e.f. (waarbij deze kamers werden omgevormd tot algemene administratieve kamers, zie de artikelen 55b en 55c RO) behoort ook de gewone administratieve-rechter-in-eerste-aanleg tot de rechterlijke macht.

Derdens moet het eerste lid van artikel 116 Gw. worden gelezen in samenhang met het tweede lid. Dan blijkt dat de Grondwet alleen van schuldvorderingen 'die ... uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan' bepaalt dat geschillen daarover bij de rechterlijke macht thuishoren.

Wanneer we artikel 116 historisch en teleologisch nader zouden bezien, zou zelfs de conclusie van de vorige alinea nog wat kunnen worden afgezwakt; verdedigbaar lijkt de stelling dat we in artikel 116 voor geschillen met de overheid⁷⁰⁾ niet veel meer hoeven te zien dan wat de Duitsers een *Rechtsweggarantie* noemen zoals artikel 19, vierde lid, van het Bonner Grundgesetz inhoudt⁷¹⁾. Dan vormt artikel 116 in geschillen met de overheid vooral de basis voor de reserverol van de burgerlijke rechter: voorzover er geen bevoegde administratieve rechter valt aan te wijzen, kan een belanghebbende terugvallen op de mogelijkheid van een civiele actie tegen de overheid – onrechtmatige daad, *condictio indebiti*, wanprestatie, met inbegrip van de bijbehorende kort-edingmogelijkheid.

Maar ook wie de vorige alinea niet zonder meer wil omarmen zal op basis van de drie daarvoor gegeven argumenten tot de conclusie moeten komen dat een ontwikkeling waarin de administratieve rechter steeds meer schade-rechter wordt – en dat ten detrimente van de ontvankelijkheid van vorderingen bij de burgerlijke rechter⁷²⁾ – niet op grondwettelijke problemen stuit.

⁶⁹⁾ Naar het klassiek juridisch spraakgebruik waren gewone rechter en rechterlijke macht synoniem.

⁷⁰⁾ Daarnaast heeft de bepaling de rol van oud artikel 2 RO overgenomen, maar dat kan hier verder blijven rusten.

⁷¹⁾ 'Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. (...)'

⁷²⁾ De regel die wil dat bevoegdheid van de administratieve rechter niet-ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter impliceert – de dusgenaamde leer van de formele rechtskracht van beroepbare alsmede van zonder succes beroepen besluiten, met de bijbehorende onaantastbaarheid van het oordeel van de administratieve rechter – beschouw ik als een vaststaand element van onze rechtsorde. Voor meer gegevens mag ik verwijzen naar mijn noot onder het St. Oedenrode-arrest HR 24 februari 1984 in AB-klassiek nr. 19, alsmede naar de noot van Ten Berge onder het arrest Heesch/Van de Akker, HR 16 mei 1986, AB-klassiek nr. 21. En voor een lichte, tijdelijke relativering, zie boven, hoofdstuk 2, par. 2.2 (Facultatieve bevoegdheid?).

4.2 Naar een Frans stelsel?

Ligt de weg daarmee open naar het Franse stelsel?

Het Franse rechtsstelsel berust nog steeds op enkele beginselen van de Franse revolutie van 1789. Niet alleen is de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* uit dat jaar nog geldend recht⁷³; ook geldt nog steeds artikel 7 van een decreet uit 1789⁷⁴:

"7. Elles [les administrations de département et de district – WK] ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire."

Bekender is artikel de wet van 16 en 24 augustus 1790 betreffende de rechterlijke organisatie:

"13. Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs (...)"

En ten slotte het decreet van 16 fructidor an III⁷⁵:

"Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit."

Tegen deze achtergrond valt het arrest Blanco uit 1873⁷⁶ te begrijpen, waarin de rechtsmacht van de administratieve rechter met betrekking tot schadevorderingen jegens de overheid principieel werd gevestigd.

Daarbij moet men weten dat 'de' Franse administratieve rechter, de (*Section du contentieux* van de) Conseil d'État, in de Franse beeldvorming niet behoort tot de wereld van de rechters maar tot die van het openbaar bestuur. Ingesteld door Napoleon als adviseur voor aan hem voorgelegde geschillen, had de Conseil d'État⁷⁷ zich ontwikkeld tot gezaghebbend instituut, waarvan de adviezen in geschillen altijd werden gevolgd. In 1872 werd de Conseil d'État zelfstandige administratieve rechter; voor het beslissen van competentiegeschillen tussen de Conseil d'État en de gewone rechter werd het Tribunal des Conflits ingesteld. Dat de Conseil d'État onderdeel van het bestuursapparaat is, komt onder meer tot uit-

⁷³ Zie de preambule van de grondwet van 1958. De rechter – Conseil constitutionnel en Conseil d'État – wil zich daarop nogal eens beroepen bij het proclameren van een beginsel van behoorlijk bestuur (*principe général du droit*).

⁷⁴ Décret du 22 décembre 1789, relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives.

⁷⁵ 1 september 1795.

⁷⁶ Tribunal des Conflits 8 februari 1873, Grands arrêts nr. 1.

⁷⁷ Ik spreek hier alleen van de Section du contentieux. Daarnaast kende en kent de Conseil d'État een aantal 'administratieve afdelingen', belast met wetgevingsadvisering.

drukking in de omstandigheid dat veel staatsraden werkzaamheid als (hoge) staatsambtenaar en als staatsraad met een zekere frequentie afwisselen. Dit neemt niet weg dat de Conseil d'État als een – vooral krachtens traditie en status – binnen de administratie volstrekt onafhankelijk opererende autoriteit wordt beschouwd; zo zijn staatsraden in theorie wel, in de praktijk niet afzetbaar.

De affaire Blanco. Agnès Blanco, een klein meisje, was aangereden door een kar van de staatstabaksonderneming te Bordeaux. Vader Blanco eiste in een onrechtmatige-daadsactie bij de gewone rechter schadevergoeding van de staat. Toen werd de vraag opgeworpen of de burgerlijke rechter eigenlijk wel bevoegd was de zaak te berechten: hoorde deze zaak niet veeleer bij de administratieve rechter thuis?

Het Tribunal des Conflits (in mijn vertaling):

dat de aansprakelijkheid die op de Staat kan rusten in geval van schade, toegebracht aan particulieren ten gevolge van het handelen van personen die hij heeft aangesteld in openbare dienst, niet kan worden geregeerd door de beginselen die in het burgerlijk wetboek zijn neergelegd voor de verhoudingen tussen particulieren;

Dat deze aansprakelijkheid noch algemeen is noch onbeperkt; dat ze haar eigen, bijzondere regels kent, die variëren al naar gelang de behoeften van de dienst en de noodzaak om de rechten van de Staat in overeenstemming te brengen met private rechten;

Dat mitsdien (...) alleen het administratieve gezag [d.w.z. de administratieve rechter: de Conseil d'État – WK] bevoegd is er kennis van te nemen; (...)"

Met dit arrest werd het domein van de onrechtmatige overheidsdaad principieel onder de administratieve rechter gebracht. Dat is tot de dag van vandaag in wezen zo gebleven, zij het dat de wetgever sommige deelgebieden heeft overgeheveld naar de burgerlijke rechter en dat ook de jurisprudentie enkele deelgebieden aan de burgerlijke rechter heeft toebedeeld, waaronder het handelen van staatsbedrijven *à caractère industriel et commercial*⁷⁸.

Deze voor onze begrippen nogal ruime bevoegdheid hangt direct samen met de Franse invulling van het beginsel van de scheiding der machten, zoals die blijkt uit het vorenstaande: bemoeienis van de gewone rechter met overheidshandelen zou schending betekenen van de constitutionele beginselen die heilig zijn sedert de Revolutie van 1789.

In Nederland ligt dat anders. Voor ons gaat het er allereerst om dat rechters onafhankelijk moeten zijn. Om te voorkómen dat een onafhankelijke rechter – om het even of die het etiket 'administratief' dan wel 'gewoon' draagt – zich op ontoelaatbare wijze met het overheidsbeleid zou bemoeien, hebben wij de figuur van de *marginale beleidstoetsing* uitgevonden,

⁷⁸ Curieus is dat onder meer de aansprakelijkheid in verband met verkeersongevallen – om volstrekt begrijpelijke redenen overigens – eind 1957 in haar geheel onder de burgerlijke rechter werd gebracht, zodat de casus-Blanco sedertdien juist niet meer onder de administratieve rechter zou vallen; de Régie des tabacs zou nu trouwens ook wel worden aangemerkt als industrieel en commercieel.

recent nog met enige nadruk door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bevestigd onder het regime van de Algemene wet bestuursrecht⁷⁹⁾. In die traditie is algemeen aanvaard dat de onrechtmatige overheidsdaad tot het domein van de administratieve rechter behoort voorzover de wet hem als bevoegde rechter heeft aangewezen, maar dat een vordering bij de gewone rechter mogelijk blijft voor alle gevallen waarin de administratieve rechter niet bevoegd is. Thans is het globale patroon zo, dat de administratieve rechter is aangewezen om de rechtmatigheid van besluiten te beoordelen. Daarbij sluit aan de vergoeding van schade die rechtstreeks samenhangt met besluiten welke bij de administratieve rechter beroepbaar zijn. Ik zie geen reden om een echte systeembreuk te bepleiten en ook schade, van overheidswege veroorzaakt zonder dat er een onmiddellijk verband met een besluit is, onder de administratieve rechter te brengen. Laat de Fransen het maar *à la française* doen, wij doen het wel op z'n hollands.

4.3 Rechtmatige of onrechtmatige overheidsdaad?

Een oude strijdvraag betreft de kwestie of het bij de vergoeding van schade, veroorzaakt door bestuursbesluiten die in beginsel nodig of aanvaardbaar zijn vanwege het 'algemeen belang', om rechtmatig bestuurshandelen gaat dan wel om onrechtmatig bestuurshandelen⁸⁰⁾.

Hoewel de vraag rechtstheoretisch even interessant is in de gevallen waarin de wetgever aan bepaalde handelingen een uitdrukkelijke schadevergoedingsplicht verbindt, beperk ik me hier tot de gevallen waarin bestuur en rechter zonder een dergelijke wettelijke basis moeten beslissen of er een rechtsplicht bestaat tot vergoeding van toegebrachte schade.

Tjittes heeft, na te hebben vastgesteld dat zowel in de rechtmatige-daad-opvatting als in de onrechtmatige-daadopvatting de basis voor de schadevergoedingsplicht wordt gevonden in de (schending van de) *égalité* devant les charges publiques, gesteld dat het eigenlijk om niet meer dan een semantische kwestie gaat⁸¹⁾. Van Berk zou daarvan vinden dat aldus verzuimd wordt twee vragen te scheiden, – in mijn termen – de of-vraag en de hoe-vraag: enerzijds *waarom* er een schadevergoedingsplicht kan

bestaan, anderzijds *wanneer* aansprakelijkheid moet worden aangenomen⁸²⁾. Van Berks analytische onderscheid tussen de vraag naar de rechtsgrondslag voor aansprakelijkheid en het eventuele aansprakelijkheids criterium is m.i. theoretisch juist. Het is ook van praktisch belang voor de rechtspraak. De burgerlijke rechter kan – als er geen specifieke wettelijke grondslag is voor het toekennen van schadevergoeding – alleen in onrechtmatige daad een grondslag vinden om tot schadeveroordeling te kunnen besluiten; ondanks Bloembergens herhaalde pleidooien voor erkenning van een leerstuk van schadevergoeding bij rechtmatige daad, daarmee de Quint/Te Poel-leer doortrekkend⁸³⁾. Voor de administratieve rechter – om wie het hier met name gaat – geldt iets soortgelijks als voor de burgerlijke rechter vooral wanneer het gaat om 'onzuivere schadebesluiten': een schadetoebrengend besluit wordt vernietigd (dus: is onrechtmatig) *omdat* (en zolang) de vergoeding van de schade aan een belanghebbende niet voldoende is geregeld; zonder dit element van onrechtmatigheid zou de rechter geen grond hebben om tot vernietiging van het bestreden besluit over te gaan.

De brug tussen de onrechtmatige en de rechtmatige daad wordt hier geslagen door wat Van Maarseveen in een vroeg geschrift de relativiteit van de onrechtmatige daad noemde⁸⁴⁾ en wat ik zelf wel graden van onrechtmatigheid heb genoemd⁸⁵⁾. Een bestuursbesluit moet veelal aan een reeks vereisten voldoen, wil het (geheel) rechtmatig zijn. Schematisch gesproken: het moet bevoegdelijk zijn genomen, goed zijn voorbereid, inhoudelijk aan een aantal criteria voldoen, goed zijn gemotiveerd en geredigeerd, behoorlijk zijn bekendgemaakt. Op allerlei punten kan er iets mis gaan. Bij de onzuivere schadebesluiten is de kwestie vooral of er inhoudelijk niet iets fout is, bij de belangenafweging, de 'evenredigheid' zoals het tweede lid van artikel 3:4 Awb het noemt. Op bijna alle onderdelen kan een besluit correct zijn, en in zoverre dus rechtmatig, maar als het op één punt ontoelaatbaar niet correct is, moet het eindoordeel luiden: onrechtmatig.

Daarmee is tevens gezegd dat Tjittes' uitsmijter uit 1993: dat 'in Nederland het adagium geldt: *the King can only do wrong*'⁸⁶⁾ niet juist is. Wel geldt: *the King can easily do wrong*. En heeft de Koning daarbij een onderdaan schade toegebracht, dan zal Hij die schade doorgaans moeten vergoeden; is de schade door een 'koninklijk' besluit toegebracht, dan kan

⁷⁹⁾ ABR 9 mei 1996, JB 158 m.n. Stroink (Maxis en Praxis).

⁸⁰⁾ Voor een overzicht: A. Holleman, Schadevergoeding bij rechtmatige bestuurshandelingen van de overheid (prft. Twenthe 1985), blz. 65; Janette A.M. van Berk, Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid (prft. Utrecht 1991), hs. 2. Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, pt. 10.87 e.v., alsmede Tjittes, Gezichtspunten, NTBR 1993, blz. 143. Van Berk komt overigens zelf nauwelijks aan de vraag toe, doordat ze zich nu eenmaal beperkt had tot een onderzoek naar vergoeding van 'rechtmatig' door de overheid toegebrachte schade.

⁸¹⁾ Zie noot 80 (blz. 148).

⁸²⁾ Proefschrift (zie noot 80), blz. 39.

⁸³⁾ Zie onder meer zijn conclusie als waarnemend advocaat-generaal bij het arrest inzake de Van der Valk-ontvoerder, HR 26 januari 1990, AB 251 m.n. Van der Burg (Staat/Bekkers).

⁸⁴⁾ H.Th.J.F. van Maarseveen, Een opmerking over de onrechtmatige overheidsdaad, NJB 1954, blz. 914.

⁸⁵⁾ Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, 7e dr. 1990, blz. 456/457. In de bewerking van dit onderdeel door Van Male wordt een wat andere redenering gevolgd (Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, pt. 10.87, blz. 664-666).

⁸⁶⁾ Zie noot 80 (blz. 149).

de administratieve rechter de schadevergoeding toekennen; in andere gevallen wordt het doorgaan de burgerlijke rechter.

4.4 De rechters en het schademoment

Een materieelrechtelijke excursie tot besluit, omdat ik de indruk heb dat er iets over te zeggen valt. Er heerst enige onzekerheid over de vraag van wanneer af schade geleden wordt als een besluit door de administratieve rechter is vernietigd, indien aan het beroep bij de rechter een bezwaarschriftprocedure of administratief beroep is voorafgegaan.

Nadat *HR 30 januari 1981, NJ 1982, 55, AB 365 m.n. Steenbeek, AA blz. 358 m.n. Wessel (Zevenaar/De Wingerd)* nog de indruk had gevestigd dat het ogenblik waarop in administratief beroep wordt beslist bepalend is voor het ogenblik waarop de schade ingaat, oordeelde *HR 26 februari 1988, NJ 489, Gst 6857.8 m.n. Damen (Ijsselmuiden/Brink)* dat bepalend is niet de dag waarop de gemeenteraad in beroep beslist of had moeten beslissen, maar de datum waarop de vergunning ten onrechte is geweigerd.

In Zevenaar/De Wingerd hadden B.enW. een bouwvergunning onterecht geweigerd. De gemeenteraad verwierp het daartegen ingestelde beroep. Daarna werden beide besluiten 'spontaan'⁸⁷⁾ door de Kroon vernietigd wegens strijd met de wet.

In de tweede zaak ging het eveneens om een ten onrechte geweigerde bouwvergunning, waarbij de raad het ingestelde beroep had verworpen. Hier had de Afdeling rechtspraak vervolgens het beroep vernietigd.

In beide zaken eiste de gedupeerde vervolgens vertragingsschade in een onrechtmatigedaadactie.

Scheltema heeft er vervolgens voor gepleit om – in elk geval ingeval het beroep bij de rechter wordt voorafgegaan door een bezwaarschriftprocedure, wat onder de Awb de gangbare situatie is – pas de beslissing op het bezwaarschrift als het schadeveroorzakende besluit aan te merken; de bezwaarschriftprocedure zou niet alleen mede moeten maar ook mogen dienen om eventuele gebreken in de aanvankelijke besluitvorming te verbeteren⁸⁸⁾.

De Centrale Raad van Beroep ging in zijn uitspraak van 24 januari 1995, JB 1995/77, AB 233 m.n. Van Buuren en Holtmaat een heel eind in de richting van Scheltema. In verband met de vernietiging van het besluit waarbij een RWW-uitkering was gekort wegens onvoldoende solliciteren, verzocht de appellant vergoeding van de in het kader van het administra-

tieve beroep gemaakte proceskosten: het verzoek werd onder meer gedaan in het kader van artikel 8:73 Awb. De Centrale Raad wees het verzoek af met de volgende bewoordingen:

"De Raad acht evenmin termen aanwezig om het verzoek van appellant in te willigen om het college tot vergoeding van laatstbedoelde kosten te veroordelen op de voet van artikel 8:73 Awb.

Hierbij laat de Raad wegen dat de procedure van het administratief beroep – evenals de bezwaarschriftprocedure – met name gericht is op een bestuurlijke heroverweging van een besluit en derhalve ook op herstel van gemaakte fouten. Gegeven dat karakter is in de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet van 16 december 1993, Stb. 650, tot uitdrukking gebracht dat de in een bestuurlijke voorprocedure gemaakte kosten in de regel voor rekening van de belanghebbende moeten blijven en slechts bij wijze van uitzondering voor vergoeding in aanmerking dienen te komen.

Daarvan kan naar het oordeel van de Raad sprake zijn indien de primaire besluitvorming dermate ernstige gebreken toont dat gezegd moet worden dat het bestuursorgaan tegen beter weten in een onrechtmatig primair besluit heeft genomen. Voor het administratief beroep is dat niet anders."

Deze redenering met betrekking tot de 'bestuurlijke voorprocedure' (overkoepelende aanduiding voor bezwaarschriftprocedure en administratief beroep) kan ik volgen in het verband waarin de Centrale Raad zijn betoog houdt: een verzoek om vergoeding van proceskosten; uit de artikelen 8:75 en 8:75a Awb, de geschiedenis daarvan alsmede het Besluit proceskosten bestuursrecht volgt dat de proceskosten die in de bestuurlijke voorprocedure zijn gemaakt, in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen. Gaat het echter om andere kosten, bijvoorbeeld rente of vertragingsschade, dan zal anders moeten worden geredeneerd.

Was het primaire besluit fout, wordt het daartegen ingediende bezwaar of administratieve beroep verworpen en wint de appellant vervolgens bij de administratieve rechter, dan gaat de hoofdregel van het arrest Ijsselmuiden/Brink op: de schade is al veroorzaakt door het primaire besluit.

In sommige gevallen liggen de zaken echter subtieler. In de eerste plaats is dat natuurlijk zo indien pas in bezwaar of in administratief beroep het 'juiste' besluit kon worden genomen; bijvoorbeeld doordat de betrokkene pas in die fase aanvullende gegevens verstrekke, een correcte aanvraag indiende, of ook doordat intussen de toepasselijke wettelijke regeling is gewijzigd. De beslissing op bezwaar of in administratief beroep is immers 'ex nunc', dat wil zeggen dat wordt beslist met inachtneming van de nieuwste gegevens. Dan kan het gebeuren dat het bestreden, primaire besluit wordt vernietigd niet omdat het fout was, maar omdat nu een ander besluit moet worden genomen. In zo'n geval heeft de belanghebbende geen recht op vergoeding van schade veroorzaakt door het vernietigde besluit: dat besluit was niet onrechtmatig.

Iets soortgelijks speelt bij een andere casus. Stel dat het primaire besluit een niet geheel gebonden besluit was, en dat het bestuursorgaan bij het nemen daarvan over enige beleids- of beoordelingsvrijheid beschikte. Een

⁸⁷⁾ Zij het op verzoek van de aanvrager om vergunning; de affaire speelde voordat de Wet arob in deze zaken beroep op de Afdeling rechtspraak openstelde.

⁸⁸⁾ M. Scheltema, De rechter en de bezwaarschriftprocedure: met aandacht voor snelheid en minder voor aansprakelijkheid. In: T. Hoogenboom/L.J.A. Damen (red.), In de sfeer van administratief recht (Konijnenbeltbundel, 1994), blz. 337. Zie verder Van Ravels, Vergoeding van schade, TAR 1995, blz. 450, alsmede T. Hoogenboom, Onrechtmatig besluit en schade, in: R.L. Vucsan (red.), De Awb-mens: boeman of onderdog? (Damenbundel, 1996), blz. 59.

belanghebbende maakt bezwaar of stelt administratief beroep in en krijgt daarbij gelijk doordat hij het betrokken bestuursorgaan weet te winnen voor een wat andere visie, een wat andere belangenafweging. Daardoor wordt bijvoorbeeld bereikt dat alsnog vergunning of subsidie wordt verleend, of dat een aanvankelijk verleende vergunning wordt ingetrokken⁸⁹⁾. Is er in zo'n constellatie grond voor vergoeding van schade, ontstaan door het oorspronkelijke besluit? Dat staat lang niet vast. Het is heel goed mogelijk dat het oorspronkelijke besluit even rechtmatig was als het nieuwe: binnen de bestaande beleids- of beoordelingsmarge zijn per definitie verschillende opties rechtens mogelijk. Indien aan het bestuur geen verwijt valt te maken voor het feit dat het aanvankelijk een ander inzicht had – in geval van administratief beroep: dat het een ander inzicht had dan het beroepsorgaan daarna – dan was het primaire besluit niet onrechtmatig, en is er in zoverre geen grond voor schadevergoeding.

In aansluiting aan de vorige paragraaf kan de conclusie dus zijn dat – andersluidende wettelijke regeling daargelaten – een primair besluit tot schadeplichtigheid van de betrokken overheid kan leiden, als het onrechtmatig was.

Met andere woorden: *the King can easily do wrong, but He is not wrong all the time.*

⁸⁹⁾ Gaat het om een bezwaarschriftprocedure, dan is de correcte aanduiding: dat de aanvankelijk verleende vergunning alsnog wordt geweigerd.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

G.H. Addink, De administratieve rechter en het toekennen van schadevergoeding. In: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Nieuw bestuursprocesrecht (1992), blz. 241

J.B.J.M. ten Berge/P.C.E. van Wijmen, Overheidsaansprakelijkheid in Nederland: een geleidelijke doch principiële omslag. In: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Openbaar bestuur en aansprakelijkheid (Rbb-essaybundel 1995), blz. 21

J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Algemene wet bestuursrecht (Vuga-commentaar Awb, losbladig)

S. Borger/K.F. Schuiling, De Awb getoetst door de rechter: procesrecht; Ts. voor openbaar bestuur 1995, blz. 20

A.F.M. Brenninkmeijer, Spannend bestuursrecht; NJB 1994, blz. 12

P.J.J. van Buuren, Schadevergoeding na vernietiging; NJB 1995, blz. 182

P.J.J. van Buuren, Zelfstandige schadebesluiten; NJB 1995, blz. 319

Centrale Raad van Beroep, Jaarverslag 1995. Het onderdeel 'Algemene wet bestuursrecht' is ook gepubliceerd in JB 1996, blz. 426

E.J. Daalder/G.R.J. de Groot, De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Eerste Tranche (1993) (PG Awb-I)

E.J. Daalder/G.R.J. de Groot/J.M.E. van Breugel, De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Tweede Tranche (1994) (PG Awb-II)

Th.G. Drupsteen, Administratief schadevergoedingsrecht in Nederland (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, 1984)

Th.G. Drupsteen/E. van der Schans/P.C.E. van Wijmen/A.R. Krijgsman, De schadevergoedingsplicht in de bestuurs- en waterschapspraktijk (Inleidingen jaarverslag 1994 Studiekring van Waterstaats- en Waterschapsrecht, 1995)

T. Hartlief/R.P.J.L. Tjittes, Schadevergoeding terzake van vernietigde besluiten: exit de burgerlijke rechter?; A&V 1995, blz. 92

N.S.J. Koeman e.a. (red.), Handboek Algemene wet bestuursrecht (Handboek Awb, losbladig)

R.M. van Male/B.P.M. van Ravels, Tot schade van allen. De onvolkomen schadevergoedingsregeling in de Awb; Br 1993, blz. 669

R.M. van Male/B.P.M. van Ravels, Redelijkheid in het nadeelcompensatierecht (1995)

Bernd van der Meulen, De bestuursrechtelijke schadevordering is exclusief; JB 1996, blz. 339

B.M.J. van der Meulen/P.J.M. Konings, Proceskosten- en schadevergoeding (1994)

M.R. Mok/R.P.J.L. Tjittes, Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid; RMTh 1995, blz. 383

J.E.M. Polak, Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht; NJB 1995, blz. 353

B.P.M. van Ravels, Vergoeding van schade veroorzaakt door primaire besluiten; TAR 1995, blz. 450

B.P.M. van Ravels, Recente ontwikkelingen op het gebied van het schadevergoedingsrecht in ambtenarenzaken; TAR 1996, blz. 421

F.G.P.M. Spreuwenberg, Aspecten van schadevergoeding ex artikel 8:73 Awb op het gebied van de sociale zekerheid; NJB 1994, blz. 1481

R.P.J.L. Tjittes, Gezichtspunten bij de delictuele overheidsaansprakelijkheid; NTBR 1993, blz. 143

Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, Hoofdstukken van administratief recht (9e dr. 1994/1995)

P.C.E. van Wijmen, Het schadevergoedingsartikel in het nieuwe bestuursprocesrecht. In: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Nieuw bestuursprocesrecht (1992), blz. 227

HERBEZINNING OP DE GRONDSLAGEN VAN DE OVERHEIDS-AANSPRAKELIJKHEID

prof. mr R.P.J.L. Tjittes*

1. Inleiding

De overheid heeft het zwaar. In Nederland lijkt op dit moment het adagium te gelden: 'The King can only do wrong'. De civiele rechtspraak met betrekking tot de overheidsaansprakelijkheid lijkt aldus te kunnen worden samengevat, dat op de overheid zware zorgvuldigheidsverplichtingen jegens de burger rusten, bij de schending waarvan de overheid spoedig en in ruime mate jegens de burger aansprakelijk is. Voor de onderbouwing van die bewering verwijs ik kortheidshalve naar de beschouwingen van Spier over de overheidsaansprakelijkheid in zijn fraaie en rijk gedocumenteerde preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging van dit jaar¹⁾. Ik acht mij daarom ontslagen van de verplichting om een stand van zaken van het overheidsaansprakelijkheidsrecht weer te geven.

Dat de op de overheid rustende aansprakelijkheidslast zwaar is, blijkt ook uit de verzekeringsmogelijkheden daarvan. Tussen 1985 en 1994 is de schadelast aanzienlijk harder gestegen dan de premie-inkomsten²⁾. Daarom zijn inmiddels twee maatregelen genomen om de verzekeraarbaarheid van de overheidsaansprakelijkheid te waarborgen. In de eerste plaats is Centraal Beheer de verzekeraar waarbij de meeste gemeenten zijn aangesloten, in 1995 overgegaan tot beperking van de vermogensschadedekking (onder meer door een verhoogd eigen risico op te nemen en over te gaan op een claims made-systeem, dat wil zeggen dat slechts dekking wordt verleend indien de vordering is ingediend tijdens de looptijd van de verzekering³⁾. Tevens heeft zij samen met de gemeenten een aantal preventieve maatregelen genomen (zoals de toetsing vooraf door de verzekeraar van bepaalde typen potentieel schadeveroorzakende besluiten⁴⁾. In de tweede plaats heeft de Vereniging van Nederlandse Gemeenten een eigen onderlinge waarborgmaatschappij opgericht, de Aansprakelijkheids Onderlinge van Gemeenten (u.a.)(AOG), die per 1 januari 1996 van start is gegaan en waar een groot aantal gemeenten aan deelnemen⁵⁾.

* hoogleraar Privaatrecht aan de Vrije Universiteit en raadsheer-plv. in het Gerechtshof te Amsterdam. Met dank aan Evelyn Groot en prof. mr F.C.M.A. Michiels voor het becommentariëren van het concept.

¹⁾ Spier (1996), blz. 266-303, blz. 369 en blz. 390.

²⁾ Gegevens ontleend aan Van der Putten, Financiële en bestuurlijke aspecten van overheidsaansprakelijkheid, in: Openbaar bestuur en aansprakelijkheid, Reeks 'Bestuur in beweging' nr. 18, 1995, blz. 42-44 alsmede Haazen en Spier (1996), blz. 36-38. Zie ook Knieriem (1995), blz. 310.

³⁾ Zie over het claims made-systeem uitvoerig Haazen en Spier (1996), blz. 56 e.v.

⁴⁾ Zie nader Knieriem (1995), blz. 311 e.v. en De Vries (1995), blz. 74-75 (nr. 11).

⁵⁾ Stcrt. 22 december 1995, nr. 249, blz. 1. Zie Knieriem (1995), blz. 311 noot 8.

De 'pseudo risico-aansprakelijkheid' van de overheid is een duidelijke rechtspolitieke keuze. Al meer dan vijftig jaar geleden schreef *Wolfsbergen* over de onrechtmatige overheidsdaad:

"Zo ooit, dan blijkt hier, hoe de rechter uit de wet leest, wat hij wenselijk acht en meer nog dan elders wordt hier de beoordeling der interpretatie, welke de jurisprudentie op dit punt te zien geeft, afhankelijk gesteld van wat de beoordelaar zou willen voorschrijven."⁶⁾

Deze woorden hebben thans nog niet aan kracht ingeboet. De huidige vergaande overheidsaansprakelijkheid moet niet worden gezien als een vaststaand gegeven (een blik in de ons omringende landen en de geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad⁷⁾ leert dat reeds⁸⁾. Niettemin ontmoet de vergaande overheidsaansprakelijkheid tot dusverre weinig – onderbouwde – tegenstand. Een poging van het VVD-kamerlid Korthals in juni 1987 om de zijns inziens te ruime overheidsaansprakelijkheid een halt toe te roepen, vond bij de minister weinig weerklank⁹⁾. Graag grijp ik de gelegenheid van dit preadvies aan om na te gaan of de huidige vergaande overheidsaansprakelijkheid moet worden heroverwogen¹⁰⁾. Wie die kwestie aan de orde stelt, moet eerst op zoek gaan naar de achtergronden die het huidige systeem van overheidsaansprakelijkheid onder de Awb beheersen.¹¹⁾ Het gevondene kan verhelderend zijn bij de afweging van en de keuze onder welke voorwaarden de overheid aansprakelijk moet zijn jegens de burger voor schadeveroorzakend handelen. Het is opvallend dat aan de redenen voor de vergaande overheidsaansprakelijkheid tot nu toe niet of nauwelijks aandacht is besteed¹²⁾.

Een nadenken over de gronden en de reikwijdte van de overheidsaansprakelijkheid is niet alleen van belang voor de civiele rechtspraak, maar ook voor de bestuursrechtelijke rechtspraak ten aanzien van de toekenning van schadevergoeding. Zoals bekend kan sinds 1 januari 1994 de bestuursrechter zelf de overheid veroordelen tot vergoeding van schade die een burger heeft geleden als gevolg van een onrechtmatig besluit (art. 8:73

Algemene wet bestuursrecht, Awb¹³⁾ 'indien daarvoor gronden zijn'. Volgens de parlementaire geschiedenis van de Awb¹⁴⁾ en blijkens de bestuursrechtelijke rechtspraak¹⁵⁾ moet er van worden uitgegaan dat die zinsnede inhoudt, dat de bestuursrechter de bestaande civielrechtelijke criteria met betrekking tot de vestiging en de omvang¹⁶⁾ van de aansprakelijkheid dient te hanteren. Ook bij de vaststelling van grondslag en de omvang van een (on)zuiver schadebesluit, zal het navolgende relevant zijn.

Voordat ik uiteindelijk in §4 de vraag tracht te beantwoorden of de huidige vergaande overheidsaansprakelijkheid moet worden heroverwogen, ga ik eerst in op de argumenten voor (§2) en tegen (§3) de vergaande overheidsaansprakelijkheid, zoals die thans in de wetgeving, de rechtspraak en de literatuur naar voren komen. In het bijzonder besteed ik aandacht aan de bepalingen en de parlementaire geschiedenis van de Awb. Tot de argumenten voor een vergaande aansprakelijkheid behoren de gebondenheid van de overheid niet alleen aan privaatrechtelijke normen, maar ook aan publiekrechtelijke normen, de machtspositie en deskundigheid van de overheid en de mogelijkheid van de overheid om schade te spreiden. Bij wijze van intermezzo, dat evenwel verband houdt met de publiekrechtelijke normering, ga ik in op de rechtmatige overheidsdaad als mogelijke aansprakelijkheidsgrond. De argumenten die worden aangevoerd tegen een vergaande overheidsaansprakelijkheid zijn dat de overheid handelt in het algemeen belang, dat haar beleidsvrijheid toekomt en – nieuw in de discussie – de noties van de wederkerige rechtsbetrekking en horizontaal bestuur tussen overheid en burger die aan de Awb ten grondslag liggen.

2. Argumenten voor een strenge overheidsaansprakelijkheid

2.1 Toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen; algemeen

Privaatrechtelijke bevoegdheden van de overheid, dat wil zeggen zowel rechtshandelingen als feitelijke handelingen, worden behalve door regels

⁶⁾ *Wolfsbergen*, Onrechtmatige daad, 1946, blz. 112. Zie recentelijk in deze zin: *Bloembergen* (1992a), blz. 128. *Ten Berge en Van Wijmen* (1995), blz. 36. *Daalder* (1995), blz. 115. *Ten Berge e.a.* (1995), blz. 202 en *Spier* (1996), blz. 285.

⁷⁾ Zie *Van Oevelen*, Beknopt rechtsvergelijkend overzicht van de buitencontractuele overheidsaansprakelijkheid in België, Frankrijk en Duitsland, in: *Openbaar bestuur en aansprakelijkheid*, Reeks Bestuur in beweging' nr. 18, 1995, blz. 79 e.v.

⁸⁾ Aldus ook *Ten Berge e.a.* (1995), blz. 200.

⁹⁾ VC II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6, blz. 1347-1349.

¹⁰⁾ Ik maak hierbij gebruik van eerdere onderzoeken die ik alleen (*Tjittes* 1993 en 1994) of samen met anderen (*Hartlief en Tjittes* 1994 alsmede *Mok en Tjittes* 1995) heb verricht.

¹¹⁾ Uiteraard heeft de ontwikkeling van de processuele rechtsbescherming ook in belangrijke mate bijgedragen aan het huidige stelsel van overheidsaansprakelijkheid. Zie *Ten Berge en Van Wijmen* (1995), blz. 32.

¹²⁾ Met uitzondering van een aantal bijdragen in de bundel *Openbaar bestuur en aansprakelijkheid*, Reeks Bestuur in beweging' nr. 18, 1995.

¹³⁾ Deze bepaling geldt ook in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak (art. 39 Wet op de Raad van State io 8:73 Awb) en de Centrale Raad van Beroep (art. 21 Beroepswet) alsmede voor het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (art. 19 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie). Zie *MvT*, Parl. Gesch. Awb II, blz. 474 (lk.).

¹⁴⁾ *MvA II*, Parl. Gesch. Awb II, blz. 476 (rk.).

¹⁵⁾ Zie o.m. de uitvoerig gemotiveerde uitspraken *Rb. Roermond* 6 oktober 1994, *Jur. Bestuursrecht* 1994, 259, *Rb. Den Haag* 30 sept. 1994, *AB/Awb-special* 1995, 134 m.nt. J.H. van der Veen, *CRvB* 30 maart 1995, *AB* 1995, 334 m.nt. *RMvM* en *CRvB* 8 november 1995, *JB* 1995, 296. Zie ook *Hoogenboom*, in: *De Awb-mens: boeman of underdog?* (Leo Damen-bundel), 1995, blz. 66-67.

¹⁶⁾ Zie reeds *Bloembergen*, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 1, *Mon. Nieuw BW* B-34, 1982, nrs. 5 en 17 en verder losbl. *Schadevergoeding* (*Hartlief en Tjittes*), Inleiding, aant. 18.

van privaatrecht ook beperkt door regels van (ongeschreven) publiekrecht beperkt¹⁷⁾. De overheid is derhalve aan meer normen gebonden dan de burger, bij de overtreding waarvan de overheid aansprakelijk kan zijn¹⁸⁾. Art. 3:14 BW bepaalt expliciet dat 'een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt' (waaronder kennelijk mede feitelijke gedragingen moeten worden verstaan), niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.¹⁹⁾ Welke zijn die publiekrechtelijke regels?

In de eerste plaats moet de overheid ook in haar privaatrechtelijk optreden jegens haar burgers de grondrechten in acht nemen²⁰⁾. Recent is dat duidelijk tot uitdrukking gebracht in *HR 26 april 1996, RvdW 1996, 99 (Rasti Rostelli, ro. 3.5.1)*, waarin werd geoordeeld dat het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting een gemeente belette een beroep te doen op haar algemene voorwaarden om de uitvoering van een hypnoseshow in het plaatselijke theater te weigeren. Ook het gelijkheidsbeginsel wordt veelvuldig ingeroepen²¹⁾. De overheid neemt een bijzondere positie in, omdat zij bij de uitoefening van haar taak gebonden is aan de fundamentele beginselen van de rechtsstaat (zoals bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel, het democratiebeginsel en de grondrechten).²²⁾

In de tweede plaats is de overheid gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb). In de parlementaire geschiedenis van art. 3:14 BW is uitdrukkelijk opgemerkt:

"Inderdaad stelt dit artikel onder meer buiten twijfel dat de overheid ook bij de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur."²³⁾

Dat op privaatrechtelijk overheids-handelen de abbb direct van toepassing zijn is, algemeen aanvaard sinds met name *HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/IKON I)*. In *HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m.nt. MS (Zeeland/Hoondert)* heeft de Hoge Raad dat nog eens duidelijk bevestigd:

¹⁷⁾ Zie over de verwevenheid van publiekrechtelijke- en privaatrechtelijke normen het Nader Rapport, MvT en MvA II, Parl. Gesch. Awb I, blz. 85 (rk.) e.v. Zie in de literatuur o.a. Bloembergen en Lubach, Burgerlijk recht en administratief recht: twee gelijkwaardige rechtsgebieden, open verbonden in één rechtsorde, WPNR 5885 (1988), blz. 446-454.

¹⁸⁾ Zie Ten Berge en Van Wijmen (1995), blz. 34 (sub e).

¹⁹⁾ Daarover: Vetter, Art. 3:1.1.15 NBW: nieuws onder de zon?, AA 1987, blz. 297-303, Snijders (1988), Ackermans-Wijn, Art. 3:14 NBW en de overheid, in: Onderneming en nieuw burgerlijk recht, 1991, blz. 57-67 en Simon, Publiekrecht of privaatrecht?, diss. VU 1993, blz. 264-268.

²⁰⁾ Zie Burkens, Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht, 1989, blz. 171 en blz. 172 e.v.

²¹⁾ HR 1 december 1995, RvdW 1995, 255 (ro. 3.4.2).

²²⁾ Kobussen, De vrijheid van de overheid, diss. Tilburg (1991), blz. 68, nader uitgewerkt in het vierde hoofdstuk.

²³⁾ Parl. Gesch. Inv. Boek 3, blz. 1054.

"Zoals reeds besloten ligt in HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 en ook tot uitdrukking is gebracht in art. 3:14 NBW mag de overheid bevoegdheden die haar naar burgerlijk recht toekomen (...) niet uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiek recht. Dit brengt mede dat de rechter deze bevoegdheidsuitoefening, onverschillig of er al dan niet sprake is van een door de goede trouw beheerste rechtsverhouding – waarvan hier trouwens wel sprake is –, dient te toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ongeacht of deze geschreven of ongeschreven recht opleveren."

In de parlementaire geschiedenis van de Awb staat:

"Ook bij de invulling van wat voor de overheid een onrechtmatige gedraging is, spelen algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke rol."²⁴⁾

In art. 3:1 lid 2 Awb is daarom ook op feitelijk handelen van de overheid ('andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten') een aantal materiële en formele abbb direct van toepassing verklaard (afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb), voor zover de aard van die handelingen zich daartegen niet verzet. Ingevolge art. 3:1 lid 2 Awb gaat het om verplichtingen voor de overheid om de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren, het verbod van détournement de pouvoir, de verplichting tot belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel. Het betreft uitdrukkelijk niet hoor- en motiveringsplichten (zoals die wel voor beschikkingen gelden).²⁵⁾ Art. 3:1 lid 2 Awb heeft volgens de parlementaire geschiedenis van de Awb een codificerend karakter.²⁶⁾ Gezegd kan worden dat art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb elkaars complement vormen.²⁷⁾

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn te beschouwen als een bijzondere invulling van de voor de overheid geldende zorgvuldigheidsnorm.²⁸⁾ Via de abbb stellen wet en rechtspraak aan de overheid hogere eisen van zorgvuldigheid dan aan andere deelnemers aan het maatschappelijk verkeer.²⁹⁾ Echter, door rekening te houden met de maatschappelijke positie van de overheid bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm kan hetzelfde resultaat bereikt worden als met de toepasselijkverklaring van de abbb³⁰⁾. De hoedanigheid van een deelnemer aan het rechtsverkeer kleurt de zorgvuldigheid, die hij jegens anderen in acht dient te nemen.

²⁴⁾ MvT, Parl. Gesch. Awb I, blz. 86 (rk.).

²⁵⁾ Daarover: MvT, Parl. Gesch. Awb I, blz. 189.

²⁶⁾ Zie MvT, Parl. Gesch. Awb I, blz. 189 (lk.) en MvA II, Parl. Gesch. Awb I, blz. 191 (rk.) en blz. 192 (lk.).

²⁷⁾ Zie uitgewerkt: Snijders (1988), blz. 50 ad 6.

²⁸⁾ In gelijke zin: Spier, Onrechtmatige overheidsdaad, 1987, blz. 100, Snijders (1988), blz. 49 stelling 3 en blz. 57 ad 3 en Huijgen, NTBR 1992, blz. 69.

²⁹⁾ Brunner, De billijkheid in het Nieuwe BW, in: Rechtsvinding onder het NBW, 1992, blz. 93, Tjittes (1993), blz. 146-147 en Scheltema (1996), blz. 1361 (nr. 25).

³⁰⁾ Vranken (1988), blz. 27. Zie in andere zin Bloembergen, Iets over de verhouding van burgerlijk recht en Awb, NTB 1996/1, blz. 10 en Spier (1996), blz. 271.

2.2 *Intermezzo: het égalité-beginsel, het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb) en de rechtmatige overheidsdaad*

Het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* houdt in dat de onevenredig nadelige gevolgen van een overheidshandeling (in het algemeen belang) niet ten laste van één of enkele burgers behoren te komen, maar gelijkelijk over alle burgers (de gemeenschap) moeten worden verdeeld, omdat anders een gelijke behandeling van burgers wordt verstoord. Het égalitébeginsel (gelijkheid voor de publieke lasten) is een species van het gelijkheidsbeginsel. Doorbreking van het égalité-beginsel leidt er toe dat de overheid de benadeelde burger zijn schade in geld of in natura³¹⁾ moet vergoeden.

Een aantal bestuursrechtelijke en civielrechtelijke auteurs noemt dit égalité-beginsel als grondslag voor de pseudo risico-aansprakelijkheid van de overheid³²⁾. Waar niemand een verwijt treft, behoort de gemeenschap (lees: de overheid) de lasten te dragen en niet de toevallig gedupeerde burger. Het argument van de spreidingscapaciteit, zoals onder meer genoemd in de arresten Bedrijfsvereniging/Boulogne en Staat/NCB, (zie § 2.4) kan derhalve in verband worden gebracht met de gedachte dat de grondslag van de schadevergoeding op grond van een onrechtmatige overheidsdaad het égalité-beginsel is.

De *égalité devant les charges publiques* wordt ook als grond genoemd voor toekenning van schadevergoeding bij een *rechtmatige overheidsdaad*, dat wil zeggen een overheidsgedraging die op zichzelf beschouwd niet onrechtmatig is.³³⁾ De Awb biedt een nieuw aanknopingspunt voor schadevergoeding bij een rechtmatige overheidsdaad. In art. 3:4 lid 2 Awb is bepaald dat de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (evenredigheidsbeginsel). Ingevolge art. 3:1 lid 2 Awb is dit artikellid van overeenkomstige toepassing op privaatrechtelijk

en feitelijk handelen van de overheid. Volgens de parlementaire geschiedenis van de Awb leidt het niet aanbieden van een vergoeding voor onevenredig zware schade er toe dat een dergelijk besluit of handeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel³⁴⁾. Van onevenredig zware schade is volgens de parlementaire geschiedenis van de Awb sprake indien een burger als gevolg van een overheidsbesluit- of handeling meer schade lijdt dan andere burgers die in een met de zijne vergelijkbare positie verkeren³⁵⁾. Deze benadering blijkt ook uit reeds bestaande bestuursrechtelijke rechtspraak³⁶⁾, regelgeving (zoals art. 49 WRO en art. 15.20 Wet milieubeheer), bijzondere regelingen (zoals de bekende Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat³⁷⁾ en privaatrechtelijke rechtspraak (zie hierna).

In de parlementaire geschiedenis van de Awb wordt opgemerkt dat – tot wellicht in een volgende tranche van de Awb een algemene regeling daaromtrent wordt opgenomen – het artikellid als kapstok gebruikt kan worden voor de schadevergoeding bij een ‘rechtmatige overheidsdaad’.³⁸⁾

De problematiek van een keuze voor de rechtmatige of de onrechtmatige overheidsdaad, die de pennen van bestuursrecht- en privaatrechtjuristen – zonder veel resultaat – eindeloos in beweging houdt³⁹⁾, berust naar mijn mening niet op een verschillend inzicht in de grondslag van aansprakelijkheid, maar is voornamelijk een terminologische kwestie⁴⁰⁾. De civiele rechter gaat er kennelijk van uit dat, buiten de gevallen waarin de wet schadevergoeding bij een rechtmatige overheidsdaad mogelijk maakt, een aansprakelijkheidsgrond terzake van schadeveroorzakend overheidsoptreden in beginsel alleen gevonden kan worden in de onrechtmatige daad⁴¹⁾. Alleen een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), en niet een rechtmatige daad, leidt in het gesloten systeem van verbintenissen van het Burgerlijk Wetboek (art. 6: 1 BW⁴²⁾ tot een verplichting tot schadevergoeding, zo lijkt de gedachte te zijn. Niettemin heeft de Hoge Raad in *HR 15 februari*

³¹⁾ Vgl. art. 6:103 BW. Zie bijvoorbeeld HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 231 m.nt. MS (Krijco/Hilversum): ruime gedoogtermijn.

³²⁾ In deze zin o.a. Scheltema. De verhouding van de Algemene wet bestuursrecht tot het burgerlijk recht. in: Bestuursrecht en Nieuw BW, 1988, p. 44 en 45 (ad 2) en in zijn annotaties bij HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261 (Grubbenvorst/Caldenbroich), HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 (Van Gelder), HR 23 september 1986, NJ 1987, 253 (Hoffmann-La Roche) en HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 (Nibourg/Zuidwilde) en Brunner in zijn noot (nr. 1) bij HR 31 mei 1991, NJ 1994, 112 (Van Gog/Nederweert). Anders Spier, Kw. NBW 1987, blz. 101.

³³⁾ Zie recent o.a. Spier (1992), blz. 985-993, dezelfde (1996), blz. 295 en Van Buuren, NJB 1995, blz. 637-638. Zie verder de auteurs genoemd in het literatuuroverzicht bij Van den Berk (1991), blz. 33-44, waaraan toe te voegen Van Buuren, AA 1991, blz. 660, dezelfde, Varkensmester, in: AB Klassiek, 1991, blz. 241 en 242, Spier, Kw. NBW 1991, 97, dezelfde (1992), blz. 987-988, Van Wijmen (1991), blz. 369 en Bloembergen (1992a), blz. 124. Anders: Nieuwenhuis, De kunst van het gelijke, RMTh 1989, blz. 123 en 124.

³⁴⁾ MvA II, Parl. Gesch. Awb I, blz. 212 (rk.).

³⁵⁾ MvA II, Parl. Gesch. Awb I, blz. 212 (rk.).

³⁶⁾ Ik ga niet in op de problematiek dat een besluit rechtmatig wordt geoordeeld indien het vergunningverlenend orgaan de vergunninghouder verplicht tot compensatie van mogelijk nadeel dat derden zullen leiden als gevolg van de vergunning. Zie Vz. ARRS 29 oktober 1992, AB 1993, 183 m.nt. RMvM, Vz. ARRS 7 oktober 1993, AB kort 1994, 107 en ARRS 10 mei 1993, AB 490 m.nt. PCEvW. Kritisch daarover Van Male, Onvoltooid recht, oratie Rotterdam, 1993, blz. 18 e.v., dezelfde, in: In de sfeer van administratief recht (Konijnenbelt-bundel), blz. 295 e.v.

³⁷⁾ Zie Van Male en Van Ravels (1995), blz. 16.

³⁸⁾ MvA II, Parl. Gesch. Awb I, blz. 213.

³⁹⁾ In gelijke zin Spier (1996), blz. 294.

⁴⁰⁾ Anders Spier (1996), blz. 295 en Bloembergen (1992a), blz. 128 e.v.

⁴¹⁾ Zie i.p.v. velen: Brunner in zijn noten bij HR 8 januari 1991, NJ 1992, 638 (Leffers/Staat) en HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 (Aalscholvers) en HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 (Staat/Bekkers) alsmede Asser-Hartkamp 4-III (1994), nr. 18a. Anders i.p.v. velen: de conclusie van wnd.-AG Bloembergen in zijn conclusie bij HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 m.nt. CJHB (Staat/Bekkers).

⁴²⁾ Zie Asser-Hartkamp 4-I (1996), nr. 50.

1991, NJ 1992, 639 m.nt. CJHB (Aalscholvers) deze kwestie in een obiter dictum (ro. 4.7, slot) uitdrukkelijk in het midden gelaten⁴³⁾. In de doctrine is daaruit wel afgeleid dat de Hoge Raad (op zijn minst) niet afkerig staat ten opzichte van een vordering uit rechtmatige daad⁴⁴⁾. In de literatuur gaan dan ook steeds meer stemmen op die pleiten voor een algemene wettelijke regeling van de rechtmatige overheidsdaad⁴⁵⁾.

Een verbintenis gegrond op een rechtmatige daad hoeft niet in strijd te zijn met de regel dat verbintenissen slechts kunnen ontstaan indien zij uit de wet voortvloeien (art. 6:1 BW). Blijkens de parlementaire geschiedenis vallen daar ook de verbintenissen onder die, in de woorden van HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel), passen in de wet en die aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen⁴⁶⁾. Het inzicht dat een verbintenis uit rechtmatige overheidsdaad past in de wet (zie thans art. 3:4 lid 2 jo 3:1 lid 2 Awb) en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen (zie de vele wettelijke regelingen omtrent nadeelcompensatie op allerlei terreinen), hebben wij vooral te danken aan Bloembergen⁴⁷⁾. Hartkamp heeft zich bij hem aangesloten⁴⁸⁾.

Ik merk in dit verband op dat de civiele rechter zich bij de toekenning van schadevergoeding ter zake van in beginsel geoorloofd overheidshandelen zuiver formeel gezien niet van de cirkelredenering bedient dat schade vergoed moet worden, omdat het niet vergoeden daarvan onrechtmatig is.⁴⁹⁾ In HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 (Joemman/Staat (ro. 3.2) heeft de Hoge Raad een dergelijke redenering verworpen:

“Niet als juist kan worden aanvaard de stelling dat een overheidslichaam onrechtmatig handelt wanneer het door een rechtmatig handelen bij de behartiging van de hem toevertrouwde publieke belangen schade toebrengt en niet bereid is deze schade voor zijn rekening te nemen.”

⁴³⁾ Er stond immers vast dat de Staat onrechtmatige hinder had veroorzaakt.

⁴⁴⁾ Zie o.m. Bloembergen (1992a), blz. 127. Oosting (1996), blz. 169 alsmede Spier (1996), blz. 299 en blz. 300.

⁴⁵⁾ Zie Van den Berk (1991), blz. 242 e.v., Moltmaker, BR 1991, blz. 817 (deze auteur wil bovendien geen onderscheid maken tussen rechtmatige en onrechtmatige daden, waarover kritisch Bloembergen, 1992a, blz. 130 en Ten Berge e.a., 1995, blz. 204), De Pree, WPNR 6031 (1992), blz. 11 (wat het strafvorderlijk overheidshandelen betreft), J.E.M. Polak, NJB 1992, blz. 547 e.v., De Haan, BR 1992, blz. 893, e.v., Van Buuren (1993) (met uitgewerkt wetsvoorstel), Ten Berge e.a. (1995), blz. 203-205 (die zich aansluiten bij het door Van Buuren geformuleerde voorstel). Daartegen: Spier (1992) en Huijgen, NTB 1993/7.

⁴⁶⁾ Parl. Gesch. Boek 6, blz. 42.

⁴⁷⁾ Bloembergen in zijn conclusie als wnd. A-G voor HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 m.nt. CJHB (Staat/Bekkers) en in (1992), blz. 126.

⁴⁸⁾ Asser-Hartkamp 4-III (1994), nr. 18d.

⁴⁹⁾ In de bestreden zin o.m. Bregstein, De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad, RMTh 1951, blz. 273 e.v. (in reactie op J. Drion, Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad, WPNR 3992-3996 uit 1947), Bloembergen in zijn conclusie voor het arrest Staat/Bekkers en dezelfde (1992), blz. 123.

Gezegd kan worden dat er sprake is van een onrechtmatige gedraging van de overheid indien zij een onjuiste belangenafweging maakt, waaronder ook te begrijpen is het onvoldoende rekening houden met de financieel-economische belangen van de burger.⁵⁰⁾ Deze zienswijze blijkt ook uit de arresten HR 8 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB (Leffers/Staat), HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 (Aalscholvers) m.nt. CJHB, HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 231 m.nt. MS (Krijco/Hilversum) en HR 24 november 1995, RvdW 1995, 251c (Logister/Staat). Ik citeer slechts uit het arrest Krijco/Hilversum, waar de Hoge Raad zijn beslissing in het arrest Leffers/Staat aldus weergeeft (ro. 3.3):

“dat onder omstandigheden sprake kan zijn van een onrechtmatige daad van de overheid, doordat door een plotseling en drastisch verbod een naar verhouding kleine groep van ondernemers, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, in onevenredige mate in haar belangen wordt getroffen, zonder dat dit verbod behoort tot de normale bedrijfsrisico's en zonder dat de overheid de onevenredig getroffen ondernemers op enigerlei wijze in hun economische belangen is tegemoetgekomen.”

In de geschetste categorie gevallen is er sprake van onzorgvuldigheid, willekeur of het schenden van het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb)⁵¹⁾. Handelen in strijd met deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur is onrechtmatig (zie §2.1). In die gevallen kan gesteld worden dat een overheidsdaad absoluut gezien rechtmatig, maar relatief gezien onrechtmatig is jegens een of meer bepaalde personen van wie de belangen onevenredig zijn aangetast⁵²⁾. Ik vind het evenwel meer recht door zee om in voorkomende gevallen volmondig een schadevergoeding bij een rechtmatige overheidsdaad te erkennen⁵³⁾. Het in art. 3:4 lid 2 Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel gelezen in verband met hetgeen daarover in de parlementaire geschiedenis staat, kan ook voor de burgerlijke rechter een aanknopingspunt zijn de rechtmatige overheidsdaad expliciet te erkennen⁵⁴⁾. Overigens zal, waar de grens tussen de rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad vaag of willekeurig is of wordt opgeheven, ook de bestaande verzekeringsdekking aanpassing behoeven. Thans vallen alleen toerekenbare onrechtmatige daden onder de dekking⁵⁵⁾.

⁵⁰⁾ Aldus: Asser-Hartkamp 4-III (1994), nr. 18c, Van Male, Varkensvlees met room, NTB 1992, blz. 133 en Brunner in zijn noot (nr. 4) bij de arresten Leffers/Staat en Aalscholvers.

⁵¹⁾ Zie MvA II, Parl. Gesch. Awb I, blz. 214 (l.k.). Zie ook Spier (1996), blz. 297 noot 580 en de aldaar genoemden.

⁵²⁾ Van Maarseveen, NJB 1954, blz. 914 e.v., Brunner in zijn noot (nr. 3) bij de arresten Leffers/Staat en Aalscholvers alsmede Teunissen, NJB 1994, blz. 164.

⁵³⁾ Zie voor een keur aan argumenten: Bloembergen (1992a), blz. 131. In deze zin ook De Wijkerslooth, Het recht gaat aan constructies ten onder, RMTh 1993, p. 324 en Ten Berge e.a. (1995), blz. 205.

⁵⁴⁾ Zo ook Van der Meulen Bestuurscompensatie (rechtmatige overheidsdaad) en de Awb, G.St. 7014 (1995), i.h.b. blz. 406 e.v.

⁵⁵⁾ Zie Knieriem (1995), blz. 312 en De Vries (1995), blz. 69-70.

Hoewel de rechtmatige en de onrechtmatige overheidsdaad naar hun aard verschillen (de een ziet op geoorloofde, de ander op ongeoorloofde gedragingen), gaat het in beide gevallen naar mijn mening⁵⁶⁾ uiteindelijk om de rechtspolitieke vraag welke door het overheidsoptreden veroorzaakte schade redelijkerwijs al dan niet (geheel) ten laste van de burger behoort te blijven. Het gaat hier om een algemene toerekeningsleer, los van vragen van schuld of risico⁵⁷⁾. Een belangrijke sleutel bij de beantwoording van de zojuist genoemde vraag is naar mijn mening gelegen in het antwoord op de vraag welke gevolgen van het overheidshandelen als een *normaal maatschappelijk risico*, waaronder een normaal bedrijfsrisico, voor een burger hebben te gelden⁵⁸⁾. Dat gezichtspunt is aanvaard in zowel de civiele rechtspraak, de bestuursrechtspraak als de rapporten van de Nationale ombudsman⁵⁹⁾. Wat de bestuursrechtspraak betreft wijs ik op de beroemde Paul Krugerbrug uitspraken van de Afdeling rechtspraak⁶⁰⁾. Maar ook de civiele rechter aanvaardt dat de overheid alleen schade moet vergoeden als een burger door het overheidshandelen schade lijdt die niet behoort tot het 'normaal maatschappelijk risico'. Dat blijkt expliciet uit de reeds genoemde arresten *Leffers/Staat*, *Krijco/Hilversum* en *Logister/Staat*⁶¹⁾. Uit de civiele rechtspraak, maar vooral uit de bestuursrechtspraak, kunnen een aantal gezichtspunten gedistilleerd worden die van belang zijn om te bepalen welke van de door het overheidshandelen veroorzaakte schade voor rekening van de overheid behoort te komen en welke schade voor rekening van de burger moet blijven⁶²⁾. Interne rechtsvergelijking blijkt ook hier uiterst vruchtbaar te zijn⁶³⁾. Ik noem, zonder de pretentie te hebben uitputtend te zijn, de volgende afwegingsfactoren:

a) de aard van de benadeelde

Indien de benadeelde een onderneming is, komen de normale bedrijfsrisico's voor zijn rekening⁶⁴⁾. Bij een privé-persoon speelt dit niet.

⁵⁶⁾ In gelijke zin: Moltmaker, BR 1991, blz. 821. Anders: Van den Berk (1991), blz. 124.

⁵⁷⁾ Vgl. Nieuwenhuis, De tuinman en de dood, RMTh 1989, blz. 193 e.v.

⁵⁸⁾ Zie Van Dorst-Tatomir, Normaal maatschappelijk risico: een remedie, NTB 1992, blz. 307 e.v.,

Van Buuren (1993), blz. 91 e.v. alsmede Ten Berge en van Wijmen (1995), blz. 35 (sub g).

⁵⁹⁾ Zie wat betreft de civiele en bestuursrechtspraak Van Buuren (1993), blz. 95-101. En met betrekking tot de Nationale ombudsman 23 januari 1990, AB 1990, 269 m.nt. P.C.E. van Wijmen (overweging 2.4) en 6 juni 1996, AB 1996, 355 m.nt. PJS.

⁶⁰⁾ Zie vooral Paul Krugerbrug II, ARRS 22 november 1983, AB 1984, 154 m.nt. J.H.W. de Planque.

⁶¹⁾ Ter zijde merk ik op, dat de beantwoording van de vraag welk risico voor de schadelijder behoort te blijven via het begrip 'normaal maatschappelijk risico', in verband gebracht kan worden met de rechtspraak waarin is geoordeeld dat een gedraging die is aan te merken als een 'ongelukkige samenloop van omstandigheden', niet onrechtmatig wordt beschouwd. Zie over die rechtspraak: Roelvink, Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes, in: CJHB (Brunner-bundel), 1994, blz. 325 e.v., Hartlief, WPNR 6200 (1995), blz. 731-733 en Spier (1996), blz. 318. Gezegd zou kunnen worden dat schade als gevolg van een 'huis-tuin-en-keuken-ongelukje' een normaal maatschappelijk risico is, dat voor rekening van het slachtoffer blijft.

⁶²⁾ Zie ook Van den Berk (1991), blz. 94 e.v. alsmede Van Male en Van Ravels (1995) en door deze auteurs genoemde rechtspraak.

⁶³⁾ Zie daarover uitvoerig Asser-Vranken, nrs. 191-197.

⁶⁴⁾ Van Male en Van Ravels (1995), blz. 27-28.

b) de aard van de schade

In afnemende mate komen spoedig en in ruime mate voor vergoeding in aanmerking: overlijdens- en letselschade, zaakschade en vermogensschade (vgl. art. 6:98 BW).

c) de (relatieve) omvang van de schade

De benadeelde heeft recht op vergoeding indien hij in vergelijking met anderen in een soortgelijke positie (bijvoorbeeld een ondernemer in vergelijking met zijn concurrenten) onevenredig zwaar is getroffen⁶⁵⁾.

d) de voorzienbaarheid van het schadeveroorzakende overheidshandelen⁶⁶⁾

Normale maatschappelijke ontwikkelingen komen voor risico van de burger, omdat zij voorzienbaar zijn of behoren te zijn. De burger moet rekening houden met bepaalde overheidsmaatregelen waarvan de aard, (bijvoorbeeld de feitelijke aanleg van een weg, onderhoudswerkzaamheden of de intrekking van een vergunning), het tijdstip van realisering, de wijze van uitvoering en de omvang van de schade onzeker zijn⁶⁷⁾. De feitelijke term 'risico-aanvaarding' kan in dit verband gebruikt worden, maar ik teken hierbij aan dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat risico-aanvaarding geen zelfstandige rechtsfiguur is. Hetgeen men daarmee beoogt te bereiken, gaat op in de vraag naar hetzij de onrechtmatigheid, hetzij de eigen schuld⁶⁸⁾. Of een overheidshandeling voorzienbaar behoorde te zijn, hangt mede af van de omstandigheid of de burger gehouden was zich er van te vergewissen of een bestaande situatie in de toekomst wellicht zal wijzigen (onderzoeksplicht)⁶⁹⁾. Ik geef een aantal voorbeelden. Als de burger grond koopt of een huis bouwt, terwijl hij wist of behoorde te weten dat een door de overheid op te stellen nieuw plan wellicht ongunstige ontwikkelingen met zich zal brengen, dan komt nadeel als gevolg van de verwezenlijking van die plannen voor zijn risico⁷⁰⁾. Ook het nadeel dat een tandarts lijdt ten gevolge van de waterafsluiting ter uitvoering van een bestemmingsplan behoort tot het normaal maatschappelijk risico⁷¹⁾. Indien de voor de benadeelde nadelige ontwikkelingen maar ten dele in de lijn van de verwachtingen liggen, is een gedeeltelijke schadevergoeding op zijn plaats. Daarentegen komen de gevolgen van plotselinge overheids-

⁶⁵⁾ Zie Van Wijmen en Van Ravels (1995), blz. 22-23 en uitvoerig blz. 48-63. In deze zin ook de arresten *Krijco/Hilversum* en *Leffers/Staat*.

⁶⁶⁾ Van Male en Van Ravels (1995), blz. 26 e.v.

⁶⁷⁾ Van Male en Van Ravels (1995), blz. 32 e.v.

⁶⁸⁾ HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 m.nt. CJHB.

⁶⁹⁾ Zie HR 24 november 1995, RvdW 1995, 251c (*Logister/Staat*) m.b.t. de reactivering van een vliegveld. Zie ook Van Male en Van Ravels (1995), blz. 28-29.

⁷⁰⁾ AGRS 10 oktober 1988, BR 1989, 233 m.nt. JvdB. Deze regel lijdt uitzondering indien de keuzemogelijkheid om elders een woning te bouwen ontbreekt. Zie AGRS 5 februari 1993, AB 523 m.nt. PvB.

⁷¹⁾ AGRS 27 augustus 1990, BR 1991, blz. 283.

maatregelen niet voor risico van de burger (zie de casusposities die ten grondslag liggen aan de zaken Leffers en Krijco).

e) de hoeveelheid getroffen

De overheidshandeling moet nadelig zijn voor één burger of een kleine groep burgers.

f) eigen gedragingen van de burger

Indien de gedragingen van de burger zelf (zijn doen of nalaten) aan de schade hebben bijgedragen, komt het daaraan toe te rekenen deel van de schade voor zijn rekening (vgl. art. 6:101 BW). Ik noem een aantal voorbeelden. In de eerste plaats wordt soms vereist dat de burger de normale beroepsmogelijkheden tegen een nadelige overheidshandeling gebruikt, zoals het verzoeken van een voorlopige voorziening⁷²⁾. Doet hij dit niet, dan komt de schade voor zijn risico. In de tweede plaats kan het zijn dat de burger gehouden is de overheid mede te delen dat hij door een overheidsgedraging benadeeld is (mededelingsplicht)⁷³⁾. Laat hij dat na, dan blijft een deel van de schade voor zijn risico. Ten derde als de burger schade lijdt, omdat hij zijn handelen baseert op overheidsgedragingen die aangetast kunnen worden (door derde-belanghebbenden). Als de houder van een bouwvergunning reeds met bouwen begint voordat definitief is komen vast te staan dat de vergunning niet meer kan worden vernietigd op grond van een door een belanghebbende ingesteld bezwaar of beroep en een vernietiging van de bouwvergunning volgt, dan wordt geoordeeld dat de schade die veroorzaakt is door de onrechtmatige daad van de overheid, volledig het gevolg is van omstandigheden die aan de vergunninghouder moeten worden toegerekend (100% eigen schuld ingevolge de hoofdregel van art. 6:101 BW)⁷⁴⁾. Het niet voldoen aan een schadebeperkingsplicht is een species van 'eigen schuld'⁷⁵⁾.

g) voordeelstoerekening

Als de schadeveroorzakende overheidshandeling voor de burger ook voordelen heeft opgeleverd, dan moet dit voordeel, voor zover dat redelijk is, bij de vaststelling van de schadevergoeding in mindering worden gebracht (vgl. art. 6:100 BW)⁷⁶⁾.

⁷²⁾ Zie in deze zin CRvB 27 juni 1985, TAR 1985, 186 en CRvB 28 april 1994, TAR 1994, 134. Anders AGRS 22 maart 1993, BR 1994, blz. 66 (voorafgaand gebruik van rechtsmiddelen tegen planschadeveroorzakend besluit geen vereiste voor beroep op art. 49 WRO).

⁷³⁾ Zie CRvB 14 december 1994, AB 1995, 254.

⁷⁴⁾ Zie HR 29 april 1994, AB 1994, 530 m.nt. F.H. van der Burg (GE/'s-Gravenhage ro. 3.3). Een uitzondering wordt aanvaard, indien van de zijde van de gemeente bij de vergunninghouder het vertrouwen is gewekt dat een ingesteld of nog in te stellen bezwaar of beroep niet tot vernietiging zal leiden.

⁷⁵⁾ ARRS 5 april 1983, AB 1983, 534 m.nt. P.C.E. van Wijmen. Zie Van Male en Van Ravels (1995), blz. 29-31 en blz. 63-66.

⁷⁶⁾ Zie Van Male en Van Ravels (1995), blz. 66-67.

Het draagkrachtbeginsel (de financiële positie van de benadeelde)⁷⁷⁾ behoort naar mijn mening niet relevant te zijn.

2.3 De machtspositie en deskundigheid van de overheid

Ter rechtvaardiging van de hoge zorgvuldigheidseisen die aan het overheidsgedrag gesteld worden⁷⁸⁾ wordt ook genoemd dat de overheid in bepaalde opzichten een machtige positie (soms zelfs een monopoliepositie) inneemt ten opzichte van de burger. In de eerste plaats valt er op te wijzen dat de overheid bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheden exclusief mag uitoefenen⁷⁹⁾. Daardoor is de overheid in staat om door een vergunningen- en ontheffingensysteem de burger eenzijdig haar wil op te leggen, welke eenzijdige benadering ook thans nog jegens de meeste de burgers op de voorgrond staat⁸⁰⁾ (zie evenwel ook §3.2). In de Parlementaire geschiedenis van de Awb wordt op dit machtsaspect gewezen:

"De overheid neemt in het maatschappelijk leven een bijzondere plaats in. Veelal komen aan bestuursorganen op grond van het geschreven bestuursrecht bevoegdheden toe die aan andere deelnemers aan het maatschappelijk verkeer niet toekomen. Daar kan en mag ook tegenover staan, dat de overheid aan meer of strengere normen is gebonden dan particulieren."⁸¹⁾

In de tweede plaats bezit de overheid ook op andere terreinen een machtspositie.⁸²⁾ Denk aan het geweldsmonopolie (eigenrichting is in de regel verboden) en de levering van primaire levensbehoeften als energie en water.

Een ander aspect dat volgens sommige auteurs er aan bijdraagt dat op de overheid een strenge aansprakelijkheidslast rust, is het feit dat de overheid veelal deskundiger is dan de burger (met name waar het bestuursrechtelijke vragen betreft). Dit speelt in het bijzonder bij de aansprakelijkheid voor vernietigde beschikkingen.

Dat de overheid in de regel machtiger en deskundiger is dan de burger, gaat niet altijd op. Ik verwijs naar de beschouwingen in §3.2.

2.4 De mogelijkheid van de overheid om de schade te spreiden

Betrekkelijk recent heeft de Hoge Raad een tipje van de sluier opgelicht

⁷⁷⁾ Daarover Van den Berk (1991), blz. 102-106.

⁷⁸⁾ Zie Ten Berge en Van Wijmen (1995), blz. 34 (sub e).

⁷⁹⁾ Bloembergen, (1992b), blz. 952.

⁸⁰⁾ Zie: C. Drion, Grondslagen van de onrechtmatige overheidsdaad, R&K 1988, blz. 348-350, Van Male, Preadvies Staatsrechtconferentie 1990, blz. 52-53, Van den Berk (1991), blz. 179, De Waard, Interventie preadviezen over 'De belanghebbende VAR 1992, 1993, blz. 12, Allewijn, in: Het nieuwe bestuursprocesrecht, preadviezen VAR 1994, blz. 90, Kleijn, Kroniek 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', NTB 1994/10, blz. 317 en Scheltema (1996), blz. 1357 (nr. 8).

⁸¹⁾ MvA II, Parl. Gesch. Awb.

⁸²⁾ Vgl. Dommering, Algemene belangen in het burgerlijk recht. Mon. Nieuw BWA-7, nr. 17.

naar het waarom van de strenge overheidsaansprakelijkheid, althans waar het de aansprakelijkheid betreft voor door de administratieve rechter vernietigde beschikkingen. In *HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (Bedrijfsvereniging/Boulogne)* heeft de Hoge Raad beslist:

“(…) ook voor bedrijfsverenigingen (lees: de overheid in haar algemeenheid RJT) geldt dat het redelijker is de schade voortvloeiend uit een in het kader een wettelijke taak genomen beslissing waarvan de onjuistheid later door de rechter wordt vastgesteld, voor rekening te brengen van de collectiviteit dan om haar te laten voor rekening van de individuele burger jegens wie die onjuiste beslissing werd genomen.”

In het arrest Staat/NCB heeft de Hoge Raad nogmaals in deze zin geoordeeld. De Hoge Raad heeft zich kennelijk laten inspireren door rapporten van de Nationale Ombudsman. De Nationale ombudsman heeft op 23 januari 1990, *AB 1990, 269 m.nt. P.C.E. van Wijnen* (nr. 2.4) reeds een zelfde visie als de Hoge Raad verwoord:

“kosten die worden veroorzaakt door overheidsoptreden in het algemeen belang behoren in beginsel te worden gebracht ten laste van de gemeenschap, tenzij het kosten betreft die naar maatschappelijke opvattingen voor risico van de individuele burger behoren te komen.”⁸³⁾

Volgens de Nationale ombudsman (t.a.p.) ligt aan deze overweging het gelijkheidsbeginsel, in de zin van het égalité-beginsel, ten grondslag.

De arresten *Bedrijfsvereniging/Boulogne* en *Staat/NCB* werpen een belangrijk licht op de grondslag van de strenge overheidsaansprakelijkheid. De Hoge Raad noemt de *redelijkheid* als grondslag voor de aansprakelijkheid⁸⁴⁾. Hij acht het redelijker om kosten ter behartiging van het algemeen belang, waaruit schade aan een individuele burger voortvloeit, te spreiden over de gemeenschap in het belang waarvan de overheid haar taak verricht. Dit eventueel via de tussenstap van een aansprakelijkheidsverzekering van de overheid. Kortom, de strenge overheidsaansprakelijkheid moet vooral verklaard worden door de spreidingscapaciteit van de overheid.⁸⁵⁾ Zoals eerder gezegd, kan de redenering van de Hoge Raad in verband worden gebracht met het gelijkheidsbeginsel (het égalité-beginsel). De schade als gevolg van overheidshandelen moet niet ten laste blijven van de onevenredig getroffen burger, maar dient gelijkelijk over alle burgers te worden verdeeld.

Dat een vergaande aansprakelijkheid mede gerechtvaardigd kan zijn wanneer de gevolgen over een collectief gespreid kunnen worden, is niet onbe-

⁸³⁾ Zie daarover o.a. Daalder, *De burgerlijke rechter en de Nationale Ombudsman*, in: *De Nationale ombudsman, preadvies VAR 1991*, blz. 102 e.v. en Oosting (1996), blz. 169.

⁸⁴⁾ De billijkheid is de gemeenschappelijke grondslag voor alle gevallen van aansprakelijkheid. Aldus Asser-Hartkamp 4-III (1994), nr. 19.

⁸⁵⁾ Vgl. Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1989, blz. 241.

kend in de civielrechtelijke rechtspraak en de wetgeving. De vergaande aansprakelijkheid van de automobilist jegens (met name jeugdige) voetgangers en fietsers wordt volgens de bewoordingen van de betreffende arresten gebillijkt door het bestaan van een verplichte verzekering aan de kant van de automobilist.⁸⁶⁾ Verzekeringsdekking heeft immers tot gevolg dat een schade over een collectief van premie betalende verzekerden gespreid wordt. De mogelijkheid van verzekering heeft blijkens de parlementaire stukken van het BW ook bij de rechtvaardiging van de kwalitatieve risico-aansprakelijkheden in afdeling 6.3.2 BW een uiterst belangrijke rol gespeeld.⁸⁷⁾

Hoewel dat niet duidelijk uit de arresten blijkt, lijkt het aannemelijk dat de Hoge Raad de door hem voorgestane vergaande aansprakelijkheid van de overheid baseert op meer argumenten dan alleen de spreidingsmogelijkheid voor de overheid⁸⁸⁾. Ten eerste kent ons recht niet een systeem van ‘assurance oblige’ of ‘richesse oblige’⁸⁹⁾. De mogelijkheid of aanwezigheid van spreiding van financieel nadeel (via belastingheffing, verhoging van de productprijs of verzekering) schept niet zelfstandig een aansprakelijkheid. Het is ‘slechts’ een gezichtspunt dat een uit het oogpunt van bescherming van de burger gewenste vergaande aansprakelijkheid aanvaardbaar, wat dragelijk, kan maken. Ten tweede is het argument van de spreidingscapaciteit van de overheid minder sterk indien de belanghebbende een (grote) onderneming is, omdat ook een onderneming de mogelijkheid heeft haar schade te spreiden (via de productprijs of verzekering)⁹⁰⁾.

3. Argumenten tegen een strenge overheidsaansprakelijkheid

3.1 Algemeen belang en beleidsvrijheid

Wanneer overheidshandelen getoetst wordt, is een van de belangen die afgewogen moet worden het algemeen belang dat per definitie bij al het handelen van de overheid betrokken is⁹¹⁾. Dit kleurt de privaatrechtelijke normering van de overheidsgedragingen. De positie van de overheid is

⁸⁶⁾ Zie: *HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720* (Ingrid Kolkman), *HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 m.nt. CJHB* (Marbeth van Uitregt), *HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 m.nt. CJHB* (IZA/Vrerink) en *HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118c* (Marloes de Vos).

⁸⁷⁾ Zie samengevat: Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*, diss. Nijmegen, 1991, blz. 197.

⁸⁸⁾ Tjittes (1993), blz. 145 e.v., dezelfde (1994), blz. 35-37 en Hartlief (1994), blz. 144.

⁸⁹⁾ Zie over dit argument ter rechtvaardiging van een vergaande aansprakelijkheid in het algemeen: Hartlief en Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, *Serie Recht en Praktijk* nr. 79, 1994, blz. 16 e.v. De parlementaire geschiedenis m.b.t. de risico-aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder (ingevolge art. 6:174 lid 5 BW) suggereert anders: de zorgvuldigheid die de overheid in acht dient te nemen wordt afhankelijk gesteld van de financiële positie van het betreffende overheidslichaam (NvW I, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, blz. 1394, nr. 4).

⁹⁰⁾ Vgl. Hartlief en Tjittes (1994), blz. 3 (rk.), Hartlief (1994), blz. 144 en Spier (1996), blz. 302.

⁹¹⁾ Zie recent Scheltema (1996), blz. 1357.

onder meer bijzonder, omdat zij bij uitstek de behartigster van het algemeen belang is.⁹²⁾ In de memorie van toelichting bij de Awb valt over het verschil tussen overheid en burger dan ook te lezen dat het bestuur het algemeen belang vertegenwoordigt en daarbij dienstbaar is aan de uitvoering van democratisch genomen besluiten, terwijl de burger zijn individuele belang naar eigen inzicht mag behartigen⁹³⁾. Aan het algemeen belang moet niet overdreven veel betekenis toegekend worden, in die zin dat handelen in het algemeen belang een soort rechtvaardigingsgrond is bij schadeveroorzakend overheidsoptreden⁹⁴⁾. Zoals R.J. Polak het in zijn dissertatie uit 1949 reeds drukte:

“Dat bij de schadetoebrengende gedraging een Overheidstaak betrokken is, mag niet dermate fascineren dat uit het oog wordt verloren dat aan het andere eind van de litigieuze rechtsverhouding een gelaedeerde staat.”⁹⁵⁾

Met het algemeen belang kan in andere zin wel rekening worden gehouden. *W. Snijders* stelt kort en krachtig:

“Correcties in verband met overheidsbelangen moeten worden ontleend aan artikel 6.3.1.5b (art. 6:168 RJT).”⁹⁶⁾

Het zwaarwegende maatschappelijke belang (in casu het algemeen belang) dat de overheid heeft bij een bepaalde (onrechtmatige) handeling, kan maken dat deze, in afwijking van de regel van art. 3:296 lid 1 BW, niet verboden kan worden. De benadeelde burger behoudt daarbij wel zijn recht op schadevergoeding (art. 6:168 BW).⁹⁷⁾ Dit lijkt mij in voorkomende gevallen een evenwichtige afweging van belangen: het algemeen belang om de onrechtmatige overheidshandeling toch voort te kunnen zetten en het belang van de burger om geen onevenredige schade daarvan te onder vinden.

De dienstbaarheid van de overheid aan het algemeen belang brengt mee dat zij in voorkomende gevallen – binnen zekere wettelijke grenzen – beleidsvrijheid heeft bij haar taakuitoefening. Moet met die beleidsvrij-

⁹²⁾ Bloembergen, (1992b), blz. 952.

⁹³⁾ Vgl. MvT, Parl.Gesch. Awb I, blz. 39 (rk.).

⁹⁴⁾ In gelijke zin Ten Berge en Van Wijmen (1995), blz. 34-35 (sub f) en Van Male, Schadevergoeding en proceskosten bij onrechtmatige primaire besluiten, NTB 1995/9/10, blz. 320.

⁹⁵⁾ Polak (1949), blz. 132 en 133.

⁹⁶⁾ Snijders (1988), blz. 51 (ad 9). Zie reeds in gelijke zin: Polak (1949), blz. 147 en 148: ‘De praevaleentie van het gediende belang boven het geschade belang heft niet de onrechtmatigheid van die schade-toevoeging op; zij kan slechts medebrengen dat de vordering van de gelaedeerde tot staking van de schadebrengende handeling als rechts-excès wordt terzijde gesteld, zonder evenwel diens aanspraken op vergoeding van het gederfde genot te kunnen verminderen.’

⁹⁷⁾ Huijgen (1991, blz. 142) wil de reikwijdte van art. 6:168 beperken tot algemene belangen.

De gedoogplicht met schadevergoeding van art. 6:168 wordt z.i. alleen gerechtvaardigd door de botsing van geheel ongelijksoortige belangen (algemeen-particulier).

heid aldus rekening worden gehouden bij de beoordeling van het overheidshandelen, dat er minder spoedig sprake zal zijn van aansprakelijkheid? Wat betreft de invloed van beleidsvrijheid op de toetsing van overheidshandelen moet een tweedeling aangebracht worden tussen de keuze om van een algemene (beleids)bevoegdheid gebruik te maken en vervolgens de feitelijke uitvoering van voorgenomen overheidstaak⁹⁸⁾. Of van een algemene bevoegdheid gebruik wordt gemaakt is primair aan het bestuur om te beoordelen. De burgerlijke rechter toetst dat besluit (en de doelmatigheid daarvan) marginaal (willekeur)⁹⁹⁾. De rechter moet niet op de stoel van het bestuur gaan zitten, zo is de gedachte. Daarom is de beoordeling door een rechter een andere dan die van het bestuur dat oordeelt in een administratiefrechtelijke bezwaar- of beroepsprocedure. In een dergelijke procedure kan een besluit ook op doelmatigheidsgronden vernietigd worden (artt. 7:11 en 7:25 Awb). In uitzondering op de door de burgerlijke rechter geformuleerde hoofdregel¹⁰⁰⁾, brengt de vernietiging van een besluit in een bestuursrechtelijke procedure vanwege enkele doelmatigheidsgebreken dan ook niet zonder meer met zich dat het vernietigde besluit automatisch voor onrechtmatig wordt gehouden¹⁰¹⁾.

De wijze waarop het bestuur vervolgens van die bevoegdheid gebruik maakt, is daarentegen volledig toetsbaar. De Hoge Raad heeft in *HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m.nt. MS (Zeeland/Hoondert (ro. 3.3))* geoordeeld dat het middelonderdeel van een onjuiste rechtsopvatting uitgaat:

“voor zover het (...) betoogt dat er slechts plaats is voor een ‘marginale toetsing’, waarmee het onderdeel klaarblijkelijk op het oog heeft een meer beperkte toetsing zoals aan de orde zou kunnen zijn bij een de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf (...)”

In *HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. CJHB (Diemen/Rep-Tax)* is eveneens beslist dat ook in het geval de overheid een zekere mate van beleidsvrijheid heeft, de uitvoering van dat beleid:

“door de rechter naar de gewone hiervoor geldende rechtsregels (moet) worden beoordeeld, ook wanneer die handeling is verricht door een gemeente bij de uitvoering van haar taak ter zake van de openbare wegen waarvoor zij de zorg heeft. Het eerste onderdeel van het middel, waarin wordt betoogd dat het hof in dit geval een andere en meer beperkte maatstaf had moeten aanleggen, faalt derhalve.”

⁹⁸⁾ Deze tweedeling werd reeds lang geleden gemaakt, zoals Van Maanen (1996), blz. 73-75 (samenvatting) heeft aangetoond.

⁹⁹⁾ Zie Asser-Hartkamp 4-III (1994), nr. 290b-d.

¹⁰⁰⁾ Zie vooral *HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112, m.nt. CJHB* (Van Gog/Nederweert) en voor de uitzondering ro. 3.4 (slot). Zie nader Mok en Tjittes (1995), blz. 389 e.v. met meer rechtspraakgegevens.

¹⁰¹⁾ Vgl. *HR 19 januari 1996, RvdW 1996, 39* (Eijdsen/Caalen) en *HR 15 maart 1996, NJ 1996, 420* (Zuidhorn/Erven Staal).

Bovenvermelde arresten maken duidelijk dat ook in het geval van beleidsvrijheid, de uitoefening van bestuurshandelen niet marginaal maar volledig wordt getoetst.

De in de literatuur voorkomende opvattingen, dat handelen in het algemeen belang met zich brengt dat de overheid minder spoedig onzorgvuldig handelt of dat de toetsingsmogelijkheden van de rechter beperkt zijn als er sprake is van de uitoefening van een overheidsbevoegdheid met een grote mate van beleidsvrijheid, zijn naar mijn mening niet juist.

Het argument dat een vergaande overheidsaansprakelijkheid een verlamming van de uitvoeringspraktijk met zich zal brengen (de ambtenaar zal geen beschikking meer durven nemen, zo is de gedachte), is door de Hoge Raad zonder veel omhaal van woorden van de tafel geveegd¹⁰²⁾. Aan dat oordeel kan een redengeving ten grondslag worden gelegd. Willen de daadwerkelijke uitvoerenden van het overheidsbeleid (individuele ambtenaren en overheidsorganen als bijvoorbeeld officieren van justitie) persoonlijk aansprakelijk¹⁰³⁾ of draagplichtig (art. 6:170, lid 3 BW) zijn, dan worden daaraan door wet en rechtspraak strenge eisen gesteld. Zij moeten met opzet of grove roekeloosheid hebben gehandeld. In hun gedrag zullen zij daarom juridisch-theoretisch bezien niet belemmerd hoeven te worden door een mogelijke aansprakelijkheid (of draagplichtigheid)¹⁰⁴⁾. De aansprakelijkheid en draagplicht rust als regel alleen op het overheidslichaam (de rechtspersoon). Dat neemt niet weg dat het denkbaar is, dat door de vergaande aansprakelijkheidsmogelijkheden de individuele ambtenaar die de beslissingen neemt, zich voorzichtig gaat opstellen om, uit angst voor eventuele interne sancties of het ontlopen van promotie, te voorkomen dat door zijn fout de overheid tot het vergoeden van schade wordt veroordeeld. Een dergelijke instelling tast de besluitvaardigheid van de overheid wel aan. Bovendien is het niet ondenkbeeldig dat de administratieve rechter (of het bestuursorgaan dat op het bezwaar of in beroep beslist) met het oog op de mogelijk vergaande civielrechtelijke gevolgen van een vernietiging, zich geremd zal voelen om tot vernietiging van een besluit te beslissen.

3.2 De gedachten van de wederkerige rechtsbetrekking en horizontaal bestuur

De bescherming tegen onrechtmatige overheidsdaden ontwikkelt zich mede aan de hand van de wijze waarop, zoals Spier het uitdrukt 'de burger zijn overheid ondergaat'¹⁰⁵⁾. Ten Berge en Van Wijmen stellen:

¹⁰²⁾ HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, m.nt. CJHB (BV/Boulogne, ro. 3.2) en HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (Staat/NCB).

¹⁰³⁾ Zie duidelijk HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 m.nt. CJHB en C (Limburgse OvJ).

¹⁰⁴⁾ In deze zin: Tjittes (1993), blz. 145 (rk. onder).

¹⁰⁵⁾ Van der Does en De Wijkerslooth, Onrechtmatige overheidsdaad, Mon. Nieuw BW B-48, blz. 17 en Spier (1996), blz. 269.

"De toegenomen overheidsaansprakelijkheid is ingebed in een modern ideologisch kader betreffende de relatie overheid en burger, de positie van de overheid in de samenleving en de visie op de vraag of en op welke wijze bepaalde maatschappelijke kosten moeten worden gespreid over meerdere schouders."¹⁰⁶⁾

Een belangrijk grond voor de vergaande overheidsaansprakelijkheid is tot nu toe de idee de burger te beschermen tegen de overheidsmacht¹⁰⁷⁾. Deze gedachte hangt samen met het uitgangspunt van de democratische rechtsstaat, waarvan de fundamentele beginselen het legaliteitsbeginsel, de grondrechten, rechterlijke controle, machtscheiding en democratie zijn¹⁰⁸⁾. De rechtsbeschermingsgedachte heeft centraal gestaan in de ontwikkeling en vervolmaking van het bestuursrecht en de rechtsbescherming tegen overheidsgedragingen in de afgelopen decennia¹⁰⁹⁾. Hoe positief ook te waarderen, de rechtsbeschermingsgedachte, althans voor zover zij inhoudt dat de overheid per definitie aan een streng aansprakelijkheidsregime is onderworpen, is naar mijn mening thans in voorkomende gevallen achterhaald. Dit blijkt uit de verander(en)de ideeën over de verhouding tussen de overheid en de burger die ook aan de Awb ten grondslag liggen¹¹⁰⁾. De betrekking tussen bestuur en burger wordt in de Awb beschouwd:

"(...) als een rechtsbetrekking tussen weliswaar naar hun aard verschillende partijen (...), maar toch een rechtsbetrekking waarin beide partijen in een wederkerige relatie staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij. Voor beide partijen heeft dit gevolgen."¹¹¹⁾

De notie van de wederkerige rechtsbetrekking betekent dat de overheid niet vanuit een hoge en machtige positie eenzijdig over het lot van de burger beschikt, maar zoveel mogelijk met diens belangen rekening houdt¹¹²⁾. Daarin ligt besloten¹¹³⁾ althans daarmee hangt samen¹¹⁴⁾, dat in voorkomende gevallen een zekere gelijkwaardigheid van burger en overheid wordt erkend (horizontaal bestuur)¹¹⁵⁾.

¹⁰⁶⁾ Ten Berge en Van Wijmen (1995), blz. 32.

¹⁰⁷⁾ Aldus o.a. Spier (1996), blz. 301. Daalder (1995), blz. 115 en Ten Berge e.a. (1995), blz. 199. Van Maanen (1996) heeft aangetoond dat de rechtsbescherming van de burger tegen onrechtmatige overheidsdaden eerder is begonnen dan algemeen werd aangenomen.

¹⁰⁸⁾ Zie Burkens e.a., Beginselen van de democratische rechtsstaat, 1992.

¹⁰⁹⁾ Zie Hirsch Ballin, Wederkerig bestuursrecht, RMTh 1989, blz. 1, Van Male, in: De belanghebbende, preadviezen VAR 1992, blz. 20 en Scheltema (1996), blz. 1356 (nr. 4).

¹¹⁰⁾ Aldus ook Scheltema (1996), blz. 1356 (nr. 7), die zich nog scherper uitdrukt.

¹¹¹⁾ MvT, Parl. Gesch. Awb I, blz. 39. Deze beschouwingen hebben op instemming van het parlement kunnen rekenen. Zie MvA II en NEV, Parl. Gesch. Awb I, blz. 42-44 resp. blz. 44.

¹¹²⁾ Zie over de wederkerige rechtsbetrekking behalve de elders in deze subparagraaf genoemde literatuur ook Van Male, Onvoltooid recht, oratie Rotterdam, 1993, Schueler (1994), blz. 165 e.v. en Beurskens, De 'wederkerige rechtsbetrekking': koekoeksei in het nest van het publiekrecht, in: Eenzijdig en wederkerig? (red. E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak), 1995, blz. 23 e.v.

¹¹³⁾ Van Male (1992), blz. 20.

¹¹⁴⁾ Damen (1993), blz. 121.

¹¹⁵⁾ Zie kort over Van Ommeren, De verplichting verankerd, diss. VU 1996, blz. 8-9 en de aldaar vermelde literatuur.

De gedachte van de wederkerige rechtsbetrekking en horizontaal bestuur blijkt uit diverse regelingen in en toelichtingen op de Awb. Ik noem een zestal voorbeelden. Ten eerste de verplichtingen van de burger om de overheid gegevens te verschaffen bij de aanvraag van een beschikking (art. 4:2 lid 2 Awb). Het verstrekken van onvolledige en/of onjuiste inlichtingen kan verschillende rechtsgevolgen hebben. Vóór het nemen van het besluit kan het met zich brengen dat de overheid een onvolledige aanvraag, die niet (tijdig) is aangevuld, niet zal behandelen (art. 4:5 Awb). Na het nemen van het besluit kan het verwijtbaar verstrekken van onjuiste informatie volgens het CBB er toe leiden dat het bestuursorgaan (met terugwerkende kracht) een begunstigende beschikking mag intrekken.¹¹⁶⁾ Ook heeft het verstrekken van onjuiste en/of onvolledige informatie van de burger aan de overheid gevolgen voor de aansprakelijkheid van de overheid jegens de burger indien het besluit vernietigd wordt. Een eerste opvatting te dien aanzien is dat een mogelijke uitzondering op de bindende kracht (de vernietiging van een besluit betekent tevens dat de onrechtmatigheid en toerekenbaarheid daarvan aan de overheid vaststaan) moet worden aangenomen¹¹⁷⁾. Een tweede opvatting houdt in dat in het betreffende geval geen uitzondering op de bindende rechtskracht moet worden aangenomen, maar eigen schuld van de burger (art. 6:101 BW)¹¹⁸⁾. Het aannemen van een uitzondering op de bindende rechtskracht leidt tot volledige niet-aansprakelijkheid van de overheid (er is geen sprake van een fout). Het aannemen van eigen schuld daarentegen, leidt in beginsel tot een vermindering van de vergoedingsplicht voor de overheid (en slechts in uitzonderingsgevallen tot verval daarvan). Minder schadevergoeding ligt als regel meer voor de hand dan niet-aansprakelijkheid. De benadering via de eigen schuld, die de mogelijkheid tot nuancering biedt (een afweging van de gedragingen, waaronder fouten, van de overheid en de burger), verdient daarom de voorkeur. Ten tweede hangt volgens de parlementaire geschiedenis van de Awb de omvang van de motiveringsplicht bij een beschikking (art. 4:17 Awb) af van de deskundigheid van de burger ten aanzien van het betreffende beleidsterrein en recht¹¹⁹⁾. Ten derde valt te wijzen op de nodige verplichtingen die ingevolge de afdelingen 4.2.4 en 4.2.8.4 Awb op de subsidieontvanger rusten. Ten vierde speelt de deskundigheid van de burger een rol bij de verschoonbaarheid

van een termijnoverschrijding bij de indiening van een bezwaar- of beroepsschrift (art. 6:11 Awb)¹²⁰⁾. Ten vijfde zal volgens de parlementaire geschiedenis van de Awb, naarmate de ongelijkheid tussen burger en bestuur groter is, voor de rechter meer aanleiding kunnen bestaan om van zijn bevoegdheid gebruik te maken om ambtshalve de feiten aan te vullen (art. 8:69 lid 3 Awb)¹²¹⁾. Ten zesde kan een burger-rechtspersoon ongeclausuleerd in de kosten worden veroordeeld, terwijl dit bij een burger-natuurlijke persoon alleen het geval is bij misbruik van procesrecht (art. 8:75 lid 1 Awb)¹²²⁾.

De noties van de wederkerige rechtsbetrekking en de horizontale rechtsbetrekking hebben in de eerste plaats betrekking op de zorgvuldigheid die de burger jegens de overheid in acht behoort te nemen. In de parlementaire geschiedenis van de Awb wordt te dien aanzien opgemerkt:

“Niet alleen aan de overheid, maar ook aan anderen worden bijzondere eisen van zorgvuldigheid gesteld indien de positie die zij innemen daartoe aanleiding geeft. Men denke aan een bedrijf dat of een organisatie die een machtspositie inneemt, hetgeen ook tegenover bij voorbeeld een gemeente het geval zal zijn.”¹²³⁾

Even eerder is in de parlementaire geschiedenis van de Awb over de verplichtingen van de burger jegens de overheid gezegd:

“Het bovengenoemde uitgangspunt betekent voor de burger, dat hij zich bewust moet zijn met het bestuur in een rechtsbetrekking te staan waarin van een zekere wederkerigheid sprake is. (...) de wederkerigheid brengt (...) met zich dat hij, voor zover hij wenst dat met zijn inzichten of belangen rekening wordt gehouden, deze op de daartoe geschikte wijze naar voren moet brengen en dat hij daaraan ook door het bestuur kan worden gehouden.”¹²⁴⁾

Hoewel op dit moment in het bestuursrecht (waaronder de Awb) de beperkingen en verplichtingen van het bestuur in zijn verhouding tot de burger in de meerderheid zijn, valt te verwachten dat de wederkerige relatie tussen bestuur en burger zich verder zal ontwikkelen naar meer verplichtingen van de burger jegens het bestuur¹²⁵⁾. Een aantal auteurs stelt echter dat burgerplichten alleen kunnen berusten op de wet (legaliteitsbeginsel), omdat alleen zo aan de eis van rechtszekerheid, een beginsel van de democratische rechtsstaat, wordt voldaan¹²⁶⁾. Deze gedachte lijkt mij ten dele achterhaald. Scheltema wijst er terecht op dat een wettelijke regeling niet per definitie rechtszekerheid voor de burger met zich brengt¹²⁷⁾.

¹¹⁶⁾ Zie CBB 6 april 1994, AB 1994, 529.

¹¹⁷⁾ Brunner in zijn noot (sub 4) bij HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (Van Gog/Nederweert). Zie ook Rb. Rotterdam 27 juni 1994, Jur. Bestuursrecht 1994, 176. Vgl. verder P. Van Schilfgaarde, AA 1987, blz. 166. Scheltema in zijn noten bij HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 (Staat/Hoffmann-Laroche, nr. 4 slot) en bij HR 22 juni 1990, NJ 1993, 637 (Vastgoed/Staat, nr. 12), A-G Koopmans in zijn conclusie voor HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (Staat/NCB), Hartlief en Tjittes (1994), blz. 3 en dezelfde (NTBR), blz. 37 (lk.).

¹¹⁸⁾ Brunner in zijn noot (sub 4) bij HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (Van Gog/Nederweert), Hartlief en Tjittes (1994), blz. 3 (rk.) en dezelfde, (NTBR), blz. 37 (lk.).

¹¹⁹⁾ MvT, Parl. Gesch. Awb I, blz. 271 (rk.).

¹²⁰⁾ MvT, Parl. Gesch. Awb I, blz. 299 (lk.).

¹²¹⁾ MvA II, Parl. Gesch. Awb II, blz. 464 (rk.).

¹²²⁾ Zie MvT, Parl. Gesch. Awb II, blz. 486 (lk.) en minister Hirsch Ballin tijdens de UCV, Parl. Gesch. Awb II, blz. 493 (rk.).

¹²³⁾ MvT, Parl. Gesch. Awb I, blz. 189.

¹²⁴⁾ MvT, Parl. Gesch. Awb I, blz. 40 (lk.). In gelijke zin de toenmalige minister van Justitie, Hirsch Ballin, in UCV, Parl. Gesch. Awb I, blz. 45 (rk.).^{124a)} Zo ook Scheltema (1996), blz. 1358 (nrs. 13 en 14).

¹²⁵⁾ Zo ook Scheltema (1996), blz. 1358 (nrs. 13 en 14).

¹²⁶⁾ Van Male, Damen (1993), blz. 113 en Nicolai (1996), blz. 182.

¹²⁷⁾ Scheltema (1996), blz. 1358-1360.

De legaliteitseis is ontstaan om de burger tegen de overheidsmacht te beschermen. Nu de processuele bestuursrechtelijke (rechts)bescherming in essentie vervolmaakt is en de noodzaak van materiële bescherming van sommige burgers (denk aan grote bedrijven) kwetsbaar is, is het stellen van een stringente legaliteitseis, behalve waar publiekrechtelijke regels¹²⁸⁾ of de ingrijpende aard van een eenzijdige overheidsbevoegdheid dit eisen, niet meer zo noodzakelijk.

De noties van de wederkerige rechtsbetrekking en horizontaal bestuur kunnen in de tweede plaats ook betrekking hebben op de zorgvuldigheid die de overheid jegens de burger in acht dient te nemen. Op alle terreinen van het privaatrecht blijkt, dat de zorgvuldigheid die de ene partij jegens de ander in acht dient te nemen, afhangt van de machtspositie en deskundigheid die zij ten opzichte van elkaar hebben¹²⁹⁾. Grof gezegd moet een ondernemer jegens een particulier zorgvuldiger zijn dan jegens een collega-ondernemer. In dat verband is ook de deskundigheid van partijen relevant. Welke zorgvuldigheid de overheid jegens een burger in acht dient te nemen, hangt derhalve mede af van de machtspositie of de deskundigheid die de burger ten opzichte van de overheid al dan niet heeft. Vranken heeft de vergaande overheidsaansprakelijkheid jegens burgers die even machtig of deskundig zijn als de overheid bekritiseerd.¹³⁰⁾ Naar zijn mening kan de gedachte van differentiatie in het privaatrecht meebrengen dat de schade als gevolg van overheidshandelen niet meer zo eenzijdig en absoluut voor rekening wordt gebracht van de overheid.¹³¹⁾ Derhalve behoort de zorgvuldigheid die de overheid jegens grote bedrijven moet betrachten minder hoog te zijn dan jegens een privé-persoon. Ik kan mij daar volledig in vinden. Ook omdat deze benadering aansluit bij de zich ontwikkelende noties van wederkerigheid en horizontaal bestuur die aan de Awb ten grondslag liggen. Wel is het zo, zoals *Damen* terecht concludeert, dat de hoedanigheid van 'Awb-mens', de burger die in een wederkerige en horizontale rechtsbetrekking tot het bestuur staat, alleen is voorbehouden aan machtige rechtspersonen en dat in andere verhoudingen tussen overheid en burger de overheid in het algemeen domineert¹³²⁾. De weliswaar niet nieuwe, maar wel meer pregnant naar voren gebrachte noties van wederkerigheid en horizontaal bestuur die aan de Awb ten grondslag liggen, brengen met zich dat een vanzelfsprekende vergaande overheidsaansprakelijkheid gerelativeerd moet worden en dat die gerelateerd moet worden aan de hoedanigheid van de burger.

4. Concluderende stellingen

(a) De mate van zorgvuldigheid die de overheid jegens een burger in acht moet nemen, hangt af van de hoedanigheid van de burger. Indien de burger een gelijkwaardige machtspositie inneemt als de overheid en gelijkwaardig deskundig is, is er geen reden het overheidshandelen aan strengere zorgvuldigheidseisen te onderwerpen dan het gedrag van dezelfde burgers onderling. Een en ander sluit aan bij de noties van de wederkerige rechtsbetrekking en horizontaal bestuur die aan de Awb ten grondslag liggen en waarvan verwacht mag worden dat die zich verder zullen ontwikkelen. In een dergelijk systeem van overheidsaansprakelijkheid zullen ondernemers in voorkomende gevallen niet beschermd worden, waar privé-personen bij vergelijkbaar schadeveroorzakend overheidshandelen wel beschermd worden.

(b) Door rekening te houden met de maatschappelijke positie van de overheid bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm, kan hetzelfde resultaat bereikt worden als met de toepasselijkverklaring van de abbb (art. 3:1 lid 2 Awb en 3:14 BW). De overheidsaansprakelijkheid is in dat opzicht niet anders dan een 'gewone' aansprakelijkheid.

(c) De zorgvuldigheid die de overheid in acht moet nemen bij een bevoegdheid waarbij zij beleidsvrijheid heeft, verschilt naarmate het gaat om een rechterlijke toetsing (i) van de keuze om van een dergelijke bevoegdheid al dan niet gebruik te maken of (ii) van de feitelijke uitvoering daarvan. In het eerste geval moet de rechter het overheidshandelen marginaal toetsen, in het tweede geval moet hij het gedrag van de overheid volledig toetsen.

(d) Volledige rechterlijke toetsing van de uitvoering van een (discretionaire) overheidsbevoegdheid behoeft geen verlamming voor de uitvoeringspraktijk te betekenen, omdat een individuele ambtenaar slechts persoonlijk aansprakelijk (en draagplichtig) is indien hij opzettelijk of met grove roekeloosheid heeft gehandeld.

(e) Onrechtmatig overheidshandelen in het algemeen belang kan met zich brengen dat een betreffende gedraging niet verboden kan worden (art. 6:168 BW). De verplichting van de overheid om de schade van de burger te vergoeden blijft bestaan.

(f) Het argument voor een vergaande overheidsaansprakelijkheid, dat de overheid de schade kan spreiden, miskent dat een burger die ondernemer is, deze mogelijkheid in beginsel ook heeft. Het argument is alleen valide bij overheidsaansprakelijkheid jegens privé-personen.

¹²⁸⁾ Zoals onder meer belastingheffing (art. 104 Grondwet) en vrijheidsbeneming (art. 15 lid 1 Grondwet).

¹²⁹⁾ Zie voor onderdelen van het contractenrecht: Tjittes (1994).

¹³⁰⁾ Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, 1989, blz. 186.

¹³¹⁾ Vranken (1988), blz. 28 stelling 4 sub d.

¹³²⁾ Damen (1993), blz. 128. In kritische zin eveneens Schueler (1994), blz. 172 en Nicolai (1996).

(g) De burgerlijke rechter dient de aansprakelijkheid bij een rechtmatige overheidsdaad volmondig te erkennen. Het evenredigheidsbeginsel neergelegd in art. 3:4 lid 2 (jo 3:1 lid 2) Awb, zoals uitgelegd in de parlementaire toelichting daarbij, geeft hem een aanknopingspunt. Indien als gevolg van een overheidshandeling een of enkele burgers meer benadeeld worden dan anderen in een vergelijkbare positie, moeten zij schadeloos gesteld worden indien hun schade niet tot het normale maatschappelijke risico of bedrijfsrisico behoort.

(h) Een verbintenis op grond van een rechtmatige overheidsdaad kan in het gesloten systeem van verbintenissen van art. 6:1 BW worden ingepast, omdat zij past in de wet (art. 3:4 lid 2 jo 3:1 lid 2 Awb) en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen (bestuursrechtelijke regelgeving omtrent nadeelcompensatie op diverse terreinen).

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

J.B.J.M. ten Berge, H.M. van de Kar, P.C.E. van Wijmen en M. Boogmans, Aansprakelijkheid als object van beleid, in: Openbaar bestuur en aansprakelijkheid, Reeks 'Bestuur in beweging' nr. 18, 1995, blz. 199-213.

J.B.J.M. ten Berge en P.C.E. van Wijmen, Overheidsaansprakelijkheid in Nederland: een geleidelijke, doch principiële omslag, in: Openbaar bestuur en aansprakelijkheid, Reeks 'Bestuur in beweging' nr. 18, 1995, blz. 23-38.

J.A.M. van den Berk, Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid, diss. Utrecht, 1991.

Bloembergen (1992a), A.R. Bloembergen, Centauren in 6.3? - Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden, in: Als een goed huisvader (Nieuwenhuis-bundel), 1992, blz. 121-132.

Bloembergen (1992b), A.R. Bloembergen, Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel, WPNR 6074 (1992).

P.J.J. van Buuren, Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht, in: Aantrekkelijke gedachten (M. Scheltema-bundel), 1993, blz. 91-108.

E.J. Daalder, Redelijkheid als grondslag voor aansprakelijkheid van de overheid?, in: Openbaar bestuur en aansprakelijkheid, Reeks 'Bestuur in beweging' nr. 18, 1995, blz. 111-125.

L.J.A. Damen, Bestaat de Awbmens?, in: Aantrekkelijke gedachten (M. Scheltema-bundel), 1993, blz. 109-129.

T. Hartlief, Van aansprakelijkheid naar draagkracht naar dragelijke aansprakelijkheid?, in: CJHB (Brunner-bundel), 1994, blz. 139-147.

T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, Aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde beschikkingen, A&V 1994, blz. 1-7.

W.G. Huijgen, Aansprakelijkheid van de overheid, diss. Leiden, 1991.

B.C. Knieriem, De verzekerde gemeente verzekerd!?, NTB 1995/9/10, blz. 309-316.

G.E. van Maanen, De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19e en 20e eeuw, Ars Aequi Cahiers Rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis, deel 5, 1996.

R.M. van Male en B.P.M. Ravels, Redelijkheid in het nadeelcompensatierecht, 1995.

M.R. Mok en R.P.J.L. Tjittes, Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid, RMTh 1995, blz. 383-404.

J.K. Moltmaker, Schadeveroorzakend overheidshandelen, BR 1991, blz. 817-822.

Nicolai (1996) P. Nicolai, De stiekeme citoyen, in: De Awb-mens: boeman of underdog? (Leo Damen-bundel), 1996, blz. 179-197.

M. Oosting, De Nationale ombudsman en schadevergoeding, NTB 1996/5, blz. 165-175.

De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Eerste Tranche (Wet van 4 juni 1992, Stb. 315) door E.J. Daalder en G.R.J. de Groot m.m.v. J.M.E. van Breugel, 1993.

De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Tweede Tranche, door E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, 1994.

C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, 1981.

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek (Invoering Boeken 3, 5 en 6), Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, 1990.

C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, 1981.

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek (Invoering Boeken 3, 5 en 6), Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, 1990.

R.J. Polak, Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, diss. UvAmsterdam 1949.

M. Scheltema, Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht, NJB 1996, blz. 1355-1361.

W. Snijders, Artikel 3.1.1.15 Nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien, in: Bestuursrecht en Nieuw BW, 1988, blz. 49-71.

J. Spier, Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad, WPNR 6074 (1992), blz. 985-993.

J. Spier, in: De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, preadvies NJV 1996, blz. 266-303 (§3.9).

R.P.J.L. Tjittes, Gezichtspunten bij de delictuele overheidsaansprakelijkheid, NTBR 1993, blz. 143-149.

R.P.J.L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, diss. RUG, 1994.

J.B.M. Vranken, Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht, in: Bestuursrecht en Nieuw BW, 1988, blz. 27-41.

J. De Vries, Verzekeren van overheidsaansprakelijkheid, in: Openbaar bestuur en aansprakelijkheid, Reeks 'Bestuur in beweging' nr. 18, 1995, blz. 65-75.