Verschuiving van de magische lijn

PREADVIES

MR. A.J.C. DE MOOR-VAN VUGHT

MR. J.L. DE WIJKERSLOOTH

MR. N. VERHEIJ

122

VERSCHUIVING VAN DE MAGISCHE LIJN

VAR-reeks
122

VERSCHUIVING VAN DE MAGISCHE LIJN

PREADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

MR. A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT
MR. J.L. DE WIJKERSLOOTH
MR. N. VERHEIJ

VOOR DE ALGEMENE LEDENVERGADERING
VAN DE VERENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT
OP 23 APRIL 1999

SAMSOM ALPHEN AAN DEN RIJN 1999

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 122

Zetwerk: Sander Pinkse boekproductie, Amsterdam
Omslagontwerp: Wim Bottenheft, Marijenkampen

ISBN 90 14 06110 2
NUGI 693
D-nummer 1999/5641/005

© 1999, Vereniging voor administratief recht

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 op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën van deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij 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 gedeelten uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient u zich te richten tot Samsom, postbus 4, 2400 MA, Alphen aan den Rijn.

Inhoud

Een eigen recht(er) 17
Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling
tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter
Mr. N. Verheij

Geschreven privaatrecht of ongeschreven publiekrecht? 75
Mr. J.L. de Wijkerslooth

Communautair getint schadevergoedingsrecht 107
Over de invloed van het gemeenschapsrecht op het Nederlandse
bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht
Mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Bestuur en ereleden 143

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR 144

Een eigen recht(er)

Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter

Mr. N. Verheij

1. Hoe het recht publiek en privaat werd 9
1.1 Beknopte rechtsgeschiedenis van het millennium 9
1.2 De moeizame emancipatie van het bestuursrecht 11
1.3 De bestuursrechte(r)lijke revolutie 12
1.4 De opbouw van dit preadvies 14

2. De bevoegdheidsverdeling voor de revolutie 15
2.1 Hoofdlijnen 15
2.1.1 De bevoegdheid van de bestuursrechter 15
2.1.2 De bevoegdheid van de burgerlijke rechter 16
2.1.3 De afbakening 18
2.2 Bijzondere onderwerpen 18
2.2.1 Schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen 18
2.2.2 Nadeelcompensatie bij rechtmatig handelen 19
2.2.3 Terugvordering 20

3 De revolutie der rechters 22
3.1 Eerste bedrijf: samenhangende besluiten 22
3.2 Tweede bedrijf: de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking 24
3.2.1 De rechtbank Amsterdam 24
3.2.2 De rechtbank Den Haag 26
3.3 Derde bedrijf: algemene rechtsbeginselen 28
3.3.1 Terugvordering 28
3.3.2 Schadevergoeding 30
3.4 Epiloog: de overige bestuursrechters 32
3.5 Conclusies 34

4. De veel-wegen-leer 35
4.1 Schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen 35
4.1.1 Zuiver schadebesluit/artikel 8:73 35
4.1.2 Artikel 8:73/burgerlijke rechter 37
4.1.3 Zuiver schadebesluit/burgerlijke rechter 38
4.1.4 Conclusie 40
4.2 Nadeelcompensatie bij rechtmatig handelen 40

4.2.1 Zuiver en onzuivere nadeelcompensatiebesluiten 40
4.2.2 Nadeelcompensatie en artikel 8:73 41
4.2.3 Nadeelcompensatie en de burgerlijke rechter 41
4.2.4 Conclusie 43
4.3 Terugvordering 43

5 Hoe nu verder? 45
5.1 Ongrondwettig en illegaal? 45
5.2 Werk voor de wetgever? 47
5.2.1 Schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen 48
5.2.2 Nadeelcompensatie bij rechtmatig handelen 51
5.2.3 Terugvordering 53

6. Een nieuwe visie op publiek- en privaatrecht? 54
6.1 Inleiding 54
6.2 Van de gemene rechtsleer naar het primaat van het publiekrecht 54
6.3 De Maastrichtse school 58
6.4 De echte gemene rechtsleer 60
6.4.1 Van het privaatrecht naar het echte gemene recht 60
6.4.2 De publiekrechtelijke rechtsbetrekking 61
6.4.3 Gebruik van privaatrecht 63
6.4.4 Maar dan de praktijk 65
6.5 Terug naar de bevoegdheidsverdeling 67
6.5.1 De publiekrechtelijke rechtsbetrekking als bevoegdheidsgrondslag? 67
6.5.2 Enkele losse eindjes uit de jurisprudentie 68
6.5.3 Feitelijke handelingen 70
6.5.4 Overeenkomsten 71
6.6 Slot 72

1. Hoe het recht publiek en privaat werd[1]

1.1 Beknopte rechtsgeschiedenis van het millennium

Wij schrijven 1999. Het is een jaar om duizend jaar terug te blikken. Maar voor een verhaal over publiek- en privaatrecht is dat te ver. Rond 1000 werd in delen van Europa nog *wergeld* betaald. Wie iemand doodde, betaalde diens verwanten een vergoeding of riskeerde bloedwraak. Europa kende nauwelijks een staat, of het moest de Kerk zijn. Er was recht, maar geen publiek- of privaatrecht.[2]

Kort na 1000 liepen de aanvallen van Vikingen, Maygaren en Saracenen ten einde en begon Latijns Europa aan een geweldige economische, culturele en geografische expansie.[3] Daardoor begonnen zich staten en staatjes te vormen, maar de heersers en heren daarvan beschouwden hun overheidsbevoegdheden gewoon als vermogensrechten. Er kwamen ook steden, die zelfs milieuwetgeving kenden: wegens de stank werden leerlooierijen binnen de muren verboden. Maar de leerlooiers zouden dit verbod als stadsrecht van landsrecht hebben onderscheiden, niet als bestuursrecht van privaatrecht.

Vijfhonderd is ook een mooi rond getal. Rond 1500 is het *wergeld* verdwenen. De contouren van een 'crimineel' of 'lijfstraffelijk' recht zijn zichtbaar. Zo langzamerhand hersteld van de Zwarte Dood beleeft Europa opnieuw een fase van expansie en staatsbouw. Indië en de nieuwe wereld zijn ontdekt, humanisme en Renaissance gloren. Vorsten centraliseren macht en gezag. De adel wordt naar het hof getrokken en krijgt concurrentie van romeinsrechtelijke geschoolde professionals. Onze Opstand onderbreekt dit proces maar ten dele. Maurits en Oldenbarnevelt wisten beiden dat de Republiek centrale leiding nodig had, alleen gunden zij elkaar die leiding niet.

---

1 Nico Verheij is coördinerend raadsadviseur bestuursrecht bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie en onderzoeker bij het Instituut voor staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht. Dit preadvies is op strikt persoonlijke titel geschreven. Ik dank mijn medepreadviseurs, Gio ten Berge, Marilyn Haimé en Elies Steyger voor inspirerende discussies tijdens de voorbereiding.

2 James Reston Jr., The last apocalypse, New York, N.Y. 1998, is een aardig boek over de toestand in Europa bij de vorige millenniumwisseling.

3 Zie over deze expansie Robert Bartlett, The making of Europe, Princeton N.J. 1993. Over de invloed op het recht Harold Berman, Law and Revolution, The formation of the Western legal tradition, Cambridge, Mass. 1983.

Centralisatie brengt specialisatie. Van oudsher werd gezag in de eerste plaats uitgeoefend door rechtspraak. Dat blijft nog lang zo, maar in de zestiende eeuw ontstaat rond de landsheren een taakverdeling tussen colleges die primair rechtspreken en colleges die primair besturen. Zo ontstaan bij ons de Hoge Raad en de Raad van State. Deze beginnende taakverdeling tussen 'justitie' en 'politie' leidt prompt tot competentieconflicten. In die conflicten liggen wortels van ons onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, maar in de zestiende of zeventiende eeuw werkte de praktijk niet met die begrippen.[4]

Tweehonderdvijftig jaar terug dan maar? De jurist van 1750 werkt evenmin met een onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Wel onderscheidt hij justitie en politie en civiel en crimineel recht. Tot de 'justitie' – het domein van de rechter – rekent hij in ieder geval de berechting van misdrijven en van geschillen over verworven of civiele rechten, die hij soms zelfs privaat noemde. Daar liggen de wortels van de artikelen 112 en 113 Grondwet en 6 EVRM. Maar een civiel recht op een ambt of overheidsbevoegdheid vindt hij nog heel gewoon. Gezag kan nog tot je vermogen behoren. 'Civiel' in 1750 is niet hetzelfde als burgerlijk in 1999.

Honderd jaar dan maar. In 1900 spraken juristen wel over publiek- en privaatrecht. 'Het vraagstuk der administratieve rechtspraak' speelt volop. De eerste bestuursrechters zijn of worden ingesteld. Tussen 1750 en 1900 is er dus iets gebeurd: de Verlichting om (niet zo erg) precies te zijn. De Verlichting brengt een nieuw wereldbeeld, een koppel revoluties en een nieuwe staatsidee. De kern van deze staatsidee is nooit mooier verwoord dan in de alinea waarmee Thomas Jefferson[5] zijn revolutie rechtvaardigde:

> 'We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain inalienable rights; that among these rights are life, liberty and the pursuit of happiness; that to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed.'

Wij zijn al bijna vergeten hoe revolutionair deze alinea in 1776 nog was.[6] Sedert onheuglijke tijden had voor weldenkende mensen juist vanzelf gesproken dat mensen *niet* gelijk waren. Iedere menselijke beschaving had altijd berust op het inzicht dat ieder mens door God of de goden zijn eigen *on*gelijke plaats in een onveranderlijke (boven)natuurlijke orde was gewezen. In dat wereldbeeld is vrijheid geen aangeboren autonomie, maar een verzameling met rang of stand variërende voorrechten. Grenzen aan de macht van heersers vloeien voort uit hun

---

4 Zie over een en ander uitvoeriger mijn Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 1994, Deventer 1994, en de daar genoemde bronnen.

5 Sommige Amerikaanse historici bestrijden overigens dat Jefferson de voornaamste auteur was van de Onafhankelijkheidsverklaring; hij zou veel hulp hebben gehad van anderen. Maar zeg nu zelf: het leest toch niet als een stuk van een commissie?

6 Het is natuurlijk ook een voorbeeld van een nog immer populaire redeneertruc: jezelf ontslaan van de verplichting om te argumenteren door te beweren dat je stelling vanzelf spreekt.

natuurlijke plaats in de onveranderlijke wereldorde, niet uit een conceptuele scheiding tussen een publieke en een private sfeer.[7]

Maar als mensen van nature gelijk en autonoom zijn, kan dwang zijn rechtvaardiging slechts vinden in de verwezenlijking van de gelijke vrijheid. Dat dwingt tot een onderscheiding tussen de sfeer van de dwang en de sfeer van de vrijheid, tussen staat en maatschappij, tussen publiekrecht en privaatrecht. Deze onderscheidingen zijn ons denken gaan domineren. Al wil het maar niet lukken om de grens exact te bepalen, om het onderscheid kunnen wij niet meer heen.

1.2 De moeizame emancipatie van het bestuursrecht

Deze flarden 'geschiedenis'[8] laten zien dat het moderne publiek- en privaatrecht zich pas betrekkelijk recent en slechts langzaam ten opzichte van elkaar hebben verzelfstandigd. Dat proces verliep niet symmetrisch. Het privaatrecht kreeg een eigen codificatie, doctrine en procesrecht en daardoor op den duur een eigen rechter: de gewone rechter werd burgerlijke rechter. Met het strafrecht ging het net zo. Maar de verzelfstandiging van het bestuursrecht, die in potentie evenzeer in het wereldbeeld van de Verlichting besloten lag, voltrok zich veel moeizamer en is nog altijd onvoltooid. In de eerste helft van de negentiende eeuw was het strafrecht al een rechtsgebied, maar het bestuursrecht nog slechts een onsamenhangende verzameling bijzondere regels. Pas rond het midden van de eeuw gaat Thorbecke publiekrecht en privaatrecht *systematisch* onderscheiden.[9]

Dan blijkt dat de vraag 'publiek of privaat?' onontwarbaar verweven is met de vraag 'bestuur of rechter?'.[10] De onenigheid over de taak van de rechter heeft de ontwikkeling van het bestuursrecht ernstig belemmerd. Door het ontbreken van een bestuursrechter moest de burgerlijke rechter oordelen over bestuursrechtelijke verhoudingen. In de negentiende eeuw hield de Hoge Raad daarbij het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht nog vrij scherp in het oog.[11] Maar in de loop van de twintigste eeuw wordt hij steeds meer geneigd om, bij gebrek aan beter, ook op bestuursrechtelijke verhoudingen maar zoveel mogelijk de privaatrechtelijke regels toe te passen. Zo kon de gemene rechtsleer ontstaan, die in het publiekrecht slechts een uitzondering op de algemeen toepasbare hoofdregels van het privaatrecht zag.

---

7 Denkers als Hobbes en Locke waren al een eeuw eerder begonnen dat wereldbeeld te ondermijnen, maar pas eind achttiende eeuw begint dat echt effect te krijgen – en dan nog maar zeer gedeeltelijk en geleidelijk. Het is al vaak opgemerkt dat de Onafhankelijkheidsverklaring in de praktijk moest worden gelezen als 'All white Anglo-Saxon protestant males are created equal'.

8 Het was natuurlijk allemaal veel gecompliceerder en genuanceerder. Maar hier volstaat de grove hoofdlijn.

9 Daarover uitvoerig en helder E. Poortinga, De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij J. R. Thorbecke, diss. UU 1987, Nijmegen 1987.

10 Uitvoerig daarover M. Schreuder-Vlasblom, De macht der kritiek, diss. RUG 1987, Zwolle 1987.

11 Zie de rechtspraak en literatuur geciteerd bij A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht, Den Haag 1997, blz. 225 e.v. en 331 e.v.

Teunissen[12] heeft laten zien dat de verdediging van deze leer door een verwijzing naar de vanouds algemene gelding van het 'civiele' recht van voor de Verlichting op een anachronisme berust. Het moderne privaatrecht veronderstelt het moderne autonomiebeginsel en de daaruit voortvloeiende scheiding van staat en maatschappij en verschilt daarom wezenlijk van het oude civiele recht.

Toch wordt de gemene rechtsleer in de loop van de twintigste eeuw de heersende, vermoedelijk doordat het met de opbouw van de bestuursrechtspraak alsmaar tobben blijft. Pas met het laatste kwart van de eeuw begint voor het bestuursrecht een nieuwe emancipatiegolf: de Wet Arob luidt in 1976 een periode van ongekende bloei in. Toch laat ook de Wet Arob nog een groot deel van de rechtsverhouding tussen bestuur en burger aan de burgerlijke rechter over. De Arob-rechter beschouwt overheidshandelingen die te maken hebben met eigendom, overeenkomsten, betaling of schadevergoeding bijna altijd als rechtshandelingen naar *burgerlijk* recht[13], ook als zij binnen typische gezagsverhoudingen plaatsvinden.

1.3 De bestuursrechte(r)lijke revolutie

Maar er komen andere tijden. Het Arob-tijdperk gaat in 1994 over in het Awb-tijdperk. Hoewel tekst en toelichting van de Awb daarvoor maar beperkte aanknopingspunten bieden, bestijgen uitgerekend rechters – doorgaans toch voorzichtige mensen – met de Awb in de hand opnieuw de barricaden voor de bevrijding van het bestuursrecht. 'Sterft, gij oude vormen en gedachten!'[14] klinkt het uit de rechtszalen en raadkamers.

Het begint, zoals wel meer revoluties, met een gematigde hervorming. Op 28 juli 1994 oordeelt de Centrale Raad van Beroep dat een beslissing van een bestuursorgaan omtrent vergoeding van schade een voor beroep – en dus ook voor bezwaar; gemakshalve zeg ik dit laatste er niet steeds bij – bij de bestuursrechter vatbaar besluit is, indien en omdat de schade is veroorzaakt door een voor beroep vatbaar besluit.[15]

Daarmee verschoof de rechtsmacht in een belangrijke categorie geschillen van de burgerlijke naar de bestuursrechter. Voor de radicale vleugel van het Bestuurs-

---

12 J.H.M.F. Teunissen, Het burgerlijk kleed van de staat, diss. UM 1996, Zwolle 1996, blz. 26. Hoewel ik Teunissens voornaamste conclusie deel, neem ik geenszins al zijn historische beschouwingen voor mijn rekening. Zo wekt hij, onder invloed van Dooyeweerd en zijn voornamelijk Duitse bronnen, regelmatig de indruk te geloven dat de geschiedenis zich naar een vooropgezet, noodzakelijk plan ontvouwt. Als ik iets niet (meer) geloof dan is het dat wel.

13 Veelzeggend is, dat dit in het recht inzake de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie, het sociaal zekerheidsrecht en vooral in het ambtenarenrecht veel minder het geval was. Op die terreinen bestond dan ook al veel langer een gespecialiseerde bestuursrechter!

14 Het zal zo langzamerhand wel nodig zijn te vermelden dat deze kreet afkomstig is uit de Internationale, in de klassieke vertaling van Henriëtte Roland Holst.

15 CRvB 28-7-1994, AB 1995, 40 en 133 m.n. RMvM; JB 1994, 221; ook in L.J.A. Damen e.a. (red.). Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties 1994-1995, Den Haag 1995, blz. 59 m.n. B.P.M. van Ravels.

recht BevrijdingsFront (BBF) ging dat echter nog lang niet ver genoeg. Op 10 mei 1996 overwegen de Haagse president en de Amsterdamse rechtbank in uitspraken van gelijke strekking dat een beslissing van een bestuursorgaan omtrent vergoeding van schade een voor beroep bij de bestuursrechter vatbaar besluit is, indien en omdat de schade is veroorzaakt binnen het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking.[16] Dat impliceert een grotere en bovendien veel principiëlere verschuiving van rechtsmacht dan uit de uitspraak van de CRvB voortvloeit.

Beide uitspraken sneuvelen in hoger beroep, maar niettemin wordt de essentie van dit Haags/Amsterdamse manifest door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State overgenomen. Na jarenlang te hebben gevonden dat de beslissing tot terugvordering van een ten onrechte betaalde subsidie een rechtshandeling naar burgerlijk recht was, ziet de Afdeling daar op 21 oktober 1996 toch een besluit in. Volgens de Afdeling berust de bevoegdheid tot terugvordering op het aan bestuursrecht en privaatrecht gemeenschappelijke beginsel, dat hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd. Dit beginsel heeft een bestuursrechtelijk karakter als het 'zijn werking doet gevoelen' in 'bestuursrechtelijke verhoudingen'.[17] Het systeem van afdeling 8.1.1 Awb zou vervolgens meebrengen, dat het terugvorderingsbesluit vatbaar is voor beroep voor zover en bij de rechter waarbij beroep openstond tegen de beslissing waarbij het terug te vorderen bedrag was toegekend. Kort daarop volgden uitspraken van gelijke strekking over beslissingen omtrent schadevergoeding, nadeelcompensatie en ongerechtvaardigde verrijking.

Door voor de beroepbaarheid van deze beslissingen samenhang met een eerder voor beroep vatbaar besluit te eisen, komt de Afdeling op hetzelfde resultaat uit als de Centrale Raad van Beroep. In de motivering bekent de Afdeling zich echter veeleer tot de radicale vleugel van het BBF, doordat zij het besluitkarakter van beslissingen omtrent terugvordering, schadevergoeding of nadeelcompensatie niet baseert op die samenhang zelf, maar op het publiekrechtelijk karakter van de rechtsbetrekking waarbinnen deze beslissingen worden genomen.

Deze rechtspraak sloeg in als een bom. Zij is enerzijds zowel ongrondwettig[18] als 'een absolute ramp'[19] genoemd, anderzijds verwelkomd als de definitieve afrekening met de gehate gemene rechtsleer[20] en een belangrijke stap op weg naar een volwassen bestuursrecht. In ieder geval heeft zij geleid tot een belangrijke verschuiving in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuurs-

---

16 Pres. Rb. Den Haag 10-5-1996, JB 1996, 206 m.n. HJS, ook in L.J.A. Damen e.a. (red.). Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties 1995-1996, Den Haag 1997, blz. 169, eveneens met noot H.J. Simon. In vergelijkbare zin Rb. Amsterdam 10-5-1996, Awb-katern 1996, 75.

17 ABRS 21-10-1996, AB 1996, 496 m.n. NV; JB 1996, 232 m.n. HJS.

18 C.A.J.M. Kortmann, De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit, NJB 1997, blz. 1327, waartegen Th.G. Drupsteen, De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet, NJB 1997, blz. 1526 met naschrift Kortmann op blz. 1599.

19 B.J. van Ettekoven, B.J. Schueler, Een ramp, een absolute ramp; reacties op het zelfstandig schadebesluit, NJB 1998, blz. 346-350. Het betreft een verslag van een SSR-congres, waar met name mijn medepreadviseur De Wijkerslooth de praktische problemen onderstreepte. Zie derhalve diens preadvies.

20 J.H.M.F Teunissen, Afrekening met de gemene rechtsleer en de tweewegenleer G.St 7048 en 7049 en H.J. Simon, De magische lijn en Windmill revisited, NJB 1998, blz. 1667.

rechter. Dat is de aanleiding en rechtvaardiging om daar maar weer eens een preadvies over te schrijven. Het gaat derhalve om de zoveelste poging om de (nieuwe) magische lijn te vinden. Ik weet dat iedere poging daartoe een voorbeeld is van wat Samuel Johnson 'de triomf van de hoop over de ervaring' noemde, maar de rechtspraak dwingt ons het opnieuw te proberen.

1.4 De opbouw van dit preadvies

Na deze inleiding schets ik in hoofdstuk 2 kort de hoofdlijnen van de bevoegdheidsverdeling vóór de recente revolutie der rechters; het *ancien régime* zogezegd. Dat is het decor waartegen in hoofdstuk 3 de nieuwe jurisprudentie zelf kan worden beschreven, waarna ik in hoofdstuk 4 de praktische consequenties daarvan in kaart breng.[21] In hoofdstuk 5 ga ik na in hoeverre deze jurisprudentie tot ingrijpen van de wetgever moet leiden. In hoofdstuk 6 tenslotte, bespreek ik de gevolgen van deze jurisprudentie voor onze visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.

21 Waarbij de tekst is afgesloten op 15 januari 1999. Dat zeg ik er maar bij, want in deze avontuurlijke tijden weet je maar nooit of de rechter tegen de tijd dat U dit leest niet een nieuwe grensverleggende uitspraak heeft gedaan.

2. De bevoegdheidsverdeling voor de revolutie

2.1 Hoofdlijnen[22]

2.1.1 De bevoegdheid van de bestuursrechter

Artikel 112, tweede lid, eerste volzin, van de Grondwet luidt:

> 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.

Deze bepaling dateert van 1887. In de jaren daarvoor had onder meer Buijs[23] bepleit om naar Frans en Duits voorbeeld voor bestuursrechtelijke geschillen aparte bestuursrechters in te stellen. Anderen wilden de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen voorbehouden aan de gewone rechter, weer anderen aan het bestuur zelf. Het compromis was een bepaling die alle opties openhield.

Belangrijker is dat de Grondwet aanknoopt bij de aard van de rechtsbetrekking in geschil. De Grondwet maakt bestuursrechtspraak mogelijk voor alle[24] geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan en dus voor alle geschillen die uit bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan. De wetgever heeft die ruimte maar gedeeltelijk benut, doordat hij veelal niet rechtstreeks aanknoopt bij de aard van de rechtsbetrekking, maar bij de aard van de bestreden overheidshandeling.

Dat kan op (bijna) hetzelfde neerkomen. De ambtenarenrechter oordeelt over besluiten of handelingen ten aanzien van een ambtenaar als zodanig (art. 8:1 lid 2 Awb), hetgeen zo goed als alle aspecten van de ambtenarenrechtelijke rechtsbe-

---

22 Voor een recent en uitvoerig overzicht zie J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, Zwolle 1998.

23 J. Th. Buijs, De Grondwet I, blz. 306 e.v., aangehaald bij M. Schreuder-Vlasblom, a.w., blz. 71 e.v.

24 Uiteraard met uitzondering van strafrechtelijke geschillen (art. 113 Grw.), maar daar gaat het nu even niet over.

trekking omvat. Het recht van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (art. 18 lid 1 Wet bbo) en het vreemdelingenrecht (art. 1a Vreemdelingenwet) bereiken via iets andere constructies een bijna vergelijkbaar resultaat.

Maar meestal komt het niet op hetzelfde neer. De hoofdregel is dat de bestuursrechter slechts oordeelt over besluiten.[25, 26] Een besluit is een schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandeling (art. 1:3 lid 1 Awb). De twee hoofdelementen van deze omschrijving onttrekken een aantal geschillen waarvan men kan verdedigen dat zij uit bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan, aan het oordeel van de bestuursrechter. Het element 'rechtshandeling' verbiedt de bestuursrechter kennis te nemen van geschillen over feitelijke bestuurshandelingen, bijvoorbeeld het verstrekken van later onjuist blijkende inlichtingen over de mogelijkheid een vergunning te verkrijgen.[27] Het element 'publiekrechtelijk' laat geschillen over privaatrechtelijke rechtshandelingen van het bestuur aan de burgerlijke rechter over. Dit laatste moge op zich vanzelf spreken, minder vanzelfsprekend is dat de jurisprudentie 'privaatrechtelijke' rechtshandelingen ontwaart in overeenkomsten over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden en tot voor kort ook in de meeste beslissingen over vergoeding van beweerdelijk door de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden veroorzaakte schade.

De bevoegdheid van de bestuursrechter is dus wel beperkt tot geschillen die uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan – een geschil over een publiekrechtelijke rechtshandeling betreft in ieder geval een reeds bestaande of door die rechtshandeling in het leven geroepen publiekrechtelijke rechtsbetrekking – maar omvat niet alle geschillen die uit een publiekrechtelijke rechtsbetrekking kunnen ontstaan.[28]

2.1.2 De bevoegdheid van de burgerlijke rechter

De bevoegdheid van de burgerlijke rechter berust sedert 1 januari 1994 rechtstreeks op artikel 112, *eerste* lid, van de Grondwet.[29] Dat luidt:

---

25 Art. 8:1 lid 1 Awb, alsmede talloze bijzondere wetsbepalingen die beroep in eerste en enige aanleg openstellen op de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

26 De bevoegdheid van de belastingrechter is zelfs beperkt tot bepaalde besluiten. Beroep kan slechts worden ingesteld tegen uitspraken op bezwaar (art. 26 AWR), en bezwaar kan slechts worden gemaakt tegen beslissingen waarvan de wet met zoveel woorden bepaalt dat zij 'bij voor bezwaar vatbare beschikking' worden genomen (bijv. art. 23 e.v. AWR).

27 HR 22-11-1985, NJ 1986, 722 m.nt. MS, AB 1986, 245 m.nt. FHvdB (V&D/Groningen of Superdoe); HR 2-2-1990, AB 1990, 227 (Staat/Bolsius).

28 Dat is overigens ook zo, omdat de bestuursrechter alleen kan oordelen over vorderingen van de burger tegen de overheid, niet over vorderingen van de overheid tegen de burger. Ik kom daar later op terug.

29 Op die datum is immers bij de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie het roemruchte artikel 2 R.O. geschrapt. Volgens mij kan dat geen kwaad, al zie ik evenmin waarom het nodig was.

Aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen.

De rechterlijke macht is in dit verband het orgaancomplex van artikel 1 R.O. Artikel 112, eerste lid, is dus de helft van de weerslag in de Grondwet van de traditionele gedachte, dat de 'justitie' is voorbehouden aan 'de gewone rechter'.[30] Maar zoals onder het *ancien régime* de betekenis van 'justitie' omstreden was, stonden in de negentiende eeuw twee opvattingen over de betekenis van 'geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen' tegenover elkaar. Volgens de leer van het *objectum litis* ging een geschil over burgerlijke rechten als de eiser bescherming vroeg in een burgerlijk recht, volgens de leer van het *fundamentum petendi* daarentegen slechts als tussen partijen een burgerlijke rechtsbetrekking bestond. Een aanschrijving bestuursdwang tot afbraak van een schuur illustreert het verschil. Volgens de *fundamentum petendi*-leer is een geschil daarover publiekrechtelijk omdat de rechtsbetrekking tussen partijen publiekrechtelijk is, volgens de *objectum litis*-leer is het geschil privaatrechtelijk zodra eiser zijn vordering baseert op aantasting van zijn eigendom of een ander burgerlijk recht.

Als bekend heeft de Hoge Raad in 1915 voor de *objectum litis*-leer gekozen.[31] Nu zegt deze leer, net als haar tegenhanger, eigenlijk alleen maar *wat* er gekwalificeerd moet worden (de eis, niet het verweer) maar niet *hoe*:[32] geen van beide leren geeft aan wanneer een recht burgerlijk of een rechtsbetrekking publiekrechtelijk is. Dat de *objectum litis*-leer tot een zeer ruime bevoegdheid van de burgerlijke rechter leidt, ligt dan ook minder aan die leer zelf dan aan het feit dat volgens de Hoge Raad:

1. een vordering uit onrechtmatige daad strekt tot bescherming van een burgerlijk recht;
2. een schending van een publiekrechtelijke rechtsnorm een onrechtmatige daad is;[33]
3. het enkele stellen van een burgerlijk recht voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter voldoende is[34], en
4. voor een vordering uit onrechtmatige daad tegenwoordig ook geen privaatrechtelijk belang meer vereist is.[35]

Dit betekent in de praktijk dat de burgerlijke rechter bevoegd is zodra in de dagvaarding het woord 'onrechtmatig' valt. Anders gezegd: voor binnenlands gebruik[36] geldt naar Nederlands recht: de burgerlijke rechter is altijd[37] bevoegd.[38]

---

30 De andere helft is te vinden in artikel 113, eerste lid, Grondwet: 'Aan de rechterlijke macht is voorts opgedragen de berechting van strafbare feiten'.

31 HR 31-12-1915, NJ 1916, blz. 407 (Guldenmond/Noordwijkerhout).

32 Aldus eerder mijn Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 1994, Deventer 1994, blz. 60.

33 HR 20-11-1924, NJ 1925, 89 (Ostermann I).

34 HR 18-8-1944, NJ 1944/45, 598 (Alkmaar/Noord-Holland).

35 HR 18-2-1994, AB 1994, 415 (Kabayel)

36 In een internationaal geschil kan de burgerlijke rechter nog wel onbevoegd zijn omdat het geschil onvoldoende aanknopingspunten met de Nederlandse rechtssfeer heeft.

2.1.3 De afbakening

Omdat de burgerlijke rechter altijd bevoegd is, en de bestuursrechter oordeelt over besluiten, zijn er voor geschillen over besluiten twee bevoegde rechters. De wetgever ligt daar kennelijk niet van wakker: hij heeft nooit voorzieningen getroffen om dubbele procedures en tegenstrijdige uitspraken te voorkomen. Dat heeft de burgerlijke rechter moeten doen, door vrijwillig terug te treden voor de bestuursrechter. Preciezer: de burgerlijke rechter geeft, hoewel bevoegd, geen eigen oordeel over de rechtmatigheid van een besluit of andere handeling, voorzover de bestuursrechter daarover heeft geoordeeld of had kunnen oordelen. Een daartoe strekkende vordering is niet-ontvankelijk.

De ene helft van deze regel kennen wij als het leerstuk van de formele rechtskracht.[39] Een besluit waartegen geen of een niet gegrond beroep bij de bestuursrechter is ingesteld, krijgt formele rechtskracht en geldt voor de burgerlijke rechter als rechtmatig. Dit geldt zelfs als zonneklaar is dat het besluit vernietigd zou zijn als beroep was ingesteld.[40] Dit lijdt slechts uitzondering als het in bijzondere gevallen al te onbillijk uitpakt, maar dat neemt de HR maar zelden aan.[41]

De andere helft van de regel luidt dat een besluit dat door de bestuursrechter is vernietigd ook voor de burgerlijke rechter als onrechtmatig geldt. Daarbij gaat het dus niet over de rechtskracht van het besluit, want dat is vernietigd en heeft dus geen rechtkracht meer, maar over de rechtskracht van het oordeel van de bestuursrechter.

De hoofdlijn van het stelsel is dus, dat de bestuursrechter oordeelt over besluiten, terwijl de burgerlijke rechter bij geschillen daarover zijn bevoegdheid handhaaft, maar geen eigen oordeel geeft over de (on)rechtmatigheid van het besluit, tenzij daartoe in concreto geen bestuursrechter bevoegd is.

2.2 Bijzondere onderwerpen

2.2.1 Schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen

Voor 1 januari 1994 had onder bestuursrechters alleen de ambtenarenrechter een

---

37 Een uitzondering is HR 26-3-1971, AB 1971, 135 (verkiezingsafspraak Elsloo). Maar ik denk dat de HR zelfs in dat geschil tegenwoordig de vordering zou afwijzen in plaats van de rechter onbevoegd te verklaren.

38 Een extreem voorbeeld is HR 10-11-1989, NJ 1991, 248 (kruisvluchtwapens), waarin het Hof de onbevoegdverklaring van de rechtbank verving door een niet-ontvankelijkverklaring. Hoewel het dus goed afliep, wringt die bevoegdverklaring voor mij toch. Ik heb destijds ook heel wat tegen die dingen gedemonstreerd, maar vond en vind het staatsrechtelijk onjuist als uiteindelijk de *rechter* tegen plaatsing zou hebben beslist. Dat vond de rechter natuurlijk ook, maar was het dan niet beter geweest om gewoon te zeggen dat de rechter daar niet over gaat?

39 Daarover verscheen recentelijk E.C.H.J. van der Linden, Formele en materiële rechtskracht, diss. UM 1998, Den Haag 1998, een boek waar ik overigens weinig mee kan.

40 HR 16-5-1985, AB 1986, 573 (Heesch/Van de Akker).

41 Zie voor een voorbeeld HR 11-11-1988, AB 1989, 81 (Ekro).

serieuze bevoegdheid om het bestuur tot schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen te veroordelen (art. 47 lid 3 Ambtenarenwet 1929). Deze sloot een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter uit.[42] Bij andere bestuursrechters kon men niet rechtstreeks een vordering tot schadevergoeding instellen.[43]

Wel was er de figuur van het zuiver schadebesluit: een beslissing van een bestuursorgaan die uitsluitend betrekking had op een verzoek tot vergoeding van schade. Voorzover de schade beweerdelijk was veroorzaakt door onrechtmatig handelen, werd zo'n beslissing slechts in het ambtenarenrecht en het pbo-recht voor beroep vatbaar geacht.[44] Daarbuiten werden geschillen over schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen aan de burgerlijke rechter overgelaten.

Vervolgens gaf artikel 8:73 Awb alle bestuursrechters[45] de bevoegdheid om bij gegrondverklaring van een beroep een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van de door het vernietigde besluit veroorzaakte schade. Deze bevoegdheid betreft derhalve slechts schade, veroorzaakt door een onrechtmatig appellabel besluit. Bovendien heeft de wetgever deze bevoegdheid uitdrukkelijk niet exclusief willen maken. De burger houdt de vrijheid om zich tot de burgerlijke rechter te wenden en de bestuursrechter mag de burger naar de burgerlijke rechter verwijzen.

2.2.2 *Nadeelcompensatie bij rechtmatig handelen*[46]

Meer en meer erkent ons recht het beginsel dat ook rechtmatig handelen het bestuur tot schadevergoeding kan verplichten. Dat is het geval, indien een op zichzelf rechtmatig – want bevoegd, door het algemeen belang gerechtvaardigd en binnen de grenzen van de wet blijvend – bestuurshandelen een burger zo nadelig treft, dat het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten wordt geschonden. Dit beginsel van de *'égalité devant les charges publiques'* houdt in dat de lasten van hetgeen het algemeen belang vergt, door allen en niet slechts door toevallig getroffen burgers behoren te worden gedragen.[47]

Soms is de burgerlijke rechter op grond van de wet bevoegd om kennis te nemen van geschillen over dit type schadevergoeding. Bekende voorbeelden zijn onteige-

42 HR 28-2-1992, AB 1992, 301 (Changoe).

43 Ik ga voorbij aan bepalingen als art. 99, derde lid, (oud) Wet RvS, die in de praktijk nauwelijks betekenis hadden.

44 Bij de Centrale Raad van Beroep in sociale zekerheidszaken en de belastingrechter kwam de vraag niet aan de orde omdat hun bevoegdheid op enumeratie was gebaseerd.

45 Met uitzondering van de belastingrechter, maar die uitzondering vervalt op 1 juli 1998.

46 Voor het gemak versta ik in dit preadvies onder nadeelcompensatie uitsluitend nadeelcompensatie in geld.

47 Het gaat dus om een vergelijking tussen getroffen en andere burgers. Sommigen lezen dit beginsel in artikel 3:4 Awb, en vinden daarvoor steun in de toelichting. Maar m.i. heeft Van Buuren (noot onder ABRS 6-5-1997, AB 1997, 227 (Van Vlodrop)) gelijk als hij stelt dat de tekst van dat artikel ziet op een andere onevenredigheid, namelijk tussen doel en gevolgen van een besluit. Nu kun je natuurlijk redeneren dat de gevolgen van een besluit voor bepaalde burgers onevenredig zijn met het doel, *omdat* zij in vergelijking met andere burgers te zwaar worden getroffen. Maar het zou toch overzichtelijker zijn om die twee noties uit elkaar te halen.

ningsgeschillen en in het verlengde daarvan geschillen over de toepassing van de diverse belemmeringen-wetten. In andere gevallen is de bestuursrechter bevoegd, en wel op verschillende grondslagen.

In de eerste plaats voorziet de wet soms uitdrukkelijk in een bevoegdheid of verplichting tot nadeelcompensatie. Het schoolvoorbeeld is artikel 49 van de Wet op de ruimtelijke ordening. Dan is de beslissing omtrent nadeelcompensatie onbetwist een besluit, waarover de bestuursrechter oordeelt. In de tweede plaats berust de bevoegdheid of verplichting tot nadeelcompensatie soms weliswaar niet op een wettelijk voorschrift, maar wel op een bekendgemaakt beleid. Ook dan is de beslissing omtrent nadeelcompensatie volgens de ABRS een besluit waarover de bestuursrechter oordeelt.[48] In de derde plaats kan een gelaedeerde tegen een ander besluit, bijvoorbeeld een vergunning, bij de bestuursrechter opkomen op de grond dat het onrechtmatig is omdat het niet of onvoldoende in nadeelcompensatie voorziet. Wij spreken dan van een onzuiver schadebesluit.[49]

Daarentegen oordeelt de burgerlijke rechter weer over wat in wezen geschillen over nadeelcompensatie zijn in wat men zou kunnen noemen de Voorste Stroom VII-gevallen.[50] In dat arrest aanvaardde de Hoge Raad, dat een in het algemeen belang gerechtvaardigde of zelfs geboden overheidshandeling niettemin onrechtmatig kan zijn als de nadelige gevolgen daarvan voor bepaalde burgers onvoldoende worden gecompenseerd. Strikt genomen is dat een cirkelredenering: de overheid moet de schade vergoeden omdat zij onrechtmatig handelt door de schade niet te vergoeden. Maar deze kritiek treft ook de constructie van het onzuiver schadebesluit. Omdat het BW geen algemene grondslag kent voor schadevergoeding wegens rechtmatig handelen, en de tijd kennelijk niet rijp was voor erkenning van een ongeschreven grondslag in het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten, moest de HR wel een onrechtmatige daad construeren. Aan die constructie bestaat nog altijd behoefte, vooral in geschillen over schade door algemeen verbindende voorschriften.[51].

2.2.3 Terugvordering

Bestuursorganen verstrekken jaarlijks talloze uitkeringen, subsidies en ambtenarensalarissen. Soms krijgt iemand dan ten onrechte of te veel geld. Het bestuur kan dan in beginsel de beslissing tot verstrekking intrekken en de bij nader inzien onverschuldigd betaalde bedragen terugvorderen. Verstrekking en intrekking ge-

48 Afd. rechtspraak 16-5-1986, AB 1986, 568 (metroschade Rotterdam).

49 Zie bijv. Afd. rechtspraak 12-1-1982, AB 1982, 299 en 22-11-1983, AB 1984, 154 (Paul Krugerbrug I en II) Een zuiver schade- of nadeelcompensatiebesluit is dan een besluit dat alleen over schadevergoeding of nadeelcompensatie gaat. De termen zelfstandig en onzelfstandig schadebesluit vermijd ik, want dat zijn ofwel synoniemen van zuiver en onzuiver, ofwel zij betekenen gewoon wettelijk en buitenwettelijk. In beide gevallen zijn zij overbodig.

50 HR 19-12-1952, NJ 1953, 642.

51 Het betreft dan vooral gevallen waarin het nadeel berokkend wordt door een algemeen verbindend voorschrift. Zie HR 16-5-1986, AB 1986, 574 (Landbouwvliegers) en HR 18-1-1991, AB 1991, 241 (varkensmesters).

schieden veelal bij beschikking, zodat daarover de bestuursrechter oordeelt. Voor de terugvordering was het tot voor kort ingewikkelder. In het ambtenarenrecht, het sociaal zekerheidsrecht en het pbo-recht oordeelde de bestuursrechter ook over de beslissing tot terugvordering. In het subsidierecht daarentegen beschouwden de ABRS en buiten de pbo-sfeer ook het CBb de terugvorderingsbeslissingen tot voor kort als een rechtshandeling naar burgerlijk recht, tenzij zij op een specifieke wettelijke grondslag berustte. De Awb-wetgever heeft deze discrepantie niet kunnen of willen wegnemen: de toelichting bij de tweede tranche sauveerde de jurisprudentie van de CRvB[52], die bij de derde tranche de subsidiejurisprudentie van de ABRS.[53] Maar laatstgenoemde passage was bij inwerkingtreding al achterhaald, want eind 1996 ging de Afdeling om (zie par. 3.3.1).

52 Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, blz. 246.
53 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, blz. 85.

3. De revolutie der rechters

3.1 Eerste bedrijf: samenhangende besluiten

De revolutie begon met een overweging ten overvloede. In 1990 werd de WAO-uitkering van mevrouw Van B. ingetrokken, omdat zij niet langer arbeidsongeschikt zou zijn. Mevrouw Van B. is het daar niet mee eens en krijgt eind 1993 gelijk van de rechtbank Den Bosch. De bedrijfsvereniging gaat aanvankelijk in hoger beroep, maar bedenkt zich een paar maanden later. In april 1994 trekt zij het hoger beroep in en betaalt mevrouw Van B. alsnog haar uitkering over de periode juni 1990-april 1994. Een goede afloop voor mevrouw Van B., maar haar raadsman is nog niet helemaal tevreden. Hij vraagt met een beroep op artikel 8:73 Awb om vergoeding van de renteschade die mevrouw Van B. heeft geleden doordat haar uitkering over genoemde periode veel te laat is betaald.

Dat kan niet, vindt de CRvB, want artikel 8:73 voorziet slechts in schadevergoeding indien het beroep gegrond wordt verklaard. Nu mevrouw Van B. zelf geen hoger beroep had ingesteld, viel er niets gegrond te verklaren en kon dus ook geen schadevergoeding worden toegekend. Maar 'ter voorlichting van partijen' merkt de Centrale Raad dan nog even op 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, dat het, ertoe strekkend om de gestelde schade 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.'[54]

Net als in het ambtenarenrecht zijn zuivere schadebeslissingen voortaan dus ook in het sociale zekerheidsrecht voor beroep vatbaar. Maar anders dan in het ambtenarenrecht moest de CRvB daarvoor eerst een besluit construeren. De motivering van

---

54 CRvB 28-7-1994, AB 1995, 40 en 133 m.n. RMvM; JB 1994, 221; ook in L.J.A. Damen e.a. (red.). Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties 1994-1995, Den Haag 1995, blz. 59 m.n. B.P.M. van Ravels.

die constructie is, vriendelijk gezegd, niet overdreven uitvoerig. Een besluit is een publiekrechtelijke rechtshandeling. Is een beslissing omtrent schadevergoeding een rechtshandeling? De CRvB maakt er geen overweging aan vuil. Is die rechtshandeling publiekrechtelijk? De CRvB zwijgt erover. De Afdeling bestuursrechtspraak vereist voor het aannemen van een besluit een publiekrechtelijke titel (= wettelijk voorschrift of bekendgemaakt beleid) of eventueel een publieke taak. Hier ontbreekt een titel en wordt geen taak genoemd.

Het gaat hier dus om een 'strategisch besluitbegrip': de schadebeslissing is een besluit omdat daartegen rechtsbescherming moet openstaan. Het argument daarvoor is de nauwe samenhang tussen schadebeslissing en schadeveroorzakend besluit. Kennelijk bedoelt de CRvB, op het voetspoor van de wetgever die hij overigens niet aanhaalt[55], dat over nauw samenhangende geschillen zoveel mogelijk dezelfde rechter moet oordelen. Vandaar ook dat een schadebeslissing slechts een besluit is voorzover de beweerdelijk geleden schade is veroorzaakt door een besluit (materiële connexiteit). Bovendien moet dat besluit appellabel zijn (processuele connexiteit). Alleen in dat geval deed zich immers het probleem voor, dat de bestuursrechter moest oordelen over de schadeveroorzakende beslissing en de burgerlijke rechter over de schadebeslissing. Daarin ligt dan ook het antwoord besloten op de vraag *welke* bestuursrechter bevoegd is: de rechter van het schadeveroorzakend besluit is de rechter van het schadebesluit. In latere uitspraken houdt de CRvB dan ook strikt vast aan de vereisten van materiële en processuele connexiteit. [56]

Daardoor geeft deze uitspraak de bestuursrechter in materieel opzicht geen nieuwe bevoegdheden. Over schade, veroorzaakt door een appellabel besluit, mocht de bestuursrechter al op grond van artikel 8:73 oordelen. Alleen eist artikel 8:73 dat het verzoek om schadevergoeding wordt gedaan hangende het vernietigingsberoep tegen het schadeveroorzakend besluit. In wezen heeft de CRvB niet meer gedaan dan via een omweg dit accessoire karakter van de schadevergoedingsactie doorbreken. In één geval betekent dit dat je schadevergoeding kunt vragen zonder eerst beroep in te stellen: als een onrechtmatig primair besluit in bezwaar is herroepen. In andere gevallen moet nog steeds beroep worden ingesteld tegen het schadeveroorzakend besluit, om te voorkomen dat dit formele rechtskracht krijgt en dus geacht wordt rechtmatig te zijn. Maar voortaan kun je desgewenst bij de bestuursrechter een afzonderlijk geding over schadevergoeding aanhangig maken.

Nu heeft onder meer schrijver dezes vroeger wel beweerd dat het nu juist zo handig zou zijn als je in één procedure zowel vernietiging als schadevergoeding zou kunnen vorderen. Soms is dat ook handig, maar bij nader inzien lang niet altijd. Dat komt vooral[57] omdat juist het in de tijd samenlopen van beide vorderingen ertoe leidt dat ten tijde van de uitspraak over de gegrondheid van het beroep de schade vaak nog onvoldoende vaststaat, bijvoorbeeld omdat op formele gronden wordt

---

55 Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, ad art. 8:3 (destijds 8.1.1.3).

56 CRvB 24-9-1997, AB 1997, 431 m.nt. FP.

57 Daarnaast zijn er wat processuele probleempjes, maar die zijn door wetswijziging vrij eenvoudig te repareren. Voor het geval van intrekking van het hoger beroep door het bestuursorgaan zal dat gebeuren in de Eerste evaluatiewet Awb.

vernietigd en de inhoud van het uiteindelijke besluit nog onzeker is. Het tweede lid van artikel 8:73 lost dit probleem onvoldoende op, omdat het evenzeer veronderstelt dat de schadevergoeding is gevraagd vóór de uitspraak over de gegrondheid van het beroep. Op dat moment zal appellant zijn verzoek om schadevergoeding soms nog onvoldoende kunnen onderbouwen. Daarnaast kunnen er andere redenen zijn om met dat verzoek te wachten. Appellant kan er bijvoorbeeld voor kiezen eerst de aansprakelijkheidsvraag ook in hoger beroep uit te procederen, alvorens aan een – soms kostbare en tijdrovende – begroting van de schade te beginnen.

Nu kan appellant zich in zo'n geval natuurlijk als vanouds tot de burgerlijke rechter wenden. Materieel zou dat niet zoveel verschil moeten maken, want voor het materiële schadevergoedingsrecht blijft de CRvB aansluiting zoeken bij het BW. Maar dat de rechter die over het schadeveroorzakende besluit oordeelt, nu in meer gevallen ook over de schadebeslissing kan oordelen, is uit systematisch oogpunt winst. Vooral in vrij eenvoudige schadegevallen heeft het bovendien praktische voordelen, omdat de procedure bij de bestuursrechter nu eenmaal door de bank genomen laagdrempeliger, sneller en goedkoper is dan die bij de burgerlijke rechter.[58]

3.2 Tweede bedrijf: de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking

3.2.1 De rechtbank Amsterdam

Meneer Leyh, geboren in 1925, was in de jaren vijftig het Nederland van Vader Drees ontvlucht om een bestaan op te bouwen in de Verenigde Staten. Dat was kennelijk gelukt, want bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd woonde hij daar nog steeds. Maar hij was Nederland niet vergeten. In ieder geval herinnerde hij zich in 1991 dat hij wellicht nog iets van Vader Drees te goed had: voor zijn definitieve vestiging in de nieuwe wereld was hij nog een paar jaar verzekerd geweest voor de AOW. Hij schreef dus een brief aan de Sociale Verzekeringsbank met het verzoek hem een AOW-uitkering toe te kennen. Of die brief nu wel of niet is zoekgeraakt, is omstreden, maar in ieder geval duurde het tot eind 1994 voor er een beslissing kwam. Maar toen was het ook goed nieuws; hij kreeg alsnog een uitkering van 34%, met terugwerkende kracht tot 1991. Na bezwaar werd het zelfs nog 36 %. Toch ging meneer X in beroep bij de rechtbank Amsterdam, want hij had in zijn bezwaarschrift ook nog gevraagd om vergoeding van de wettelijke rente over de periode 1991-1994. Dat verzoek was door het bestuur van de SVB bij brief van 12 mei 1995 afgewezen.

In haar uitspraak van 10 mei 1996 buigt de rechtbank zich over de vraag of deze afwijzing een besluit en dus voor beroep vatbaar is. Zij memoreert dat dit volgens de Centrale Raad van Beroep slechts het geval is als de beslissing nauw samenhangt

58 Mijn mede-preadviseur De Wijkerslooth wees mij er op, dat dit voordeel bij wat ingewikkelder schadegevallen al snel verdwijnt, onder meer omdat procederen zonder professionele rechtsbijstand dan geen reële optie meer is en al gauw deskundigenrapporten e.d. nodig zijn, die nu eenmaal tijd vergen.

met een eerder, voor beroep vatbaar besluit. Dat is er in dit geval niet, want de schadeoorzaak ligt in het te laat beslissen op de aanvraag AOW. In het sociale zekerheidsrecht staat pas sinds 1 januari 1994 beroep open tegen niet tijdig beslissen (daarvoor hadden wij de beruchte 'leemte in de Beroepswet') en in deze zaak was de beslistermijn al lang daarvoor verstreken. Maar dan vervolgt de rechtbank:

> Naar het oordeel van de rechtbank betekent dat echter niet dat eiser in dit geval bestuursrechtelijke rechtsbescherming dient te ontberen. De rechtbank stelt vast dat de grondslag van het verzoek om schadevergoeding is gelegen in een aan verweerder, c.q. het openbaar lichaam[59] waarvan verweerder deel uitmaakt, toe te rekenen gedraging binnen het kader van de bijzondere, publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen partijen, te weten de uitvoering van de AOW. ... Gelet hierop is het publiekrechtelijk karakter van de verweten gedraging en de bestreden beslissing op het met die gedraging verband houdende verzoek om schadevergoeding gegeven. Dit brengt mee dat dit verzoek moet worden aangemerkt als aanvraag in de zin van artikel 1:3, derde lid, van de Awb en dat de beslissing op die aanvraag is een besluit in de zin van dit artikel.

Deze overweging keert vrijwel woordelijk terug in een andere Amsterdamse uitspraak van dezelfde datum, inzake de weigering van de SVB ene Kempf de renteschade te vergoeden die deze geleden zou hebben doordat de SVB van de belastingdienst ontvangen, maar beweerdelijk aan Kempf toekomende, geldbedragen ten onrechte had beschouwd als vrijwillige betaalde premies AOW en AWW en daarom ruim een jaar ten onrechte in beheer had gehouden.[60] Dat in beheer houden berustte niet op enig besluit en was dus een puur feitelijke handeling. Niettemin is de beslissing omtrent de renteschade volgens de rechtbank een besluit.

In beide uitspraken laat de rechtbank de eis dat de schadeoorzaak een appellabel besluit moet zijn, uitdrukkelijk vallen. De rechtbank eist slechts, dat het schadeveroorzakend handelen plaatsvindt binnen het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking. De omstandigheid dat die rechtsbetrekking publiekrechtelijk is, maakt volgens de rechtbank ook de schadeoorzaak en de schadebeslissing publiekrechtelijk. Met andere woorden: een beslissing omtrent schadevergoeding is een besluit indien en omdat het schadeveroorzakend handelen plaatsvindt binnen het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking.

Dit gaat principieel, maar ook praktisch veel verder dan de uitspraak van de CRvB. In feite zegt de rechtbank, dat zodra een burger met een bestuursorgaan in contact treedt in het kader van de uitvoering van de sociale zekerheid, een publiekrechtelijke rechtsbetrekking ontstaat. Vervolgens kan de burger een zuiver schadebesluit uitlokken zodra hij meent door een handeling van een uitvoeringsorgaan schade te lijden. Blijkens de uitspraak in de zaak-Kempf kan dat ook als die handeling niet leidt tot een besluit omtrent uitkering of premie. Maar hoever gaat

---

59 Bedoeld zal zijn: de rechtspersoon. Bij mijn weten is de SVB geen openbaar lichaam.

60 Rb. Amsterdam 10-5-1996, kenbaar uit CRvB 24-9-1997, AB 1997, 416 m.nt. FP.

dat? Kan de ondernemer die naar achteraf blijkt ten onrechte in een premiefraude-onderzoek is betrokken, met zijn schadeclaim uiteindelijk bij de bestuursrechter uitkomen? Of de werknemer wiens medische gegevens door het uitvoeringsorgaan onvoldoende voor zijn werkgever zijn afgeschermd? Of de allochtone klant die, hoewel hij uiteindelijk wel een uitkering kreeg, klaagt over racistische uitlatingen van de behandelend ambtenaar? Bij een bevestigend antwoord zou de bestuursrechter opeens kunnen oordelen over allerlei feitelijke handelingen. Dan zou de rechtbank Amsterdam het besluitbegrip alleen nog maar lippendienst bewijzen, maar in feite haar bevoegdheid rechtstreeks baseren op de aanwezigheid van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking.

Misschien bedoelde de rechtbank dat ook wel. In ieder geval heeft zij de CRvB expliciet uitgenodigd haar jurisprudentie te verruimen. Maar de CRvB heeft die uitnodiging afgeslagen, door beide uitspraken in hoger beroep te vernietigen. In de zaak-Leyh overweegt hij dat een beslissing omtrent schade veroorzaakt door het niet tijdig nemen van een besluit wel een besluit is[61], maar dat daartegen slechts beroep openstaat als beroep openstond tegen het niet tijdig beslissen, en dat was in casu nu eenmaal niet het geval.[62] In de zaak-Kempf wordt overwogen dat de beslissing omtrent schade veroorzaakt door feitelijk handelen geen besluit is, alsmede dat de enkele omstandigheid dat dit handelen plaatsvindt binnen het kader van een door regels van publiekrecht beheerste rechtsbetrekking dit nog niet anders maakt. Aan die dogmatische studeerkamergeleerdheid doen wij niet mee, hoor je de CRvB bijna denken.

Maar daarmee was de leuze van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking niet uitgebannen. Soms heeft het voordelen als je twee appèlrechters hebt. De radicale vleugel van het BBF had niet op één paard gewed. Dat verhaal over de publiekrechtelijke rechtsbetrekking was afgesproken werk, zo blijkt uit een eveneens op 10 mei 1996 gewezen uitspraak van de president van de rechtbank Den Haag.

3.2.2 De rechtbank Den Haag

Eigenlijk waren het twee uitspraken.[63] Van Vlodrop te Bergen op Zoom voerde in de vorm van een trosje BV's een bedrijf dat zich onder meer bezighield met de verwerking van fotochemische afvalstoffen. Het bedrijf had daarvoor een vergunning op grond van de toenmalige Wet Chemische Afvalstoffen. In 1991 publiceerde het ministerie van VROM een beleidsnotitie over de verwerking van fotochemisch afval, waaruit Van Vlodrop de conclusie trok dat aanzienlijke investeringen nodig zouden zijn om de vergunning te behouden en de bedrijfsactiviteiten voort te zetten. Die investeringen worden gedaan, waarop het ministerie in 1993 het beleid weer versoepelt. Van Vlodrop vraagt dan vergoeding van de schade, bestaande uit de kosten van de achteraf overbodig gebleken investeringen. VROM wijst dat verzoek

---

61 Hier lijkt de CRvB het vereiste van materiële connexiteit dus een beetje te verruimen.

62 CRvB 24-9-1997, AB 1997, 431 m.nt. FP.

63 Pres. Rb. Den Haag 10-5-1996, JB 1996, 81 en KG 1996, 204.

bij brief van 20 november 1995 af omdat het meent niet onrechtmatig te hebben gehandeld. Het bezwaarschrift tegen deze afwijzing wordt niet-ontvankelijk verklaard omdat de afwijzing geen besluit zou zijn.

De advocaat van Van Vlodrop, die het ook niet meer weet, gaat zekerheidshalve voor twee ankers liggen. Hij dagvaardt de Staat in (civiel) kort geding, maar gaat ook in beroep tegen de beslissing van de minister van VROM op het bezwaarschrift, waarbij hij tevens een voorlopige voorziening vraagt. De Haagse president demonstreert vervolgens de voordelen van de integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht door beide gedingen op één zitting te behandelen.[64] Met zijn civiele pet op verklaart hij zich onbevoegd[65], maar onder zijn bestuursrechtelijke pet vindt hij het beroep en het verzoek om voorlopige voorziening wel ontvankelijk, doet de zaak met toepassing van artikel 8:86 Awb meteen ten gronde af en vernietigt de afwijzing van VROM. Derhalve ziet de president in die afwijzing een besluit. Daartoe voert hij aan dat de wetgever uitdrukkelijk heeft aangegeven de appellabiliteit van zuivere schadebesluiten in het ambtenarenrecht en pbo-recht te willen handhaven, en tegelijkertijd naar eenheid in het bestuursrecht te streven. Derhalve moeten zuivere schadebesluiten ook op andere terreinen van bestuursrecht appellabel worden, maar dan is wel een nader criterium nodig om te voorkomen dat ook zuiver privaatrechtelijke schadeclaims op de overheid binnen de rechtmacht van de bestuursrechter komen. Dit nadere criterium formuleert de president aldus:

> Naar het oordeel van de president ... (dienen) ... schadebesluiten die betrekking hebben op schade, veroorzaakt in een publiekrechtelijke rechtsbetrekking, als publiekrechtelijke rechtshandelingen, en daarmee als appellabele besluiten in de zin van de artikelen 1:3 en 8:1 Awb ... te worden aangemerkt. Onder een publiekrechtelijke rechtsbetrekking dient in dit kader te worden verstaan een rechtsbetrekking die in overwegende mate wordt bepaald door een aan het bestuursorgaan toegekende bestuursbevoegdheid. Juist een bestuursbevoegdheid veroorzaakt immers een mate van 'verticaliteit' in de verhouding tussen bestuur en bestuurde, die aanleiding is het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming van toepassing te achten.
>
> De president is van oordeel dat de schadeclaims van eiseres dusdanig zijn ingebed in de op grond van het onderhavige vergunningstelsel tussen partijen bestaande bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, dat het thans bestreden besluit moet worden aangemerkt als een publiekrechtelijke rechtshandeling. Derhalve behelst de brief van 20 november 1995 een besluit in de zin van de Awb, zodat

---

64 Eerlijkheidshalve moet daarbij worden gezegd dat die voordelen in procedures tegen de rijksoverheid vaak teniet worden gedaan doordat de regelingen van de relatieve competentie in het burgerlijk en bestuursprocesrecht verschillen. In casu was in de bestuursrechtelijke zaak eigenlijk de Rb. Breda bevoegd. Maar dat is opgelost met toepassing van artikel 8:13 Awb.

65 Strikt genomen had hij de vordering niet-ontvankelijk moeten verklaren (zie par. 2.1.2), maar een kniesoor die daar op let.

de bestuursrechter bevoegd is van het geschil inzake dat besluit kennis te nemen.

Net als de Amsterdamse rechtbank zoekt de Haagse president het dus niet in de nauwe samenhang van het schadebesluit met een eerder appellabel besluit. Dat was er ook niet: voor zover de bestreden beleidswijzigingen besluiten waren, waren het ingevolge artikel 8:2 Awb niet appellabele beleidsregels. In plaats daarvan wordt het publiekrechtelijk karakter van het schadebesluit ook hier rechtstreeks gefundeerd in de publiekrechtelijke aard van de rechtsbetrekking. Anders dan de Amsterdamse rechtbank geeft de Haagse president echter ook een criterium om publiekrechtelijke van privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen te onderscheiden: een rechtsbetrekking is publiekrechtelijk indien zij in overwegende mate wordt bepaald door de uitoefening van een bestuursbevoegdheid. Een dergelijke *'pouvoir exorbitant du droit commun'* veroorzaakt immers de machtsongelijkheid ('verticaliteit') die de typische kenmerken van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming rechtvaardigt.

Ook deze uitspraak brengt mee dat de bestuursrechter indirect kan oordelen over zaken waarover hij niet rechtstreeks mag oordelen. Om te oordelen over de schade veroorzaakt door beleidswijzigingen, zal de bestuursrechter zich immers ook een oordeel moeten vormen over de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van beleidsregels, welk oordeel hem door artikel 8:2 Awb nu juist uitdrukkelijk wordt onthouden. Misschien daarom hield ook deze uitspraak in hoger beroep geen stand. De Afdeling bestuursrechtspraak blijft net als de Centrale Raad van Beroep een band met een appellabel schadeveroorzakend besluit eisen. Maar in de motivering van het publiekrechtelijk karakter van schadebesluiten zit de Afdeling veel dichter bij de Haagse president dan bij de Centrale Raad van Beroep. Dat werd al voor de uitspraak op het hoger beroep in de zaak-Van Vlodrop duidelijk in een terugvorderingszaak.

3.3 Derde bedrijf: algemene rechtsbeginselen

3.3.1 Terugvordering

Mijnheer Nanne kocht een huis in Limmen. Daarvoor kreeg hij van de staatssecretaris van VROM een subsidie in de vorm van een jaarlijkse bijdrage. Aan die subsidie was de verplichting verbonden dat hij dat huis gedurende de looptijd van de subsidie zelf zou blijven bewonen. Dat deed hij niet, en helaas voor hem kwam de staatssecretaris daar achter. De subsidie werd dan ook ingetrokken, en de laatste jaarlijkse bijdrage ad *f* 4400 teruggevorderd. Nanne ging in bezwaar en beroep, waarbij de rechtbank oordeelde dat het beroep tegen de terugvorderingsbeslissing niet-ontvankelijk was omdat die beslissing geen besluit was. Dit oordeel was conform vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, maar sneuvelde niettemin in hoger beroep omdat de Afdeling om ging:

'De Afdeling ziet zich geplaatst voor de vraag naar het rechtskarakter en de beroepbaarheid bij de bestuursrechter van besluiten van bestuursorganen tot terugvordering van eerder door hen in het kader van de uitoefening van hun bestuursrechtelijke taken en bevoegdheden gedane toekenningen.

De Afdeling oordeelt thans, anders dan zij in het verleden heeft gedaan, dat deze terugvorderingsbesluiten, ook als zij niet op uitdrukkelijk daartoe strekkende bevoegdheden zijn gebaseerd, zijn gericht op rechtsgevolg. Dit rechtsgevolg wordt ontleend aan het algemene, ook in het bestuursrecht geldende, rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd.

Dit rechtsbeginsel is van bestuursrechtelijke aard, wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen. Voor bestuursorganen schept het dan een bevoegdheid omtrent de aanwending waarvan per geval moet worden beslist met inachtneming van de algemene bestuursrechtelijke normen die de aanwending van discretionaire bevoegdheden beheersen. Zo een beslissing, die strekt tot voldoening aan de bestuursrechtelijke voorwaarden voor een rechtmatige terugvordering, opdat naar het bestuursrecht een betalingsverplichting ontstaat, is gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg.

Aan de artikelen 8:1, eerste lid en derde lid, aanhef en onder a, 8:3 en 8:6 van de Awb ligt blijkens de wetsgeschiedenis een streven van de wetgever ten grondslag naar een in de rechtspraktijk goed hanteerbare afbakening van bevoegdheden tot beoordeling van besluiten tussen de algemene bestuursrechter, de bijzondere bestuursrechters en de burgerlijke rechter. Blijkens met name de tekst en de geschiedenis van artikel 8:3 van de Awb beoogde de wetgever in het bijzonder zoveel mogelijk te voorkomen dat binnen een samenhangende reeks van uit elkaar voortvloeiende bestuursbeslissingen een cesuur zou moeten worden aangebracht wat betreft de rechter die bevoegd is tot toetsing van de onderscheiden beslissingen.

Naar het oordeel van de Afdeling past het in dit door de wetgever gekozen stelsel de algemene dan wel de bijzondere bestuursrechter slechts bevoegd te achten tot kennisneming van beroepen tegen terugvorderingsbesluiten, indien dergelijke besluiten voortvloeien uit een besluit inzake een bestuursrechtelijke toekenning ter zake waarvan die rechter bevoegd is.'[66]

Het resultaat van deze uitspraak lijkt sterk op dat van de in par. 3.1 besproken uitspraak van de CRvB. De Afdeling stelt in de laatste twee alinea's hetzelfde vereiste van materiële connexiteit als de CRvB. Daardoor is een beslissing tot terugvordering van hetgeen onverschuldigd is betaald, slechts appellabel als de

66 ABRS 21-10-1996, AB 1996, 496 m.nt. NV; JB 1996, 232 m.nt. HJS.

betaling en de onverschuldigdheid voortvloeien uit een besluit. De motivering die daarvoor wordt gegeven is ook dezelfde als door mij aan de CRvB toegedicht: zoveel mogelijk voorkomen dat verschillende aspecten van een geschil door verschillende rechters moeten worden beslist. Bovendien expliciteert de Afdeling het vereiste van processuele connexiteit, dat impliciet ook al in de uitspraak van de CRvB besloten lag: het terugvorderingsbesluit is slechts appellabel als het toekenningsbesluit dat ook was, en de rechter van het toekenningbesluit is ook de rechter van het terugvorderingsbesluit.

Maar daaraan vooraf gaat een veel principiëlere motivering van het besluitkarakter van de terugvorderingsbeslissing. De Afdeling stipuleert eerst het bestaan van een bestuursrecht en privaatrecht gemeenschappelijk rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd. Vervolgens wordt gesteld, dat dit beginsel een bestuursrechtelijk karakter aanneemt wanneer het 'zijn werking doet gevoelen' in een door het bestuursrecht beheerste rechtsverhouding. Opnieuw wordt het publiekrechtelijk karakter van een beslissing dus rechtstreeks gefundeerd in de aard van de rechtsverhouding waarbinnen de beslissing is genomen, zij het dat de Afdeling, anders dan de Haagse president, geen algemeen criterium aanreikt om bestuursrechtelijke van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen te onderscheiden.

Omstreden – ik kom daar op terug – is de volgende stap in de redenering: genoemd beginsel schept in bestuursrechtelijke verhoudingen een publiekrechtelijke bevoegdheid tot terugvordering. Uitoefening van die bevoegdheid is voorwaarde voor het ontstaan van een verplichting tot terugbetaling, dus gericht op rechtsgevolg. De terugvorderingsbeslissing is derhalve publiekrechtelijk en een rechtshandeling en derhalve een besluit. *Quod erat demonstrandum.*

Een en ander is inmiddels vaste jurisprudentie.[67] Bovendien heeft de Afdeling inmiddels een soortgelijke bevoegdheid gebaseerd op het beginsel dat degene die ten koste van een ander ongerechtvaardigd is verrijkt, verplicht is, voorzover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.[68]

3.3.2 Schadevergoeding

Na deze uitspraak verwachtte iedereen dat de Afdeling nu ook het zuiver schadebesluit zou erkennen. Die voorspelling kwam snel uit. Op 29 november 1996 deed de Afdeling uitspraak in de zaak van de chemische wasserij Alpha BV, die beweerde schade te hebben geleden door de aanscherping van milieueisen in een algemene maatregel van bestuur.[69] De Afdeling overwoog dat een schriftelijke beslissing op een verzoek om vergoeding van beweerdelijk door een besluit geleden schade, een besluit was waarvan het publiekrechtelijk rechtsgevolg zou zijn gelegen in het in

67 Zie bijv. ook ABRS 10-1-1997, AB 1997, 427.
68 ABRS 26-8-1197, AB 1997, 461 m.nt. NV.
69 ABRS 29-11-1996, AB 1997, 66 m.nt. PvB.

de beslissing vervatte oordeel over het al dan niet bestaan van een aanspraak op schadevergoeding.

Deze uitspraak baarde enig opzien, niet zozeer vanwege de erkenning van het zuiver schadebesluit, want die werd alom verwacht, maar wel door het ontbreken van enige connexiteitseis. In casu was de schade immers veroorzaakt door een niet-appellabel besluit, te weten een algemene maatregel van bestuur. Zou de Afdeling de leer van de Haagse president hebben omarmd, dat voldoende was dat de schadebeslissing was genomen in het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking? Dat had zij er dan wel bij mogen zeggen! In de wandelgangen deed dan ook al spoedig een aanzienlijk trivialer verklaring de ronde: gefluisterd werd dat het gewoon om een bedrijfsongevalletje zou gaan. Die verklaring zou door latere rechtspraak aan aannemelijkheid winnen.

Iets meer duidelijkheid bracht reeds een uitspraak van 18 februari 1997, inzake ene Beurskens die stelde schade te hebben geleden door de aanwijzing van een aantal aan hem toebehorende percelen als grondwaterbeschermingsgebied.[70] Allereerst overwoog de Afdeling dat het rechtsgevolg van de litigieuze schadebeslissing voortvloeide uit het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten. Dat sloot al meer aan bij de terugvorderingsuitspraak. In de tweede plaats stelde de Afdeling nu wel expliciet de eis van procedurele connexiteit, en daarmee impliciet ook de eis van materiële connexiteit.

Maar echt duidelijk werd het pas toen de Afdeling uitspraak deed op het hoger beroep in de zaak-Van Vlodrop, waarin de Haagse president zo'n mooie voorzet had gegeven. De Afdeling beslist allereerst, dat de beslissing op Van Vlodrops verzoek om schadevergoeding een besluit is:

> 'Een publiekrechtelijke rechtshandeling is een op rechtsgevolg gerichte beslissing van een bestuursorgaan, dat de bevoegdheid tot het nemen van die beslissing ontleent aan het publiekrecht. Zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 29 november 1996 ... berust de bevoegdheid van een bestuursorgaan tot het nemen van een beslissing op een verzoek om vergoeding van schade, voorzover het schade betreft ten gevolge van de onrechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, op het – in art. 6:162 van het BW en in art. 8:73 van de Awb tot uiting komende – algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden. Dit rechtsbeginsel is publiekrechtelijk van aard indien het zijn werking doet gevoelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding. Uit de uitspraak van de Afdeling van 18 februari 1997 ... volgt dat de bevoegdheid tot het nemen van een beslissing op een verzoek om schadevergoeding, voorzover het schade betreft die is ontstaan door de rechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, berust op het ... rechtsbeginsel van *'égalité devant les charges publiques'* (gelijkheid voor de open-

70 ABRS 18-2-1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB.

bare lasten). ... 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 dat naar publiekrecht al dan niet een aanspraak op betaling van schadevergoeding wordt gevestigd. De in het voorliggende geval beweerdelijk geleden schade wordt ... veroorzaakt door een beleidswijziging. Nu de beweerdelijk geleden schade derhalve is veroorzaakt binnen het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, volgt uit het vorenoverwogene dat ... de brief van 20 november 1995, voorzover daarbij het verzoek van Van Vlodrop BV om schadevergoeding is afgewezen, een besluit is als bedoeld in art. 1:3 van de Awb.'[71]

Maar, zo vervolgt de Afdeling, daaruit volgt nog niet dat dit besluit ook appellabel is. Waarop in soortgelijke bewoordingen als in de terugvorderingsuitspraak het vereiste van processuele connexiteit wordt geformuleerd. Omdat in casu de schade is veroorzaakt door een niet-appellabel besluit, namelijk een beleidsregel, is ook het schadebesluit wel een besluit, maar niet appellabel.

Daarmee is de nieuwe leer in schadevergoedingszaken weer in overeenstemming gebracht met die in terugvorderingszaken, zij het dat de Afdeling ditmaal, in navolging van de Haagse president, enigszins preciseert wanneer sprake is van een publiekrechtelijke rechtsverhouding: dat is het geval als de rechtsverhouding wordt beheerst door de uitoefening een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid.

In latere uitspraken heeft de Afdeling vastgehouden aan de in Van Vlodrop geformuleerde lijn, inclusief het vereiste van een schadeveroorzakend besluit als voorwaarde voor de appellabiliteit van het schadebesluit. Dat leidt er bijvoorbeeld toe, dat een beslissing omtrent schade die beweerdelijk is veroorzaakt door het feitelijk gedogen van een overtreding niet appellabel is, maar een beslissing omtrent schade die beweerdelijk geleden is door het bij uitdrukkelijk gedoogbesluit gedogen van een overtreding wel.[72] Op zichzelf is dat consequent, maar geheel bevredigend is het niet.

3.4 Epiloog: de overige bestuursrechters

Wij hebben in Nederland nog altijd te maken met een hele reeks hoogste bestuursrechters. Bij de belastingrechter speelt het probleem van het zuiver schadebesluit echter niet, omdat in het belastingrecht nog altijd een gesloten systeem van voor beroep vatbare beslissingen geldt: er staat slechts beroep open tegen uitdrukkelijk door de wet aangewezen beslissingen.

Het College van Beroep studiefinanciering zit geheel op de lijn van de Centrale Raad van Beroep. Een beslissing van de Informatie Beheer Groep omtrent de vergoeding van schade, beweerdelijk veroorzaakt door een besluit op grond van de

---

71 ABRS 6-5-1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB.

72 ABRS 15-1-1998, JB 1998, 36 vs. ABRS 15-1-1998, JB 198, 51

Wet op de studiefinanciering of de Wet tegemoetkoming studiekosten, is een voor beroep bij het College vatbaar besluit op grond van de nauwe samenhang tussen deze beslissing en het schadeveroorzakend besluit.[73]

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven komt op hetzelfde resultaat uit, maar zit qua redenering weer iets dichter bij de Afdeling. In een uitspraak van 19 februari 1997[74] overweegt het College dat een beslissing omtrent vergoeding van schade veroorzaakt door een besluit, een publiekrechtelijke rechtshandeling en dus ook een besluit is:

> 'Het publiekrechtelijk karakter van de betrokken rechtshandeling acht het College gegeven met de aard van de schadeoorzaak. Indien de oorzaak van de schade ligt in een publiekrechtelijke rechtshandeling, het schadeveroorzakende besluit, wordt met een beslissing ter regeling van de gevolgen van die rechtshandeling niet buiten de publiekrechtelijke rechtsbetrekking getreden waarbinnen de schade is veroorzaakt. Op zulk een beslissing is dan ook de in de Awb geregelde rechtsgang van toepassing. Het College ziet deze opvatting ook weerspiegeld in art. 8:73 Awb. Ingevolge dat artikel kan indien in een bestuursrechtelijke procedure de onrechtmatigheid van het bestreden besluit wordt vastgesteld en deswege het beroep gegrond wordt verklaard, in diezelfde procedure op verzoek van een partij de regeling van de door haar geleden schade aan de orde komen. In het onderhavige geval kan dat artikel geen toepassing vinden omdat verweerder na bezwaar het schadeveroorzakende besluit heeft herroepen, doch laatstbedoelde omstandigheid plaatst de aard van de rechtsbetrekking waarbinnen de regeling van de gevolgen van het schadeveroorzakende besluit aan de orde is, niet in een ander licht.'

Vervolgens formuleert het College in lijn met de andere bestuursrechters het vereiste van de procedurele connexiteit: het College is bevoegd van een beroep tegen het schadebesluit kennis te nemen als het bevoegd is van een beroep tegen het schadeveroorzakend besluit kennis te nemen.

Net als de Afdeling fundeert het College het publiekrechtelijke karakter van de schadebeslissing dus in de aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekking. Maar waar volgens de Afdeling de uitoefening van iedere aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid een publiekrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept, lijkt het College de ontstaansgronden van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking te willen beperken tot de uitoefening van een bevoegdheid tot het nemen van besluiten. Voor de appellabiliteit maakt dit ondertussen geen verschil, omdat ook de Afdeling die beperkt tot beslissingen omtrent door appellabele besluiten veroorzaakte schade.

---

73 CvBst 23-5-1996, JB 1996/177; CvBst 13-6-1996, RAwb 1996, 117

74 AB 1997, 144.

3.5 Conclusies

Uit deze jurisprudentie kunnen twee conclusies worden getrokken. Het goede nieuws is dat vier hoogste bestuursrechters het eens zijn over de omvang van een nieuwe categorie voor beroep vatbare besluiten. ABRS, CRvB, CBb en CvBS onderschrijven alle de volgende drie (deels) nieuwe regels van Nederlands bestuursrecht:

1. Een beslissing van een bestuursorgaan omtrent schadevergoeding wegens onrechtmatig bestuurshandelen is in ieder geval een besluit indien[75] de gestelde schade is veroorzaakt door een appellabel besluit of handeling. Tegen dit besluit staat beroep open voorzover en bij de rechter waarbij beroep openstond tegen het schadeveroorzakend besluit.
2. Een beslissing van een bestuursorgaan omtrent nadeelcompensatie bij rechtmatig bestuurshandelen is in ieder geval een besluit indien[76] het gestelde nadeel is veroorzaakt door een appellabel besluit of handeling. Tegen dit besluit staat beroep open voorzover en bij de rechter waarbij beroep openstond tegen het nadeelveroorzakend besluit.
3. Een beslissing van een bestuursorgaan omtrent terugvordering van een bij appellabel[77] besluit toegekende financiële verstrekking is een besluit. Tegen dit besluit staat beroep open voorzover en bij de rechter waarbij beroep openstond tegen het toekenningsbesluit.

Het slechte nieuws is dat de vier hoogste bestuursrechters het allerminst eens zijn over het antwoord op de vraag, *waarom* dit nu zo is. Het CRvB/CvBst-kamp ('de gematigden') werkt met het begrip 'nauwe samenhang', het ABRS/CBb-kamp ('de radicalen') met het begrip 'publiekrechtelijke rechtsbetrekking'. Op de vragen die dit meningsverschil oproept, ga ik in hoofdstuk 6 nader in. Eerst probeer ik in het volgende hoofdstuk de praktische gevolgen van de drie nieuwe regels in kaart te brengen.

---

75 Maar volgens de Afdeling, het CBb en wellicht de CRvB dus niet *uitsluitend* indien: ook een beslissing omtrent schade veroorzaakt door de niet-appellabele uitoefening van een bestuursbevoegdheid (Afdeling), een niet-appellabel besluit (CBb en wellicht CRvB) wordt immers als besluit aangemerkt, zij het dat dat besluit niet appellabel is. Nu door die laatste toevoeging de kwalificatie als besluit van weinig praktisch belang is, laat ik dit verder rusten.

76 Maar niet uitsluitend indien: zie vorige noot en bovendien zijn er nog wettelijke nadeelcompensatiebesluiten.

77 Eerlijk gezegd kan ik geen voorbeeld van een niet-appellabele financiële verstrekking verzinnen. M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling in het publiekrecht, NJB 1998, blz. 943, noemt het voorbeeld van de Ontvanger die op grond van een ambtshalve vermindering teveel heeft terugbetaald, maar dan zou de Afdeling zich sowieso op grond van artikel 8:4, onderdeel g, Awb onbevoegd achten, terwijl ik het op grond van het gesloten stelsel van voor beroep vatbare beschikkingen in het belastingrecht niet waarschijnlijk acht dat de belastingrechter straks de jurisprudentie van de overige bestuursrechters gaat volgen.

4. De veel-wegen-leer

4.1 Schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen

Door de brede aanvaarding van het zuiver schadebesluit bestaan er thans op een breed terrein van bestuursrecht drie wegen om schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen te krijgen:

1. het uitlokken van een zuiver schadebesluit, zo nodig gevolgd door beroep bij de bestuursrechter;
2. een verzoek op grond van artikel 8:73 Awb;
3. een ouderwetse vordering uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter.

Hoe verhouden deze wegen zich tot elkaar?[78] Is voor bepaalde gevallen een van de drie verplicht of mag de gelaedeerde kiezen? Eén stukje van het antwoord is eenvoudig: als tegen de schadeoorzaak geen beroep bij de bestuursrechter openstaat, staat als vanouds slechts de weg naar de burgerlijke rechter open. Zowel de weg van artikel 8:73 als de route via het zuiver schadebesluit zijn immers slechts begaanbaar als de schade is veroorzaakt door een appellabele handeling. Voor artikel 8:73 volgt dat uit de wet, voor het zuiver schadebesluit uit de zojuist besproken jurisprudentie. Wij hebben dus alleen een samenloopprobleem als de schadeoorzaak wel voor beroep vatbaar is. Laten wij het eens op een rijtje zetten.

4.1.1 Zuiver schadebesluit/artikel 8:73

Bij de verhouding tussen de 8:73-procedure en de mogelijkheid een zuiver schadebesluit uit te lokken gaat het om twee deelvragen:

a. Kan een belanghebbende een zuiver schadebesluit uitlokken als hij ook een 8:73- verzoek heeft gedaan of had kunnen doen?
b. Kan een belanghebbende een 8:73-verzoek doen als hij ook een zuiver schadebesluit had kunnen uitlokken?

---

78 Dat deze veelheid van wegen problemen zou gaan geven, was overigens reeds in 1993 voorspeld door R.M. van Male, B.P.M van Ravels, Tot schade van allen. De onvolkomen schadevergoedingsregeling in de Awb, Bouwrecht 1993, blz. 669.

Als reeds de enkele mogelijkheid om een 8:73-verzoek te doen de route via het zuiver schadebesluit zou afsluiten, zou deze laatste slechts betekenis hebben voor de gevallen waarin een 8:73-verzoek om procedurele redenen niet mogelijk is. Dat is kennelijk niet de bedoeling van de nieuwe jurisprudentie.[79] In zoverre kan de belanghebbende dus kiezen: hij kan hangende zijn beroep een 8:73-verzoek doen, maar hij kan ook later een zuiver schadebesluit uitlokken.

Maar als hij een 8:73-verzoek heeft gedaan, en de rechter heeft daarop inhoudelijk beslist, dan behoort het niet mogelijk te zijn om over dezelfde schade nog eens een zuiver schadebesluit uit te lokken. Als dat wel zou kunnen, zou de weg via het zuiver schadebesluit een verkapt rechtsmiddel tegen de 8:73-uitspraak worden, hetgeen niet de bedoeling kan zijn.[80] Derhalve kan een bestuursorgaan in dit geval, naar analogie van artikel 4:6 Awb, een aanvraag van een schadebesluit afwijzen onder een simpele verwijzing naar de rechterlijke uitspraak. Net als bij de herhaalde aanvraag is die beslissing wel een besluit, maar kan het beroep daartegen in eerste instantie slechts de vraag betreffen of het inderdaad om dezelfde schadeoorzaak gaat.

Blijven over de gevallen waarin wel een 8:73-verzoek is gedaan, maar de rechter daarop om een of andere reden niet inhoudelijk heeft beslist. Dat kan zijn omdat de rechter gebruikmaakt van de hem door de wetgever uitdrukkelijk gelaten vrijheid om niet op het verzoek te beslissen, maar ook bijvoorbeeld omdat het verzoek in strijd met een goede procesorde te laat is gedaan. In die gevallen zie ik geen reden om de weg via het zuiver schadebesluit afgesloten te achten.[81] Hetzelfde geldt, als het verzoek is afgewezen omdat de schade ten tijde van de uitspraak nog onvoldoende vaststaat. Het zuiver schadebesluit is immers mede bedacht om in die situaties uitkomst te bieden.

Lastiger is het – in de praktijk nogal eens voorkomende – geval dat een onvoldoende onderbouwd 8:73-verzoek wordt gedaan. De rechter heeft dan twee mogelijkheden: hij kan het tweede lid van artikel 8:73 toepassen en de belanghebbende in de gelegenheid stellen het verzoek alsnog te onderbouwen, of hij kan het verzoek afwijzen. Voor het eerste moet strikt genomen vaststaan dat er wel schade is (de bepaling heeft het alleen over de *omvang* van de schade)[82], en zelfs als men daar overheen wil stappen dunkt mij dat toepassing van artikel 8:73, tweede lid, uit een oogpunt van efficiënte procesvoering alleen voor de hand ligt als het verzoek tenminste zodanig is onderbouwd dat vaststaat dat het om een serieus verzoek gaat. Maar als een negatief oordeel daarover de weg naar de bestuursrechter definitief zou afsluiten, moet je daaraan weer hoge motiveringseisen gaan stellen, die weer aanleiding kunnen zijn tot klachten in hoger beroep, enz. Het lijkt mij veel aantrekkelijker en efficiënter als het allemaal niet zo nauw luistert, en dat kan slechts

---

79 Aldus ook B.M.J. van der Meulen in zijn commentaar bij de Van Vlodrop-uitspraak in L.J.A. Damen e.a. (red.), Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties 1996-1997, Den Haag 1998, blz. 174.

80 Vgl.Rb. Den Bosch 16-1-1997, TAR 1997, 72.

81 Aldus ook Rb. Assen 23-12-1996, TAR 1997, 52 (te laat verzoek).

82 Zo ook B.P.M. van Ravels, Denk mee met van B.!, in L.J.A. Damen e.a.(red.), Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties 1994/1995, Den Haag 1995, blz. 59 e.v., hier blz. 66.

als de afwijzing in dit geval niet fataal is. Voor de goede orde wijs ik erop dat hier niet gaat over de situatie dat een belanghebbende bij het bestuur komt aanzetten met nieuw bewijs voor een schadepost waarvan de bestuursrechter reeds na een inhoudelijke behandeling heeft geoordeeld dat zij onvoldoende aannemelijk is; het lijkt mij evident dat dát niet kan en ook niet moet kunnen.

Dan nu de spiegelbeeldige vraag: kan een belanghebbende een 8:73-verzoek doen terzake van schadeposten waarover reeds bij zuiver schadebesluit is beslist? Die situatie kan zich voordoen indien een belanghebbende hangende zijn beroep tegen het schadeveroorzakend besluit tevens om een zuiver schadebesluit verzoekt. Aangezien het bestuursorgaan dan in de beroepsprocedure nog aan het verdedigen is dat het schadeveroorzakend besluit helemaal niet onrechtmatig is, zal een beslissing[83] op dat verzoek doorgaans afwijzend zijn. Stel nu dat de belanghebbende verzuimt tegen die afwijzing beroep in te stellen. Mag hij dan voor dezelfde schadepost alsnog een 8:73-verzoek doen in het kader van de nog lopende beroepsprocedure tegen het schadeveroorzakende besluit?

De CRvB meent van niet: het zuiver schadebesluit heeft formele rechtskracht gekregen, en daarmee is de kous af.[84] Men kan zich echter afvragen of het nodig is in dit geval zo strikt aan de regel van de formele rechtskracht vast te houden. Schueler[85] heeft uiteengezet dat er voor die regel traditioneel drie argumenten zijn: het waarborgen van de rechtszekerheid van het bestuur, het voorkomen van tegenstrijdige rechterlijke uitspraken, en de bevoegdheidsafbakening tussen burgerlijk en bestuursrechter. De laatste twee zijn hier niet aan de orde. Wat de rechtszekerheid van het bestuur betreft: de leer van de CRvB dwingt de belanghebbende beroep in te stellen tegen het afwijzende zuiver schadebesluit. Wat is er dan tegen als de schadekwestie in plaats daarvan via artikel 8:73 in de lopende beroepsprocedure tegen het schadeveroorzakende besluit wordt ingebracht? Dat zal als regel eerder tot een rechterlijk eindoordeel leiden, en dient dus alleen maar de rechtszekerheid.

Mijn conclusie is derhalve, dat de weg van artikel 8:73 en de weg via het zuiver schadebesluit vrijwel geheel uitwisselbaar zijn. Laatstgenoemde weg is slechts afgesloten, indien de rechter langs eerstgenoemde weg reeds een inhoudelijk oordeel heeft gegeven.

4.1.2 Artikel 8:73/burgerlijke rechter

Hier is de vraag of een belanghebbende zich met een actie uit onrechtmatige daad

---

83 Vaak zal het bestuursorgaan natuurlijk geneigd zijn het verzoek aan te houden, maar dan speelt het hier besproken probleem niet. Strikt genomen mag het zonder instemming van de belanghebbende ook niet, tenzij je aanneemt dat de redelijke termijn van artikel 4:13 Awb in casu mag worden uitgelegd als: nadat de rechter heeft gesproken.

84 CRvB 12-11-1996, JB 1997, 10 en CRvB 13-3-1997, TAR 1997, 84.

85 B.J. Schueler, Commentaar bij CRvB 28-3-1996, JB 1996, 116 in L.J.A. Damen e.a. (red.), Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties 1995-1996, blz. 97, hier blz. 107 e.v.

tot de burgerlijke rechter kan wenden als hij ook een 8:73-verzoek heeft gedaan of had kunnen doen. Het antwoord op de spiegelbeeldige vraag is duidelijk: zolang een 8:73-verzoek mogelijk is, is het beroep tegen het schadeveroorzakende besluit nog aanhangig, en kan de burgerlijke rechter dus niets doen, want hij mag geen eigen oordeel geven over de rechtmatigheid van dat schadeveroorzakende besluit.

De eerste vraag is m.i. door de wetgever eenduidig beantwoord:

> 'Zowel de belanghebbende als de administratieve kamer heeft echter de mogelijkheid het schadevergoedingsaspect van de zaak in de procedure voor de administratieve kamer buiten beschouwing te laten.'[86]

De burger heeft dus de vrije keus om de weg van artikel 8:73 te bewandelen, dan wel zich tot de burgerlijke rechter te wenden. Daarbij geldt slechts de beperking die ook in de vorige paragraaf aan de orde was: men kan niet tweemaal procederen over hetzelfde geschil. Indien de rechter dus inhoudelijk op het 8:73-verzoek heeft beslist is de weg naar de burgerlijke rechter afgesloten, maar anders niet. Sommige auteurs[87] hebben wel verdedigd dat de bestuursrechtelijke weg exclusief zou zijn, maar de daarvoor aangevoerde argumenten steunen in wezen op het systeem van de bevoegdheidsverdeling – de burgerlijke rechter oordeelt niet over hetgeen waarover de bestuursrechter had kunnen oordelen –, en op dat systeem heeft de wetgever bij artikel 8:73 nu juist welbewust een inbreuk willen maken. Ik zie dan ook niet hoe de burgerlijke rechter de vrijheid zou kunnen vinden de voor de verandering eens volstrekt heldere bedoeling van de wetgever opzij te zetten, door een vordering tot schadevergoeding niet-ontvankelijk te verklaren op de grond dat eiser een 8:73-verzoek had moeten doen.

4.1.3 Zuiver schadebesluit/burgerlijke rechter

Hier zijn in theorie weer twee vragen mogelijk: kun je nadat de burgerlijke rechter heeft geoordeeld alsnog een zuiver schadebesluit uitlokken, en kun je nadat je een zuiver schadebesluit hebt uitgelokt alsnog een vordering bij de burgerlijke rechter instellen. Het antwoord op de eerste vraag is ontkennend, wederom omdat anders de route via het zuiver schadebesluit een verkapt rechtsmiddel tegen de uitspraak van de burgerlijke rechter zou worden.

Omgekeerd mag de procedure bij de burgerlijke rechter geen verkapt rechtsmiddel tegen uitspraken van de bestuursrechter worden, dus als een zuiver schadebesluit is uitgelokt en een beroep daartegen onsuccesvol is gebleken, is de weg naar de burgerlijke rechter afgesloten. Maar nu de situatie waarin tegen het zuiver schadebesluit niet tijdig beroep is ingesteld. Volgens de hoofdregel zou dit besluit

---

86 PG Awb II, blz. 474.

87 Zie B.M.J. van der Meulen, a.w. blz. 175 en dez. De bestuursrechtelijke schadevordering is exclusief, JB 1996, 88, en de door hem aangehaalde schrijvers. Zie voor een overzicht van de opvattingen ook de kroniek van Van Ravels in NTB 1998/2. Aarzelend tenslotte Van Buuren in AB 1998, 226.

formele rechtskracht hebben, waardoor een vordering tot vergoeding van dezelfde schade bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk zou zijn. Aldus ook de Hoge Raad in het bekende Changoe-arrest,[88] en inmiddels vele schrijvers.[89]

Maar 'Changoe' is niet meer onomstreden. Schueler[90] heeft m.i. overtuigend uiteengezet, dat ook in deze context de traditionele argumenten voor formele rechtskracht niet zonder meer opgaan. De rechtszekerheid van het bestuur en van derden wordt door het niet onaantastbaar worden van een zuiver schadebesluit veel minder aangetast dan door het niet onaantastbaar worden van bijvoorbeeld een vergunning of bestemmingsplan. Er is geen reden waarom het bestuur binnen zes weken zou moeten weten of zijn beslissing omtrent aansprakelijkheid stand houdt, terwijl een burger daarover tenminste vijf jaar in onzekerheid kan verkeren. De voortgang van het bestuur of het kunnen uitvoeren van projecten door burgers staan niet op het spel.

Het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken is slechts aan de orde als tegen het zuiver schadebesluit beroep bij de bestuursrechter is ingesteld en daarop uitspraak is gedaan. Het derde argument: een rationele bevoegdheidsafbakening – bestuursrecht bij de bestuursrechter – spreekt mij op zichzelf wel aan, maar Schueler merkt terecht op dat de wetgever daarvan in deze context nu juist afstand heeft gedaan door voor bestuursrechtelijke schadevergoeding uitdrukkelijk een dubbele competentie te aanvaarden.[91] De rechtbank Groningen heeft met een vergelijkbaar beroep op de wetsgeschiedenis dan ook geoordeeld, dat het bestaan van een zuiver schadebesluit de weg naar de burgerlijke rechter niet afsluit.[92] Naar verluidt ligt die zaak inmiddels bij de Hoge Raad.

Er zijn behalve de genoemde ook allerlei praktische argumenten om dan op Changoe terug te komen. De meeste daarvan komen in het volgende hoofdstuk aan de orde, maar hier wil ik er nog één noemen. De praktijk heeft – creatief als altijd – inmiddels de figuur van het ambtshalve schadebesluit bedacht: een bestuursorgaan stuurt hangende het beroep tegen een ingrijpend besluit ongevraagd een briefje waarin iedere aansprakelijkheid wordt afgewezen. Als de belanghebbende vergeet binnen zes weken tegen dat briefje in beroep te gaan, kost een eventuele vernietiging in ieder geval geen geld meer, zo redeneert men dan. Het lijkt mij evident dat in ieder geval die vlieger niet behoort op te gaan.[93]

---

88 HR 28-2-1992, AB 1992, 301 m.nt. FHvdB. In dezelfde zin inmiddels Rb. Roermond 19-9-1996, TAR 1996, 214 en Rb. Den Haag 3-9-1997, JB 1997, 247, alsmede de Haagse president in het civiele geding in de Van Vlodrop-zaak.

89 Zie voor een overzicht van de opvattingen B.P.M. van Ravels, Kroniek schadevergoedingsrecht, NTB 1998, blz. 264.

90 T.a.p.

91 Van Ravels (B.P.M. van Ravels, Kroniek Schadevergoedingsrecht, NTB 1998/2, blz. 39) heeft dit beroep op de wetsgeschiedenis uitvoerig bestreden. Volgens hem vertoont de memorie van toelichting twee belangrijke blinde vlekken: zij negeert de figuur van het zuiver schadebesluit, en zij is sterk 'Arob-georiënteerd'. Daarmee miskent hij volgens mij een beetje het verschil tussen een memorie van toelichting en een wetenschappelijke verhandeling. De intentie van de wetgever blijft voor mij volstrekt duidelijk: zowel burger als rechter moeten de vrijheid hebben om het schadegeschil aan de burgerlijke rechter over te laten.

92 Rb. Groningen 28-11-1997, AB 1998, 227 m.nt. PvB.

Het voorgaande geldt *a fortiori* als er nog geen zuiver schadebesluit is, maar slechts de mogelijkheid om dat uit te lokken. De belanghebbende is niet verplicht die weg te bewandelen, maar kan zich rechtstreeks tot de burgerlijke rechter wenden. Nu pleegt men alvorens dat te doen, de wederpartij wel een briefje te schrijven waarin deze aansprakelijk wordt gesteld, en zodra het bestuursorgaan daarop schriftelijk antwoordt, is er al een zuiver schadebesluit, dus in de praktijk verschilt deze situatie nauwelijks van de vorige.

4.1.4 Conclusie

Mijn conclusie luidt dat de drie wegen om schadevergoeding voor onrechtmatige besluiten te krijgen, in hoge mate uitwisselbaar zijn. De beperking ligt slechts in het beginsel, dat men – behoudens de toepassing van door de wet voorziene rechtsmiddelen – geen tweede rechterlijk oordeel kan krijgen over een vraag die al door de rechter is beslist. Of deze veelheid van wegen een wenselijke situatie is, komt later aan de orde.

4.2 Nadeelcompensatie bij rechtmatig handelen

4.2.1 Zuivere en onzuivere nadeelcompensatiebesluiten

Er zijn zuivere en onzuivere nadeelcompensatiebesluiten. Onzuivere nadeelcompensatiebesluiten gaan eigenlijk niet over nadeelcompensatie, maar zijn gewoon vergunningen, ontheffingen of iets dergelijks. Maar omdat een belanghebbende daartegen in beroep kan aanvoeren dat zij onrechtmatig zijn *omdat* geen of onvoldoende nadeelcompensatie is geboden, kan hij via de band van deze besluiten over nadeelcompensatie procederen.

Zuivere nadeelcompensatiebesluiten berusten soms op de wet (bijv. art. 49 WRO). Sedert de uitspraak Metroschade Rotterdam[94] kunnen zij ook op beleidsregels berusten. Tenslotte kunnen zij sinds kort rechtstreeks berusten op het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten; dan is vereist dat het nadeel is veroorzaakt door een appellabel besluit.

Een en ander levert weer twee vragen op. De eerste luidt: verhindert de mogelijkheid om in beroep tegen het nadeelveroorzakende besluit de nadeelcompensatie aan de orde te stellen, dat de belanghebbende later een zuiver nadeelcompensatiebesluit uitlokt? Mij dunkt dat dit slechts het geval is als het nadeelveroorzakende besluit tevens een beslissing omtrent nadeelcompensatie bevat. Dan moet belanghebbende daartegen tijdig beroep instellen. In alle andere gevallen kan hij het nadeelveroorzakende besluit laten voor wat het is en later een

93 In die lijn wellicht ook CBb 19-2-1997, AB 1997, 144 m.nt. JHvdV.
94 Afd. rechtspraak 16-5-1986, AB 1986, 568.

zuiver nadeelcompensatiebesluit uitlokken; als de wet in die mogelijkheid voorziet is dat zelfs de aangewezen weg.

De tweede vraag is of de mogelijkheid om een zuiver nadeelcompensatiebesluit uit te lokken, verhindert dat de belanghebbende de nadeelcompensatie in beroep tegen het nadeelveroorzakende besluit aan de orde stelt. Mij dunkt dat dit het geval is, als de wet in een specifieke bevoegdheid tot nadeelcompensatie voorziet: dan heeft de wetgever het nadeelcompensatie-aspect kennelijk willen afzonderen. In andere gevallen zal de rechter desgevraagd toch een oordeel moeten geven over de bewering van appellant dat het bestreden besluit in strijd is met het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten. Eventueel kan dit oordeel inhouden dat die compensatie voldoende gewaarborgd is door de mogelijkheid later een zuiver nadeelcompensatiebesluit uit te lokken[95], maar mij dunkt dat er ook gevallen zijn waarbij de compensatie, als bij onteigening, 'vooraf verzekerd' behoort te zijn. Dat geldt ook als niet de wet, maar slechts een beleidsregel een specifieke grondslag voor nadeelcompensatie geeft; een beleidsregel kan de burger geen rechtsbeschermingsmogelijkheden ontnemen.

4.2.2 Nadeelcompensatie en artikel 8:73

Artikel 8:73 is geschreven voor schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten. De rechter kan slechts tot schadevergoeding veroordelen als hij het beroep gegrond verklaart, hetgeen impliceert dat het bestreden besluit onrechtmatig is. De complicatie is wederom, dat een besluit onrechtmatig kan zijn *omdat* het niet voorziet in nadeelcompensatie. M.i. kan de rechter dan desgevraagd het bestuursorgaan met toepassing van artikel 8:73 veroordelen tot schadevergoeding, waarvan het bedrag gelijk is aan de ten onrechte niet toegekende nadeelcompensatie (plus eventuele rente). Dat kan omdat het in feite op hetzelfde neerkomt als in beroep tegen een onzuiver nadeelcompensatiebesluit zelf in de zaak voorzien door in het besluit alsnog een compensatieclausule op te nemen. Voor nadeelcompensatie is toepassing van artikel 8:73 slechts een variant op het beroep tegen een onzuiver schadebesluit.

4.2.3 Nadeelcompensatie en de burgerlijke rechter

Kan men zich terzake van nadeelcompensatie ook tot de burgerlijke rechter wenden? Strikt genomen niet, want het burgerlijk recht biedt geen algemene grondslag voor vergoeding van schade wegens rechtmatig handelen. Maar alweer, de complicatie is dat een besluit onrechtmatig kan zijn omdat niet of onvoldoende in nadeelcompensatie is voorzien (de Voorste Stroom-constructie). Niettemin brengt de hoofdregel van de formele rechtskracht mee, dat een vordering gebaseerd op de onrechtmatigheid van het nadeelveroorzakend besluit steeds[96] niet-ontvan-

95 Aldus kennelijk CBb 19-2-1997, AB 1997, 144 m.nt. JHvdV.

kelijk is als tegen dit nadeelveroorzakend besluit beroep bij de bestuursrechter openstond.

De vraag is nu of ook een vordering gebaseerd op de onrechtmatigheid van een zuiver nadeelcompensatiebesluit is uitgesloten. Voor op de wet of op een beleidsregel gebaseerde nadeelcompensatiebesluiten is dat tot dusver altijd aangenomen. Dat pleit ervoor voor om voor de nieuwe jurisprudentiële nadeelcompensatiebesluiten hetzelfde aan te nemen. Daartegenover staat, dat voor beslissingen omtrent schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen hiervoor het tegendeel is bepleit, terwijl het verschil tussen nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatig handelen in de praktijk niet zo haarscherp is. In de discussie tot nu toe zijn beide soorten schadebesluiten dan ook altijd over één kam geschoren.

Toch zijn er wel argumenten om verschil te maken. De leer van de formele rechtskracht geldt al voor onzuivere nadeelcompensatiebesluiten. Bovendien heeft de wetgever in een aantal gevallen, door een uitdrukkelijke bevoegdheid tot nadeelcompensatie te creëren, kennelijk de bestuursrechter exclusief bevoegd willen maken. Dat brengt op zichzelf niet mee dat dit ook moet gelden voor buitenwettelijke nadeelcompensatiebesluiten, maar het systeem wordt wel erg ingewikkeld als wij die weer anders gaan behandelen. Anderzijds heeft de wetgever hier juist niet bewust voor een dubbele competentie gekozen, want die keuze werd gemaakt in het kader van artikel 8:73 Awb en betrof dus alleen schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen. Tenslotte is nadeelcompensatie nog meer dan schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen een bij uitstek bestuursrechtelijk leerstuk waarover bij voorkeur de bestuursrechter zou moeten oordelen.

Alles afwegende wegen deze argumenten voor mij zwaarder dan het nadeel van een onderscheid tussen nadeelcompensatiebesluiten en schadebesluiten. Derhalve meen ik dat een zuiver nadeelcompensatiebesluit niet voor de burgerlijke rechter kan worden aangevochten.

Resteert de vraag of dit ook geldt, indien het nadeelveroorzakend handelen niet appellabel is. Dat is geen onbelangrijk probleem: de voor de praktijk misschien wel belangrijkste nadeelcompensatieregeling, de Nadeelcompensatieregeling rijkswaterstaat, ziet vooral op nadeelcompensatie bij feitelijk handelen. In deze gevallen is een nadeelcompensatieclaim verpakt als een vordering wegens de onrechtmatigheid van het nadeelveroorzakend handelen in beginsel wel mogelijk. Niettemin wordt nog steeds aangenomen, dat ook in deze gevallen een op een beleidsregel gebaseerde nadeelcompensatiebeslissing een besluit is.[97] Voor zover ik weet is er tot dusver ook steeds van uitgegaan dat ook deze besluiten formele rechtskracht kunnen krijgen. Dat heeft het wat merkwaardige gevolg dat het bestuur bij beleidsregel de weg naar de burgerlijke rechter kan afsluiten. Maar dat is nu eenmaal het gevolg van het accepteren van een beleidsregel als een voldoende publiekrechtelijke titel. Bovendien wordt het systeem weer ingewikkelder als wij deze categorie weer een aparte status geven. Derhalve concludeer ik met enige aarzeling dat ook

---

96 Omdat het toch al ingewikkeld genoeg is, zie ik even af van de door de HR aanvaarde uitzonderingen op het beginsel van de formele rechtskracht.

97 Rb. Zutphen 16-2-1998, AB 1998, 227 m.nt. PvB; ABRS 1-8-1997, AB 1998, 37 en 38.

de mogelijkheid om een slechts op een beleidsregel gebaseerd zuiver nadeelcompensatiebesluit uit te lokken de weg naar de burgerlijker rechter blokkeert.[98] Dat brengt mij wel op de gedachte dat het misschien tijd wordt voor een Nadeelcompensatie*wet* rijkswaterstaat.

4.2.4 Conclusie

Er zijn dus in beginsel twee manieren om nadeelcompensatie te krijgen. In beroep gaan tegen het nadeelveroorzakende besluit, of een zuiver nadeelcompensatiebesluit uitlokken. De eerste is de enige weg als het nadeelveroorzakende besluit een uitdrukkelijke beslissing omtrent nadeelcompensatie bevat. De tweede is de enige weg als de wet in een uitdrukkelijke bevoegdheid tot nadeelcompensatie voorziet. In de gevallen waarin de nadeelveroorzakende handeling wel appellabel is, maar geen beslissing omtrent nadeelcompensatie bevat, en geen of een slechts op een beleidsregel gebaseerde uitdrukkelijke bevoegdheid tot nadeelcompensatie bestaat, overlappen beide wegen elkaar. De weg naar de burgerlijke rechter is aangewezen als er de nadeelveroorzakende handeling niet appellabel is en geen uitdrukkelijke bevoegdheid tot nadeelcompensatie bestaat.

4.3 Terugvordering

Wij hebben gezien dat bestuursorganen ingevolge de nieuwe terugvorderingsjurisprudentie bevoegd zijn een bij besluit toegekende financiële verstrekking bij besluit terug te vorderen, voorzover deze onverschuldigd is betaald, dan wel de ontvanger daardoor ongerechtvaardigd is verrijkt. Daarbij passen nog een aantal kanttekeningen.

In de eerste plaats moet worden aangenomen, dat, nu deze bevoegdheid door de Afdeling wordt afgeleid uit de publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen het toekennende bestuursorgaan en de ontvanger, deze bevoegdheid alleen bestaat ten aanzien van degene aan wie het oorspronkelijke toekenningsbesluit was gericht. Het kan natuurlijk ook voorkomen dat een bestuursorgaan door een administratieve vergissing iemand anders huursubsidie op mijn rekening overmaakt. In dat geval bestaat tussen mij en de Minister van VROM geen publiekrechtelijke rechtsbetrekking. Met M.W. Scheltema[99] meen ik dan ook dat een eventuele terugvordering in dat geval langs civielrechtelijke weg zou moeten plaatsvinden.[100]

---

98 Ik maak hier geen onderscheid tussen het geval dat reeds een beslissing is genomen, en het geval dat deze zou kunnen worden gevraagd, omdat, zoals eerder betoogd, zodra er een specifieke grondslag voor nadeelcompensatie is, ieder briefje in antwoord op een verzoek om compensatie een besluit is, en dit verschil in de praktijk dus academisch is.

99 M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling in het publiekrecht, NJB 1998, blz. 943.

100 Kijkersvraag: maar hoe zit het nu als de Minister van Justitie een aan mijn naaste collega M. Verheij (die bestaat!) toegekende gratificatie per vergissing aan mij uitbetaalt? Tussen mij en de Minister van Justitie bestaat wel een publiekrechtelijke rechtsbetrekking. Toch zou ik

In de tweede plaats moet worden aangenomen dat het bestuursorgaan niet alleen bevoegd, maar ook verplicht is om een terugvorderingsbesluit te nemen als het zijn geld terug wil zien. De Afdeling overweegt in de zaak Nanne immers, dat het rechtsgevolg van het terugvorderingsbesluit is dat naar publiekrecht een betalingsverplichting *ontstaat*. Het bestuur kan dus niet zomaar meer een vordering bij de burgerlijke rechter instellen, want zonder besluit is er geen terugbetalingsverplichting en valt er dus niets te vorderen. Nu is dit punt grotendeels academisch, want ook hier zal aan de dagvaarding altijd wel een briefje voorafgaan waarin staat dat het bestuursorgaan zijn geld terug wil, en zo'n briefje *is* dan al snel een terugvorderingsbesluit.

Dit betekent wel dat de belanghebbende veel alerter moet zijn dan voorheen: als hij niet binnen zes weken tegen dat briefje in beroep komt, staat zijn betalingsplicht onherroepelijk vast, terwijl hij voorheen met verweer voeren kon wachten tot het bestuursorgaan een civiele procedure aanspande. Overigens zal het bestuur vaak toch nog de gang naar de civiele rechter moeten maken als de betrokkene niet vrijwillig betaalt. Het terugvorderingsbesluit levert namelijk geen executoriale titel op, en het bestuursorgaan heeft met name bij subsidies lang niet altijd de bevoegdheid tot invordering bij dwangbevel. Dit probleem wordt overigens door het voorontwerp vierde tranche Awb opgelost. Datzelfde voorontwerp gaat er ook van uit dat het bestuur in de *in*vorderingsfase wel de vrijheid heeft om te kiezen tussen het uitvaardigen van een dwangbevel en een civiele procedure.

---

ook dan zeggen, dat de betaling niet uit *die* rechtsbetrekking voortvloeit. (Maar ik zou natuurlijk vrijwillig terugbetalen!)

5. Hoe nu verder?

5.1 Ongrondwettig en illegaal?

De in hoofdstuk 3 besproken jurisprudentie heeft de nodige kritiek opgeroepen. Kortmann[101] heeft haar zelfs ongrondwettig genoemd. Hij wijst erop, dat artikel 112, tweede lid, van de Grondwet slechts de wetgever, en niemand anders, de bevoegdheid geeft om geschillen aan de gewone rechterlijke macht te onttrekken. De Awb-wetgever heeft dat nu juist niet eenduidig gedaan, dus is de nieuwe jurisprudentie geen redelijke interpretatie van het besluitbegrip meer te noemen. Derhalve gaat zij het kader van de Awb en daarmee ook van de Grondwet te buiten.

Drupsteen[102] heeft hier m.i. terecht tegenovergesteld, dat dit niet de eerste spectaculaire uitbreiding van het besluit- of beschikkingsbegrip is waarvoor niet zo'n keiharde grondslag in de wet te vinden is. Uiteindelijk bepaalt de rechter nu eenmaal de omvang van zijn eigen bevoegdheid, en als de wetgever hem daartoe slechts een vage maatstaf – zoals het besluitbegrip – aanreikt, dan accepteert de wetgever dat de rechter bij de invulling daarvan de nodige vrijheid heeft. De nieuwe jurisprudentie sluit bovendien goed aan bij eerdere jurisprudentie waarbij de grondslag voor besluiten werd gevonden in een publieke taak. Daaraan kan nog worden toegevoegd, dat niet kan worden volgehouden dat de Awb geen enkel aanknopingspunt biedt voor de nieuwe jurisprudentie: al loste de wetgever het propleem van het zuiver schadebesluit niet zelf op, hij nodigde de rechter bijna met zoveel woorden uit om dat wel te doen.[103] Ik acht de nieuwe rechtspraak dus zeer wel verenigbaar met de Grondwet.[104]

---

101 C.A.J.M. Kortmann, De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit, NJB 1997, blz. 1327.

102 Th.G. Drupsteen, De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet, NJB 1997, blz. 1526 met naschrift Kortmann op blz. 1599.

103 PG Awb II, blz. 380: 'Wij menen dat in abstracto moeilijk is aan te geven waar in dit opzicht de grens moet lopen tussen het besluit en de rechtshandeling naar burgerlijk recht; *dit dient aan de rechtspraak te worden overgelaten.* (mijn curs., NV)' – altijd een handig zinnetje voor problemen waar je als wetgevingsjurist zelf niet uitkomt.

104 In zijn naschrift klaagt Kortmann niet ten onrechte nog dat niemand ingaat op zijn tweede bezwaar: gemeenten en provincies zouden bij verordening administratief beroep kunnen openstellen tegen zuivere schadebesluiten en aldus de bestuursrechter bevoegd maken (art.

Een ander bezwaar dat door diverse auteurs[105] is genoemd betreft de constructie van de Afdeling dat ongeschreven rechtsbeginselen bevoegdheden scheppen om rechtsgevolgen in het leven te roepen. Dat zou allereerst in strijd zijn met het legaliteitsbeginsel. Simon[106] en Van der Meulen[107] wijzen er echter op, dat naar heersende leer niet voor alle besluiten een wettelijke grondslag nodig wordt geacht, al is omstreden waar de grens ligt. Simon stelt voor ook maar een uitzondering te aanvaarden voor 'impliciete bevoegdheden, die hun rechtsgrond vinden in een algemeen rechtsbeginsel'. Met het gezond verstand is daar iets voor te zeggen: het legaliteitsbeginsel wil waarborgen dat het bestuur bepaalde typen handelingen niet mag verrichten zonder voorafgaande machtiging door de wet. Maar wij vinden natuurlijk helemaal niet dat het bestuur geen schadevergoeding of nadeelcompensatie mag toekennen, en zelfs niet dat zij geen onverschuldigd betaalde bedragen mag terugvorderen. Wij vinden allemaal sinds jaar en dag dat dat wel mag en vaak zelfs moet; alleen rubriceerden wij dat mogen tot voor kort vaak onder het privaatrecht. In die zin is, in de terminologie van G.A. van der Veen[108], geen sprake van genererende maar van transformerende jurisprudentie.

Niettemin blijft het ook begripsmatig een beetje moeizaam hoe uit een beginsel een bevoegdheid kan voortvloeien om rechtsgevolgen in het leven te roepen.[109] Ruiter[110] heeft dat elegant opgelost door de constructie van de Afdeling een beetje te veranderen. In zijn constructie vloeien de rechtsgevolgen niet uit het besluit voort, maar rechtstreeks uit de algemene rechtsbeginselen. De besluiten zijn geen rechtscheppende, maar slechts rechtvaststellende besluiten. Omdat zij geen nieuwe rechtsgevolgen in het leven roepen, maar slechts verduidelijken welke reeds zijn ingetreden, behoeven zij geen wettelijke grondslag.

Ik vind dit een elegante oplossing, omdat zij naar mijn mening exact aangeeft wat er aan de hand is: wij vinden niet echt dat een bestuursorgaan dat onrechtmatig heeft gehandeld pas verplicht wordt tot schadevergoeding als het dat zelf vaststelt. Het is inderdaad veeleer zo dat rechtsbeginselen het bestuur daartoe verplichten en dat het bestuur in een schadebesluit slechts constateert en preciseert in hoeverre dat het geval is. Maar Ruiter moet dan wel postuleren dat bestuursorganen een alge-

---

115 Grw.). Maar dat is alleen een extra probleem voorzover het gaat om beslissingen omtrent schade, veroorzaakt door niet-appellabele handelingen. Daartegen kan slechts administratief beroep worden opengesteld voorzover die schade niet in een burgerlijke rechtsbetrekking is veroorzaakt (art. 115 jo. art. 112 lid 2 Grw.), en in die gevallen konden decentrale overheden van die beslissingen ook vóór de nieuwe jurisprudentie al besluiten maken door er een publiekrechtelijke titel in de vorm van een verordening onder te schuiven.

105 Het meest pregnant Kortmann, t.a.p. ('Dan is de beer los!'), maar ook L.J.A. Damen, Het legaliteitsbeginsel als constitutionele norm, preadvies Staatsrechtconferentie 1998, blz. 17.

106 H.J. Simon, De magische lijn en Windmill revisited, NJB 1998, blz. 1667.

107 B.M.J. van der Meulen, commentaar bij Van Vlodrop, in L.J.A. Damen e.a. (red.), Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties 1996-1997, blz. 166.

108 Zie zijn noot onder ABRS 10-4-1995, AB 1995, 498 (Long Lin).

109 Anders: J.H. Nieuwenhuis, Vechten met de beer. De strijd om het legaliteitsbeginsel, RM Themis 1997, 351.

110 D.W.P Ruiter, Zelfstandige schadebesluiten, rechtschepping of rechtvaststelling?, NTB 1998/9, blz. 281.

mene bevoegdheid hebben om bindende rechtvaststellingen te doen. Waar die bevoegdheid vandaan komt is niet helemaal duidelijk.

Zelf zou ik er niet zoveel moeite mee hebben om een ongeschreven bevoegdheid tot schadevergoeding, nadeelcompensatie en terugvordering te erkennen. Ik acht het legaliteitsbeginsel van groot belang, maar wij moeten het wel in historisch perspectief zien. De precieze reikwijdte van het beginsel is altijd omstreden geweest. Daardoor hebben diverse op zichzelf onomstreden vormen van overheidsoptreden het lang zonder specifieke wettelijke grondslag kunnen stellen. Dat geldt in ieder geval ook voor bevoegdheden die wij lang als privaatrechtelijk hebben gekwalificeerd. Als wij dan uit oogpunt van rechtsbescherming of systematiek die – nogmaals, op zichzelf onomstreden – bevoegdheden als publiekrechtelijk gaan kwalificeren, kunnen wij niet van de ene op de andere dag een wettelijke grondslag eisen. Wij moeten dan maar aannemen dat dat vroegere 'privaatrecht' bij nader inzien ongeschreven publiekrecht is.

Daarmee ventileer ik een opvatting waartegen G.A. van der Veen een proefschrift lang ten strijde is getrokken.[111] Juist met een beroep op het legaliteitsbeginsel weigert hij beheersbevoegdheden ten aanzien van openbare zaken die geen specifieke wettelijke grondslag hebben, op het ongeschreven publiekrecht te baseren. Maar hij bestrijdt niet dat die bevoegdheden nodig zijn, dus baseert hij ze maar op de BW-bepalingen over eigendom. Maar die zijn zo open en onbepaald dat dit geen materiële legaliteitswinst oplevert.

Dat neemt niet weg dat ook ik voor de toekomst een betere oplossing zou willen bepleiten. De beste manier om een gebrek aan wettelijke grondslag op te heffen is gewoon een wet maken. Voor de terugvordering heeft de Commissie-Scheltema dit in het voorontwerp-vierde tranche voor een belangrijke categorie gevallen al voorgesteld. Voor schadevergoeding is in het kabinetsstandpunt evaluatie Awb aangekondigd dat de Commissie zich daarover in het kader van de vijfde tranche zal buigen.[112] Idealiter moet dat uitmonden in een mooie, allesomvattende algemene regeling inzake schadevergoeding en nadeelcompensatie.

Zo'n mooie, allesomvattende regeling heeft één nadeel: voordat zij wet is, zijn wij vele, vele jaren verder.[113] Intussen worstelt de praktijk met de nodige onzekerheden. Daarom valt te overwegen om vooruitlopend op zo'n allesomvattende regeling een minder ingrijpende wettelijke voorziening te treffen, die op kortere termijn enige duidelijkheid kan verschaffen.

5.2 Werk voor de wetgever?

Het door de nieuwe jurisprudentie gecreëerde stelsel van bevoegdheidsverdeling

111 G.A. van der Veen, Openbare zaken, diss. UU 1997, Deventer 1997.

112 Kamerstukken II 1997/98, 25 600 VI, nr. 46.

113 Maar zie P.J.J. van Buuren, Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht, in J.L. Boxum e.a. (red.), Aantrekkelijke gedachten, Deventer 1993, blz. 91 voor een aanzet. Niettemin, een aanzet is nog geen voorontwerp, en bij de eerste en derde tranche zat tussen voorontwerp en inwerkingtreding bijna zeven jaar.

heeft een nadeel dat de lezer van het vorige hoofdstuk niet zal zijn ontgaan: het heeft niet echt de elegantie van de eenvoud. Laten wij eens nagaan welke mogelijkheden voor vereenvoudiging er zijn.

5.2.1 Schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen

Een zelfstandige schadevergoedingsactie

In paragraaf 4.1.4 hebben wij gezien dat er thans drie, onderling in hoge mate uitwisselbare, wegen zijn om schadevergoeding wegens onrechtmatig besluiten te krijgen: een verzoek ex artikel 8:73 Awb, het uitlokken van een zuiver schadebesluit en een vordering uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter. Dat is wat veel van het goede.

Meer in het bijzonder is het wat veel van het goede om binnen het bestuursrecht twee wegen te hebben om schadevergoeding te vorderen, vooral nu, zoals wij hebben gezien, het materiële bereik van beide wegen hetzelfde is: beide hebben betrekking op schade veroorzaakt door appellabele besluiten. Het verschil is slechts het procedurele kader waarin en daardoor het tijdstip waarop de schadevergoeding moet worden gevraagd: bij toepassing van artikel 8:73 moet dat bij de rechter hangende het beroep tegen het schadeveroorzakende besluit, terwijl je een zuiver schadebesluit ook daarna bij het bestuur kunt vragen. De oplossing ligt voor de hand (en is dan ook niet nieuw[114]): integreer beide wegen.

Een manier om dat te bereiken is door artikel 8:73 eenvoudig te schrappen, vanuit de gedachte dat wie met zijn schadeclaim bij de bestuursrechter wil uitkomen eerst maar een zuiver schadebesluit moet uitlokken. Maar dan verliezen wij de mogelijkheid om vernietiging en schadevergoeding in één procedure te vorderen, en soms is dat wel degelijk handig.

Het lijkt mij dan ook beter om artikel 8:73 juist uit te breiden door de band met het vernietigingberoep door te snijden, zodat een zelfstandige bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie ontstaat. De snelste manier om dat te realiseren is om artikel 8:73 te verplaatsen naar een nieuwe titel 8.5, met het opschrift 'Schadevergoeding', waarvan de kernbepaling zou kunnen luiden:

Artikel 8:85

1. Op verzoek van een belanghebbende veroordeelt de rechtbank de door haar aangewezen rechtspersoon tot vergoeding van de schade die deze belanghebbende lijdt als gevolg van een onrechtmatige handeling[115] die voor beroep bij de rechtbank vatbaar is.
2. Het verzoek kan worden gedaan tot vijf jaren[116] na de dag waarop het onrechtmatig besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt.

---

114 R.M van Male, B.P.M. van Ravels, Tot schade van allen, Bouwrecht 1993, blz. 669 op blz. 681 deden reeds een voorstel van dezelfde strekking als hierna volgt.

115 'Handeling' i.p.v. 'besluit' om rekening te houden met de iets ruimere bevoegdheid in het ambtenarenrecht (art.8:1 lid 2 Awb).

116 Deze termijn sluit aan bij de meest gangbare civiele verjaringstermijnen.

3. Het verzoek omschrijft de geleden of te lijden schade.

Daarnaast is, wellicht afgezien van enige technicités, niet veel meer nodig dan een bepaling die de relevante bepalingen van de hoofdstukken 6 en 8 van overeenkomstige toepassing verklaart. Ik geef onmiddellijk toe: het is wat programmeurs noemen een *'quick-and-dirty'* oplossing: het is niet mooi[117], maar het werkt.

Het werkt zelfs zo goed, dat de hele constructie van het zuiver schadebesluit in één klap overbodig wordt. Als de schade is veroorzaakt door een appellabel besluit, hoeven wij ons niet meer af te vragen of de beslissing op een verzoek om schadevergoeding een besluit is: de weg naar de bestuursrechter staat dan sowieso open. Het wordt, wat de schadevergoeding betreft, net zo simpel als in het civiele recht: wie niet doet waartoe hij rechtens verplicht is, kan daartoe door de rechter worden veroordeeld.

In de praktijk zal er dan aan het verzoek evengoed de nodige correspondentie tussen burger en bestuur voorafgaan. Desnoods kan aan de ontvankelijkheid van het verzoek nog de voorwaarde worden gesteld dat de belanghebbende zich eerst tot het bestuur heeft gewend, of zelfs dat hij daarna nog een keer bezwaar heeft gemaakt. Maar ik vermoed dat dit in de praktijk in de meeste gevallen vanzelf wel goed loopt. Juist door de veel langere termijn kan de belanghebbende zich veroorloven de zaak rustig met het bestuur uit te discussiëren, alvorens naar de rechter te stappen. Een beetje slim bestuursorgaan stelt daarvoor – in samenspraak met zijn verzekeraar – een aparte schadecommissie in. In ieder geval wordt de rechtshulpverlener verlost van de enigszins neurotische dwang om, uit vrees voor verlies van rechten, tegen ieder briefje dat misschien wel een besluit zou kunnen zijn een bezwaarschrift in te dienen.

Tegelijkertijd blijft het mogelijk om de schadevergoedingsactie te combineren met het vernietigingsberoep, als dat zo uitkomt. In het algemeen blijft een geslaagd vernietigingsberoep voorwaarde voor een geslaagd schadevergoedingsverzoek, om de eenvoudige reden dat zonder zo'n beroep het schadeveroorzakend besluit formele rechtskracht krijgt en derhalve geacht wordt rechtmatig te zijn. Een zelfstandige schadevergoedingsactie kan echter ook worden benut als in concreto geen beroep mogelijk is; dat is vooral van belang als een onrechtmatig primair besluit in bezwaar is herroepen.[118]

Een ander voordeel is dat het bij gefaseerde besluitvorming niet meer zo nauw luistert door welk besluit in de keten de schade nu precies is veroorzaakt: er is

---

117 Systematisch niet mooi omdat je een uitspraakbevoegdheid van de rechter regelt, waaruit dan de actie en de materiële aanspraak van de burger moeten worden afgeleid. Het is mooier om eerst de materiële aanspraak te regelen, daaruit de actie af te leiden, en dááruit de uitspraakbevoegdheid. Maar in de rechtshistorie is het wel vaker andersom gegaan. Verder is het niet mooi, omdat allerlei procesrechtelijke kwesties – vermeerdering van eis, bijvoorbeeld – ongeregeld blijven. Maar tot dusver heeft de bestuursrechter zich ook bij artikel 8:73 zonder veel regels weten te redden.

118 Vgl. CBb 19-2-1997, AB 1997, 144 m.nt. JHvdV. Vandaar de vage uitdrukking 'vatbaar is voor beroep bij de rechtbank' i.p.v. 'waartegen bij de rechtbank beroep is ingesteld' in de voorgestelde wettekst.

immers niets tegen om vorderingen terzake van verschillende samenhangende schadeoorzaken te combineren.

Tenslotte vind ik het een voordeel dat de rechter zich niet meer hoeft te vermoeien met de vraag of een schadebesluit zorgvuldig is voorbereid, gemotiveerd en wat dies meer zij, maar rechtstreeks kan doorstoten naar de kern van de zaak: is het bestuur schadevergoeding verschuldigd, en zo ja hoeveel. Voor enige rechterlijke terughoudendheid is immers bij schadebesluiten geen reden, want het bestuur heeft nimmer beleids- of beoordelingsvrijheid ten aanzien van de vraag of het de door zijn onrechtmatig handelen veroorzaakte schade zal vergoeden.

Processuele gevolgen

Een zelfstandige bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie heeft veel voordelen, maar ik wil niet verhelen dat zij belangrijke procesrechtelijke gevolgen zou hebben. Voor het eerst zou het object van het geding bij de bestuursrechter niet langer een besluit zijn, maar de vordering van de belanghebbende. Toch denk ik dat de bestuursrechter daar wel mee uit de voeten kan; eigenlijk is het bij verzoeken op grond van artikel 8:73 nu al niet veel anders. De aard van een verzoek om schadevergoeding brengt nu eenmaal dat de vordering van de belanghebbende daarbij veel meer het uitgangspunt is dan bij de toetsing van besluiten. Dat heeft niet zoveel te maken met de discussies over de omvang van het geding en artikel 8:69, noch met theorieën over de lijdelijkheid of niet-lijdelijkheid van de bestuursrechter. Een besluit kan de rechter desgewenst ook buiten de vordering van eiser toetsen, omdat hij het hele besluit voor zijn neus heeft liggen. Maar het is, behalve misschien bij simpele gevallen van renteschade, niet goed voorstelbaar dat de rechter ambtshalve gaat onderzoeken of er wellicht schade is en zo ja hoeveel. Evenmin kun je – alweer, behalve in simpele renteschadegevallen – van het bestuursorgaan verwachten dat het dat eigener beweging gaat doen. Een geschil over schadevergoeding is naar zijn aard veel meer een *contentieux subjectif* dan een vernietigingsberoep.

Niettemin kan ik niet uitsluiten dat een zelfstandige schadevergoedingsactie nog processuele vragen zou oproepen die ik nu niet kan overzien. Eerlijk gezegd vind ik dat niet erg. Ik moet namelijk toegeven, dat ik met dit voorstel een beetje een dubbele agenda heb: het stelt ons in staat ervaring op te doen met de vragen, die zouden rijzen als wij de bevoegdheid van de bestuursrechter niet meer uitsluitend afhankelijk zouden maken van de aanwezigheid van een besluit. Het is mijn overtuiging dat wij daar op langere termijn heen moeten (zie hoofdstuk 6). Als U daar tegen bent, moet U ook tegen mijn voorstel voor een zelfstandige schadevergoedingsactie zijn, want dat is uitdrukkelijk mede als Paard van Troje bedoeld.

Verhouding tot de burgerlijke rechter

Dan nu de hamvraag: behoort een dergelijke zelfstandige bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie de weg naar de burgerlijke rechter af te sluiten? Dat is de vraag waarbij de praktijk misschien wel het meest op een antwoord zit te wachten. Misschien heeft de Hoge Raad haar bij het verschijnen van dit preadvies al

beantwoord, maar dat ontslaat de wetenschap en de wetgever niet van de plicht om het standpunt van de HR al dan niet te onderschrijven.

Naar mijn oordeel dient de weg naar de burgerlijke rechter vooralsnog open te blijven. Naast de argumenten die reeds in het vorige hoofdstuk zijn gegeven, meen ik dat de wetgever bij de introductie van artikel 8:73 niet ten onrechte een geleidelijke ontwikkeling heeft gewild. De bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie kent nog altijd een aantal beperkingen, die haar voor met name meer complexe schadevergoedingszaken minder geschikt maken. Misschien wel de belangrijkste is dat in het bestuursrecht nog vaak sprake is van rechtspraak in één instantie, juist ook op de terreinen waar in de praktijk de meest ingewikkelde schadezaken spelen: het milieurecht en het ruimtelijk bestuursrecht. Exclusiviteit van de bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie zou betekenen dat er zelfs bij de meest ingewikkelde feitencomplexen geen mogelijkheid is om fouten van rechter of partijen te herstellen. Dat is vragen om moeilijkheden.

Daarnaast kan het bijvoorbeeld voorkomen dat op voorhand niet helemaal duidelijk is of de schade nu aan het handelen van de vergunningverlenende overheid of aan het handelen van de vergunninghouder moet worden toegerekend; het kan dan praktisch zijn een procedure tegen beide te beginnen, maar je kunt die vergunninghouder nu eenmaal niet voor de bestuursrechter dagvaarden. Zo zijn er ongetwijfeld nog meer praktische bezwaren te noemen; ik verwijs daarvoor naar het preadvies van De Wijkerslooth. Mijn conclusie is dat wij thans wel een nieuwe stap kunnen zetten in de geleidelijke ontwikkeling naar een volwaardige bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie die de wetgever bij de introductie van artikel 8:73 heeft gewild, maar dat wij die ontwikkeling nog niet kunnen voltooien. Zolang dat niet het geval is, is het onverstandig de weg naar de burgerlijke rechter af te sluiten. Geen oude schoenen weggooien voor je nieuwe hebt, luidt het gezegde.

Dit betekent, dat er voor schadevergoeding terzake van onrechtmatig besluiten vooralsnog twee bevoegde rechters zullen zijn, waartussen de belanghebbende kan kiezen. Dat is ongebruikelijk, maar geen onoverkomelijk bezwaar. Voor forumshopping behoeft niet te worden gevreesd, nu verwacht mag worden dat de bestuursrechter voor het materiële schadevergoedingsrecht aansluiting zal (blijven) zoeken bij het burgerlijk recht. Veeleer zal de keuze van belanghebbenden worden bepaald door de processuele mogelijkheden die de verschillende rechtsgangen bieden. Ik geef toe dat het risico van tegenstrijdige jurisprudentie bestaat, maar dat risico bestaat bij de huidige structuur van de rechterlijke organisatie op zoveel andere punten ook al, dat ik er geen doorslaggevend bezwaar in kan zien.

5.2.2 Nadeelcompensatie bij rechtmatig handelen

Moeten wij nu ook maar een zelfstandige nadeelcompensatie-actie introduceren? In zekere zin wordt die vanzelf bijgeleverd, en juist waar zij het meest nodig is, namelijk daar waar de grens tussen rechtmatig en onrechtmatig vervaagt. Behoudens waar een specifieke wettelijke nadeelcompensatiebevoegdheid bestaat, blijft het immers mogelijk tegen het nadeelveroorzakend besluit in beroep te gaan op de

grond dat het zonder compensatie onrechtmatig is, welk beroep desgewenst gecombineerd kan worden met een verzoek om schadevergoeding gelijk aan het bedrag van de (ontbrekende) compensatie. Dat laatste is meer dan een slimmigheidje: mijns inziens is het in sommige gevallen echt *on*rechtmatig om een besluit te nemen zonder *tegelijk* in afdoende compensatie te voorzien. Een probleem is hooguit, dat, buiten de uitdrukkelijk wettelijk geregelde gevallen, niet altijd duidelijk is wanneer de compensatie vooraf verzekerd moet zijn. Maar dat is in wezen een vraag van materieel recht, die het bestek van dit preadvies te buiten gaat.

Voor het overige zou een zelfstandige nadeelcompensatie-actie weinig oplossen. Wij zouden de figuur van het zuiver nadeelcompensatiebesluit er niet door kwijtraken, omdat er nu eenmaal wettelijke zuivere nadeelcompensatiebesluiten bestaan. Het is ook de maar de vraag of wij die figuur kwijt willen raken: anders dan schadevergoeding vergt nadeelcompensatie soms wel degelijk een bestuurlijke afweging, bijvoorbeeld tussen compensatie in geld of in andere vorm.

Wel zie ik op een ander punt nog een mogelijkheid van verbetering. Bij nadeel veroorzaakt door feitelijk handelen maakt het voor de bevoegde rechter nog altijd verschil of het desbetreffende bestuursorgaan nu wel of niet een compensatiebeleid heeft opgesteld en bekendgemaakt. Hoezeer die jurisprudentie in 1986 misschien een stap vooruit was, dat blijft een beetje raar. Het is zelfs al eens voorgekomen dat een beroep bij de bestuursrechter niet-ontvankelijk werd verklaard omdat het compensatiebeleid weliswaar bij de gelaedeerde bekend was, maar niet officieel bekendgemaakt.[119] Dat is moeilijk uit te leggen.

Ik vraag mij dan ook af of de tijd niet rijp is om voor nadeelcompensatiebesluiten een volgende stap te zetten en aan te nemen dat ook beslissingen omtrent compensatie van nadeel door feitelijk handelen besluiten zijn.[120] Dat kan omdat nadeelcompensatiebeslissingen per definitie binnen het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking worden genomen;[121] het privaatrecht kent uiteraard geen beginsel van gelijkheid voor de *publieke* lasten.

Dat betekent dat je in deze gevallen voor schadevergoeding wegens onrechtmatigheid bij de burgerlijke rechter moet zijn en voor nadeelcompensatie bij het bestuur en de bestuursrechter, maar dat is nu ook al zo als er een beleidsregel is. In theorie is voorts een groot probleem hoe je publiek- van privaatrechtelijk handelen onderscheidt, maar ik vermoed dat dit nu juist bij nadeelcompensatie in de praktijk wel meevalt. In de praktijk gaat het toch vooral om nadeel veroorzaakt door publieke werken in ruime zin. Bovendien is een verkeerde keuze nooit fataal: als het handelen niet publiekrechtelijk blijkt, kun je sowieso geen nadeelcompensatie vragen, hooguit schadevergoeding, maar de weg daartoe staat dan altijd nog open.

Een en ander laat onverlet, dat het vereiste van materiële connexiteit voorlopig gehandhaafd zou kunnen blijven voor de belangrijkste categorie niet-appellabele

---

119 Afd. rechtspraak 27-1-1989, AB 1989, 346 m.nt. P.C.E. van Wijmen.

120 ABRS 11-5-1998, JB 1998, 197 m.nt. HJS en ABRS 17-8-1998, JB 1998, 206 m.nt. HJS gaan al een eind in die richting, want daarin vindt de Afdeling de algemene bestuursbevoegdheid van een gemeenteraad, resp. een waterschapsbestuur al voldoende publiekrechtelijke grondslag om een besluit aan te nemen.

121 Zo ook H.J. Simon in zijn noot bij ABRS 21-9-1998, JB 1998, 241.

besluiten: algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels (de gevallen Alpha BV en Van Vlodrop!). Gelet op de recente verlenging van het bestaan van artikel 8:2[122] ligt het niet erg voor de hand nadeelcompensatiegeschillen daarover naar de bestuursrechter te halen, en bovendien lopen daarbij nadeelcompensatie en schadevergoeding soms wel heel erg in elkaar over.

5.2.3 Terugvordering

Over terugvordering kan ik kort zijn. In eerste instantie hoeft de wetgever alleen de uitspraak-Nanne even te codificeren. In het voorontwerp vierde tranche gebeurt dat voor subsidies; daarmee zijn, gegeven de reeds bestaande bepalingen voor de sociale zekerheid de belangrijkste gevallen wel gedekt. Niettemin zou men nog kunnen overwegen om de regeling geheel sluitend te maken door voor alle bestuursrechtelijke geldschulden van de overheid in de zin van het voorontwerp vierde tranche te bepalen dat onverschuldigd gedane betalingen kunnen worden teruggevorderd.

M.W. Scheltema[123] heeft daarnaast voorgesteld om, in het verlengde van artikel 8:73, de bestuursrechter bevoegd te maken om ook een vordering uit onverschuldigde betaling van de belanghebbende toe te wijzen. Als een burger heeft betaald op grond van een beschikking die in beroep wordt vernietigd, zo redeneert hij, ligt de vordering uit onverschuldigde betaling veelal voor toewijzing gereed. Mij dunkt dat dit laatste niet het geval is als de beschikking op formele gronden is vernietigd. Dan kan echter later alsnog blijken dat zonder rechtsgrond is betaald. Als de burger dan om restitutie vraagt, is goed verdedigbaar dat de beslissing op dat verzoek een besluit is. Net zo goed als wanneer de overheid zonder rechtsgrond heeft betaald, kan men dan immers zeggen dat die beslissing is gebaseerd op het aan bestuursrecht en privaatrecht gemeenschappelijke beginsel, dat hetgeen zonder rechtsgrond is betaald, kan worden teruggevorderd.

Derhalve gaan de argumenten voor een zelfstandige bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie evengoed op voor een zelfstandige bestuursrechtelijke actie uit onverschuldigde betaling. Mijn enige argument om die niet voor de korte termijn voor te stellen is dat ik niet de indruk heb dat het om een in de praktijk urgent probleem gaat. Bovendien ligt de voornaamste toepassing waarschijnlijk in het belastingrecht, waar men nog niet toe is aan de gedachte dat tegen alle besluiten beroep moet openstaan. Maar op termijn lijkt mij het voorstel van Scheltema zeker het overwegen waard.

---

122 Wet van 24 december 1998, Stb. 738.

123 M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling in het publiekrecht, NJB 1998, blz. 943.

6. Een nieuwe visie op publiek- en privaatrecht?

6.1 Inleiding

De jurisprudentie over het zuiver schadebesluit en terugvorderingsbesluiten is niet alleen praktisch, maar ook principieel van groot belang. Vooral uit de jurisprudentie van de Afdeling spreekt een nieuwe visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. In dit hoofdstuk wil ik nagaan wat deze visie inhoudt, alsmede of deze op langere termijn gevolgen behoort te hebben voor de bevoegdheidsverdeling.

Vooraf merk ik op dat in discussies over publiek- en privaatrecht vaak twee invalshoeken door elkaar lopen. Enerzijds wordt de vraag gesteld in hoeverre op rechtsverhoudingen tussen overheid en burger andere rechtsregels van toepassing zijn dan op rechtsverhoudingen tussen burgers onderling, en zo ja, op welke rechtsverhoudingen dan precies. Anderzijds woedt sedert decennia de discussie over het 'gebruik van privaatrecht door het bestuur'. Logisch zou de tweede discussie slechts een afgeleide moeten zijn van de eerste: het bestuur kan het privaatrecht gebruiken als het van toepassing is en anders niet. In literatuur en jurisprudentie worden beide vragen echter niet zo strak gekoppeld. Dat komt mede omdat de Hoge Raad het kennelijk gewoon vindt, dat in door het publiekrecht beheerste rechtsverhoudingen toch ook privaatrecht wordt gebruikt.

6.2 Van de gemene rechtsleer naar het primaat van het publiekrecht

Traditioneel startpunt van beschouwingen over publiek- en privaatrecht in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur is de gemene rechtsleer. Deze leer, rond het einde van de negentiende eeuw ontwikkeld door auteurs als Hamaker en Krabbe[124], hield kort gezegd in dat het privaatrecht het gewone recht was, dat op alle rechtsverhoudingen, ook die met de overheid, van toepassing was, tenzij uit de

124 H.J. Hamaker, De tegenstelling van publiek- en privaatrecht, Verslag en mededelingen KNAW, 3e reeks 1895 en H. Krabbe, Administratieve rechtspraak, Groningen 1901, blz. 88 e.v., beiden geciteerd bij J.H.M.F Teunissen, Het burgerlijk kleed van de staat, Zwolle 1996, blz. 26 e.v.

wet uitdrukkelijk anders volgde. Daarbij spreekt dan ook vanzelf dat de overheid gebruik kan en mag maken van de rechtsfiguren van het privaatrecht, voor zover haar dat niet uitdrukkelijk is verboden.

Genoemde auteurs, maar ook Vegting[125] een halve eeuw later nog, verdedigen deze opvatting door erop te wijzen dat er eeuwenlang altijd maar één algemeen geldend recht is geweest, het civiele recht, terwijl de notie publiekrecht een pas in de negentiende eeuw ontdekte nieuwlichterij zou zijn. Wij hebben eerder (par. 1.3) geconstateerd dat die redenering op een anachronisme berust: het moderne privaatrecht wordt teruggeprojecteerd in de achttiende eeuw en eerder.

De gemene rechtsleer is vooral na de Tweede Wereldoorlog de heersende geworden, en heeft diepe sporen achtergelaten. Uit de recente, vrijwel uitputtende jurisprudentieanalyse van Tak[126] komt als globaal beeld naar voren dat voor de Tweede Wereldoorlog de bijzondere positie van de overheid meestal nog tot uitgangspunt werd genomen. Daarna wordt het uitgangspunt steeds meer de 'gewone' toepassing van het privaatrecht, met hooguit enige correcties. Bekend en berucht zijn arresten als Huizen-de Staat, Uitwegvergunning Hogeloon en Eindhoven-Staals[127], waarin de HR min of meer te kennen gaf dat wat de overheid niet langs publiekrechtelijke weg kon bereiken, zij wel langs privaatrechtelijke weg kon bereiken: de veel verguisde tweewegenleer. Later werd die leer wel verdedigd met een beroep op de artikelen 2:1 jo. 2:5 BW: de Staat en de openbare lichamen zijn rechtspersoon, rechtspersonen worden voor het vermogensrecht met natuurlijke personen op één lijn gesteld, dus kunnen de Staat en de openbare lichamen net als natuurlijke personen vermogensrechtelijke rechtshandelingen verrichten en vermogensrechtelijke subjectieve rechten hebben.

Toch heeft de Hoge Raad minstens even vaak wel rekening gehouden met de bijzondere positie van de overheid. Er is een lange reeks arresten, vooral op het terrein van de onrechtmatige overheidsdaad maar ook wel daarbuiten, waarin de HR met het oog op de bijzondere positie van de overheid correcties en nuanceringen op privaatrechtelijke normen aanbracht of zelfs publiekrechtelijke noties binnenhaalde: Zandvoort, Doetinchem, Landsmeer, Limmen-Houtkoop.[128]

Iets later gingen ook de ontwikkelingen in de wetgeving in die richting. Het nieuwe BW bepaalt in artikel 3:14 dat een privaatrechtelijke bevoegdheid niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tevens bevat het enkele schakelbepalingen, inhoudende dat sommige privaatrechtelijke regels buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing zijn, voorzover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. Tijdens de parlementaire behandeling werd, zij het pas in een laat stadium, duidelijk dat 'buiten het vermogensrecht' ook 'in het bestuursrecht' betekent. Het gegeven dat die regels in het bestuursrecht slechts van *overeenkomstige* toepassing waren, en

---

125 W.G. Vegting, Plaats en aard van het administratief recht, Alphen a/d Rijn 1946.

126 A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht, Den Haag 1996.

127 Resp. HR 19-1-1962, NJ 1962, 152; HR 2-2-1966, NJ 1966, 415 en HR 19-1-1968, NJ 1968, 168.

128 Resp. HR 14-1-1949, NJ 1949, 557; HR 25-2-1949, NJ 1949, 558; HR 4-1-1963, NJ 1963, 202-204; HR 9-11-1973, NJ 1974, 91.

dan nog alleen voorzover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet, bood ruimte om rekening te houden met de bijzondere positie van de overheid.

Begin 1987 verscheen ook het eerste voorontwerp van de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, waarin eveneens een schakelbepaling was opgenomen (thans art. 3:1) maar dan van bestuursrecht naar privaatrecht. Volgens die bepaling zijn de in hoofdstuk 3 neergelegde algemene beginselen van behoorlijk bestuur van overeenkomstige toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen waarbij de overheid partij is, alweer voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. Eigenlijk liep deze bepaling al weer een beetje achter op ontwikkelingen in de jurisprudentie, want amper twee maanden later aanvaardde de HR eindelijk dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onverkort van toepassing zijn in privaatrechtelijke verhoudingen met de overheid.[129]

Zo ging ergens rond 1980 de gemene rechtsleer over in wat Lubach in 1986 in een belangrijk preadvies voor de VAR de 'gemengde rechtsleer' heeft gedoopt.[130] Deze houdt kort gezegd in dat op rechtsverhoudingen op het grensgebied van publiek- en privaatrecht – waaronder in ieder geval ook privaatrechtelijke verhoudingen met de overheid – een mengsel van publiek- en privaatrechtelijke normen van toepassing is, waarbij de mengverhouding steeds in concreto wordt bepaald door de aard van de rechtsverhouding.[131]

Daardoor wordt de grens tussen privaat- en publiekrecht erg vloeiend en afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Maar Lubach relativeert het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht dan ook sterk. Hij verwijst daarbij naar wat heet de vermaatschappelijking van het privaatrecht, waarmee kort gezegd wordt gedoeld op het feit dat het moderne privaatrecht zijn normen aanpast aan de maatschappelijke verhoudingen waarbinnen zij moeten gelden. Derhalve zou het privaatrecht ook zeer wel in staat zijn om zonodig rekening te houden met het feit dat een van de partijen bij een rechtsverhouding een overheid is. Deze relativering van de verschillen tussen publiek- en privaatrecht – onder de vlag van 'de eenheid van het recht' – vinden wij ook bij Bloembergen en enkele Tilburgse auteurs,[132] en recentelijk bij Nieuwenhuis.[133] Daartegenover verdedigt P. de Haan wel de gelijk-

---

129 HR 27-3-1987, NJ 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/Ikon), waarover mijn Onrechtmatige overheidsdaad en beginselen van behoorlijk bestuur: de Hoge Raad toetst eindelijk rechtstreeks, NJB 1987/41, blz. 1309-1315.

130 P. de Haan claimt overigens samen met A.R. Bloembergen het auteursrecht op deze leer. Zie zijn bespreking van Taks monografie in NTB 1998/4, blz. 91.

131 D.A.Lubach, De verhouding privaat-publiekrecht in het licht van het NBW, preadvies VAR 1986, VAR-geschrift XCIV, Alphen a/d Rijn 1986, blz. 13/14.

132 A.R. Boembergen. D.A. Lubach, Burgerlijk recht en administratief recht: twee gelijkwaardige rechtsgebieden open verbonden in één rechtsorde, WPNR 5885 (1988); E.M.H. Hirsch Ballin, Voorbij het onderscheid van publiekrecht en privaatrecht, in : Bestuursrecht en nieuw BW, Zwolle 1988, blz. 15 e.v.; M.H. Kobussen, De vrijheid van de overheid, diss. KUB 1991, Zwolle 1991.

133 J.H. Nieuwenhuis, Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht, NJB 1998, blz. 9.

tijdige toepassing van publiek- en privaatrecht op gemengde rechtsverhoudingen, maar geen vermenging van de rechtsnormen zelf.[134]

In de bestuursrechtelijke literatuur is deze relativering naar mijn indruk de laatste jaren al weer op zijn retour. De trend is om de verschillen weer wat zwaarder aan te zetten, en in ieder geval de dosis publiekrecht in het mengsel van de gemengde rechtsleer te verhogen. De onverkorte doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur[135] en de grondrechten[136] – ik noem dat, met excuses aan Duk, maar de harde kern van het publiekrecht – in privaatrechtelijke verhoudingen met de overheid is inmiddels geheel onomstreden. Bovendien worden deze publiekrechtelijke normen niet meer indirect, als 'invulling' van open privaatrechtelijke normen toegepast, maar gewoon rechtstreeks.

Daarnaast heeft de HR in het Windmill-arrest van 1990[137] – in een casus die frappante overeenkomsten vertoont met die van Huizen/Staat – zijn jurisprudentie over het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden door het bestuur iets aangescherpt. In dit arrest introduceert de HR de bekende 'doorkruisingsformule' ter beantwoording van de vraag of de overheid, als zij ter behartiging van bepaalde algemene belangen over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikt, diezelfde belangen ook door gebruikmaking van haar privaatrechtelijke bevoegdheden mag behartigen. Als de publiekrechtelijke regeling daar niet in voorziet, aldus de HR, is voor het antwoord op die vraag beslissend of de publiekrechtelijke regeling door het privaatrechtelijk optreden op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist. Daarbij zijn onder meer van belang de inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling, de wijze waarop en de mate waarin daarin de belangen van burgers worden beschermd, en vooral ook of door het gebruik maken van publiekrechtelijke bevoegdheden een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als langs privaatrechtelijke weg wordt nagestreefd, want als dat zo is dan is dat een belangrijke aanwijzing dat voor de privaatrechtelijke weg geen plaats is. Deze formule bleek niet het einde van de tweewegenleer, maar toch wel een zekere inperking daarvan.

G.A. van der Veen[138] heeft deze twee elementen – de doorwerking van algemene beginselen en grondrechten en de doorkruisingsformule van Windmill – samengevat onder het etiket 'het primaat van het publiekrecht'. Dat is een handzaam etiket, maar het mag niet uit het oog doen verliezen dat de HR ook in Windmill nog steeds voorop stelt dat aan de overheid in beginsel alle vermogensrechtelijke bevoegdheden toekomen die aan particulieren toekomen. Bovendien heeft de HR de mogelijkheid voor de overheid om vorderingen uit onrechtmatige daad tegen burgers in te stellen in de jaren negentig merkwaardigerwijs juist verruimd[139]. Het primaat

134 Zie uitvoerig P. de Haan, Th. G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat II, Deventer 1998, blz. 11 e.v.

135 HR 24-4-1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoonert).

136 HR 26-4-1996, AB 1996, 372 m.nt. ThGD (Rasta Rostelli), besproken door L.F.M. Verhey in L.J.A. Damen e.a. (red.), Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties 1995-1996, blz. 135.

137 HR 26-1-1990, AB 1990, 408 m.nt. G.P. Kleijn; NJ 1990, 393 m.nt. MS.

138 G.A. van der Veen, Openbare zaken; betekenis van het aloude publiek domein na de vestiging van het primaat van het publiekrecht, diss. UU 1997, Deventer 1997, blz. 359 e.v.

139 HR 18-2-1995, AB 1994, 415 (Kabayel); maar zie recentelijk gelukkig weer HR 8-5-1998, JB 1998, 142 (Staat/Lenger).

van het publiekrecht is derhalve verre van volledig. Dat nu is een doorn in het oog van een stroming die zich in de loop van de jaren negentig vanuit het diepe zuiden alsmaar luider ging roeren.

6.3 De Maastrichtse school

Eerder heb ik een aantal rechters voor radicaal uitgemaakt, maar de echte fundi's zitten in Maastricht. Onder aanvoering van A.Q.C Tak heeft een groep auteurs[140], die allen werkzaam zijn (geweest) aan de Universiteit Maastricht, een stroom publicaties het licht doen zien, waarin sterk de nadruk wordt gelegd op het principiële verschil tussen publiek- en privaatrecht. Vanuit die visie is de gemene rechtsleer een verwerpelijke dwaalleer, en de gemengde rechtsleer weinig beter.[141]

Volgens de Maastrichtse school[142] heerst in de bestuursrechtwetenschap een rechts- of zelfs wetspositivistisch klimaat, dat onder meer heeft geleid tot een te formeel rechtsstaatbegrip, waarin bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel is verschraald tot de formele eis van een wettelijke grondslag. Daartegenover stelt Maastricht een materieel rechtsstaatbegrip. Daarin zijn staat en maatschappij principieel van elkaar gescheiden rechtssferen, die worden beheerst door verschillende materiële rechtsbeginselen.[143]

Deze materiële rechtsbeginselen funderen twee te onderscheiden rechtsstelsels: publiekrecht en privaatrecht. Het privaatrecht is het recht van de burgerlijke maatschappij, dat wordt beheerst door de beginselen van partij-autonomie, weder-

---

140 Tot de harde kern van de Maastrichtse school reken ik – zonder te willen beweren dat de genoemden op alle punten dezelfde opvattingen hebben – in ieder geval A.Q.C Tak, J.H.M.F. Teunissen, H.J. Simon, M.A. Heldeweg, H. Koning, R.J.N. Schlössels, R.J.G.H. Seerden en E.C.H.J. van der Linden (op Simon na allemaal bij Tak gepromoveerd). Onder de Maastrichtse civilisten bevinden zich enige sympathisanten, zoals G.E. van Maanen, W.J.J. Beurskens en H. Nijholt. Buiten Maastricht heeft onder meer L.J.A. Damen (preadvies Staatsrechtconferentie 1998) zich een fellow-traveller betoond. In hoeverre ik er zelf nog bij hoor, kan de lezer aan de hand van dit preadvies vaststellen. Mijn eigen conclusie is: toch nog meer dan ik dacht.

141 Naast deze strekking hebben sommige geschriften van de Maastrichtse school ook een bepaalde stijl gemeen. Kenmerkend daarvoor is het op hoge, nogal moraliserende toon polemiseren, waarbij andere opvattingen al gauw niet alleen anders, maar onjuist, en bij voorkeur 'principieel' of 'fundamenteel' onjuist zijn, en bij voortduring de dreigende ondergang van de rechtsstaat wordt aangekondigd. Die stijl spreekt mij een stuk minder aan dan de inhoud. Ik heb niets tegen polemiek, maar zó belangrijk is het volgens mij nu allemaal ook weer niet.

142 Het navolgende is in hoofdzaak gebaseerd op de dissertatie van Teunissen (Het burgerlijk kleed van de staat, Zwolle 1996) en op Taks monografie over 'De overheid in het burgerlijk recht' (Den Haag 1997). Een goed beeld van het Maastrichtse denken krijgt men ook uit de twee bundels die 'de harde kern' heeft uitgebracht: E.C.H.J. van der Linden, A.Q.C. Tak, (red.), Eenzijdig en wederkerig, Deventer 1995 en E.C.H.J. van der Linden, R.J.N. Schlössels en R.J.G.H. Seerden (red.), Spectraal recht, Den Haag 1998.

143 Voor mij als ex-VU-student enigszins verrassend is dat nu uitgerekend de Limburgers daarbij in toenemende mate leunen op de reformatorische wijsbegeerte van Dooyeweerd en Van Eikema Hommes.

kerigheid en *iustitia commutativa*. Het is, in woorden van Tak, het 'buizenstelsel van de samenleving': het biedt de vormen waarin rechtssubjecten (natuurlijke en rechtspersonen) extern met elkaar kunnen verkeren. Het is, in de woorden van Teunissen, typisch maatschapsrecht, gebaseerd op nevenschikking van rechtssubjecten. Het vindt zijn uiteindelijke grondslag in het beginsel van de menselijke autonomie. Het is dan ook onjuist om te beweren dat het BW bevoegdheden verleent: het erkent en reguleert ze hoogstens.

Het publiekrecht daarentegen is, in de woorden van Teunissen, typisch gemeenschapsrecht. In de woorden van Tak: het is het interne recht van de dwanggemeenschap die Staat heet. Het wordt beheerst door de beginselen van het algemeen belang en de *iustitia distibutiva*. Door die gerichtheid op het algemeen belang is het publiekrecht altijd algemeen, objectief en eenzijdig. Het kan niet wederkerig zijn, want met het algemeen belang kan niet geruild en gehandeld worden.

Het algemeen belang en de verdelende rechtvaardigheid vormen de materiële rechtsgronden en daarmee ook begrenzingen van overheidsoptreden en overheidsdwang. Maar dat is niet genoeg. In de dwanggemeenschap Staat eist het vrijheidsbeginsel dat de *bourgeois* ook *citoyen* wordt door te participeren in de publieke besluitvorming. Slechts voor zover een deelaspect van het algemeen belang lang democratische weg is getransformeerd tot publiekrechtelijk belang, kan het overheidsoptreden afdoende legitimeren. Daarom hecht de Maastrichtse school sterk aan het legaliteits- en het specialiteitsbeginsel. Simon[144] zegt: elk overheidsoptreden behoeft zowel een formele rechtsgrondslag als een materiële rechtsgrond.

Gelet hierop kan de overheid rechtens uitsluitend in het algemeen belang handelen, ook als zij zogenaamde privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefent, zelfs als het de spreekwoordelijke pennen en potloden aanschaft. Derhalve zijn die bevoegdheden materieel helemaal niet privaatrechtelijk. Zij vinden hun grondslag niet in autonome behartiging van eigen belangen, want de overheid is niet autonoom. 'Privaatrechtelijk' overheidsoptreden is slechts naar de vorm privaatrechtelijk.

Derhalve is het, aldus Teunissen, een 'bloot wetspositivistische'[145] (dat is iets heel ergs, NV) uitleg om in de artikelen 2:1 en 2:5 BW een algemene rechts- en handelingsbekwaamheid voor de staat en andere openbare lichamen te lezen. De rechts- en handelingsbekwaamheid van iedere rechtspersoon wordt inhoudelijk beperkt door zijn doel, die van de overheidsrechtspersoon derhalve door het algemeen belang. Zoals iedere rechtspersoon slechts rechtshandelingen kan verrichten voor zover daartoe door krachtens zijn intern recht bevoegde organen is besloten, kan ook de staat slechts rechtshandelingen verrichten voor zover daartoe door krachtens *zijn* interne recht – het staatsrecht – bevoegde organen is besloten. Daarom kan de staat ook in 'privaatrechtelijke' vorm slechts optreden ter behartiging van publiekrechtelijke belangen en binnen het kader van publiekrechtelijke bevoegdheden. Privaatrechtelijke bevoegdheden kunnen dus hooguit annex zijn aan publiekrechtelijke bevoegdheden. In geen geval kan de overheid aan het privaatrecht zelfstandige bevoegdheden tot behartiging van het algemeen belang ontlenen.

---

144 H.J. Simon, De magische lijn en Windmill revisited, NJB 1998, 1667.

145 Teunissen, diss., blz. 215.

In wezen worden volgens Maastricht verhoudingen tussen overheid en burger altijd en uitsluitend door publiekrecht beheerst. Voor zover ogenschijnlijk 'privaatrecht' wordt toegepast, is dat geen echt privaatrecht, maar gaat het om toepassing van aan privaat- en publiekrecht gemeenschappelijke rechtsbeginselen, die om historische redenen alleen voor privaatrechtelijke verhoudingen zijn gepositiveerd en uitgewerkt in het BW. Voor zover dergelijke regels uit het BW in publiekrechtelijke verhoudingen worden toegepast, moet dat 'invullend' gebeuren, dat wil zeggen onder verdiscontering van de publiekrechtelijke context en de grondbeginselen van het publiekrecht. Aldus de 'invullende rechtsleer' van Tak.[146]

6.4 De echte gemene rechtsleer

6.4.1 Van het privaatrecht naar het echte gemene recht

Daarmee zijn wij weer terug bij de jurisprudentie van de Afdeling. Ook de Afdeling postuleert immers het bestaan van aan publiek- en privaatrecht gemeenschappelijke rechtsbeginselen, die in publiekrechtelijke verhoudingen een publiekrechtelijk karakter krijgen. Dat lijkt verdacht veel op een toepassing van Taks invullende rechtsleer, al hing de notie van aan beide rechtsgebieden gemeenschappelijke rechtsnormen al veel langer in de lucht. [147]

Daarmee breekt de Afdeling met de opvatting dat de toepassing in bestuursrechtelijke verhoudingen van bijvoorbeeld regels inzake onverschuldigde betaling toepassing van privaatrecht is. Het is toepassing van bestuursrecht. Dat bestuursrecht mag dan sterk lijken op het privaatrecht, van belang is dat principieel wordt erkend dat het BW niet van toepassing is in bestuursrechtelijke verhoudingen. Voor de Afdeling, die tot voor kort allerlei beslissingen van bestuursorganen in bestuursrechtelijke verhoudingen kwalificeerde als 'rechtshandelingen naar *burgerlijk* recht', is dit een principiële stap.

De CRvB zit in wezen al langer op dezelfde lijn. Al lijkt de CRvB er de voorkeur aan te geven om grote woorden als 'publiekrechtelijke rechtsbetrekking' en 'gemeenschappelijke rechtsbeginselen' zoveel mogelijk te vermijden, hij vermijdt bij betalings- en schadevergoedingskwesties evenzeer om het BW rechtstreeks toe te passen en prefereert formuleringen als 'aansluiting zoeken bij' het BW.[148] Nu ook de Commissie-Scheltema dezelfde opvatting blijkt aan te hangen[149], mogen wij

146 A.Q.C. Tak, Overheid en Burgerlijk Wetboek. Naar een invullende rechtsleer, Recht en Kritiek 1993, blz. 174 e.v.

147 Zij was eerder te vinden bij de Hoge Raad (HR 25-10-1991, AB 1992, 88 m.nt. FHvdB) en de CRvB (bijv. CRvB 26-4-1990, TAR 1990, 138) en in de literatuur al bij Lubach (VAR-preadvies 1986, passim). Overigens leerde ik op de VU al rond 1980 dat met name het toenmalige artikel 1401 BW een 'dubbelnorm' was.

148 CRvB 30-3-1995, AB 1995, 334.

149 Zie de toelichting bij het voorontwerp vierde tranche Awb, onderdeel bestuursrechtelijke geldschulden.

van een heersende leer spreken.[150] Daarmee lijkt de gemene rechtsleer nu echt vervangen te zijn door de echte gemene rechtsleer.[151]

6.4.2 De publiekrechtelijke rechtsbetrekking

Minstens zo belangrijk is dat de Afdeling in de uitspraken Nanne en Van Vlodrop het begrip publiekrechtelijke rechtsbetrekking introduceert. Naar mijn oordeel kan en moet dit concept een belangrijke rol spelen bij de verdere ontwikkeling van het bestuursrecht; ik kom daar straks op terug.

Er is dan wel een probleempje: wanneer is een rechtsbetrekking precies publiekrechtelijk? Maastricht zou vermoedelijk zeggen: zodra de overheid partij is bij zo'n rechtsbetrekking. Dat is in theorie ook nog altijd het uitgangspunt van het Franse bestuursrecht, al worden daar in de praktijk veel uitzonderingen op gemaakt. De Afdeling gaat minder ver. Zij doet stilzwijgend wat de Haagse president expliciet deed: zij zoekt een criterium om publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen met de overheid te onderscheiden van privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen met de overheid. Uiteindelijk komt zij in Van Vlodrop ook uit op vrijwel hetzelfde criterium als de president: waar de president het heeft over 'een rechtsbetrekking die in overwegende mate wordt bepaald door een aan het bestuursorgaan toegekende bestuursbevoegdheid' spreekt de Afdeling van 'een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding'.

Strikt genomen belanden wij daarmee in een tautologie: het publiekrecht is van toepassing op de uitoefening van aan het publiekrecht ontleende bevoegdheden. In de praktijk valt daar mee te leven. Van der Meulen, Simon en Van Ommeren[152] hebben erop gewezen dat wij in de nieuwe leer moeten onderscheiden tussen primaire en secundaire publiekrechtelijke bevoegdheden. Een primaire publiekrechtelijke bevoegdheid is, als voorheen, een bevoegdheid die rechtstreeks berust op een publiekrechtelijke titel (een wettelijk voorschrift of bekendgemaakt beleid), dan wel op een publieke taak.[153] De uitoefening van zo'n bevoegdheid schept een publiekrechtelijke rechtsbetrekking, waarbinnen vervolgens secundaire bevoegdheden tot schadevergoeding, nadeelcompensatie en terugvordering kunnen worden uitgeoefend. De winst is dat als eenmaal een publiekrechtelijke rechtsbetrekking is gevestigd, de hele verdere afwikkeling van die rechtsbetrekking door publiekrecht wordt beheerst.

---

150 Anders kennelijk: G.A. van der Veen, De gemene rechtsleer is nog op de been, Bouwrecht 1998, blz. 1.

151 De term 'echte gemene rechtsleer' is van L.J.A. Damen; zie zijn preadvies voor de Staatsrechtconferentie 1998.

152 B.M.J. van der Meulen, a.w.,; H.J. Simon, Windmill en de magische lijn revisited, NJB 1998, blz, 1667; Frank van Ommeren, Op weg naar een publiekrechtelijk vermogensrecht, NTBR 1998, blz. 1119. De eerste twee spreken overigens niet van secundaire maar van impliciete bevoegdheden, Van Ommeren van originaire en accessoire bevoegdheden.

153 De Afdeling neemt immers aan dat onder omstandigheden uit een publiek(rechtelijk)e taak een publiekrechtelijke bevoegdheid kan voortvloeien. Zie voor een recente analyse van die jurisprudentie G.A. van der Veen, diss., blz. 276.

Daarmee is nog niet gezegd waarom de titel of taak publiekrechtelijk is en de primaire bevoegdheid publiekrechtelijk maakt. In de praktijk komen wij daar in het gros van de gevallen wel uit. Er is in ieder geval sprake van een publiekrechtelijke bevoegdheid als een wettelijk voorschrift aan een bestuursorgaan een bevoegdheid toekent die niet aan een ieder toekomt; de Fransen spreken dan van een *'pouvoir exorbitant du droit commun'*, ik zou het een specifieke bestuursbevoegdheid willen noemen. Een taak is in ieder geval publiek als zij met zoveel woorden door een wettelijk voorschrift, of eventueel door ongeschreven recht waaraan ik dan de eis zou willen stellen dat het als gewoonterecht kan worden beschouwd[154], aan een bestuursorgaan is opgedragen.

Dan houden wij over een aantal gevallen waarin het bestuur dingen doet die op zichzelf een burger ook kan doen (zoals subsidie verstrekken of schadevergoeding betalen), maar die wij toch publiekrechtelijk vinden. Vaak is dat omdat aan het bestuur een specifieke bevoegdheid is toegekend om die dingen te doen. Maar dat is niet altijd het geval, en vooral daar rijzen de afgrenzingsproblemen, mede omdat dan de vraag of wat de overheid doet publiekrechtelijk is en de vraag of degene die het doet de overheid is, soms vrijwel samenvallen.[155] Uiteindelijk berust ons oordeel dan op de overtuiging dat materieel sprake is van behartiging van het algemeen belang. Dat is precies het criterium dat Van der Hoeven al in 1970 gaf in zijn klassiek geworden opstel 'De magische lijn'[156].

Voor dagelijks gebruik kunnen wij echter wel volstaan met het criterium dat sprake is van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking zodra een specifieke bestuursbevoegdheid wordt uitgeoefend, of een uitdrukkelijk opgedragen, specifieke publieke taak wordt uitgevoerd. Het mooie van dat criterium is dat het ook aangeeft *waarom* publiekrecht van toepassing behoort te zijn: de bijzondere bevoegdheden van de overheid scheppen de ongelijkheid, de 'verticaliteit' waarover de Haagse president het had.[157]

---

154 Een voorbeeld is de taak van de Minister van Buitenlandse Zaken bij de legalisatie van buitenlandse documenten. Het begrip gewoonterecht kan hier nuttig zijn omdat er, zoals ik eerder constateerde, nu eenmaal overheidstaken zijn die decennia lang zonder wettelijke grondslag zijn aanvaard.

155 Het schoolvoorbeeld is natuurlijk de zaak van de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers (ABRS 30-11-1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra), maar er zijn meer van die onduidelijke gelduitdelende stichtingen.

156 J. van der Hoeven, De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht, in: Honderd jaar rechtsleven, Zwolle 1970.

157 Dit sluit overigens niet bijvoorbaat uit dat die verticale rechtsbetrekking wederkerige trekjes kan hebben. De hele discussie over het begrip 'wederkerige rechtsbetrekking' is volgens mij teveel in alles-of-niets-termen gevoerd. De Awb-mens bestaat, maar niet iedere burger is een Awb-mens. Een asielzoeker is het doorgaans niet, een projectontwikkelaar vaak wel. Het praktisch belang van de discussie is overigens beperkt: uit acht jaar intensieve betrokkenheid bij de totstandkoming van de Awb kan ik mij geen beslissing over de inhoud van die wet herinneren waarbij het begrip wederkerige rechtsbetrekking een doorslaggevende of zelfs maar belangrijke rol heeft gespeeld. Het woord valt eerlijk gezegd zelden.

6.4.3 Gebruik van het privaatrecht

Heeft dit concept van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking ook gevolgen voor onze opvattingen over het gebruik van het privaatrecht door het bestuur? Zoals ik het zojuist formuleerde strikt genomen niet. Als er immers pas een publiekrechtelijke rechtsbetrekking ontstaat door de uitoefening van een bestuursbevoegdheid, kan het bestuur nog altijd besluiten om zijn bestuursbevoegdheden *niet* uit te oefenen, maar zijn doel te bereiken door het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden.

Dit kan worden ondervangen door het criterium iets te verruimen: er is een publiekrechtelijke rechtsbetrekking, niet alleen wanneer een specifieke bestuursbevoegdheid wordt uitgeoefend, maar zodra het bestuur een specifiek opgedragen taak uitvoert of optreedt ter behartiging van een belang, voor de behartiging waarvan specifieke bestuursbevoegdheden zijn toegekend. Schreuder noemt het eerste een publiekrechtelijke taak, Schlössels het tweede een publiekrechtelijk belang.[158] Er is dus niet pas een publiekrechtelijke rechtsbetrekking als bestuursbevoegdheden worden uitgeoefend, maar reeds als zij kunnen worden uitgeoefend. Sterker nog, er is ook een publiekrechtelijke rechtsbetrekking als die bestuursbevoegdheden wel zijn toegekend, maar in concreto niet kunnen worden uitgeoefend, omdat niet aan de wettelijke voorwaarden is voldaan. In al deze gevallen wordt een publiekrechtelijke rechtsbetrekking gevestigd zodra tussen bestuur en burger een concrete, geïndividualiseerde relatie ontstaat.

Aldus uitgebreid zou het begrip publiekrechtelijke rechtsbetrekking wel gevolgen hebben voor het gebruik van het privaatrecht door het bestuur. Als een publiekrechtelijke rechtsbetrekking exclusief door het publiekrecht wordt beheerst, heeft de overheid binnen het kader van zo'n rechtsbetrekking helemaal geen privaatrechtelijke bevoegdheden en kan het die dus ook niet gebruiken.

In beginsel lijkt mij dat een aantrekkelijk uitgangspunt, want – en hier komt de aap uit de mouw – ik onderschrijf een groot deel van de Maastrichtse analyse. Dat standpunt berust in de grond op de overtuiging dat er geen vrije samenleving kan bestaan zonder een staatsvrije sfeer waarin wij ons grondrecht op het najagen van geluk naar eigen inzicht kunnen uitoefenen, en geen staatsvrije sfeer zonder een onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

De tegenwerping dat er bijvoorbeeld op het gebied van onderwijs, welzijn en gezondheidszorg allerlei – vaak door de overheid of uit publieke middelen gefinancierde – particuliere organisaties bestaan die dezelfde maatschappelijke belangen behartigen als de overheid, overtuigt mij niet. Het recht kan best verdisconteren dat particuliere organisaties die publieke taken op zich nemen daarmee ook verantwoordelijkheden aanvaarden. Maar uiteindelijk blijft het van tweeën één. Ofwel deze organisaties zijn zozeer verstatelijkt dat zij in feite onderdelen van de overheid zijn geworden; dan behoort het publiekrecht onverkort van toepassing te zijn. Ofwel

158 C.A. Schreuder, Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen, diss. RUG 1994, Deventer 1994, blz. 33; R.J.N. Schlössels, Het specialiteitsbeginsel, diss. UM 1998, Den Haag 1998, blz. 257.

het gaat in de kern om echte particuliere organisaties, maar dan is het voor een goed functionerende, pluriforme democratie juist essentieel dat deze organisaties aanspraak kunnen blijven maken op een zekere autonomie, bijvoorbeeld om maatschappelijke belangen vanuit een bepaalde levensovertuiging te behartigen. Dat betekent, dat de relaties tussen dergelijke organisaties en hun cliënten in de kern privaatrechtelijk zijn. Als wij de vrijheid van onderwijs serieus nemen, en het bijzonder onderwijs zichzelf serieus neemt, behoort de rechtsverhouding tussen een leerling en een bijzondere school *niet* identiek te zijn aan die tussen een leerling en een openbare school.

Bovendien hebben wij in de loop der eeuwen een stelsel van waarborgen tegen machtsmisbruik door de overheid ontwikkeld. Een belangrijk onderdeel daarvan is het legaliteitsbeginsel: overheidsoptreden moet zoveel mogelijk zijn gebaseerd op specifieke doelgebonden bevoegdheden. Volgens Scheltema[159] behelst dit beginsel geen zelfstandige waarde, maar het is wel een essentieel mechanisme om drie andere waarden te waarborgen: rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratie.[160] Is het nu werkelijk aannemelijk dat de overheid op grond van haar positie als grootgrondbezitter en miljardair dit beginsel zou mogen ontduiken?

Laat ik iets cynischer worden. De HR vindt dat de privaatrechtelijke weg niet mag worden bewandeld als langs publiekrechtelijke weg een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt. Dat blijkt inmiddels te impliceren dat een resultaat dat langs publiekrechtelijke weg niet, of slechts met een groter kostenrisico, bereikt kan worden, wel langs privaatrechtelijke weg kan worden nagestreefd.[161] De HR heeft ook de meeste beperkingen voor het instellen van onrechtmatigedaadsacties door de overheid weggenomen.

Dit maakt het leven van wetgevingsjuristen een stuk eenvoudiger. Tot dusver plachten wij na te denken over welke resultaten de overheid moest kunnen bereiken, welke bevoegdheden daartoe nodig waren en soms – de cynici ten spijt – zelfs over de vraag of die bevoegdheden in het licht van de beleidsdoelstellingen wel proportioneel waren. Bij nader inzien luistert dat allemaal niet zo nauw. Als 'het beleid' iets wil dat volgens de wet niet kan, kan het – juist daarom! – wel privaatrechtelijk. Desnoods slepen wij de burger op grond van artikel 6:162 BW voor de rechter. Dan vinden wij het bijvoorbeeld maatschappelijk onzorgvuldig jegens de overheid om je eigen terrein te vervuilen. Of – ik huiver bij het voorbeeld – vinden wij het straks maatschappelijk onzorgvuldig jegens de overheid om in je eigen huis te roken, want dat drijft de kosten van de gezondheidszorg zo op.

Maar dan komt er toch een rechter aan te pas? Ja, nou en? De instemming van

---

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

160 U hoeft mij niet te vertellen dat onze parlementaire democratie soms gebrekkig functioneert. Toch betekent regeling bij wet meer dan het verkrijgen van de instemming van de fractiespecialisten die de meerderheid van de zetels vertegenwoordigen. Zij garandeert ook dat ten minste de mogelijkheid bestaat van een publiek debat, niet alleen in het parlement maar ook daarbuiten.

161 HR 22-10-1993, AB 1994, 1 (Staat/Magnus); vgl. ook HR 11-12-1992, AB 1993, 301 (bandweerkosten Vlissingen).

de rechter kan die van de wetgever niet vervangen. De rechter kan geen democratische legitimatie verschaffen. Als iemand mij het roken wil verbieden, wil ik graag tenminste de mogelijkheid om de volgende keer op iemand anders te stemmen.

Om al deze redenen vind ik, met 'Maastricht', dat de HR in Windmill eigenlijk het verkeerde uitgangspunt kiest. Het is niet zo dat de overheid het privaatrecht mag gebruiken tenzij het publiekrecht wordt doorkruist. Er moet juist een bijzondere reden zijn om in afwijking van de hoofdregel toe te staan dat de overheid privaatrechtelijke vormen gebruikt. Soms is die er; daarom hebben we de artikelen 2:1 jo. 2:5 BW nodig. Maar die artikelen kunnen redelijkerwijs niet betekenen dat de overheid alles mag wat U en ik mogen. Zij kunnen in ieder geval niet betekenen dat de overheid haar vermogen mag gebruiken om gezag uit te oefenen. Als het bestuur het gebruik van de ruimte wil ordenen, dan moet het dat doen via bestemmingsplannen en andere daarvoor toegekende publiekrechtelijke instrumenten, en niet via gronduitgifte-overeenkomsten. Als het bestuur mij uit een natuurgebied wil weren, is het niet voldoende dat zij zichzelf eigenaar van dat gebied maakt. Als het bestuur asielzoekers uit andermans woningen wil verwijderen, dan moet het maar zorgen voor een wetje dat daarin voorziet.

6.4.4 Maar dan de praktijk

Het uitgangspunt zou dus moeten zijn, dat publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen door het publiekrecht worden beheerst, en bestuursorganen binnen het kader van die rechtsbetrekkingen derhalve geen privaatrechtelijke bevoegdheden kunnen uitoefenen. Maar wij zullen, deels op pragmatische gronden[162], wel de nodige uitzonderingen en relativeringen op dit uitgangspunt moeten aanvaarden. Ik zie er tenminste drie.

Zelfs 'Maastricht' aanvaardt dat de overheid net als een particulier haar vermogen moet kunnen beheren. De overheid moet de bekende pennen en potloden, maar ook grond voor nieuwe wegen of woonwijken kunnen kopen. In het geval van woonwijken moet zij die grond ook weer kunnen uitgeven aan bewoners. De overheid moet ook een actie uit onrechtmatige daad kunnen instellen als een dronken vrachtwagenchauffeur de pui uit het gemeentehuis rijdt. Zij moet omgekeerd ook aansprakelijk kunnen worden gesteld als een gemeentelijke vuilniswagen de pui uit mijn huis rijdt. Zij moet voorts afspraken kunnen maken over de verhuur van zalen in de gemeentelijke schouwburg, maar ook over private financiering van tunnels en spoorlijnen, en zij moet staatsleningen kunnen afsluiten. Dat zijn allemaal zaken waarvoor tot dusver alleen het privaatrecht een geschikt juridisch instrumentarium biedt.

Dat kan ook gewoon zo blijven. In Frankrijk worden bepaalde contracten voor levering van goederen aan de overheid als publiekrechtelijk beschouwd, maar ik

---

162 Daarmee verwijder ik mij weer van Maastricht, want als in de Maastrichtse geschriften het adjectief pragmatisch wordt gebruikt, is dat doorgaans niet als compliment bedoeld.

geloof niet dat daar in Nederland iemand op zit te wachten. Voor alle gevallen waarin de overheid de middelen die zij voor de uitvoering van haar taak nodig heeft verwerft, onderhoudt, inricht en soms weer vervreemdt, mag zij het privaatrecht blijven gebruiken, zij het dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur en grondrechten ook dan onverkort gelden.

Nu is dit in zoverre geen uitzondering op bovengenoemd uitgangspunt, dat in veel van deze gevallen ook volgens het hiervoor uitgewerkte criterium geen sprake is van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking. Maar die afgrenzing is niet altijd even scherp. Ik heb geen behoefte aan het soort jurisprudentie waarin een aanrijding met een politieauto als publiekrechtelijk wordt beschouwd, en wij ons vervolgens moeten gaan afvragen of dat ook geldt als de politieagent even een stukje omreed om privé een halfje wit te kopen. Dus zullen wij, met de Fransen, maar moeten aannemen dat verkeersaansprakelijkheid in alle gevallen een privaatrechtelijk vraagstuk is.

Een tweede uitzondering vloeit voort uit het feit dat voor allerlei verzorgende taken van de overheid eenvoudig geen publiekrechtelijk instrumentarium voorhanden is. Als iemand in een overheidsziekenhuis wordt verpleegd of een kaartje koopt voor een rijksmuseum, zou ik echt niet weten hoe wij die rechtsverhouding anders zouden moeten kwalificeren dan als een overeenkomst. Zolang geen wettelijke regeling van de publiekrechtelijke overeenkomst voorhanden is, weet ik niet of het nu verstandig zou zijn om ook voor dit type gevallen het gehele overeenkomstenrecht te verheffen tot een verzameling aan bestuursrecht en privaatrecht gemeenschappelijke beginselen.

In de derde plaats bevinden wij ons niet in een nulsituatie. Ik zou niet durven beweren dat de leer van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking geldend recht is in die zin dat alle privaatrechtelijke overeenkomsten ter behartiging van publiekrechtelijke belangen morgen ongeldig zijn. Er wordt over publiek- en privaatrecht te vaak geschreven in termen van het *is* zus of het *is* zo. Het recht is niet, het wordt. Het is voortdurend in beweging, en daarom moeten wij rekening houden met het bestaan van rechtsinstituten die dateren uit tijden waarin andere opvattingen golden. Er bestaan nog allerlei rechtsfiguren en wetten die gebaseerd zijn op de veronderstelling dat de overheid wel privaatrechtelijke bevoegdheden mag gebruiken om publiekrechtelijke belangen te behartigen. Die kunnen wij niet allemaal van de ene op de andere dag afschaffen.

Daarom vind ik, al lijkt dat in strijd met het voorgaande, dat de Hoge Raad groot gelijk had toen hij in Kunst- en Antiekstudio Lelystad[163] weigerde planologie via gronduitgifte-overeenkomsten plotseling te verbieden. Die praktijk is immers, zoals de Hoge Raad ook overwoog, sedert decennia zo wijdverbreid dat de gevolgen van plotselinge afschaffing volstrekt niet te overzien zijn. Daar ligt veeleer een taak voor de wetgever, die een en ander met nette overgangsregelingen in goede banen kan leiden. Evenzo, als een wet is geschreven vanuit de veronderstelling dat de overheid haar doel met eigenaarsbevoegdheden kan bereiken, dan kun je daar bij de uitleg van die wet niet aan voorbijgaan. Wat mij betreft moeten wij op termijn

163 HR 8-7-1991, AB 1991, 659.

van dergelijke wetten en rechtsinstituten af. Maar het vermogen van de praktijk om veranderingen te verwerken is eindig, en tijdens de verbouwing moet de winkel wel openblijven.

Ik zie het concept van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking dus vooral als een strategisch concept voor de verdere ontwikkeling van het bestuursrecht. De winst ervan is vooral, dat het uitgangspunt van de gemene rechtsleer en de doorkruisingsformule wordt omgedraaid: een publiekrechtelijke rechtsbetrekking wordt beheerst door publiekrecht, en in beginsel niet door privaatrecht. Vanuit dat uitgangspunt kunnen wij vervolgens proberen om, bijvoorbeeld in het overeenkomstenrecht, publiekrechtelijke alternatieven voor privaatrechtelijke rechtsfiguren te ontwikkelen, dan wel het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten in publiekrechtelijke wetgeving in te kaderen.[164] Dat is in wezen de stap die de rechtspraak nu voor het schadevergoedingsrecht heeft gezet, en ik pleit er voor om die lijn door te trekken. Maar wij moeten niet de illusie hebben dat dat van de ene dag op de andere kan.

6.5 Terug naar de bevoegdheidsverdeling

6.5.1 De publiekrechtelijke rechtsbetrekking als bevoegdheidsgrondslag?

Systematisch zou het mooi zijn als de bestuursrechter bevoegd zou zijn kennis te nemen van alle geschillen, uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan. Dat zou goed aansluiten bij het systeem van de Grondwet, die in artikel 112, tweede lid, ook aanknoopt bij de aard van de rechtsbetrekking in geschil. Het zou bovendien logisch voortvloeien uit de bestaansreden van de bestuursrechter. De enige min of meer goede reden om een aparte rechter te hebben voor geschillen met de overheid is dat op die geschillen een ander materieel recht van toepassing is dan op geschillen tussen burgers onderling. Het meest logische is dan dat de bestuursrechter bevoegd is als het bestuursrecht van toepassing is, en de burgerlijke rechter als het burgerlijk recht van toepassing is. Nu, zoals ik hiervoor heb betoogd, het toepasselijke recht wordt bepaald door de aard van de rechtsbetrekking, zou dat betekenen dat de burgerlijke rechter kennisneemt van geschillen uit burgerlijke rechtsbetrekkingen ontstaan, en de bestuursrechter van geschillen uit bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan.[165]

Dit zou nog een voordeel hebben. Het besluitbegrip voldoet steeds minder als centraal begrip van het bestuursrecht en grondslag voor de bevoegdheid van de bestuursrechter. Het laat belangrijke vormen van bestuursoptreden buiten beschouwing. Het dwingt ons bovendien vaak bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen in

---

164 Dat laatste is een weinig originele gedachte; De Haan pleit daar al een kwart eeuw voor. Zie laatstelijk P. de Haan, Th. G. Drupsteen, R. Fernhout, bestuursrecht in de sociale rechtsstaat I, Deventer 1996, blz. 446.

165 Dit is in aanleg het systeem van het Duitse recht (par. 40 VwGO), maar juist op het gebied van de schadevergoeding breken de Duitsers met dat systeem. Zie voor een uitvoerige recente beschrijving B.P.J.G. Roozendaal, Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland, diss. EUR 1998, Arnhem 1998.

een reeks afzonderlijke stukjes te knippen, met als gevolg een opeenstapeling van procedures die zowel de burger als het bestuur voor problemen stelt. Het begrip publiekrechtelijke rechtsbetrekking zou de basis kunnen zijn om beide typen problemen te overwinnen.

Toch zou ik er mordicus tegen zijn om morgen een wetsvoorstel in te dienen dat de bestuursrechter bevoegd maakt kennis te nemen van alle geschillen, uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan. De gevolgen daarvan zijn thans niet te overzien. De grenzen van het begrip publiekrechtelijke rechtsbetrekking zijn nog onvoldoende afgebakend, de procesrechtelijke gevolgen van het loslaten van het besluitbegrip nog onvoldoende in kaart gebracht. Het is dan niet aan de wetgever om onversaagd te gaan waar niemand is voorgegaan; daar komen ongelukken van.[166]

De wetenschap daarentegen heeft wel tot taak om nieuwe werelden te verkennen. Naar mijn oordeel kan het concept van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking richtinggevend zijn bij ontdekkingsreizen in de ruimte voorbij het besluitbegrip. Op basis van nieuwe theorievorming kan de wetgever – en in sommige gevallen wellicht de jurisprudentie – dan overzienbare, beheersbare stappen zetten naar een ruimere bevoegdheid van de bestuursrechter. En passant kan sommige bestaande jurisprudentie beter in het systeem worden ingepast. Laat ik van beide een paar voorbeelden geven.

6.5.2 Enkele losse eindjes uit de jurisprudentie

Een van de merkwaardige gevolgen van het besluitbegrip is dat de vraag of de bestuursrechter bevoegd is soms wordt verward met de vraag of het bestuur bevoegd is. Omdat een besluit is gedefinieerd als rechtshandeling, eisen wij dat het berust op een bevoegdheid om rechtsgevolgen in het leven te roepen. Als de rechter een in het kader van een publieke taak genomen beslissing als een besluit aanmerkt, wordt dan ook steevast opgemerkt dat taken geen bevoegdheden kunnen scheppen. Maar zou het juist als het legaliteitsbeginsel zich echt tegen het desbetreffende bestuursoptreden verzet, niet logischer zijn dat de bestuursrechter dat optreden gewoon onrechtmatig verklaart, in plaats van appellant het bos in te sturen met een niet-ontvankelijkverklaring? Het is toch raar als de rechter moet zeggen: omdat het niet mag, ga ik er niet over?

In wezen verhult de discussie over de legaliteit in deze gevallen veelal een discussie over de vraag of er nu publiekrechtelijke of privaatrechtelijke bevoegdheden worden uitgeoefend. Handelt een minister die een schip de toegang tot de Nederlandse territoriale zee weigert in het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking, of namens de Staat als eigenaar van de bodem van de territoriale zee?[167] Voor mij is het antwoord in dit geval evident[168], maar in ieder geval zou de discussie

166 Hoewel... achteraf gezien was de Wet Arob destijds natuurlijk ook een sprong in het duister, die wij nu niettemin positief beoordelen. Maar de wetgever moet niet te *vaak* grote gebaren maken.

167 Aldus de casus van ABRS 10-4-1995, AB 1995, 498 m.nt. G.A. van der Veen (Long Lin).

daar in eerste instantie over moeten gaan. Als de conclusie is dat in casu sprake is van de uitvoering van een publieke taak, dan kan vervolgens de materieel-rechtelijke vraag aan de orde komen of het publiekrecht wel voorziet in een bevoegdheid om schepen te weren. Maar het zou raar zijn om juist uit het ontbreken van een geschreven bevoegdheid te concluderen dat de burgerlijke rechter het verder maar moet uitzoeken.

In wezen volgen wij de hier voorgestane benadering al, als het bestuur pretendeert een geschreven bevoegdheid uit te oefenen: dan is de bestuursrechter sowieso bevoegd, ook als het bestuur in concreto evident onbevoegd heeft gehandeld. Nogal wiedes, want juist dan is de bescherming van de bestuursrechter het meest nodig. Maar geldt dat niet evenzeer als een naar zijn aard publieke taak wordt uitgevoerd?

Iets soortgelijks geldt in casus van het type Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers.[169] Toen de Afdeling die Stichting al bestuursorgaan aanmerkte, was de kritiek dat zij geen enkele wettelijke basis had. Consequent doorgeredeneerd betekent die kritiek, dat de oud-mijnwerkers de toegang tot de bestuursrechter had moeten worden ontzegd, omdat de Staatssecretaris van SZW het legaliteitsbeginsel heeft ontdoken. Dat komt neer op het honoreren van de neiging van sommige Haagse beleidsmedewerkers om dat lastige publiekrecht te ontduiken door hun plannetjes in een privaatrechtelijk jasje te steken. Daarom heeft de bestuursrechter naar mijn oordeel terecht geoordeeld dat naar objectieve maatstaven tussen Stichting en oud-mijnwerkers een publiekrechtelijke rechtsbetrekking bestond, omdat hier een publieke taak werd uitgevoerd. Vervolgens had de bestuursrechter eventueel kunnen oordelen dat de Stichting onbevoegdelijk handelde. Dat was natuurlijk ook heel sneu geweest voor de oud-mijnwerkers, maar de ratio daarvan zou zijn geweest dat het parlement, en niet de staatssecretaris, behoort te beslissen wie er geld krijgt en hoeveel. Zo'n beslissing houdt namelijk ook altijd in wie er geen geld krijgt. In ieder geval waren de oud-mijnwerkers, gelet op de bedragen waar het om ging, met de mededeling dat het een privaatrechtelijke kwestie was ook weinig opgeschoten.

Tenslotte de bestuurlijk-oordeel-jurisprudentie. De hoofdlijn van de jurisprudentie – zo neem ik op gezag van Michiels[170] aan – is nu dat als een belanghebbende vraagt of een activiteit vergunningplichtig is, het antwoord geen besluit is, tenzij het voor hem bezwaarlijk is de beslissing op een vergunningaanvraag of een eventueel handhavend optreden af te wachten. Op zichzelf lijkt mij dat verdedigbaar, maar ik kan het niet uitleggen in termen van het wel of niet op rechtsgevolg gericht zijn van het bestuurlijk oordeel. Het zou veel begrijpelijker worden, als wij – op het voetspoor van Ruiter – zouden aannemen dat bestuursorganen in het kader van publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen bevoegd zijn declaratoire oordelen te

168 Volgens mij is een beslissing om in beginsel normaal gebruik van een openbare zaak te verbieden naar haar aard publiekrechtelijk – daargelaten dat ik wat moeite heb met de gedachte dat iemand, zelfs de Staat, eigenaar van de zee kan zijn.

169 ABRS 30-11-1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra.

170 F.C.M.A. Michiels, Rechtsoordelen zonder rechtsbescherming, noot bij ABRS 16-10-1997, AB 1997, 438, Ars Aequi 47(1998), blz. 695.

geven. Vervolgens kunnen wij een discussie hebben over de vraag in welke gevallen daartegen beroep moet openstaan. Dat zou bijvoorbeeld kunnen aan de hand van de vraag, wanneer iemand door zo'n bestuurlijk oordeel los van een latere beschikking voldoende in zijn belang wordt getroffen (vgl. art. 6:3 Awb). Want daar gaat het eigenlijk over, dunkt mij.

In al deze gevallen zou naar mijn oordeel het begrip publiekrechtelijke rechtsbetrekking een bevredigender verklaring voor de huidige jurisprudentie bieden dan het begrip besluit.

6.5.3 Feitelijke handelingen

Een van de redenen om het begrip publiekrechtelijke rechtsbetrekking niet onmiddellijk tot maatstaf voor de bevoegdheid van de bestuursrechter te maken, is dat de bestuursrechter daarvoor zou moeten gaan oordelen over een niet overzienbare categorie feitelijke handelingen van het bestuur. Dat sluit echter niet uit dat de wetgever zou kunnen overwegen de bestuursrechter de bevoegdheid te geven om te oordelen over vorderingen tot vergoeding van schade, veroorzaakt door bepaalde categorieën feitelijk handelen.

Eén categorie zou misschien zelfs wel door de jurisprudentie binnen boord kunnen worden gehaald. De Afdeling overweegt in Van Vlodrop dat een publiekrechtelijke rechtsbetrekking ontstaat door de *uitoefening* van een bestuursbevoegdheid, waarbij de bestuursrechter slechts bevoegd is als het om een bevoegdheid tot het nemen van besluiten gaat. Het woord 'uitoefening' wekt de indruk dat in de visie van de Afdeling pas een publiekrechtelijke rechtsbetrekking ontstaat als het besluit is genomen. Naar mijn oordeel is echter goed te verdedigen, dat die rechtsbetrekking vaak al eerder ontstaat: in ieder geval zodra een aanvraag wordt ingediend, maar soms ook door andere voorbereidingshandelingen. Dat is van belang, omdat die handelingen soms los van een later besluit schade kunnen veroorzaken. Daarbij valt met name te denken aan het verschaffen van onjuiste inlichtingen over de mogelijkheid een begunstigend besluit te krijgen (de Frank Bolsius-gevallen) en *a fortiori* aan later onhoudbaar blijkende toezeggingen. M.i. is er veel voor te zeggen om de bestuursrechter de bevoegdheid te geven om over dit type schadeclaims te oordelen.

Een tweede categorie feitelijke handelingen betreft de uitoefening van toezichtsbevoegdheden als bedoeld in afdeling 5.2 Awb. In theorie oordelen thans drie rechters over de rechtmatigheid van toezichtshandelingen: de strafrechter als het verkregen bewijs wordt gebruikt voor een strafvervolging, de bestuursrechter als een bestuurlijke sanctie volgt, en de burgerlijke rechter als uiteindelijk geen van beide gebeurt. Maar ook in het laatste geval kan er wel onrechtmatig zijn gehandeld en schade zijn veroorzaakt. Nu de rechtsbetrekking tussen toezichthouder en degene jegens wie toezicht wordt uitgeoefend volgens mij onmiskenbaar publiekrechtelijk van aard is, zou kunnen worden overwogen om schadeclaims terzake door de bestuursrechter te laten beoordelen – al zou de afbakening met de strafrechter dan wel eerst goed doordacht moeten worden.

Tenslotte feitelijke handelingen in het kader van de handhaving van de openbare orde. Ik herinner mij nog levendig hoe ik op 30 april 1980[171] ternauwernood kon vermijden dat de rechtsbetrekking tussen mij en de burgemeester van Amsterdam de fysieke vorm aannam van een mep met een ME-lat. Eenzijdiger en verticaler kan het nauwelijks worden, zou ik denken. Als ergens de rechtsbescherming van het publiekrecht gerechtvaardigd is, is het wel op dit terrein. Van der Meulen[172] heeft dan ook al eens voorgesteld de bestuursrechter terzake bevoegd te maken; mijns inziens verdient dat in ieder geval voor schadeclaims terzake serieuze overweging.

6.5.4 Overeenkomsten

Bestuursorganen sluiten aan de lopende band overeenkomsten, met elkaar en met burgers. Heel vaak gebeurt dat in het kader van publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen. Niettemin kwalificeert de bestuursrechter deze overeenkomsten vrijwel steeds als privaatrechtelijk, en laat hij geschillen daarover over aan de burgerlijke rechter – die er, paradoxaal genoeg, vaak geen moeite mee heeft om die overeenkomsten publiekrechtelijk te noemen.[173] Daardoor moet de wetgever zich soms in vreemde bochten wringen, zoals bij de totstandkoming van de subsidietitel van de Awb. Hoewel sommige subsidies een sterk tweezijdig karakter hebben, hamerde de wetgever erop dat subsidies bij beschikking, en niet bij overeenkomst, moesten worden verstrekt.[174] Dat was niet omdat de wetgever iets tegen afspraken had, maar omdat hij wilde zeker stellen dat de bestuursrechter over de verstrekking van subsidies zou oordelen. Dat was een noodgreep; goed beschouwd is het vreemd dat het bestuursrecht geen regels geeft voor een ook in de bestuurspraktijk zo alledaagse activiteit als het maken van afspraken.

In de literatuur zijn dan ook wel stemmen opgegaan om bepaalde beslissingen tot het aangaan of uitvoeren van overeenkomsten als besluiten aan te merken.[175] Dat zou in de nieuwe jurisprudentie zijn in te passen door aan te nemen dat het beginsel *pacta sunt servanda* een aan bestuursrecht en privaatrecht gemeenschappelijk beginsel is, en op dit beginsel vervolgens enkele correcties aan te brengen in verband met het algemeen belang en de belangen van derden. Toch aarzel ik sterk of dit verstandig is. Volgens mij zou het veel beter zijn eerst een goede wettelijke regeling van de verschillende typen publiekrechtelijke overeenkomsten tot stand te brengen. Daarbij kan dan ook worden nagedacht over de vraag welke procesrechtelijke voorzieningen nodig zijn om de bestuursrechter bevoegd te kunnen

171 Niet zonder schrik realiseer ik mij dat er inmiddels al weer juristen moeten bestaan die toen nog kleuters waren. Voor hen: op die dag werd Koningin Beatrix ingehuldigd en waren er rellen in Amsterdam.

172 B.M.J. van der Meulen, Ordehandhaving, diss. VU 1993, Deventer 1993, blz. 303 e.v.

173 Vgl. bijv. HR 10-4-1987, AB 1987, 336 en 23-6-1989, NJ 1991, 673 (GCN/Nieuwegein I en II).

174 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, blz. 25/26.

175 Zie voor de subsidieovereenkomst M.J. Jacobs, W. den Ouden, Hoedt U voor artikel 4:36 Awb!, NTB 1997, blz. 254 en meer in het algemeen P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat II, Deventer 1998, blz. 112 e.v.

maken. Een niet onbelangrijke vraag, die in de literatuur tot dusver weinig aandacht krijgt[176], is bijvoorbeeld in hoeverre dan ook het bestuur de bevoegdheid moet krijgen om vorderingen tot nakoming, ontbinding of schadevergoeding bij de bestuursrechter in te stellen. Pas als die zaken geregeld zijn, is het verantwoord om de bestuursrechter bevoegd te maken.

6.6 Slot

De jurisprudentie inzake zuivere schadebesluiten en terugvorderingsbesluiten is principieel en praktisch een belangrijke stap op weg naar een volwassen bestuursrecht. Praktisch, omdat zij een belangrijke categorie geschillen overhevelt naar de bestuursrechter. Principieel, omdat zij verder afstand neemt van de gemene rechtsleer. Maar de emancipatie van het bestuursrecht is nog niet voltooid. Er is ruimte en reden voor een verdere ontwikkeling, waarbij het concept van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking als richtinggevende idee kan fungeren.

Bij het voorbereiden van dit preadvies heb ik echter wel vaak moeten denken aan een cartoon van Peter van Straaten, die sedert jaar en dag tegenover de koffieautomaat op mijn Haagse werkplek hangt. Die cartoon toont enkele zorgelijk kijkende middelbare heren rond een vergadertafel. De voorzitter gebaart met zijn sigaar en zegt: 'U ziet heren, de problemen zijn omvangrijk, maar de oplossingen zijn helemáál niet te overzien!'

Dat is met de oplossing van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking ook wel een beetje het geval. Daarom heb ik steeds gepleit voor een geleidelijke ontwikkeling naar een ruimere bevoegdheid van de bestuursrechter, waarbij wetgeving en jurisprudentie telkens kleine, overzienbare stappen zetten.

Zo'n ontwikkeling mondt op den duur uit in het loslaten van het besluitbegrip als maatstaf voor de bevoegdheid van de bestuursrechter. Mijn voorstel voor een zelfstandige bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie biedt een eerste gelegenheid om met de gevolgen daarvan ervaring op te doen. Als de bestuursrechter over overeenkomsten gaat oordelen, zullen er meer acties bij (moeten) komen. Dat heeft ingrijpende gevolgen voor het procesrecht. Naar mijn stellige overtuiging leidt dat op termijn tot een beter, volwaardiger bestuursrecht, waarin de door het besluitbegrip opgeroepen formele en procedurele vragen een minder dominante plaats in nemen, en dienovereenkomstig meer aandacht kan uitgaan naar de materiële vragen waar het uiteindelijk om gaat.[177]

Maar nogmaals, voor het zover is, moet er nog heel wat denkwerk worden verricht, en heel wat wetgevende arbeid worden verzet.[178] Het concept van de

176 Maar zie P. de Haan, Het moderne bestaansrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht, preadvies Calvinistische Juristenvereniging 1998, Den Haag 1998.

177 Vgl. voor andere ontwikkelingen in die richting ook D. Allewijn, Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter, RM Themis 1998, blz. 291.

178 Waarbij ik – en dit is de enige zin in dit preadvies die niet op strikt persoonlijke titel is geschreven – maar meteen benadruk dat de wetgevingscapaciteit beperkt is, en dat uit zaken als regeerakkoorden soms andere prioriteiten voortvloeien.

publiekrechtelijke rechtsbetrekking is daarom vooral een agenda voor de toekomst, die nog veel spannende discussies zal opleveren. Het wordt voor bestuursjuristen wel een leuke eeuw, denk ik.

Geschreven privaatrecht of ongeschreven publiekrecht?

Mr. J.L. de Wijkerslooth

1. De magische lijn 77

2. Een voorbeeld 79

3. Enige gezichtspunten 81

4. Het privaatrechtelijk uitgangspunt 85

5. Weg met het besluit? 88

6. De rechtshandeling 90

7. Het publiekrechtelijke rechtsbeginsel 94

8. Mogelijke alternatieven 97

9. Argwaan tegen het privaatrecht 100

10. Ten slotte 105

1. De magische lijn

De term 'magische lijn' is onlosmakelijk verbonden met Van der Hoeven. In het artikel onder deze titel[1] tracht hij de kloof tussen publiek- en privaatrecht te overbruggen. Hij betoogt dat 'de omstandigheid dat een handeling deel uitmaakt van de publieke taakvervulling gevolgen heeft voor de inhoud van het recht waardoor die handeling wordt geregeerd – onverschillig of dat privaat- of publiekrecht in de klassieke zin des woords is'. Het privaatrecht ondergaat, naar zijn oordeel, steeds waar de publieke taakvervulling een rol speelt, daarvan de invloed (gaat 'publiekrechtelijke' elementen opnemen); het publiekrecht laat het omgekeerde verschijnsel zien (gaat 'privaatrechtelijke' trekken vertonen). De rechtsontwikkeling is de afgelopen dertig jaar in een aantal opzichten aan de wensen van Van der Hoeven tegemoet gekomen. Osmose tussen publiek- en privaatrecht heeft, daargelaten of de maatstaf van de publieke taakvervulling daarvoor steeds de sleutel is geweest, stellig plaatsgevonden. In het bestuursrecht wordt bijvoorbeeld op het punt van de schadevergoeding[2], de onverschuldigde betaling[3] en de verjaringstermijnen[4] als ongeschreven publiekrecht aansluiting gezocht bij het civiele recht. Andersom hebben in het burgerlijk recht bijvoorbeeld de doorkruisingsleer en de regel dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht een eigen plaats gevonden. Dat heeft echter de scherpte van de tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht niet bij iedereen verzacht. Integendeel verdedigd wordt dat het publiekrecht zoveel mogelijk de overheid moet (gaan) regeren in plaats van het privaatrecht. 'Publiekrechtelijke waarden en uitgangspunten als democratisch principe, rechtmatigheid van bestuur, specialiteit en respectering van grondrechten, worden steeds ernstiger bedreigd door gelijkstelling van de overheid met een burger. Het onvermogen of de onwil bij de burgerlijke rechter om het eigene van de overheid en van de overheidsgestie op de juiste manier in te schatten lijkt verklaarbaar te zijn uit diens positie als rechter in het maatschappelijk

1 J. van der Hoeven, De magische lijn. Verkenning op de grens van publiek- en privaatrecht; in: Honderdjarig rechtsleven, Zwolle 1970, p. 201 e.v.

2 Vgl. bijvoorbeeld CRvB 30 maart 1995, AB 1995, 334, CRvB 8 november 1995, JB 1995, 296, AB 1996, 191, CRvB 21 mei 1997, AB 1997, 276.

3 ABRS 21 oktober 1996, AB 1996, 496 (N. Verheij), JB 1996, 232 (HJS).

4 ABRS 19 september 1994, AB 1995, 210 (PvB); CRvB 14 december 1995, TAR 1996, 32.

verkeer tussen personen en verbanden, waarvan de voorvragen naar bekwaamheid en intern statuut niet worden gesteld. Deze rechter miskent daarbij echter zijn historische erfenis als aanvullende rechtsbeschermer van de burger tegen de overheid'.[5] Zoals de hier weergegeven woorden van Tak al aanduiden gaat het om meer dan alleen het privaatrecht als boosdoener, de burger – en misschien ook wel de overheid – zijn niet in veilige handen bij de burgerlijke rechter. Recht doen aan de autonomie van het bestuursrecht verzekert tevens dat de burger binnen het administratieve recht rechtsbescherming kan genieten. De rechtsbescherming van de burgerlijke rechter, merkt Simon[6] op is dan wel niet (zonder meer) minder goed, maar de burgerlijke rechter is (financieel en anderszins) minder toegankelijk dan de bestuursrechter.

De opvattingen van Tak zijn, naar ik aanneem ter wille van het debat, extreem geformuleerd en worden in de literatuur niet alom gedeeld.[7] Een versnelling in de ontwikkeling gericht op een uitbreiding van de zelfstandige werkingssfeer van het publiekrecht is gezien de jurisprudentie van de bestuursrechter echter onmiskenbaar. Omdat de Algemene wet bestuursrecht is gestructureerd rond het besluitbegrip wordt de ruimte daarvoor gezocht en gevonden door steeds vaker overheidshandelen als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb te typeren. Hoe men ook nadenkt over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, deze ontwikkeling lijkt mij niet steeds even gelukkig, want zij roept ook lastig te hanteren problemen op.

---

5 A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht, 's-Gravenhage 1997, p. 514.

6 Noot bij ABRS 11 mei 1998, JB 1998, 197.

7 Ik verwijs naar de commentaren op 'De overheid in het burgerlijk recht': D.A. Lubach, NTB 1997, p. 269 e.v.; M.W. Scheltema, NTBR 1998, p. 123 e.v.; A.R. Bloembergen, RMTh 1998, p. 49; P. de Haan NTB 1998, p. 94 e.v.

2. Een voorbeeld

Laten we aannemen dat in een oud stadshart een nieuw gemeentehuis wordt gebouwd. Omwonenden hebben in een vroeg stadium van de ontwikkeling van deze nieuwe parel aan de kroon van de gemeente hun zorg uitgesproken over de risico's van schade aan de omliggende bebouwing die de ingrijpende werkzaamheden met zich kunnen brengen. Ze hebben geschreven aan het College van B&W dat de hoofdzakelijk 18e- en 19e-eeuwse bebouwing in hun buurt de trillingen bij de aanleg van de fundering, de wijziging in de grondwaterstand door de benodigde bronbemaling voor de aanleg van de diepe onderkeldering (parkeergarage) en het gedender van het zware vrachtverkeer waarschijnlijk niet ongeschonden kan doorstaan. De gemeente sust de gemoederen en sluit met de omwonenden een convenant. Daarin wordt door de gemeente toegezegd dat zowel in het bestek bij de opdrachtverlening aan de aannemer als in de bouwvergunning de nodige eisen zullen worden gesteld ter afwending van schaderisico's, dat verder aan het directievoerende architectenbureau zal worden opgedragen toezicht te houden en dat tenslotte door de gemeente in het kader van het bouwtoezicht verscherpt zal worden toegezien op de naleving van de bouw- en vergunningvoorschriften. Tenslotte verbindt de gemeente zich te voorzien in een schaderegeling, indien daartoe aanleiding zou blijken te bestaan. De gemeente laat zich op het punt van het eisenpakket niet onbetuigd. Zowel in het bestek als in de bouwvergunning worden de nodige bijzondere bepalingen opgenomen ter bescherming van de belendingen. De omwonenden zijn daarmee tevreden. Er wordt tegen het verlenen van de bouwvergunning geen bezwaar gemaakt. Het gaat toch mis. De ontgravingen, de bronbemaling, de heiwerkzaamheden en mogelijk ook de trillingen van de voortdurend af en aan rijdende uiterst zwaar beladen vrachtwagens veroorzaken scheuren in aangrenzende bebouwing. Achteraf bestaat onzekerheid of een enkel bijzonder voorschrift in de bouwvergunning de kans op schade niet eerder heeft vergroot dan verkleind. Er verschijnt een technisch rapport dat daarop wijst. Onduidelijk is verder of de bouwonderneming zich gehouden heeft aan de diverse voorschriften. Wel is komen vast te staan dat het beoogde toezicht op de bouw voor wat betreft de gevolgen voor de belendingen niet die aandacht heeft gekregen die het verdiende. De met het toezicht belaste ambtenaar was ziek en zijn vervanger onervaren, hetgeen geleid heeft tot het uitblijven van de benodigde aanwijzingen. De omwonenden wensen uiteraard hun schade te verhalen. De communicatie met de bou-

wonderneming verloopt slecht. Deze is wel bereid de nodige herstelwerkzaamheden zelf uit te voeren, maar droomt niet over vergoeding van gevolgschade, zoals omzetverliezen bij winkels die enige tijd moeten sluiten om de reparatiewerkzaamheden naar behoren te kunnen verrichten. Op een noodkreet van de omwonenden dat de gemeente zich hun belangen moet aantrekken antwoordt het College van B&W in een uitvoerige brief met een teleurstellend standpunt: elke verantwoordelijkheid wordt afgewezen omdat de bouwondernemer als de grote boosdoener wordt aangemerkt.

Arme omwonenden. Hoe nu verder? Zij wenden zich tot een in het bouwrecht gespecialiseerd advocaat. Deze zegt dat het hem voor de hand liggend lijkt om de bouwonderneming en de gemeente hoofdelijk aansprakelijk te stellen, beiden uit onrechtmatige daad, maar de gemeente ook uit wanprestatie en hen tezamen in een civiele procedure te betrekken, maar hij verwijst toch naar een meer bestuursrechtelijk georiënteerde collega, omdat hij niet gerust is over de betekenis van de brief van de gemeente. De bestuursrechtspecialist adviseert dat het hem verstandig lijkt in ieder geval ook in bezwaar te gaan tegen de brief van het College van B&W. Hij zegt onder verwijzing naar onder andere de Van Vlodrop-uitspraak[8] dat de brief van de gemeente opgevat zou kunnen worden als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Hij is er na lezing van de uitspraken in de zaken Romkema-Smallingerland[9], Hilarides-It Marrelân[10] en Visser-Sliedrecht[11] niet zeker van of een dergelijk besluit appellabel is, maar acht dat niet uitgesloten. Gezien het Changoe-arrest[12] zou het niet maken van bezwaar kunnen impliceren dat de omwonenden met lege handen komen te staan.

Het voorbeeld kan makkelijk verder worden gecompliceerd. Soortgelijke voorbeelden kunnen ook op andere terreinen worden gegeven. Ik wil ermee aanduiden dat in de discussie over de rechtsontwikkeling op het gebied van het zelfstandig schadebesluit – en breder over de verhouding tussen het publiek- en het privaatrecht – een enkel gezichtspunt misschien meer accent behoeft dan het krijgt.

---

8 ABRS 6 mei 1997, JB 1997, 118 (HJS), AB 1997, 229 (PvB), BR 1997, p. 599 (B.P.M. van Ravels), Rawb 1997, 96 (B.J. Schueler).

9 ABRS 11 mei 1998, JB 1998, 197 (HJS), AB 1998, 298 (M.J. Jacobs).

10 ABRS 27 augustus 1998, AB 1998, 389 (AvH).

11 ABRS 21 september 1998, JB 1998, 241 (HJS).

12 HR 28 februari 1992, NJ 1992, 687 (MS), AB 1992, 301 (FHvdB), Gst. 6925, nr 6 (L.J.A. Damen), TAR 1992, 86 (P.L. de Vos), AA 1993, p. 282 (L.J.A. Damen).

3. Enige gezichtspunten

Bij elke jurisprudentiële stap die een effect kan hebben op de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter zou nadrukkelijker aandacht moeten worden geschonken aan de vraag of voor de justitiabele een doorzichtig en hanteerbaar stelsel blijft bestaan. De toegang tot de rechter, voor zover hier van belang, in een geschil met de overheid over schadevergoeding vormt een fundamenteel beginsel van de rechtsstaat. De vaststelling dat toegang tot de rechter altijd is gewaarborgd op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad, krachtens welke de burgerlijke rechter stelselmatig aanvullende rechtsbescherming verleent, is op zichzelf juist. Zeker is ook dat, waar men competentiegrenzen ook tracht te trekken, in het grensgebied soms lastige vragen rijzen. Maar het moet bij incidenten blijven, anders wordt ten onrechte afbreuk gedaan aan de effectiviteit van de geboden rechtsbescherming. Andersom heeft ook de overheid belang bij een duidelijk stelsel van rechtsmachtverdeling. Er behoort op een zo groot gebied als bijvoorbeeld het schadevergoedingsrecht geen jarenlange onzekerheid te bestaan welke rechtspraakkolom moet worden geadieerd, met alle risico's en kosten van dien. Het is ongelukkig wanneer subtiele, soms omstreden, dogmatisch getinte en van geval tot geval voortschrijdende keuzen over het besluitbegrip en daarmee samenhangend over de appellabiliteit van besluiten rechtstreeks bepalend zijn voor de rechtsmachtverdeling. De gedachte van Van Buuren[13] dat art. 96a Rv goede diensten kan bewijzen om de gevolgen van de onzekerheid met betrekking tot de vraag welke rechter of rechters bevoegd zijn voor de burger te keren, waag ik te betwijfelen. In de eerste plaats moet worden bedacht dat, voordat de burgerlijke rechter toepassing kan geven aan art. 96a Rv, meestal reeds een volledige procedure, waarin waarschijnlijk ook alle inhoudelijke kanten van de zaak aan de orde zijn geweest, mogelijk zelfs in meer instanties is gevoerd. Een vergeefse procedure is derhalve hoe dan ook het gevolg van de gesignaleerde onzekerheid. Belangrijker is echter dat toepassing van art. 96a Rv veronderstelt dat de burgerlijke rechter een eiser niet-ontvankelijk verklaart in zijn vordering. Voor een niet-ontvankelijkverklaring in dit verband zal echter slechts ruimte zijn indien – en dan gaat men al uit van een vrij ruime opvatting – uiterlijk ten tijde van het instellen van de civiele vordering een bestuursrechtelijke procedure openstond en eiser om de in art. 96a lid 2 Rv

13 P.J.J. van Buuren, AB Klassiek 1997, p. 362.

opgesomde redenen van deze procedure geen gebruik heeft gemaakt. Niet-ontvankelijkverklaringen in een nog bredere groep gevallen leiden waarschijnlijk tot een botsing met de leer van de formele rechtskracht.[14] Art. 96a Rv biedt naar het zich laat aanzien onvoldoende soelaas voor degene die initieel de bestuursrechtelijke termijnen heeft laten verlopen. Dat is eerder regel dan uitzondering. De schier eindeloze reeks arresten van de Hoge Raad over de formele rechtskracht demonstreert dit ook.

De Van Vlodrop-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft evident tot doel de verwarring die was ontstaan na de uitspraken in de zaken Alpha-Minister van VROM[15] en Beurskens-GS Noord-Brabant[16] in een uitvoerig gemotiveerde uitspraak ten einde te brengen. Dat betekent echter niet dat met de Van Vlodrop-uitspraak de problemen van tafel zijn. Hoe moet men een geval als hiervoor beschreven voor wat betreft de gemeente benaderen? Is er sprake van een onrechtmatige daad? Dat is stellig denkbaar. Een opdrachtgever kan onder omstandigheden aansprakelijk zijn voor bij bouwwerkzaamheden toegebrachte schade aan belendingen. Dat is echter puur civielrechtelijk gedacht. Even privaatrechtelijk zou het zijn wanneer men de gemeente onrechtmatig handelen of wanprestatie tegenwerpt door te wijzen op het falend bouwtoezicht, ondanks de toezegging dit juist te intensiveren. Kan men de gemeente echter ook een schending van een publiekrechtelijk rechtsbeginsel tegenwerpen? Mogelijk wel. Men zou kunnen verdedigen dat de verlening van de bouwvergunning ook jegens de omwonenden een publiekrechtelijke rechtsverhouding schept. Het geven van voorschriften in een bouwvergunning die beogen schade te voorkomen, maar die in het tegendeel verkeren kan onrechtmatig zijn. De verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad is, opgevat als rechtsbeginsel, publiekrechtelijk van aard 'indien het zijn werking doet voelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding'. Zo bezien is de schriftelijke weigering van de gemeente schade te vergoeden een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Appellabel is het zuiver schadebesluit in dit licht mogelijk ook. Van de bouwvergunning staat immers beroep open. Men kan ook denken dat de bouwvergunning geheel buiten beschouwing behoort te blijven, omdat daartegen geen bezwaar is gemaakt. Formele rechtskracht? Zouden de omwonenden hieraan kunnen ontkomen door zich op het standpunt te stellen dat hoe dan ook jegens hen het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten is geschonden en dat daarom door de gemeente ten behoeve van hen een schaderegeling moet worden vastgesteld? Zij zouden daartoe mede kunnen verwijzen naar het convenant. De weigering van de vaststelling van een schaderegeling is, zo lijkt het op grond van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, een (appellabel) besluit. Het bijzondere bij dit alles is dat de

14 Vgl. voor deze discussie met verwijzing naar verdere literatuur: Onrechtmatige daad (Damen) V, Onrechtmatige overheidsdaad A.3, aant. 71.

15 ABRS 29 november 1996, JB 1996, 253, AB 1997, 66 (BvB), Gst 100.7047 nr. 5 (HH), Rawb 1937, 37 (B.J. Schueler) BR 1997, p. 429 (B.P.M. van Ravels).

16 ABRS 18 februari 1997, JB 1997, 47 (HJS) AB 1997, 143 (BvB), Gst 7052 nr. 6 (HH) BR 1997, p. 432 (B.P.M. van Ravels) Rabw 1997, 68 (B.J. Schueler).

verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van het égalité-beginsel en die uit onrechtmatige daad elkaar heel wel kunnen overlappen. Ten slotte kan men publiekrechtelijk ook de blik richten op het falend bouwtoezicht. Dat lijkt feitelijk handelen en dus zou de weigering schade te vergoeden een rechtshandeling naar privaatrecht moeten zijn. Ook daarover kan men echter aarzelen. Schept de toezegging jegens de omwonenden in het convenant tot verscherpte handhaving (een publiekrechtelijke bevoegdheid) een publiekrechtelijke rechtsverhouding? En betekent dit dat de weigering tot vergoeding van schade die het gevolg is van de schending van die toezegging moet worden aangemerkt als een besluit? Zou dit besluit appellabel zijn? Het is niet mijn bedoeling deze vragen hier van een antwoord te voorzien maar om aan te geven dat de uitwerking van de Van Vlodrop-uitspraak nogal wat nadere jurisprudentie zal vergen. Dat is boeiend voor degenen die bij dergelijke jurisprudentie professioneel zijn betrokken, maar de gedachte: 'Who pays the ferryman?' knaagt enigszins.

Verder is het van belang onder ogen te zien dat bij schadeveroorzakend handelen niet steeds uitsluitend op de overheid de verplichting rust of kan rusten een bepaalde schade te vergoeden, maar ook op een derde niet-overheidspartij. Op grond van art. 6:102 lid 1 BW leidt meerdaderschap tot hoofdelijke aansprakelijkheid en tot een regresbevoegdheid. Het is inefficiënt om wanneer zich voor één schade meer aansprakelijke partijen aandienen (de overheid en derden) het onderzoek naar de aansprakelijkheid en de daarvoor benodigde feitenvaststelling over meer dan één rechtspraakkolom te verdelen. Het leidt bovendien tot een onnodige vermenigvuldiging van procedures, omdat partijen gedwongen worden tot het instellen van zelfstandige regresvorderingen en schept tenslotte een niet te verwaarlozen risico van niet met elkaar sporende of tegenstrijdige rechterlijke oordelen.

Tenslotte zou acht moeten worden geslagen op het feit dat in tal van verhoudingen overeenkomsten een rol spelen waarbij de overheid partij is. Zolang het overheidsovereenkomstenrecht niet systematisch op grond van een (algemene) wettelijke regeling in het bestuursrecht is ingebed zullen deze overeenkomsten materieelrechtelijk mede aan het overheidsprivaatrecht of – zo men een dergelijke term als minder bezwaarlijk ziet – aan het overheidsvermogensrecht[17] zijn onderworpen en geschillen over het sluiten, de inhoud en de uitvoering van deze overeenkomsten in de regel ten toets staan bij de burgerlijke rechter. Een poging de overeenkomstsluitende overheid onder een bestuursrechtelijk regime te brengen louter door in de diverse stadia van de voorbereiding en de uitvoering van overeenkomsten besluiten in de zin van art. 1:3 Awb te 'herkennen', zo nodig mede onder aanpassing van de bij de uitleg van art. 8:3 Awb gehanteerde theorie ter wille van de appellabiliteit, overtuigt mij niet. De analyses hoe aangekeken moet worden tegen de uitvoeringsovereenkomst bij subsidieverstrekking van art. 4:36 Awb[18] demonstreren dat het bij fricties

17 Vgl. J.B.M. Vranken, WPNR 6315, p. 331.

18 Vgl. bijvoorbeeld G.R.J. de Groot, B.M.J. van der Meulen, A.A. van Rossum, Subsidies, beleidsregels, bestuursorganen, het wetsvoorstel derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, NJB 1994, p. 1194; H.J. Simon, A.J. Bok, Subsidies, in: A.J. Bok e.a., Nieuw

in de onderhandeling over of de nakoming van subsidieovereenkomsten allerminst eenvoudig is vast te stellen welke rechter waarover moet oordelen. Meer in het algemeen geldt dat overeenkomsten lang niet steeds uitsluitend rechten en verplichtingen behoeven te scheppen tussen één overheidslichaam en één wederpartij. Meerpartijenovereenkomsten waarbij niet alleen één of meer overheidslichamen maar ook meerdere private partijen zijn betrokken, die alle ten opzichte van elkaar uiteenlopende verplichtingen aanvaarden, zijn heel wel denkbaar. De publiek-private samenwerking biedt op dit vlak nog interessante perspectieven. Het lijkt verstandig geschillen in dergelijke meerpartijenovereenkomsten door één rechter te laten beslechten in één procedure waarin alle partijen betrokken zijn.

bestuursrecht, derde tranche, Nijmegen 1997, p. 74; M.J. Jacobs/W. den Ouden, Hoedt u voor art. 4:36 Awb, NTB 97, p. 254.

4. Het privaatrechtelijk uitgangspunt

Met Bloembergen[19] en De Haan[20] meen ik dat de wettelijke grondslag voor de bevoegdheid van een overheidslichaam deel te nemen aan privaatrechtelijk rechtsverkeer is geschapen in de artt. 2:1 en 2:5 BW. Dat is allerminst een legistisch argument. De term 'allen' in art. 1:1 lid 1 BW ('Allen die zich in Nederland bevinden zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten') heeft niet alleen betrekking op natuurlijke personen maar ook op rechtspersonen, dus ook op de overheidslichamen, wier rechtspersoonlijkheid hetzij in art. 2:1 lid 1 BW hetzij bij bijzondere wet in het leven is geroepen. Het geldt overigens ook voor buitenlandse rechtspersonen en zelfs vreemde mogendheden of onderdelen daarvan die naar eigen recht rechtsbevoegdheid bezitten. Het staat, als aan die voorwaarde is voldaan, een vreemde mogendheid volstrekt vrij naar Nederlands recht een ambassadegebouw te huren, of personeel in dienst te nemen.[21] De gedachte dat het privaatrecht zelf voor een bij wet als rechtspersoon erkend overheidslichaam – voorzover hier van belang – vermogensrechtelijke bevoegdheden schept, wordt overigens mede tot uitdrukking gebracht in artikel 3:14 BW. Daar wordt immers gezegd dat een bevoegdheid die 'iemand' krachtens het burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van het publiekrecht. Art. 3:14 heeft niet uitsluitend betrekking op de overheid, maar het gaat bij de term 'iemand' toch met name over de overheidsrechtspersoon. Deze komen bevoegdheden toe krachtens het burgerlijk recht. Privaatrechtelijke rechtsbevoegdheid van het overheidslichaam ligt voorts besloten in art. 3:305b BW, dat bepaalt dat een overheidslichaam een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van andere personen, voor zover hem de behartiging van deze belangen is toevertrouwd. Buiten het Burgerlijk Wetboek wordt de privaatrechtelijke bevoegdheid van de overheid als rechtspersoon ook bevestigd. Voor wat betreft de Staat bepaalt art. 27 lid 1 Comptabiliteitswet dat Onze Ministers, ieder met betrekking tot de begrotingen waarover hij het beheer voert, namens de Staat de privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten die uit het te voeren beheer voortvloeien. Men kan ook verwijzen naar artt. 8:72 lid 7, 8:73 en 8:74 Awb. Stelselmatig

19 A.R. Bloembergen, Overheidsprivaatrecht: Schets van een algemeen deel, WPNR 1992, 6074, p. 950 e.v.; RMTh 1998, p. 49 e.v.

20 P. de Haan, De overheid in het burgerlijk recht van A.Q.C. Tak, NTB 1998, p. 94 e.v.

21 Vgl. in dit verband: HR 3 oktober 1997, NJ 1998, 887 (PV).

wordt in deze artikelen niet het bestuursorgaan maar de rechtspersoon aangewezen als de entiteit op wie een financile verplichting rust. Dat veronderstelt dat het overheidslichaam als rechtspersoon drager is van de vermogensrechtelijke verplichtingen.

Gegeven de erkenning van een overheidslichaam als deelnemer aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer rijst de vraag of dat lichaam zich daarbij mag beroepen op zijn publieke taak resp. een publiek belang aan een rechtsuitoefening ten grondslag mag leggen. Het antwoord van de Hoge Raad op die vraag in een aantal recente arresten is duidelijk en beslist. In het arrest Staat-Windmill[22] spreekt de Hoge Raad over de aan de overheid 'in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid de vordering van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen'. In het arrest inzake Staat-Windmill blijft min of meer impliciet dat de door de Hoge Raad bedoelde privaatrechtelijke bevoegdheden ook kunnen worden uitgeoefend met het oog op een publiek belang; in het arrest inzake Staat-Kabayel[23] laat de Hoge Raad daarover geen misverstand meer bestaan. Overwogen wordt: 'Noch voor deze bevoegdheid, noch voor de ontvankelijkheid van de op art. 6:162 BW gegronde vordering, strekkende tot het verkrijgen van een bevel, is vereist dat de Staat aan die vordering een "civielrechtelijk belang" ten grondslag legt. Nodig is slechts dat voldaan is aan de eis van een voldoende belang, zoals deze eis tot uiting is gebracht in art. 3:303 BW.' In zijn recente arrest inzake Apeldoorn-Duisterhof gaat de Hoge Raad in op de vraag of een gemeente als verhuurster gemeentelijk beleid ten grondslag mag leggen aan een beroep op een beding uit een huurovereenkomst (het verbod aan de huurder om zonder schriftelijke toestemming opstallen te stichten op het tot het verhuurde behorende onbebouwde terrein). De weigering toestemming te verlenen tot de bouw van een noodlokaal wordt getoetst aan art. 6:248 lid 2 BW (een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn). De Hoge Raad oordeelt: 'Onjuist is echter in elk geval de door de Rechtbank kennelijk gehanteerde gedachte dat in dat kader alleen met "civielrechtelijke belangen" rekening zou kunnen worden gehouden, wat de Rechtbank bij die term ook voor ogen mag hebben gestaan. Integendeel moet worden aangenomen dat in het kader van de voormelde bepaling, toegepast op overeenkomsten met de overheid, ook algemene beginselen van behoorlijk bestuur en publieke belangen in aanmerking dienen te worden genomen, zoals ook strookt met de art. 3:12 en 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb).' Met name deze overweging is interessant, omdat de Hoge Raad hierin tot uitdrukking brengt waarom het publieke belang in het privaatrecht een rol behoort te spelen. De Hoge Raad stelt immers behartiging van het publieke belang door de overheid en de uit

22 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (MS).
23 HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718 (MS).

met name de beginselen van behoorlijk bestuur voortvloeiende beperkingen in de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden op één lijn. Wanneer in het privaatrecht overheidsoptreden in welke vorm dan ook aan bijzondere regels wordt gebonden – regels die als zodanig niet gelden voor 'private' partijen –, dan gebeurt dat omdat de bijzondere positie van de overheid wordt erkend. Die bijzondere positie wordt verklaard door de publieke taak die de overheid heeft te vervullen en het publieke belang dat zij stelselmatig behoort te behartigen. De behartiging van het publieke belang door de overheid en de jegens de overheid geboden bijzondere rechtsbescherming zijn elkaars tegenhangers. De één is niet wel denkbaar zonder de ander.

Het gaat er dan ook niet om óf een overheidsrechtspersoon privaatrechtelijke bevoegdheden toekomen, maar in welke mate deze door het publiekrecht worden begrensd en hoe de uitoefening ervan moet worden genormeerd.

5. Weg met het besluit?

De problemen die de verhouding tussen het publiek- en het privaatrecht oproept zou men misschien kunnen trachten te beperken door een radicale wijziging aan te brengen in de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijk rechter. Kortmann[24] slaakte onlangs de cri de coeur om het besluit als grondslag voor de toegang tot het bestuursrechter te laten vallen. 'Wij moeten van het besluit als grondslag voor rechtelijke competentie af, en deze doen aansluiten bij de vraag wie handelingen, waaronder rechtshandelingen, (niet) verricht, een subjectum litis-leer. Handelt het bestuur – het begrip bestuursorganen ware in de Awb beter te definiëren dan nu het geval is – dan is de administratieve rechter bevoegd. Het is een eenvoudig bevoegdheidsstelsel, dat in de praktijk ook bevredigend werkt, zoals Frankrijk bewijst. Competentieconflicten komen daar niet vaak voor.' Kortmann zegt het niet, maar de beoogde wijziging in de rechtsmachtverdeling zou nog een ander effect kunnen hebben. Een dergelijke herschikking zou, mits zij gepaard gaat met een niet te bekrompen definitie van het begrip 'bestuursorgaan', de betekenis van het privaatrecht voor overheidshandelen mogelijk aanzienlijk beperken. De bestuursrechter die dan alle handelingen van de overheid zou toetsen lijkt immers uitsluitend publiekrecht toe te passen, geen privaatrecht, althans niet rechtstreeks, maar 'aansluiting' te zoeken bij het privaatrecht of te redeneren bij wege van analogie dan wel aan de hand van een algemeen rechtsbeginsel dat ook in het privaatrecht is geïncorporeerd. De Maastrichtse school[25] zou daarmee ook enigermate kunnen worden gecontenteerd. Het lijkt mij in deze vorm een juiste, noch begaanbare weg. Het vergt – en dat is een praktisch, maar daarom nog niet

24 C.A.J.M. Kortmann, Weg met het Awb-besluit, RMTh 1998, p. 190 e.v.; zie overigens in andere zin: E.J. Daalder, Laten we het besluit gewoon maar houden, RMTh 1998, p. 192 e.v.

25 Vgl. bijvoorbeeld H.J. Simon, Publiekrecht of privaatrecht, Zwolle 1993; A.Q.C. Tak, Overheid en Burgerlijk Wetboek, Naar een invullende rechtsleer, Recht en Kritiek 1993, p. 174 e.v.; H.J. Simon, A.Q.C. Tak, Het BW als 'zwart gat', NTBR 1994, p. 173 e.v.; J.M.H.F. Teunissen, A.Q.C. Tak, Recht ist was der Umwelt nhtzt?, NJB 1994, p. 605 e.v.; A.Q.C. Tak, J.M.H.F. Teunissen, Wie zorgt er voor de rechtsstaat? Een voortgezet debat, Recht en Kritiek 1994, p. 340 e.v.; H.J. Simon, Publiekrecht en burgerlijk recht, WPNR 1994, 6156, p. 753 e.v.; J.M.H.F. Teunissen, Het burgerlijk kleed van de staat, diss. Maastricht 1996; J.M.H.F. Teunissen, Afrekening met de gemene rechtsleer en de tweewegenleer, Gst. 1997, nr 7048, p. 85 e.v., en nr 7049, p. 125 e.v., A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht, 's-Gravenhage 1997; R.J.N. Schlössels, Het specialiteitsbeginsel, Den Haag 1998.

onbelangrijk argument – een belangrijke draai in ons stelsel van rechtsbescherming met het daarbij behorende overgangsrecht. Het veroorzaakt opnieuw een langdurige gewenningsperiode in de praktijk met de daarbij behorende brokkenmakerij. Het noopt wederom tot organisatorische ingrepen in de rechterlijke macht. Gegeven de energie die de invoering van de verschillende tranches van de Awb heeft gekost, is het maatschappelijk nauwelijks verantwoord het systeem van de Awb na zo korte tijd weer geheel overhoop te halen. Kleinere ingrepen van de wetgever zijn denkbaar en op een aantal punten ook gewenst.[26] Deze kunnen gestalte krijgen zonder met het Awb-project opnieuw te beginnen.

Meer in het algemeen acht ik oplossingen à la Kortmann, voor zover zij direct of indirect tevens de verhouding tussen het publiek- en privaatrecht beogen te beïnvloeden, onjuist. De gedachtevorming over de vraag bij welke rechter het oordeel over een bepaald type geschil met de overheid moet worden ondergebracht en over de vraag naar welke regels een dergelijk geschil moet worden beslecht zou met enige nadruk moeten worden gescheiden. Voor het antwoord op de eerste vraag zijn pragmatische overwegingen van beslissende betekenis. Het gaat er dan om, zoals de Afdeling bestuursrechtspraak in de uitspraak Nanne-Staatssecretaris van VROM met een beroep op de tekst en de geschiedenis van art. 8:3 Awb overweegt[27], dat een in de rechtspraktijk goed hanteerbare afbakening van bevoegdheden van de algemene bestuursrechter, de bijzondere bestuursrechter en de burgerlijke rechter tot stand wordt gebracht en dat daarbij zoveel mogelijk wordt voorkomen dat binnen een samenhangende reeks van uit elkaar voortvloeiende bestuursbeslissingen een cesuur zou moeten worden aangebracht voor wat betreft de rechter die bevoegd is tot toetsing van de verschillende beslissingen. De inzet van de beantwoording van de tweede vraag moet zijn hoe gekomen kan worden tot een consistent en coherent stelsel van vermogensrechtelijke regels die van toepassing zijn op de onderlinge rechtsverhouding tussen bestuur en burger. Bij de (verdere) ontwikkeling van dit stelsel verdient het geïntegreerd van toepassing houden van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regels door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter de voorkeur boven het verheffen van aan het privaatrecht ontleende beginselen en regels tot ongeschreven publiekrecht.

---

26 Vgl. bijvoorbeeld J.M. Polak, Het zelfstandig schadebesluit; Een zaak voor de wetgever, NJB 1997, p. 1326; I.C. van der Vlies, Zelfstandige schadebesluiten, AA 1997, p. 602 e.v.

27 ABRS 21 oktober 1996, AB 1996, 496 (NV).

6. De rechtshandeling

In de cassatieprocedure Cornelissen-Groningen werd de Hoge Raad uitgedaagd zich principieel uit te laten over de toepasselijkheid van art. 1395 (oud) BW, thans art. 6:203 BW in publiekrechtelijke rechtsverhoudingen. De zaak betrof een civielrechtelijke terugvordering van bij vergissing te veel betaalde bedragen uit hoofde van de Algemene bijstandswet. In het cassatiemiddel werd onder meer betoogd: 'dat het zeer twijfelachtig is of het puur civielrechtelijke leerstuk van de onverschuldigde betaling wel toepassing vindt in het publiekrecht, immers een uitkering krachtens de Awb is een strikt publiekrechtelijke aangelegenheid'. De Hoge Raad reageerde daarop beslist met de overweging: 'Ingevolge art. 1395 BW – en ook ingevolge art. 6:203 NBW – is degene die zonder rechtsgrond heeft betaald, gerechtigd tot terugvordering. Deze voorschriften geven uitdrukking aan een beginsel dat voor het gehele recht geldt. Dit brengt mee dat zij ook toegepast dienen te worden op betalingen van publiekrechtelijke aard, voor zover uit de wet niet het tegendeel voortvloeit'.

Ik benadruk dat de Hoge Raad zegt dat art. 6:203 BW van toepassing is op betalingen van publiekrechtelijke aard. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft bij het wijzen van de Nanne-uitspraak ongetwijfeld kennisgenomen van het arrest Cornelissen-Groningen. De Afdeling verwijst in zijn overwegingen naar 'het algemene, ook in het bestuursrecht geldende, rechtsbeginsel volgens hetwelk hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd'. Het uitgangspunt van beide is hetzelfde. Maar daarna lopen de wegen uiteen. Rechtsingang bij de bestuursrechter bestaat alleen indien sprake is van een (appellabel) besluit. De terugvorderingsbeslissing moet dan ook kunnen worden opgevat als een publiekrechtelijke rechtshandeling. Een rechtshandeling is op rechtsgevolg gericht, dus de terugvorderingsbeslissing moet op rechtsgevolg zijn gericht. Is dat zo? Ja, zegt de Afdeling, het rechtsgevolg wordt 'ontleend' aan het rechtsbeginsel dat wat onverschuldigd betaald is kan worden teruggevorderd. Wat betekent hier 'ontleend'? Ik signaleer dat de door de Afdeling ontwikkelde leer niet alleen betrekking heeft op het geval dat onverschuldigde betaling het gevolg is van een manco in het toekenningsbesluit of van het niet voldoen aan de in of bij het toekenningsbesluit gestelde voorwaarden, maar ook op het geval dat een betrokkene bij abuis meer heeft ontvangen dan hem bij besluit is toegekend. Het eerste geval veronderstelt voor een

geldig terugvorderingsbesluit een intrekkings- of een wijzigingsbesluit[28]; het tweede geval niet.[29] Civielrechtelijk ontstaat voor de betaler een recht op terugvordering en voor een ontvanger een verbintenis tot teruggave uit de wet op het ogenblik dat zonder rechtsgrond wordt betaald.[30] Een tussenliggende rechtshandeling van de betaler is voor het ontstaan van de ongedaanmakingsverbintenis niet nodig. Hoe kan een beoogd rechtsgevolg worden ontleend aan een rechtsbeginsel, dat de aanspraak op terugbetaling reeds schept? Mogelijk wil de Afdeling op dit punt uitdrukkelijk van het civiele recht afwijken. Niet de onverschuldigde betaling vestigt de aanspraak op teruggave, maar het terugvorderingsbesluit. Een dergelijke suggestie lijkt ook besloten te liggen in de gedachtegang die door de Afdeling bestuursrechtspraak in de Van Vlodrop-uitspraak wordt ontwikkeld. In de Van Vlodrop-uitspraak wordt de verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, die civielrechtelijk evenzeer uit de wet ontstaat en niet (mede) uit een tussenliggende rechtshandeling, aangemerkt als een (publiekrechtelijk) rechtsbeginsel. Onder meer met het oog op verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad overweegt de Afdeling: '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 dat naar publiekrecht al dan niet een aanspraak op betaling van schadevergoeding wordt gevestigd.' Zou het de bedoeling zijn op een zo cruciaal punt van het civiele recht af te wijken, dan zou men daarover een nadere motivering hebben mogen verwachten. De redelijke grond voor een dergelijke afwijking springt immers niet onmiddellijk in het oog. Afgezien daarvan zou een dergelijke mogelijke opvatting weer fricties opleveren met bijvoorbeeld de jurisprudentie over de aanspraak op wettelijke rente in het geval een uitkering te laag is vastgesteld en deze beslissing wordt vernietigd. Vranken constateerde onlangs dat de civiele rechter en de bestuursrechter op één lijn zitten ten aanzien van enkele kwesties van het schadevergoedingsrecht. Hij zegt: 'De eensgezindheid betreft in de eerste plaats het moment van opeisbaarheid van de vordering tot schadevergoeding, die ontstaat wanneer een bestuursrechter een beslissing van een bedrijfsvereniging vernietigt. De bedrijfsvereniging heeft in beide zaken betoogd dat zo'n vordering pas opeisbaar is nadat de beslissing van de bestuursrechter onherroepelijk is c.q. nadat zij een formele toekenningsbeslissing heeft genomen. De Hoge Raad beslist echter, in overeenstemming met zijn eerdere uitspraak van 11 september 1992, NJ 1992, 746 en met de inmiddels vaste rechtspraak van CRvB, ABRvS en het CBB, anders. Het gaat niet om de opeisbaarheid van de uitkering – daarvoor is inderdaad een formele toekenning of beslissing van de rechter nodig –, maar om de opeisbaarheid van de schadevergoeding. Schade die bestaat uit het te weinig ontvangen (Wienk) of uit het ten onrechte terugvorderen van uitkeringen (Van der Laan) wordt 'uit haar aard' terstond geleden en is dan ook onmiddellijk opeisbaar, aldus de Hoge Raad.'[31]

---

28 CRvB 6 december 1990, RSV 1991, 237.

29 CRvB 30 augustus 1994, AB 1995, 201.

30 Vgl. bijvoorbeeld toelichting Meijers, Parl. gesch., boek 6, p. 805.

31 Noot bij HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 490 (Bedrijfsvereniging-Wienk) en HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 491 (Van der Laan-Bedrijfsvereniging).

Wie meent dat een aanspraak op schadevergoeding (rente) wordt gevestigd door het schadebesluit is wel een buitengewoon ingewikkelde uitleg verschuldigd, wanneer tevens moet worden volgehouden dat de vordering tot schadevergoeding opeisbaar is vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van het schadebesluit. Men zou echter kunnen tegenwerpen dat de Afdeling niet spreekt over de aanspraak op schadevergoeding, maar over de aanspraak op betaling van schadevergoeding. Het rechtsgevolg dat het schadebesluit dan in het leven zou roepen is de betalingstitel. Maar sinds wanneer is het scheppen van een betalingstitel een handeling met een extern rechtsgevolg? De Memorie van Toelichting op art. 1:3 Awb wijst er terecht uitdrukkelijk op dat door het gebruik van het woord 'rechtshandeling' in art. 1:3 Awb duidelijk wordt dat het moet gaan om een besluit dat gericht is op externe rechtsgevolgen.[32]

Een andere benadering wordt aangedragen door Ruiter.[33] Hij grijpt terug naar de vroegere definitie van de beschikking in art. 2 Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet Bab).[34] Hij meent – zijdelings ook verwijzend naar de belastingaanslag – dat een schadebeslissing een rechtvaststellend (declaratoir) karakter heeft. Het bestuur geeft met de beslissing zijn oordeel over de gehoudenheid, waartoe recht en feiten leiden. Deze benadering is stellig in zoverre aantrekkelijk dat hierin aan het schadebesluit of aan het terugvorderingsbesluit geen zelfstandige betekenis meer wordt toegekend voor het bestaan van de aanspraak op schadevergoeding of ongedaanmaking. Maar is een dergelijke als declaratoir opgevatte beslissing nog wel een rechtshandeling? Naar mijn mening niet. Art. 2 Wet Bab kent het begrip 'wilsverklaring' als sleutelbegrip. Niet elke wilsverklaring is tevens een rechtshandeling. De verklaring 'Ik bevestig dat ik de schade betaal tot vergoeding waarvan ik rechtens ben gehouden' is mogelijk wel een wilsverklaring, maar geen wilsverklaring die op een zelfstandig rechtsgevolg is gericht. Ik herinner er bovendien aan dat de Memorie van Antwoord op art. 1:3 Awb zich haast te erkennen dat de Algemene wet inzake rijksbelastingen een ander beschikkingsbegrip kent dan de Algemene wet bestuursrecht[35]: het formele (Awr) tegenover het materiële (Awb) beschikkingsbegrip. Het aanvullend argument dat Ruiter voor het terugvorderingsbesluit in stelling brengt, te weten dat het bestuur beleidsvrijheid toekomt al dan niet ongedaanmaking van een onverschuldigde betaling te verlangen, overtuigt mij evenmin. Een uit de wet of het ongeschreven recht voortvloeiende aanspraak kan tenietgaan of worden beperkt door een rechtshandeling (afstand) of door aan bepaalde rechtsfeiten verbonden gevolgen (rechtsverwerking; verjaring), maar dat

32 PG Awb I, p. 155.

33 D.W.P. Ruiter, Zelfstandige schadebesluiten: rechtschepping of rechtvaststelling?, NTB 1998, p. 281 e.v.

34 De eenzijdige en naar buiten gerichte schriftelijke wilsverklaring van een administratief orgaan van de centrale overheid, gegeven krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid of verplichting en gericht op de vaststelling, de wijziging en/of de opheffing van een bestaande rechtsverhouding of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding, dan wel inhoudende de weigering tot zodanig vaststellen, wijzigen, opheffen of scheppen.

35 PG Awb I, p. 157.

betekent nog niet dat de bevestiging van de uitoefening van een aanspraak daarom een rechtshandeling is.

Mijn slotsom is dat, wil men een schadebesluit niet zien als constitutief vereiste voor het bestaan van een aanspraak op schadevergoeding of een terugvorderingsbesluit voor het bestaan van een aanspraak uit onverschuldigde betaling – een andere opvatting leidt naar mijn oordeel tot bizarre gevolgen –, de rechtshandeling van art. 1:3 Awb is verdund tot de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Bij de afbakening van het besluitbegrip komt daarmee het volle accent te liggen op het begrip 'publiekrechtelijk'.

7. Het publiekrechtelijke rechtsbeginsel

Het ongeschreven recht als grondslag voor de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid is in de literatuur niet onomstreden gebleven. Ik volsta hier te verwijzen naar die discussie.[36] Waar het mij hier om gaat zijn twee specifieke punten. In de eerste plaats lijkt mij dat het publiekrechtelijke beginsel een erg ruime betekenis is toebedacht. De onverschuldigde betaling, de ongerechtvaardigde verrijking, de onrechtmatige daad hebben in het burgerlijk recht alle een degelijke grondslag in de wet. Krachtens art. 6:1 BW kent het privaatrecht geen open stelsel van verbintenissen. Er wordt theoretisch enige ruimte geschapen ten opzichte van het wettelijk stelsel op grond van de Quint-Te Poel-maatstaf (passen in het stelsel van de wet en aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen)[37], maar daar blijft het bij. Anders dan wel eens gedacht wordt is het ook niet zo dat met name in de context van de onrechtmatige daad elke als redelijk verdedigbare overheidsaansprakelijkheid kan worden geconstrueerd. Ik verwijs bijvoorbeeld naar de jurisprudentie van de Hoge Raad over de aansprakelijkheid voor de toepassing van strafvordelijke dwangmiddelen, waarin met de nodige nauwkeurigheid de gevallen waarin wel (onrechtmatig) en geen (rechtmatig) aansprakelijkheid bestaat, worden onderscheiden.[38] Ik zou ook kunnen wijzen op de arresten Leffers-Staat[39] en Meiland-Staat.[40] Men zou licht tot de opvatting kunnen komen dat de Hoge Raad in deze arresten schadevergoeding uit rechtmatige daad construeert en vormgeeft

36 C.A.J.M. Kortmann, De grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit, NJB 1997, p. 1327 e.v.; Th.G. Drupsteen, K. Vrielink, B.A.W. ten Holder, NJB 1997, p. 1596 e.v.; J.H. Nieuwenhuis, Vechten met de beer? De strijd om het legaliteitsbeginsel, RMTh 1997, p. 351 e.v.; C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer 1997, p. 36 e.v.; F.J. van Ommeren, Op weg naar publiekrechtelijk vermogensrecht, het legaliteitsbeginsel en het zelfstandig schade- en terugvorderingsbesluit, NTBR 1998, p. 115 e.v.

37 HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (DJV).

38 Vgl. recent: HR 13 november 1998, RvdW 1998, 203 C; HR 12 juni 1998, RvdW 1998, 123 C met de uitvoerige verdere gegevens over jurisprudentie en literatuur in de bij deze arresten behorende conclusies van A-G Spier (CRW 1998 onder 3.1) en A-G Langemeijer (CRW 1998, 123 onder 2.1 t/m 2.5).

39 HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (CJHB); AB 1991, 241 (FHvdB); AA 1991, p. 656 e.v. (P.J.J. van Buuren); Regelmaat 1991, p. 105 e.v. (R.M. van Male); Kwartaalbericht Nieuw BW 1991, p. 96 e.v. (J. Spier); Publiek Domein 1991, p. 245 e.v. (J.E.M. Polak); Advocatenblad 1991, p. 342 e.v. (K. van Duyvendijk).

40 HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 (TJK); AB 1998, 256 (ThGD).

onder de vlag van schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Dat is slechts tot zekere hoogte waar. Onrechtmatig is in de gedachtegang van de Hoge Raad dat in strijd met het algemene rechtsbeginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten, waarvoor overigens zoals Van Buuren[41] en Koopmans[42] terecht signaleren niet kan worden teruggegrepen op art. 3:4 lid 2 Awb, voor Leffers en Meiland onder de zich voordoende omstandigheden niet is voorzien in een genoegzame schaderegeling. De Hoge Raad brengt dit uitgangspunt nadrukkelijk onder woorden in het arrest Meiland-Staat door te overwegen dat de veronderstelde onrechtmatigheid van het handelen van de Staat jegens Meiland niet is gelegen in het uitvaardigen en uitvoeren van de regeling waarbij het vervoederen van swill werd verboden, als zodanig, maar in het uitvaardigen en uitvoeren van die regel in combinatie met het achterwege laten van het treffen van een voorziening terzake van het belang waarin zij onevenredig zijn getroffen. Dat is een subtiel, maar wezenlijk verschil.

De jurisprudentie van de bestuursrechter verruimt, althans in termen van mogelijkheden, deze grenzen aanzienlijk, niet alleen voor de verplichtingen die typisch op de overheid rusten, maar ook voor die van de burger jegens de overheid. Uit dat oogpunt verdient de opvatting van de Hoge Raad dat de privaatrechtelijke regel rechtstreeks van toepassing is in de publiekrechtelijke rechtsverhouding toch de voorkeur.

In de tweede plaats heeft de leer over het publiekrechtelijke rechtsbeginsel een wijdere strekking dan uitsluitend het zelfstandig schadebesluit of het terugvorderingsbesluit. Zij kan met name ook betrokken worden op de door de overheid gesloten overeenkomst. De door de Afdeling bestuursrechtspraak in de Van Vlodrop-uitspraak ontwikkelde gedachtegang lijkt te nopen tot de opvatting dat 'pacta sunt servanda' een algemeen rechtsbeginsel is en wel van publiekrechtelijke aard wanneer het zich doet voelen in door de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid ontstane rechtsverhouding. Mijns inziens trekt Van Ommeren[43] hieruit terecht de conclusie dat een beslissing van een bestuursorgaan tot het vorderen van nakoming van een subsidieovereenkomst als bedoeld in art. 4:36 Awb een besluit is. Van Ommeren betwijfelt of een dergelijk besluit appellabel is, omdat het niet goed beantwoordt aan het connexiteitsvereiste. Een grote stap vergt de aanvaarding van de appellabiliteit van dit besluit echter niet. De subsidieovereenkomst kan immers slechts gesloten worden ter uitvoering van een daaraan voorafgaand subsidiebesluit. Het subsidiebesluit is zonder enige twijfel wel appellabel. Hoe dit ook zij, juist omdat twijfel over de appellabiliteit mogelijk is lijkt het interessant om de gevolgen van beide proposities onder ogen te zien. Gesteld dat het besluit niet appellabel is, wat moet dan de positie van de burgerlijke rechter zijn indien door het bestuur nakoming van de subsidieovereenkomst wordt gevorderd? Moet deze vergen dat aan elke nakomingsvordering een nakomingsbesluit ten grondslag

41 Verg. bijvoorbeeld AB 1997, p. 851.

42 NJ 1998, p. 4219.

43 F.J. van Ommeren, Op weg naar publiekrechtelijk vermogensrecht, het legaliteitsbeginsel en het zelfstandige schade- en terugvorderingsbesluit, NTBR 1998, p. 118.

ligt? Moet hij onderzoeken of het besluit voldoet aan de daaraan bestuursrechtelijk te stellen eisen? Mag het bestuur in een civiele procedure zijn stellingname over de gronden van de tekortkomingen wijzigen ten opzichte van de aan het nakomingsbesluit ten grondslag gelegde motivering? Of mag de rechter dat niet toelaten op grond van het motiveringsbeginsel? Op welke grondslag moet bovendien de nakomingsvordering worden beoordeeld; op grondslag van de daarvoor geldende privaatrechtelijke regels, waarin de relevante publiekrechtelijke beginselen en uitgangspunten zijn geïncorporeerd, of op grond van ongeschreven publiekrecht, waarin een aantal privaatrechtelijke regels analoog een rol spelen? Ik acht het allemaal kwesties die het zicht onttrekken op de vraag waar het werkelijk om moet gaan, te weten of de subsidieontvanger in het licht van het subsidiebesluit en van de naar aanleiding daarvan gesloten overeenkomst zijn verplichtingen niet nakomt en of hij onder de gegeven feiten en omstandigheden tot nakoming kan worden gedwongen. Even weinig aantrekkelijk lijkt mij overigens de gedachte dat het nakomingsbesluit wel appellabel zou zijn. Hoe moet men zich dan de toetsing van het nakomingsbesluit door de bestuursrechter voorstellen? In de vorm van een besluit (naar zijn aard eenzijdig) staat immers de overeenkomst (de meerzijdige resp. wederkerige rechtshandeling bij uitstek) ter discussie. Wat bijvoorbeeld als de subsidieontvanger zich op dwaling bij het sluiten van de subsidieovereenkomst zou willen beroepen? Afgezien daarvan, tot nakoming van de overeenkomst kan de bestuursrechter de subsidieontvanger niet veroordelen. Daartoe ontbreken hem vooralsnog de instrumenten. Een extra gang naar de burgerlijke rechter is in dat licht, ervan uitgaande dat de bestuursrechter het nakomingsbesluit in stand laat, onvermijdelijk. Dat is toch een weinig rooskleurig perspectief.

Alles overziend kan ik mij toch moeilijk aan de indruk onttrekken dat ter wille van rechtsmachtverdelingsperikelen een weinig overzichtelijke dogmatiek wordt ontwikkeld, waarbij het privaatrecht door de publiekrechtelijke zeef wordt geperst. Het resultaat van dat bewerkingsproces heet ongeschreven publiekrecht, maar die naam alleen schept niet reeds daarom een nieuwe eenheid. Het is bovendien betrekkelijk wonderlijk, wanneer louter door een verschuiving in de rechtsmachtverdeling een regel die aanvankelijk als geschreven recht in de ene rechtspraakkolom op een bepaalde rechtsverhouding van toepassing werd gehouden, in de andere rechtspraakkolom in precies dezelfde rechtsverhouding als een vrije gedachte wordt opgevat waaraan naar smaak kan worden toe- of afgedaan.

8. Mogelijke alternatieven

Het voorgaande betekent allerminst dat ik er geen voorstander van zou zijn om op een aantal punten de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden. Ik geloof echter dat het verstandig is niet steeds het besluitbegrip als invalshoek voor die uitbreiding te kiezen. In het enige in de Awb geregelde geval van schadevergoeding uit onrechtmatige daad is niet voor het besluit als grondslag voor de rechtsingang bij de bestuursrechter gekozen. Art. 8:73, dat de bestuursrechter bij de gegrondverklaring van het beroep de bevoegdheid verleent het bestuur – althans de aangewezen rechtspersoon – tot schadevergoeding te veroordelen, stelt die bevoegdheid slechts afhankelijk van het enkele verzoek van appellant. In geen enkele fase bij het onderzoek naar de schade wordt een besluit van het bestuursorgaan verwacht. Het ligt ook voor de hand, omdat het bestuursorgaan geen beleidsvrijheid toekomt bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoeding. Naar analogie van het civiele recht wordt uitgegaan van volledige schadevergoeding. De hoogte daarvan wordt bepaald door het recht, niet door een bestuursbeslissing. Ook procedureel zou het invlechten van enig schadebesluit door het bestuur – bijvoorbeeld na vernietiging – minder gelukkig zijn geweest. Bij volledige schadevergoeding kan de omvang van de schade beter door de rechter zelf worden vastgesteld op grond van het debat tussen de partijen in de stukken en ter zitting, dan via het toch wat hortende model van toetsing en – eventueel – vernietiging van een schadebesluit. De ruimte voor de bestuursrechter om zelf knopen door te hakken is in het laatste geval klein, behoudens wanneer hij ruim gebruik zou maken van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Zou dat echter gebeuren, dan is de betekenis van een tussenliggend schadebesluit weer gering. De in art. 8:73 ingezette lijn is door de wetgever in een ander verband voortgezet in art. 8:75a. Ten behoeve van de proceskostenveroordeling bij intrekking van een beroep omdat het bestuursorgaan geheel of gedeeltelijk aan het indienen van het beroep is tegemoetgekomen, wordt voorzien in een verzoek, een stukkenwisseling of een mondelinge behandeling en een uitspraak.

De aanleiding voor de jurisprudentie over het zuiver schadebesluit is mede geweest dat het in art. 8:73 Awb gestelde assessoriteitsvereiste (het verzoek om schadevergoeding moet in beginsel worden gedaan vóór de sluiting van het onderzoek ex art. 8:65 Awb in de beroepsprocedure tegen het als schadeoorzaak aangewezen besluit)

als te beperkend werd ervaren. In dat perspectief is het beter dat de wetgever ingrijpt en het schadevergoedingsverzoek terzake van vernietigde besluiten geheel verzelfstandigt, zodat het bijvoorbeeld ook nog kan worden gedaan nadat het vernietigde besluit onherroepelijk is geworden. Het ligt voor de hand een dergelijk verzelfstandigd verzoek te binden aan een verjaringstermijn, bijvoorbeeld tot vijf jaar na het tijdstip van de vernietiging. Men zou een dergelijke regeling kunnen uitbreiden tot de gevallen waarin een besluit na een daartegen gericht bezwaar is herroepen, en waarin een bezwaar of een beroep is ingetrokken omdat het bestuursorgaan geheel of gedeeltelijk aan de indiener van het bezwaar- of het beroepschrift is tegemoetgekomen. Deze uitbreiding veronderstelt uiteraard dat door de bestuursrechter moet worden nagegaan of het initiële besluit onrechtmatig was.[44] Een dergelijke wijziging van de Awb zou bovendien het voordeel hebben dat de wetgever uitsluitsel zou kunnen geven over de vraag of de bij de invoering van art. 8:73 gewenste alternatieve rechtsingang (bij de civiele rechter en bij de bestuursrechter)[45] ter keuze van een burger moet blijven bestaan. De gedachte die door Van Ravels[46], zij het in een iets andere context, wordt geopperd, dat het tussenschuiven van een zuiver schadebesluit nodig zou zijn om te voorkomen dat de rechter rauwelijks wordt geadieerd, acht ik weinig overtuigend. Dit argument miskent hoe de dagelijkse praktijk verloopt. Er bestaat geen schadeclaim waarover niet eerst is gecorrespondeerd en zelfs vaak is onderhandeld voordat de weg naar de rechter wordt ingeslagen.

Ook voor wat betreft de onverschuldigde betaling zou ik wetgeving willen bepleiten. Voor zover het gaat om een onverschuldigde betaling van de burger aan een overheidslichaam op grond van een vernietigde, herroepen of aangepaste beschikking is een algemene regeling waarbij de bestuursrechter bevoegdheid wordt verleend indien daarvoor gronden zijn op verzoek van een partij het bestuursorgaan te veroordelen tot ongedaanmaking van de zonder rechtsgrond aan de overheid gedane betaling parallel aan hetgeen ik hiervoor suggereerde met betrekking tot de schadevergoeding, heel wel denkbaar.[47] Voor wat betreft betalingen van het bestuur aan de burger zou, waar in de wetgeving typisch financiële verhoudingen tussen bestuur en burger aan de orde zijn, zoals bij de subsidie in titel 4.2 Awb, een regeling kunnen worden getroffen vergelijkbaar met die welke al langer bestaat in het socialezekerheidsrecht.[48] Te voorzien ware in een terugvorderingsbeslissing, die een executoriale titel oplevert, waar nodig gepaard gaand aan een intrekkings- of wijzigingsbesluit. Van een terugvorderingsbeslissing kan bezwaar en beroep worden opengesteld door haar aan een besluit gelijk te stellen.

---

44 HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 (ARB), AB 1998, 231 (ThGD).

45 PG Awb II, p. 474 (Memorie van Toelichting), p. 477 (Memorie van Antwoord).

46 B.P.M. van Ravels, Kronieken, Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad), NTB 1998, p. 364.

47 Verg. voor een soortgelijk voorstel: M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling, diss. Leiden 1997, p. 279.

48 Verg. bijvoorbeeld art. 22a e.v. Ww.

Tenslotte zou eraan gedacht kunnen worden om de bestuursrechter bij uitsluiting te belasten met de beslechting van de geschillen die rijzen naar aanleiding van bepaalde typen publiekrechtelijke overeenkomsten. Een voor de hand liggend voorbeeld is de subsidieovereenkomst. Deze is, als uitvoeringsovereenkomst, zo nauw verbonden aan het onder controle van de bestuursrechter staand subsidiebesluit dat daarvoor uit oogpunt van een samenhang in rechterlijke beslissingen goede grond bestaat. Het besluit als grond voor de rechtsingang bij de bestuursrechter zou moeten worden vermeden. Een verzoekschriftprocedure lijkt op zijn plaats, waarbij de bestuursrechter moet worden toegerust met het uit het materiële en formele privaatrecht bekende instrumentarium (nakoming, ontbinding, vernietiging, de bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom etc.).

9. Argwaan tegen het privaatrecht?

In zijn noot onder het arrest Staat-Lenger[49] signaleert Bloembergen een contrast tussen de doctrine en de rechtspraak. Hoewel de doctrine – Bloembergen verwijst naar M. Scheltema, Vranken en zichzelf – inmiddels de horizon ziet dat bijvoorbeeld art. 6:162 BW onze gehele rechtsorde omspant en dus betrekking heeft op zowel privaatrechtelijke als op publiekrechtelijke verhoudingen, is de rechtspraak nog niet zover: 'Die blijft lekker in het eigen hokje bij de eigen principes'.[50] De betrokken auteurs verdedigen een dergelijke opvatting naar mijn overtuiging niet omdat zij zouden denken dat het privaatrecht het 'gemene' recht is en het publiekrecht een soort aanvullend recht dat bij gelegenheid als correctiemiddel van stal kan worden gehaald, maar, zo lijkt mij, omdat zij menen dat de verdere rechtsvorming gebaat is bij het laten verdwijnen van de tegenstellingen tussen het publieken het privaatrecht.

Voor zover het eigen hokje zou kunnen of moeten worden verklaard door argwaan tegen privaatrecht, acht ik dat in het licht van de ontwikkeling van de jurisprudentie van de Hoge Raad van de afgelopen decennia ongegrond. Daarvoor moet in de eerste plaats worden verwezen naar de ontwikkeling van de doorkruisingsleer.[51] Deze leer die Scheltema[52] waarschijnlijk juister voor wat betreft de vordering uit

---

49 HR 8 mei 1998, NJ 1998, 890 (ARB); AB 1998, 390 (ThGD); JB 1998, 142 (HJS); A&V 1998, p. 90 (TH).

50 NJ 1998, p. 5127, r.k.

51 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (MS) (Staat-Windmill); HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 (De Pina-Helmond); HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (Lelystad-Lelystad); HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Van Wijngaarden-Staat); HR 11 december 1992, NJ 1994, 639 (MS) (Vlissingen-Rize Denizcilik; brandweerkosten); HR 22 oktober 1993, NJ 1995, 717 (MS) (Staat-Magnus); HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 719 (MS) (Van Schaik-Nieuwveen); HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718 (MS), AB 1994, 415 (Staat-Kabayel); HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 (Staat-Shell); HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 720 (MS) (Staat-De Meijer); HR 26 juni 1996, NJ 1997, 102 (J.W. Zwemmer) (M-Groep-Ontvanger); HR 11 oktober 1996, NJ 1998, 239 (MS) (Wernsen-Amsterdam); HR 8 mei 1998, NJ 1998, 890 (ARB) (Staat-Lenger).
Verg. verder: Asser-Hartkamp III, 1998, nr 109 e.v.; P.F.A. Bierbooms, Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid, diss. Rotterdam 1997; J.E.M. Polak, Tweewegenleerproblemen in: Overheid en Onderneming, Tussen publiek en privaat ondernemen, 1998, p. 369 e.v.; W.J.J. Beurskens, Hoeveel toekomst heeft de 'doorkruisingsleer'?, NTBR, 1997, 276 e.v.

52 NJ 1995, p. 3615.

onrechtmatige daad als een samenloopleer aanduidt (tussen de algemene regels omtrent onrechtmatig handelen en de meer specifieke publiekrechtelijke regels) heeft inmiddels haar verdienste bewezen. Zij leent zich ook voor nadere uitwerking op de drie gebieden waarin zij tot nu toe is toegepast: het schadeverhaal, de bijzondere gevallen van civielrechtelijke handhaving en het overeenkomstenrecht. Ik wijs erop dat de Hoge Raad bij toepassing van de doorkruisingsleer, zoals het arrest Staat-Lenger[53] demonstreert, terdege acht slaat op het legaliteitsbeginsel. Het bezwaar van Schlössels[54] dat de doorkruisingsleer een aantal staatsrechtelijke complicaties die inherent zijn aan de behartiging van publiekrechtelijke belangen door de overheid langs privaatrechtelijke weg geenszins kan ondervangen, snijdt naar mijn oordeel geen hout. Onvoldoende wordt onder ogen gezien dat de positie van de overheid bij bijvoorbeeld het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad principieel een andere is dan die bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Karakteristiek voor de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden zijn de daaraan verbonden aan de overheid toekomende handhavingsinstrumenten. Toezicht, sanctie en executie komen aan het bestuur krachtens eigen recht toe. De rechter toetst, maar toetst achteraf. Privaatrechtelijke bevoegdheden kunnen, voor zover hier van belang, eerst worden afgedwongen na een preventieve toetsing door de rechter, terwijl de rechter bovendien een belangrijke eigen beoordelingsvrijheid toekomt bij de bepaling van de aard en omvang van de aan een door hem uitgesproken veroordeling verbonden dwangmiddelen (dwangsom resp. reële executie). De rechtstatelijke legitimatie voor het optreden van de overheid bij een vordering uit onrechtmatige daad is gelegen in de preventieve rechterlijke controle. In deze preventieve controle speelt de doorkruisingsleer haar rol. Hierbij zou ik overigens willen signaleren dat het steeds wijder aan de overheid toekennen van handhavingsbevoegdheden wel eens in zijn tegendeel zou kunnen verkeren, juist omdat preventieve controle ontbreekt. De eerste voorzichtige geluiden dat van handhaving wordt afgezien in verband met aansprakelijkheidsrisico's, die klemmend zijn omdat de veiligheid van het voorafgaande rechterlijke oordeel ontbreekt, kan men in de praktijk al opvangen. Het aan de overheid onthouden van privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden, binnen de grenzen van een doorkruisings- of samenlooptoetsing, is ook om een andere reden onjuist. Er bestaan nu eenmaal terreinen die gekenmerkt worden door een publiekrechtelijke leegte. Een aardig voorbeeld daarvan vormt het actie- en stakingsrecht van ambtenaren. De grenzen daarvan worden op dit moment volledig bepaald door het op grondslag van het Europees Sociaal Handvest[55] door de burgerlijke rechter geformuleerde ongeschreven recht.[56] Dat is mede gebeurd op vordering van overheidslichamen en niet alleen

---

53 Zie noot 51; verg. verder: HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 46 (MS), AB 1994, 229 (Veerman-Waterland).

54 R.J.N. Schlössels, Het specialiteitsbeginsel, over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid, Den Haag 1998, p. 36/37.

55 Trb. 1962, nr 3; 1963, nr 90; 1980, nr 65.

56 Verg. bijvoorbeeld: Pres. Rb Utrecht 8 november 1983, KG 1983, 334; Pres. Rb Middelburg 19 november 1983, KG 1983, 344, TAR 1984, 29; Pres. Rb Den Haag 25 november 1983, NJ 1984, 358, TAR 1984, 25; Pres. Rb Haarlem 25 mei 1985, TAR 1985, 127; Hof

als werkgever. Het lijkt mij buitengewoon ongelukkig, wanneer belangenorganisaties die rol zouden moeten overnemen. Door de bij art. 3:305a BW geregelde collectieveactiebevoegdheid van belangenorganisaties is het onderscheid tussen typische overheidshandhaving en handhaving door belangenorganisaties aan het vervagen. Ik verwijs naar het geval dat zich voordeed in de zaak Kuunders-Stichting Natuur en Milieu c.s.[57] Gegeven die ontwikkeling is het niet voor de hand liggend de overheid bij belangenbehartiging ten overstaan van de burgerlijke rechter buiten spel te zetten. De wetgever heeft dat probleem ook onder ogen gezien. In art. 3:305b BW wordt aan de publiekrechtelijke rechtspersoon een bevoegdheid toegekend die parallel loopt met die van de belangenorganisatie. Ik vraag mij oprecht af hoe een ongeschreven publiekrechtelijk rechtsbeginsel (het legaliteits- of het specialiteitsbeginsel) aan deze uitdrukkelijke wettelijke grondslag kan afdoen.

Materieelrechtelijk is het burgerlijk recht al lang doordesemd van het uitgangspunt dat de overheid in het privaatrechtelijk rechtsverkeer een positie inneemt die niet spoort met die van een private partij. Een belangrijk gezichtspunt vormt daarbij uiteraard het bepaalde in art. 3:14 BW, krachtens welke een bevoegdheidsuitoefening door de overheid stelselmatig kan worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het arrest Zeeland-Hoondert[58] stipuleert de Hoge Raad uitdrukkelijk dat toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet plaatsvinden, ook wanneer niet door de eis van redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhoudingen aan de orde zijn. Dat standpunt verwoordde de Hoge Raad overigens al eerder in het Ikon-arrest[59], waarin de Hoge Raad vooropstelt dat een overheidslichaam bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht behoort te nemen en daaraan toevoegt dat de stelling 'dat het gelijkheidsbeginsel hier slechts aan de orde zou kunnen komen in het kader van de toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf en daarom hier een zwakkere werking dan in het bestuursrecht zou hebben' uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting.

In dit verband kan ik niet de verleiding weerstaan nog eens de fameuze les te citeren die de Hoge Raad de praktijk heeft geleerd in het arrest Kunst- en Antiekstudio Lelystad-Lelystad.[60] De Hoge Raad overweegt: 'De Hoge Raad acht het wenselijk, nu hier een grondgebruiker als Kunst- en Antiekstudio een beroep doet op de ongeldigheid van een voorwaarde betreffende grondgebruik, omtrent de positie van een grondgebruiker ten opzichte van zulk een voorwaarde het volgende op te merken. Onder omstandigheden zal de grondgebruiker met succes kunnen aanvoeren dat het beroep van de gemeente op de voorwaarde in strijd is met de redelijkheid

---

Amsterdam 28 maart 1985, NJ 1985, 759.
Verg. verder: A.G. Maris, Stakingen tegen de overheid, civielrechtelijke, constitutioneelrechtelijke en historische beschouwingen, Deventer 1997.

57 HR 18 december 1992, NJ 1994, 139 (MS en CJHB).

58 HR 24 april 1992, NJ 1993, 232, AB 1992, 542.

59 HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (MS), AB 1987, 273 (FHvdB).

60 Zie noot 51.

en billijkheid (vgl. HR 25 april 1986, NJ 1986, 714). Maakt het beding omtrent grondgebruik deel uit van algemene voorwaarden, hetgeen veelal het geval zal zijn, dan is ook de regeling van afdeling 6.5.3 NBW daarop van toepassing. Daarnaast kan worden gewezen op de op dit soort bedingen als regel toepasselijke regeling van de art. 6:259 en 260 NBW, die kort gezegd voorziet in de mogelijkheid van wijziging of ontbinding van de overeenkomst. Daarnaast staat nog de regeling omtrent onvoorziene omstandigheden (art. 6:258), waarop in het kader van art. 1374 BW reeds is geanticipeerd (HR 27 april 1984, NJ 1984, 679). En tenslotte is van belang dat een gemeente bij hantering van de voorwaarde – en dus ook bij haar beslissing omtrent de goedkeuring van verhuur in een geval als het onderhavige – is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727), zoals dat ook het geval is bij het verlenen van vrijstellingen in het kader van publiekrechtelijke regelingen. In het licht van een en ander kan worden gezegd dat ook in het kader van het burgerlijk recht de gerechtvaardigde belangen van grondgebruikers voldoende worden beschermd.'

Ook buiten het overeenkomstenrecht wordt acht geslagen op de bijzondere positie van de overheid. Een buitengewoon aardig voorbeeld vormt nog steeds het arrest Verboom-Staat.[61] In het algemeen gesproken wordt in een geval van dubbele verkoop aangenomen dat de eerste koper de tweede koper geen onrechtmatig handelen (profiteren van wanprestatie) kan aanwrijven, louter op de grond dat de tweede koper heeft geweten dat de eigenaar wanprestatie pleegde tegenover de eerste koper. Dat geldt echter naar het oordeel van de Hoge Raad niet de Staat, omdat van de Staat als overheid mag worden gevergd dat hij anders handelde. Voor zover enige twijfel kon bestaan dat het de Hoge Raad inderdaad ging om de overheid als partij, nam de Hoge Raad die twijfel weg in een korte tijd later gewezen arrest[62], waarin de 'klassieke' leer in een zaak tussen twee burgers werd herbevestigd.

In het oog springend is ook de betekenis die de Hoge Raad hecht aan de rol van de overheid bij onbevoegde vertegenwoordiging. De vraag is op grond van welke verklaringen of gedragingen van de pseudo-principaal en onder welke omstandigheden een wederpartij mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend. Ik verwijs naar art. 3:61 lid 2 BW. In het arrest Felix-Aruba[63] duidt de Hoge Raad aan dat ook op dit punt de overheid een bijzondere plaats inneemt. Van betekenis is 'dat in geval van onderhandelingen tussen een overheidsfunctionaris en een derde die in de onjuiste veronderstelling verkeert dat deze functionaris ten aanzien van de desbetreffende materie bevoegd was de overheid te binden, zich omstandigheden kunnen voordoen, waaronder die onjuiste veronderstelling voor rekening van de overheid dient te komen. Daarbij valt niet alleen te denken aan het geval dat de onjuiste veronderstelling is gewekt door een gedraging van het wel bevoegde overheidsorgaan, maar ook aan factoren als: de positie die de handelend functio-

61 HR 27 januari 1989, NJ 1990, 89 (CJHB), AA 1989, 572.
62 HR 8 december 1989, NJ 1990, 217.
63 HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 (PvS).

naris binnen de organisatie van de overheid inneemt en diens gedragingen, de omstandigheden die de organisatie en/of de verdeling van de bevoegdheden over verschillende organen van de overheid, als gevolg van onduidelijkheid, onoverzichtelijkheid of ontoegankelijkheid van de desbetreffende regelingen, voor buitenstaanders ondoorzichtig zijn, alsmede eventuele nalatigheid aan de zijde van de overheid om de derde tijdig op de onbevoegdheid van de functionaris opmerkzaam te maken.'

Tenslotte zou ik willen verwijzen naar het arrest Staat-Appels.[64] Kort samengevat betrof het arrest de vraag of in het kader van steunverlening aan bedrijven verstrekte kredieten door de Staat mochten worden overgedragen aan een derde die niet met de uitvoering van enige overheidstaak was belast. Het Hof oordeelde dat, hoewel de kredietverschaffing de vorm was gegeven van een overeenkomst naar burgerlijk recht, deze overeenkomst toch een publiekrechtelijk karakter had en dat de aard van de geschapen rechtsverhouding zich tegen overdracht (cessie) verzette. De Hoge Raad viel het Hof hierin bij. Het arrest demonstreert dat de voor de rechtshandelingen met de overheid gekozen civielrechtelijke vorm niet impliceert dat ook daarom elk gebruikelijk privaatrechtelijk gevolg aan die vorm mag worden verbonden. Daartegen kan de onderliggende publiekrechtelijke rechtsverhouding zich verzetten.

Ik geef deze voorbeelden om aan te duiden dat het privaatrechtelijk stelsel, ook in zijn uitwerking, voldoende souplesse heeft om tot een evenwichtige samenvoeging van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke elementen te komen en dat het niet nodig – en naar mijn oordeel uiteindelijk ook contraproductief – is een poging te wagen in het kader van ongeschreven publiekrecht een van de grond af aan opgebouwd nieuw stelsel van overheidsvermogenrecht te construeren.

64 HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766 (WMK); AB 1991, 430.

10. Ten slotte

Van der Hoeven eindigt zijn artikel 'magische lijn' met de opmerking dat de zin van onderscheiding van het recht in twee grote gebieden publiekrecht en privaatrecht kwestieus is geworden. Hij onderstreept die opvatting mede door onder de aandacht te brengen dat publieke taken worden vervuld door anderen dan de overheid, niet alleen op grond van een wettelijke opdracht, maar ook door hun feitelijke positie in de samenleving. Ik wil Van der Hoeven daarin graag bijvallen. Het verscherpen van de tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht zou wel eens kunnen leiden tot de opvatting dat de bescherming van de burger tegen collectief handelen uitsluitend in het publiekrecht gestalte moet krijgen omdat het daar overheidshandelen betreft en niet in het privaatrecht. Dat zou ik een onjuiste ontwikkeling vinden, omdat, ook onder invloed van de Europese Unie, de vervulling van een aantal taken die typisch tot het overheidsdomein behoorden – ik denk aan de infrastructuur, de telecommunicatie, de nutsvoorzieningen, het natuurbeheer etc. – in private handen geraken. Daarom een demagogische vraag tot slot. Waarom is het zinvol bij de beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden de burger wegens wangedrag mag worden geweerd uit het Rijksmuseum, het Concertgebouw, de trein, een stadion, een disco, een gemeentelijk zwembad, of toegang mag worden ontzegd tot Internet, naar materiële criteria te onderscheiden tussen al die gevallen? Het zou wel eens zo kunnen zijn dat toegang tot Internet of de Amsterdam Arena (privaatrechtelijk georganiseerd) voor de doorsnee-burger belangrijker is dan die tot een gemeentelijk zwembad (publiekrechtelijk georganiseerd).

Communautair getint schadevergoedingsrecht

Over de invloed van het gemeenschapsrecht op het Nederlandse bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht

Mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

1. Het belang van het communautaire schadevergoedingsrecht 109

2. De verhouding tussen het vernietigingsberoep en het schadevergoedingsberoep in het communautaire recht 111
2.1 Wat waren de vraagstukken die speelden? 111
2.2 Afbakening tussen beide procedures 112
2.3 Procedurele kwesties 114
2.3.1 Verjaringstermijn bij schadevergoedingsberoep 114
2.3.2 Verjaringstermijn na voorafgaand verzoek om schadevergoeding 115

3. Criteria voor het vaststellen van aansprakelijkheid 117
3.1 Onrechtmatigheid 117
3.2 Onrechtmatigheid en normatieve handelingen 118
3.3 Onrechtmatig handelen of nalaten van de lidstaten 119
3.4 Schending van beginselen van gemeenschapsrecht 121
3.5 De geschonden regel strekt ertoe particulieren rechten toe te kennen 127
3.6 Causaal verband 128
3.7 Schade 129
3.8 Aansprakelijkheid voor rechtmatige daad 132

4. De plaats van het communautaire schadevergoedingsrecht in het Nederlandse bestuursrecht 133
4.1 De ziener 133
4.2 Exit formele rechtskracht 134
4.3 Schadebeperking door het instellen van rechtsmiddelen 135
4.4 Verjaringstermijnen 136
4.5 Voorafgaand verzoek om schadevergoeding; zuiver schadebesluit 137
4.6 Het schadeveroorzakende besluit is een algemeen verbindend voorschrift 138

5. Schadevergoeding en het Nederlandse bestuursprocesrecht 140

1. Het belang van het communautaire schadevergoedingsrecht

Het onderdeel van de preadviezen dat ik voor u ga verzorgen, is gewijd aan het communautaire schadevergoedingsrecht. Sinds 1996, het jaar waarin de communautaire rechtsbescherming centraal stond bij de VAR, zijn er ontwikkelingen geweest die het de moeite waard maken bij het onderwerp stil te staan.

Maar dat is niet de enige reden. Het schadevergoedingsrecht van de EU heeft doorwerking in het nationale recht. De normen met behulp waarvan de rechter moet bepalen of een handeling ter uitvoering van gemeenschapsrecht rechtmatig is, of een autonome handeling in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht of niet, en of er aansprakelijkheid kan bestaan voor eventueel onrechtmatig handelen, dat alles wordt bepaald door het gemeenschapsrecht. Nationale rechters moeten die normen toepassen binnen het kader van hun eigen procesrecht. Een nadere verkenning van die normen is daarom van belang.

Daarbij komt dat het Gerecht en het Hof van Justitie al langer hakken met een bijltje dat bij ons misschien ooit gebruikt gaat worden: een schadevergoedingsberoep naast het vernietigingsberoep bij de bestuursrechter. Problemen die voortkomen uit het naast elkaar bestaan van beide procedures bij dezelfde rechter, kunnen hier in Nederland ook ontstaan. Welke problemen dat zijn, en hoe ze opgelost kunnen worden, vindt u hierna besproken.

Ik heb geprobeerd het stuk kort te houden en ben daar misschien maar ten dele in geslaagd. Het is mijn opvatting dat een preadvies een voorzetje moet zijn voor verdere gedachtewisseling en niet een volledig uitgewerkt stuk, waarin men alle mogelijke jurisprudentie, leerstukken, argumenten enz. uitgebreid besproken ziet en van commentaar voorzien. Ik heb alle bewondering voor hen die dat op een goede manier kunnen, maar ik zelf zie zoiets liever in een handboek dan in een preadvies. U zult daarom wellicht wat teleurgesteld zijn, ik waarschuw maar even, als u verwacht hier alle ins en outs van het communautaire schadevergoedingsrecht in relatie tot de Nederlandse problematiek te vinden.

In het hoofdstuk hierna (hoofdstuk 2) vindt u een bespreking van de problemen die zich in het communautaire procesrecht hebben voorgedaan met betrekking tot de verhouding tussen het vernietigingsberoep en het schadevergoedingsberoep. In hoofdstuk 3 ziet u vervolgens aan welke criteria Hof en Gerecht toetsen wanneer

zij moeten bepalen of een handeling rechtmatig is. In hoofdstuk 4 volgt dan een poging om op bepaalde onderdelen het communautaire schadevergoedingsrecht in te passen in het Nederlandse. Tot slot volgen enkele losse opmerkingen over schadevergoeding en het Nederlandse bestuursprocesrecht.

2. De verhouding tussen het vernietigingsberoep en het schadevergoedingsberoep in het communautaire recht

In het gemeenschapsrecht staan het vernietigingsberoep en het schadevergoedingsberoep naast elkaar, en zij kunnen onafhankelijk van elkaar worden ingesteld. Toch staan zij onderling met elkaar in verband, hetgeen weer tot afbakeningsvraagstukken heeft geleid. Voor de beantwoording van deze vragen maakt het in beginsel geen verschil of het gaat om zaken onder het EG-verdrag, Euratom of EGKS; daarom ga ik uit van het EG-recht. Hoe het Hof van Justitie enkele vraagstukken met betrekking tot de relatie tussen beide heeft opgelost, leest u hierna.

2.1 Wat waren de vraagstukken die speelden?

Aanvankelijk kon een particulier slechts een schadevergoedingsberoep instellen, als de handeling die de schade had veroorzaakt, eerst was vernietigd of ongeldig verklaard. Het Hof nam aan dat de beide acties verschillende doelstellingen hadden: het vernietigingsberoep (art. 173 EG) ziet op de geldigheid van een handeling en is gericht op ongedaanmaking ervan, de schadevergoedingsprocedure (art. 215) op de aansprakelijkheid voor onrechtmatig verklaarde handelingen.[1]

Dit betekende voor particulieren dat een actie wegens non-contractuele aansprakelijkheid tegen de Gemeenschap vrijwel altijd kansloos zou zijn: zij hebben immers zelden toegang tot de rechter in een vernietigingsberoep tegen andere handelingen dan de beschikkingen die aan hen zijn geadresseerd.[2] Verordeningen en richtlijnen die schade veroorzaken aan particulieren, kunnen vanwege de strenge voorwaarden voor ontvankelijkheid in het algemeen niet worden bestreden in een art. 173-beroep.[3]

---

1 HvJ 14 juli 1961, 9 en 12/60, Vloeberghs, Jur. 415.
2 Vgl. HvJ 15 juli 1963, 25/62, Plaumann, Jur. 207.

In het Lütticke III-arrest sloeg het Hof een andere weg in, en erkende dat het schadevergoedingsberoep inderdaad een zelfstandige doelstelling heeft, die ook los van andere procedures moet kunnen worden bereikt, ook al zou het resultaat de facto hetzelfde zijn als dat van een andere procedure, i.c. het beroep wegens nalatigheid (art. 175 EG).[4] Acties kunnen dus naast en los van elkaar worden ingesteld.[5] Dat beide procedures volwaardig naast elkaar staan, blijkt ook uit de zaak TEAM Srl. waarin het Gerecht aangeeft, dat de appellante alle belang heeft bij haar vordering tot schadevergoeding, omdat zij via een vordering tot nietigverklaring van de onderliggende beschikking niets meer kan bereiken.[6]

Overigens wil een vernietiging van een gemeenschapshandeling niet zeggen, dat de EG ook aansprakelijk is. Naast het causale verband speelt ook een rol de discretionaire bevoegdheid van de EG-organen. Deze mogen niet telkens in hun beleidsvoorbereidingen worden belemmerd door de mogelijkheid van schadeacties.[7] Zie hierover par. 3.2.

De beslissing in Lütticke III betekende wel dat er regels moesten komen over de afbakening, met name om oneigenlijk gebruik van procedures te voorkomen. Daarover gaat de volgende paragraaf.

2.2 Afbakening tussen beide procedures[8]

Er zijn verschillende manieren om gebruik te maken van de procedurele mogelijkheden die het Hof aldus heeft geschapen. Men kan eerst een vernietigingsberoep instellen, dan wel de uitkomst ervan afwachten en vervolgens een schadevergoedingsberoep starten. Men kan meteen een schadevergoedingsberoep instellen en de onrechtmatigheid van de beslissing of handeling tijdens die procedure laten vaststellen, en men kan een combinatie maken van beide procedures. Dat laatste gebeurt veel, als men ook ontvankelijk is in een vernietigingsberoep.

De keuze tussen beide vormen van beroep is niet volledig vrij: indien tegen een bepaalde handeling beroep tot nietigverklaring heeft opengestaan, maar de appel-

---

3 Zie P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat, edited and further revised by Laurence W. Gormley, Introduction to the Law of the European Communities, London 1998, p. 471-489.

4 HvJ 28 april 1971, 4/69, Jur. 325, r.o.6. HvJ 2 juli 1974, 153/73, Holtz en Willemsen GmbH, Jur. 675 (nalaten).

5 Dit in tegenstelling tot EGKS-beroepen: daar moest nog lang eerst vernietiging gevraagd worden van de schadeveroorzakende beschikking. Onder dit regime is het probleem van de ontvankelijkheid niet zo groot (zie art. 33 en 34 EGKS). Inmiddels geldt ook hier dat beide acties los van elkaar kunnen worden ingesteld (vgl. HvJ 30 januari 1992, C-363 en C-364/88, Finsider e.a., Jur. I-359 en HvJ 18 mei 1993, C-220/91 P, Commissie/Stahlwerke Peine-Salzgitter AG, Jur. I-2393).

6 GvEA 29 oktober 1998, T-13/96, TEAM Srl., n.n.g.

7 HvJ 25 mei 1978, 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH, Jur. 1209.

8 Zie hierover uitgebreid Ph. Mead, The Relationship between an Action for Damages and an Action for Anullment: the Return of Plaumann, in: Heukels/McDonnell (eds.), The Action for Damages in Community Law, The Hague/London/Boston 1997, p. 243-258.

lant dit onbenut laat en vervolgens beroep tot schadevergoeding instelt om in feite ongedaanmaking van het besluit in primo te krijgen, wordt hij niet-ontvankelijk verklaard.[9]

Het Hof waakt ertegen dat het schadevergoedingsberoep verwordt tot een verkapte vernietigingsactie. Deze overweging speelt met name een rol in geval voor een particulier *wel* vernietigingsberoep heeft opengestaan, maar dit niet is ingesteld. Dit kan het geval zijn wanneer het besluit een financiële beschikking was, zoals een heffing of terugvordering, en het gevorderde schadebedrag exact overeenkomt met de hoogte van de heffing of terugvordering. Het Hof onderzoekt dan de achtergrond van het schadevergoedingsberoep.

In de zaak Krohn stond er vernietigingsberoep open tegen de beslissing van de nationale autoriteiten tot weigering van de afgifte van invoercertificaten.[10] Deze was genomen op instructies van de Commissie. Die beslissing van de Commissie was eveneens vatbaar voor vernietigingsberoep op EG-niveau. Krohn stelde echter meteen de Commissie (en daarmee de EG) aansprakelijk, zonder rechtsmiddelen tegen de instructies van de Commissie in te stellen. Er was wel beroep ingesteld tegen de weigering van de nationale autoriteiten.

'Het beroep tot schadevergoeding moet echter worden beoordeeld in het licht van het gehele stelsel van de rechtsbescherming van particulieren, en de ontvankelijkheid ervan kan in bepaalde gevallen afhankelijk zijn van de vraag of de nationale rechtsmiddelen waarmee nietigverklaring van het besluit van de nationale instanties kan worden verkregen, uitgeput zijn. Daarbij is echter ook van belang of die nationale rechtsmiddelen de bescherming van de betrokken particulieren doeltreffend waarborgen, doordat zij tot vergoeding van de gestelde schade kunnen leiden.'[11] Hier zien we weer de eis van effectieve rechtsbescherming, die het Hof stelt.[12]

Het bestaan van een definitief geworden individueel besluit kan niet in de weg staan aan de ontvankelijkheid van een beroep tot schadevergoeding, aldus het Hof,[13] tenzij het beroep strekt tot betaling van een bedrag dat precies overeenkomt met het bedrag van heffingen die de verzoeker ter uitvoering van een individueel besluit heeft betaald, zodat het beroep tot schadevergoeding in werkelijkheid strekt tot opheffing van dit individuele besluit.[14] Of dit het geval is, moet worden aangetoond door degene die dit stelt, meestal de Commissie.[15]

Belanghebbenden kunnen daarnaast het vernietigingsberoep combineren met een schadevergoedingsberoep. Wanneer het schadevergoedingsberoep er echter met name toe dient om betaling te verkrijgen van een bedrag, waarvoor het verzoek

---

9 Vgl. HvJ 26 oktober 1995, C-199/94 P, Pevasa en C-200/94 P, Impesca, Jur. I-3709.

10 HvJ 26 februari 1986, 175/84, Krohn, Jur. 753.

11 R.o. 27. Het Hof komt tot de conclusie dat dit i.c. niet het geval is.

12 Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, Naar een bestuurs(proces)rechtelijke Ius Commune in Europa, VAR-reeks 116, Alphen aan den Rijn 1996, p. 112-117.

13 In r.o. 32.

14 Zie r.o. 33.

15 Zie GvEA 24 september 1996, T-491/93, Jur. II-1131, r.o.65.

al door de instelling is afgewezen en welke beschikking onherroepelijk is, dan verklaart de rechter ook het schadevergoedingsberoep niet ontvankelijk. Het blijft dus van belang om tijdig een art. 173-beroep in te stellen tegen dergelijke financiële beschikkingen. Maar voor zover het 215-beroep er mede toe dient om *andere schade* gecompenseerd te krijgen, bijvoorbeeld wegens traag herstel van een gemaakte fout in de berekeningen, acht de rechter de vordering wel ontvankelijk.[16]

2.3 Procedurele kwesties

2.3.1 Verjaringstermijn bij schadevergoedingsberoep[17]

Art. 43 Statuut Hof van Justitie geeft aan dat de vorderingen tegen de gemeenschap inzake niet-contractuele aansprakelijkheid verjaren vijf jaar na het feit dat tot deze vordering aanleiding heeft gegeven. De schadeveroorzakende gebeurtenis is daarmee het beginpunt. Soms krijgt de benadeelde pas later kennis van deze gebeurtenis of komt de schade pas later op. In beide gevallen ontvangt het Hof een schadevergoedingsberoep nog wel, hetzij via de constructie dat de termijn later is begonnen te lopen in geval de schade zich pas later manifesteert, hetzij via een uitzondering op de mogelijkheid iemand het verstrijken van de termijn tegen te werpen in geval deze pas later kennis heeft gekregen van de schadeveroorzakende gebeurtenis.

In de jaren vijftig was er sprake van fraudes met betrekking tot het stelsel van de vereveningsbijdragen voor schroot. De Hoge Autoriteit werd verweten te weinig toezicht te hebben gehouden. De fraudes hadden gevolgen voor de bedragen die niet bij de fraudes betrokken ondernemingen dienden te betalen, omdat door het vervalsen van documenten te lage opgaven werden gedaan voor het geproduceerde schroot. Nog voor de Hoge Autoriteit alles had uitgezocht en had kunnen vaststellen wat de juiste bedragen geweest hadden moeten zijn, kwamen er al schadeclaims om maar de verjaringstermijn van vijf jaar veilig te stellen. De schadeveroorzakende gebeurtenis was immers al geweest.

In het arrest Meroni en in de zaak Acciaieria Ferriera de Roma gaf het Hof aan dat de bedrijven daarvoor niet bang behoefden te zijn. De termijn zou pas beginnen te lopen op het moment dat vaststond dat betrokkenen nadeel hadden ondervonden als gevolg van de dienstfout van de Hoge Autoriteit en wat de omvang van de benadeling zou zijn.[18]

In geval de betrokkene pas later kennis krijgt en heeft kunnen krijgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis, kan het verstrijken van de verjaringstermijn hem niet worden tegengeworpen.[19] In een dergelijke situatie moet de benadeelde zijn

16 Vgl. GvEA 15 maart 1995, T-514/93, Cobrecaf, Jur. II-621.

17 Zie hierover uitgebreid Ton Heukels/Alison McDonnell, Limitation of the Action for Damages against the Community: Considerations and New Developments, in: Heukels/McDonnell (eds.), The Action for Damages in Community Law, The Hague/London/Boston 1997, p. 217-242.

18 HvJ 14 december 1962, 46 en 47/59, Meroni, Jur. 821; HvJ 2 juni 1965, 9 en 25/64, Accaciaieria Ferriera di Roma (FERAM), Jur. 401.

claim zo spoedig mogelijk na kennisname van de gebeurtenis indienen. Hij heeft dan geen recht op de volledige vijf jaar. Hier zien we dat een balans wordt gevonden tussen het belang bij het hanteren van de verjaringstermijn en het recht op effectieve rechtsbescherming. Pas op het moment dat de betrokkene zijn rechtspositie volledig kent, kan van hem worden verwacht dat hij stappen onderneemt om die rechten veilig te stellen.[20] Dit geldt zowel voor de rechtsbescherming op Europees niveau als voor die op nationaal niveau.[21]

2.3.2 *Verjaringstermijn na voorafgaand verzoek om schadevergoeding*

Het staat betrokkene vrij eerst een informeel verzoek om schadevergoeding te doen bij de instelling zelf, voorafgaand aan een 215-actie. Art. 43 Statuut Hof van Justitie geeft aan dat dan de verjaringstermijn opgeschort wordt.

De tekst van dit artikel luidt:

> 'De vorderingen tegen de Gemeenschap inzake niet contractuele aansprakelijkheid verjaren vijf jaar na het feit, dat tot deze vordering aanleiding heeft gegeven. De verjaring wordt gestuit, hetzij door een bij het Hof ingesteld beroep, hetzij door een eerder gedaan verzoek, hetwelk de benadeelde kan richten tot de bevoegde instelling van de Gemeenschap. In het laatste geval moet het beroep worden ingesteld binnen de termijn van twee maanden bepaald in artikel 173; de tweede alinea van artikel 175 is van overeenkomstige toepassing.'

Bij eerste lezing van dit artikel lijkt het alsof een beslissing van een EG-instelling op zo'n verzoek tot schadevergoeding een handeling is waartegen 173-beroep openstaat, of beroep wegens nalaten (art. 175) bij het uitblijven van een beslissing op het verzoek; stelt de aanvrager geen actie in tegen de beslissing of het uitblijven ervan binnen de termijn van twee maanden, dan vervallen zowel het recht op vernietigingsberoep als op schadevergoedingsberoep. Dat zou kunnen betekenen dat men door zich eerst netjes tot de instelling te wenden, de ruimere mogelijkheid in de tijd tot het instellen van beroep, de verjaringstermijn van vijf jaar, verspeelt.

Uit de jurisprudentie van het Hof wordt duidelijk dat een dergelijke benadeling niet de bedoeling kan zijn. In het arrest SNUPAT gaf het Hof aan dat het feit dat men eerst een verzoek tot schadevergoeding richt aan een instelling, niet tot gevolg heeft dat een ander soort beroep dan een schadevergoedingsberoep moet worden ingesteld.[22] Na afloop van de beroepstermijnen van art. 173 en 175 loopt de verjaringstermijn weer verder, zo zou ik denken. Maar dat is ook weer niet precies wat het Hof zegt. In het arrest Giordano geeft het Hof aan dat een verzoek om

---

19 HvJ 7 november 1985, 145/83, Adams, Jur. 3539, r.o. 50.

20 Heukels-McDonnell, p. 227.

21 Vgl. HvJ 25 juli 1991, C-208/90, Emmott, Jur. I-4269.

22 HvJ 22 maart 1961, 42 en 49/59, Société Nouvelle des Usines de Pontlieu – Aciéries du Temple, Jur. 103.

schadevergoeding de verjaringstermijn stuit, indien het verzoek wordt gevolgd door een beroep, ingesteld binnen de termijn die de artt. 173 en 175 noemen. Volgt zo'n beroep niet, dan is er ook geen sprake van stuiting. Het betekent niet dat de verjaringstermijn wordt verkort: hij loopt gewoon door alsof er geen verzoek om schadevergoeding aan de instelling is geweest.[23] Daaruit maak ik op dat het niet instellen van een vernietigingsberoep of beroep wegens nalaten, niet tot gevolg heeft dat ook de weg van het schadevergoedingsberoep is afgesloten. De bewoordingen van het Gerecht in de zaak Detlef Nölle kunnen erop wijzen dat het Gerecht de keuze tussen de mogelijke procedures aan de appellant wil overlaten.[24]

Het ziet ernaar uit dat de keuze tussen beide wegen volledig vrij is, zodanig dat de verjaringstermijn van vijf jaar begint te lopen vanaf het schadeveroorzakend handelen of nalaten. Die loopt gewoon door, tenzij intussen een verzoek om schadevergoeding is gedaan en tegen de beslissing daarop of het uitblijven daarvan beroep is ingesteld. Dan wordt de verjaringstermijn geschorst, totdat op dit beroep is beslist, en kan daarna, in theorie althans, alsnog een 215-procedure worden begonnen. Deze constructie opent de interessante mogelijkheid een beslissing uit te lokken over de vraag of de EG gehouden is een vergoeding te betalen voor schade als gevolg van een op zichzelf rechtmatig te achten handeling. Het afwijzen ervan zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid, omdat onvoldoende rekening is gehouden met de belangen van de verzoeker, bij het nemen van het besluit, en indirect bij het verrichten van de schadeveroorzakende handeling. Zie hierover nader par. 3.8.

Heukels en McDonnell beargumenteren dat ontvankelijkheid van een 173-actie niet waarschijnlijk is, omdat een afwijzende beslissing geen rechtsgevolgen heeft, en een 173-actie is gericht tegen handelingen met beoogd rechtsgevolg.[25] Hetzelfde geldt voor een actie wegens nalaten: de instelling moet dan een plicht tot handelen hebben gehad, wil de actie slagen. Daarnaast kan het Hof op grond van art. 173 of art. 175 geen plicht opleggen een bepaald bedrag aan compensatie te betalen; het gaat louter om vernietiging of bepaling van een plicht tot handelen. Aanvullend is een 215-actie dan toch nog nodig.

---

23 HvJ 5 april 1973, 11/72, Giordano/Commissie, Jur. 417. Vgl. de stuitingsregeling in het burgerlijk recht voor zogenaamde 'andere rechtsvorderingen', art. 3:317, tweede lid BW.

24 GvEA 18 september 1995, T-167/94, Detlef Nölle, Jur. II-2589. Het Gerecht geeft niet aan, dat eigenlijk eerst een vernietigingsberoep/beroep wegens nalaten ingesteld had moeten worden (zie r.o. 30).

25 Ton Heukels/Alison McDonnell, Limitation of the Action for Damages against the Community: Considerations and New Developments, in: Heukels/McDonnell (eds.), The Action for Damages in Community Law, The Hague/London/Boston 1997, p. 217-242 (229-230).

3. Criteria voor het vaststellen van aansprakelijkheid

In het Brasserie-arrest gaf het Hof aan dat voor het vaststellen van aansprakelijkheid op nationaal niveau en op EG-niveau dezelfde criteria moeten gelden. Het gemeenschapsrecht kent de normale criteria: onrechtmatigheid van de verweten gedraging, schade, en direct causaal verband tussen gedraging en schade.[26] Het is aan de verzoeker om aan te tonen dat aan deze criteria is voldaan.

De vraag naar schuld lijkt geen enkele rol te spelen. Toch valt hierbij de kanttekening te plaatsen dat in geval het gaat om 'normatieve handelingen' het Hof een specifieke toets aanlegt: is de onrechtmatigheid voldoende gekwalificeerd? Bij deze toets kijkt het Hof ook naar aspecten die men kan associëren met schuld of verwijtbaarheid. De vraag naar de relativiteit van de geschonden norm is vervat in de eis dat de geschonden rechtsregel de betrokken belangen beoogt te beschermen, of in recentere rechtspraak de eis dat particulieren rechten kunnen ontlenen aan de geschonden norm.

3.1 Onrechtmatigheid

Bij de beantwoording van de vraag wat onrechtmatigheid is in het Europese aansprakelijkheidsrecht moeten we, denk ik, proberen onderscheid te maken tussen de schending van een rechtsregel sec (onrechtmatigheid in enge zin) en de kwestie of die schending ook aansprakelijkheid kan opleveren (onrechtmatigheid in ruime zin). Het kan zinvol zijn dit onderscheid aan het licht te brengen in verband met de kwestie van de discretionaire bevoegdheid. Naar mijn mening is de rechtspraak van het Hof explicieter geworden in de erkenning dat in geval een instelling of lidstaat discretionaire bevoegdheden uitoefent, er minder snel reden is om aansprakelijkheid aan te nemen, ongeacht de aard van de schadeveroorzakende handeling. Ik zal dat in de volgende paragrafen toelichten.

Sinds het Brasserie-arrest[27] gaat het Nederlandse taalgebied gebukt onder de

26 Zie HvJ 28 april 1971, 4/69, Lütticke III, Jur. 325.

27 HvJ 5 maart 1996, C-46 en 48/93, Brasserie du Pêcheur en Factortame III, Jur. I-1029.

last van een onuitsprekelijke norm voor overheidsaansprakelijkheid: het moet gaan om een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die aan particulieren rechten toekent. Dat betekent eigenlijk gewoon dat er sprake moet zijn van schending van een rechtsregel die ernstig genoeg is. Aan deze regel moeten particulieren rechten kunnen ontlenen. Maar dat is eigenlijk pas de tweede stap die men moet zetten, en dan nog pas als het gaat om een normatieve handeling.

3.2 Onrechtmatigheid en normatieve handelingen

Anders dan de publicaties van de afgelopen jaren wellicht doen vermoeden, gaat het bij het vaststellen van onrechtmatigheid in beginsel eenvoudigweg, voor zover dat eenvoudig is, om het bepalen of een handeling of nalaten in strijd is met een geschreven rechtsregel of een ongeschreven rechtsbeginsel. Deze rechtsregels moeten als hiervoor gezegd particulieren rechten toekennen, hetgeen wil zeggen dat zij aan de overheid een verplichting opleggen ten opzichte van deze particulieren. In de jurisprudentie vóór Brasserie was er sprake van dat de rechtsregel moest strekken ter bescherming van particulieren.[28]

Zodra Hof of Gerecht vaststellen dat er sprake is van schending van bepalingen van verdragsrecht, verordeningen of richtlijnen, dan wel van algemene beginselen van gemeenschapsrecht is er onrechtmatigheid, en daarmee vernietigbaarheid. Verzoeker moet het bewijs aandragen van het schadeveroorzakende feit. Louter gissingen of speculaties zijn niet voldoende, er moeten duidelijke bewijzen op tafel komen, en ook worden aangeboden, dat de feiten zich hebben voorgedaan.[29]

Een andere kwestie is of de geconstateerde schending ook voldoende is om tot aansprakelijkheid te concluderen. Voor beantwoording van die vraag moeten we een onderscheid maken naar de aard van de uitgeoefende bevoegdheid: discretionair of niet, en naar de aard van de handeling.

In de jurisprudentie van het Hof wordt onderscheid gemaakt tussen normatieve handelingen (meestal regelgeving) en andere handelingen (meestal individuele beschikkingen en feitelijke handelingen). De laatste categorie kan aansprakelijkheid genereren, zodra er schending van een rechtsregel werd vastgesteld. In de zaak Grifoni ging het bijvoorbeeld om de vraag of de Commissie voldoende zorg had betracht om te voorkomen dat mensen van het dak van een weerstation konden vallen. Het bleek dat de Commissie de geldende rechtsregels rond veiligheid op het werk niet had nageleefd, waarop het Hof vaststelde dat dit onrechtmatig was.[30]

Gaat het echter om een normatieve handeling, een handeling van algemene strekking,[31] waarbij de instelling invulling geeft aan de bevoegdheid een beleids-

---

28 HvJ 2 december 1971, 5/71, Schöppenstedt, Jur. 983.

29 HvJ 5 april 1973, 11/72, Giordano, Jur. 417.

30 HvJ 27 maart 1990, C-308/87, Jur. I-1203. Deze zaak gaf Nieuwenhuis inspiratie om een voorstel te doen voor een Europees onrechtmatige-daadsrecht: Wat is een onrechtmatige daad? Europese perspectieven, RM Themis 1998/8, p. 242-248.

31 Zie voor een definitie van het begrip normatieve handeling GvEA 13 december 1995, T-481 en 484/93, Vereniging van Exporteurs in Levende Varkens, Jur. II-2941, r.o. 86-87: het moet

keuze te doen, dan stelt het Hof extra eisen. Niet zo maar een schending van een rechtsregel is voldoende; het moet gaan om een ernstige schending, waarbij de instelling de grenzen van de eigen bevoegdheid klaarblijkelijk en ernstig heeft miskend.[32] Dan is de schending *voldoende gekwalificeerd.*

Het is de vraag of het zit in de kwestie van wetgeving of niet; het lijkt er meer en meer op dat het zit in de mate waarin er ruimte is voor beleidskeuzes. In het Brasserie-arrest en de daarop volgende uitspraken bleek het Hof niet zozeer belangstelling te hebben voor de vraag of de lidstaten het EG-recht schonden door wetgevende handelingen of het nalaten ervan, maar eerder voor de mate waarin de lidstaten nog een eigen beoordelingsvrijheid hadden.[33]

Arnull geeft in zijn bespreking van de jurisprudentie rond normatieve handelingen aan, dat het Gerecht dit ook inmiddels tot uitgangspunt heeft genomen.[34] Wat hiervan zij, in de meer recente uitspraken van het Gerecht wordt nog wel degelijk en zelfs vrij uitgebreid aandacht besteed aan de vraag of er een normatieve handeling voorligt, en zo ja, in hoeverre er discretionaire bevoegdheid is.

3.3 Onrechtmatig handelen of nalaten van de lidstaten

In het Brasserie-arrest heeft het Hof zich uitvoerig uitgesproken over de vraag of en in hoeverre lidstaten aansprakelijk kunnen zijn voor handelingen waardoor zij EG-recht schenden. Daarbij tekent het Hof aan, dat de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de EG zelf en van de lidstaten niet mogen verschillen. Het geeft daarmee aan, dat de geformuleerde voorwaarden ontleend zijn aan het geldende gemeenschapsaansprakelijkheidsrecht, en dat de regels die het in het arrest bepaalt voor de lidstaten m.m. ook van toepassing zijn op de EG zelf, ook voor zover die niet eerder zó werden geformuleerd.

Het Hof concentreert zich op de aansprakelijkheid voor wetgeving. Dan acht het Hof de volgende punten beslissend als het gaat om de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van het handelen van een lidstaat.

De nationale wetgever beschikt in casu over een ruime beoordelingsmarge. In dat geval kent het gemeenschapsrecht een recht op schadevergoeding toe wanneer is voldaan aan drie voorwaarden. De geschonden rechtsregel strekt ertoe aan particulieren rechten toe te kennen; er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending; er is direct causaal verband tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade.[35]

---

gaan om een handeling van algemene strekking ten aanzien van een abstracte categorie personen of bedrijven.

32 HvJ 2 december 1971, 5/71, Schöppenstedt, Jur. 983.

33 Vgl. de bespreking van HvJ 23 mei 1996, C-5/94, Lomas, Jur. I-2553 (aansprakelijkheid voor een nationale beschikking) en HvJ 8 oktober 1996, C-178/94 e.v., Dillenkofer, Jur. I-4845, door Sacha Prechal in SEW 1998/2, p. 62-69.

34 A. Arnull, Liability for Legislative Acts under Article 215(2) EC, in: Heukels/McDonnell (eds.), The Action for Damages in Community Law, The Hague/London/Boston 1997, p. 129-152 (148-149). Hij verwijst naar de uitspraak in de zaak Levende varkens.

35 R.o. 51.

Een voldoende gekwalificeerde schending doet zich voor, als een lidstaat c.q. een gemeenschapsinstelling, de grenzen waarbinnen de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig miskent. Bij de vaststelling of dit het geval is spelen de volgende elementen een rol:[36]

a. de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel.
Wanneer het de lidstaat duidelijk kon zijn, wat er precies wordt verlangd, welke verplichtingen de staat heeft ten opzichte van de benadeelde particulieren, zal er eerder worden aangenomen dat er aansprakelijkheid is. De vraag naar rechtmatigheid hangt dan af van de helderheid van de formulering van de regel. Indien het gaat om EG-regelgeving, zal het met name bij richtlijnen nog wel eens moeilijk zijn voor een lidstaat om vast te stellen welke rechten en verplichtingen er nu precies zijn. Het arrest British Telecom gaf een aardig voorbeeld van hoe een lidstaat op het verkeerde been gezet kan zijn en daardoor, hoewel verdedigbaar, het verkeerde standpunt kiest.[37]
Hier rijst de vraag hoe het dan moet met rechtsbeginselen? Die zijn niet altijd even duidelijk; vaak blijkt pas bij interpretatie van het Hof wat er precies uit volgt.[38] Dat zou betekenen dat alleen evidenties tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Anderzijds blijkt ook niet onmiddellijk wat art. 30 of 52 EG behelzen. Toch grondt het Hof daarop aansprakelijkheid.

b. de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale of gemeenschapsinstanties laat.
Dit is naar mijn idee het belangrijkste element van de overwegingen van het Hof. Hoe groter die ruimte, hoe kleiner de kans dat een aansprakelijkheidsactie slaagt. Indien de discretionaire bevoegdheid ruim is, kan de gemeenschap slechts bij uitzondering aansprakelijk worden gesteld, in geval de betrokken instelling de grenzen van haar bevoegdheden klaarblijkelijk ernstig heeft miskend; onder ernstige miskenning moet worden verstaan een gedrag dat aan willekeur grenst.[39]

c. de vraag of er opzet in het spel was bij de schending of schadeveroorzaking.
Het zal duidelijk zijn, dat als er opzet wordt vastgesteld, men eenvoudiger gedrag dat aan willekeur grenst kan aannemen.

d. de vraag of in geval van rechtsdwaling, deze verschoonbaar is.
Hieronder past wellicht het voorbeeld van de minister van LNV die zijn beslissingslijn voortzette, ondanks het feit dat hij wist dat de interpretatie die hij hanteerde met betrekking tot bedrijfsopvolgers voor de toepassing van de

---

36 Zie r.o. 55.

37 HvJ 30 april 1996, C-392/93, Jur. I-1631.

38 Vgl. bijv. de discussies rond het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel bij de terugvordering van niet goedgekeurde staatssteun. Zie HvJ 20 maart 1997, C-24/95, Alcan, Jur. I-1607.

39 Zie HvJ 5 december 1979, 116/77 en 124/77, Amylum, Jur. 3497, r.o. 13 en 19.

SLOM-regeling, niet boven twijfel was, omdat daarover al prejudiciële vragen waren gesteld.[40]

e. de vraag of de handelwijze van een gemeenschapsinstelling heeft bijgedragen tot het verzuim van de lidstaat.
Hier kan men denken aan het (hypothetische) geval waarin ten gevolge van inlichtingen van de Europese Commissie de Nederlandse Mededingingsautoriteit overgaat tot onderzoek of boeteoplegging, hetgeen later niet gerechtvaardigd blijkt te zijn, omdat de inlichtingen niet blijken te kloppen. Of men kan denken aan het volgen van een interpretatie van een verordening, zoals die wordt gehanteerd door de Commissie, zonder dat er serieuze twijfel aan de juistheid of houdbaarheid van die interpretatie hoeft te bestaan.

f. het vaststellen of instandhouden van met gemeenschapsrecht strijdige nationale maatregelen of praktijken.
Dit punt ziet op de situatie waarin al door het Hof is vastgesteld, dat maatregelen of praktijken strijdig zijn, en de lidstaat deze niet of niet snel genoeg wijzigt.[41] Te denken valt aan de Securitel-affaire, waarbij naar aanleiding van een Belgische zaak[42] aan het licht kwam dat Nederland de meldingsverplichtingen uit de notificatierichtlijn niet of althans niet voldoende nakwam. Indien de regering zou hebben volhard in niet-nakoming, zou dit een voldoende gekwalificeerde schending van het EG-recht hebben opgeleverd.

Hiervoor heb ik al een kanttekening geplaatst bij deze toets op 'voldoende gekwalificeerdheid'. Het Hof geeft in r.o. 78 uitdrukkelijk aan dat elementen van het schuldbegrip al zijn verwerkt in de eis van voldoende gekwalificeerdheid. Enkele aspecten die het Hof hier noemt als van belang voor de test duiden op de mogelijkheid onrechtmatig gedrag te rechtvaardigen. Dit duidt op een opstelling die vergelijkbaar is met die van de Hoge Raad: schuld is in beginsel gegeven. Maar, voeg ik eraan toe, er kunnen gronden zijn om de schade toch niet toe te rekenen aan het betrokken overheidsorgaan.

3.4 Schending van beginselen van gemeenschapsrecht

Het voert hier te ver om een bespreking te geven van alle mogelijke schendingen van regels, verordeningen, verdragen en beginselen; daarom volsta ik met een korte bespreking van schending van algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Het is een selectie van de overvloedige jurisprudentie rond aansprakelijkheid van de EG, waarin de hoofdtoon is dat er zelden schending of voldoende serieuze schen-

40 CBb 18 december 1991, AB 1994, 555.
41 Zie r.o. 57 van het Brasserie-arrest.
42 HvJ 30 april 1996, C-194/94, CIA Security/Securitel, Jur. I-2201.

ding wordt vastgesteld. De voorbeelden zijn vrij willekeurig en gaan zowel over normatieve handelingen en als over niet-normatieve handelingen.

Alle hieronder genoemde beginselen kunnen leiden tot vernietiging of ongeldigverklaring van de betrokken handeling. We zullen echter zien dat de motiveringsplicht van art. 190 EG en de hoorplicht niet strekken ter bescherming van particulieren als het gaat om normatieve handelingen. Schending ervan kan dan niet tot aansprakelijkheid leiden.

Zorgvuldigheid (behoorlijk bestuur)

De zaak Detlef Nölle[43] betreft een anti-dumpingverordening tegen de goedkope invoer van kwasten en borstels uit het Verre Oosten. Nölle stelde eerst beroep in tegen de invoerheffing van de Duitse autoriteiten. Op de prejudiciële vragen van de Duitse rechter antwoordde het Hof dat de verordening ongeldig was, omdat de Commissie een diepergaand onderzoek had moeten doen naar de vraag of i.c. wel het juiste referentieland was gekozen in het licht van de kaderverordening inzake anti-dumping, omdat de gemaakte keuze mede in het licht van de door Nölle aangedragen informatie, twijfelachtig was. Daarop startte Nölle een schadeactie tegen de EG, die hij baseerde op schending van de motiveringsplicht van art. 190 EG, schending van de hoorplicht, het verbod van misbruik van bevoegdheid en schending van de zorgvuldigheidsplicht bij het uitvaardigen van de antidumpingsverordening.

Het Gerecht onderzocht alleen schending van de zorgvuldigheidsplicht diepergaand, omdat ofwel de overige schendingen niet konden worden bewezen, ofwel de geschonden regels niet dienden ter bescherming van Nölle, zoals de hoorplicht. Het kwam tot de conclusie dat het Hof had vastgesteld dat er onvoldoende onderzoek was gedaan naar de prijsfactoren. De Commissie deed wel onderzoek, maar zeer oppervlakkig. Dit beschouwde het Gerecht als een schending van het beginsel van 'behoorlijk bestuur', ofwel het 'principle of care', welke schending in principe zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid. De actie slaagde echter niet, omdat de schending niet voldoende ernstig was om tot aansprakelijkheid te leiden. Het Gerecht oordeelde dat het totaal afzien van nader onderzoek wel een gekwalificeerde schending van de eisen van behoorlijk bestuur had opgeleverd, maar de keuze voor oppervlakkig onderzoek niet.

Een ander aspect van behoorlijk bestuur is de zorgvuldigheidsplicht in het kader van het ontzien of behartigen van de belangen van betrokkenen. In de zaak Adams[44] kwam dit aan de orde, toen door laksheid van de ambtenaren van de Commissie, Adams in Zwitserland werd opgepakt wegens het schenden van bedrijfsgeheimen. Adams was werknemer van het farmaceutisch concern Hoffmann LaRoche en had de Commissie geholpen bij een onderzoek naar prijsafspraken. De nalatigheid van de Commissie leverde een onrechtmatigheid op.[45] Een ander voorbeeld van laksheid biedt de zaak Cobrecaf, waarin de Commissie pas 15 maanden nadat ze een

43 GvEA 18 september 1995, T-167/94, Jur. II-2589.

44 HvJ 7 november 1985, 145/83, Jur. 3539.

45 Vgl. GvEA 25 juni 1997, T-7/96, Perillo, Jur. II-1061.

vergissing in de berekening voor een subsidie had ontdekt deze fout herstelde. Het Gerecht zag hierin een duidelijk tekort aan zorgvuldigheid en concludeerde tot onrechtmatigheid en aansprakelijkheid terzake. Het ging hier om een beschikking.[46]

Motivering

In de zaak Kind[47] werd de EG aansprakelijk gesteld wegens het invoeren van de claw-back, een heffingsregeling op schapenvlees.[48] De onrechtmatigheid werd gezocht in een gebrekkige motivering van de verordening van de Raad. Het Hof gaf echter aan dat als er al een schending zou zijn van die plicht (quod non), motiveringsgebreken van een normatieve handeling, gezien de strekking van de motiveringseis van art. 190 (het Hof in staat stellen de wettigheid van de handeling te controleren), niet kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de gemeenschap. Deze stelling is meermalen herhaald.[49] Het Gerecht heeft deze opvatting nog nader gepreciseerd door aan te geven dat de motiveringsplicht niet strekt tot bescherming van particulieren.[50] Het is daarbij ook om andere redenen twijfelachtig of schending van de motiveringsplicht uiteindelijk tot aansprakelijkheid kan leiden, omdat het uiterst moeilijk zal zijn causaal verband aan te tonen tussen de schending en de schade.

Gaat het echter niet om normatieve, maar om administratieve handelingen, dan is de Europese rechter wel bereid onderzoek te doen naar eventuele schending van de motiveringsplicht. Dan behoort deze plicht tot de fundamentele eisen, die ten behoeve van de belanghebbende en de verdediging van zijn belangen zijn gesteld. Een eventuele schending kan leiden tot een onrechtmatigheidsoordeel.[51]

Hoor en wederhoor/rechten van de verdediging

Het beginsel van hoor en wederhoor moet geëerbiedigd worden zodra een beslissing bezwarend kan zijn voor een belanghebbende.[52] Het moet gewaarborgd zijn in administratieve procedures, dat wil zeggen in procedures die geen wetgevende handelingen als resultaat hebben.[53] Schending van het recht om gehoord te worden is vrij ernstig, omdat dit recht behoort tot de fundamentele beginselen, afgeleid uit het EVRM, die deel uitmaken van de communautaire rechtsbeginselen.[54] Wanneer dan ook een schending terzake wordt vastgesteld, leidt dit tot vernietiging en dus onrechtmatigheid in de zin van art. 215 van de betrokken beslissing.[55] Maar de meeste aansprakelijkheidszaken hebben betrekking op wetgevende handelingen,

46 GvEA 15 maart 1995, T-514/93, Cobrecaf, Jur. I-621.
47 HvJ 15 september 1982, 106/81, Kind, Jur. 2885.
48 Verordeningen 1837/80 en 3191/80.
49 Zie HvJ 6 juni 1990, C-119/88, AERPO, Jur. I-2189.
50 GvEA 13 december 1995, T-481 en 484/93, Vereniging van Exporteurs in Levende Varkens, Jur. II-2941, r.o. 104.
51 Vgl. HvJ 7 mei 1992, C-258 en 259/90, Pesquerias de Bermeo en Naviera Laida, Jur. I-2901.
52 HvJ 23 oktober 1974, 17/74, Transocean Marine Paint, Jur. 1063.
53 GvEA 11 december 1996, Atlanta, T-521/93, Jur. II-1707.
54 HvJ 27 juni 1991, C-49/88, SAMAD, Jur. I-3187.
55 HvJ 29 juni 1994, C-135/92, Fiskano, Jur. I-2885.

zodat dit vereiste vrij zelden tot een onrechtmatigheidsoordeel aanleiding zal geven. Slechts wanneer er een wettelijke verplichting bestaat tot horen bij de voorbereiding van een normatieve handeling, bijvoorbeeld in antidumpingsprocedures waar de benadeelde partijen het recht hebben hun standpunt kenbaar te maken, kan ook hier bij schending een onrechtmatigheidsoordeel volgen.[56]

Rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel

Dit beginsel is een van de weinige waarop in het verleden met succes een schadevergoedingsberoep is gebaseerd. Bekende voorbeelden zijn de zaken Mulder II[57] en Sofrimport (Chileense appels).[58]

In de eerste zaak Mulder had het Hof in een prejudiciële procedure rond de superheffing op melk en de SLOM-regeling voor tijdelijke bedrijfsonderbreking al vastgesteld, dat de superheffingsverordening ongeldig was wegens schending van het vertrouwensbeginsel. Er was ten onrechte geen rekening gehouden met de positie van de SLOM-boeren, die dientengevolge geen melkquotum toegewezen konden krijgen.[59] Het vertrouwensbeginsel beoogt de belangen van particulieren te beschermen. Deze schending oordeelde het Hof onrechtmatig en voldoende ernstig om een plicht tot schadevergoeding aan te nemen.

Eenzelfde situatie kan men vinden in de zaak Sofrimport.[60] Hier ging het om een plotselinge invoerbeperking voor appels uit Chili die de Commissie had ingesteld, omdat de markt voor appels door een te grote invoer verstoord dreigde te raken. De Raadsverordening waarop de Commissie zich baseerde (Vo. 2707/72), gaf echter aan dat voor ladingen die onderweg waren een uitzondering zou worden gemaakt. Daarvoor zouden toch invoervergunningen worden afgegeven. Dat gebeurde echter niet, en Sofrimport bleef met de gekoelde appels zitten. Het Hof oordeelde in een 215-beroep dat de Commissie door geen rekening te houden met de positie van handelaren als Sofrimport het vertrouwensbeginsel had geschonden, hetgeen een onrechtmatigheid oplevert. De schending was ook voldoende ernstig, waarbij het Hof belang hechtte aan de omstandigheid dat de Commissie geen rechtvaardiging, ontleend aan het algemeen belang kon aangeven.

Een vergelijkbare situatie deed zich een kleine tien jaar eerder voor bij de firma Dürbeck. Dezelfde situatie, een invoerbeperking voor appels uit Chili, bracht de firma in grote moeilijkheden, omdat al forse verplichtingen voor de afname waren aangegaan. Het beroep op het vertrouwensbeginsel, gebaseerd op dezelfde bepaling als waarop Sofrimport een beroep deed, werd echter niet gehonoreerd, omdat Dürbeck geen goederen onderweg had, maar die nog moest gaan verschepen toen de beperking werd ingesteld.[61]

Om een beroep te kunnen doen op het vertrouwensbeginsel moet men dus een gerechtvaardigd vertrouwen kunnen hebben in die zin dat er duidelijke aanwijzin-

---

56 Vgl. ook hier het arrest Levende varkens, r.o. 55-57 en 154.
57 HvJ 19 mei 1992, C-104/89 en 37/90, Jur. I-3061.
58 HvJ 26 juni 1990, C-152/88, Jur. I-2477.
59 HvJ 28 april 1988, 120/88, Mulder I, Jur. 2321.
60 HvJ 26 juni 1990, C-152/88, Jur. I-2477.
61 HvJ 5 mei 1981, 112/80, Firma Anton Dürbeck, Jur. 1095.

gen, liefst wettelijke plichten of toezeggingen zijn voor het verwachte handelen.[62] Er moet immers een plicht van de instelling geconstrueerd kunnen worden, hetgeen pas lukt als men kan spreken van het wekken van verwachtingen van de kant van de instelling. De verzoeker moet ook aantonen dat dit het geval is. Een beroep wegens nalaten en een daaraan gekoppeld schadevergoedingsberoep kan dus alleen dan slagen, als er een heldere toezegging of geschreven verplichting ligt van de kant van de betrokken EG-instelling, dat tot het gewenste handelen zal worden overgegaan. Dit geldt bijvoorbeeld ook als het gaat om de belofte tot het opnemen van bepalingen in een verordening.[63] Omdat Hof en Gerecht strenge eisen stellen, en van marktdeelnemers verwachten dat zij zich op de hoogte stellen van te verwachten ontwikkelingen, en rekening houden met alle mogelijke maatregelen, slaagt een beroep op het vertrouwensbeginsel niet snel.[64]

Evenredigheidsbeginsel

De evenredigheidstoets komt vooral aan bod in geval er een discretionaire bevoegdheid wordt uitgeoefend.

In de zaak De Boer Buizen[65] ging het om uitvoerbeperkingen voor uitvoer van stalen buizen naar de VS. De betrokken onderneming had zich erover beklaagd dat het de facto onmogelijk was voor een distributieonderneming als de zijne om een uitvoervergunning te verkrijgen. Die waren gezien de regeling vooral voorbehouden aan producenten van buizen. De klacht van discriminatie werd door het Hof afgewezen, maar het merkte nog wel op dat dit niet betekende dat de instellingen als zij een dergelijke regeling invoeren niet een zekere verantwoordelijkheid hebben in verband met de bijzondere situatie van de distributeurs. Als zou blijken dat de distributieondernemingen als groep een onevenredig deel van de uit de uitvoerbeperkingen voortvloeiende lasten hadden te dragen, dan zouden de gemeenschapsinstellingen passende maatregelen moeten treffen.[66] Met deze overweging verwees het Hof (min of meer ten overvloede) naar het evenredigheidsbeginsel. De Boer Buizen had echter niet aangevoerd dat dit beginsel was geschonden, zodat het Hof daaruit geen onrechtmatigheid kon construeren.

In de zaak Mulder II, hiervoor al genoemd, toetst het Hof aan het evenredigheidsbeginsel zonder dit expliciet te noemen. De oorspronkelijke superheffingsverordening kan de toets niet doorstaan, omdat in het geheel geen rekening is gehouden met de bijzondere situatie van een duidelijk afgebakende categorie van marktdeelnemers, zonder daarvoor een rechtvaardiging te geven die aan het algemeen belang was ontleend. De aangepaste verordening doorstond de test wel, omdat daarin duidelijk een balans was gezocht tussen de belangen van de betrokken groep, de

---

62 Zie bijv. de eerder aangehaald zaak Levende Varkens, r.o. 149.

63 Vgl. GvEA 17 februari 1998, T-105/96, Pharos, Jur. II-285.

64 Zie bijv. GvEA 16 oktober 1996, T-336/94, Efisol, Jur. II-1343. Zie voor een vergelijking met het Nederlandse vertrouwensbeginsel R.J.G.M. Widdershoven, De uitvoering van het gemeenschapsrecht in de lidstaten en de toepassing van het vertrouwensbeginsel, NTB 1994, p. 1-13.

65 HvJ 29 september 19987, 81/86, De Boer Buizen, Jur. 3677.

66 R.o. 17.

andere betrokken belangen en de doelstelling van de regeling, het terugdringen van de melkproductie.

In de zaak Wehrhahan Hansamühle toetste het Hof het invoeren van interventieprijzen voor tarwe (een steunregeling) expliciet aan het in art. 40 vervatte evenredigheidsbeginsel en kwam tot de conclusie dat de Raad bij het beoordelen van het niveau van de prijzen niet verder was gegaan dan noodzakelijk was om de doelstellingen van de steunregeling te verwezenlijken. Daarmee was het instellen van zo'n verordening niet onrechtmatig.[67]

Het Hof heeft onder meer in het arrest Schräder aangegeven, dat de rechter uiterst terughoudend moet zijn bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in geval de gemeenschapswetgever over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt. Er is slechts plaats voor een onrechtmatigheidsoordeel, als de maatregel kennelijk ongeschikt is om het nagestreefde doel te bereiken.[68]

Wil er reden zijn om aansprakelijkheid vast te stellen, dan moet het ook nog gaan om klaarblijkelijke en ernstige miskenning van het evenredigheidsbeginsel, die tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap kan leiden: een dermate ernstige fout dat het gedrag van de instelling aan willekeur grenst.[69]

Gelijkheidsbeginsel/non-discriminatie

Het lijdt geen twijfel dat schending van het verbod van discriminatie, zoals vervat in art. 6 EG en andere verdragsartikelen onrechtmatig handelen oplevert. Het probleem is hier, evenals in het nationale recht, vooral gelegen in het vaststellen in hoeverre er sprake is van gelijke gevallen, en of er een objectieve rechtvaardiging valt te vinden voor een ongelijke behandeling.[70] In het Brasserie-arrest geeft het Hof, zij het niet zo heel duidelijk, aan dat directe discriminatie kennelijk in strijd is met het gemeenschapsrecht, en dat dit een schending is die vrij snel tot aansprakelijkheid leidt.[71] Verder valt te wijzen op de richtlijnen inzake gelijke behandeling, die bij discriminatie schadevergoedingsregelingen kennen.[72]

Er zijn verschillende zaken waarin het Hof verordeningen heeft vernietigd of nationale regelingen onverenigbaar met het EG-recht heeft geacht, wegens schending van discriminatieverboden.[73] Een bekend voorbeeld betreft de verordening met betrekking tot de aankoopverplichting van magere melkpoeder als veevoer.[74] Deze verordening werd in een prejudiciële procedure ongeldig verklaard vanwege strijd met het verbod van discriminatie binnen de landbouwsector.[75] Deze ongel-

67 HvJ 13 november 1973, 63-69/72, Jur. 1229.

68 HvJ 11 juli 1989, 265/87, Jur. 2237, r.o. 22.

69 HvJ 5 december 1979, 116/77 en 124/77, Amylum, Jur. 3497, r.o. 19.

70 Zie bijv. de zaak Kind, HvJ 15 september 1982, 106/81, Jur. 2885.

71 Zie r.o. 61.

72 Er is overigens wel verschil tussen het schadevergoedingsrecht op basis van deze richtlijnen en het commune aansprakelijkheidsrecht. Zie hierover het commentaar van E. Steyger bij HvJ 22 april 1997, C-66/95, Sutton, Jur. I-2163, en HvJ 22 april 1997, C-180/95, Draehmpaehl, Jur. I-2195, SEW 1998, p. 69-73.

73 Zie bijv. HvJ 17 juni 1981, 113/80, Ierse souvenirs, Jur. 1625 (nationale regeling).

74 Vo. 563/76.

75 HvJ 5 juli 1977, 114/76, Behla-Mühle, Jur. 1211.

digverklaring leverde op zichzelf een onrechtmatigheid op in de 215-procedure, maar leidde niet tot aansprakelijkheid van de gemeenschap, vanwege de noodzakelijk ruime discretionaire bevoegdheid die de gemeenschap in economische beleidskwesties als deze toekomt. Pas bij klaarblijkelijke en ernstige miskenning van de grenzen van deze bevoegdheid kon naar het oordeel van het Hof aansprakelijkheid worden aangenomen.[76]

Misbruik van bevoegdheid
Van misbruik van bevoegdheid is er naar vaste rechtspraak slechts sprake, wanneer er objectieve aanwijzingen bestaan dat de bevoegdheid is gebruikt voor een ander doel dan waarvoor die is gegeven, of ter omzeiling van een procedure die bedoeld is om het betrokken probleem het hoofd te bieden.[77] Hierop wordt vaak een beroep gedaan, maar het slaagt slechts zelden.

3.5 De geschonden regel strekt ertoe particulieren rechten toe te kennen

De hiervoor genoemde beginselen zijn algemene beginselen van gemeenschapsrecht, beginselen welke in acht genomen en toegepast moeten worden door EG-instellingen en organen, maar ook door nationale autoriteiten wanneer zij gemeenschapsrecht uitvoeren (in de ruimste zin van het woord). Dit betekent, dat de hiervoor besproken jurisprudentie ook van belang is voor de rechtspraak in de lidstaten, wanneer die de onrechtmatigheid van gedragingen van nationale autoriteiten moet beoordelen.

Daarbij is van belang vast te stellen, dat volgens het Hof de geschonden rechtsregel ertoe moet strekken de particulier rechten toe te kennen. Voor het Brasserie-arrest, ik gaf het hiervoor al aan, gebruikte het Hof de formulering dat het moest gaan om hogere rechtsregels die de particulier beogen te beschermen.

De vraag is nu of de formulering dat het moet gaan om toekennen van rechten wat anders betekent, dan die dat het moet gaan om rechtsregels ter bescherming van de particulier.[78] Ik denk niet dat het zoveel verschil maakt. Hiervoor bij de bespreking van beginselen bleek al, dat wil men met succes de schending van een rechtsbeginsel kunnen aanvoeren, dat beginsel op een of andere manier een plicht moet opleveren voor de betrokken instelling, een plicht tot handelen of nalaten ten opzichte van de betrokken particulier.[79] Hier valt eveneens een parallel te trekken

---

76 HvJ 25 mei 1978, 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, Firma Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe, Jur. 1209. Eenzelfde voorbeeld vindt men in HvJ 5 december 1979, 116/77 en 124/77, Amylum, Jur. 3497, een aansprakelijkheidsactie na ongeldigverklaring van de isoglucoseverordening (Vo. 111/77) wegens ongelijke behandeling (HvJ 25 oktober 1978, 103 en 145/77, Isoglucose, Jur. 2037). Ook hier oordeelde het Hof dat een enkele ongeldigverklaring niet volstaat voor het vaststellen van aansprakelijkheid.

77 HvJ 21 februari 1984, 140/82, 146/82, 221/82 en 226/82, Wahlzstahl-Vereinigung, Jur. 951, r.o. 27; HvJ 25 juni 1997, C-285/94, Italië/Commissie, Jur. I-3519, r.o. 52.

78 Art. 6:163 BW eist dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade die de benadeelde heeft geleden.

79 Vgl. de Sofrimport-zaak en het ontbreken van bescherming bij schending van de motiverings-

met de jurisprudentie rond rechtstreekse werking van richtlijnen: die is pas mogelijk als de richtlijn duidelijk en ondubbelzinnig rechten formuleert voor EG-onderdanen. Er kan dus pas een aanspraak zijn, als er een duidelijk recht, of het spiegelbeeld daarvan, een plicht is geformuleerd.[80]

3.6 Causaal verband

Om aansprakelijkheid te kunnen vaststellen moet er direct causaal verband zijn tussen de schending van de verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade. Verzoeker moet hiervan het bewijs leveren.[81] Wanneer de schade niet rechtstreeks kan worden teruggevoerd op de vastgestelde schending, is het bewijs niet geleverd en volgt een afwijzing van het beroep.

In het hiervoor gereleveerde geval van Grifoni,[82] die van een dak afviel, was er wel sprake van causaal verband tussen de door de Commissie gepleegde onrechtmatigheid en de geleden schade. Door na te laten de wettelijke maatregelen te nemen heeft de Commissie bijgedragen tot de schade. Grifoni heeft daar zelf echter ook toe bijgedragen, door bij de uitvoering van zijn werk niet de zorgvuldigheid te betrachten die noodzakelijk was voor zijn eigen veiligheid, bijvoorbeeld door het dragen van een gordel, of door te weigeren het dak op te gaan zolang het onvoldoende veilig was, te meer daar Grifoni gespecialiseerd was in dat soort werken. Hof verdeelde de aansprakelijkheid gelijkelijk tussen beide partijen.[83]

Verzoeker moet, bij betwisting althans, het bewijs leveren van het causale verband tussen de schade en de verweten gedraging. De zaak Perillo[84] draaide om het gedrag van een onderzoeksdelegatie van de Commissie, dat ertoe leidde dat Perillo niet deel kon nemen aan een deskundigenonderzoek met betrekking tot door hem geleverde flessen. Het Gerecht stelde vast dat de delegatie niet de eisen van behoorlijk bestuur in acht had genomen zoals ze had moeten doen, waar zij bij de organisatie van het deskundigenonderzoek er niet voor had gezorgd dat Perillo bij het onderzoek aanwezig kon zijn. Dit is een onrechtmatigheid. Maar het causale verband met de schade werd niet aangenomen, omdat niet zeker was dat Perillo wel een gunstige beslissing zou hebben gekregen als hij erbij was geweest. Bovendien zouden de deskundigen slechts advies uitbrengen aan de Commissie, een advies waaraan de Commissie niet gebonden was.[85]

In de nasleep van de BSE-affaire werd de EG aansprakelijk gesteld voor de schade die was ontstaan als gevolg van het totaal inzakken van de vraag naar

---

plicht door de regelgever.

80 Dat het wel eens verwarrend kan zijn, welke plicht er nu precies geschonden is, en welk recht daar spiegelbeeldig tegenover staat, toont Rb Den Haag 14 februari 1996, RAwb 1996, 90, door De Lange in zijn aantekening terecht bekritiseerd.

81 GvEA 25 juni 1997, T-7/96, Perillo, Jur. I-1061.

82 HvJ 27 maart 1990, C-308/87, Jur. I-1203.

83 Vgl. de eigen-schuldproblematiek in het burgerlijk recht, art. 6:101 BW, met de mogelijkheid tot 'billijkheidscorrectie'.

84 GvEA 25 juni 1997, T-7/96, Perillo, Jur. I-1061.

85 Zo ook GvEA 29 oktober 1998, T-13/96, Team Srl., n.n.g.

rundvlees. De betrokken partijen verweten de EG niet of althans niet op tijd maatregelen te hebben genomen, waardoor het vertrouwen van de consument in de kwaliteit van rundvlees verdwenen was. Het Gerecht stelde na een onderzoek naar de chronologie van de gebeurtenissen, vast dat dit wantrouwen niet zozeer was ingegeven door het ontbreken van adequate maatregelen, maar door de vrees een ernstige ziekte te kunnen oplopen als gevolg van het eten van rundvlees.[86]

In de zaak Brinkmann ging het om de schending van een implementatieplicht door een lidstaat. Er waren geen wettelijke bepalingen vastgesteld ter implementatie van de Tweede richtlijn inzake belasting op tabaksfabrikaten. Dit is op zichzelf een gekwalificeerde schending,[87] maar er is geen direct causaal verband, omdat de autoriteiten de richtlijnbepalingen toch en wel rechtstreeks hadden toegepast. Bij de uitleg en toepassing van die bepalingen hebben zij een standpunt betrokken dat niet kennelijk in strijd met de richtlijn en met name met het doel ervan was.[88]

3.7 Schade

De schade die rechtstreeks het gevolg is van de onrechtmatige gedraging moet aldus worden vergoed. Het gaat vooral om financiële schade, zoals geleden verlies, vertragingsschade, renteschade[89] en winstderving.[90] Verzoeker moet bewijzen aanleveren van de geleden schade, maar dat behoeven geen gedetailleerde berekeningen te zijn. Voldoende is het verschaffen van duidelijke gegevens die het mogelijk maken de aard en de omvang van de schade te bepalen.[91]

Voor iedere schadesoort apart moet causaal verband worden aangetoond.[92]

Een enkele keer wordt vergoeding voor immateriële schade, 'morele schade', gevraagd. De Nil en Impens deden dit in een ambtenarenzaak; zij werden, na later bleek ten onrechte, niet toegelaten tot een vergelijkend examen dat moest leiden tot rangbevordering. Na een uitspraak van het Gerecht dat dit onrechtmatig was, werd voor hen alsnog een vergelijkend examen georganiseerd. Zij kwamen drie jaar na de eerst beoogde datum in de bewuste rang. Beiden verkeerden lange tijd in onzekerheid over hun positie, reden waarom het Gerecht een symbolisch bedrag toekende wegens morele schade.[93] Het Hof vond deze onzekerheidsfactor alleen echter onvoldoende om tot toewijzing van een vergoeding wegens morele schade over te gaan.[94]

Toekomstige schade wordt niet vergoed; de schade moet actueel zijn of de

86 GvEA 30 september 1998, T-149/96, Coldiretti, n.n.g.
87 HvJ 8 oktober 1996, C-178, 179 en 188-190/94, Dillenkofer, Jur. I-4867.
88 HvJ 24 september 1998, C-319/96, Brinkmann, n.n.g.
89 GvEA 15 maart 1995, T-514/93, Cobrecaf, Jur. II-621.
90 Zie bijv. HvJ 14 juli 1967, 5, 7, 13-24/66, Kampffmeyer e.a., Jur. 306. Schade die al is doorberekend in verkoopprijzen, behoeft bijv. niet te worden vergoed: HvJ 4 oktober 1979, 238/78, Ireks-Arkady, Jur. 2955.
91 GvEA 29 oktober 1998, T-13/96, Team Srl., n.n.g.
92 Vgl. de hiervoor geciteerde zaak Team Srl.
93 GvEA 26 juni 1996, T-91/95, JurAmbt. II-959.
94 HvJ 14 mei 1998, C-259/96 P, De Nil en Impens, n.n.g.

verwezenlijking ervan moet 'als zeker aan te nemen' zijn.[95] Het schadebedrag wordt na het oordeel van de rechter over de onrechtmatigheid door partijen in onderlinge overeenstemming becijferd, of bij gebreke van overeenstemming, door de rechter vastgesteld.[96]

Het betalen van 'exemplary damages', een soort boete vanwege ernstig wangedrag van de overheid, behoort niet tot die onderdelen van de schadevergoeding, die standaard zijn bij schending van EG-recht. Het beginsel van non-discriminatie heeft echter tot consequentie, dat de nationale rechter deze vergoeding wel moet toekennen als dat in het kader van een niet-EG-vordering ook zou gebeuren. Voor het Engelse recht geldt daarom dat deze schadesoort in de vergoeding moet worden betrokken, ook al is dat in andere lidstaten (zoals Nederland) anders.[97]

Bij het bepalen van het bedrag aan schadevergoeding speelt, zo lijkt het, het evenredigheidsbeginsel een rol. In het hoger beroep tegen een uitspraak van het Gerecht in de zaak De Nil en Impens oordeelde het Hof dat het bij gebreke van een voldoende motivering van de uitspraak van het Gerecht, niet in staat was om te beoordelen of de uitspraak van het Gerecht omtrent de ex aequo et bono bepaalde schadevergoeding in strijd was met het evenredigheidsbeginsel.[98]

Twee min of meer samenhangende factoren verminderen aanspraken op schadevergoeding in geval van onrechtmatige regelgeving, te weten de voorzienbaarheid van de schade en het economisch risico waarmee een marktdeelnemer rekening behoort te houden.

Het Hof heeft in de zaak Stahlwerke Peine-Salzgitter bepaald dat schade die de grenzen van de economische risico's die inherent zijn aan ondernemersactiviteiten niet te buiten gaan, voor rekening van de benadeelde kunnen blijven. Schade waarmee in de normale planning van een onderneming onmogelijk rekening valt te houden, zoals schade die het gevolg is van onwettigheden die fouten van de Commissie opleveren, behoort niet tot het economische risico.[99] In dit arrest nam het Hof de beoordeling van het Gerecht van Eerste Aanleg met betrekking tot dit punt over. Het Gerecht stelde vast dat de schade bijzonder diende te zijn, te weten bijzonder met betrekking tot de intensiteit van de schade en bijzonder wat betreft de groep benadeelden; deze groep dient te bestaan uit een beperkt en bepaalbaar aantal marktdeelnemers.[100] I.c. was de betrokken onderneming als gevolg van een algemene beschikking van de Commissie in buitengewone economische moeilijkheden geraakt, waardoor schade was ontstaan die ver uitging boven hetgeen van een particulier kan worden gevergd als normaal bedrijfsrisico. Het Gerecht gaf daarbij onder verwijzing naar het HNL-arrest[101] aan dat een particulier binnen redelijke grenzen bepaalde nadelige gevolgen van een foutieve normatieve hande-

95 HvJ 2 juni 1965, 9 en 25/64, Acciaieria Ferriera (FERAM) e.a., Jur. 401.
96 Vgl. bijv. de zaak Grifoni.
97 Zie r.o. 89 Brasserie-arrest.
98 HvJ 14 mei 1998, C-259/96 P, n.n.g.
99 HvJ 18 mei 1993, C-220/91 P, Commissie/Stahlewerke Peine-Salzgitter, Jur. I-2393, r.o. 58.
100 Zie GvEA 27 juni 1991, T-120/89, Stahlwerke Peine-Salzgitter, Jur. II-279, r.o. 131.
101 HvJ 25 mei 1978, 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH, Jur. 1209.

ling moet aanvaarden, zonder schadeloosstelling uit de openbare middelen te kunnen verlangen.

Deze rechtsregel hangt samen met de ruime discretionaire bevoegdheid die nodig is bij het uitvoeren van beleid door middel van regelgeving. We zien hier een samenhang tussen de aard van de onrechtmatigheid (geschonden vertrouwen, onevenredige maatregel) en de vraag of de schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Ook in geval van eigen schuld blijft de schade geheel of gedeeltelijk voor eigen rekening. In het geval Adams stelde het Hof weliswaar vast dat de Commissie verschillende fouten of onvoorzichtigheden had begaan inzake het vertrouwelijk behandelen van de identiteit van Adams. Adams zelf had echter ook zo zijn steentje bijgedragen door de Commissie niet op de hoogte te stellen van zijn doen en laten, en haar niet te waarschuwen voor de mogelijkheid dat Hofmann LaRoche door het inzien van bepaalde stukken, ondanks voorzorgsmaatregelen achter zijn identiteit zou kunnen komen. In Grifoni's geval nam het Hof aan dat hijzelf ook had bijgedragen aan zijn eigen onveiligheid.[102]

Het Hof stelt verder als eis dat de benadeelde zijn schade probeert te beperken door het instellen van rechtsmiddelen tegen uitvoeringsbeschikkingen, of zij nu op EG-niveau of op nationaal niveau zijn genomen.[103] Door tijdig beroep in te stellen tegen uitvoeringsbeslissingen door de nationale autoriteit kan de schade worden verminderd. Wanneer men geen gebruik maakt van deze mogelijkheid, kan een 215-actie door het Hof niet ontvankelijk worden verklaard. Voorwaarde is wel dat de nationale rechtsmiddelen de bescherming van de belangen die in het spel zijn doeltreffend waarborgen, en tot vergoeding van de geleden schade kunnen leiden.[104] De plicht tot schadebeperking is een algemeen rechtsbeginsel dat aan het recht van de lidstaten gemeen is, aldus het Hof.[105] Ook de Hoge Raad acht dit een plicht voor de benadeelde. Schade die het gevolg is van het niet aanvechten van uitvoeringsbeschikkingen, komt niet voor vergoeding in aanmerking, ook al is de onderliggende regeling onrechtmatig, dit in verband met de formele rechtskracht van deze beschikkingen.[106]

In beginsel moet een benadeelde dus eerst proberen om via de nationale rechter zijn schade vergoed te krijgen.[107] Dit lukt alleen wanneer de nationale autoriteiten zelf een onrechtmatigheid hebben begaan.[108] Wanneer de beweerde onrechtmatigheid stamt uit handelingen van EG-instellingen, bijvoorbeeld bij loutere uitvoering zonder eigen inbreng van gemeenschapsbesluiten, dan zal toch het Hof of Gerecht ingeschakeld moeten worden.[109]

---

102 Beide gevallen hiervoor genoemd.
103 Mulder II.
104 HvJ 29 september 1987, 81/86, De Boer Buizen, Jur. 3677, r.o. 9.
105 R.o. 84, Brasserie-arrest.
106 Zie HR 16 oktober 1992, AB 1993, 40, Vulhop.
107 HvJ 14 juli 1967, 5, 7 en 13 tot 24/66, Kampffmeyer, Jur. 306.
108 Zie HvJ 4 juli 1989, 326/86 en 66/88, Francesconi e.a., Jur. 2087.
109 Vgl. de zaak Krohn en CBb 15 januari 1992, AB 162.

3.8 Aansprakelijkheid voor rechtmatige daad

In het communautair recht treft men dit fenomeen niet aan. Er zijn geen uitspraken van het Hof waarin het een plicht tot vergoeding van schade aanneemt, zonder vastgesteld te hebben dat er een onrechtmatig handelen voorligt. Toch is dit misschien meer een kwestie van perspectief, dan van een werkelijk substantieel groot verschil met ons nationale recht. Het Hof heeft immers wel uitspraken gewezen, waarin het heeft aangegeven dat het niet of onvoldoende rekening houden met de belangen van een kleine groep marktdeelnemers die schade lijden die zij niet behoefden te verwachten, een communautaire regeling, ook al is die op zichzelf in het belang van de doelstellingen van de EG, onrechtmatig kan maken. De zaak Mulder II, hiervoor al besproken is daar een voorbeeld van. Wel teken ik daarbij aan, dat deze zaak en de Sofrimportzaak laten zien, dat zodra de Raad of Commissie een beroep kunnen doen op een algemeen belang dat de handelwijze rechtvaardigt, de aansprakelijkheid van de baan is. Dan komt men niet toe aan het oordeel dat er een onrechtmatigheid is begaan.

In prejudiciële zaken en in vernietigingsberoep komt het niet zelden voor dat het Hof wegens schending van het evenredigheidsbeginsel een regeling of besluit ongeldig verklaart.[110] Maar de stap naar aansprakelijkheid is, zoals we zagen, moeilijk te nemen.

Dit hoeft echter niet in de weg te staan aan het toekennen van schadevergoeding bij rechtmatige daad; het Hof heeft immers aangegeven dat het lidstaten uiteraard vrijstaat ruimhartiger te zijn bij het vaststellen van aansprakelijkheid.[111]

110 Zie mijn dissertatie Maten en gewichten, Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief, Zwolle 1995, p. 133-144.

111 Zie r.o. 66 Brasserie-arrest.

4. De plaats van het communautaire schadevergoedingsrecht in het Nederlandse bestuursrecht

4.1 De ziener

Voorspellen is een hachelijke aangelegenheid, maar wie let op de juiste tekens kan een heel eind komen. Dat heeft Widdershoven bewezen in zijn VAR-preadvies van 1996. Hij presenteert daarin verschillende mogelijke scenario's voor de inpassing van het EG-aansprakelijkheidsrecht in het Nederlandse bestuursprocesrecht; de tekst is gemaakt voor het Brasserie-arrest werd gewezen. Ik geef een korte samenvatting van zijn betoog terzake.[112]

Voorop stelt hij dat EG-aansprakelijkheid, aangeduid met de term Francovich-aansprakelijkheid, subsidiair is aan andere rechtsmiddelen om doorwerking en juiste toepassing van het EG-recht te bereiken. Pas wanneer andere methoden, zoals de rechtstreekse werking en de gemeenschapsconforme uitleg van nationale bepalingen geen adequate oplossing bieden, is het gebruik van het aansprakelijk stellen toelaatbaar. Dit zo zijnde, schetst Widdershoven enkele vraagstukken, waarop het bestuursprocesrecht een antwoord moet vinden, zoals de vraag in hoeverre de schadevergoedingsactie subsidiair is en de vraag naar de plicht eerst andere rechtsmiddelen in te stellen om toepassing van de andere twee genoemde doorwerkingsmethoden mogelijk te maken.

De schadevergoedingsactie is in zoverre subsidiair, dat wanneer de andere twee methoden niet toepasbaar zijn (bijv. omdat er geen toegang tot de rechter openstaat) de actie een volwaardig alternatief vormt. Daarnaast kan zij aanvullend worden gebruikt, als men met het ingestelde rechtmiddel geen volledig rechtsherstel kan bewerkstelligen.

Widdershoven geeft aan dat het voor de hand ligt dat consequenties worden verbonden aan het niet instellen van een rechtsmiddel tegen de nationale, met het EG-recht strijdige handeling. Er zijn in zijn ogen twee mogelijkheden. De eerste is dat de ontvankelijkheid van de schadeactie afhankelijk kan worden gesteld van het

112 Dit betoog vindt u op p. 134-137 van zijn preadvies.

hebben doorlopen van de beschikbare beroepsgangen tegen de schadeveroorzakende beslissing. Is dat niet gebeurd, dan heeft de beslissing naar Nederlands recht formele rechtskracht, en wordt het geacht rechtmatig te zijn. Dat lijdt slechts uitzondering bij te late of incorrecte implementatie van een richtlijn; dan geldt dat het verstrijken van de beroepstermijn in beginsel niet kan worden tegengeworpen.

De tweede mogelijkheid is dat de schadeactie een volledig vrij alternatief is, zodat de rechtmatigheid van een beslissing ondanks het verstrijken van de termijn ter toets kan staan. Afgestraft wordt het niet instellen van een rechtsmiddel, wanneer daarmee hetzelfde resultaat had kunnen worden bereikt als met het schadevergoedingsberoep, namelijk het verkrijgen van adequate compensatie c.q. het herstel van rechten. Daarnaast kan het niet instellen van een rechtsmiddel worden bezien in het kader van de plicht tot schadebeperking. Hierna kom ik op deze punten terug.

In dit hoofdstuk bespreek ik enkele consequenties van de jurisprudentie van het Hof van Justitie voor de inpassing in het huidige bestuursprocesrecht van schadevorderingen, die gebaseerd zijn op schending van het EG-recht. De keuze van onderwerpen oogt wellicht vrij willekeurig. Het gaat mij om die punten, die interessant of lastig kunnen zijn in ons Nederlandse bestuursrecht.

4.2 Exit formele rechtskracht?

In par. 2.3 kwam al aan de orde de vraag of in rechte de onrechtmatigheid van een beslissing moet worden vastgesteld, voorafgaand aan een schadevordering. Naar Nederlands recht is dat niet verplicht, maar het leerstuk van de formele rechtskracht legt wel een forse beperking op de vrijheid die de belanghebbende in beginsel heeft. Heeft er beroep opengestaan, en deze mogelijkheid is niet gebruikt, dan wordt het betrokken besluit geacht rechtmatig te zijn, een enkele uitzondering daargelaten.[113] Dat beperkt de mogelijkheden aanzienlijk, en men kan de vraag stellen of dit wel in overeenstemming is met de eis van effectieve rechtsbescherming die het EG-recht stelt.

In het Brasserie-arrest gaf het Hof aan dat het instellen van rechtsmiddelen een plicht is die op de benadeelde partij rust, ter beperking van de geleden schade.[114] Het Hof kiest aldus de tweede mogelijkheid die Widdershoven opperde, de benadering dat de schadevergoedingsactie op zichzelf wel ontvankelijk is, ook al heeft er een ander rechtsmiddel opengestaan. Eveneens kan (alsnog) een oordeel worden gegeven over de onrechtmatigheid van de onderliggende beslissing, maar waar het aankomt op het bepalen van de mate waarin geleden schade vergoed moet worden, telt het eigen handelen van de benadeelde fors mee. Dat zou wel eens kunnen betekenen, dat noch in civiele procedures, noch in bestuursprocesrechtelijke procedures, de formele rechtkracht als barrière kan worden opgeworpen. De vordering moet normaal worden behandeld, en de rechter zal zich toch moeten uitspreken over de rechtmatigheidskwestie.

---

113 HR 16 mei 1986, AB 573, Heesch/Van den Akker.

114 Zie r.o. 84 en 85; het Hof verwijst daarbij naar het arrest Mulder II.

Het lijkt mij dat de overwegingen die het Hof gewijd heeft aan dit punt, niet zo beperkt moeten worden opgevat, dat ze alleen betrekking hebben op schadevorderingen terzake van onrechtmatige regelgeving. Het Hof noemt het een algemeen beginsel dat de benadeelde zijn schade beperkt, en noemt als voorbeeld het instellen van alle ter beschikking staande rechtsmiddelen.

Daarmee is het instellen van een schadevordering een volwaardig alternatief om nadelen die zijn ontstaan ten gevolge van met EG-recht strijdig handelen of nalaten te doen opheffen.

Een uitzondering moet men, denk ik, wel maken voor het geval waarin de schadevordering wordt gebruikt om datgene te bereiken, wat men met het vernietigingsberoep had kunnen bereiken, te weten betaling of terugvordering van exact een door een overheidsbeslissing verschuldigd bedrag. In zo'n geval had het beoogde resultaat anders kunnen en moeten worden bereikt.[115]

4.3 Schadebeperking door het instellen van rechtsmiddelen

Een benadeelde dient zich redelijke inspanningen te getroosten om de schade te voorkomen of te beperken, onder meer door het tijdig instellen van rechtsmiddelen. Het lijkt meer een kwestie van procestechniek, dan een vraag die werkelijk van invloed is op het recht op schadevergoeding, omdat de rechter immers, ook al behandelt hij de rechtmatigheidsvraag en komt hij tot het oordeel dat de inmiddels onaantastbare handeling onrechtmatig is, toch kan beslissen dat geen vergoeding van schade verschuldigd is, omdat de schade voorkomen of beperkt had kunnen worden. Maar omdat wordt geëist dat er *redelijke* inspanningen zijn gedaan, zou het nog wel eens zo kunnen uitvallen dat de rechter de conclusie trekt dat het overschrijden van de beroepstermijn c.q. het niet instellen van het rechtsmiddel verschoonbaar is. We kennen dit fenomeen al van de burgerlijke rechter, die wanneer de burger op het verkeerde been is gezet voor wat betreft het bestaan van of het nut van rechtsmiddelen, zich bij uitzondering toch buigt over de rechtmatigheidsvraag.[116]

Kunnen we dit nog wat uitbreiden, en die verschoonbaarheid doortrekken tot gevallen waarin de betrokkene pas later de schadelijke gevolgen van een besluit heeft ondervonden, en dus niet eerder beroep in heeft gesteld? Of het geval waarin het betrokken bestuursorgaan in bezwaar bijvoorbeeld de indruk wekte alle aspecten van de zaak, inclusief de schadekwestie afdoende te zullen oplossen? Zonder nu al precies het antwoord te weten, denk ik dat we wel degelijk met die mogelijkheden rekening zullen moeten houden, omdat het immers moet gaan om redelijke inspanningen tot *schadebeperking*. Die inspanningen kan men zich pas getroosten, als men weet heeft van de mogelijkheid van schade.[117]

---

115 Vgl. par. 2.2.

116 HR 16 mei 1986, AB 573, Heesch/Van den Akker; HR 11 november 1988, AB 1989, 81, Ekro.

117 Hier valt wellicht een parallel te trekken met de Hof-jurisprudentie rond de verjaringstermijn: het verstrijken ervan kan niet worden tegengeworpen tegen iemand die pas later kennis heeft

4.4 Verjaringstermijnen

In dit verband zijn naast beroepstermijnen verjaringstermijnen van belang. Het EG-recht kent zelf een verjaringstermijn van vijf jaar. Die begint te lopen op het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Als de betrokkene pas na die vijf jaar op de hoogte raakt van deze gebeurtenis, kan het verstrijken van de termijn hem niet worden tegengeworpen en moet hij zo snel mogelijk een vordering instellen. Een lidstaat kan zijn eigen verjaringstermijnen hanteren, zolang daarbij het vereiste van effectiviteit en non-discriminatie wordt gewaarborgd. Voor Nederland geldt een maximale termijn van 20 jaar, maar wanneer dader en schade bekend zijn, begint vanaf dat moment een verjaringstermijn van vijf jaar te lopen (art. 3:310 BW).

Het Hof heeft in verschillende arresten desgevraagd aangegeven dat het beperken van aanspraken door korte verjaringstermijnen of het hanteren van korte periodes van terugwerkende kracht toegestaan is, zolang maar het verwezenlijken van de EG-rechten niet uiterst moeilijk of onmogelijk wordt.[118] Deze beperkingsmogelijkheid is ingegeven door de eisen van een goed bestuur, met name het beheer van de overheidsuitgaven.[119]

Datgene wat met het verliezen van de mogelijkheid de formele rechtskracht in te roepen wordt verloren, kan de wetgever bijhalen door te sleutelen aan verjaringstermijnen. Maar dan blijft toch altijd de mogelijkheid bestaan, dat er een verschoningsgrond blijkt te zijn voor het niet tijdig instellen van de vordering en dat deze alsnog ontvangen moet worden.

In civiele zaken geldt op grond van art. 3:310 BW een verjaringstermijn van vijf jaar; deze termijn wordt door de Centrale Raad van Beroep eveneens gehanteerd.[120] De Hoge Raad neemt aan dat de verjaring in geval van besluiten pas begint te lopen op het moment dat in een bestuursrechtelijke procedure is vastgesteld, dat het betrokken besluit onrechtmatig is.[121] Deze regeling is voor de benadeelde gunstiger dan die welke het communautaire recht biedt, omdat daar het schadeveroorzakende besluit het startpunt is en niet het oordeel over de rechtmatigheid. Het Hof heeft uitdrukkelijk uitgesproken dat ook de schade die voor het oordeel over de rechtmatigheid werd geleden, moet worden vergoed.[122] De Centrale Raad hanteert een soortgelijke aanpak en gaat uit van het moment waarop het schadeveroorzakende besluit is genomen.

De oplossing die de Hoge Raad heeft gekozen is vanuit het oogpunt van rechtsmachtverdeling begrijpelijk, en voor de betrokkene gunstig, maar doet gekunsteld aan. Het gaat immers om de gebeurtenis die ten grondslag ligt aan de

---

kunnen krijgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Zie par. 2.3.1.

118 Vgl. HvJ 27 oktober 1993, C-338/91, Steenhorst-Neerings, Jur. I-5475; HvJ 15 september 1998, C-231/96, Edis/ItaliN, n.n.g.

119 Vgl. ook de aantekening van De Lange bij Rechtbank Utrecht 25 oktober 1995, RAwb 1996, 24.

120 Zie CRvB 14 december 1995, TAR 1996, 32.

121 HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 139.

122 R.o. 95 Brasserie-arrest.

schade; op welk moment daarop het etiket onrechtmatigheid wordt geplakt, is naar mijn idee niet van belang.

4.5 Voorafgaand verzoek om schadevergoeding; zuiver schadebesluit

In het Nederlandse systeem wordt de beslissing op een verzoek om schadevergoeding behandeld als een besluit waartegen in beginsel Awb-beroep openstaat. Het besluit wordt, indien voldaan is aan de connexiteitseis, getest op rechtmatigheid en eventueel vernietigd. Als er een besluit ligt waartegen Awb-beroep openstaat, is daarmee naar we nu aannemen, ook de weg naar de burgerlijke rechter afgesneden. Hartkamp meent overigens dat uitbreiding van de leer der formele rechtskracht naar het zuivere schadebesluit niet voor de hand ligt, gelet op het feit dat het hier niet gaat om geschillen die typisch behoren tot het terrein van de administratieve rechter.[123]

Het is niet verplicht een dergelijk voorafgaand verzoek te doen, al zal vrijwel iedere advocaat eerst een briefje wijden aan de schadekwestie, alvorens hij een dagvaarding uitdoet. Zonder voorafgaand verzoek staat niet de weg naar de administratieve rechter, maar naar de burgerlijke rechter open.

Het communautaire recht stelt op dit punt geen eisen: voldoende is immers dat er effectieve rechtsbescherming openstaat. Zouden die eisen er wel zijn, dan zou het plaatje er als volgt uit kunnen zien. Het vernietigingsberoep en het schadevergoedingsberoep zijn volgens het Hof volwaardige alternatieven. De keuze tussen beide procedures is, zolang maar wordt voldaan aan de ontvankelijkheidseisen, vrij. Het staat de betrokkene vrij een zuiver schadebesluit uit te lokken. Zolang daarop niet is beslist, wordt de verjaringstermijn gestuit. Als er een beslissing ligt op een verzoek om schadevergoeding, kan de betrokkene ofwel binnen de beroepstermijn vernietigingsberoep instellen, ofwel binnen de verjaringstermijn, die weer is gaan lopen na de beslissing, schadevergoedingsberoep.[124]

Het rechtskarakter van de beslissing op het verzoek om schadevergoeding is voor het Hof immers niet van belang: het gaat om de schade die is ontstaan door het eerdere besluit of de eerdere handelwijze. Daarvoor moet de benadeelde toegang hebben tot een rechter.

Een dergelijk systeem lijkt me aantrekkelijker, dan het Awb-systeem waarin het sturen van een briefje inzake een schadekwestie een strak opgesteld tijdschema voor bezwaar en beroep een aanvang laat nemen. Schadekwesties zijn vaak te ingewikkeld om snel te overzien, zeker wanneer men zonder advocaat opereert.

---

123 Asser-Hartkamp 4-III 1998, p. 257.

124 Dit alles is ontleend aan het in par. 2.3.2 uiteengezette.

4.6 Het schadeveroorzakende besluit is een algemeen verbindend voorschrift

In hoofdstuk 3 heb ik aangegeven aan welke beginselen het Hof zoal toetst om vast te stellen of er sprake is van een onrechtmatigheid van handelen of nalaten, die moet leiden tot vergoeding van schade: zorgvuldigheid of behoorlijk bestuur, verdediging, motivering, rechtszekerheid en vertrouwen, evenredigheid, gelijkheid/non-discriminatie, en misbruik van bevoegdheid (détournement de pouvoir). In geval een schending wordt geconstateerd, betekent dit dat er een onrechtmatigheid voorligt, waaraan de rechter de consequentie kan verbinden van schadevergoeding. In geval van individuele beschikkingen lijkt het erop, dat dit ook zonder meer de consequentie moet zijn (mits uiteraard is voldaan aan de eisen van causaal verband en schade).

Een lastiger probleem vormen de normatieve handelingen, die in de jurisprudentie worden gedefinieerd als besluiten van algemene strekking, waarmee op communautair niveau wordt gedoeld op verordeningen en richtlijnen.[125] In het Brasserie-arrest spreekt het Hof van daden van (nationale) wetgeving. Voor deze categorie geldt het verzwaarde systeem van gekwalificeerde schending: een schending kan pas dan tot aansprakelijkheid leiden, als die voldoende ernstig is. Die verzwaring is ingegeven, blijkens de jurisprudentie door de vrees de wetgever te zeer te beknotten in zijn discretionaire bevoegdheden, met name zijn vrijheid om economische beleidskeuzes te maken. Een fout mag dan niet te snel tot aansprakelijkheid leiden.

Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften zagen we in het Landbouwvliegersarrest een toetsing aan het verbod van willekeur.[126] In latere uitspraken toetste de Hoge Raad aan het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, zonder een extra toets op willekeur te doen.[127] Er is zo op het oog geen verschil (meer) in toetsingsintensiteit tussen individuele beschikkingen en algemeen verbindende voorschriften. In het Nederlandse systeem is de benadering eigenlijk de omgekeerde van die van de EG: als er discretionaire bevoegdheid is, of die nu betrekking heeft op individuele besluiten of op besluiten van algemene strekking, toetst de rechter al vanzelf terughoudend. De vraag is dan of hij wel toekomt en toe moet komen aan het punt van de ernst van de schending. De toetsing kan dan eindigen met de constatering dat er geen onrechtmatigheid is.[128]

In het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht wordt aangenomen, dat schending van formele beginselen tot een onrechtmatigheidsoordeel kan leiden.[129] Interessant is dat in het communautaire recht de eis van motivering en het verdedigingsbeginsel niet kunnen leiden tot een onrechtmatigheidsoordeel. Deze eisen beschermen de betrokkenen in geval van 'administratieve handelingen', maar niet in geval van

125 Zie par. 3.2.
126 HR 16 mei 1986, AB 574, NJ 1987, 251.
127 Vgl. HR 18 januari 1991, AB 241 (Leffers/Staat), HR 1 december 1993, AB 1994, 55.
128 Vgl. Asser-Hartkamp 4-III 1998, p. 269.
129 Asser-Hartkamp 4-III 1998, p. 275.

wetgeving. De Hoge Raad gaf in het Landbouwvliegersarrest aan dat gebreken in de motivering niet tot onverbindendheid van de regeling konden leiden. Dat oordeel zal wellicht zijn ingegeven door de gedachte dat in zo'n geval causaal verband moeilijk aan te tonen is. Maar het kan er ook op duiden dat sommige beginselen nu eenmaal moeilijk te construeren zijn als een aanspraak op bescherming van rechten of belangen, zodanig dat een inbreuk daarop het recht op financiële compensatie geeft.[130]

130 Vgl. J.H. Nieuwenhuis in RM Themis 1998, p. 242-248: die schade moet vergoed worden die door een zorgvuldig persoon niet zou zijn toegebracht; met andere woorden schade aan belangen ter zake waarvan de belanghebbende het recht had te eisen dat ze zouden worden gerespecteerd.

5. Schadevergoeding en het Nederlandse bestuursprocesrecht

Aan het slot wil ik nog enkele losse gedachten met u delen. Het procesrecht heeft tot taak te werken als een trefzeker instrument voor de bescherming van rechten. Voor de rechtzoekende is het daarom van belang dat dit een soepel en eenvoudig te hanteren instrument is. Op het stuk van de schadevergoeding is dat niet het geval. De huidige rechtsmachtverdeling laat zien, dat er veel onzekerheden zijn die maken dat de keuze voor de burgerlijke of de bestuursrechter een lastige is. De strikte scheiding die erin geslopen is, het fenomeen van de formele rechtskracht, de vraag of een zuiver schadebesluit wel of geen formele rechtskracht moet hebben, de vraag naar de 'natuurlijke' taak van beide rechters; dit alles maakt het erg moeilijk om de weg te vinden naar financiële compensatie van geleden nadeel.

Er moet meer duidelijkheid komen, dat spreekt voor zich, maar ik aarzel om het standpunt in te nemen dat procedures over schade moet worden ondergebracht bij de bestuursrechter. Ik aarzel om deze keuze te maken, omdat ik daarin een aantal nadelen zie.

Die nadelen betreffen onder meer het bewijs. In de voorgaande hoofdstukken hebben we gezien dat het wat de EG-aansprakelijkheid betreft zo is, dat de verzoeker bewijzen moet aandragen, bewijs van het feit, van de schade, van het causale verband etc. Dat vergt een behoorlijke hoeveelheid werk, kennis en ordenend inzicht van iemand – meer dan gewoonlijk in het bestuursprocesrecht wordt gevraagd. Dit nadeel kan uiteraard worden opgeheven door het (al dan niet verplicht) inschakelen van rechtsbijstand of door een zeer actieve houding van de rechter.

Een ander nadeel lijkt mij, dat de bestuursrechter toch anders tegen de onrechtmatigheidsvraag aankijkt dan de burgerlijke rechter. Het Hof van Justitie is in wezen ook een bestuursrechter en heeft de mogelijkheden voor schadevergoeding vrij beperkt gehouden, steeds met een beroep op de discretionaire bevoegdheid van het bestuur. Hoe zelden wordt nu door de Nederlandse bestuursrechters bijvoorbeeld een beroep gegrond verklaard wegens strijd met een materieel beginsel. En hoe zelden ziet nu de bestuursrechter aanleiding om art. 8:73 Awb toe te passen. Dit terwijl ik uit de jurisprudentie van de burgerlijke rechter de indruk krijg, dat

deze toch minder moeite heeft om een schadeclaim tegen de overheid toe te wijzen. Maar wellicht is deze indruk onjuist.

Deze en wellicht nog andere nadelen daargelaten, het onderbrengen van het schadevergoedingsberoep bij de bestuursrechter heeft onmiskenbaar als voordeel, dat alles in één hand komt. Men hoeft niet eerst vanwege het verhaal van de formele rechtskracht het schadeveroorzakende besluit aan te vechten, noch hoeft men, om de bevoegdheid van de bestuursrechter zeker te stellen, een zuiver schadebesluit uit te lokken. Men kan tegelijkertijd klagen over het besluit en de schadelijke gevolgen ervan, of over één van beide, en heeft daartoe alle processuele mogelijkheden. Alle problemen zijn dan nog niet opgelost, als de bevoegdheid in schadevergoedingszaken afhangt van die in vernietigingsberoep. Het lijkt me dat er dan toch een ruimere bevoegdheid zal moeten komen in schadevergoedingszaken; anders blijft het gemodder gewoon doorgaan.

Het schadevergoedingsberoep zal gebonden zijn aan een verjaringstermijn, die langer is dan de beroepstermijn voor het vernietigingsberoep. Daarom zullen voorzieningen nodig zijn, om misbruik van het schadevergoedingsberoep te voorkomen. Daarvoor kunnen we inspiratie vinden in wat in par. 2.2 beschreven is. Maar het zal naar mijn mening niet mogen voorkomen, dat een schadeclaim wordt afgewezen, omdat de schadeveroorzakende beslissing nu eenmaal formele rechtskracht heeft.

Bestuur en ereleden

Bestuur

Mr. J.B.J.M. ten Berge (voorzitter)
Mr. M.L. Haimé (secretaris)
Mr. C. de Gooyer (penningmeester)
Mr. M.A.P. Bovens
Mr. H.J.G. Bruens
Mr. M.W.C. Feteris
Mr. R.H. Lauwaars
Mr. J.H.A.G. van Maasakkers
Mr. J.B. Mencke
Mr. A.W.H. Meij
Mr. H.W.M. Oppenhuis de Jong
Mr. F.P. Zwart

Ereleden

Mr. A.D. Belinfante
Mr. J. van der Hoeven
Mr. J.M. Polak
Mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema
Mr. F.W. ter Spill

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR

*De met * aangeduide preadviezen zijn nog verkrijgbaar bij de uitgever of via de boekhandel*

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)

XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr . H . D . van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burger-rechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A. D . Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)

XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W. F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th. J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)

LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1978)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)

XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof.mr.drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht*	(1996)

118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering*	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof.mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming*	(1998)