

Vijftien jaar onrechtmatige overheidsbesluiten

C.N.J. Kortmann & J.H.A. van der Grinten*

I Het ideaal van de integrale rechtsbescherming

Wie aan vijftien jaar Awb denkt, denkt wellicht allereerst aan een wet die bedoeld is om eenheid te brengen in de lappendeken die het bestuursrecht van de twintigste eeuw kenmerkte. Dat zou echter geen recht doen aan de ambities van de wetgever in 1994. Voor ons onderwerp, het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige overheidsdaad, is minstens zo interessant het ideaal om de taken en bevoegdheden van de bestuursrechter zodanig uit te breiden dat deze volwaardige rechtsbescherming zou kunnen gaan bieden: volledig rechtsherstel van de benadeelde burger en waar het betreft de schadevergoeding, op civielrechtelijke leest geschoeid. In deze bijdrage willen wij bezien wat er van dat ideaal terecht is gekomen.

Omdat in de Awb het besluitbegrip centraal staat ligt het voor de hand dat wij ons concentreren op de aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten. Vanzelfsprekend passeren daarbij hoogtepunten zoals het zelfstandig schadebesluit, causaal verband en formele rechtskrachtperikelen de revue.¹

Laten wij eerst eens teruggaan naar het begin van de jaren negentig, als de justitieambtenaren onder de bezielende leiding van Michiel Scheltema werken aan de conceptteksten van de nieuwe Algemene wet bestuursrecht. Wat treft de in besluitenaansprakelijkheid geïnteresseerde wetgevingsjurist dan aan?²

2 Situatie begin jaren negentig

2.1 De burgerlijke rechter staat aan het roer

Als eerste slaat hij de AB-klassiek, eerste druk 1991, open. Dat is op dat moment een bruikbare compilatie van rechtspraak op het gebied van het overheids-

* Mr. C.N.J. Kortmann is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en honorair universitair hoofd-docent aan de Universiteit Utrecht. Mr. J.H.A. van der Grinten is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam en gastdocent overheidsaansprakelijkheid aan de Universiteit Leiden.

1 De relativiteitsleer komt niet aan bod. De twee interessante uitspraken van de bestuursrechter op dit vlak zijn van recente datum en een duidelijke lijn is nog niet zichtbaar. Wij verwachten dat deze leer in de bundel '30 jaar Awb' een prominente plaats zal krijgen.

2 Praktische overzichten zijn te vinden in De Planque (1989) en Van Ravels en Van Male (BR 1993).

aansprakelijkheidsrecht.³ Een Franse jurist zou het niet geloven, maar deze is vrijwel geheel gevuld met rechtspraak van de Hoge Raad. En zo is het ook: de Hoge Raad zet de lijnen van het aansprakelijkheidsrecht uit, ook van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Met de beroemde arresten *St. Oedenrode vs. Driessen* (1984), *Hoffman La Roche vs. De Staat* (1987) en *Van Gog vs. Nederweert* (1991) vat hij de aansprakelijkheid voor vernietigde beschikkingen samen: door het nemen en handhaven van een later vernietigde beschikking handelt het bestuur onrechtmatig en is zijn schuld in beginsel gegeven.⁴

In dezelfde bundel treft men ook de drie arresten aan waarmee de Hoge Raad in de loop van de twintigste eeuw zijn werkterrein ten opzichte van de bestuursrechter afbakende.⁵ In *Guldenmond vs. Noordwijkerhout* (1914) legt hij – bij ontstentenis van administratieve rechtspraak – artikel 2 Wet RO (thans: 112 Gw) zo ruim uit dat zijn bevoegdheid zich uitstrekt tot al het overheidsoptreden. In een reeks van arresten, in de bundel samengevat onder het Loosdrechtse Plassenschap (1977), legt hij vast dat hij ten opzichte van speciale rechtsgangen alleen aanvullende rechtsbescherming biedt: een eiser is niet-ontvankelijk bij de burgerlijke rechter als voor hem een voldoende rechtsbescherming biedende bijzondere rechtsgang open staat.⁶ Onder het arrest *Heesch vs. Van den Akker* (1986) ten slotte, vindt men de leer van de formele rechtskracht beschreven, die er kort samengevat op neer komt dat de burgerlijke rechter een besluit rechtmatig acht zolang het niet is vernietigd of herroepen, zelfs als vast staat dat het in een beroepsprocedure geen stand zal of had kunnen houden. Deze op het eerste gezicht wat merkwaardige regel lijkt op dat moment onvermijdelijk om tegenstrijdige uitspraken, verkapt hoger beroep en forum-shopping te voorkomen. Doch in de decennia daarna groeit de kritiek op deze leer, omdat de rechtsbescherming van burgers soms lelijk in het gedrang komt.⁷

Dat de Hoge Raad oordeelt over overheidsoptreden, sterker, over de aansprakelijkheid voor publiekrechtelijke rechtshandelingen, brengt hem geenszins van zijn stuk. Hij past gewoon artikel 1401 e.v. van het toenmalige Burgerlijk Wetboek toe en zet dat na 1992 voort door toetsing aan de artikelen 6:162 en 6:163 BW. Dat is ook te zien aan de zojuist aangehaalde formulering, waarin de privaatrechtelijke begrippen onrechtmatigheid en schuld een centrale rol innemen. Die toepassing van burgerlijk recht op overheidsoptreden gaat overigens ver terug. Al in 1924 oor-

3 Recent verscheen de 6e druk.

4 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669 m.nt. J.A. Borman, *AB* 1984, 399 m.nt. E.M. van Eijden, *ABklassiek* (2003) nr. 17 (*St. Oedenrode/Driessen*), HR 26 september 1986, *NJ* 1987, 253 m.nt. MS, *AB* 1987, 70 m.nt. FHvdB (*Staat/Hoffman la Roche*) en HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 m.nt. CJHB, *AB* 1992, 290 m.nt. FHvdB onder 291 (*Van Gog/Nederweert*).

5 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407, *ABklassiek* (2003), nr. 3 (*Guldemond/Noordwijkerhout*); HR 25 november 1977, *NJ* 1978, 255 m.nt. MS, *AB* 1978, 1 m.nt. J.R. St., *ABklassiek* (2003), nr. 11 (*Loosdrechts Plassenschap*) en HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 m.nt. MS, *AB* 1986, 573 m.nt. FHvdB, *AA* 1986, 642 m.nt. HH, *Gst.* 1987, 6842 nr. 3 m.nt. WK, *ABklassiek* (2003), nr. 19 (*Heesch/vd Akker*). Over dit onderwerp is dermate veel geschreven dat het noemen van literatuur in dit verband per definitie discriminatie oplevert.

6 Zie reeds HR 26 juni 1964, *NJ* 1965, 2 m.nt. GJS (Willemse/NAB) en voor het ambtenarenrecht HR 28 februari 1992, *NJ* 1992, 687 m.nt. MS, *AB* 1992, 301 m.nt. FHvdB (*Changoe/Staat*).

7 Wij gaan hier in paragraaf 6 nog nader op in.

deelde de Hoge Raad in het Ostermann-arrest dat ook de schending van publiek-rechtelijke normen onrechtmatigheid in de zin van artikel 1401 BW oplevert.

In de literatuur echter, is begin jaren negentig op dit punt het begin van een kentering waarneembaar. De leden van de 'Maastrichtse School' onder aanvoering van prof. A.Q.C. Tak, verspreiden opruiende geschriften. Zij betogen dat publiekrecht en privaatrecht strikt gescheiden systemen zijn en de rechter (of dat nu de civiele of de bestuursrechter is) materieel bestuursrecht toepast als hij oordeelt over de aansprakelijkheid voor publiekrechtelijke rechtshandelingen. Een klein probleem is dat dat materiële bestuursrecht nergens is opgeschreven, zodat ook de Maastrichtse School voorlopig moet accepteren dat wat in het BW staat een invulling is van de rechtsbeginselen die aan het publiek- en privaatrecht gemeenschappelijk zijn. Wij zullen nog zien dat deze gedachte de bestuursrechters goed van pas komt als zij één voor één het buitenwettelijke zelfstandig schadebesluit aanvaarden.

2.2 De bestuursrechters, met name de Afdelingen, houden zich koest

Tot 1994 houden de bestuursrechters zich niet zo enthousiast met besluiten-aansprakelijkheid bezig, althans, niet op die terreinen waar de Hoge Raad van oudsher de leidende rol heeft. De Centrale Raad is als ambtenarenrechter hierin wel actief, omdat zijn bevoegdheid niet beperkt is tot beschikkingen en de Hoge Raad over het ambtenarenrecht (daarom) geen rechtsmacht aanvaardt.⁸ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (art. 60 Wet Arbo) laat ook nog wel eens van zich horen maar de Afdelingen 'geschillen van bestuur' en 'rechtspraak' van de Raad van State zijn bepaald terughoudend. Ligt dit aan te beperkte wettelijke bevoegdheden? Neen. Het preadvies van De Planque uit 1989 (p. 79) laat zien dat veeleer de ambtenarenrechter beperkt is in zijn accessoire bevoegdheid schadevergoeding toe te kennen.⁹ De bevoegdheden van de Afdelingen geschillen en rechtspraak zijn geënt op die van de Kroon. Die kan ex artikel 58b lid 4 van de Wet op de Raad van State 'zo daartoe termen zijn' een vergoeding toekennen ten laste van het bij de beslissing aangewezen lichaam 'onverminderd het recht van de belanghebbende om op grond van andere wettelijke bepalingen schadevergoeding te vragen'. Voorwaar een bevoegdheid die niet onderdoet voor het huidige artikel 8:73 Awb. Hoe het terughoudende schadevergoedingsbeleid van beide Afdelingen dan wel is te verklaren, is ons niet goed duidelijk geworden.¹⁰ Het is niet onaannemelijk dat het te maken heeft met het probleem dat pas uit de besluitvorming na vernietiging blijkt of er een schadevergoedingsplicht is en welke omvang deze heeft. Die verlengde besluitvorming is met name in het omgevingsrecht¹¹ (waar de Afdelingen

8 Zie HR bijv. 4 december 1987, AB 1988, 189 m.nt. FHvdB, bevestigd in het bekende arrest Changoe, HR 28 februari 1992, NJ 1992, 687 m.nt. MS, AB 1992, 301 m.nt. FHvdB (Changoe/Staat). Dit is in lijn met wat Van Angeren (1968) reeds schreef (p. 31).

9 Art. 47 Aw had betrekking op 'andere handelingen' en art. 48 Aw op uitstel of gedektverklaring van de nietigverklaring van het besluit. De CRvB loste deze beperkte accessoire bevoegdheid overigens in 1972 al op door het zelfstandige schadebesluit als rechtsingang te aanvaarden.

10 Verzoeken ex art. 99 lid 3 van de Wet op de Raad van State worden niet zelden apodictisch afgedaan.

11 Een term die in die tijd overigens nog niet bestond.

rechtsmacht hebben) belangrijk, omdat daar ook andere belangen dan die van de appellant een rol spelen.

2.3 Verlengde besluitvorming en zelfstandig schadebesluit

Het probleem van de verlengde besluitvorming was overigens niet per definitie onoplosbaar. Dat had het CBb in 1963 al laten zien. Het had in een eerdere uitspraak een heffingsbesluit vernietigd waarna verweerder het gevorderde bedrag moest terugbetalen. Toen verweerder weigerde over dat bedrag rente te vergoeden merkte het CBb deze weigering als een voor beroep vatbaar besluit aan. Aldus kon het CBb zich na afloop van de verlengde besluitvorming alsnog over de schadevergoedingsplicht buigen. Aardig is dat Peters in zijn annotatie onder de uitspraak opmerkt dat hij de redenering van het College (dat er geen sprake is van een (rechts) handeling naar burgerlijk recht) dubieus vindt maar wel begrijpelijk. Immers, het College had hetzelfde resultaat kunnen bereiken door op grond van artikel 60 Arbo een accessoire veroordeling tot vergoeding van renteschade uit te spreken. Een argumentatie die wij in de jaren negentig zullen terugzien als de Afdeling het zelfstandige schadebesluit aanvaardt.

In de jaren daarvoor is de Afdeling nog niet zover: zij merkt de beslissing van een bestuursorgaan omtrent de vergoeding van schade consequent aan als een rechtshandeling naar burgerlijk recht.¹² De Centrale Raad van Beroep als sociale-verzekeringsrechter zit op dezelfde lijn, maar dat is beter te verklaren: in de Beroepswet ontbreekt namelijk de accessoire bevoegdheid om de uitkeringsinstanties tot schadevergoeding te veroordelen. Dat is lastig, want juist in sociale-verzekeringszaken is het voor de rechter vaak goed mogelijk om zelf de rechtsverhouding tussen partijen definitief vast te stellen. Een accessoire bevoegdheid ten aanzien van renteschade zou het instrumentarium compleet maken. Nu moet de uitkeringsgerechtigde daarvoor apart naar de civiele rechter en het behoeft geen betoog dat de kool het civiele sop doorgaans niet waard is.

Tot slot, welk recht passen de bestuursrechters toe? Regulier civiel recht is het in elk geval niet. Van Ravels en Van Male constateren dat in de praktijk de vereisten van onrechtmatigheid en schuld niet als toetssteen fungeren en onderzoek naar causaal verband, relativiteit en de omvang van de schade ontbreken zodat gesproken kan worden van ‘fooien en nattevingerwerk’.¹³

2.4 Twee grote problemen en één klein probleem

Maken we de balans op dan ziet de wetgever zich begin jaren negentig geconfronteerd met twee grote problemen en één klein, praktisch probleem.

Het eerste grote probleem, namelijk het aloude vraagstuk van de verdeling van rechtsmacht, laat de wetgever aan de rechter over. De minister beperkt zich bij de totstandkoming van de Awb tot de verwachting dat de burger veelal de voorkeur zal geven aan integrale geschilbeslechting door de bestuursrechter. Ten aanzien

12 Waarom het een rechtshandeling is, blijft onbesproken. Zie hierna ook par. 4.

13 Soms lijkt eenvoudigweg de wil te ontbreken om gebruik te maken van de bevoegdheid schadevergoeding toe te kennen. Bijvoorbeeld ABRvS 7 februari 1989, AB 1990, 32 m.nt. PvB.

van het tweede grote vraagstuk, het toepasselijke aansprakelijkheidsrecht, wordt geen bepaling in het ontwerp voor de Awb opgenomen, maar bij de behandeling van het wetsvoorstel maakt de minister wel uiterst relevante opmerkingen, zoals wij zullen zien.

Het kleine praktische probleem is de onmogelijkheid voor de socialeverzekeringsrechter om het geschil definitief te beslechten inclusief de toekenning van renteschade. Dat probleem wordt met de algemene accessoire bevoegdheid van artikel 8:73 Awb opgelost. Veel nieuws brengt dat wetsartikel verder niet omdat, zo zeggen wij al, in veel van de bestaande bijzondere wetten zo een bevoegdheid ook al bestond.¹⁴ De beperkingen van die bevoegdheid, met name in verband met de verlengde besluitvorming, lost de wetgever niet afdoende op. Daar gaan de rechters zelf aan de bak.

3 Volledig rechtsherstel door de bestuursrechter

3.1 'Adequate' bevoegdheden voor de bestuursrechter

De wetgever beoogt met de Awb te voorzien in een stelsel van rechtsbescherming dat de mogelijkheid biedt van volledig rechtsherstel bij onrechtmatige besluitvorming. In de memorie van toelichting bij artikel 8:72 Awb, stelt de regering:

'Daarbij hebben wij beoogd, de administratieve rechter uit te rusten met de nodige, adequate bevoegdheden, zodat ter zake van het wegnemen van het nadeel in beginsel geen civielrechtelijke rechtsgang meer behoeft te worden gevolgd. Wij achten het uit een oogpunt van efficiënte rechtsbescherming ongewenst, dat ter zake van in wezen hetzelfde geschil bij verschillende rechters moet worden geprocedeerd om volledige genoegdoening te kunnen verkrijgen.'¹⁵

Bij de 'adequaat' genoemde bevoegdheden waar het hier om gaat moet in de eerste plaats worden gedacht aan de rechterlijke bevoegdheid een besluit te vernietigen, waarna het bestuursorgaan in beginsel een nieuw (rechtmatig) besluit met inachtneming van de uitspraak zal moeten nemen. De rechter kan ook zelf in de zaak voorzien door in de plaats van het bestuursorgaan een nieuw besluit te nemen. Sluitstuk van het stelsel van bevoegdheden dat garant moet staan voor de mogelijkheid van *restitutio ad integrum* is de schadevergoedingsregeling van artikel 8:73 Awb. Als verlengde besluitvorming na het vernietigingsberoep het nadeel dat het onrechtmatige besluit heeft veroorzaakt niet of niet geheel kan wegnemen, heeft de rechter de mogelijkheid op verzoek van de benadeelde schadevergoeding toe te kennen. Volgens artikel 8:73 lid 1 kan de rechter uitspraak doen op het verzoek om schadevergoeding bij de uitspraak waarmee het besluit wordt vernietigd.

14 Dat de invoering van het artikel toch grote gevolgen heeft gehad is dan ook met name te danken of te wijten, al naar gelang het gezichtspunt, aan de bestuursrechters.

15 E.J. Daalder en G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Tweede tranche (Stb 1993, 581, 650, 671, 690)*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994, MvT, p. 470.

Op grond van het tweede lid kan hij bij die uitspraak echter ook de heropening van de zaak bepalen met het oog op de schadevergoedingsprocedure.

3.2 Twee rechters, één recht

Uitdrukkelijk uitgangspunt van de regering is dat de bestuursrechter bij schadevragen dezelfde criteria hanteert als de civiele rechter bij de afdoening van geschillen over onrechtmatige overheidsdaad.¹⁶ De minister bevestigt in de kamer dat aard en omvang van de te vergoeden schade exact zo zullen worden bepaald als in het geval van een onrechtmatige overheidsdaad voor de civiele rechter.¹⁷ Alleen de vraag of er verschillen zijn bij de bewijsplicht en bewijslast, wil de minister niet zonder meer ontkennend beantwoorden in het licht van verschillen in 'tradities van procesvoering' bij de burgerlijke en administratieve rechter.¹⁸

In de wetsgeschiedenis wordt verder de wens uitgesproken van een geleidelijke ontwikkeling waarbij de administratieve rechter meer en meer zelf het schadevergoedingsaspect afdoet. Dit zal dan leiden tot een navenante terugdringing van de taak van de burgerlijke rechter op dit gebied.¹⁹ De regering vindt het om verschillende redenen niet wenselijk die overgang dwingend voor te schrijven door de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd te maken in schadevergoedingszaken over onrechtmatige besluiten.²⁰ De burger kan dus als hij wil voor zijn schadevergoedingsactie nog steeds bij de civiele rechter terecht. De bestuursrechter krijgt bovendien de bevoegdheid de zaak te verwijzen naar de civiele rechter, al is de verwachting dat hij daarvan mede door de integratie van de rechtspleging in eerste aanleg, weinig gebruik zal gaan maken.²¹

3.3 (Te) hoge verwachtingen van 8:73 Awb

Opmerkelijk is dat er in de wetsgeschiedenis betrekkelijk weinig aandacht is voor de gevolgen die het systeem van verlengde besluitvorming heeft voor de schadeprocedure. De gedachte dat de rechter voldoende is geëquipeerd om de zaak in volle omvang af te doen, loopt als een rode draad door de wetsgeschiedenis.²² In werkelijkheid is (de omvang van) een eventuele schadevergoedingsverplichting van het bestuursorgaan doorgaans pas aan de hand van de uitkomst van het vervolg van de zaak na vernietiging vast te stellen. Vaak kan pas dan worden vastgesteld of de nadelige gevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk worden weggenomen of bijvoorbeeld worden gelegaliseerd. Bovendien heerst de opvatting dat doorgaans pas uit de verlengde besluitvorming blijkt of en in hoe-

16 MvT, MvAII, Parl. Gesch. Awb II, p. 476.

17 UCV, Parl. Gesch. Awb II, p. 480.

18 UCV, Parl. Gesch. Awb II, p. 470.

19 MvT, Parl. Gesch. Awb II, p. 474.

20 Zie onder meer MvAII, Parl. Gesch. Awb II, p. 477.

21 Zie MvAII, Parl. Gesch. Awb II, p. 477.

22 Zie bijvoorbeeld MvA, Parl. Gesch. Awb II, p. 476.

verre het primaire besluit onrechtmatig moet worden geacht.²³ Naar onze indruk is dit kenmerk van het bestuursrechtelijke vernietigingsberoep, de verlengde besluitvorming, de belangrijkste oorzaak van de relatief beperkte toepassing die in de afgelopen vijftien jaar aan artikel 8:73 Awb is gegeven.²⁴

In de literatuur uit die tijd is er al enige aandacht voor de beperkingen en tekortkomingen van artikel 8:73 Awb. Van Ravels en Van Male noemen de regeling bijvoorbeeld 'lacuneus, onduidelijk, inefficiënt en onnodig ingewikkeld' en roepen de wetgever op haar te heroverwegen 'nu het nog kan'.²⁵ Hun kritiek betreft onder andere het ontbreken van een visie op de vraag hoe de keuzemogelijkheid van 8:73 Awb zich verhoudt tot bij verschillende bestuursrechters al bekende zuiverschadebesluiten die de weg naar de burgerlijke rechter volgens hen afsluiten, het ontbreken van een richtsnoer voor de rechter al dan niet van zijn bevoegdheid ingevolge artikel 8:73 gebruik te maken, het ontbreken van een regeling over de gevolgen van het achterwege laten van een verzoek op grond van artikel 8:73 Awb voor het te gelde maken van aanspraken op schadevergoeding en het ontbreken van een regeling voor schadevergoeding op grond van onrechtmatige primaire besluiten. De regeling haalt ondanks deze en andere kritiek echter ongeschonden de parlementaire eindstreep.

4 Oplossingen voor enkele vraagstukken van rechtsmachtverdeling

4.1 Verdere ontwikkeling van het zelfstandige schadebesluit

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever meent een tamelijk eenvoudige schadevergoedingsregeling tot stand te hebben gebracht. Voor schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten zijn weliswaar twee rechters bevoegd (de civiele en de administratieve) maar in de loop van de tijd zal de administratieve rechter door enerzijds de vraag van de burger en anderzijds toenemende bereidheid daadwerkelijk van zijn bevoegdheid ex artikel 8:73 gebruik te maken, de taak van de civiele rechter op dit vlak terugdringen. Dit proces betreft overigens niet zozeer de *rechtsmachtverdeling* tussen beide rechters, als wel de *werkverdeling*. In de praktijk dienen zich echter al snel belangrijke vragen van rechtsmachtverdeling aan, die te maken hebben met de aard van beslissingen van bestuursorganen op verzoek

23 Die onrechtmatigheid kan overigens volgens de bestuursrechter onder omstandigheden ook al worden afgeleid uit de uitspraak waarin de beslissing op bezwaar wordt vernietigd, zie bijvoorbeeld ABRvS 15 december 2004, *Gst.* 2005, 7229, nr. 75 met bespreking CNJK in hoofdartikel onder nr. 73 (vrijstelling Ameland) en ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 54 m.nt. dG, *JB* 2005/58 m.nt. RJNS, *Gst.* 2005, 7229, nr. 74 met bespreking CNJK in hoofdartikel onder nr. 73 (vrijstelling Meerssen). Hoofdreel is echter dat de onrechtmatigheid afhangt van de reden van herroeping van het primaire besluit, zie HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526 m.nt. ARB, *AB* 1998, 231 m.nt. ThGD (Boeder/Staat).

24 Zie over deze problematiek ook bijvoorbeeld N. Verheij, 'Een eigen recht(er)', in: N. Verheij, J.L. de Wijkerslooth & A.J.C. de Moor-Van Vught, *Verschuiving van de magische lijn*, (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samson 1999, p. 23, 24 en B.P.M. van Ravels, 'Wederom: tot schade van allen! Enige nadere opmerkingen over schadevergoeding wegens onrechtmatige, voor beroep vatbare besluiten', *BR* 2005/118, p. 518.

25 R.M. van Male en B.P.M. van Ravels, 'Tot schade van allen. De onvolkomen schadevergoedingsregeling van de Awb', *BR* 1993, p. 669-685.

ken om schadevergoeding. De eerste vraag is of artikel 8:73 Awb toelaat dat de bestuursrechter na afronding van het vernietigingsberoep kennis neemt van een beslissing op een verzoek om schadevergoeding dat betrekking heeft op een vernietigd besluit.

Zoals wij hiervoor beschreven, was de figuur van het zelfstandige schadebesluit al voor de Awb tot ontwikkeling gekomen, zij het dat de rechtseenheid op de verschillende terreinen van het bestuursrecht in dat opzicht ver te zoeken was. Een eerste aanzet voor de verdere ontwikkeling van het zuiver schadebesluit komt in 1994 van de Centrale Raad in een (onder bestuursrechtjuristen) beroemd geworden overweging ten overvloede. Die staat in een uitspraak waarin een verzoek ex artikel 8:73 Awb om procestechnische redenen niet-ontvankelijk wordt geacht. Deze overweging luidt:

‘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 zozeer 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 art. 1:3 Awb is aan te merken.’²⁶

Niet veel later gaat de Afdeling bestuursrechtspraak om. In haar uitspraak van 29 november 1996 overweegt zij:

‘Indien echter een bestuursorgaan op een verzoek om vergoeding van schade, gesteldelijk ten gevolge van een vermeend onrechtmatig besluit, niettemin een schriftelijke beslissing geeft, is die beslissing op dat verzoek aan te merken als een besluit in de zin van art. 1:3 eerste lid Awb. Het publiekrechtelijke rechtsgevolg van een dergelijk besluit vloeit voort uit het in het besluit in ieder geval vervatte oordeel over de aanspraken die al of niet zouden bestaan op schadevergoeding in verband met het in het geding zijnde bestuurshandelen.’²⁷

De dogmatische grondslag van dit oordeel is volgens ons wankel, alleen al vanwege het feit dat een opvatting over de eigen aansprakelijkheid tot rechtshandeling wordt bestempeld.²⁸ Dat neemt niet weg dat met deze uitspraak de deur openstaat voor schadevergoedingszaken bij de bestuursrechter naast de mogelijkheid die artikel 8:73 Awb biedt. Nadere uitwerking van de nieuwe opvatting van de Afdeling volgt in de bekende Van Vlodrop-uitspraak.²⁹ De Afdeling overweegt daarin

²⁶ CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 40.

²⁷ ABRvS 29 november 1996, AB 1996, 66 m.nt. PvB, RAwb 1997, 337 m.nt. Schueler, JB 1997, 253, Gst. 1997, 7147 m.nt. Hennekens.

²⁸ In die zin was er overigens niets nieuws onder de zon, nu voorheen dergelijke opvattingen als *rechtshandeling* naar burgerlijk recht werden aangemerkt.

²⁹ ABRS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB, BR 1997/599, JB 1997/118, LJN AA6762.

kort samengevat dat de bevoegdheid tot het beslissen op verzoeken om schadevergoeding berust op een algemeen geldend rechtsbeginsel dat onrechtmatig toegebrachte schade door de dader moet worden vergoed. Dit rechtsbeginsel is volgens de uitspraak publiekrechtelijk van aard 'indien het zijn werking doet voelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding'. Het rechtsgevolg waarop een beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek om vergoeding van schade, veroorzaakt binnen het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, is gericht, is volgens de Afdeling dat naar het publiekrecht al dan niet een aanspraak op betaling van schadevergoeding wordt gevestigd.³⁰ Ook hier blijft naar onze mening de dogmatische basis betwistbaar, alleen al door de wijze waarop aan een schadebesluit het karakter van rechtshandeling wordt gegeven. Immers, zelfstandig schadebesluit of niet, de verbintenis tot vergoeding van onrechtmatig toegebrachte schade bij de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid bestaat ook los van het schadebesluit en kan ook los daarvan te gelde worden gemaakt, bijvoorbeeld via de weg van 8:73 Awb maar ook door een vordering in te stellen bij de burgerlijke rechter. Het zelfstandig schadebesluit is hooguit te beschouwen als de erkenning van die aanspraak.

De nieuwe rechtspraak van de Afdeling slaat in de woorden van Verheij 'in als een bom'³¹ en wordt onder andere 'ongrondwettig' genoemd door Kortmann sr.,³² 'een ramp, een absolute ramp'³³ door landsadvocaat De Wijkerslooth, maar positief ontvangen door de aanhang van de Maastrichtse school.³⁴

4.2 Nog steeds twee rechters, maar niet langer één recht

Na de aanvaarding van het zelfstandig schadebesluit door de bestuursrechter rijst een volgende vraag van rechtsmachtverdeling: is ondanks het bestaan van een bestuursrechtelijke rechtsgang tegen een beslissing op een verzoek om schadevergoeding, de burgerlijke rechter na zo'n beslissing nog bevoegd van een geschil daarover kennis te nemen? Deze vraag komt voor de Hoge Raad in een schadezaak van mevrouw Raatgever tegen de gemeente Groningen.³⁵ De Hoge Raad oordeelt dat een zuiver schadebesluit geen formele rechtskracht krijgt. De reden hiervoor ligt, kort gezegd, in de keuzevrijheid die de wetgever de burger heeft willen laten om zich voor zijn schadevergoedingsactie tot de burgerlijke dan wel de bestuursrechter te wenden. Volgens de Hoge Raad zou daarmee niet te rijmen zijn met een

30 Van Vlodrop bevat ook belangrijke overwegingen met betrekking tot zelfstandige schadebesluiten bij rechtmatig handelen, die wij echter met het oog op het onderwerp van dit artikel buiten beschouwing laten.

31 Verheij 1999, p. 13.

32 C.A.J.M. Kortmann, 'De grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, p. 1327.

33 Zie Verheij 1999, 13 en B.J. van Ettekoven en B.J. Schueler, "Een ramp, een absolute ramp"; Reacties op het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1998, blz. 346-350.

34 J.H.M.F. Teunissen, 'Afrekening met de gemene rechtsleer en de tweewegenleer', *Gst.* 7048 en 7049 en H.J. Simon, 'De magische lijn en Windmill revisited', *NJB* 1998, p. 1667.

35 HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 87 (Groningen/Raatgever) m.nt. ARB onder HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 88.

beroep op de formele rechtskracht de toegang tot de burgerlijke rechter te blokkeren in het geval het bestuursorgaan een zelfstandig schadebesluit heeft genomen. Mocht de wetgever vanwege de ontwikkeling van het zuiver schadebesluit inmiddels anders denken over die keuzevrijheid, dan is het volgens de Hoge Raad aan die wetgever en niet aan hem om in te grijpen. In 2002 oordeelt de Hoge Raad dat de lijn van het arrest Groningen/Raatgever ook geldt voor ambtenarenzaken, waarmee hij expliciet terugkomt op de lijn van zijn hiervoor al genoemd Changoe-arrest.³⁶

De belangrijkste vraagstukken van rechtsmachtverdeling zijn hiermee voorlopig tot een oplossing gebracht. Hoewel de theoretische onderbouwing van het zelfstandig schadebesluit misschien te wensen overlaat, is het voor de praktijk een handig instrument in aanvulling op artikel 8:73 Awb, en zo is het ook bedoeld. Het zelfstandig schadebesluit neemt een aantal beperkingen die artikel 8:73 Awb in zich draagt weg. Onder andere kan de burger zelf bepalen op welk moment hij om schadevergoeding verzoekt,³⁷ en daarvoor bijvoorbeeld eerst de uitkomst van de verlengde besluitvorming na vernietiging van een besluit afwachten. Daarmee wil overigens niet gezegd zijn dat het zelfstandig schadebesluit een oplossing voor alle kwalen van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht is.³⁸

Dogmatisch gezien tot slot, is niet onbelangrijk dat met de overwegingen die de theoretische onderbouwing van het zelfstandig schadebesluit vormen, een transformatie van burgerlijk recht naar publiekrecht heeft plaatsgevonden. We hebben volgens de jurisprudentie immers te maken met een algemeen rechtsbeginsel dat publiekrechtelijk van aard is als het zijn werking heeft in een rechtsverhouding die is ontstaan door het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Dit opent de deur voor een eigen, op bestuursrechtelijke leest geschoeid schadevergoedingsrecht naast het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht.³⁹ Van der Beek en Berkel constateren na vijf jaar Awb nochtans dat de bestuursrechters zich weliswaar de vrijheid voorbehouden af te wijken van de civiele jurisprudentie, maar dat in de praktijk nauwelijks doen.⁴⁰

36 HR 15 november 2002, NJ 2003, AB 2003/95, JB 2003/2, JOL 2002/615, RvdW 2002/186, TAR 2003/12, VR 2002/215, LJN AE8464 (Staat/Zevenbergen).

37 Wel dient de verjaringstermijn van 3:310 BW in acht te worden genomen. Die geldt met een beroep op de schakelbepaling 3:326 BW ook in het publiekrecht. Zij gaat overigens pas lopen na vernietiging van een besluit, HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 139 (Talma/Friesland).

38 Zie in dit verband onder meer B.P.M. van Ravels, 'Wederom: tot schade van allen! Enige nadere opmerkingen over schadevergoeding wegens onrechtmatige, voor beroep vatbare besluiten', BR 2005/118, p. 518.

39 Zie hierover M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, 2e druk, Alphen aan den Rijn 2008, p. 25 e.v.

40 Van der Beek en Berkel (JBplus 1999). Heel expliciet is de standaarduitspraak CRvB 30 maart 1995, AB 1995, 334 m.nt. RMvM, JB 1995/99 m.nt. FAMS (renteschade WW).

5 Onrechtmatigheid, schuld, formele rechtskracht

5.1 Uitgangspunten overheidsaansprakelijkheid: ogenschijnlijk eenvoudige regels

Al voor de inwerkingtreding van de Awb was in de jurisprudentie van de Hoge Raad een aantal belangrijke regels van rechtsmacht- of taakverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter gevormd. Zoals vermeld had de Hoge Raad in het arrest Heesch/Van de Akker uit 1986 de regel geformuleerd dat, kort gezegd, een appellabel overheidsbesluit waartegen geen rechtsmiddelen zijn ingesteld, door de burgerlijke rechter naar totstandkoming en inhoud voor rechtmatig moet worden gehouden.⁴¹ De formele rechtskracht van niet aangevochten overheidsbeschikkingen in een procedure voor de burgerlijke rechter, was daarmee een feit. Uit latere jurisprudentie volgt dat volgens de Hoge Raad de formele rechtskracht zich uitstrekt tot gevallen waarin gebruik is gemaakt van een bestuursrechtelijke rechtsgang die niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid.⁴² Ook stond volgens de jurisprudentie al vast dat de burgerlijke rechter een door de bestuursrechter vernietigd overheidsbesluit dient te beschouwen als een onrechtmatige daad.⁴³ In 1995 voegde de Hoge Raad daar aan toe dat die onrechtmatige daad in beginsel aan het overheidsorgaan moet worden toegerekend.⁴⁴ Dit wordt wel aangeduid als ‘omgekeerde formele rechtskracht’, een volgens ons minder gelukkig gekozen terminologie.⁴⁵

De hier bedoelde regels kunnen, ook al zijn zij gevormd in het pre-Awb-tijdperk, niet onvermeld blijven, alleen al omdat zij naar onze indruk de meest besproken onderwerpen in de literatuur over aansprakelijkheid voor overheidsbesluiten vormen. Zowel de ogenschijnlijk eenvoudige regel dat de burgerlijke rechter uitgaat van de onrechtmatigheid van een besluit dat door de bestuursrechter is vernietigd als de regel dat een niet of tevergeefs aangevochten besluit door de burgerlijke rechter voor rechtmatig wordt gehouden, blijkt in de praktijk een bron van complexe jurisprudentie die tot veel gemor aanleiding geeft, zowel bij degenen die haar nog kunnen bevatten als bij hen die het spoor inmiddels geheel bijster zijn geraakt.

5.2 Vernietiging levert een toerekenbare onrechtmatige daad op

Naar onze indruk kan de regel dat bestuursrechtelijke onrechtmatigheid van een besluit de civielrechtelijke onrechtmatigheid daarvan impliceert op vrij brede

41 HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB, AA 1986, 642 m.nt. HH, Gst. 1987, 6842 nr. 3 m.nt. WK, ABklassiek (2003), nr. 19 (Heesch/vd Akker).

42 Zie bijvoorbeeld HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 (Groningen/Raatgever) m.nt. ARB onder HR 17 december 1999, NJ 2000, 88.

43 HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. J.A. Borman, AB 1984, 399 m.nt. E.M. van Eijden, ABklassiek (2003) nr. 17 (St. Oedenrode/Driessen).

44 HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB, AB 1992, 290 m.nt. FHvdB onder 291 (Van Gog/Nederweert).

45 Zie over het gebruik van ‘formele rechtskracht’ voor tal van juridisch in relevant opzicht te onderscheiden situaties C.N.J. Kortmann, ‘De toren van Babel’ in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2009, 6.

steun rekenen evenals de daaraan ten grondslag liggende redenen. Volgens de Hoge Raad dient de regel om te voorkomen:

- dat partijen – en met name de burger – opnieuw moeten strijden over een punt waarover in de bestuursrechtelijke rechtsgang is beslist;
- dat de burgerlijke rechter tot een ander oordeel komt over vragen waarover ook de bestuursrechter tot oordelen is geroepen en
- dat de burgerlijke rechter zich moet begeven in vragen die typisch tot het werkterrein van de bestuursrechter behoren.⁴⁶

De complexe vragen die samenhangen met het leerstuk, ontstaan met name doordat de eenvoudige regel dat een vernietigd besluit een onrechtmatige daad oplevert nog niet meebrengt dat het onderliggende primaire besluit met dezelfde inhoud als het vernietigde besluit, eveneens onrechtmatig wordt geacht. Volgens de Hoge Raad moet dat primaire besluit in beginsel juist voor rechtmatig worden gehouden zolang het niet op rechtmatigheidsgronden is herroepen.⁴⁷ De Hoge Raad is er dan ook niet toe te bewegen uit de uitspraak van de bestuursrechter waarbij een besluit op bezwaar vernietigd is, af te leiden dat ook het primaire besluit onrechtmatig was. Een en ander leidt ertoe dat het van belang is in de bestuursrechtelijke kolom te blijven procederen totdat de onrechtmatigheid van het primaire besluit is komen vast te staan.

De bestuursrechter lijkt meer ruimte te bieden om de onrechtmatigheid van een primair besluit af te leiden uit de uitspraak waarbij de beslissing op bezwaar is vernietigd.⁴⁸ In zo'n geval kan ook zonder herroeping van het primaire besluit op rechtmatigheidsgronden worden geprocedeerd over schadeaanspraken voortvloeiend uit dat besluit. In een dergelijke procedure kan dan in verband met de causaliteitsleer van de bestuursrechter de vraag aan de orde komen of ten tijde van het primaire besluit ook rechtmatig een besluit met dezelfde inhoud had kunnen worden genomen. De Hoge Raad komt in zijn hier bedoelde jurisprudentie uiteraard niet meer toe aan die vraag. Het is overigens wel de vraag wanneer volgens de bestuursrechter geldt dat uit zijn uitspraak waarbij de beslissing op bezwaar is vernietigd, kan worden afgeleid dat het primaire besluit onrechtmatig was. In ons bekende gevallen waarin dat gold, kon uit de vernietigingsuitspraak worden afgeleid dat het primaire besluit niet zonder nadere procedurele stappen genomen had kunnen worden op het tijdstip dat het genomen werd. In die zaken stond dan ook niet alleen de onrechtmatigheid maar tevens de causaliteit vast. De Afdeling lijkt in ieder geval niet van opvatting dat steeds als een besluit op bezwaar is vernietigd

46 HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 m.nt. CJHB, *AB* 1992, 290 m.nt. FHvdB onder 291 (Van Gog/Nederweert).

47 HR 13 oktober 2006, C05/068HR, *NJ* 2007, 137 m.nt. MRM, *AB* 2007, 70 m.nt. GAvdV, *JA* 2006/150 m.nt. J.L. Brens (Enschede/Gerridzen), HR 8 juli 2005, *JB* 2005, 243 (Beijaerts/Tholen), HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 146, *JB* 2009, 71 (Hoogland/Rotterdam). Voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een primair besluit na herroeping daarvan zie ook HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 536 m.nt. ARB, *AB* 1998, 231 m.nt. ThGD (Boeder/Staat).

48 Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 54 m.nt. dG, *JB* 2005/58 m.nt. RJNS, *Gst.* 2005, 7229, nr. 74 (vrijstelling Meerssen) en ABRvS 15 december 2004, *Gst.* 2005, 7229, nr. 75 (vrijstelling Ameland) met bespreking CNJK in hoofdartikel onder nr. 73.

ook het primaire besluit waaraan hetzelfde gebrek kleeft, voor onrechtmatig moet worden gehouden.⁴⁹

5.3 Bestuursrechtelijke geldigheid en rechtmatigheid: formele rechtskrachtperikelen

De regel van de formele rechtskracht kan op aanmerkelijk minder steun rekenen dan de gelijkstelling van bestuursrechtelijke aan civielrechtelijke onrechtmatigheid. Zij berust volgens de Hoge Raad op de gedachte dat een doelmatige taakverdeling tussen de administratieve rechter en de burgerlijke rechter geboden is.⁵⁰ De formele rechtskrachtleer vereist van de burger een buitengewoon alerte houding ten aanzien van mededelingen van de overheid die hem ter kennis komen.⁵¹ Indien een mededeling kwalificeert als besluit en hij de geldigheid daarvan niet tijdig in een bestuursrechtelijke procedure aan de orde stelt, is zijn kans op het verkrijgen van schadevergoeding op grond van de stelling dat het besluit onrechtmatig was jegens hem, definitief verkeken. Bovendien dient deze burger de bereidheid te hebben langdurig te procederen, om te beginnen in de bestuursrechtelijke kolom, wil hij kans maken zijn schadevordering toegewezen te krijgen. Daarvoor dient immers in een bestuursrechtelijke rechtsgang vast komen te staan dat het schadeveroorzakende besluit onrechtmatig is. Dat is zeker voor wat betreft primaire besluiten die worden gevolgd door een beslissing op bezwaar, niet altijd eenvoudig, zoals hiervoor al bleek.

Kritiek op de leer en de strenge toepassing ervan door de Hoge Raad, vloeit voor een deel voort uit de hiervoor beschreven eisen die zij stelt aan de (juridisch ongeschoolde) burger.⁵² Dogmatisch gefundeerde kritiek wijst erop dat door de formele rechtskracht ten onrechte de publiekrechtelijke geldigheid van het besluit gelijk gesteld wordt aan civielrechtelijke rechtmatigheid.⁵³ Volgens die kritiek zou het mogelijk moeten zijn dat aan degene die door een rechtens onaantastbaar besluit benadeeld is, niet op voorhand een schadevergoedingsvordering uit onrechtmatige daad wordt ontzegd. De geldigheid van een besluit dwingt volgens die opvatting dus niet tot de fictie dat het besluit naar totstandkoming en inhoud rechtmatig is. Als een dergelijke vordering bij de bestuursrechter aan de orde wordt gesteld, hoeft zij bovendien in het geheel niet af te doen aan het belang dat gemoeid is met de taakverdeling tussen de burgerlijke en de bestuursrechter, dat wil zeggen het belang dat volgens de Hoge Raad ten grondslag ligt aan de regel van de formele rechtskracht. In dat licht is het opmerkelijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak de civiele rechter volgt in de regel dat een niet aangevochten besluit in een schadevergoedingsprocedure voor rechtmatig moet worden gehouden zonder daar enige

49 Zie AbRvS 8 december 2004, AB 2006, 139 m.nt. J.H.A. van der Grinten (Delisea).

50 Zie bijvoorbeeld HR 8 september 1995, AB 1996, 57, Staat/Budinovski.

51 En eigenlijk ook ten aanzien van mededelingen die hem niet ter kennis komen.

52 Zie bijvoorbeeld de commentaren in de vakliteratuur op HR 9 september 2005, C04/131HR, NJ 2006, 93 m.nt. MRM, AB 2006, 286 m.nt. FvO, JB 2005/275 m.nt. RJNS (Kuijpers/Valkenswaard), samengevat in J.H.A. van der Grinten 'Het samenhangcriterium van Kuijpers/Valkenswaard', O&A 2008, nr. 5, p. 226 t/m 238 en bijvoorbeeld N. Scheltema 'Kunnen wij zonder de formele rechtskracht?', NTB 2007, nr. 3, p. 96-97.

53 C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. UU), Deventer 2006. e.a.

nadere motivering aan ten grondslag te leggen.⁵⁴ Opmerkelijk, omdat zoals gezegd in die gevallen het belang van de taakverdeling niet in het geding is.⁵⁵

Op de regel van de formele rechtskracht zijn in de rechtspraak tal van uitzonderingen aanvaard die de al te scherpe kantjes van de regel bijshaven. Die uitzonderingen laten tegelijkertijd zien hoe complex het leerstuk in de praktijk blijkt te zijn, hetgeen ook al wel kan worden afgeleid uit het feit dat in verschillende arresten van de Hoge Raad waarin uitzonderingen op de formele rechtskracht zijn aangenomen, de A-G juist concludeerde dat de formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit in de weg stond aan toewijzing van de vordering.⁵⁶

6 Causaal verband

6.1 Nieuwe uitdagingen

Het nieuwe bestuursprocesrecht roept ook vragen op die de Hoge Raad nog niet heeft beantwoord. Die vragen betreffen met name het causale verband.⁵⁷

Ten eerste maakt de door de Awb algemeen doorgevoerde bezwaarschriften-procedure de vraag pregnant of nu het besluit in primo of de beslissing op bezwaar de relevante schadeoorzaak is. En heeft de bevoegdheid van artikel 8:73 Awb slechts betrekking op schade veroorzaakt door het vernietigde besluit of mag daarbij ook de schade als gevolg van het primaire besluit worden betrokken? Wij zagen al eerder dat de Hoge Raad in de jaren tachtig die vraag had vermeden door 'het nemen en handhaven' van een vernietigde beschikking tezamen als onrechtmatige daad te bezien.⁵⁸ De ontwikkeling van het zelfstandig schadebesluit maakt deze kwestie nog pregnanter omdat daar in de bevoegdheidssfeer géén beperking is tot het vernietigde besluit. Ook het oordeel van een bestuursorgaan omtrent aansprakelijkheid voor zijn primaire besluit levert immers een zelfstandig schadebesluit op. Dat moge de bereidheid van de bestuursrechter verklaren om in het kader van artikel 8:73 Awb, in weerwil van de letterlijke tekst, ook de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het primaire besluit te beoordelen.⁵⁹

Ten tweede is er het punt van de verlengde besluitvorming. De mogelijkheid om de beslissing omtrent schadevergoeding ex artikel 8:73 lid 2 aan te houden en de ontwikkeling van het zelfstandig schadebesluit maakt het de bestuursrechters mogelijk de uitkomst van de verlengde besluitvorming te verdisconteren. In de praktijk speelt dit overigens met name bij het zelfstandig schadebesluit; verzoeken

54 ABRvS 24 maart 2004, AB 2004, 165 m.nt. AvH, JB 2004/225 m.nt. AMLJ (zsb Gww-vergunning Leiduin).

55 Zie hierover uitvoerig Kortmann (RMTh 2009).

56 Zie bijvoorbeeld HR 23 februari 2007, NJ 2007, 203, AB 2009, 30, JB 2007, 66 (X/DNB), HR 13 juli 2007, NJ 2007, 504 m.nt. MRM, AB 2008, 155 (Barneveld / Gasunie), HR 10 april 2009, NJ 2009, 515, AB 2009, 320, BR 2009, 166, JB 2009, 123 (camping de Berkenhorst).

57 Ook hier geldt weer dat de vraagstukken niet geheel nieuw zijn; de gedachten die Koeman (1989) er in zijn preadvies aan wijdde zijn tot op de dag van vandaag relevant.

58 Zie ook HR 19 januari 1996, NJ 1997, 201 (Eijsden/Caelen). In het Aral-arrest, HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926 (Den Haag/Aral) deed het probleem zich niet voor, omdat tegen het primaire besluit rechtstreeks Kroonberoep openstond.

59 Zie bijv. ABRvS 7 december 1998, JB 1999/14. Voor toewijzing van die schade is dan wel vereist dat de onrechtmatigheid van het primaire besluit reeds vast staat.

op grond van artikel 8:73 worden, als de verlengde besluitvorming nog afgerond moet worden, doorgaans niet aangehouden maar om die reden afgewezen.⁶⁰ De vraag is nu of en in hoeverre de besluitvorming ná vernietiging relevant is voor de bepaling van het causale verband tussen de schade en de besluitvorming vóór de vernietiging.

Al eerder, tijdens de Kamerbehandeling wordt dit probleem onderkend. Minister Hirsch Ballin zaait daarbij verwarring door, nadat Wolffensperger van D66 hem het vuur na aan de schenen heeft gelegd, te verklaren:

‘Vernietiging van een besluit impliceert onrechtmatigheid, maar niet iedere onrechtmatigheid die tot vernietiging leidt, is van dien aard dat er een schadevergoedingsplicht ontstaat. Integendeel. Indien de vernietiging bijvoorbeeld is gebaseerd op een formeel gebrek dat niet kon worden gepasseerd, is er materieel geen schade ontstaan, omdat dan een nieuw besluit kan volgen van dezelfde inhoud.’⁶¹

Als vervolgens Wolffensperger vervolgt met: ‘Neem het simpele geval dat de rechter moet vaststellen dat een causaal verband tussen de gestelde schade en vernietiging niet aantoonbaar is’, slaat de minister terug: ‘Iets preciezer gezegd: tussen de schade en de grond voor vernietiging van het besluit’. Zo vat de gedachte post dat als er sprake is van een vernietiging op formele gronden, het causale verband tussen het vernietigde besluit en de schade ontbreekt.⁶²

6.2 Meerssen en Ameland

Na een schot voor de boeg op 1 september 2004⁶³ doet de Afdeling op 15 december 2004 twee principiële uitspraken die tot op de dag van vandaag maatgevend zijn.⁶⁴ In beide gevallen gaat het om een gebrekkig vrijstellingsbesluit. Dit gebrek wordt in de verlengde besluitvorming geheeld, en de vraag is of de gemeente niettemin aansprakelijk is voor het oorspronkelijke vrijstellingsbesluit. Nadat de Afdeling heeft overwogen dat met de vernietiging van de beslissing op bezwaar ook de onrechtmatigheid van het besluit in primo vast staat overweegt zij:

‘2.3. (...) Van schade, geleden ten gevolge van dat besluit, in evenbedoelde zin is echter slechts sprake, indien deze hiermee in een zodanig verband staat, dat zij aan het bestuursorgaan dat dat besluit heeft genomen, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van dat besluit moet worden toegerekend. Dat is niet het geval, indien ten tijde van het nemen van het rechtens

60 Zie onder meer: ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 403 m.nt. ARN, (afwijzing handhaving Helmond).

61 PG Awb II, p. 480.

62 Zie uitvoeriger over deze problematiek Kortmann (NTB 2002), B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Mon. Awb B7, (Deventer 2005), Van Maanen en Schössels (Gst. 2004) en de commentaren van Schlössels, Van der Veen, Damen en Van Ravels in JB, *Gemeentestem*, AB, *Ars Aequi* en NTB.

63 ABRvS 1 september 2004, AB 2004, 369 m.nt. dG, JB 2002/353 m.nt. RJNS.

64 ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54 m.nt. dG, JB 2005/58 m.nt. RJNS, *Gst.* 2005, 7229, nr. 74 en 75 met bespreking Kortmann in nr. 73 (vrijstellingen Meerssen en Ameland).

onjuiste besluit een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad.⁶⁵

Dat was een andere benadering dan die van de rechtbank Maastricht in eerste aanleg. Die had overwogen dat het causale verband ontbrak, omdat er geen onderscheid is te maken tussen de schade veroorzaakt door het onrechtmatig vrijstellingsbesluit uit 1998 en het gerepareerde vrijstellingsbesluit uit 2002. Dit kennelijk indachtig de opmerking van de minister dat er geen schade ontstaat als een nieuw besluit volgt met dezelfde inhoud. Deze benadering wordt wel prospectief genoemd: het causale verband wordt bepaald door de besluitvorming na vernietiging.

Voor de Afdeling is doorslaggevend of in plaats van het onrechtmatige besluit ook een rechtmatig besluit had kunnen worden genomen met dezelfde gevolgen. Een retrospectieve benadering dus, waarbij de hypothetische besluitvorming vóór de vernietiging centraal staat. Speelt de verlengde besluitvorming dan geen enkele rol meer bij de bepaling van het causale verband? Zover wil de Afdeling niet gaan. Nauwkeurig formuleert zij:

‘Indien een verzoek om vergoeding van schade als gevolg van een rechtens onjuist bevonden besluit wordt gedaan, is het aan het bestuursorgaan, dat dat besluit heeft genomen, om, als daartoe aanleiding bestaat, aannemelijk te maken dat ten tijde van het nemen van dat besluit ook een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen in evenbedoelde zin. Dat later, zonder dat de daarvoor in aanmerking te nemen feiten en omstandigheden zijn gewijzigd, een besluit is genomen dat niet is vernietigd, maakt in beginsel aannemelijk dat zo’n besluit zou hebben kunnen worden genomen.’

Wat fraai is aan deze overwegingen is dat de Afdeling laat zien dat de uitkomst van de verlengde besluitvorming met name relevant is als de relevante feiten en omstandigheden tussen het schadeveroorzakende besluit en de verlengde besluitvorming niet zijn gewijzigd.

6.3 Maastricht en Enschede

Wat de zaak voor de Afdeling in Meerssen en Ameland versimpelde, is dat de onrechtmatigheid van het primaire besluit gegeven was, omdat de Afdeling een bevoegdheidsgebrek had vastgesteld.⁶⁶ In veel gevallen ligt het niet zo eenvoudig: de vernietiging van de beslissing op bezwaar hoeft niet per se te betekenen dat het besluit in primo ook onrechtmatig was.⁶⁷ Een treffend voorbeeld is de Afdelingsuitspraak inzake de aanleg van een nieuwe oost-westbaan van Maastricht Aachen

⁶⁵ Zie Kortmann (Gst. 2004) over de zinsnede ‘zou hebben kunnen worden genomen’.

⁶⁶ Zie hiervoor al paragraaf 5.

⁶⁷ Al lijkt de terughoudendheid die de rechter hier betracht wat overdreven. Als de vernietigde beslissing op bezwaar het primaire besluit in stand houdt dan zal aan beide besluiten doorgaans hetzelfde gebrek kleven.

Airport (MAA).⁶⁸ Op 8 januari 1998 vernietigt de Afdeling de Afdeling de (eerste) beslissing op bezwaar van 4 augustus 1995. Terwijl de beroepsprocedure tegen de tweede beslissing op het bezwaarschrift tegen het zogenaamde A-besluit nog loopt, moet de minister beslissen op het verzoek om vergoeding van schade ten gevolge van het A-besluit. De minister wijst het verzoek af omdat het A-besluit nog niet onherroepelijk is. Dat vindt de Afdeling iets te kort door de bocht:

‘De Afdeling is van oordeel dat met haar uitspraak van 8 januari 1998 is komen vast te staan dat het besluit van 4 augustus 1995 in strijd met het recht is genomen. Met die uitspraak is echter tevens komen vast te staan dat het geconstateerde gebrek zich leende voor herstel in het kader van de verlengde besluitvorming. Indien nog voordat de verlengde besluitvorming is afgerond, dan wel die besluitvorming nog voorwerp is van rechterlijke toetsing, zoals in dit geval, een besluit wordt uitgelokt over schade beweerdelijk veroorzaakt door een vernietigd besluit op bezwaar, moet de gelaedeerde aantonen dat de gestelde schade aan dit (laatste) besluit kan worden toegerekend.’

Lukt het de verzoeker niet aan te tonen dat de schade uitsluitend aan de vernietigde beslissing op bezwaar kan worden toegerekend, dan moet het verzoek, aldus de Afdeling, worden afgewezen wegens het ontbreken van causaliteit. Dit brengt de verzoeker in een lastig parket, omdat de beslissing op bezwaar het primaire besluit in stand liet. Het is dan lastig aan te tonen dat de geleden schade *uitsluitend* aan de beslissing op bezwaar is toe te rekenen.

Ook de civiele rechter gaat na 1994 steeds preciezer onderscheid maken tussen besluit in primo en beslissing op bezwaar als schadeoorzaak.⁶⁹ Neem de aanschrijving bestuursdwang van B en W van Enschede tot sluiting van het bedrijf van Gerridzen. De Afdeling vernietigt de beslissing tot ongegrondverklaring van het bezwaarschrift van Gerridzen, maar een nieuwe beslissing op bezwaar blijft uit omdat Gerridzen zijn bedrijf inmiddels heeft verplaatst. Nadat het Hof de schadeclaim van Gerridzen toewijst gaat de gemeente in cassatie. Interessant nu is, dat de conclusie van de AG sterkt leunt op de in de MAA-uitspraak uitgezette lijn. Daarbij kan overigens wel worden aangetekend dat niet goed te begrijpen is waarom de AG de Afdelingsuitspraken inzake Meerssen en Ameland daar volstrekt onbesproken heeft gelaten.⁷⁰

De Hoge Raad scherpt de MAA-lijn in zijn arrest van 13 oktober 2006 aan.⁷¹ Zolang de verlengde besluitvorming niet is afgerond moet het primaire besluit voor rechtmatig worden gehouden en:

68 ABRvS 18 mei 2005, JB 2005/191. We zullen zien dat A-G Keus zijn conclusie voor het arrest inzake Enschede in hoge mate baseert op deze uitspraak. Toch is hij niet geannoteerd en nergens anders gepubliceerd.

69 Wij zagen dit in par. 5 al waar het betreft de rechtmatigheid.

70 HR 1 april 2005, JB 2005/136 (Janse/Steenbergen) zit meer op de lijn van Ameland en Meerssen, maar ook daar ontbreekt een verwijzing. Het probleem van de verhouding tussen primair besluit en beslissing op bezwaar doet zich daar echter niet voor omdat het om een hinderwetvergunning gaat.

71 HR 13 oktober 2006, C05/068HR, NJ 2007, 137 m.nt. MRM, AB 2007, 70 m.nt. GAvdV, JA 2006/150 m.nt. J.L. Brens (Enschede/Gerridzen).

‘zolang moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het bestuursdwangbesluit kan niet worden geoordeeld dat tussen de vernietigde beslissing op bezwaar waarbij dat (nimmer tenuitvoergelegde) besluit werd gehandhaafd en voormelde schade het vereiste oorzakelijk verband bestaat.’

Kortom: bij de bepaling van het causale verband ‘wint’ de formele rechtskracht van het primaire besluit het van de pseudo risicoaansprakelijkheid voor de vernietigde beslissing op bezwaar, ook waar het betreft schade geleden na de beslissing op bezwaar.⁷²

Is het nu de invoering van de Awb die deze complicaties heeft veroorzaakt of is hier veeleer sprake van een ontwikkeling in de rechtspraak die onder de wet Arob ook wel plaats had kunnen vinden? Dat laatste is niet uit te sluiten. Toch is er sinds 1994 wel wat veranderd. Met de invoering van de Awb is de bezwaarschriften-procedure algemeen geworden en het is juist de combinatie van besluit in primo en beslissing op bezwaar die de zaak ingewikkeld heeft gemaakt. Dat effect wordt versterkt doordat de bestuursrechter op grond van artikel 8:72 alleen het bestreden besluit vernietigt.⁷³ Omdat de wetgever heeft gekozen voor een systeem waarbij de beslissing op bezwaar het primaire besluit niet vervangt (tenzij er sprake is van herroeping) kan het lot van het primaire besluit lange tijd ‘in de lucht blijven hangen’.⁷⁴ Dat is lastig, omdat het voortbestaan van het primaire besluit ook tot gevolg heeft dat de rechter dit besluit als de primaire schadeoorzaak beschouwt.

Toch waren al deze fenomenen niet geheel onbekend onder de wet Arob.⁷⁵ Onze hypothese is dan ook dat de intensievere bemoeienis van de bestuursrechter met het schadevergoedingsrecht deze ontwikkeling moet verklaren. Deze is zich immers, wellicht meer dan de civiele rechter voorheen, bewust van de finesses van het stelsel van bezwaar en beroep.

6.4 Er staat ons nog interessante rechtspraak te wachten

De rechtspraak van Meerssen tot Enschede heeft laten zien dat het rechtsbeschermingssysteem van de Awb het besluiten aansprakelijkheidsrecht niet eenvoudiger heeft gemaakt. Voordien speelden concepten als ‘primair besluit als schadeoorzaak’ en ‘de invloed van verlengde besluitvorming op het causale verband’ in de rechtspraak maar een beperkte rol. Dat kwam enerzijds doordat de civiele rechter ‘het nemen en handhaven’ van een beschikking als één onrechtmatige daad beschouwde en anderzijds doordat tegen veel besluiten rechtstreeks (administratief) beroep openstond. Een mooi voorbeeld is het Aral-arrest waar de Kroon een sluitingsbevel (primair besluit) vernietigt en het Hof Den Haag (bevestigd door de Hoge Raad) oordeelt dat er causaal verband is tussen het sluitings-

72 Kortmann (NTBR 2007) signaleert een innerlijke tegenstrijdigheid in deze benadering van de Hoge Raad.

73 Zie hierover ABRvS 1 april 1996, JB 1996/154 m.nt. FAMS met verwijzingen naar wetsgeschiedenis en oudere rechtspraak.

74 Zie over de nadelen van het ontbreken van deze ‘devolutive werking’ Schueler (diss. 1994) en voor het pre-Awb tijdperk De Waard (NTB 1987).

75 Zie bijv. de noot van PvB onder ARRS 23 juni 1987, AB 1987, 524.

bevel en de schade omdat 'had het gemeentebestuur de juiste weg gevolgd', het tot sluiting niet zou zijn gekomen.⁷⁶

Een interessante ontwikkeling nuijs, dat in het omgevingsrecht de bezwaarschriften-procedure aanzienlijk terrein aan het verliezen is ten faveure van de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. De kans op uitspraken waarbij sprake is van een vernietigd primair besluit neemt dus toe. De Hoge Raad zal zich in die constellatie niet kunnen 'verschuilen' achter de rechtmatigheid van het primaire besluit.⁷⁷ Dan wordt het interessant te zien of de Hoge Raad zich aansluit bij de Afdelingsjurisprudentie inzake Meerssen en Ameland. Gebeurt dat, dan kan met recht worden gezegd dat de Afdeling het roer van de Hoge Raad heeft overgenomen. Minister Hirsch Ballin zou tevreden zijn.

7 Slotbeschouwing

7.1 Terugblik op vijftien jaar overheidsaansprakelijkheidsrecht onder de Awb

Wat zal de wetgevingsjurist die wij aan het begin van deze bijdrage opvoerden, nu vinden van vijftien jaar overheidsaansprakelijkheidsrecht onder de Awb? Het hangt ervan af hoe hij het bekijkt. Met tevredenheid zal hij vaststellen dat deze wet een enorme impuls heeft gegeven aan de bestuursrechtspraak. Ook zal het hem genoeg doen dat de bestuursrechters gehoor hebben gegeven aan de wens van de minister om zich aan te sluiten bij de door de civiele rechter ontwikkelde rechtspraak.

Van het ideaal van één bestuursrechtelijke procedure waarin de burger volledige genoegdoening verkrijgt, is echter weinig terecht gekomen. Integendeel, de afgelopen vijftien jaar hebben wetenschappers, advocaten en rechters onevenredig veel tijd besteed aan processuele vragen, daar is iedereen het wel over eens. De kiem van dat probleem is gelegen in het in alle opzichten te beperkte karakter van artikel 8:73 Awb:

- de toepassing is beperkt tot het appellabele besluit en niet tot het gehele feiten-complex dat de schade heeft veroorzaakt;
- het verzoek moet gedaan worden op een moment dat de eiser vaak nog niet weet of hij een schadeprocedure wil beginnen;
- de uitkomst van de verlengde besluitvorming kan niet worden verdisconteerd, mede omdat de bestuursrechters spaarzaam gebruik maken van de schadestaat-procedure van lid 2.

De ontwikkeling van het zelfstandig schadebesluit heeft de twee laatstgenoemde beperkingen ondervangen, maar door de dubbele connexiteitseis is de beperking tot het appellabele besluit als schadeoorzaak gebleven. In dat licht bezien is het een zegen dat de wetgever in 1994 de civiele rechter naast de bestuursrechter

⁷⁶ HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926 (Den Haag/Aral).

⁷⁷ Cf. voor het milieurecht, waar de openbare voorbereidingsprocedure al van meet af aan gemeengoed is HR 1 oktober 1999, AB 2000, 5 m.nt. ThGD, Gst. 2000, 7114, nr. 4 m.nt. HH (Van Dijk/Venray) en HR 1 april 2005, JB 2005/136 (Janse/Steenbergen).

rechtsmacht heeft toegedacht. Zo kan de burger toch naar een rechter toe die het bestuurshandelen aan een integrale beoordeling onderwerpt. Helaas is de civiele rechter nu net niet de rechter die volgens de wetgever in 1994 uiteindelijk over besluiten aansprakelijkheid zou moeten oordelen. Niet voor niets benadrukt de Hoge Raad keer op keer dat de beoordeling van besluiten bij uitstek aan de bestuursrechter toekomt. Het gevolg hiervan is wel geweest dat een integrale beoordeling van het bestuurshandelen bij de civiele rechter al net zo moeilijk is geworden. Slotsom is dat van de door de wetgever gewenste integrale beoordeling weinig terecht is gekomen doordat de bestuursrechter zich strikt tot besluiten aansprakelijkheid heeft beperkt terwijl de civiele rechter er juist alles aan heeft gedaan om zijn rechtsmacht op dat gebied tot een minimum te beperken. Zo heeft de in de rechtspraak gewortelde gedachte van complementaire rechtsmacht het gewonnen van de door de wetgever gewenste integrale rechtsbescherming.

7.2 Het Voorontwerp schadevergoeding: een goede basis voor de komende vijftien jaar?

Het ontbreken van integraliteit in de rechtsbescherming was ook een van de conclusies van de VAR-commissie rechtsbescherming in 2004, met als gevolg dat de Commissie Scheltema in 2007 het Voorontwerp schadevergoeding het licht deed zien. Essentie van dit Voorontwerp is de mogelijkheid van de burger om de bestuursrechter rechtstreeks te benaderen met een schadeverzoek, dat niet alleen op een onrechtmatig besluit betrekking kan hebben, maar ook om het 'omringende' bestuurshandelen. Tegelijkertijd worden artikel 8:73 Awb en het zelfstandig schadebesluit 'afgeschaft'.⁷⁸

Men kan dit voorstel zien als een stimulans voor de in 1994 gewenste verschuiving naar de bestuursrechter. Door zijn ruimere bevoegdheid en directe benaderbaarheid zou deze immers aantrekkelijker moeten zijn. Tegelijkertijd echter laat het Voorontwerp een geheel nieuwe koers zien. In 1994 immers, was de gedachte dat het volledige rechtsherstel niet alleen bij één rechter, maar ook in één procedure zou plaatsvinden. Krijgt het Voorontwerp kracht van wet, dan wordt het volledige rechtsherstel verdeeld over twee strikt gescheiden procedures, namelijk het vernietigingsberoep en de schadeverzoekschriftprocedure. Als de bestuursrechter dan vasthoudt aan zijn jurisprudentie dat de onrechtmatigheid van een besluit moet worden vastgesteld in de beroepsprocedure zal de – door sommigen noodzakelijk geachte maar bij niemand geliefde – leer van de formele rechtskracht gewoon zijn betekenis behouden. Hetzelfde geldt voor de hiervoor beschreven problemen bij de bepaling van het causale verband. Het ideaal van integraliteit blijft dan een illusie.

Ook met het Voorontwerp blijven we dus worstelen met processuele verdelingsvragen, zij het nu niet tussen twee rechters als wel tussen twee procedures. Althans, als de bestuursrechter de rechtspraak van de civiele rechter over rechtsmachtverdeling blijft volgen. Wij zagen hiervoor al dat de bestuursrechter daar eigenlijk geen motivering voor geeft. Is het misschien het gevolg van de wens van minister Hirsch Ballin dat de bestuursrechter aansluiting zoekt bij de rechtspraak van de

⁷⁸ Dit laatste door het op de 'negatieve' lijst van niet-appellabele besluiten te plaatsen.

Hoge Raad? Als dat zo is, dan heeft deze minister – als hij niet te lang wacht met toezending van een wetsontwerp aan de Tweede Kamer – de kans om zich te verduidelijken: ‘De leer van de formele rechtskracht is ontstaan om de rechtsmacht van de civiele rechter af te bakenen en verdient geen navolging van de bestuursrechter in schadeverzoekschriftprocedures.’