Verschuiving van de magische lijn

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Verslag van de algemene vergadering gehouden op 23 april 1999 ter behandeling van de preadviezen van mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, mr. J.L. de Wijkerslooth en mr. N. Verheij

1 2 3

BJu Boom Juridische uitgevers

Verschuiving van de magische lijn

VAR-reeks
123

Verschuiving van de magische lijn

Verslag van de algemene vergadering
Gehouden op 23 april 1999
Ter behandeling van de preadviezen van
Mr. A.J.C. de Moor-van Vugt
Mr. J.L. de Wijkerslooth
Mr. N. Verheij

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2000

© 2000 VAR, Vereniging voor Bestuursrecht

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

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 5454 407 4

NUGI 693

Inhoud

Rede, over het onderwerp van de preadviezen, van de voorzitter, prof. mr. F.C.M.A. Michiels 7

Stellingen 11

Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte) 13
Mr. A.Q.C. Tak 13
Mevr. mr. A.M.C. Marius-van Eeghen 18
Mevr. mr. A.A. van Rossum 19
Mr. D.W.P. Ruiter 24
Mr. drs. W. Sturkenboom 27
Mr. H.J. Simon 27
Mr. J.M.H.F. Teunissen 28
Mr. L.J.A. Damen 34
Mevr. mr. E. Steyger 36
Mr. R. de Lange 40
Mr. H.C. Cusell 41

Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 21 april 1999 46

Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte) 48
Mr. P.J.J. van Buuren 48
Mr. G.J.M. Cartigny 52
Mr. F.J. van Ommeren 54
Mr. H.J. Timman 56

Mr. B.J. van Ettekoven 57
Mr. H.P.J.A. Hennekens 61
Mr. H.J. Simon 61
Mr. R.J.G.M. Widdershoven 66
Mr. B.P.J.G. Roozendaal 69
Mr. B.J. Schueler 71
Mr. C.A.J.M. Kortmann 75
Mr. S.E. Zijlstra 77
Mr. G.A. van der Veen 81
Mr. G.P. Kleijn 82
Mr. O.J.D.M.L. Jansen 85
Mr. R.J.N. Schlössels 88

Vraagpuntenprocedure **92**

Bijlage: toegevoegde interventie, niet ter vergadering uitgesproken, met nagekomen reactie van de zijde van mr. N. Verheij **95**
Mevr. mr. drs. B. van den Berg 95

Verslag van de secretaris over 1998 **102**

Bestuur en ereleden **106**

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR **107**

Rede, over het onderwerp van de preadviezen, van de voorzitter, prof. mr. F.C.M.A. Michiels

De VAR bestaat zestig jaar. Sinds het vorig jaar heet zij Vereniging voor Bestuursrecht VAR, maar men zal het mij niet kwalijk nemen dat ik hierna toch maar gemakshalve van de VAR spreek. Deze zestigjarige is zeer vitaal, een krasse knar zogezegd. Sterker: het ledenbestand groeit flink en zelden of nooit tevoren hadden we voor de jaarvergadering zo veel aanmeldingen. Dat zal echter zeker ook met het onderwerp van vandaag te maken hebben, een onderwerp waarvan iedere bestuursjurist verstand heeft, maar dat toch moeilijk in al zijn facetten te doorgronden is.

We spraken bij de VAR al eerder over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. In 1986 waren het Lubach en Van Schendel die preadviseerden over *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht*, in 1989 Koeman en De Planque over het thema *Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter*. In dat jaar werd ook het meesterlijke boek van Van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, tijdens de jaarvergadering gepresenteerd. En nu hebben we dan de *Verschuiving van de magische lijn* op het programma. Een u wel bekende andere publicatie van Van der Hoeven, *De magische lijn*, uit 1970, is de aanleiding geweest voor de bewoordingen waarin het thema van vandaag is vervat.

Bijna dertig jaar later kunnen we vaststellen dat voor de ontwikkelingen inzake de rechtsmachtverdeling en het op het overheidshandelen toepasselijk recht het toen door Van der Hoeven gepresenteerde criterium van de publieke taakvervulling aan actualiteitswaarde heeft gewonnen. Overigens levert dat criterium ook vandaag de dag nog bij de concrete toepassing de nodige vragen op. Dat de lijn tussen publiek- en privaatrecht magisch is, kan dan ook niet alleen maar positief worden begrepen. Hoe dan ook is die lijn sedertdien flink verschoven, en over die verschuiving gaat het vandaag.

De leden zijn gewend dat de voorzitter een rede houdt over een onderwerp dat geheel los staat van hetgeen waarop de preadviezen betrekking hebben. Nu heb ik mij altijd al afgevraagd wat daarvan de diepere oorzaak zou zijn, maar ik vond het om ver-

schillende redenen een beter idee althans vandaag een toespraak te houden over het thema van de preadviezen, als opmaat voor de interventies en de discussie. Hoe het een jaar later gaat, zien we dan wel weer.

Er staan drie preadviezen ter bespreking die gezamenlijk een schat aan informatie en standpunten bevatten. *Verheij* begint met een humoristisch getoonzette korte rechtsgeschiedenis van het millennium en eindigt met een voorspelling over de leukheid voor bestuursjuristen van de komende eeuw. Hij kijkt niet op een paar jaar. Nu is de problematiek die wij vandaag bespreken, zoals ik al aangaf, er ook bepaald niet één van vandaag of gisteren, maar zij wordt, naar het lijkt, indringender bestudeerd dan ooit. De Awb-wetgever en vooral de bestuursrechters hebben de laatste jaren voldoende studeer- en schrijfstof doen opwaaien.

De meest spannende zet in het rechtsbeschermingsschaakspel is wellicht die van de Afdeling bestuursrechtspraak geweest, toen zij in de 'Van Vlodrop'-uitspraak stelde: 'Dit rechtsbeginsel [dat strekt tot vergoeding van schade als gevolg van toerekenbaar onrechtmatig handelen, FM] is publiekrechtelijk van aard als het zijn werking doet gevoelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.' Bij deze bijna sacrale formule zijn wel enige vragen te stellen en ook al gestéld, waaraan ik er nog een paar toevoeg. Kan een beginsel eigenlijk wel werken, respectievelijk 'zijn werking doen gevoelen'? En wie voelt er dan iets? De door de Afdeling gebruikte formulering heeft hoe dan ook iets mystificerends, en dan moet je altijd oppassen. De Centrale Raad van Beroep spreekt een stuk eenvoudiger over 'met elkaar samenhangende besluiten'. Ook dat lost niet alle problemen op, maar de introductie door de Afdeling in de rechtspraak van het begrip 'een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding', ofwel kortweg 'publiekrechtelijke rechtsbetrekking', zal waarschijnlijk ook in de komende jaren nog vele vragen oproepen en ons allen nog een tijd aan het werk houden.

Nu is dit op zichzelf geen ramp, en zeker geen absolute ramp, maar een feit is wel dat bij lezing van de preadviezen het beeld rijst van enorme en onnodige complexiteit van het recht. *Verheij* geeft een fraai overzicht van de ontwikkelingen en problemen op de magische grens van publiekrecht en privaatrecht, waarmee hij en passant nogmaals het ongelijk van Geelhoed aantoont inzake de vermeende geringe kwaliteit van de juristen van het ministerie van Justitie. Met dat fraaie overzicht brengt Verheij tevens de ellende in beeld: de ellende van de onduidelijkheid, de onoverzichtelijkheid, de rechtsonzekerheid, de ingewikkeldheid. Je vraagt je af waar we, zoals dat tegenwoordig heet, nu eigenlijk mee bezig zijn.

De ironie van de geschiedenis is dat in een tijd waarin we nog nauwelijks bestuursrechters hadden, de burgerlijke rechter voor rechtsbescherming tegen de overheid zorgde, aanvankelijk beperkt, later uitgebreider. Naarmate zich een vollediger en

deugdelijker stelsel van bestuursrechtspraak ontwikkelde en de burgerlijke rechter navenant overbodig zou kunnen worden, is ook de burgerlijke rechter meer rechtsbescherming tegen de overheid gaan bieden en geleidelijk aan vrijwel het complete publiekrechtelijke normencomplex gaan toepassen op het overheidshandelen, zodanig dat we nu in bepaalde gevallen moeite hebben te kiezen voor de ene of de andere rechter.

Ik denk dat we de geschetste rechtsmachtproblemen echter niet kunnen afdoen door ze te reduceren tot een kwestie van rechterskeuze, tot een loketkwestie, waarbij het lood om oud ijzer zou zijn of de burger zich bij de ene of de andere rechter moet vervoegen, respectievelijk het bestuur bij de ene of de andere rechter te biecht moet. Het gaat ook om het toepasselijke recht. Ook al groeien publiekrecht en het op de overheid toegesneden privaatrecht naar elkaar toe, van volledige identiciteit lijkt geen sprake te zijn. Zolang dat zo blijft, is alleen al daardoor die eerste vraag, betreffende de rechterlijke taakverdeling, niet zo onbeduidend als die lijkt.

Maar er zijn ook andere redenen die bedoelde vraag relevant doen zijn. Rechtsmachtverdeling *in het huidige wettelijke stelsel* heeft te maken met de hoogte en de aard van de toegangsdrempel, de aard en bijzonderheden van de te volgen procedures, het door de rechter toe te passen instrumentarium en de historisch gegroeide bijzondere deskundigheid van bepaalde rechterlijke instanties.

Voor wie het nog niet wist: het gaat vandaag dus ergens over! Bijvoorbeeld over de vraag hoe we de door de preadviseurs in kaart gebrachte kwestie van de rechtsmachtverdeling bij schadebesluiten tot klaarheid moeten brengen. Zij hebben daarvoor diverse voorstellen gedaan, waarbij tenminste twee van hen, *Verheij* en *De Wijkerslooth,* een zekere uitbreiding van de wettelijk toegekende competentie van de bestuursrechter bepleiten,[1] terwijl mevrouw *De Moor* in uitbreiding van de bestuursrechtelijke competentie nadelen ziet, maar ook voordelen; zij spreekt zich op dit punt niet duidelijk uit. Zie wat dit betreft later in de vergadering stelling Ia. Interessant is in elk geval de vraag wat het EG-recht ons voor varianten aanreikt en in hoeverre het EG-recht ons uiteindelijk in een bepaalde richting dwingt. Vooralsnog lijken er verschillende modaliteiten voor verandering te zijn, al zou ik wel de stelling aandurven dat hoe dan ook de wetgever moet ingrijpen. Het is, zeg ik Verheij na, wel handig, maar toch eigenlijk niet aanvaardbaar dat van alles maar aan de rechtspraak, of, nog mooier, de rechtsontwikkeling wordt overgelaten. De wetgever en niemand anders hoort in de rechtsontwikkeling de belangrijkste rol te spelen.

Welke strategie moet de wetgever volgen? De preadviseurs zijn, als ik hen goed begrijp, geen voorstanders van radicale veranderingen. *Verheij* is het meest expliciet in

1. O.a. door een verzoekprocedure.

zijn voorkeur voor een wetgevingsbeleid van kleine, overzichtelijke aanpassingen, waarbij de burgerlijke rechter nadrukkelijk in beeld wordt gehouden onder het motto 'geen oude schoenen weggooien vóór je nieuwe hebt'.[2] Dit spreekwoord, dat dateert van een heel stuk eerder in het huidige millennium, veronderstelt dat men maar één paar schoenen heeft. Wat meer bij de tijd zou kunnen worden gezegd dat de reden om de burgerlijke rechter niet (grotendeels) buitenspel te plaatsen is dat oude schoenen zo lekker lopen. Dat zal *De Wijkerslooth* vast beamen, ik denk in méér dan één opzicht!

Misschien is zo'n voorzichtige aanpak wel verstandig, al zullen we dan met die aanpassingen nog wel even bezig zijn. Verdient een meer ingrijpende aanpak daarom toch niet de voorkeur, bijvoorbeeld één waarbij de bestuursrechter altijd bevoegd is wanneer tegen het handelen van een bestuursorgaan wordt opgekomen? We zullen vandaag volop de gelegenheid hebben te discussiëren zowel over de voorzichtige als over een meer radicale aanpak. Ook zal het in deze vergadering kunnen en moeten gaan over de vraag welk recht op het handelen van de overheid van toepassing is en moet zijn, en in hoeverre de overheid van het privaatrecht gebruik mag maken. Dat moet lukken nu inmiddels alle aanwezigen door *Verheij* zijn bijgepraat over de gemene rechtsleer, de gemengde rechtsleer, de invullende rechtsleer en de echte gemengde rechtsleer. Misschien is de hamvraag op dit punt wel: is er voor de overheid nog privaatrechtelijk leven na Maastricht?

Een dag vóór deze vergadering verscheen een boek dat we in zekere zin als vierde, maar dan virtueel preadvies zouden kunnen beschouwen: het proefschrift van het gewaardeerde VAR-lid J.E.M. Polak, getiteld *Burgerlijke rechter of bestuursrechter*, dat gisteren door hem aan de Universiteit van Amsterdam werd verdedigd. De planning van die promotie is wel zeer bijzonder te noemen. Het proefschrift kan, zeker door degenen die inmiddels de gelegenheid hadden het te lezen, als waardevolle aanvulling in de beschouwingen worden meegenomen, bijvoorbeeld op het punt van de gewenste rechtsmachtverdeling ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, een onderwerp waarop in de preadviezen veel minder uitgebreid is ingegaan. Maar primair staan uiteraard de preadviezen ter bespreking. Laten we nu met die bespreking beginnen. Ik wens u allen een vruchtbare en verhelderende discussie toe.

---

2. P. 51 preadviezen.

Stellingen

Aan de vergadering worden de navolgende stellingen voorgelegd:

I

a. *Bij de huidige inrichting van het bestuursprocesrecht kunnen geschillen over schade niet adequaat worden behandeld. Daarom is de burgerlijke rechter voor deze geschillen meer aangewezen (De Moor-van Vugt p. 140-141).*
b. *Naast de mogelijkheid van beroep tegen een zuiver schadebesluit c.q. een schadevergoedingsactie bij de bestuursrechter dient een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter mogelijk te blijven (Verheij p. 150/151; De Wijkerslooth, passim).*

II

a. *De wetgever dient op korte termijn te voorzien in een schadevergoedingsactie bij de bestuursrechter (Verheij p. 48; De Wijkerslooth p. 98), waarbij naar het voorbeeld van het Europese recht niet het besluit centraal staat, maar het handelen/nalaten van het bestuur (De Moor-van Vugt).*
b. *De onderlinge afstemming tussen vernietigingsberoep en schadevergoedingsactie dient dan te geschieden langs de lijnen van het Europese recht (zie De Moor-van Vugt p. 134-135 en 137), hetgeen in essentie neerkomt op het naast elkaar kunnen instellen van beide acties.*

III

De bestuursrechter dient bij uitsluiting bevoegd te zijn casu quo te worden:

a. *in geschillen omtrent nadeelcompensatie, behoudens voorzover het nadeel is veroorzaakt door een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel (Verheij p. 51-52);*
b. *in geschillen omtrent onverschuldigde betaling in het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking (De Wijkerslooth, p. 98; Verheij p. 53);*

c. in nader te bepalen geschillen omtrent publiekrechtelijke overeenkomsten (De Wijkerslooth p. 99; Verheij p. 71);

d. op langere termijn in alle geschillen, uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan (Verheij p. 67).

IV

Welke rechter ook bevoegd is, communautarisering van het schadevergoedingsrecht leidt onvermijdelijk tot Europeesrechtelijke, dus meer 'bestuurlijke' en strengere maatstaven voor overheidsaansprakelijkheid. Een dergelijke ontwikkeling is voor nationaalrechtelijke geschillen niet wenselijk.

V

Als bevoegdheidsgrondslag verdient het geschreven privaatrecht de voorkeur boven het ongeschreven publiekrecht (De Wijkerslooth, passim, in het bijzonder p. 89 en 94-95; contra: Verheij p. 47).

Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)

Mr. A.Q.C. Tak

Motto: Sinterklaas bestaat niet

Het is de lezer ongetwijfeld opgevallen dat in de preadviezen die vandaag ter discussie voorliggen de ideeën van wat genoemd wordt de 'Maastrichtse school' opvallend als wrijfpaal fungeren. Daarbij kan men eenzelfde geluid beluisteren als waarmee die zuidelijke boodschappen ook elders vaak zijn ontvangen: zij zijn misschien niet onjuist, maar in ieder geval onaangenaam. Voor een treffend voorbeeld zou ik willen verwijzen naar de voetnoten 140 en 141 van Verheij. Zet deze oud-Maastrichtenaar zich in voetnoot 141 ongewoon fel, ja bijna kwetsend, af tegen toon en stijl van de boodschap en tracht hij haar te bagatelliseren, in noot 140, en eigenlijk in zijn hele preadvies, moet hij kennelijk tegen heug en meug toch toegeven dat het gedachtegoed nog zo gek niet is.

Dit soort reacties op onze boodschappen is in Maastricht steeds met verbazing en teleurstelling ontvangen: zij dienen in ieder geval het wetenschappelijk discours niet. En op traditioneel zuidelijke wijze heb ik dan ook op het Maastrichtse congres van 1997 waar mijn monografie over *De overheid in het burgerlijk recht* werd gepresenteerd, het *mea culpa* ingezet. Inderdaad is men wellicht geneigd tot een te sterke betoogtrant als men met een nieuwe visie komt, of met een visie die men voor nieuw hóúdt, en inderdaad is men wellicht geneigd tot krasser taalgebruik wanneer een tot drie maal toe, of nog vaker, herhaalde boodschap doodgezwegen blijft. Maar dit *mea culpa* heeft niet mogen baten. De reacties blijven, áls zij al komen, onverminderd van dezelfde toonzetting. Nu ook deze verzoenende handreiking van 1997 werd afgeslagen, dringt zich bij mij het beeld op van 'Sinterklaas bestaat niet'. Deze boodschap aan het kind immers, hoe juist ook, is voor het graag gelovende kind onaangenaam, en dat is daarmee ook de boodschapper. Het stuk slaan van een illusie waarin men zich koestert roept nu eenmaal verzet op.

En ik moet vrezen dat ook mijn boodschap van vandaag weer verzet zal oproepen. Opnieuw meen ik een illusie te moeten falsificeren en een heilig huisje te moeten ontwijden. Ook vandaag is dus mijn boodschap: Sinterklaas bestaat helaas niet!

De preadviseurs koketteren eensgezind met de gedachte van een zelfstandige bestuursrechtelijke schadeprocedure. Misschien geldt dit overigens, zoals de voorzitter zojuist heeft gezegd, niet voor mevrouw De Moor-van Vugt. We zullen dit, neem ik aan, nog horen. Ook elders ben ik de genoemde gedachte al wel tegengekomen. Zo'n zelfstandige bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie zou dan een eerste gelegenheid zijn om ervaring op te doen voor het loslaten van het 'besluit'-begrip als maatstaf voor de bevoegdheid van de bestuursrechter.[3]

Nu heb ik, zoals ik reeds in mijn Maastrichtse oratie in 1984 aangaf, bepaald geen bezwaar tegen het loslaten van dit 'besluit'-begrip als bevoegdheidscriterium, al gingen mijn voorstellen in dezen de Awb-wetgever in 1993 nog veel te ver.[4] Evenmin ben ik natuurlijk allerminst tegen een efficiënt en toegankelijk schadeproces bij de bestuursrechtelijke kolom van de gewone rechterlijke macht, zoals de bestuursrechtelijke sectoren bij de rechtbanken. Maar een zelfstandige bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie bij de Raad van State met loslating van het 'besluit'-begrip zoals nu wordt gepropageerd gaat toch zelfs mij te ver.

Daarvoor geldt niet alleen dat ik de Raad van State geen echte rechter vind, maar veeleer een controleur van de overheid binnen de overheid. Ernstiger vind ik dat de burger, nog systematischer dan nu reeds het geval is,[5] beroofd dreigt te worden van de hem grondwettelijk gegarandeerde rechtspraak in *twee* feitelijke instanties, met cassatiemogelijkheid, bij (ook) schadeacties tegen de overheid.

Ingevolge artikel 112 van de Grondwet is immers de berechting van alle geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen opgedragen aan de rechterlijke macht, en dat is de gewone rechter. Onder schuldvorderingen dienen wij ook de publiekrechtelijke schuldvorderingen te begrijpen. Het systeem van rechtsbescherming bij schadeaanspraken tegen de overheid van enige betekenis is dus volgens het uitgangspunt van onze Grondwet en organieke wetgeving:

1. rechtbank;
2. gerechtshof;
3. cassatieberoep Hoge Raad.

Het is bepaald een miskenning van deze Grondwet en van de zeer bewust aangehouden grondwettelijke terminologie om, zoals Verheij dat op p. 45 doet, te menen dat je

---

3. Preadvies Verheij p. 72.
4. Handelingen TK 1992-1993, 22 495, nr. 10 ad 4.
5. Daarover fulmineerde reeds Kortmann, Nederlands Juristenblad 1997, p. 1327-1328.

met een beroep op de *bedoeling* van de wetgever dit soort grondwettelijke garanties voor de burger kunt negeren.

Weliswaar kan, uitsluitend echter bij wet in formele zin,[6] worden afgeweken van dit systeem dat artikel 112 de burger garandeert, maar toen deze kwestie bij het redigeren van de Algemene wet bestuursrecht, en met name van het huidige artikel 8:73, aan de orde kwam, is de wetgever voor zo'n afwijking teruggedeinsd en heeft hij, door middel van wat een 'dubbele facultativiteit' voor de schadeacties na gegrondverklaringen van het beroep is gaan heten, de keuze gelaten aan de partijen en, voor het geval partijen al voor de bestuursrechter mochten kiezen, ook nog eens aan die rechter. Zelfs Verheij erkent in zijn preadvies die uitdrukkelijke bedoeling in dezen van de wetgever.[7] Met andere woorden: al mag omwille van de veelgeprezen efficiency de schadekwestie, na de vernietiging van een besluit door een bestuursrechter, ook door diezelfde bestuursrechter worden afgedaan, zodanige afwijking van het grondwettelijk vooropgestelde systeem mag alleen met goedvinden van de betrokken burger zelf, en dan nóg kan die bestuursrechter dus anders beslissen.

Het was overigens niet in de eerste plaats respect voor de Grondwet, maar veeleer de ervaring die was opgedaan met de schaderechtspleging in administratief beroep en administratieve rechtspraak van vóór de Awb, die de wetgever tot deze terughoudendheid maande. Die ervaring bewees slechts het gelijk van de keuze van de grondwetgever.

Mijn standpunt is derhalve dat het niet aangaat dat bestuur of rechter van deze grondwettelijke keuze gaat afwijken ten nadele van de burger en aan de burger minder rechtsbescherming(smogelijkheden) gaat gunnen dan wetgever en grondwetgever hem garanderen. Op de positie van zowel bestuur als rechter in dezen ga ik nader in.

Het bestuur. Hoe goed wellicht ook de bedoelingen waren toen de buitenwettelijke regeling Nadeelcompensatie Rijkswaterstaat door de minister werd uitgevaardigd,[8] de gevolgen daarvan voor de rechterlijke competentie waren en zijn ongrondwettig. Deze buitenwettelijke compensatieregeling pleegt immers bij rijksprojecten van toepassing te worden verklaard. De rechtsbescherming bij die rijksprojecten is evenwel beperkt tot de Raad van State.[9] Dit is derhalve rechtsbescherming die beperkt is tot één instantie: bezwaar is immers, als het goed is, slechts verlengde *besluit*vorming, en in elk geval geen rechtspraak. Door nu de (toepasselijkheid van de) Nadeelcompensatieregeling als onderdeel op te nemen in een projectbesluit, wordt bewerkstelligd dat ook ten aanzien van de schadeaanspraken alleen nog maar een gang op de Raad van State open staat.

---

6. Art. 112, tweede lid, Grondwet.
7. P. 19 en 38.
8. Staatscourant 1991, nr. 251.
9. Zie voor een indrukwekkende opsomming slechts Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht 1999, p. 72-73.

De rechter. Als de rechter een verzoek van de burger aan het bestuur om over de brug te komen, aanmerkt als een verzoek om een zuiver schadebesluit, dreigt dezelfde consequentie. De deur van de gewone rechter dreigt dan immers in het slot te vallen door de combinatie van de leer van de voorrang van de bijzondere rechter, met de leer van de formele rechtskracht. Erger nog wordt een en ander als de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op eigen houtje schaderegelingen of onderdelen daarvan gaat verzinnen en die als het ware toevoegt aan de compensatieregelingen van het bestuur.[10] Ook dan dreigt de burger van feitelijke instantie en cassatie-instantie te worden beroofd. Helaas werd in deze ongrondwettelijke praktijk recentelijk berust door de belangrijkste feitelijke rechter in dezen, in casu de eerste civiele kamer van het Gerechtshof te 's-Gravenhage.[11] Aan de door mij gesignaleerde grondwettelijke aspecten werd daarbij evenwel geen aandacht besteed. Het tegen die uitspraak aangekondigde cassatieberoep wordt dan ook met belangstelling tegemoet gezien.

De gepropageerde zelfstandige bestuursrechtelijke schadeactie zou deze misgroei nog bestendigen. De flirt ermee miskent dat wij al een zelfstandige bestuursrechtelijke schadeactie kennen: bij de gewone rechter, de rechtbank, die het doen en laten van de overheid toetst aan publiekrechtelijke criteria, zoals algemene beginselen van behoorlijk bestuur, doch die de burger behandelt als een *gelijkwaardige* partij met een eigen, te respecteren rechtsbetrekking, waarvan benadeling *moet* worden gecorrigeerd, en niet bij wijze van gunst of iets dergelijks van een correctie kan worden voorzien. Die schadeactie kent een behoorlijke tweede feitelijke instantie, waarbij het geding *in volle omvang* ten tweede male kan worden voorgedragen en beoordeeld. Ik moge hier in verband met de tijd kortheidshalve verwijzen naar mijn discussie met mevrouw Schreuder-Vlasblom in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1998, aflevering 7. Bovendien kent die schadeactie een mogelijkheid van beroep in cassatie.[12]

Ik eindig met een laatste Sinterklaas-vraag: kreeg de Nederlandse burger in 1975 eigenlijk wel *verhoogde* rechtsbescherming? Het lijkt haast of ieder het daarmee eens is, behalve die burger zelf. Hiermee wil ik, om een aanzet tot de discussie te geven, aanhaken bij de stellingen die ons zijn voorgelegd. De teneur in de stellingen acht ik bepaald onjuist. Die teneur, die ook in de preadviezen te beluisteren is, komt neer op de vestiging van de door mij onwenselijk geachte tegenstelling tussen rechters onderling, tussen met name de bestuursrechter en de zogenaamde burgerlijke rechter. Ik zou willen spreken over de gewone rechter en een tegenstelling willen maken tussen

---

10. Zoals bijvoorbeeld een ontbrekende voorschotregeling werd toegevoegd bij Vz. ABR 18 november 1997, AB 1998, 60.
11. Uitspraak van 15 april 1999, rolnummer 99/15 KG, nog niet gepubliceerd.
12. Voor een kritische reflectie op het ontbreken hiervan moge ik verwijzen naar de 'Verwachting' in Nederlands Tijdschrift voor Bestuurskunde 1999, aflevering 3 van J.A.F. Peters.

controleurs van de overheid, zoals de Raad van State, en geschilbeslechters en rechtsvaststellers zoals rechters.

Mr. N. Verheij

Ik heb enige aanleiding om mij aangesproken te voelen! Allereerst iets over de ontvangst van de 'Maastrichtse school'. Als ik met mijn voetnoten iemand heb gekwetst, dan spijt mij dat. Overigens heb ik mij bij een aantal ideeën van 'Maastricht' juist uitdrukkelijk aangesloten, en geenszins 'tegen heug en meug'. Dingen tegen heug en meug opschrijven doe ik af en toe in mijn ambtelijke hoedanigheid, maar nooit in stukken waar mijn eigen naam onder staat!

Dan de inhoudelijke punten. Zou een zelfstandige bestuursrechtelijke actie ongrondwettig zijn? Ik denk van niet, want anders had ik zo'n actie natuurlijk ook niet voorgesteld. Naar mijn mening biedt artikel 112, tweede lid, van de Grondwet uitdrukkelijk de mogelijkheid om voor geschillen, niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen ontstaan, ook rechters buiten de rechterlijke macht aan te wijzen, en ik stel dan ook voor van die mogelijkheid gebruik te maken. Tak wijst er terecht op dat zo'n aanwijzing bij wet in formele zin moet geschieden; mijn voorstel houdt dan ook in dat uitdrukkelijk een wettelijke regeling wordt gemaakt. Dit laat overigens onverlet dat ik het met een deel van de door Tak geplaatste kanttekeningen over de gevolgen wel eens ben en dat ik die kanttekeningen in een aantal gevallen ook heb genoemd. Als één van de nadelen van de bestuursrechtelijke weg heb ik gesignaleerd dat er in een aantal gevallen slechts rechtspraak in één instantie is. Die omstandigheid heb ik gebruikt als één van de argumenten op grond waarvan ik voorstel de bestuursrechtelijke schadeactie niet exclusief te laten zijn. Ook in mijn voorstel zou de burger de keus moeten hebben tussen de bestuursrechtelijke weg, met misschien in sommige gevallen het voordeel van een informeler karakter en een hoger tempo, en de weg naar de burgerlijke rechter. Juist ook door deze keuzemogelijkheid, die ik nadrukkelijk bepleit, kan, denk ik, van ongrondwettigheid geen sprake zijn.

Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Nu ik het woord heb gekregen, wil ik even de aandacht vestigen op de kaft van de preadviezen. Op die kaft zijn nogal veel -h's- gestrooid. Bij sommige namen is dat ook zeer adequaat. Bij *Verheij* zien we een noodzakelijke -h-, bij *De Wijkerslooth* een chique -h-, maar bij mij een gehate -h-! Van kindsbeen af strijd ik al tegen dat onkruid

dat steeds maar in mijn naam opduikt. Ik wil dan ook hier in het openbaar zeggen: het is *Van Vugt* zónder -h-.

Voorzitter: Het volgend jaar een andere uitgever!

Mevrouw De Moor-van Vugt: Wie weet!

In reactie op Tak het volgende. Uit de aan de vergadering voorgelegde stellingen blijkt dat naar mijn mening schadevergoedingszaken bij de burgerlijke rechter zouden moeten blijven. Op dat standpunt ben ik niet gekomen vanwege grondwettelijke bezwaren, maar vanwege enige argumenten die ook in het proefschrift van J.E.M. Polak zijn genoemd, zij het dat hij ze in een precies tegenovergestelde richting gebruikt en bij de bestuursrechter uitkomt.

Mijn stelling is in de eerste plaats ingegeven door de gedachte dat de burgerlijke rechter gespecialiseerder en ervarener is in het beslissen over schadevergoedingszaken. Ik merk zelf aan de zijlijn van de rechterlijke praktijk dat er bij de bestuursrechter veel terughoudendheid bestaat om over te gaan tot het nemen van beslissingen over schadevergoeding, zelfs in het geval dat toepassing van artikel 8:73 Awb is gevraagd.

Een ander argument vind ik in de cultuur van de goede toegang. De toegang tot de bestuursrechter is wellicht voor de burger wat gemakkelijker geregeld, maar daar staat tegenover dat zodra schadevergoeding in beeld komt de zaken vaak veel ingewikkelder worden en het voor de burger, in z'n eentje procederend, wel heel lastig wordt alles te overzien, te bekijken welke argumenten hij precies moet aanvoeren, te weten welke punten voor hem van belang zijn om de schadeactie tot een goed einde te brengen en te onderkennen welke schade-elementen hij naar voren moet brengen. Als een burger schadevergoeding vraagt, zie je vaak alleen maar de stelling 'ik heb schade geleden en wil mij dat maar vergoeden'. De rechter moet dan maar zien wat hij daarmee moet beginnen. Ook dit vind ik een argument om schadevergoedingszaken bij de burgerlijke rechter te houden.

Mevrouw mr. A.M.C. Marius-van Eeghen

Ik ben advocaat in Den Haag, en wil een verschil tussen het civiele circuit en het bestuurscircuit signaleren. In het civiele circuit laten we eerst het in geschil zijnde punt beslissen en laten we meestal vervolgens de schade bepalen in een schadestaatprocedure. In de schadestaatprocedure wordt vaak later geschikt, want je weet dan dat over het principiële punt op de een of andere manier is beslist.

In het bestuursrecht lijkt het mij wenselijk dezelfde scheiding aan te houden: eerst, wat mij betreft tot in hoogste instantie, laten beslissen of het besluit voor vernietiging

vatbaar is, en vervolgens in een tweede traject de schade laten bekijken. Op dit laatste punt merk ik in de praktijk dat een bestuurder vaak van een schadecomponent schrikt. Specificatie en opbouw kunnen tot een zeer hoog bedrag leiden, hetgeen van invloed kan zijn op de beoordeling van het besluit dat ter vernietiging voorligt. Ik vind het dan ook zuiverder eerst het besluit volledig te laten toetsen en in een sequeelprocedure naar de schade te laten kijken. Daarbij wil ik eventueel de keuze tussen civiele rechter en bestuursrechter nog in stand laten.

Mr. N. Verheij

Bij invoering van een zelfstandige schadeactie is het effect dat een scheiding mogelijk is. Anderzijds wijs ik erop dat in bepaalde gevallen nu juist wel degelijk de combinatie aantrekkelijk is, ook voor de burger.

Het is allemaal begonnen bij de Centrale Raad van Beroep, in gevallen van renteschade. In zulke gevallen is het vaak wél mogelijk tegelijk met het oordeel dat het besluit moet worden vernietigd ook de schade te bepalen. Ook nog in aanvulling op mijn reactie op Tak constateer ik dat hier uit een oogpunt van rechtsbescherming voor de burger winst kan worden geboekt. Soms gaat het immers in deze gevallen om bedragen waarvoor mensen vroeger echt nooit een civiele procedure gingen beginnen, zodat de burger met de schade bleef zitten.

Mevrouw mr. A.A. van Rossum

Met veel belangstelling heb ik de drie preadviezen gelezen. Over de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter is vanuit bestuursrechtelijke hoek veel geschreven. Van privaatrechtelijke zijde is aanmerkelijk minder verschenen. De Wijkerslooth heeft, als ik het goed zie, vooral de privaatrechtelijke invalshoek van het onderwerp van vandaag voor zijn rekening genomen. Toch richt mijn interventie zich niet op zijn preadvies, omdat ik het op bijna alle plaatsen met hem eens ben, hetgeen een uiterst saaie interventie zou opleveren. Ik heb een aantal vragen aan Verheij. Over twee onderwerpen zou ik graag enige opheldering willen hebben.

In de eerste plaats komt Verheij op de pagina's 48 en volgende met het voorstel artikel 8:73 Awb uit te breiden door de band met het vernietigingsberoep door te snijden, zodat een zelfstandige bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie ontstaat. Artikel 8:73 zou dan moeten worden verplaatst naar een nieuwe titel 8.5, waarvan de kernbepaling als volgt zou luiden:

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 die voor beroep bij de rechtbank vatbaar is.

Verheij geeft toe dat dit een 'quick-and-dirty' oplossing is: zij is volgens hem niet mooi, maar ze werkt wel. De oplossing werkt volgens Verheij zelfs zó goed, 'dat de hele constructie van het zuiver schadebesluit in één klap overbodig wordt. (...) 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.'

De vraag rijst echter of door het doorsnijden van de band met het vernietigingsberoep nog wel kan worden aangesloten bij de civielrechtelijke jurisprudentie inzake het materiële schadevergoedingsrecht. De bestuursrechters zoeken openlijk aansluiting bij de civiele jurisprudentie, en ook uit de parlementaire geschiedenis van de Awb blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is dat het civiele schadevergoedingsrecht in het bestuursrecht wordt binnengehaald. De parlementaire geschiedenis van Afdeling 6.1.10 van het BW laat overigens een aanmerkelijk terughoudender wetgever zien. Uit die parlementaire geschiedenis blijkt dat voorop moet worden gesteld dat deze Afdeling primair is geschreven voor vorderingen tot schadevergoeding van privaatrechtelijke aard en dat met (overeenkomstige) toepassing van deze bepalingen op vorderingen tot schadevergoeding die hun grondslag vinden in het bestuursrecht voorzichtigheid moet worden betracht.

Het door Verheij voorgestelde artikel 8:85 Awb stelt, zoals gezegd, voorop dat de belanghebbende die als gevolg van een onrechtmatige handeling schade lijdt schadevergoeding kan vorderen. Het gaat mij nu om het begrip *onrechtmatige handeling*. Als de band met het vernietigingsberoep wordt doorgesneden, staat in de civielrechtelijke jurisprudentie niet meer vanzelfsprekend vast dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad pleegt een overheidslichaam immers een onrechtmatige daad door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd. Wordt een besluit niet door de rechter vernietigd, maar komt een overheidslichaam terug op een eerder gegeven beslissing, dan hangt het af van de omstandigheden waaronder het besluit tot stand is gekomen of dat besluit onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW is.

Als de bestuursrechter met een verzoek om schadevergoeding als bedoeld in artikel 8:73 Awb wordt geconfronteerd, staat, naar het mij lijkt, met de vernietiging van het besluit eveneens de onrechtmatigheid van het overheidshandelen vast. Dat verband tussen de vernietiging en de onrechtmatigheid blijkt ook artikel 8:73 Awb zelf. De bestuursrechter kan een veroordeling tot schadevergoeding slechts toewijzen indien hij het beroep gegrond verklaart, en gegrondverklaring houdt noodzakelijkerwijs in dat de bestuursrechter op grond van artikel 8:72, eerste lid, het bestreden besluit

geheel of gedeeltelijk vernietigt. De bestuursrechter en de burgerlijke rechter zitten dus wat de onrechtmatigheid betreft nu op één lijn, en de vraag is of dit nog zal opgaan na de door Verheij voorgestelde wijziging.

Hetzelfde geldt voor het *causaliteitsvereiste*. Op pagina 50 van zijn preadvies noemt Verheij als voordeel van zijn voorgestelde bepaling dat de rechter zich niet meer hoeft te vermoeien met de vraag of een besluit 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? In het civiele recht gaat het om het causaal verband tussen de onrechtmatigheid en de schade; artikel 6:162 geeft dat aan met het woordje 'dientengevolge'. Bij schadevergoeding ten gevolge van vernietigde besluiten gaat het daarentegen om het causaal verband tussen de schade en de grond voor vernietiging van het besluit. Een besluit kan immers ook worden vernietigd omdat bijvoorbeeld een voorbereidingshandeling in strijd met het recht is geweest. We spreken dan van een formele vernietiging. Wordt een besluit op formele gronden vernietigd, dan is niet meteen duidelijk wat het bestuursorgaan dat na de vernietiging opnieuw in de zaak moet voorzien, zal gaan doen. Blijkt bijvoorbeeld dat, ook met inachtneming van de juiste voorbereidingshandeling, de vergunning opnieuw moet worden geweigerd, dan staat hiermee weliswaar vast dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld, maar deze onrechtmatigheid is niet gelegen in het weigeren van een vergunning. De schade die de burger mogelijkerwijs heeft geleden doordat hij geen vergunning heeft gekregen, staat niet in causaal verband met dit onrechtmatig handelen.

Hieruit volgt dat de rechter zich onder vigeur van artikel 8:73 Awb nog wel degelijk met de vraag moet bezighouden op basis waarván een besluit is vernietigd. Is dat een formele dan wel een materiële vernietiging? Ik vraag mij af of deze kwestie straks na de door Verheij voorgestelde wijziging niet meer aan de orde hoeft te komen.

Samenvattend kom ik tot de vraag aan Verheij hoe hij over deze elementen van de onrechtmatige daad, in het bijzonder de onrechtmatigheid en de causaliteit, in het licht van zijn voorgestelde nieuwe artikel 8:85 denkt.

Ook wil ik Verheij nog een heel korte, met het voorgaande samenhangende tweede vraag stellen. Op pagina 51 concludeert hij dat het zolang er geen volwaardige bestuursrechtelijke schadevergoedingsactie bestaat onverstandig is de weg naar de burgerlijke rechter af te sluiten. Dit houdt in dat er voor schadevergoeding ter zake van onrechtmatige besluiten vooralsnog twee bevoegde rechters zijn: de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Voor forumshopping hoeft volgens Verheij niet te worden gevreesd, nu verwacht mag worden dat de bestuursrechter voor het materiële schadevergoedingsrecht aansluiting zoekt bij het burgerlijk recht.

Eerder heb ik betoogd dat er tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter geen wezenlijke verschillen in de beoordelingen van diverse aspecten van aansprakelijkheid

en schadevergoeding bestaan, dit echter op één voor de praktijk zeer belangrijk punt na, te weten het punt van de proceskosten. De rechtspraak van de Hoge Raad inzake de vergoeding van proceskosten wijkt in belangrijke mate af van die van bijvoorbeeld de Centrale Raad van Beroep. Dit laatste college oordeelt steevast dat kosten die een belanghebbende heeft gemaakt in de fase van bezwaar of administratief beroep niet worden vergoed als naderhand blijkt dat het primaire besluit waartegen was opgekomen onrechtmatig was. Die kosten komen alleen voor vergoeding in aanmerking als het bestuursorgaan tegen beter weten in een onrechtmatig besluit heeft genomen. De Hoge Raad gaat daarentegen wél uit van vergoeding van proceskosten die in de voorfase zijn gemaakt, als maar aan de dubbele redelijkheidstoets is voldaan: het is redelijk dát de kosten zijn gemaakt en de hoogte is redelijk.

Zou de burger nu niet juist om deze reden wél gaan forumshoppen? Voor de burger die kosten van rechtsbijstand zelf moet dragen, zou de gang naar de burgerlijke rechter op dit punt wel eens veel voordeliger kunnen uitpakken dan de gang naar de bestuursrechter. Graag verneem ik Verheij's standpunt hierover.

Mr. N. Verheij

Ik had eigenlijk zorgvuldig vermeden in mijn preadvies iets over materieel schadevergoedingsrecht te zeggen, om de betrekkelijk eenvoudige en overtuigende reden dat ik daarvan niet zo veel verstand heb! Toch ontkom ik er kennelijk niet aan iets over het onderwerp op te merken.

Het is eerlijk gezegd bij het doen van mijn door mevrouw Van Rossum genoemde voorstel niet mijn bedoeling geweest te bepleiten dat er op het punt van het materiële schadevergoedingsrecht iets zou moeten veranderen. Ik zie ook niet waarom een dergelijke verandering het gevolg van mijn voorstel zou zijn. Anders dan mevrouw Van Rossum kennelijk suggereert, ben ik ervan uitgegaan dat het voornamelijk om een ontkoppeling in de tijd gaat; ergens in mijn preadvies heb ik dat, meen ik, ook met zoveel woorden gezegd. In beginsel moet een belanghebbende nog steeds beroep tegen een besluit instellen omdat het anders formele rechtskracht krijgt, maar kan hij los daarvan eventueel nog het schadeaspect aan de orde stellen. Het enige verschil is dat het volgens mijn voorstel misschien mogelijk wordt wat meer ruimte te bieden voor een zelfstandige schadeactie in gevallen waarin de onrechtmatigheid anderszins ondubbelzinnig vaststaat. We kunnen hierbij denken aan het geval waarin geen vernietigingsberoep kán worden ingesteld aangezien al in de bezwaarfase is gebleken dat het primaire besluit onrechtmatig is en het primaire besluit al in de bezwaarfase is herroepen. Op dit punt zou ik al met al geen verandering willen aanbrengen.

Hetzelfde geldt voor de causaliteitskwestie. Ik zie niet waarom die door mijn voorstel anders zou komen te liggen dan zij nu ligt.

Dan nog iets over de kosten van voorprocedures. Hier ligt inderdaad wél een verschil dat tot een andere keuze zou kunnen leiden. De ongelijkheid op dit punt tussen civiele rechtspraak en bestuursrechtspraak moet naar mijn mening worden weggenomen, iets wat de wetgever zal moeten doen. Er ligt inmiddels een voorontwerp van de Commissie-Scheltema met een voorstel om de bestuursrechter ter zake exclusief bevoegd te maken. Langs die weg zou je tot uniformering kunnen komen. Nu is mij bekend dat over het voorontwerp en over de kwestie van de kosten van voorprocedures zeer verschillend wordt gedacht. Laat ik zeggen: dit was *niet* één van de voorbeelden waarbij ik mijn ambtelijk werk tegen heug en meug deed!

Mevrouw mr. A.A. van Rossum

Verheij zegt in zijn reactie dat zijn voorstel wat de causaliteit betreft geen verschil oplevert. Die opvatting begrijp ik niet. Op pagina 50 schrijft hij duidelijk dat de rechter zich niet hoeft te bemoeien met de vraag of een schadebesluit zorgvuldig is voorbereid, gemotiveerd is etcetera. Er blijft dan toch nog steeds, in verband met de grond van de vernietiging, een verschil in causaal verband tussen onrechtmatigheid en schade bestaan?

Wat de ontkoppeling betreft: Verheij lijkt daarvoor wel degelijk te kiezen, maar verderop schrijft hij dat in sommige gevallen een koppeling kan blijven bestaan. Ik ben het met hem eens dat er dan bij de onrechtmatigheid geen verschil is en ik constateer dat we waarschijnlijk ook over de proceskosten geen verschil van mening hebben, maar ik blijf erbij dat zijn voorstel tot verschillen op het punt van de causaliteit zal kunnen leiden.

Mr. N. Verheij

Misschien heb ik de vraag van mevrouw Van Rossum in eerste instantie niet geheel begrepen, of heb ik mij in mijn preadvies onzorgvuldig uitgedrukt. Wat ik met de door mevrouw Van Rossum aangehaalde opmerking in het preadvies heb willen zeggen, komt erop neer dat het in mijn ogen een groot voordeel is als we het gaan hebben over de vraag waarover het moet gaan. De aandacht dient uit te gaan naar de vraag of er schade en of er aansprakelijkheid is, in plaats van naar de vraag op welke wijze daarover is beslist. Persoonlijk vind ik altijd één van de nadelen van het bestuursrecht dat vaak niet aan de orde komt wie er gelijk heeft, maar of het ingenomen standpunt als een besluit kan worden gekwalificeerd casu quo of over die vraag wel volgens de juiste procedure is nagedacht. Ik denk dat de burger uiteindelijk het

meest geïnteresseerd is in de simpele vraag of hij nu wel of niet gelijk heeft. Dát bedoelde ik alleen maar te zeggen.

Mr. D.W.P. Ruiter

In hun preadviezen hebben Verheij en De Wijkerslooth aandacht besteed aan een poging die ik verleden jaar heb gedaan om te ontkomen aan een mijns inziens onaanvaardbare implicatie van de bestuursrechtelijke jurisprudentie over het zelfstandig schadebesluit.[13] Verheij heeft mijn drijfveer treffend samengevat op pagina 46: '(W)ij 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.'

Volkomen terecht constateert Verheij vervolgens dat ik eveneens in de problemen kwam, omdat ik mij gedwongen zag tot het aannemen van een algemene bevoegdheid van bestuursorganen om bindende rechtsvaststellingen te doen. Ik moet toegeven dat het onduidelijk is waar die bevoegdheid vandaan zou komen. Mijn enige verdediging is dat de onduidelijkheid niet groter is dan toen Van der Hoeven zich afvroeg waar de bevoegdheid tot pseudo-wetgeving toch wel op zou berusten. Maar Verheij heeft hier zeker een goed punt.

Met de problemen die De Wijkerslooth opwerpt, heb ik moeite. Hij erkent op pagina 92, in de lijn van Verheij, het voordeel dat in mijn benadering aan het schadebesluit geen zelfstandige betekenis meer toekomt voor het bestaan van de aanspraak op schadevergoeding. Maar dan volgt zijn grote probleem: 'Is een als declaratoir opgevatte beslissing nog wel een rechtshandeling?' Volgens hem is dat niet zo. En hier kom ik aan bij het algemene vraagstuk dat ik de preadviseurs en de vergadering heden wil voorleggen, namelijk of de argumenten contra mijn benadering die De Wijkerslooth aanvoert wel passen bij het probleem waarmee wij zijn geconfronteerd. Anders gezegd: ik meen dat zijn argumenten wel deugdelijk kunnen zijn, maar niet in dit debat.

Als De Wijkerslooth stelt dat hij in mijn benadering de kenmerken 'wilsverklaring' en 'gerichtheid op zelfstandig rechtsgevolg' mist, dan blijft hij namelijk exact aan die elementen van de traditionele interpretatie van het bestuursrechtelijke besluit als publiekrechtelijke rechtshandeling vasthouden die ons toenemend in de problemen

13. 'Zelfstandig schadebesluit: rechtsschepping of rechtsvaststelling', in Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht 1998, p. 281 e.v.

brengen. Ik meen nu juist dat zij allerminst noodzakelijke elementen van het rechtshandelingsbegrip in het algemeen zijn. Met andere woorden: wie wil, mag eraan vasthouden op grond van positiefrechtelijke overwegingen, maar conceptueel zijn zij noch in het privaatrecht, noch in het publiekrecht essentialia. En er zijn in binnen- en buitenland vele voorbeelden te vinden van rechtshandelingen die geen wilsverklaringen zijn en die niet gericht zijn op zelfstandig rechtsgevolg in de door De Wijkerslooth bedoelde zin. Hij kan natuurlijk ook niet ontkennen dat de, aan Van der Pot ontleende, definitie van het beschikkingsbegrip in de Wet BAB al aandacht had voor de rechtvaststellende beschikking.

Ik heb de indruk dat wij in bestuursrechtelijk Nederland te weinig weten van het rechtshandelingsbegrip als algemene rechtstheoretische categorie en dat wij daarom, zoals De Wijkerslooth doet, de jurisprudentiële uitwerking van het bestuursrechtelijke besluitbegrip die gaande is, met te grote vooringenomenheid volgen. Theoretisch gesproken zijn rechtshandelingen alle menselijke uitingen waardoor, met een beroep op een rechtsregel die daartoe de bevoegdheid verleent, rechtsnormen worden geïndividualiseerd en daarmee tot zelfstandige gelding gebracht. Die geldige rechtsnormen kunnen verbintenissen zijn of rechtsbetrekkingen, of iets geheel anders. Bovendien kunnen zij zelfstandig zijn, dan wel resultaten van gevolgtrekkingen uit algemene rechtsregels of rechtsbeginselen. Theoretisch gesproken zijn rechterlijke vonnissen, wetten, verordeningen, bekrachtigingen, en ga zo maar door, alle rechtshandelingen. Welke van deze theoretische rechtshandelingen binnen een bepaald rechtsgebied rechtspolitiek als rechtshandelingen acceptabel zijn, is een geheel ander vraagstuk. Het is echter niet juist om rechtspolitieke keuzen te presenteren als rechtstheoretische inzichten. En dat is wat De Wijkerslooth, overigens geheel te goeder trouw, doet. Ik trek mijn aanzet tot de oplossing van de vraagstukken die met het zelfstandig schadebesluit verbonden zijn graag in bij gebleken ondeugdelijkheid, maar de bezwaren van De Wijkerslooth zijn daarvoor mijns inziens niet toereikend. Dan heeft Verheij, ondanks zijn uitgesproken sympathie voor de poging, beter aangevoeld waar de zwakke plek zit.

Mr. J.L. de Wijkerslooth

Ik heb een heel gemakkelijke en voordehandliggende tegenwerping tegen de gedachte van Ruiter. Niet ik heb voor een bepaald rechshandelingsconcept gekozen: dat heeft de wetgever gedaan, in een betrekkelijk recente wet. De Awb is niet het Burgerlijk Wetboek uit 1838, waarvan men na honderdvijftig jaar kan zeggen dat wat de Fransen daar allemaal bij dachten wel kan blijven liggen, zodat iedereen zijn eigen gang kan gaan. In het geval van de Awb is kort geleden uitdrukkelijk voor een in de parle-

mentaire geschiedenis ook uitvoerig bediscussieerd concept gekozen. Dat concept was niet het rechtshandelingsconcept dat Ruiter in zijn algemeenheid presenteert.

Nu moet ik eerlijk bekennen dat ik zelf niet zo ontzettend dol ben op de gedachte dat rechtstheoretische begrippen als 'rechtshandeling' ineens een heel belangrijke rol zouden moeten gaan spelen in bijvoorbeeld de beantwoording van de vraag 'wat is een besluit?'. Maar wat ík wil kiezen, is hier niet van belang. We hebben te maken met de omgekeerde piramide die de wetgever, overigens in de lange traditie van het bestuursrecht, er nu eenmaal van heeft willen maken. Mijn standpunt is dat heel welbewust is afgeweken van de oude gedachte, waarnaar Ruiter op zichzelf terecht verwijst.

Nu de keuze is gedaan, heb ik de neiging te zeggen dat we ons eraan moeten houden, maar dan doet zich natuurlijk wel degelijk een probleem voor. Dat probleem heb ik willen signaleren. Ik voel niet voor een type oplossingen waarbij we steeds maar verder doorrazen naar de verre horizonten van het begrip 'rechtshandeling'. Ruiter en ik zullen het snel eens kunnen worden over een definitie van een begrip dat álles toelaat, maar dat is niet helemaal de gedachte van de Awb!

Mr. D.W.P. Ruiter

Ik heb de gegevens hier niet allemaal op een rij en ik heb de parlementaire stukken ook niet in mijn zak zitten, maar ik meen mij te herinneren dat in de omschrijving van de Wet BAB heel duidelijk sprake is van zowel een rechtvaststellende als een rechtscheppende beschikking en dat vervolgens Wiarda heeft aangetoond dat in de Wet Arob de omschrijving van het beschikkingsbegrip dezelfde is als die van de Wet BAB. Er moet dus in de mij nog niet geheel voor ogen staande Awb-'besluit'-debatten, krachtens diep inzicht bij de parlementariërs in datgene waarmee ze bezig waren, iets ontzettend dramatisch zijn gebeurd. Kan De Wijkerslooth mij aantonen dat we hier niet met één lange lijn te maken hebben?

Met andere woorden: je kunt de vraag stellen of het 'besluit'-begrip van de Awb niet in feite een loot is van de oude Wet BAB. Dit is de opvatting die ik tot uiting heb willen brengen. Ik hang er niet sterk aan, maar ik heb dit gezichtspunt maar eens naar voren gebracht. Dit is het historisch argument, waarop we misschien in de pauze verder kunnen doorgaan.

Het theoretische argument, waarop ik toch ook nog wil wijzen, laat zich als volgt omschrijven. Mijn grote probleem is dat we op dit ogenblik door de jurisprudentie worden gedwongen te aanvaarden dat het het bestuur is dat zou moeten besluiten dat er een plicht tot schadevergoeding is naar aanleiding van een onrechtmatige daad die het zelf heeft gepleegd. Laat men dat nu eens overbrengen naar het privaatrecht: de schadetoebrenger zou zelf moeten bepalen of hij een plicht heeft om te betalen! Ik vind dit zeer onaanvaardbaar.

De Wijkerslooth: Ik vind dit ook onaanvaardbaar! We zijn het hierover volkomen eens, maar ik verwijt dit de rechters.

Ruiter: De rechter is dan met iets bezig waarvan u moet zeggen dat de wet het heeft verboden.

De Wijkerslooth: Dat vind ik ook. Ik vind dat rechters langer moeten nadenken als zij zich in de dogmatiek begeven.

Voorzitter: Wellicht willen ook mensen in de zaal op het rechtshandelingsbegrip ingaan. Ik laat daarbij ook maar even de term 'rechtsoordeel' vallen.

Mr. drs. W. Sturkenboom

De definitie van Ruiter was nogal lang, en hij las hem bovendien van papier, terwijl de ons bekende en in de Awb neergeschreven definitie van de wilstheorie uitgaat. Ik heb in ieder geval begrepen dat de voorgelezen definitie neerkomt op individualisering van een norm. Het gaat hier dus om een normatieve theorie, in een moeilijk kentheoretisch debat. Ruiter heeft mij met zijn definitie nogal overvallen. Ik zou die definitie graag nog eens willen horen.

Voorzitter: Dat kan straks in de pauze ongetwijfeld worden geregeld!

Mr. H.J. Simon

Ik vind het onjuist hier de rechter te verwijten dat hij met rechtsvaststellingen komt. Uit het Europese recht, en met name uit het EG-recht, blijkt dat het juist de rechter is die tot rechtsvaststellingen moet komen. De rechter die het recht op schadevergoeding van een bestuursorgaan vaststelt, stelt zelf uiteindelijk de rechtsbetrekking vast. Het bestuursorgaan doet niet méér dan als het ware voorafgaand aan die rechtsvaststelling door de rechter zelf bepalen hoe het moet. Dat is op zichzelf niet ongebruikelijker dan het door bestuursorganen opleggen van sancties.

De Wijkerslooth: Het merkwaardige is dat Ruiter en ik het op dat punt volgens mij wél eens zijn. We hebben er geen bezwaar tegen dat de rechter iets vaststelt. De vraag is of het bestúúr zijn eigen verplichting tot schadevergoeding moet vaststellen.

Voorzitter: Zouden we kunnen zeggen dat het bestuur begínt met vaststellen en dat de rechter tot definitieve vaststelling komt?

De Wijkerslooth: Nee, want we hebben dan toch nog altijd een probleem met schadevergoedingscomponenten die moeten beginnen te lopen vanaf de verweten gedraging.

Mr. J.M.H.F. Teunissen

De preadviezen heb ik uiteraard met meer dan normale belangstelling gelezen. Ik vroeg me alleen op een aantal plaatsen af welke juridische problemen nu eigenlijk vandaag aan de orde zijn. Expliciet of meer impliciet worden er namelijk nogal wat onderwerpen aan de orde gesteld: de betekenis van de legaliteitseis, de verhouding tussen positief recht en rechtsbeginselen, de vraag of het bestuursproces moet worden opgezet als een *contentieux subjectif* of als een *contentieux objectif*, de betekenis van het communautaire recht en, zoals zojuist nog in de interventie van Ruiter naar voren kwam, allerlei rechtstheoretische en rechtsfilosofische vraagstukken. Dat het spectrum zo breed is, valt ook wel te begrijpen, want het gaat vandaag eigenlijk over álles: publiek- en privaatrecht, de competentie van de burgerlijke en de competentie van de bestuursrechter. Ik acht het dan ook bijzonder wijs dat het bestuur een verleden jaar door Scheltema gedane suggestie heeft opgevolgd door aan de preadviezen stellingen toe te voegen, zodat we de discussie kunnen beperken tot die stellingen.

Mijn interventie zal betrekking hebben op het preadvies van De Wijkerslooth. De titel ervan, 'Geschreven privaatrecht of ongeschreven publiekrecht' geeft al aan wat het onderwerp van dit preadvies is. Het onderwerp komt terug in stelling V:
Als bevoegdheidsgrondslag verdient het geschreven privaatrecht de voorkeur boven het ongeschreven publiekrecht (De Wijkerslooth, passim, in het bijzonder p. 89 en 94-95; contra: *Verheij p. 47).*

Ik vind het opmerkelijk dat De Wijkerslooth zich kennelijk niet rekent tot de aanhangers van de 'gemene rechtsleer', de leer die het privaatrecht ziet als het 'gemene recht' en het publiekrecht als het bijzondere en het aanvullende recht. Dit leid ik af uit zijn instemming met Bloembergen op pagina 100. Opmerkelijk noem ik de positie die de preadviseur daar kiest, omdat zijn hele redenering op de uitgangspunten van de gemene rechtsleer gebaseerd is. De Wijkerslooth heeft veel moeite met ongeschreven publiekrecht en met wat hij 'de leer van het publiekrechtelijke rechtsbeginsel' noemt. Hij vindt het wonderlijk dat allerlei bevoegdheden die aanvankelijk in de jurisprudentie van de gewone rechter en van de Arob-rechter werden aangemerkt als privaatrechtelijke bevoegdheden nu ineens zouden kunnen worden beschouwd als

publiekrechtelijke bevoegdheden, terwijl daarvoor geen geschreven grondslagen bestaan. Waarom zou, zo is zijn redenering, een overheid ('publiekrechtelijk rechtspersoon') in gevallen waarin 'meer specifieke publiekrechtelijke regels' ontbreken niet mogen terugvallen op de algemene bepalingen van het BW? Hij noemt artikel 1:1, eerste lid, BW, dat van 'allen' spreekt, de artikelen 2:1 en 2:5 BW, artikel 6:162 BW en artikel 3:305b BW. 'Ik vraag mij oprecht af,' aldus de preadviseur over artikel 3:305b BW, 'hoe een ongeschreven publiekrechtelijk rechtsbeginsel aan de uitdrukkelijke wettelijke grondslag [in het BW, JT] kan afdoen.'

Dat is nu precies een redenering in de trant van de gemene rechtsleer. Deze leer ziet geen *materieel* onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, ziet het privaatrecht als het algemene recht, neergelegd in het BW, en beschouwt het bestuursrecht als het bijzondere recht, dat via bijzondere wettelijke bepalingen aan het BW kan derogeren.

Ik wil iets zeggen over de 'leer van het publiekrechtelijke rechtsbeginsel'. Gerefereerd wordt in dit verband onder andere aan de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 21 oktober 1996, waarin een terugvorderingsbevoegdheid wegens onverschuldigde betaling werd aangenomen zonder dat daarvoor een uitdrukkelijke geschreven wettelijke bepaling bestond. Op die uitspraak is veel kritiek uitgeoefend, omdat daarin een bevoegdheid zou worden afgeleid uit een algemeen rechtsbeginsel, dat ook fungeert in het publiekrecht. Ik meen dat de jurisprudentie op dit punt van de Afdeling verkeerd wordt geïnterpreteerd, hoewel ik moet toegeven dat de gekozen formulering niet op alle punten gelukkig is. Wat de Afdeling mijns inziens heeft gedaan, is dat ze voor de terugvorderingsbevoegdheid zowel een *materiële* als een *formele* rechtsgrond heeft gezocht. De materiële rechtsgrond heeft ze gevonden in het algemene rechtsbeginsel, inhoudende dat hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd. Dit is inderdaad een algemeen rechtsbeginsel, dat dus ook in het bestuursrecht geldt. Ik zou het zelfs willen zien als een uitdrukking van een nóg algemener rechtsbeginsel, inhoudende dat ongerechtvaardigde vermogensverschuivingen ongedaan moeten worden gemaakt.

De omstandigheid dat er voor overheidshandelen een materiële rechtsgrond bestaat, is echter niet voldoende. Een bestuursorgaan dat tot terugvordering overgaat, zal daarvoor ook een formele grondslag behoeven. Aangezien een bestuursorgaan een lager orgaan binnen de staatsorganisatie is, kan het geen zelfstandige bevoegdheden bezitten. Kon het wél over zulke bevoegdheden beschikken, dan zou het het hoogste orgaan binnen de staatsorganisatie zijn. Dit wil zeggen: een bestuursorgaan zal zijn vermogen tot rechtsvorming in concrete gevallen altijd moeten kunnen ontlenen aan een hoger orgaan, en uiteindelijk aan de democratisch gelegitimeerde (grond)wetgever.

Nu hoeft die formele grondslag naar mijn mening niet altijd te worden gezocht in een specifieke uitdrukkelijke wettelijke regeling. Stel dat een bestuursorgaan een bevoegdheid heeft gekregen om subsidies te verlenen, om uitkeringen te doen onder

bepaalde voorwaarden en voor bepaalde doeleinden. Inherent aan zo'n bevoegdheid is dat onverschuldigd verrichte betalingen ongedaan kunnen worden gemaakt.

Met andere woorden: de materiële rechtsgrond is het rechtsbeginsel dat zegt dat hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd, de formele rechtsgrond kan worden gevonden in de (primaire) subsidiebevoegdheid. Hier is sprake van een inherente, impliciete bevoegdheid. We hebben dan te maken met een leerstuk dat is ontwikkeld in het volkenrecht en dat ook in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te vinden is. Al heel vroeg is in die jurisprudentie erkend dat communautaire organen, die zoals bekend primair slechts beschikken over de bevoegdheden die hun in het betrokken gemeenschapsverdrag uitdrukkelijk worden toegekend, daarnaast geïmpliceerde bevoegdheden kunnen hebben. In jurisprudentie van het eind van de jaren '50 is aanvaard dat organen van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal terugvorderingsbevoegdheden hebben, ook al zijn die bevoegdheden niet uitdrukkelijk in het gemeenschapsverdrag neergelegd. Het is, zo zou ik menen, onder de hier bedoelde omstandigheden vanzelfsprekend dat een orgaan kan terugvorderen.

In de jurisprudentie van de Duitse bestuursrechter wordt de terugvorderingsbevoegdheid zelfs afgeleid uit de legaliteitseis. Daarbij wordt de volgende redenering gevolgd. Het orgaan-in-kwestie heeft een subsidiebevoegdheid gekregen: de bevoegdheid om voor bepaalde doeleinden, en niet voor andere doeleinden, uitkeringen te verstrekken. Als dan uitkeringen voor de verkeerde doeleinden zijn gedaan, als de voorwaarden waaronder de uitkeringen kunnen worden gedaan *niet* zijn vervuld, is het betrokken orgaan *verplicht* terug te vorderen. Het orgaan heeft zijn bevoegdheid alleen voor bepaalde doeleinden en niet voor andere doeleinden gekregen. Met andere woorden: hier is sprake van een geïmpliceerde bevoegdheid.

Wél zal de formele grondslag specifieker moeten zijn naarmate de overheid meer in de buurt komt van de private rechtssfeer, de eigen vrijheidssfeer van de burger. Daarom moeten we ook heel goed onderscheid blijven maken tussen de publieke sfeer en de private sfeer; ik ben het wat dit betreft volkomen eens met Verheij. De legaliteitseis geeft immers niet alleen uitdrukking aan het beginsel van de representatieve democratie, maar ook aan het vrijheidsbeginsel. Dat is ook de lijn in de jurisprudentie op grond van artikel 8 van het EVRM met betrekking tot de privacy. De overheid heeft een specifiekere grondslag nodig naarmate zij meer in de buurt komt van het private domein van de burger, maar dat betekent niet altijd dat er een heel uitdrukkelijke grondslag moet zijn als de privacy niet rechtstreeks in het geding is. Met een uitspraak als die van de Afdeling bestuursrechtspraak van 10 april 1995 inzake 'Longlin'[14] heb ik geen enkele moeite. Volgens deze uitspraak kan de bevoegdheid van de minister

---

14. AB 1995, 498.

van Verkeer en Waterstaat tot het opleggen van een verbod tot het binnenvaren van de Nederlandse territoriale wateren worden ontleend aan de soevereiniteit casu quo de beheerstaak ten aanzien van die wateren. Volstrekt juist acht ik ook het arrest van de Hoge Raad inzake 'Staat/Lenger',[15] waarin een uitdrukkelijke wettelijke grondslag wordt geëist voor ingrepen in de eigen private vermogenssfeer van de burger.

Grote moeite zou ik er echter mee hebben als algemeen geformuleerde bepalingen zoals artikel 305b BW en artikel 6:162 BW zouden kunnen fungeren als basis voor overheidsoptreden zoals dat aan de orde was in bijvoorbeeld de 'Kabayel'-casus.[16] In dat geval was er sprake van een inbreuk op het huisrecht van de Kabayels, een inbreuk die kennelijk gelegitimeerd werd geacht op grond van artikel 6:162 BW. Op die manier wordt afbreuk gedaan aan zowel het vrijheidsbeginsel als het democratiebeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel zonder dat daarvoor een specifieke wettelijke grondslag bestaat. Ook ontbrak in deze casus een materiële rechtsgrondslag. Er was geen sprake van aantasting van een eigendomsrecht van de overheid, en ook geen sprake van overtreding van wettelijke voorschriften, maar toch wordt kennelijk aanvaard dat op grond van een heel algemeen geformuleerde bepaling als artikel 6:162 BW optreden van de Staat mogelijk is. Ik vind dit erg ver gaan en heel gevaarlijk voor de vrijheid van de burger.

Graag zal ik de reactie van De Wijkerslooth horen.

Mr. J.L. de Wijkerslooth

Ik ben geen aanhanger van de gemene rechtsleer, althans niet in de definitie waarvan ik denk dat Teunissen mij haar toeschrijft. De vraag rijst met wie Teunissen eigenlijk een discussie voert, met mij, of met de Hoge Raad. Eerlijk gezegd denk ik dat ik mij in een vrij goed gezelschap bevind, te weten dat van de Hoge Raad.

Toen ik mijn passages over het geschreven privaatrecht en het ongeschreven publiekrecht schreef, ging het mij om het stellen van de vraag wat er nu eigenlijk in het publiekrecht aan de hand is. We zullen het erover eens zijn dat de overheid privaatrechtelijk rechtssubject is en, binnen de grenzen die we daaraan nog willen stellen, de bevoegdheden en de rechten kan uitoefenen die in het privaatrecht voor een ieder zijn voorzien. Men kan zeggen dat men met de algemene bepalingen van het Burgerlijk Wetboek niet gelukkig is en dat die niet zo zouden zijn bedoeld, maar naar mijn gevoel valt niet te ontkennen dat ze wel degelijk deze strekking hebben. Die algemene bepalingen líggen er nu eenmaal. Dat is de wet!

---

15. HR 8 mei 1998, JB 1998, 142; inzake een fiscale aangelegenheid.
16. HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718.

Na deze omschrijving van het uitgangspunt kom ik tot de volgende vaststelling. In het privaatrecht heeft de wetgever een serieuze poging gedaan om een aantal beginselen/gedachten althans één stap verder geconcretiseerd in de wet neer te leggen. Wat mij nu opvalt als ik de ontwikkeling in het publiekrecht zie, is dat daar plotseling vergaande gezichtspunten een rol gaan spelen. Privatisten voelen zich over het algemeen aan hun eigen wetboek gebonden. Zij denken: het is abstract, maar de wetgever heeft er in ieder geval iets over gezegd! Laat men daarentegen de ontwikkeling van de rechtsbeginselen in het publiekrecht voortlopen in de richting die de jurisprudentie nu lijkt te suggereren, dan geldt volgens mij daar gewoon 'vrijheid, blijheid'. Ik vind dat best, maar ik kan het niet helemaal in verband brengen met het feit dat velen sterk blijken te hechten aan een wettelijk kader voor het optreden van de overheid. Aan het adres van degenen die zo'n wettelijk kader wensen, is mijn suggestie: ik ontwaar tenminste één wettelijk kader in plaats van de beginselen die we in mijn ogen met ons allen, toch wel enigszins als positief recht uit de lucht plukken en die wij in de rechtstoepassing naar believen kunnen bijbuigen. Met de civielrechtelijke regels is dat minder gemakkelijk. Die civilisten zijn al eeuwen gewend over iets na te denken en doen niet zo maar een beetje wat! Het Burgerlijk Wetboek vormt daarvan een uitdrukking.

Dit is het spanningsveld dat ik zie. Als in het publiekrecht de beginselen een erg belangrijke rol gaan spelen, komt het bekende bezwaar te voorschijn dat kan worden samengevat met de vraag: wie heeft er een telefoonlijn met de hemel? Ik niet! We deden het, weet u nog, via de wet! Als het bezwaar luidt 'wij willen in het publiekrecht heel nadrukkelijk wettelijke contexten', dan is mijn antwoord dat ik dat niet verenigbaar acht met de neiging om zich in een soort 'common law'-achtige discussie beginselen te laten ontwikkelen.

Teunissen heeft moeite met de 'Kabayel'-zaak. Mijn antwoord daarop blijft nog steeds: het is niet de overheid die hier haar eigen gedachten dicteert, het is de tussenkomst van de rechter die daarvoor nodig is. Dit is een lijn die ik heb geprobeerd te signaleren en waarmee men het al dan niet eens kan zijn. Ik bespeur in de uitspraken van de Hoge Raad op dit punt steeds een bepaalde gedachtegang, die ook kan worden doorgetrokken naar het EVRM. Het is de rechter die het algemene beginsel concretiseert, iets wat, zoals Bloembergen heeft geconstateerd, grootschalig ook wordt gedaan met betrekking tot andere inbreuken. De betamelijkheidsnorm, ingevuld door de rechter, geldt nu eenmaal als een voldoende wettelijke grondslag in de beperkingen van een aantal grondrechten.

Voor de Hoge Raad is volgens mij heel belangrijk dat niet de overheid 'op eigen doft' bepaalde beslissingen neemt of bepaalde bevoegdheden uitoefent en daarmee aan de slag gaat, maar dat de overheid te biecht moet bij de rechter, om te vragen: mag dat zo?

Verheij: Maar denkt de Hoge Raad daarbij af en toe ook aan het bestaan van zoiets als een parlement?

De Wijkerslooth: Niet als dat parlement eerst heeft gezegd: doe het maar zo, want we hebben een algemene grondslag in de eerste artikelen van het Burgerlijk Wetboek. Zo is de cirkel rond. We hebben nu eenmaal *met ons allen* artikel 6:162 geformuleerd zoals het ís geformuleerd.

Mr. J.M.F.H. Teunissen

Verheij heeft het net eigenlijk al gezegd. In zijn eigen preadvies schrijft Verheij bij de opmerking dat een rechter kan worden geadieerd als het om civielrechtelijke procedures gaat: nou, en! We hebben in Nederland een democratische rechtsstaat, waarin de vraag welke specifieke belangen de overheid mag behartigen primair wordt beantwoord door de wetgever, en niet door de rechter.

Een tweede opmerking. De redenering van De Wijkerslooth komt erop neer dat het BW bevoegdheden zou verlenen. Dit zou ook betekenen dat ik mijn bevoegdheden om contracten te sluiten zou ontlenen aan het BW. Ik wil dat bestrijden. Het BW stelt algemene regels teneinde te bewerkstelligen dat ik naar een rechter kan stappen om een geschil uit te vechten, zodat ik niet gedwongen word met de knuppel een contractpartner te lijf te gaan, maar mijn bevoegdheid om contracten te sluiten is niet ontleend aan het BW. Het BW verleent niet zulke bevoegdheden.

De Wijkerslooth: Ik weet dat dit uw standpunt is. Hierover zijn we het gewoon niet eens en zullen we het, denk ik, ook nooit eens worden.

Teunissen: In de derde plaats het volgende. Artikel 6:162 BW bepaalt op het gebied waarover we het nu hebben helemaal niets. Het bepaalt dat je in geval van onrechtmatige daad de schade moet vergoeden. Wat is een onrechtmatige daad? Wie bepaalt dat? In de 'Kabayel'-casus ging het om een verzoek tot ontruiming van een pand. De enige van wie je zoiets mag verwachten, is de Staat. Ik kan mij geen private rechtspersoon voorstellen die, ter behartiging van het algemeen belang, zoals gepretendeerd door de Staat, iets dergelijks zou kunnen doen. Met andere woorden: artikel 6:162 biedt geen enkel houvast. Het aannemen van bevoegdheden op grond van artikel 6:162 is hetzelfde als het aannemen van een algemene bestuursbevoegdheid, in het begin van de achttiende eeuw, in staten als Pruisen. Op soortgelijke wijze fungeert in de redenering van De Wijkerslooth artikel 6:162 BW: een algemene bevoegdheid waaraan kan worden gederogeerd door bijzondere wettelijke bepalingen.

Overigens zei De Wijkerslooth zojuist al dat we het waarschijnlijk niet eens zullen worden.

De Wijkerslooth: Het is heel keurig een 'agreement to disagree' te hebben!

Teunissen: Bij het lezen van de preadviezen heb ik bedacht dat het niet onverstandig zou zijn ook mensen in te schakelen die op meer rechtstheoretische basis hun licht op dit probleem laten schijnen. Er komen vandaag rechtstheoretische problemen aan de orde die impliciet blijven.

Voorzitter: Gelukkig zitten er mensen in de zaal die geregeld op die aspecten van de zaak wijzen en dus voor enige compensatie zorgen.

Mr. L.J.A. Damen

In de discussie is een punt aan de orde gekomen waarop ik wilde interveniëren. Die beoogde interventie zal ik nu in deze reactie uit de zaal sterk comprimeren. Het punt dat ik bedoel, is heel praktisch van aard, en niet zo prachtig rechtstheoretisch als Teunissen het aan de orde wil stellen. Ik vraag namelijk aandacht voor de legitimerende rol van de preventieve toetsing door de burgerlijke rechter. De Wijkerslooth gaat daarop in zijn preadvies in (pagina 101) en hij noemt dit punt ook hier weer. De burgerlijke rechter, zo zegt hij, legitimeert alle in de ruime toepassing van de tweewegenleer passende overheidsinterventies. Daarbij geeft hij echter toch wel een beetje een eenzijdig beeld. In hoeveel gevallen zal de zaak nu werkelijk bij de rechter kunnen komen?

Er zijn gevallen waarin de overheid tegen de burger zegt: u heeft iets gedaan wat niet mag, ik wil u dat verbieden, ik heb geen specifieke wettelijke grondslag, maar ik heb artikel 6:162 en dat is ook een voldoende wettelijke grondslag. In zulke gevallen kan de overheid aankondigen dat zij, als de burger niet met het verbod akkoord gaat, civiel tegen hem gaat procederen. De overheid heeft geld genoeg, zodat ze in drie instanties, tot en met de Hoge Raad, kan doorprocederen, en als de zaak een beetje principieel is, dóét ze dat ook altijd. Heeft de burger, zoals de heer Lenger, een halve ton op de bank, dan kan hij dat risico aangaan. Heeft hij die halve ton niet, dan zal hij moeten schikken.

Op die manier heeft de burgerlijke rechter helemaal geen preventieve legitimerende rol. De burger moet gewoon schikken omdat hij een dure civiele procedure niet aan kan. Hoe moeten we nu met dit praktische aspect van de legitimatie door de burgerlijke rechter omgaan? In veel gevallen zal de burger het er helemaal niet op kunnen

laten aankomen, met name als hij geen gefinancierde rechtsbijstand heeft, geen halve ton op de bank en geen verzekering die in dit soort procedures heel inschikkelijk is. De Windmill-criteria zijn zó vaag, dat de beoordeling van de risico's in een dergelijke procedure heel moeilijk is.

Enigszins naar mij zelf kijkend, denk ik dat ik in een bestuursrechtelijke procedure zelf een heel eind zou komen, en dat geldt voor nog wel méér mensen, maar de civiele procedure kan ik niet betalen!

Voorzitter: Behalve als het om een WOB-zaak gaat!

Damen: Ook dat kan nog, en wel heel goedkoop!

Mr. J.L. de Wijkerslooth

Nu begrijp ik het. De discussie over het publiek- en privaatrecht is gereduceerd tot de vraag of prof. Damen zelf kan procederen, of niet!

In ernst: we discussiëren nu op twee niveaus. Ik ben best bereid dit praktische bezwaar te aanvaarden, maar daarover hadden we het nu even niet. We voerden een theoretische discussie, en zo lopen de argumenten wel een beetje door elkaar. Ik heb eerlijk gezegd de indruk dat de schikkende burger, die wel móét omdat hij door de overheid met het mes op de keel tot de schikking wordt gedwongen, niet zo vaak voorkomt. Het valt volgens mij erg mee, en ik denk dat ik hierover met enige ervaring kan spreken. Ik had ook niet de indruk dat de familie Kabayel nu een halve ton op de bank had. Dat had ze absoluut niet, en toch was die familie in staat tot en met de Hoge Raad te procederen.

Er worden hier dingen gezegd die ik tegenstrijdig vind klinken. Aan de ene kant hoor ik hier: denk erom, het recht van de burger is procederen in twee feitelijke instanties plus in cassatieberoep. Als ik dat uit de mond van Tak hoor, vraag ik mij af of hij beseft wat een cassatieberoep voor iemand die niet tot gratis admissie komt eigenlijk kost. Zo zijn er allerlei feitelijke argumenten die het beeld wel iets vernevelen. Aan de andere kant hoor ik zeggen: het cassatieberoep is te duur. Waar praten we dan eigenlijk over?

Ik denk dat voor de meeste discussies geldt dat het reuze meevalt met de burger die zich bedreigd voelt door de 'deep pocket defendant'. Natuurlijk kán dit een probleem zijn, maar als dat probleem zou moeten worden opgelost, kunnen we beter discussiëren over de vraag hoe we omgaan met ons stelsel van toevoegingen en gratis rechtsbijstand dan dat we dit soort discussies gaan voeren. We moeten dit praktische bezwaar niet in de theorie inbrengen. Als men het niveau van de rechtsbijstandvergoedingen

aan de orde wil stellen, kan ik me dat heel goed voorstellen dat daarover op zichzelf het een en ander te zeggen valt. In dat opzicht heeft Damen best een punt.

Voorzitter: Nu is het thema dus verengd tot een kwestie van geld. Dat is in het privaatrecht ook vaak het geval!

De Wijkerslooth: Dat is in het privaatrecht heel vaak *niet* het geval.

Voorzitter: Gelukkig maar! Het was maar een grapje, hoor.

Mevrouw mr. E. Steyger

Eén van de gevoelens die mij bij deze interventie bekruipt, is dat ik een traditie aan het doorbreken ben. De laatste jaren lijkt het immers op VAR-bijeenkomsten gewoonte te zijn geworden dat mevrouw De Moor het woord neemt om de preadviseurs en de organisatoren van de bijeenkomst opmerkzaam te maken op het feit dat er onvoldoende aandacht is besteed aan het Europese recht, om vervolgens de relevante aspecten van het Europese recht zelf goed onderbouwd ter tafel te brengen. Ik kan die rol niet overnemen, want om te beginnen zit mevrouw De Moor nu zelf achter de tafel en bovendien heeft ze de Europeesrechtelijke aspecten in haar eigen preadvies neergelegd. Het is overigens wél haar preadvies waarop ik in mijn interventie wil ingaan.

Voordat ik aan de inhoudelijke kant toe kom, wil ik zowel mevrouw De Moor als haar medepreadviseurs van harte complimenteren met het verrichte werk. Ik heb de preadviezen tijdens mijn vakantie gelezen, en ik vond dat geen straf. Integendeel: ze waren, zal ik maar zeggen, op het strand lekker leesvoer, iets wat ik niet iedere dag van een juridisch stuk kan zeggen.

Het preadvies van De Moor geeft een goed overzicht van de eigenaardigheden van het communautaire schadevergoedingsrecht, een gecompliceerd leerstuk, dat zij verteerbaar heeft gemaakt door de van haar inmiddels bekende wijze van illustreren met leuke en saillante feitjes. Mijn kritiek richt zich dan ook vooral op het feit dat zij doet wat zij in haar inleiding belooft: zij houdt het kort, té kort naar mijn smaak. Ik had haar graag nog wat zien doorfilosoferen over het effect dat het communautaire recht kan hebben op het in stand houden dan wel het verder verschuiven van 'de magische lijn' tussen publiek- en privaatrecht.

Het gaat hier vooral om de rol van het Hof van Justitie, dat zich als administratieve rechter, zonder dat er ooit een civielrechtelijke ontwikkeling aan vooraf is gegaan, bemoeit met het traditioneel civielrechtelijke onderwerp van aansprakelijkheid zowel in de Gemeenschap als in de Lid-Staten, in de Lid-Staten met name als constitutione-

le rechter. Zoals De Moor signaleert, is het niet zo zeer het EG-Verdrag dat het nationale aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht beïnvloedt, maar heeft het Hof deze invloed via de band van de impliciete verplichtingen, voortvloeiend uit het Verdrag, gecreëerd. Het Hof stelt voorwaarden aan de wijze waarop de Lid-Staten ten opzichte van individuen moeten omgaan met schendingen van het EG-recht; het heeft dit in de arresten 'Francovich' en 'Brasserie' uitgewerkt. In deze uitwerking knoopt het Hof aan bij zijn eigen rechtspraak met betrekking tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap. De Moor beschrijft uitvoerig de concepten die het Hof daarbij hanteert en de eisen die het Hof aan genoemde aansprakelijkheid stelt. In het algemeen zijn de eisen zwaarder dan we in het nationale recht gewend zijn. Hoewel het Hof nog steeds de Lid-Staten de ruimte laat om een ruimere aansprakelijkheid voor de overheid te hanteren, ook als het gaat om schending van het communautaire recht, dan waartoe de Lid-Staten op grond van het gemeenschapsrecht gehouden zijn, zou het, zo vraag ik mij af, toch niet zo kunnen zijn dat het enkele feit dat het Hof een administratieve rechter is en zijn opvattingen over aansprakelijkheid van de Lid-Staten met name ontleent aan vooral communautair bestuursrecht, invloed heeft op de verschuiving van 'de magische lijn' in het nationale recht?

Ik zal deze vraag iets nader onderbouwen. Hoewel het per land verschilt, heeft de ontwikkeling van het aansprakelijkheids- en het schadevergoedingsrecht in veel landen en in elk geval in Nederland zich overwegend voltrokken binnen het kader van het civiele recht. Dat de overheid, gezien haar verantwoordelijkheid, daardoor wel eens een andere aansprakelijkheid zou kunnen krijgen dan particulieren, doet daaraan op zichzelf niet af. Het was een civiel concept. Verheij maakt in zijn preadvies op pagina 39 een opmerking over de bevoegdheidsafbakening ten aanzien van aansprakelijkheidsrecht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. 'Bestuursrecht bij de bestuursrechter' noemt hij een rationale bevoegdheidsafbakening. In dit gezelschap is die opmerking misschien vanzelfsprekend, maar ik geef de verzekering dat zij in een gezelschap van civilisten in het geheel *niet* vanzelfsprekend is. Daar vindt men toch aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht voornamelijk een civiele aangelegenheid.

In het communautaire recht is het juist de administratieve rechter in de figuur van het Hof van Justitie die het aansprakelijkheidsrecht heeft ontwikkeld. Zoals De Moor terecht op pagina 140 signaleert, leert het EG-recht ons dat het toekennen van de bevoegdheid aan het Hof de burger heeft opgezadeld met enkele nadelen: een nogal zware bewijslast in aansprakelijkheids- en schadevergoedingsprocedures en nogal wat coulance ten aanzien van de discretionaire vrijheid van het bestuur, veel sterker dan in het nationale recht.

Nu het communautaire recht ten aanzien van steeds meer nationale regelingen zijn invloed doet gevoelen, is dan ook te verwachten dat het zich ontwikkelend recht omtrent overheidsaansprakelijkheid en schadevergoeding door deze rechtspraak wordt beïnvloed. Steeds meer zullen tenslotte nationale overheden aansprakelijk kunnen

worden gesteld voor schendingen van het EG-recht, waar zij normaal gesproken als het om een autonome bevoegdheid zou gaan rechtmatig zouden hebben gehandeld.

Daarnaast moet men bedenken dat, hoewel de communautaire jurisprudentie betrekking heeft op aansprakelijkheid van Lid-Staten, het begrip 'Lid-Staat' geen eensluidende invulling kent. Lid-Staten laten de uitvoering van overheidstaken soms over aan private organisaties en de uitvoering van die overheidstaken kan in strijd komen met het communautaire recht. Het gevolg is dat er aansprakelijkheid ontstaat niet alleen naar nationaal recht, maar ook op basis van het EG-recht. Hoewel het uiteindelijk dan gaat om de aansprakelijkheid van de Lid-Staat als zodanig, zal in een procedure tegen een dergelijke organisatie in het algemeen de burgerlijke rechter bevoegd zijn. Het toegepaste recht is het civiele, namelijk het onrechtmatigedaadsrecht. Niettemin is de rechter die indien er prejudiciële vragen worden gesteld uiteindelijk het aansprakelijkheidsrecht, voor zover het gebaseerd is op het gemeenschapsrecht, uitlegt het Hof van Justitie, en dat is een administratieve rechter. De civiele rechter zal zich dus moeten buigen naar het oordeel van een supranationale bestuursrechter op het gebied dat op zichzelf tot de competentie van de burgerlijke rechter behoort. Of een procedure zich afspeelt in het kader van het civiele recht dan wel van het bestuursrecht, kan een verschil in uitkomst opleveren. Dit is eigenlijk al gebleken in de zaken 'Peterbroeck' en 'Van Schijndel'.

Kortom, het gecumuleerde effect van meer nationaal recht dat wordt beïnvloed door het communautaire recht en het daardoor toenemende aantal mogelijke gevallen van aansprakelijkheid van de Lid-Staten wegens schending van het communautaire recht kan er in zichzelf al toe leiden dat de jurisprudentie van het Hof aan invloed wint. Voeg daarbij het aantal gevallen waarin de burgerlijke rechter te maken krijgt met een aansprakelijkheid van een privaatrechtelijke organisatie die communautair geïnitieerde overheidstaken uitvoert, en duidelijk is dat een nog veel grotere verschuiving kan gaan optreden. Men kan zich voorstellen dat naarmate de verschuiving toeneemt in zaken waarin het Hof in laatste instantie bevoegd is tot het uitleggen van het communautaire recht, op een gegeven ogenblik autonome nationale zaken deze tendens gaan volgen. Het blijft per slot van rekening nog steeds heel ingewikkeld twee verschillende uitkomsten te krijgen voor iets wat uiteindelijk voor de burger niet zo heel veel uitmaakt.

Graag zal ik het commentaar van de preadviseur op de door mij geschetste verschuiving van de magische lijn vernemen.

Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Ik denk dat mevrouw Steyger gelijk heeft. Zij heeft gedaan wat mijn leermeester Schoordijk mij altijd voorhield, en die had dat weer van zijn leermeester Bregstein

geleerd: je moet de wet ten einde denken, en uiteindelijk moet je dan ook de jurist ten einde denken. Dat heeft Steyger hier gedaan. De bedoeling van mijn conclusie is inderdaad geweest te waarschuwen dat zodra een bestuursrechter vat op het schadevergoedingsrecht krijgt de toekenning van schadevergoeding wel eens sterk zou kunnen tegenvallen. Het positieve resultaat van de procedure zou minder kunnen zijn dan men zou hopen.

Deze conclusie baseer ik niet op uitgebreid onderzoek van de jurisprudentie van de burgerlijke rechter in vergelijking met die van de bestuursrechter. Wél zie ik dat in Nederland de bestuursrechter heel streng en terughoudend is, en groot begrip heeft voor het bestuur. Soms zegt de Nederlandse bestuursrechter zelfs: ik ga nu geen uitspraak over de schadevergoedingsvraag doen, ik verklaar het beroep gegrond en ik zend de zaak terug naar het bestuursorgaan, waarbij het bestuursorgaan dan in de beslissing de vraag moet betrekken of schadevergoeding dient te worden toegekend. Tegen die achtergrond ben ik het eigenlijk wel eens met de opmerkingen van Verheij en De Wijkerslooth, inhoudende dat de bevoegdheid om te bepalen of schadevergoeding verschuldigd is geen discretionaire bevoegdheid van een bestuursorgaan is. Het is de bevoegdheid van de rechter de eventuele schadevergoedingsplicht vast te stellen. In de praktijk en in de gepubliceerde jurisprudentie zie ik vaak dat de rechter dat gewoon niet doet en de beslissing overlaat aan bestuursorganen.

Ik betwijfel dan ook of het wel zo'n goede ontwikkeling is als de competentie in dit soort zaken overgaat van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter. De bestuursrechter is uiteraard heel goed begonnen, met veel compassie voor de positie van de burger, met de gedachte dat in de belangenafweging en besluitvorming toch ook de nadelen aan bod zouden moeten komen en met toepassing van de daaruit te trekken consequentie dat als de nadelen niet in het besluit zelf kunnen worden ondervangen daar een schadevergoeding tegenover zou moeten staan. Dat is allemaal prachtig, maar nu dat aspect van de schadevergoeding los komt te staan (als Verheij zijn zin krijgt ook procedureel) van de vraag naar de belangenafweging, ben ik bang dat zal gaan gebeuren wat Steyger in de jurisprudentie van het Hof van Justitie signaleert. De mogelijkheid om schadevergoeding te krijgen dreigt heel erg beperkt te worden.

Nu verwacht ik op dat terrein meer van de burgerlijke rechter, want die is lekker eigenwijs, en daar houd ik wel van. Mijn verwachting is dat de burgerlijke rechter gewoon zal doorgaan op de weg die is ingeslagen en zich wat de communautarisering van het schadevergoedingsrecht betreft niet zo heel veel zal aantrekken van al die strenge eisen, aan de ene kant omdat hij eigenwijs is, aan de andere kant ook omdat het Europese schadevergoedingsrecht ook wel de mogelijkheid laat om meer toe te staan en meer te doen dan in de lijn ligt van de beperkte opvattingen die het Hof ventileert. De enige eis die het Hof stelt, is immers dat er geen verschil mag bestaan tussen nationaal- en Europeesrechtelijk getinte vorderingen en dat beide categorieën dus

even gunstig of even ongunstig moeten worden behandeld. Als wij dus in Nederland een ruimere aansprakelijkheid kennen en toepassen, mag die ook heus wel voor Europeesrechtelijke zaken gelden. In die zin denk ik dat er als het om de burgerlijke rechter gaat niet zo'n probleem zal liggen. Mijn probleem ligt bij de gedachtegang waarmee en de wijze waarop de bestuursrechter te werk gaat en zal gaan. Daarover kan ik het wel met Steyger eens zijn.

Mevrouw mr. E. Steyger

Inderdaad heeft het Hof uitgesproken dat vooralsnog de Lid-Staten in het aannemen van aansprakelijkheid en dus ook schadeplichtigheid verder mogen gaan dan de Gemeenschap, maar tegelijkertijd heeft het Hof in hetzelfde arrest (ik meen dat het 'Brasserie' was) overwogen dat er geen verschil mag bestaan tussen de communautaire aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van de Lid-Staten voor schendingen van het gemeenschapsrecht. Daarin zit al een tegenstrijdigheid, waarvan ik mij afvraag wat het Hof er uiteindelijk mee zal gaan doen. Ik wijs in dit verband ook nog op het arrest 'Asteris', waarin de Lid-Staat op zichzelf een ruimere aansprakelijkheid zou hebben gehad, ware het niet dat het ging om het uitvoeren van een verordening, waarbij het Hof eenvoudig heeft uitgemaakt dat de Lid-Staat niet op ruimere wijze aansprakelijk is.

Dit betekent dat het Hof wel degelijk de neiging heeft de mate waarin aansprakelijkheid mag worden aangenomen en de criteria die daarbij moeten gelden naar zich toe te trekken. De vrijheid van de burgerlijke rechter zou wel eens kunnen worden ingeperkt, ook al wil die burgerlijke rechter dat zelf misschien niet.

Mr. R. de Lange

Ik denk dat de echte invloed van het EG-recht op 'de magische lijn' niet in de eerste plaats in het schadevergoedingsrecht zit, maar veel meer in kwesties als de opvattingen over staatssteun en misschien ook in het aanbestedingsrecht. Over het schadevergoedingsrecht zelf wil ik zeggen dat naar mijn mening in stelling IV bedoeld moet zijn: communautarisering van de *aansprakelijkheidscriteria.* Als ik die stelling zo mag opvatten, ben ik het er van harte mee eens. Ik deel niet de zorg van mevrouw De Moor en mevrouw Steyger dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie (naar mijn gevoel overigens niet een bestuursrechter) ertoe zou moeten leiden dat in Nederland een neerwaartse bijstelling plaatsvindt. Mijns inziens is dat helemaal niet de bedoeling van het Hof. Het Hof heeft bedoeld een bodem te leggen in de communautair-

rechtelijke aansprakelijkheid van de Lid-Staten, en dat heeft vooral effect voor stelsels als dat van Engeland, waar de 'tort' van 'misfeasance in a public office' erdoor wordt beïnvloed, en dat van Duitsland, waar overheidsaansprakelijkheid wegens wetgevend handelen niet werd aanvaard. Het Bundesgerichtshof heeft overigens laten blijken dat het zich niet verschrikkelijk veel zal aantrekken van wat het Hof van Justitie daarvan vindt, maar dat is een andere kwestie. Als je de jurisprudentie van het Hof van Justitie als bodem wilt blijven zien, hoef je er helemaal niet bezorgd voor te zijn dat de Nederlandse rechter zich erdoor zal laten beïnvloeden.

Mr. H.C. Cusell

Ik ben lid van, of zoals het tegenwoordig heet, raadsheer in de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en ik zou aandacht willen besteden aan de optiek van de rechter in het geheel dat hier vanmorgen door de zaal is gegaan. Het kan in het kader van de voorliggende problematiek geen kwaad stil te staan bij wat de bestuursrechter beweegt bij zijn besluitvorming wanneer hij wordt geconfronteerd met de grenzen van zijn bevoegdheid. Hierbij gaat het primair om het antwoord op de vraag wat, gelet op de kaders die de wet stelt, in de gegeven maatschappelijke verhoudingen tot een redelijke rechterlijke taakuitoefening kan worden gerekend.

Opereren in het grensgebied van het publiek- en privaatrecht gebeurt niet altijd met een even expliciete verdiscontering van alle nuanceringen die de wetenschap daaraan, vaak achteraf, geeft. In dit verband heeft bij de traditionele bestuursrechter het bieden van een adequate en coherente rechtsbescherming steeds een belangrijke plaats ingenomen. Werkende in het hiervóór bedoelde spanningsveld, is een college als de CRvB vaak grensverleggend bezig geweest. In dit verband kunnen de volgende voorbeelden worden genoemd.

Het *praeter legem* hanteren van het algemene rechtsbeginsel van de rechtszekerheid in situaties van verlaging van ambtelijke salarissen met terugwerkende kracht. De Ambtenarenwet 1929 bood niet de bevoegdheid voor een dergelijke toetsing. Niettemin ging de CRvB tot die toetsing al in 1935 over, door dat beginsel op één lijn te stellen met een algemeen verbindend voorschrift.

Later, in 1974/1975 liep de CRvB voorop bij de doorbraak van de legaliteitsbarrière. Daarbij ging het om situaties waarin een strikte toepassing van de wet in díe mate in strijd kon zijn met het ongeschreven recht (algemene rechtsbeginselen), dat die toepassing geen rechtsplicht meer zou kunnen zijn.

Een grensverleggende vrijmoedigheid was ook aan de orde bij het in de sociale zekerheid *praeter legem* aanmerken als voor beroep vatbare beslissing van bepaalde besluiten inzake de betaling van uitkering, de indeling van werkgevers bij bedrijfsver-

enigingen en het aanwezig achten van verzekeringsplicht in zaken waarin geen premieheffing of toekenning van uitkering aan de orde was.

De CRvB heeft uitdrukkelijk geconstateerd dat in de Beroepswet de toegang tot de rechter zodanig is gereguleerd, dat onvermijdelijk lacunes in de toegang tot de rechter bestonden. Kennelijk streefde de Raad hierbij naar het tegengaan van een verkaveling van rechtsmacht en naar het zo veel mogelijk concentreren van de behandeling van verwante zaken bij één rechter. Gezien deze benadering hoeft het geen verbazing te wekken dat de Centrale Raad in 1994, in een overweging ten overvloede, uitsprak dat een uit te lokken besluit inzake vergoeding van renteschade die verband houdt met het niet tijdig ontvangen van uitkering zó zeer samenhangt met het vernietigde uitkeringsbesluit, dat ook daartegen beroep open staat.

In de overweging bij eerderbedoelde uitspraak wordt betrekkelijk weinig getheoretiseerd over de rechtsgrondslagen van de gekozen lijnen. De Centrale Raad bekent zich niet tot het Simplistisch Positivistisch Verbond, noch tot het Metajuridisch Genootschap, dat zich, wellicht in thomistische lijn, heeft gevestigd te Maastricht! Misschien is in deze uitspraken te lezen dat moet worden voorkomen dat verschillende rechters moeten oordelen over uit elkaar voortvloeiende en met elkaar samenhangende besluiten.

Zoals uit het voorafgaande blijkt, is het aanroepen van algemene rechtsbeginselen bij de vaststelling van de omvang van de taak van de bestuursrechter geen volstrekt nieuwe aangelegenheid. Men zou kunnen stellen dat de lijn die de Afdeling bestuursrechtspraak uitzet in de uitspraak inzake 'Van Vlodrop' een doortrekking is van iets wat al bestond. Bij deze uitspraak rijst echter de vraag of de overwegingen daarvan niet een zekere juridische doctrinaire overkill bevatten. Tevens doet de vraag zich voor of de oplossing van de aan de orde zijnde kwestie niet te sterk en te eenzijdig binnen de gesloten sfeer van het recht is gezocht.

Daarover het volgende. De voormalige Afdeling rechtspraak is veelvuldig geconfronteerd geweest met kwesties die, naar uiterlijke vorm bezien, van privaatrechtelijke aard leken, maar waarbij onmiskenbaar aan de orde was dat het overheidshandelen strekte tot behartiging van een publiekrechtelijke taak. In dat verband kunnen onder meer worden vermeld kwesties van het uitwegen op openbare wegen waarvan de gemeente eigenaar was en de beëindiging van het gebruik van grond van de gemeente Rotterdam als parkeerterrein. Ik noem deze uitspraken niet zo maar. Ook de wetgever heeft ze van belang geacht, blijkens de Memorie van Toelichting bij artikel 1:3 van de Awb.

In deze zaken waren er geen publiekrechtelijke voorschriften aan te wijzen als basis voor de bevoegdheid tot het geven van besluiten die respectievelijk strekten tot het weigeren een particulier te laten uitwegen op een de gemeente in eigendom toebehorende openbare weg en het intrekken van toestemming aan een Rotterdams havenbedrijf om een stuk gemeentegrond als parkeerterrein te gebruiken. De Afdeling achtte

in deze gevallen niettemin een beschikking in de zin van de Wet Arob aanwezig, omdat er sprake was van een publiekrechtelijke taakuitoefening. Daarbij werd met betrekking tot de uitwegkwestie gewezen op artikel 209, aanhef en sub h, van de gemeentewet, en voor het parkeerterrein op het gemeentelijk beleid inzake de stadsrenovatie; de betrokken grond was namelijk nodig voor het plaatsen van wisselwoningen.

In verband met het voorafgaande rijst de vraag of het nodig is ter afbakening van de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke sfeer in het kader van de toepassing van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht de basis voor een besluit te zoeken in de sfeer van algemene rechtsbeginselen als die grondslag niet kan worden gevonden in een algemeen verbindend voorschrift. Waar het mijns inziens in dat verband om gaat, is de vraag of er sprake is van de behartiging van een publiek belang. Of een dergelijk belang aan de orde is, kan onder andere worden afgeleid uit regelgeving waarin op dat punt een omschrijving is gegeven, zoals de zorgplicht van het gemeentebestuur voor de instandhouding van publieke wegen. Een wettelijke basis (het is al meer gezegd, en ook geschreven in de preadviezen) is echter niet vereist. Als voorbeeld kan worden genoemd de zorg die de rijksoverheid aan zich heeft getrokken voor aan silicose lijdende oud-mijnwerkers. Men zou dan ook kunnen stellen dat de beantwoording van de vraag of er sprake is van een publiekrechtelijke taakuitoefening veelal dient te geschieden aan de hand van de besluitvorming die in de politieke sfeer heeft plaatsgevonden.

In dat verband moet erop worden gewezen dat bij de bepaling van 'het beleid', een bekende kreet in Haagse kringen waaraan ook Verheij in zijn preadvies refereert, en de vraag hoe beleid moet worden geëffectueerd regelgeving lang niet altijd als eerste optie aan de orde is. Bij veel vakdepartementen gelden als middelen waarmee beleid kan worden geëffectueerd onder meer de inzet van geld, het maken van afspraken met sociale partners, het aansturen van het maatschappelijk middenveld en het vervaardigen van wetgeving. Hierbij wordt wetgeving/regelgeving gezien als slechts één van de middelen, en vaak niet eens de meest verkieslijke: het regelgevingsproces duurt lang en het product is relatief weinig flexibel. Het lijkt mij goed met deze realiteit, waarin in verband met de beleidsinstrumentele visie het legaliteitsbeginsel niet altijd de aandacht krijgt die het volgens rechtgeaarde juristen zou verdienen, rekening te houden bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een *publiekrechtelijke rechtshandeling*. Ik kan uit eigen ervaring vertellen dat ik ooit, een keer geconfronteerd met de visie van beleidsmakers, heb gesteld dat het legaliteitsbeginsel met zich zou brengen dat er wetgeving zou worden gecreëerd en dat de tegenwerping was: het legaliteitsbeginsel is fraai, maar wij vinden als beleidsmakers ons budgetbeginsel nog veel belangrijker.

Ik zou bij mijn conclusie heel kort door de theoretische bocht willen gaan. Er is in vorige uiteenzettingen al veel getheoretiseerd. Je zou wellicht in verband met het voorafgaande kunnen concluderen dat de behartiging van een publiek (algemeen) belang dat door de overheid in het kader van de politieke besluitvorming aan zich is

getrokken, kan leiden tot een publiekrechtelijke taakuitoefening die ongeacht de vorm van de gekozen middelen een publiekrechtelijke rechtsbetrekking tot gevolg kan hebben. Een in dat kader gegeven besluit is dan, afhankelijk van de beantwoording van de connexiteitsvraag, vatbaar voor bezwaar en beroep op grond van de Awb.

Een eerste vraag aan preadviseur Verheij. Kan hij met deze conclusie instemmen? In dit verband zou ik willen opmerken dat ik op grond van de tekst van pagina 63 van zijn preadvies de indruk krijg dat toch in zekere zin voor een besluit een grondslag in enigerlei vorm van regelgeving geëist wordt geacht.

Dan een tweede, zeer algemene vraag aan de preadviseurs De Wijkerslooth en Verheij. Kunnen de besproken uitspraken, genoemd in de preadviezen, van de Afdeling bestuursrechtspraak en de CRvB worden gezien als een omslagpunt in de jurisprudentie, of is er veeleer sprake van enige uitbouw van rechtsmacht, een logische verlenging van de judiciële polsstok, in verband met het uitgangspunt, het beginsel, van een adequate en coherente rechtsbescherming? Daarmee verbonden is de vraag of voor een ingrijpende uitbreiding niet een heel fundamentele herbezinning zou moeten plaatsvinden omtrent de grondslagen van het procesrecht en de bewaking van de rechtseenheid.

Mr. N. Verheij

Ik meen de stelling van de interveniënt te kunnen samenvatten als volgt: zodra een door de overheid aan zich getrokken taak wordt behartigd, met welke middelen dan ook, is sprake van een publieke rechtsbetrekking en zou dan ook misschien een bestuursrechter moeten oordelen. Kan ik daarin meegaan? Ja en nee.

Op diverse plaatsen heb ik betoogd dat we op een gegeven ogenblik moeten aanvaarden dat er publieke taken zijn die niet zo'n heel heldere wettelijke grondslag hebben. Mede op historische gronden moeten we daarmee dan maar leven, maar het heeft over het algemeen toch wel mijn voorkeur te zeggen dat je dat soort dingen dan toch maar netjes wettelijk moet regelen. De confrontaties met 'het beleid' die Cusell schetst, maak ook ik vaak mee, maar hij zet wat mij betreft de deur toch echt te ver open. We hebben nu net na twintig jaar discussie een wet gemaakt waarin staat dat de overheid voor het verlenen van subsidies een wettelijke grondslag nodig heeft, en dan lijkt het mij geen goed idee terug te gaan naar de opvatting dat er zonder enig wettelijk fundament zakken geld mogen worden uitgedeeld om de burgers te beïnvloeden.

Samenvattend: soms moet je met een publieke taak genoegen nemen. In het geval van de silicose-uitkeringen is het beter de bestuursrechter bevoegd te achten dan te volstaan met de mededeling dat de bestuursrechter er bij gebrek aan wettelijke grondslag niet over gaat. Wél vind ik dat het silicosebeleid eigenlijk een wettelijke grondslag moet hebben.

Mr. H.C. Cusell

De beantwoording door Verheij ligt geheel in mijn lijn. Ik zou zelf ook niet weten waar precies de grens moet worden getrokken, maar ik denk dat we niet blind moeten zijn voor de politieke realiteit. Bij de beleidsontwikkeling in de politieke sfeer is de keuze voor wetgeving vaak maar toevallig.

Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 21 april 1999

De voorzitter spreekt als volgt

De VAR doet veel. Zij heeft ook een stimulerende rol als het gaat om de organisatie van het jaarlijkse VAR-pleitconcours voor juridische studenten. De organisatie was dit jaar in handen van de Universiteit van Amsterdam, onder verantwoordelijkheid van mijn collega Van der Vlies. Het pleitconcours is afgelopen woensdag gehouden. Ik ben daar als een soort informele vertegenwoordiger van de VAR de gehele dag bij aanwezig geweest, en ik kan zeggen dat het een buitengewoon leuke en interessante dag was, waarop iedereen weer versteld stond van de kwaliteit van het gebodene, zowel schriftelijk (er zaten halve proefschriften tussen!) als mondeling. De enige smet op deze dag vond ik persoonlijk dat slechts vijf van de tien juridische faculteiten meededen. Over de oorzaken daarvan zal ik de vergadering niet onderhouden, maar nadat verleden jaar alle tien de faculteiten hadden meegedaan en het jaar dáárvoor negen van de tien, vond ik dit wel jammer. Ik roep de organisatie voor het volgend jaar op, in het bijzonder in de persoon van Damen, daaraan iets te doen en ervoor te zorgen dat ze weer allemaal meedoen.

Op zo'n dag zijn er natuurlijk altijd winnaars en verliezers. Als laatste eindigde een soort schaduwteam dat op het laatste moment moest invallen om aan een even aantal te komen: Tilburg 2. Nijmegen eindigde als vijfde. We zijn gewend Nijmegen wat hoger te zien eindigen, maar er kan eens een keer iets mis gaan. Tilburg 1 werd vierde. Men ziet dat ze in Tilburg erg sociaal zijn: ze laten de anderen graag voorgaan. De studenten van de organiserende faculteit van de UvA haalden een zeer eervolle derde plaats, en voor het derde achtereenvolgende jaar werd Utrecht tweede. The winner is: de Vrije Universiteit! Dit is geheel toevallig. Ik heb me er helemaal niet mee bemoeid. Die eer komt anderen toe, maar die eer komt natuurlijk vooral de vier studenten toe die dit 'gouden team' vormden. Hen zou ik willen vragen nu naar voren te komen, mét de beker!
(Applaus)

U ziet Josefien Straesser, Marijn de Rooij, Patty Koenen en, met de beker, Reinier Sepers, die zich niet alleen als goed jurist, maar ook als acteur ontpopte, door tijdens de finale de cliënt te spelen. Wij feliciteren jullie van harte, en het is misschien aardig als één van jullie ook even een korte impressie geeft. Hoe was het om te winnen?

De Rooij: Het was heel erg leuk om te winnen, en om mee te doen. De wedstrijd was heel spannend; het niveau was, denk ik, erg hoog. Ook was het gezellig. Laten we hopen dat er het volgend jaar meer deelnemers zijn.
(Applaus)

Voorzitter: En het bleef nog lang onrustig in de stad!

Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte)

Mr. P.J.J. van Buuren

Voordat ik echt begin, wil ik vijf seconden gebruiken om de preadviseurs te danken voor hun prachtige beschouwingen. De één heeft ze wat mij betreft nog mooier gegeven dan de ander, en het gemiddelde is buitengewoon indrukwekkend.

Desalniettemin zou ik graag wat tegengas willen geven op een punt waarover in ieder geval twee van de drie preadviseurs het eens zijn: de oplossing voor de recente ontwikkelingen rond het zelfstandig schadebesluit. De preadviseurs willen naar een systeem waarbij het mogelijk wordt gemaakt dat een burger, in ieder geval in het geval van een onrechtmatige bevoegdheidsuitoefening, rechtstreeks een verzoek tot vergoeding van schade aan de bestuursrechter kan doen. Aan die oplossing wordt de voorkeur gegeven boven de thans ontwikkelde oplossing van het 'besluitmodel', waarbij tegen een zelfstandig schadebesluit bezwaar en beroep open staat.

Bij mij bestaan aarzelingen over de vraag of het nu verstandig is rechtstreeks verzoeken om schadevergoeding aan de bestuursrechter mogelijk te maken. Die aarzelingen komen voort uit mijn vrees dat de burger, die in bestuursrechtelijke zaken veelal zonder rechtsbijstand procedeert, bij de bestuursrechter zal aankomen met claims die voor de rechter zeer moeilijk en bewerkelijk te beoordelen zijn, en dus ook veel tijd van hem zullen vragen. Kwesties zoals de vraag wat nu, in tegenstelling tot een ruw bedrag dat de burger zo maar eens roept, wérkelijk de schade is, waarbij veelal een nauwkeurig onderzoek van de feiten nodig is en causaliteitsvragen nu eenmaal zullen moeten worden beantwoord, zullen van de rechter buitengewoon veel werk vragen.

Daar komt bij dat het geheel en al voorspelbaar is dat de burger veel te vroeg met zijn claims zal komen. In het bestuursrecht is een vernietigd, en daarmee op zichzelf onrechtmatig besluit veelal niet het einde van een zaak. De beantwoording van de vraag of er schade is, en vooral van de vraag naar de omvang van de schade, zal vaak afhangen van mogelijk nadere besluitvorming door het bestuur. Men denke aan een

heel eenvoudig voorbeeld van een vernietiging van een beslissing op bezwaar, strekkende tot handhaving van een bouwvergunning die in strijd met het bestemmingsplan werd verleend. Veelal zal de appellant een buurman zijn. Er kan na de vernietiging van de gehandhaafde bouwvergunning nog van alles gebeuren. Het bestemmingsplan kan worden herzien, en dan kan er toch nog een bouwvergunning worden afgegeven. Denkbaar is ook dat het gebouwde zal moeten worden afgebroken, met bestuursdwang, of met een dwangsom. Dan heeft de buurman geen schade meer, althans veel minder schade. Denkbaar is ook dat het gebouw zal blijven staan. Dan is er misschien echt reden voor schadevergoeding.

Mijn punt is dat de buurman vaak, uit onwetendheid, te vroeg en te wild zal claimen en dat de rechter daar niet zo veel mee kán, zeker niet op dat moment. Je zou kunnen zeggen dat de oplossing eenvoudig is: de rechter houdt gewoon al die zaken aan, maar dat vraagt ook weer om aandacht. De procedures moeten worden bewaakt, er moet energie aan worden besteed, er moeten misschien toch vragen worden gesteld enzovoort.

Nu vraag ik mij af of het met het oog op deze mogelijke complicaties toch niet de voorkeur zou verdienen het 'besluitmodel' nog een tijdje te handhaven. Dat heeft in ieder geval het voordeel dat het bestuursorgaan kenbaar kan maken dat het met een beslissing zal wachten totdat duidelijk is hoe vervolgbesluitvorming zal plaatsvinden. Bovendien zal de behandeling door het bestuursorgaan en veelal ook de behandeling in een eventuele bezwaarschriftprocedure tegen het zelfstandig schadebesluit omtrent allerlei vragen al wat duidelijkheden bieden die anders door de rechter, zonder dat hij enig houvast heeft, moeten worden geboden. Daar komt nog bij dat zich heel gauw het nadeel zou kunnen voordoen van 'ne bis in idem': als de rechter eenmaal het schadeverzoek heeft afgewezen, kan degene die meent schade te hebben geleden, naar we moeten aannemen, niet nog eens zo maar naar de bestuursrechter gaan. In ieder geval rijst hier een vraag.

Mijn vraag aan de preadviseurs, en in het bijzonder aan Verheij en De Wijkerslooth, luidt nu of het niet verstandiger is eerst ervaring met het 'besluitmodel' op te doen. We hebben eigenlijk nog geen indruk van hetgeen dit materieel zal opleveren. De jurisprudentie die er tot nu toe is, gaat vooral over de formele afbakening: wat is nu precies een schadebesluit, en wat niet? Daarover bestaan heel verschillende ideeën. De Wijkerslooth probeert mijns inziens met zijn smaakmakende casus vrees aan te jagen en duidelijk te maken dat de gang van zaken rampzalig zou kunnen zijn. Ik heb van mijn kant eerlijk gezegd de indruk dat deze casus met een sisser zou kunnen aflopen wanneer je veel nadruk zou leggen op allerlei connexiteitsvragen, maar we weten natuurlijk nog niet zeker hoe dit allemaal zal gaan. Al met al denk ik dat het te vroeg is om nu alweer op dit punt van de wetgever ingrijpen te verwachten. Ingrijpen is misschien goed, maar ik kan mij voorstellen dat de 'quick-and-dirty solution' van Verheij beter op stal kan blijven.

Mr. N. Verheij

Van Buuren noemt in de eerste plaats een aantal praktische problemen. Die problemen heb ik in mijn preadvies niet allemaal uitgewerkt, maar als er een wettelijke voorziening zou worden getroffen, zou dat natuurlijk wél moeten gebeuren. Ik heb overigens het idee dat dit problemen zijn waar je wel uit komt. Ik zou bijna zeggen: we hebben in het kader van de Awb wel ingewikkelder dingen opgelost!

De vooronderstelling van de meeste praktische problemen die Van Buuren noemt, is dat burgers op grote schaal rauwelings bij de rechter onvoldoende gespecificeerde en gemotiveerde schadeclaims zullen gaan indienen. Nu meen ik dat er juist als er wat meer tijd wordt gegund veel minder noodzaak is om inderhaast en onmiddellijk met schadeclaims te gaan zwaaien. Je kunt er wat langer over nadenken en je kunt er eens juridisch advies over inwinnen. Ik weet dus niet of het zo'n vaart zal lopen en ik denk in ieder geval dat er waarschijnlijk oplossingen te verzinnen zijn. Denkbaar is bijvoorbeeld dat bij wijze van ontvankelijkheidseis een soort voorprocedure wordt ingevoerd.

Dan iets over de vraag of het niet beter is eerst eens even af te wachten hoe het verder loopt met wat we nu hébben. Enerzijds kan ik met de gedachtegang van Van Buuren wel een beetje meevoelen. Er zijn inderdaad nog steeds vrij weinig materiële geschillen, althans in de sfeer van de Afdeling. Zoals we in het bestuursrecht gewend zijn, hebben we onze energie weer eens voor een belangrijk deel in ontvankelijkheidsvragen gestoken! Anderzijds levert de huidige situatie ook wel weer het tamelijk overweldigende gevoel op dat we er met ons allen weer in geslaagd zijn het geheel lekker ingewikkeld te maken. Tot die conclusie heb ik na het schrijven van het preadvies toch wel moeten komen. Enig ingrijpen om de situatie iets eenvoudiger te maken acht ik zelf wel degelijk gewenst. Van Buuren noemt mijn 'quick-and-dirty' een oplossing, maar hij weet evengoed als ik dat er aan wetgeving weinig 'quick' is. Zelfs als we er morgen mee beginnen, zijn we zo nog twee jaar bezig! Ik denk dat er toch aanleiding is om op niet al te lange termijn in te grijpen met wetgeving.

Mr. J.L. de Wijkerslooth

Voor alle goede begrip: ik heb niet een soort schadeloosstellingsverzoek in het algemeen verdedigd, maar uitsluitend een dergelijk verzoek in verband met de vernietigde besluiten. Het lijkt mij verstandig daarop nog eens te wijzen.

Het verbaast mij nogal dat de vraag wordt opgeworpen waarom we nu niet wat ervaring met het 'besluitmodel' gaan opdoen. Het eerste wat je moet vaststellen, is immers dat artikel 8:73 Awb nu juist niet een schadeloosstellingsverzoek mét, maar

zónder een 'besluitmodel' regelt. Het uitgangspunt in de huidige context is dus dat we het zónder dat model doen.

Op de vraag of de rechter niet met allerlei premature verzoeken zal worden geconfronteerd, luidt het antwoord dat nu juist artikel 8:73 tot zulke verzoeken leidt. In het kader van dat artikel gaat men immers om schadevergoeding vragen voordat men überhaupt weet of er een grondslag voor een schadevergoedingsverplichting is. Verstandige mensen vragen vernietiging van het besluit en doen tegelijkertijd een verzoek om schadevergoeding. Laatstgenoemd verzoek wordt in die fase helemaal niet uitgewerkt, maar het ligt er alvast, zodat je het nooit kwijt kan raken. Als de rechter dan vervolgens vernietigt, is hij sowieso geconfronteerd met het probleem dat hij de schadevergoedingszaak moet aanhouden: hij kan zich immers dan pas gaan buigen over de omvang van de schadevergoeding. Als het gaat om relatief kleine schadevergoedingsvorderingen kan de kantonrechter zich in de civiele context, ook zonder dat er sprake is van professionele rechtsbijstand, relatief gemakkelijk daardoor heen slaan. Waarom zou de bestuursrechter dat dan niet kunnen? Tegen de tijd dat schadevergoedingsbelangen een rol gaan spelen die in de honderdduizenden guldens lopen, zou ik de betrokkenen willen adviseren zich van een raadsman te voorzien. Ik zie in de praktijk trouwens niet anders dan dat dit gebeurt.

Wat is het belang, bestuursrechtelijk, van de mogelijkheid tot het doen van een schadevergoedingsverzoek? Dat belang is gelegen in de kleine zaken met relatief gezien een standaardkarakter: schades op het gebied van bijvoorbeeld rente, waarop alle discussies mede betrekking hebben. Tegen de tijd dat een projectontwikkelaar echt in debat gaat over zijn al dan niet vernietigde bouwvergunning en dat daarbij, hetgeen kan voorkomen, veel geld in het geding is, zie ik telkens weer stoeten advocaten langs trekken. Gaat het om de kleine burenruzie waarin het bouwvergunninkje een rol speelt, dan hebben we over het algemeen te maken met een schadeomvang die zich in de proportie van beneden de *f* 10.000,- bevindt. Ik denk dan weer aan de kantonrechter, die zich er toch heel aardig uit redt.

Samengevat: artikel 8:73 werkt al op de manier die Van Buuren heeft geschetst, en dan zouden we dus wel op dezelfde voet kunnen doorgaan. Ik heb het gevoel dat wat nu klemt het accessoriteitsvereiste is. Als we dat vereiste tot op zekere hoogte laten varen, is er volgens mij eigenlijk geen probleem. De invoering van het 'besluitmodel' was toch in wezen een truc om de accessoriteit te laten varen? Daar komt het goed en wel op neer.

Mr. P.J.J. van Buuren

Ik ben geneigd deze vraag van De Wijkerslooth ontkennend te beantwoorden. Het punt is nu juist dat artikel 8:73 in de praktijk heel weinig wordt toegepast, in het bij-

zonder vanwege de problemen die ik heb geschetst en waaraan De Wijkerslooth naar mijn gevoel min of meer voorbij gaat. Je ziet heel zelden dat bestuursrechters bij de vernietigingsuitspraak direct op de schadevergoedingszaak ingaan. Meestal zal men zeggen dat 'daartoe thans nog geen termen zijn', of woorden van gelijke strekking gebruiken. In het huidige systeem is dat verder ook niet zo bezwaarlijk, omdat de burger misschien nog naar de burgerlijke rechter kan gaan en omdat hij in ieder geval aan de hand van een zelfstandig schadebesluit waartegen hij beroep kan instellen later nog eens kan terugkomen.

Als het nu mogelijk wordt rechtstreeks een verzoek aan de bestuursrechter tot schadevergoeding te doen, wat moet die bestuursrechter dan? Wijst hij het verzoek af omdat hij eigenlijk nog niets weet, dan rijst de vraag of hij het verzoek nogmaals kan doen. Wie deze vraag bevestigend wil beantwoorden, zou ik vervolgens de vraag willen voorleggen hoe vaak de burger dan met een schadevergoedingsverzoek kan komen. Op deze manier ontstaan allerlei nieuwe vragen.

Kortom, De Wijkerslooth voert als argument aan 'artikel 8:73 dóét het eigenlijk al', maar ik zou zeggen: in de praktijk doet dat artikel het nu juist niet!

Mr. G.J.M. Cartigny

In dit verband wil ik verwijzen naar een passage van De Wijkerslooth waarin hij reageert op een opmerking van Van Ravels. Van Ravels heeft als bezwaar tegen een zelfstandig schadeverzoek bij de rechter aangevoerd dat de rechter daardoor, in strijd met een goede gang van zaken, zal worden geconfronteerd met allerlei rauwelings gedane verzoeken. De Wijkerslooth zegt: ik ben daar niet bang voor, want er gaat in de praktijk altijd een discussie met de overheid over het al dan niet betalen van schadevergoeding aan vooraf. Waar mondt die discussie nu echter in uit? Ik denk: in een toekenning of een weigering van schadevergoeding. Zijn dat soort besluiten dan geen zelfstandige schadebesluiten die op zichzelf in de huidige leer gewoon voor bezwaar en beroep vatbaar zijn, of moet de rechter straks zeggen dat de burger rechtstreeks naar de rechter kan en dat de hele leer van de jurisprudentie over zelfstandige schadebesluiten wordt afgeschaft? Naar mijn mening kom je sowieso toch weer bij die besluiten terecht.

Mr. J.L. de Wijkerslooth

Daar geloof ik niets van, en ik kan ook zeggen op basis van welke ervaring ik daartoe kom. Ik ken bij de rijksoverheid een aantal bureaus die zich bezighouden met het

afwikkelen van verkeersschade. De correspondentie die daarbij over en weer gaat pleegt erin uit te monden dat op een gegeven ogenblik, door een wederpartij, of door de overheid zelf, wordt vastgesteld: nu is het dagvaarden geblazen! Als ik mij zulke correspondenties voor de geest haal, zie ik eerlijk gezegd nergens een besluit. Dat is het rare van dat soort onderhandelingen. Heel vaak blijft de discussie hangen. Ik denk dat we dergelijke discussies alleen maar ingewikkeld maken door een gefixeerd model te hanteren. In de praktijk werken onderhandelingen zo dat men het op een diffuse manier niet eens wordt. Men stelt dan ook niet gezamenlijk vast dat men het niet eens is. Op een gegeven ogenblik constateert één van beide partijen, hetzij de verhalende overheid, hetzij de verhalende burger: ik heb genoeg van deze correspondentie, en nu ga ik wat doen!

Als het zo in verkeerszaken gaat, waarom zou het dan zo veel ánders lopen in andere velden? Dat is mijn probleem. Ik begrijp overigens heel goed de argumenten van Cartigny. Hij veronderstelt dat de overheid op een gegeven ogenblik een besluit neemt om al dan niet schadevergoeding te betalen. Ik zou zeggen: misschien kan de overheid zo worden opgevoed. Als het argument zou zijn dat het nu zo in de praktijk gáát, moet ik dit bestrijden.

Mr. G.J.M. Cartigny

Ik denk dat het probleem in de huidige constellatie nu juist is dat je weliswaar vroeger kon spreken van een diffuse situatie waarin we nooit een besluit hebben onderkend, maar dat je nu als je verstandig bent misschien wel een besluit moet ontwaren. Op een gegeven ogenblik kun je tot de conclusie komen dat je met een weigering van schadevergoeding naar de burgerlijke rechter moet gaan. Die dreigt dan straks te zeggen: u had naar de administratieve rechter kunnen lopen. Dat is juist het probleem. Je zult heel duidelijk moeten vaststellen dat de nu ingeslagen weg wordt verlaten, want anders blijft er onduidelijkheid bestaan. Je moet je nu de vraag stellen of je in al die correspondentie niet ergens een besluit ontwaart. Dat kan niet anders.

Mr. J.L. de Wijkerslooth

En ik vrees dat de Hoge Raad zal kiezen voor het duale stelsel. Op het ogenblik loopt er op dit punt een enkel cassatieberoep. Als u van mij een voorspelling van de afloop wilt horen, dan moet ik zeggen dat ik ervan overtuigd ben, hoewel ik in cassatie het tegenovergestelde standpunt verdedig (zo volatiel moet een mens kunnen zijn!), dat de keuze op het duale stelsel zal vallen en dat dit op basis van de wetsgeschiedenis van

artikel 8:73 van de Awb ook eigenlijk niet anders kan. Zo zal vermoedelijk de 'Changoe'-leer op dit punt verdwijnen.

Mr. N. Verheij

Het probleem dat Cartigny opwerpt, is nu precies het probleem dat ik met mijn voorstel wilde oplossen. We hebben in die briefjes over aansprakelijkheid toch in de eerste plaats een besluit ontwaard als een soort toepassing van het gezegde dat ik ooit in een geschrift van een Amerikaan tegenkwam: als je enige gereedschap een hamer is, ben je geneigd overal een spijker in te zien. We hebben enigszins geforceerd besluiten geconstrueerd om een rechtsingang te creëren. Mijn voorstel is: laten we gewoon die omweg afschaffen.

Voorzitter: Ik geef voor de volgende interventie het woord aan Van Ommeren, ook werkzaam bij het ministerie van Justitie, ook al niet zo'n beroerde jurist, en trouwens tevens werkzaam aan de VU!

Mr. F.J. van Ommeren

Als we het hebben over de verschuiving in de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, rijst eigenlijk onmiddellijk de vraag: wat maakt het nu uit? Wat kan het de burger nu eigenlijk schelen of hij bij de ene of bij de andere rechter terecht komt. Iets netter gezegd: is het verschil tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter nu werkelijk groot genoeg om er zo veel discussie aan te wijden en er zo veel moeilijke problemen mee in verband te brengen?

Ik heb de indruk dat heel verschillend over de kwaliteit van de bestuursrechter en de civiele rechter wordt gedacht. De één denkt dat er weinig verschil is, terwijl de ander processueel een wereld van verschil ziet. Die vooronderstelling lijkt mij van wezenlijk belang voor de discussie die we hier voeren. Tot mijn vraagstelling kom ik door een aantal betrekkelijk willekeurige aanleidingen, die ik nu kort zal noemen.

1. De afgelopen jaren heeft zich bij de bestuursrechter langzaam maar zeker een zekere paradigmawisseling voltrokken. Van een controleur van bestuursbesluiten, vanuit een te onderscheiden en meer algemene invalshoek, namelijk die van de objectieve rechtmatigheidscontrole, heeft de bestuursrechter zich ontwikkeld tot een rechter die de nadruk legt op de rechtsbescherming van de burger. Vanmorgen heb ik begrepen dat Tak hier anders over denkt. Hij ziet in de bestuursrechter nog steeds een controleur. Mijn indruk is op dit moment anders, maar misschien kan Tak, als daarvoor

genoeg ruimte is, straks nog reageren. Met een bestuursrechter die zo veel accent op de rechtsbescherming legt rijst bij mij des te meer de vraag: waarom zouden we nog wezenlijke verschillen tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter moeten aannemen? Het zijn eigenlijk beiden rechtsbeschermingsrechters geworden.

2. Gisteren promoveerde J.E.M. Polak op een zeer interessant proefschrift over de vraag of de burgerlijke rechter dan wel de bestuursrechter zich moet buigen over regelgeving, schadevergoedingszaken en tweewegenleervragen. Enige maanden geleden promoveerde R. Jacobs op een niet minder interessant proefschrift over subsidieovereenkomsten. Beide proefschriften stellen in wezen dezelfde soort vraag aan de orde, zij het op verschillende deelterreinen. Mij is bij lezing opgevallen hoeveel moeite het de auteurs kost werkelijk fundamentele argumenten aan te dragen voor hun voorkeur voor de bestuursrechter. Ze spreken die voorkeur alletwee wel uit, maar de verschillen tussen de ene en de andere rechter blijken eigenlijk vrij 'dun' te zijn, of ze zijn in ieder geval in de praktijk door kleine ingrepen vrij wezenlijk te elimineren. Ik noem als voorbeeld de lijdelijkheid van de rechter, typisch een punt dat als een fundamenteel verschil kan worden opgevoerd; in de praktijk blijkt echter de activiteit van de bestuursrechter, afgezet tegen de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter niet zo'n groot verschil op te leveren, omdat beide rechters zich vooral richten op de kwaliteit van de partijen. De rechter let op een eventueel verschil in maatschappelijke positie. Andere punten zijn de griffiegelden en de verplichte procesvertegenwoordiging, die hier al enige malen zijn genoemd. Daarvan vraag ik mij van mijn kant af of die punten nu werkelijk dé reden moeten vormen om wat de rechterlijke keuze betreft nog een fundamenteel verschil tussen publiek- en privaatrecht te zien.
3. Door Verheij, door De Wijkerslooth en ook door Polak in zijn proefschrift zijn voorstellen gedaan voor het invoeren van een zelfstandige schadevergoedingsactie bij de bestuursrechter. Ook daardoor zullen de verschillen weer een stapje kleiner worden. Ik vind het heel sportief van Verheij dat hij in zijn preadvies bij zijn voorstel meteen aantekent dat de zelfstandige schadevergoedingsactie een Paard van Troje is voor degenen die tegen deze ontwikkeling zijn. Als ik het voorstel doordenk, kom ik tot de conclusie dat het weer een verschil tussen de beide rechters wegneemt. Ik weet niet of dat heel erg is, maar je zult het in ieder geval moeten beseffen.

Kortom: mijn vraag luidt of de preadviseurs het eens zijn met de volgende stelling. Niet alleen het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is kwestieus geworden,[17] maar tengevolge van de paradigmawisseling, de recente ontwikkelingen die in het verlengde daarvan in de jurisprudentie hebben plaatsgevonden én de preadviezen is ook,

17. Een formulering van Van der Hoeven, die door De Wijkerslooth in diens preadvies wordt bijgevallen.

en wellicht veel meer, het onderscheid tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter kwestieus geworden.

Mr. N. Verheij

Mijn uitgangspunt was deze keer een enigszins andere benadering. Ik heb over dit probleem al eerder geschreven, maar ik ben deze keer maar eens begonnen vanuit het gegeven dat we in dit land in dit verband twee verschillende soorten rechters hebben: de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Dat heb ik als een gegeven beschouwd, omdat ik niet zie dat daarin op korte of zelfs middellange termijn verandering zal komen. Vervolgens ben ik gaan onderzoeken hoe het werk een beetje logisch over deze twee rechters kan worden verdeeld.

Bovendien ben ik misschien iets minder optimistisch dan Van Ommeren en trouwens ook minder optimistisch dan ik in het verleden in geschriften wel eens geweest ben over de vraag of nu alle verschillen al zijn verdwenen. Er is zeker sprake van convergentie; dat ben ik met Van Ommeren eens, maar ik denk niet dat het al zo ver is dat het niets meer uitmaakt met welke rechter je te maken hebt.

Ik zou er overigens in het geheel geen bezwaar tegen hebben als we geleidelijk die kant op zouden groeien, maar ik denk niet dat het al zo ver is.

Mr. F.J. van Ommeren

Ik heb niet willen zeggen dat het volgens mij nu al zo ver is. Er doet zich in mijn ogen een ontwikkeling voor die ik heb willen illustreren met de constatering dat het mensen die zich lang en degelijk in specifieke onderwerpen als de subsidieovereenkomst of regelgeving verdiepen zo veel moeite kost het verschil te rechtvaardigen. Bovendien heb ik het voorstel van Verheij in aanmerking genomen. Ik zie in dat voorstel voordelen, maar meen dat we ook aan de consequenties moeten denken. Door het voorstel, dat Verheij zelf als 'Paard van Troje' heeft gekwalificeerd, uit te voeren zullen we de weg van convergentie inslaan. Dat lijkt mij op zich heel interessant, maar ik wil erop wijzen wat in dezen het kernpunt is.

Mr. H.J. Timman

Ik was tot voor zeer kort advocaat en ben nu onder andere als docent nog wel eens bezig voor de advocaten-stagiaires op het gebied van het bestuursprocesrecht. In ver-

band met dit laatste allereerst een terzijde. Ik smeek de wetgever voorlopig het 'besluit'-begrip te handhaven, want anders weet ik echt niet meer hoe ik het nog moet uitleggen!

Met hetgeen de laatste spreker over het onderscheid van publiek- en privaatrecht heeft gezegd, ben ik het geheel eens. Ik denk dat dit onderscheid in de toekomst niet meer zo ernstig hoeft te worden genomen. Schadezaken kunnen we best door de bestuursrechter laten behandelen, maar de crux zit in de rechterlijke organisatie. De Nederlandse Juristenvereniging heeft een paar jaar geleden gedebatteerd over het hoger beroep in bestuursrechtelijke zaken. Zij is daar niet echt uit gekomen. Vandaag debatteren we meer over inhoudelijke zaken, maar de twee kwesties hangen natuurlijk samen. Het zou onaanvaardbaar zijn als de bestuursrechter een schadejurisprudentie ontwikkelde zonder dat de Hoge Raad daarbij te pas komt. Ik denk dat we in een richting moeten denken waarin de rechterlijke organisatie en het procesrecht gelijk worden getrokken. Ook het hoger beroep in bestuursrechtelijke zaken zou bij de gewone rechterlijke macht moeten worden gelegd, misschien bij één gerechtshof met méér kamers, en in elk geval met cassatie bij de Hoge Raad.

In die context zou ik er geen enkel bezwaar tegen hebben als schadezaken blijvend bij de bestuursrechter aanhangig zouden worden gemaakt. De organisatie zou in principe gelijk kunnen blijven, met een zelfstandig schadebesluit, maar met dezelfde rechtsgang als in civilibus. Het is toch onaanvaardbaar dat in subsidiezaken geen cassatie mogelijk zou zijn en inzake overeenkomsten met de overheid wél. De debatten moeten mijns inziens ineen worden geschoven. We kunnen dit debat niet voeren zonder aandacht te schenken aan de procesrechtelijke situatie. Ik nodig het ministerie van Justitie, dat hier in zo groten getale vertegenwoordigd is, uit zich vooral dáárop te richten.

Voorzitter: Ik begrijp dat u de bestuursrechter graag wilt handhaven, als hij maar burgerlijk recht toepast!

Timman: Ja zeker!

Mr. B.J. van Ettekoven

Ik zal nog even bestuursrechter zijn, maar zoals men heeft kunnen lezen ben ik ook, met dank aan Verheij, 'onbezoldigd medewerker van de radicale vleugel van het bestuursrechtbevrijdingsfront'. Dit wist ik niet, maar ik vind het een aangename verrijking. Zoiets staat vast goed op je c.v.!

Deze vergadering wil ik de vraag voorhouden of het wel goed gaat met het bestuursrecht in Nederland. Biedt de bestuursrechter als het om schadevergoeding gaat op dit moment wel effectieve rechtsbescherming? Anders dan Cusell beantwoord ik deze vraag ontkennend. Daarover maak ik mij echt zorgen.

Nu zit het probleem niet zo zeer in de toepassing van artikel 8:73 Awb. Als ik Van Buuren en De Moor hoor spreken, merk ik dat zij, met alle respect, een beperkte kijk op het terrein van de bestuursrechter in eerste aanleg hebben. Zij denken in termen van ruimtelijke ordening, milieurecht en de gemeentelijke overheden. De bulk van onze zaken zit echter in de sfeer van de sociale zekerheid, de subsidiebeschikkingen en de bijstand. Daar wordt artikel 8:73 Awb veelvuldig en ook met groot succes toegepast. Het gaat namelijk in dergelijke zaken om het vaststellen van een wettelijke aanspraak en, of het nu om een uitkering, om een subsidie of om studiefinanciering gaat, het probleem lost zich op in wettelijke rente en daarbij is art. 8:73, zoals Verheij heeft aangegeven, best handig.

In zulke gevallen heb je ook niet zo'n probleem, want de schade is in de regel veroorzaakt door een eerder appellabel besluit. In mijn stukje van de eerstelijnsbestuursrechtspraak, het gebied waarop ook Van Buuren en De Moor opereren, gaat het echter helemaal mis. Daar wordt de schade namelijk vaak niet veroorzaakt door het eerdere appellabele besluit, maar gaat het in een groot aantal gevallen slechts voor een deel om schade tengevolge van het eerdere appellabele besluit, terwijl ook allerlei andere stukken van het handelingencomplex van de overheid tot schade kunnen leiden. Ik doel dan op onrechtmatige toezeggingen, gedragingen van ambtenaren, ontijdige advisering en ondeugdelijke advisering. Men betrekt dat erbij, hetgeen heel logisch is. Men voelt zich overvallen en stelt één totaal schadecomplex, waarvan soms een eerder appellabel besluit onderdeel uitmaakt, maar waarin vaak elementen te ontwaren zijn die we *niet* als eerdere appellabele besluiten kunnen kwalificeren. Bij de huidige stand van de jurisprudentie loop je dan stuk op de processuele connexiteitseis. Het gevolg daarvan is dat de bestuursrechter inhoudelijk niet kan oordelen over het recht op schadevergoeding.

Dit leidt ertoe dat we op de zitting eerst uitvoerig het gezelschapsspel 'zoek het zelfstandig schadebesluit' moeten spelen. Als we daar dan eindelijk uit zijn gekomen en we hebben een paar brieven gevonden die je als bezwaarschrift en hopelijk ook nog als binnen zes weken na het besluit ingediend kunt duiden, dan is uiteindelijk de conclusie dat de beslissing op het bezwaarschrift moet worden vernietigd omdat het primaire besluit niet een besluit was waartegen bezwaar kon worden gemaakt en dat we zelf in de zaak moeten voorzien door het bezwaar alsnog niet-ontvankelijk te verklaren. Ik zit in de combikamer schadevergoeding: een kamer die wordt bevolkt door civilisten en bestuursrechters tezamen. Onze voorzitter is een doorgewinterde civilist. Toen deze laatst verhinderd was, heb ik een andere civilist gevraagd of hij wilde meedoen. We hadden vijf zaken in die schadevergoedingskamer, vijf beroepen tegen zelfstandi-

ge schadebesluiten, en het is ons niet gelukt in één van die vijf zaken aan de inhoud van de zaak toe te komen, partijen in verbijstering achterlatend. Trouwens, ook mijn civiele collega was verbijsterd, want toen ik hem laatst vroeg of hij nog een keer wilde meedoen, zei hij: nee, laat maar, want het gaat bij jullie niet over schadevergoeding, jullie zijn nog met allerlei formaliteiten bezig. Daarin moet ik hem natuurlijk helaas gelijk geven.

Mijn conclusie is dan ook dat de bestuursrechter op dit moment in dit type zaken niet in staat is effectief rechtsbescherming te bieden, en dat vind ik erg, omdat naar mijn oordeel de bestuursrechter wel de meest aangewezen rechter is om dit type claims te beoordelen. Waarom zeg ik dit? Omdat diezelfde bestuursrechter de gebeurtenissen die schadeveroorzakend kunnen zijn geweest wél moet beoordelen bij de vraag of het uitkeringsbesluit, het subsidiebesluit of de verlening van de bouwvergunning rechtmatig dan wel onrechtmatig is. Je hebt het dus al gehad over de rechtmatigheid van de advisering. Dat leidt dan tot een oordeel over de bouwvergunning, en vervolgens komen partijen bij je terug met de stelling dat de advisering onrechtmatig is geweest, maar je moet dan als bestuursrechter ineens zeggen: het spijt mij, u bent niet aan het juiste loket, u moet naar de civiele rechter. Ik vind dat een onverteerbare kwestie en ik vind het in ieder geval heel slecht voor de emancipatie van het bestuursrecht.

Het valt mij op dat vandaag enige tevredenheid ontstaat over de stappen die zijn gezet. We hebben, zo redeneert men, nu maar mooi dat zelfstandig schadebesluit, maar in sommige delen van het bestuursrecht pakt dat beslist niet positief uit. Dat is althans mijn indruk in de eerstelijnsrechtspraak.

Wat moet nu de oplossing zijn? Verheij komt met een voorstel voor een 'artikel 8:85 Awb'. Ik neem aan dat dit '8:89' moet zijn, want anders moeten we het huidige artikel 8:85 afschaffen. De inhoud van Verheij's voorstel is wel aardig, maar het is natuurlijk eigenlijk een variant van artikel 8:73 en het is dus alleen maar een truc om van het zelfstandig schadebesluit af te komen. Het helpt in ieder geval niet bij het komen tot een oplossing van mijn probleem, omdat het voorstel nog steeds aanknoopt bij schade tengevolge van een eerder voor beroep vatbaar besluit.

Zo kom je vanzelf in de hoek van de meer radicale oplossingen. Die kunnen komen van de bestuursrechter, of van de wetgever. Wat zou de bestuursrechter kunnen doen? Als hij stap A heeft gezet en tot een zelfstandig schadebesluit is gekomen, moet hij die lijn doorzetten als hij ziet wat voor puinhoop hij anders in de praktijk creëert. Hij moet dan ofwel de connexiteitseis laten vallen, ofwel teruggaan naar meer radicale theorieën zoals die vanuit Amsterdam en Den Haag zijn geopperd. Wat de bestuursrechter echter óók zou kunnen doen, is zich bevoegd achten ten aanzien van schade *in verband met* het besluit in plaats van *tengevolge van* het besluit. Ik ben heel benieuwd wat de preadviseurs van deze minder ver gaande variant vinden. Er is ooit een uit-

spraak van de Centrale Raad van Beroep geweest waarin de Raad die term heeft gebruikt.

Voorzitter: Het College van Beroep heeft een soortgelijke uitspraak gedaan.

Van Ettekoven: Als je die uitspraken oprekt, zou je je misschien ook wel bevoegd kunnen achten te oordelen over schade, ontstaan in de fase tussen de aanvraag en het primaire besluit.

Als dit alles geen oplossing biedt, zou de oplossing van de wetgever kunnen komen, zelfs in het voorstel van Verheij. Als je in het eerste lid van het door hem voorgestelde artikel de woorden *als gevolg van* vervangt door *in verband met*, ben je misschien al een stukje van het probleem kwijt.

Graag hoor ik van Verheij, en misschien ook van De Wijkerslooth, of zij überhaupt mijn zorg over de huidige staat van de rechtsbescherming op dit punt delen, of zij iets voor mijn suggesties voelen en, zo nee, hoe we dan op een andere manier dit probleem zouden kunnen oplossen.

Mr. N. Verheij

Ik erken dat er nog veel problemen zijn en dat we er met het zelfstandig schadebesluit niet helemaal uit komen. Dat was dan ook precies de reden waarom ik met mijn voorstel ben gekomen. Naast het voorstel om in de tijd de band tussen vernietigingsberoep en schadeactie door te knippen heb ik aan het slot van mijn preadvies bepleit geleidelijk aan los van het 'besluit'-begrip te komen. Daarbij heb ik in concreto aandacht gevraagd voor schade, veroorzaakt door dingen die met een besluit *verband houden*. Op dat punt ben ik het dus eigenlijk geheel met Van Ettekoven eens.

Mr. B.J. van Ettekoven

Het zit 'm in het tempo waarmee die oplossing er komt.

Voorzitter: Hij is al aan het schrijven, hoor!

Van Ettekoven: Ja, hij heeft een nieuw artikel 8:85 geschreven, maar dat is een tussenstapje. Uiteindelijk, zo heeft Verheij gezegd, moet het er waarschijnlijk toch van komen dat de bestuursrechter oordeelt over schade, hoe dan ook ontstaan, in de publiekrechtelijke rechtsbetrekking. Dat is de langetermijnvisie, en ik pleit ervoor de burgers niet al te lang in deze verwarring te laten.

Mr. N. Verheij

Het eeuwige probleem is dat de wetgever vrij moeilijk kan overzien wat hij aanricht. Het dilemma blijft liggen in de vraag wat je allemaal binnenboord haalt.

Mr. H.P.J.A. Hennekens

Ik denk dat er een vrij gemakkelijke oplossing is als we een belanghebbende de kans geven beroep in te stellen tegen een *handeling* van een bestuursorgaan bij de rechtbank. Dit zou neerkomen op een wijziging van artikel 8:1, eerste lid, Awb. Er is vandaag vrij gemakkelijk gesproken met het door elkaar halen van bestuursorganen enerzijds en de rechtspersoon anderzijds. Het lijkt mij zeer terecht alle handelingen van bestuursorganen appellabel te maken. Op die manier komt alles binnen bereik wat in het kader van een besluit, maar ook anderszins, door een bestuursorgaan wordt gedaan. Ik spreek nu over het bestuursorgaan, niet over de rechtspersoon, en ik heb het dus niet over 'de overheid'. Daarmee stuit ik op één van de tekorten in de preadviezen.

Op deze manier kan het probleem dat nu tot zo veel discussie aanleiding geeft gemakkelijk worden opgelost.

Voorzitter: Dat is toch op z'n minst een radicale of semi-radicale oplossing te noemen!

Hennekens: Niet radicaal: eenvoudig!

Voorzitter: Radicaal en eenvoudig sluiten elkaar helemaal niet uit. Integendeel!

Mr. H.J. Simon

In mijn interventie wil ik kort twee punten aanstippen, waarvan het eerste zojuist al aan de orde is gesteld door de heer Hennekens: vanuit het BW gedacht vind ik het heel vreemd dat in de preadviezen überhaupt niet wordt gerefereerd aan het onderscheid tussen *rechtspersoon* en *bestuursorgaan*. Twee belangrijke elementen verdienen in dat verband de aandacht.

Ik begrijp in de eerste plaats niet goed hoe het kan dat een blote BW-bepaling, derhalve ook een beroep op het BW terwijl daaraan geen enkel materieelrechtelijk privaatrechtelijk belang ten grondslag ligt, de overheid als privaatrechtelijke rechtspersoon bevoegd maakt de publiekrechtelijke belangenafweging anders in te vullen dan

de democratische publiekrechtelijke wetgever en in diens voetspoor het bestuursorgaan reeds hebben gedaan dan wel bevoegd zijn te doen. In feite komt dit naar mijn opvatting neer op het afschaffen van het publiekrecht en het in het publiekrecht neergelegde systeem van bevoegdheidsverdeling over bestuursorganen. De rechtspersoon kan het in die opvatting eigenlijk zelf wel af, onder controle (dat moet ik toegeven) van de burgerlijke rechter. Dit is in mijn ogen een heel groot probleem. De rechtspersoon wordt als het ware naast het bestuursorgaan gesteld; alles wat het bestuursorgaan kan, specifiek toegekend door de publiekrechtelijke wetgever, kan de rechtspersoon eigenlijk beter. In ieder geval in mijn ogen is een dergelijke benadering strijdig met het publiekrechtelijk stelsel van onze rechtsstaat.

Een tweede element waarop ik in verband met mijn eerste punt wil ingaan, is de figuur van de overeenkomst. Verheij acht het nog niet goed mogelijk de overeenkomst in het stelsel van de Awb op te nemen. Ik begrijp dat niet. Als we te maken hebben met een overeenkomst die is gesloten door een bestuursorgaan, een publiekrechtelijke overeenkomst, zie ik niet in hoe vanuit het privaatrecht gedacht die overeenkomst als privaatrechtelijk zou kunnen worden getypeerd. Het privaatrecht zegt immers dat een overeenkomst rechtspersoonlijkheid vereist. Als een bestuursorgaan, dat geen rechtspersoonlijkheid heeft, een overeenkomst sluit, kan die overeenkomst in mijn ogen ook vanuit het privaatrecht niet anders worden getypeerd dan als een publiekrechtelijke overeenkomst. Bij een benadering van de andere kant geldt dat een rechtspersoon geen bevoegdheden heeft. Hoe kan een rechtspersoon een overeenkomst sluiten over een bevoegdheid die toekomt aan een ander? Volgens mij kan dat zelfs ook naar privaatrecht niet als het gaat om een bevoegdheid die betrokkene nooit zal kunnen hebben. Naar privaatrecht kun je toekomstige zaken leveren, maar je moet wél op een gegeven ogenblik kunnen leveren. Kun je niet leveren, dan pleeg je wanprestatie. In dit geval gaat het om een zaak die nooit door de rechtspersoon kán worden geleverd. De rechtspersoon heeft geen enkele bevoegdheid ter zake van de bevoegdheid die toekomt aan het bestuursorgaan, niet zo maar, maar krachtens toekenning bij wet in formele zin. Ik zie dus niet in hoe een rechtspersoon over bijvoorbeeld de toewijzing van een woning een overeenkomst zou kunnen sluiten die niet nietig is. Een uitzondering die hierbij altijd geldt is dat de wet kan bepalen dat het anders is.

Dit is het eerste punt dat ik, aan de hand van twee elementen, ter sprake wil brengen. In het voetspoor van Hennekens vraag ik aandacht voor het onderscheid tussen rechtspersoon en bestuursorgaan.

Een tweede punt dat ik in de preadviezen heb gemist, is de connectie naar het Europese recht. Daarmee bedoel ik dan natuurlijk niet het EU-recht, maar het mensenrechtenrecht. Ik heb het oog op het onderscheid publiekrecht/privaatrecht naar Nederlands recht, inclusief het onderscheid tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, in het licht van het mensenrechtenrecht, zoals neergelegd in het

Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM). Men moet bedenken dat bijna alles wat op het ogenblik in het bestuursrecht gebeurt mensenrechtenrecht is. Ik wijs daarbij op artikel 6 EVRM en op het eigendomsrecht, zoals neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Bijna alles wat in het bestuursrecht aan bevoegdheidsuitoefening gebeurt, raakt op de een of andere manier wel aan deze twee bepalingen. Constaterend dat het mensenrechtenrecht bijna altijd van toepassing is, komen we aan begrippen als *law*. Het optreden van het bestuursorgaan moet *lawfull* zijn, het moet gebaseerd zijn op een wet, en niet zo maar op een wet, maar op een wet die specifiek is, die concreet is toegesneden op het geval-in-kwestie en met name ook op het mensenrechtenrecht-in-kwestie, op het gewicht van het mensenrechtenrecht-in-kwestie en op de mate waarin in dat mensenrechtenrecht wordt ingegrepen. Het Hof heeft ondertussen tientallen uitspraken gedaan waarin een zeer specifieke wettelijke grondslag wordt geëist wanneer het gaat om inbreuken op mensenrechten. Men kan denken aan een telefoontap, maar ook aan gevallen als 'Kabayel', waarin zeer fundamentele rechten in het geding zijn.

Hier komt nog bij dat volgens het Hof ook een rechterlijke bevoegdheid aan de *rule of law* onderworpen is. De wetgever kan dus niet een discretionaire bevoegdheid aan de rechter toekennen, waarna de rechter met een grote mate van vrijheid op basis van die discretionaire bevoegdheid kan rechtspreken. Ook de rechterlijke bevoegdheid moet wetmatig, voorspelbaar en voorzienbaar zijn. Dat zijn de eisen die het Hof formuleert. In mijn ogen zou het BW daaraan alleen maar kunnen voldoen als je kunt zeggen dat de toepassing van een concrete bepaling van het BW voorzienbaar is. Uit de noten bij het 'HIV'-arrest blijkt bijvoorbeeld dat die ingreep in de lichamelijk integriteit van betrokkene nooit voorzienbaar zou kunnen zijn geweest. Ook bij de 'Kabayel'-zaak en bij andere arresten kun je constateren dat er geen voorzienbaarheid voor een burger was en dat eerdere jurisprudentie ontbrak. In een dergelijk geval moet je concluderen dat artikel 6:162 BW gezien vanuit het EVRM geen voldoende grondslag kan zijn voor een dergelijke grote inbreuk op een mensenrecht.

Vervolgens in dit verband een opmerking over het gelijkheidsbeginsel. Heel kort even een casus. Buurman A heeft grond gehuurd van de gemeente en heeft een milieuvergunning nodig, buurman B heeft eigen grond en heeft ook een milieuvergunning nodig. Buurman A kan van de gemeente allerlei voorwaarden verwachten die niet zijn opgenomen in de milieuwetgeving, buurman B kan dat niet. Strijd met het gelijkheidsbeginsel, zou ik denken, en ik baseer mij daarbij op een heel recente uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, een uitspraak van 18 februari van dit jaar in de zaak 'Larcos'. In die zaak ging het om twee huurders, die naast elkaar woonden. De ene huurder was een ambtenaar en de andere huurder niet. De wettelijke regeling bracht mee dat ambtenaren minder rechtsbescherming kregen

dan niet-ambtenaren. In deze zaak, die mijns inziens vergelijkbaar is met de zaak die ik zojuist aanduidde, heeft het Hof geoordeeld dat artikel 8 juncto artikel 14 van het EVRM geschonden was. In ons geval zou er waarschijnlijk sprake zijn van schending van artikel 14 juncto artikel 1 Eerste Protocol.

Ik zou de preadviseurs willen vragen in te gaan op de relatie tussen artikel 6 EVRM en het onderscheid publiekrecht/privaatrecht, met name met het oog op de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en administratieve rechter.

Mr. N. Verheij

Met Simon ben ik het uiteraard eens dat een open privaatrechtelijke norm à la artikel 6:162 BW onvoldoende wettelijke grondslag kan vormen voor ingrijpen door bestuursorganen in vrijheidssferen. Ik heb ook nooit iets anders beweerd. Het EVRM heb ik er niet bijgehaald, om de eenvoudige reden dat ik er ook met het nationale recht wel uit kom. Een betoog over het EVRM heb ik niet nodig om mijn conclusie te bereiken. Ook naar Nederlands recht is de conclusie, lijkt mij, betrekkelijk evident.

Volgens mij staat trouwens in artikel 6 EVRM niets dat rechtstreeks relevant is voor het vraagstuk van de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter. Er staat dat er in een aantal gevallen een rechter moet zijn en dat die bepaalde bevoegdheden moet hebben. Over de vraag of dat een bestuursrechter of een burgerlijke rechter, een groene of een blauwe rechter moet zijn, zegt het EVRM niets.

Dan iets over de overeenkomsten. Als ik het goed begrijp, wordt een scherp onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten over publiekrechtelijke bevoegdheden, gesloten tussen of door bestuursorganen, en andere overeenkomsten, gesloten door rechtspersonen. Begripsmatig spreekt mij dit aan, maar ik constateer dat in de praktijk met grote regelmaat overeenkomsten worden gesloten waarin al die dingen dwars door elkaar lopen. Zo wordt er vaak in één overeenkomst zowel over bevoegdheden gecontracteerd als over de verkoop of ruil van stukken grond. Voordat je de bestuursrechter in dezen bevoegdheden geeft, zul je heel precies moeten uitwerken over welke overeenkomst het gaat en met welke gevolgen.

Zo'n uitwerking is goed denkbaar, en ik heb mij ook helemaal niet tegen een regeling op termijn in de Awb verklaard. Integendeel, maar ik denk dat je niet zo maar even een regeling voor overeenkomsten in het algemeen moet treffen. Je moet heel goed kijken over welke overeenkomsten je het hebt, een onderzoek dat overigens aan de hand van het vele voorwerk dat in de literatuur al is verricht redelijk binnen bereik ligt.

De opmerking van Simon over het gelijkheidsbeginsel heb ik niet begrepen. Volgens mij weten wij al sinds 'Amsterdam/IKON' dat de overheid ook bij het sluiten

van overeenkomsten het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen, maar het kan zijn dat ik de vraag verkeerd heb begrepen.

Mr. H.J. Simon

In mijn repliek ga ik nog slechts in op artikel 6 EVRM. Uit artikel 6 volgt dat de burger aanspraak heeft op een *practical, effective right of access.* Dit betekent dat de rechtsgang duidelijk moet zijn. Ik vind van mijn kant dat in het stelsel zoals wij dat hebben ontwikkeld van duidelijkheid van de rechtsgang voor de burger geen sprake meer is.

Uit artikel 6 volgt in de tweede plaats dat de rechtsgang moet voldoen aan het vereiste van een *redelijke termijn.* Zoals het stelsel nu is opgebouwd, waarbij de burger onder omstandigheden eerst een bestuursrechtelijke procedure moet volgen en vervolgens voor bepaalde schadeaspecten naar de burgerlijke rechter moet, hetgeen al met al, naar ik aanneem, een jaar of tien kan duren, kan volgens mij niet meer worden gesproken van een effectieve toegang tot de rechter.

Artikel 6 lijkt mij wel degelijk van belang voor de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter.

Mr. J.L. de Wijkerslooth

Naar aanleiding van hetgeen Simon heeft gezegd over de overeenkomst nog het volgende. De subsidieovereenkomst zoals die nu in de Awb is voorzien, beschouw ik als een echte uitvoeringsovereenkomst bij een subsidiebesluit. Ik denk dat de Awb er nog steeds min of meer van uitgaat dat geschillen, voortvloeiend uit die subsidieovereenkomst, toch uiteindelijk bij de burgerlijke rechter terecht komen. Daarvan heb ik te kennen gegeven dat me dat niet zo praktisch lijkt. Het klassieke argument luidt: probeer in samenhang te behandelen wat in samenhang tot stand komt. In dit geval is er samenhang tussen de uitvoeringsovereenkomst en het subsidiebesluit, zodat de splitsing tussen deze beide mij niet overtuigt. Dit betekent dat een vorm van bevoegdheid voor de bestuursrechter moet worden geschapen, overigens liever niet via het besluitmodel, om over nakoming, ontbinding en dergelijke aspecten van deze overeenkomsten te oordelen.

Wat mij in dit verband een beetje in de war brengt, is dat ik in de standpuntbepaling van Simon eigenlijk ontwaar dat er *geen* bevoegde rechter is. De wetgever staat op het standpunt dat de burgerlijke rechter maar bevoegd moet zijn. Als we nu vaststellen dat de burgerlijke rechter niet in aanmerking komt, welke rechter hebben we dan nog over? Het lijkt mij beter dat de wetgever ingrijpt en de bestuursrechter uitdrukke-

lijk bevoegd maakt om rechtstreeks over bijvoorbeeld de subsidieovereenkomst te oordelen. Ik zeg niet: over álle overeenkomsten. Daaraan moeten we voorlopig zeker niet beginnen, maar in zo'n typisch geval als een subsidieovereenkomst, opgevat als uitvoering van een subsidiebesluit, kan volgens mij toch werkelijk niet veel bezwaar tegen een rechtstreekse bevoegdheid van de bestuursrechter bestaan.

Mr. H.J. Simon

De Wijkerslooth heeft in mijn ogen gelijk. Alle uitvoeringshandelingen die eenzijdig zijn, zijn eenzijdige rechtshandelingen. Dat zouden dus in elk geval besluiten kunnen zijn. De niet-nakoming door het bestuursorgaan zou in die lijn als een besluit kunnen worden opgevat.

Aan de andere kant kun je de constructie hebben dat als de burger niet nakomt en als het om een overeenkomst gaat die op een wettelijke regeling gebaseerd is, bestuursdwang zou kunnen worden toegepast. In de Memorie van Toelichting bij de Subsidietitel wordt daarover iets gezegd, ook al is dat niet veel. In ieder geval is deze constructie in mijn ogen mogelijk.

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Mijn interventie is gericht op die andere 'magische lijn' die in de preadviezen te onderkennen valt, die tussen nationaal en EG-recht. Ik spreek dus vooral mevrouw De Moor-van Vugt aan, die in haar preadvies een mooi overzicht van het Europese aansprakelijkheidsrecht geeft en duidelijk maakt welke invloed dat recht kan hebben op het aansprakelijkheidsrecht in Nederland. Als je het betoog leest, krijg je indruk dat het met die invloed wel meevalt: de dwingende invloed is niet erg groot. Hoewel ik het daarmee eens ben, wil ik twee vragen stellen.

In de eerste plaats een vraag over een punt waarop mevrouw De Moor nog wél enige invloed van het Europese recht ziet: kunnen we de *formele rechtskracht* in Europeesrechtelijke aangelegenheden nog handhaven? Op pagina 134 betoogt mevrouw De Moor dat het EG-recht er wel eens toe zou kunnen dwingen dat in EG-rechtelijke zaken de leer van de formele rechtskracht in het geval van het niet-benutten van openstaande beroepsgangen niet langer kan worden toegepast, maar moet worden vervangen door de leer van de schadebeperking, preciezer gezegd: door het beginsel dat de benadeelde zich redelijke inspanning moet getroosten om de schade te voorkomen en te beperken, onder meer door het tijdig instellen van rechtsmiddelen. De consequentie van dit standpunt is dat een schadeverzoek niet langer zonder meer kan worden afgewezen

wanneer de betrokkene om welke reden dan ook geen beroep heeft ingesteld tegen het schadeveroorzakende besluit. In plaats daarvan moet het schadeverzoek wél materieel door een rechter worden beoordeeld, waarbij deze het bedrag van de schadevergoeding kan reduceren voorzover de schade is veroorzaakt door het niet tijdig instellen van een rechtsmiddel. De nieuwe gang van zaken is anders, in elk geval met het oog op de tijd.

Toen ik, zoals mevrouw De Moor schrijft, deze zelfde gedachte van mijn kant ventileerde, had ik er hopelijk al een vraagteken bij staan. Inmiddels heb ik, ook naar aanleiding van recentere jurisprudentie van het Hof, nog wat méér twijfels. Mijn vraag is kort en goed: kan de leer van de formele rechtskracht eigenlijk niet worden beschouwd als een, zij het wat digitale, toepassing van het beginsel van schadebeperking? De gedachte achter deze vraag is dat een betrokkene die geen beroep tegen het schadeveroorzakende besluit zelf instelt de kans laat schieten om het besluit, inclusief zijn rechtsgevolgen, ex tunc uit de wereld van het recht te laten verwijderen. Omdat de betrokkene dat niet heeft gedaan, heeft hij onvoldoende inspanning verricht om door het besluit veroorzaakte schade te voorkomen. Op die grond wordt het schadeverzoek zonder meer afgewezen.

Ik geef toe dat deze manier van toepassen van het beginsel van schadebeperking, zoals gezegd, nogal digitaal is. Het is een kwestie van alles of niets. Wanneer je geen beroep instelt, verspeel je alle kansen op schadevergoeding. Toch meen ik dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, gezien de ruimte die het in recente jurisprudentie laat bestaan voor allerlei nationale procesrechtelijke eigenaardigheden in diverse Lid-Staten, ons beginsel van formele rechtskracht waarschijnlijk wel overeind zal laten. Het beginsel voldoet immers aan de twee eisen die het Hof in algemene zin aan toepassing van nationaal recht op EG-rechtelijke vorderingen stelt: het non-discriminatievereiste en het effectiviteitsvereiste. Met betrekking tot het non-discriminatievereiste stel ik vast dat de leer van de formele rechtskracht ook wordt toegepast in louter nationale situaties. Wat het effectiviteitsvereiste betreft: gelet op recente arresten[18] kan worden vastgesteld dat de toepassing van fatale, redelijke beroepstermijnen EG-rechtelijk evenmin problematisch is. Wat is de leer van de formele rechtskracht anders dan de toepassing van het fatale karakter van een beroepstermijn? De enige uitzondering die het Hof in het beruchte Emmott-arrest nog op de toepassing van fatale termijnen had gemaakt, voor het geval van de incorrecte omzetting van richtlijnen, lijkt door de bedoelde arresten inmiddels te zijn achterhaald. Is de leer van de formele rechtskracht niet een wat harde toepassing van het beginsel van schadebeperking die EG-rechtelijk door de beugel kan omdat de leer voldoet aan de eisen van non-discriminatie en effectiviteit?

---

18. O.a. 'Edis', recentelijk ook in JB gepubliceerd.

Mijn tweede vraag betreft de *onrechtmatige rechtspraak*. Een belangrijke reden waarom de invloed van het EG-recht op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht beperkt is, ligt in de omstandigheid dat EG-rechtelijk niet iedere schending van recht tot aansprakelijkheid leidt, maar alleen voldoende gekwalificeerde schendingen. Omdat in Nederland een genereuzer aansprakelijkheidsregiem geldt, moeten we dat regiem ook toepassen op EG-rechtelijke vorderingen. Vanmorgen is dat al even ter sprake geweest. We kunnen deze lijn als we dat willen blijven volgen.

Er is echter één terrein waarop het Nederlands aansprakelijkheidsrecht misschien wat beperkter is dan de EG-rechtelijke norm, namelijk het terrein van de onrechtmatige rechtspraak. In Nederland wordt aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak alleen aangenomen indien bij de voorbereiding van de rechterlijke beslissing fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd. Dit criterium is anders en naar mijn indruk ook beperkter dan de EG-rechtelijke norm van gekwalificeerde schending. Is deze indruk juist, dan zullen aansprakelijkheidsacties wegens schending van EG-recht door een Nederlandse rechter niet langer uitsluitend moeten worden beoordeeld op basis van het criterium van de veronachtzaming van fundamentele rechtsbeginselen, maar op basis van het EG-rechtelijk criterium van de voldoende gekwalificeerde schending. Dit kan bijvoorbeeld tot aansprakelijkheid leiden wanneer een hoogste rechter een uitspraak doet die EG-rechtelijk evident onjuist is of wanneer zo'n rechter een verwijzingsplicht naar het Hof niet nakomt in zaken waarin dat wél had gemoeten. Is de preadviseur het met mij eens dat er op het terrein van de onrechtmatige rechtspraak mogelijkheden voor de EG-rechtelijke standaard liggen, en, zo ja, wat ziet zij daarin?

Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

De eerste vraag van Widdershoven heeft betrekking op de formele rechtskracht en de schadebeperking. De interveniënt heeft er mijns inziens gelijk in als hij zegt dat de leer van de formele rechtskracht zou kunnen gelden als een invulling voor de schadebeperking die het Hof heeft ingevoerd, juist vanwege het feit dat iedere Lid-Staat procesrechtelijk gezien zijn eigen vormen mag kiezen om schadevergoedingsprocedures in te richten. Op één punt wil ik nog op een consequentie wijzen. De Nederlandse rechter zegt op een gegeven moment: het besluit heeft formele rechtskracht, en nu u erover komt klagen bent u niet-ontvankelijk. Bij invulling van de leer van de schadebeperking daarentegen zou de rechter in feite moeten zeggen: u bent ontvankelijk, en wij gaan naar uw zaak kijken, maar uw beroep is ongegrond omdat u aan schadebeperking had moeten doen door beroep in te stellen tegen het besluit. Dit is eigenlijk het enige verschil dat ik zie. Ik denk dat het Hof van Justitie zich er inderdaad niet zo druk zal over maken in welke vorm dit wordt gegoten.

In de tweede plaats iets over de onrechtmatige rechtspraak. Terecht is een verschil aangegeven tussen wat wij nu als onrechtmatige rechtspraak zien en wat in het kader van het 'Brasserie'-arrest als onrechtmatige rechtspraak kan worden gekwalificeerd. Als een Lid-Staat een discretionaire bevoegdheid heeft (een rechter doet meestal op basis van een discretionaire bevoegdheid uitspraken), moet het gaan om een voldoende gekwalificeerde schending. Ik heb in mijn preadvies uiteengezet dat dit in feite neerkomt op een voldoende ernstige schending van beginselen van hogere rechtsorde: beginselen van het EG-recht of, specifieker, van het EG-Verdrag. Is er nu een groot verschil tussen de fundamentele beginselen van de Nederlandse rechtsstaat enerzijds en de fundamentele beginselen van het EG-recht anderzijds? Qua gedachtevorming, denk ik, niet, maar qua uitwerking uiteraard wél, omdat in het EG-recht enigszins andere fundamentele rechtsbeginselen gelden dan in het Nederlandse constitutionele recht. Op dit punt ben ik in mijn preadvies niet ingegaan omdat ik veel moeite heb gedaan aan te sluiten bij het onderwerp van vandaag, dat toch vooral gericht is op het zelfstandig schadebesluit. Ik ben het er mee eens dat eigenlijk alleen op het gebied van de onrechtmatige rechtspraak de 'gekwalificeerde schending'-rechtspraak voor Nederland gevolgen heeft waarnaar we nog eens goed moeten kijken. Voor het overige is alles naar mijn inschatting wel in orde.

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Mevrouw De Moor en ik zijn het voor het grootste gedeelte wel eens. Ik wijs er nog op dat schendingen van gemeenschapsrecht niet steeds fundamentele rechtsbeginselen moeten betreffen. Er kan ook sprake zijn van een evidente schending van een verordening of een richtlijn, waarbij een voorschrift op een domme manier verkeerd is begrepen. Dat is toch iets anders dan de schending van fundamentele beginselen die in Nederland voorwaarde voor onrechtmatige rechtspraak is. Wil aan die voorwaarde zijn voldaan, dan moet bijvoorbeeld absoluut geen 'hoor en wederhoor' zijn toegepast, zodat er eigenlijk geen echte rechtspraak is geweest.

Er is dus in mijn ogen wel degelijk een verschil, maar ik ben het ermee eens dat een en ander waarschijnlijk in de praktijk niet heel vaak tot een actie zal leiden.

Mr. B.P.J.G. Roozendaal

Ik ben advocaat bij Van Wijmen Nouwen in Breda en heb mij in het verleden bezig-gehouden met de aansprakelijkheid van de overheid. Bij mijn onderzoek van destijds heb ik met name gekeken naar het systeem in het Franse en het Duitse recht. Ik heb

altijd geleerd dat het Europese recht min of meer een samenraapsel is van de verschillende rechtssystemen waarbij het Franse en Duitse recht dominant zijn geweest.

Over de formele rechtskracht heeft mevrouw De Moor gezegd dat het weinig verschil zou uitmaken of iemand wegens formele rechtskracht niet-ontvankelijk wordt verklaard of dat het beroep ongegrond wordt verklaard wegens het feit dat betrokkene niet heeft voldaan aan zijn schadebeperkingsplicht. In dit verband wil ik wijzen op het Duitse recht. Daarin kent men het leerstuk van de formele rechtskracht niet. In Duitsland kun je gewoon naar de burgerlijke rechter stappen, ook al heb je nagelaten beroep in te stellen tegen een besluit. De Duitse rechter zegt dan niet: je had beroep moeten instellen, dus wegwezen hier! Het uitgangspunt wordt gekozen in de schadebeperkingsplicht, die uiteraard dan in casu nog nader moet worden uitgelegd. In het Duitse recht, dat zeer burgervriendelijk is, zegt men: afhankelijk van de positie en de kennis van eiser, en tevens afhankelijk van de beantwoording van de vraag of er sprake is van een kennelijk onrechtmatig besluit, zal eiser worden verweten dat hij de schade niet heeft beperkt. In alle andere gevallen wordt gewoon de schade vergoed. Ook het Franse recht gaat uit van een verdeling van aansprakelijkheid en besteedt niet zo veel aandacht aan de vraag of eiser beroep of bezwaar heeft ingesteld.

Ik weet op dit punt verder niets van het Europese recht. Dit voor de duidelijkheid, maar ik zou mevrouw De Moor toch de vraag willen voorleggen of bij het Hof van Justitie niet de invloed van het Duitse en het Franse recht een rol zou kunnen spelen.

Mevrouw mr. A.J.C. de Moor-van Vugt

Niet voor niets heb ik gezegd dat er verschil bestaat in de manier waarop procedures zijn ingericht: niet-ontvankelijkheid ten opzichte van ongegrondheid. Ingaand op de uitkomst van het geschil, meen ik dat we, hoe we de procedure ook naar Nederlands recht zouden inrichten, uiteindelijk toch uitkomen bij het resultaat dat de burger met lege handen naar huis moet. In dat opzicht is er dus géén verschil. Wanneer je echter, zoals nu terecht wordt opgemerkt, de vraag erbij betrekt in hoeverre het verwijtbaar is dat iemand al dan niet een rechtsmiddel heeft ingesteld, ligt de zaak enigszins anders. Ik meen dat ik ergens in mijn preadvies aandacht aan die kwestie heb besteed, zij het in een noot, zodat het wel niet erg zal zijn opgevallen.

Wanneer iemand niet wist dat een rechtsmiddel kon worden ingesteld, of wanneer iemand er, gezien de jurisprudentie, van overtuigd was dat dit toch geen nut zou hebben, wordt ook in Nederland wat de formele rechtskracht betreft een uitzondering gemaakt. Dit zou je in het Europese stelsel kunnen incorporeren. Regel zou dan worden dat in gevallen waarin de schadebeperking niet-verwijtbaar achterwege is geble-

ven, de zaak wel degelijk helemaal moet worden behandeld en het schadevergoedingsverzoek alsnog kan leiden tot datgene waar de burger voor komt.

Ik ben het alweer eens met de spreker!

Mr. B.J. Schueler

Ik heb de preadviezen niet alleen met veel leesplezier doorgenomen, maar ze hebben mij ook een gevoel van opluchting gegeven. Ze laten namelijk zien dat we definitief afscheid aan het nemen zijn van de situatie waarin twee rechters in verschillende procedures oordelen over eerst de schadeoorzaak en daarna de schadevergoeding. Toch doet zich in die ontwikkeling naar mijn mening nog een probleem voor.

Voordat ik daarop nader inga, eerst nog iets over het connexiteitsvereiste, waaraan ook Van Ettekoven aandacht heeft besteed. Van Ettekoven heeft namens het 'bestuursrechtbevrijdingsfront' de regel bepleit dat een rechter in het dossier of in de feiten van het praktijkgeval steeds op zoek moet gaan naar een schadeoorzaak die voor beroep vatbaar is. Met een voorbeeld wil ik het betoog van Van Ettekoven krachtig onderstrepen. Dat doe ik dan op mijn beurt namens het 'burgerbevrijdingsfront', want het zijn met name ook de burgers die deze zoektocht moeten verrichten voordat de zaak al min of meer voorgekookt bij de bestuursrechter belandt.

Hier volgt dan mijn voorbeeld. Een burger moet voldoen aan de voorschriften van zijn vergunning. Die voorschriften zijn in mijn voorbeeld buitengewoon moeilijk te interpreteren. Over de uitleg ervan ontspint zich een discussie met de ambtenaren, en misschien ook met een bestuurder, gedurende ongeveer een jaar. Niemand weet gedurende dat jaar precies hoe het zit. Uiteindelijk wordt toch een dwangsom opgelegd omdat men tot de conclusie is gekomen dat er sprake is van een overtreding. Het dwangsombesluit wordt later door de rechter vernietigd omdat de rechter van mening is dat gezien de voorgeschiedenis en de onduidelijkheid daarin een langere begunstigingstermijn in het dwangsombesluit had moeten worden opgenomen.

Nu wijst deze burger twee schadeoorzaken aan. Ten eerste wijst hij op de te korte begunstigingstermijn, waardoor hij schade heeft geleden die hij vergoed wil hebben. Dit is in deze vergadering geen probleemgeval, want die schade is duidelijk het gevolg van het dwangsombesluit. Het dwangsombesluit is een voor beroep vatbaar besluit. De burger kan dus de weg kiezen van een zuiver schadebesluit en daartegen in beroep gaan, en als hij er wat eerder bij is, kan hij ook de weg van artikel 8:73 Awb kiezen.

Het probleem wordt groter als de burger een tweede schadeoorzaak aanwijst, namelijk de nalatigheid en onduidelijkheid aan de kant van het bestuursorgaan gedurende het voortraject. Deze schade is geen gevolg van het vernietigde besluit. De burger kan niet procederen tegen een zelfstandig schadebesluit, want dat bestaat in dit geval niet,

of het bestaat misschien wel, maar je kunt er niet tegen in beroep; het is maar nét hoe je de jurisprudentie uitlegt. Ook met artikel 8:73 kan deze burger eigenlijk niets beginnen: in de wet is daarvoor helaas geen aanknopingspunt te vinden. Artikel 8:73 wordt zó uitgelegd, dat de schade het gevolg moet zijn van het besluit zelf, en niet van handelingen die daaraan zijn voorafgegaan.

Zo ligt er dus in mijn voorbeeld een ingewikkeld schadecomplex ter beoordeling op tafel. Ik presenteer het nu alsof duidelijk is welke schade uit welke oorzaak is voortgekomen, maar dat is vaak tamelijk ingewikkeld. Schade ontstaat dan door een complex van handelingen en is niet te lokaliseren op één duidelijk moment, laat staan op één duidelijke handeling. Hoe moeten we dat geheel nu in dit voorbeeld bekijken? De burger kan natuurlijk ook een heel andere weg kiezen. Hij kan een onzelfstandig schadebesluit aanvragen en zeggen, bijvoorbeeld in de bezwaarschriftprocedure tegen het dwangsombesluit: je had het dwangsombesluit alleen maar mogen nemen als je de verantwoordelijkheid die je in het voortraject op je hebt genomen ook waar maakt en nu omzet in compensatie. Dit aspect wordt dan in de sfeer van de belangenafweging getrokken.

Neemt de burger bij het opkomen tegen het dwangsombesluit deze positie niet in, dan kan hij evengoed nog wel naar de burgerlijke rechter. We hebben dan te maken met de situatie die we kennen uit jurisprudentie van de Hoge Raad, en met name uit het 'Bolsius'-arrest, gewezen in het begin van de jaren '90. Feitelijke handelingen, voorafgaande aan een besluit, kunnen een onrechtmatige daad zijn. Zulke handelingen kunnen bij de burgerlijke rechter aan de orde worden gesteld, en die rechter is dan ook bereid daarop in te gaan.

We zien nu al dat alle verschillende schadeacties die je in het bestuursrecht maar kan bedenken in deze ene casus samenvallen. Hoe nu precies wélke schade in wélke procedure moet worden gevorderd, is eigenlijk niet meer goed te zeggen, althans: je weet niet hoe een rechter ermee zal omgaan. Je kunt daarover allerlei theorieën hebben, maar ik moet, zoals gezegd sprekend namens het 'burgerbevrijdingsfront', constateren dat de situatie voor de burger volslagen onduidelijk is. Hij weet niet welke rechter hij zal krijgen, laat staan wat diens opvattingen erover zullen zijn.

Nu zullen sommigen misschien zeggen dat onze burger het niet goed heeft gedaan: hij had, zo kan mij worden tegengeworpen, gewoon het zekere voor het onzekere moeten nemen door in het bezwaar tegen het dwangsombesluit te vragen om nadeelcompensatie, bij wege van een onzuiver schadebesluit. Dat vind ik een goede tegenwerping, maar ik ga uit van de situatie waarin de burger dat *niet* heeft gedaan. Het argument dat hij zijn rechten dus heeft verspeeld, gaat niet helemaal op, want als diezelfde burger materieelrechtelijk een ander aanknopingspunt kiest en zich beroept op het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten (*égalité*-beginsel), kan hij, als ik het allemaal goed begrijp, op grond van de 'Van Vlodrop'-uitspraak een zelfstandig schadebesluit uitlokken. In de genoemde uitspraak staat immers dat een beslissing op

een verzoek om schadevergoeding, gebaseerd op het *égalité*-beginsel, een voor beroep vatbaar besluit is indien de schade verband houdt met een voor beroep vatbare oorzaak. In dit geval kun je misschien een deel van de verplichting tot schadevergoeding construeren door het dwangsombesluit als voor beroep vatbare oorzaak te bestempelen. We hebben er dus nóg weer een andere processuele mogelijkheid bij.

Ik laat nu maar even in het midden hoe ingewikkeld het wordt als deze burger primair schadevergoeding wegens onrechtmatige daad wil vorderen en subsidiair nadeelcompensatie, waarin je dan ook weer verschillende rechtsgrondslagen zou kunnen zoeken. Graag had ik natuurlijk het geval nog wat realistischer gemaakt door de chaos te vergroten, maar dat zal ik met het oog op de tijd niet doen. Wél nog de volgende korte opmerking. Immateriële schade vormt vaak een probleem, met name in het ambtenaren- en socialezekerheidsrecht. Ik laat nu de ambtenarenrechter even voor wat hij is, omdat die op dit vlak een eigen jurisprudentie heeft, maar je ziet hoe dan ook vaak in gevallen van immateriële schade dat het vrijwel onmogelijk is te zeggen dat één besluit dé oorzaak voor alle veroorzaakte leed is. Leed wórdt niet veroorzaakt door besluiten, maar door menselijke handelingen rondom besluiten, de besluiten zelf daarbij misschien inbegrepen. Kortom, een deel van de schade moet dan aan de orde worden gesteld bij de bestuursrechter, op grond van een besluit, en de overige delen van de schade moeten worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter.

Het probleem dat ik aan de preadviseurs na dit alles wil voorleggen, is het volgende. Zijn we als het om de rechtsontwikkeling gaat niet aan het achteruit lopen? We proberen, zoals ik aan het begin van deze interventie zei, een revolutie te ontketenen door de noodzaak om twee procedures te voeren, één over de schadeoorzaak en één over de schade*vergoeding* daarvan, weg te nemen, maar komen we nu niet terecht in een situatie waarin in veel gevallen twee procedures moeten worden gevoerd die allebei over de *schade* gaan, afhankelijk van de beantwoording van de vraag wat de oorzaak van die schade is? Kortom, mijn vraag luidt, eenvoudig samengevat: is het niet beter de tussenfase die Verheij in zijn preadvies in de vorm van een nieuw geformuleerd artikel 8:85 voorstelt maar over te slaan en meteen over te gaan naar het wat rigoureuzere criterium van de *publiekrechtelijke rechtsbetrekking*?

Ook deze formulering roept overigens weer allerlei problemen op, want wat is een 'publiekrechtelijke rechtsbetrekking'? Deze problemen betreffen echter grensschermutselingen, aan de rand van het begrip 'publiekrechtelijke rechtsbetrekking'. Als er feitelijke handelingen worden verricht, kun je je bijvoorbeeld afvragen of die nu al dan niet onder dat begrip vallen, maar bij de huidige stand van het recht belanden we in de mijns inziens veel problematischer situatie dat je in gevallen waarin je zeker weet dat je in een publiekrechtelijke context opereert toch weer voor een deel van de schade naar de burgerlijke rechter moet omdat je de schade niet kunt aanmerken als het gevolg van een appellabel besluit.

Mr. N. Verheij

In feite heb ik over het nu aangesneden onderwerp al het een en ander gezegd naar aanleiding van de interventie van Van Ettekoven. Met de richting van de gemaakte opmerkingen ben ik het helemaal eens. Een aantal van de voorbeelden die in de casus aan de orde komen, heb ik concreet in mijn preadvies genoemd. Zo schrijf ik ergens dat ook de 'Bolsius'-gevallen zeker binnen bereik zouden moeten komen. Of we die stap in één keer kunnen zetten, hangt er, nogmaals gezegd, van af of we voldoende vertrouwen kunnen hebben dat we met het rauwelijks invoeren van het begrip *publiekrechtelijke rechtsbetrekking* niet soortgelijke nieuwe afbakeningsproblemen binnenhalen als we nu hebben gedaan door de stap van het zelfstandig schadebesluit te zetten. Een en ander zal heel goed moeten worden geanalyseerd.

Voor de gedachtegang op zich heb ik veel sympathie. Met Schueler ben ik het volstrekt eens dat we het geheel veel te ingewikkeld hebben gemaakt.

Mr. B.J. Schueler

Ik erken dat het begrip *publiekrechtelijke rechtsbetrekking* tal van ingewikkelde vragen oproept, vooral als je er in abstracto en in het algemeen naar kijkt. Vanuit het perspectief 'wat zijn de regels en hoe is ons systeem?' zijn die problemen misschien nog wel veel groter dan de problemen die we nu hebben, maar laatstgenoemde problemen doen zich in tal van casussen dagelijks voor. Al is het nóg zo duidelijk dat het gewoon gaat om een vergunning of een dwangsom, om de besluitvorming daarover en om de schade die daarbij is ontstaan, je moet steeds onderscheid maken tussen schade die je aan de burgerlijke rechter en schade die je aan de bestuursrechter kunt voorleggen. Bij hantering van het criterium *publiekrechtelijke rechtsbetrekking* zullen zich in veel gevallen geen problemen meer voordoen. Alleen wanneer je aan 'de rand van het bestuursrecht' komt, bij privaatrechtelijke rechtshandelingen of bij feitelijke handelingen, ontstaat een probleem dat we nooit kunnen oplossen. Kunnen we dan niet maar beter meteen op dát probleem overstappen, omdat het minder wanorde veroorzaakt?

Voorzitter: Nu zijn grensconflicten natuurlijk wél vaak de inleiding tot oorlog! Is er iemand in de zaal die nog wat onrust wil stoken? Ik zie dat Kortmann, die daar natuurlijk altijd goed voor is, het woord vraagt!

Mr. C.A.J.M. Kortmann

Het afgelopen weekeinde heb ik een uur gebeden om te voorkómen dat ik vandaag tussenbeide zou komen, maar het gebed is niet verhoord! Ik kan het toch niet laten iets te zeggen.

De publiekrechtelijke rechtsbetrekking als criterium voor competentie *lijkt* een aanzienlijke verbetering, maar ik heb de neiging het met de voorzitter eens te zijn dat dit soort begrippen 'grensconflicten' oproepen die tot oorlog leiden. Een probleem is namelijk dat dit criterium wederom een materieel karakter heeft. *Besluit* is een materieel criterium, en die verrekte *rechtsbetrekking* is ook weer Germaans-materieel getint! Je komt er toch niet veel verder mee. Je zou simpel moeten doen wat in feite de burgerlijke rechter heeft gedaan met de *obiectum litis*-leer. Daarin is de vraag van de competentie heel simpel een vormkwestie geworden. Je roept iets, en de burgerlijke rechter doet de deur open en zegt: ik ben bevoegd. Wat er vervolgens gebeurt, weten we allemaal. Er kan niet-ontvankelijkheid worden uitgesproken, enzovoort. De burgerlijke rechter hanteert een zuiver formeel criterium, en dat wérkt.

Het criterium *rechtsbetrekking* betreft niet de vorm, maar de inhoud. Dat wordt uiteindelijk een ramp, net zo'n ramp als bij het *besluit*-criterium. Een iets minder grote ramp, maar wel een langdurige!

Wat zou je moeten doen? Aansluiten bij Hennekens, zou ik op het eerste gezicht willen zeggen. Dat zou echter voor Hennekens te veel eer zijn, en daarom kijken we wat verder dan Zuid-Limburg. We kijken naar Frankrijk. Al vaker is erop gewezen dat de Fransen een oersimpel principe hanteren. Of het nu gaat om contracten, om schade of om een vernietigingsberoep, ze laten zich leiden door de vraag: wie handelt hier nu eigenlijk? Als wordt geconstateerd dat de administratie heeft gehandeld, staat vast welke rechter bevoegd is. Natuurlijk levert dit criterium wel enige afbakeningsproblemen op, maar de administratie kun je over het algemeen wel herkennen, alleen al aan de sjofele kleding, hoewel dat misschien is veranderd en ik tegenwoordig moet zeggen: aan de luxe kleding! In ieder geval: na de constatering dat het in casu de administratie is die heeft gehandeld, hebben we te maken met een vernietigingsberoep, een administratief contract of een publiekrechtelijke schadevergoedingsactie.

Zo ben je van allerlei gedonder af, althans waar het gaat om het rechtsbeschermingsgedeelte van de Awb. Dit neemt overigens niet weg dat je het 'besluit'-begrip in een andere context wel degelijk nog zou kunnen gebruiken. Op het gebied van procedurevereisten bijvoorbeeld is het legitiem een bepaald type handelingen van de administratie van waarborgen te willen voorzien. Rechtsbescherming daarentegen moet niet worden opgehangen aan de criteria *besluit* of *publiekrechtelijke rechtsbetrekking*, want dat leidt volgens mij tot een chaos, die nu trouwens al bestaat. Ik vind dat buitengewoon treurig, niet alleen omdat het geweldig duur is en irritatie oproept, maar ook met het

oog op het onderwijs. Al doe je intellectueel je uiterste best (ik geef toe dat dit mij vaak grote moeite kost!), het lukt niet meer het nu bestaande systeem aan aankomende juristen uit te leggen. Ook aan andere juristen en zéker aan rechtzoekenden kan ik dit systeem niet duidelijk maken. Rechtzoekenden staan, zoals Van Ettekoven zojuist al aangaf, in feite te kijken met een blik van 'helpt u mij alstublieft!', maar het antwoord van de jurist moet zijn: ik kán je niet helpen, want ik begrijp er óók geen bal van!

We moeten zoeken naar het orgaanbegrip als aanknopingspunt. Ik denk dat ook de wetgever dat heel snel zal moeten doen, want de huidige ontwikkeling is aan het uitmonden in een schokkende manier waarop de rechtsbescherming is georganiseerd.

Voorzitter: Nu krijg ook ik ineens de behoefte een vraag te stellen! Dat is de enige keer dat ik dat vandaag zal doen.

Ik kan er helemaal naast zitten, maar mij staat bij dat die heldere Franse keuze wordt ontsierd door buitengewoon veel uitzonderingen. Roozendaal, die ervoor heeft doorgeleerd, blijkt dit te beamen. Als het Franse systeem inderdaad zo veel uitzonderingen bevat, schieten we daarmee dan wel zo veel op?

Kortmann: Er zijn wel uitzonderingen, maar die zijn voornamelijk voortgevloeid uit de ook bij ons bekende problematiek van de gevallen waarin men entiteiten die van oorsprong particulier zijn als overheid laat opereren. De hier aanwezigen zijn ongetwijfeld op de hoogte van het verschijnsel waarbij privaatrechtelijke instellingen overheidsbevoegdheden uitoefenen. In dat kader is in Frankrijk de administratieve rechter gedwongen tot het beantwoorden van de vraag: heb ik hier nu wel of niet met de *administration* te maken? Dat probleem is ontstaan door vermenging van de klassieke administratie met die privaatrechtelijke clubs die iets vergelijkbaars doen. Voor het overige stuiten we op het oorspronkelijke probleem dat de wet her en der uitzonderingen heeft gemaakt. Het klassieke voorbeeld op dat gebied is nog altijd dat als de administratie gebruik maakt van voertuigen en schade veroorzaakt de gewone rechter bevoegd is. Dat berust eigenlijk op een heel ouderwetse gedachte.

Ondanks de uitzonderingen is het Franse systeem aanmerkelijk minder moeilijk dan het onze. Dat kun je ook zien aan het feit dat het *Tribunal des Conflits*, dat is ingesteld om competentiegeschillen tussen de gewone en de administratieve rechter te beslechten, maar zeer zelden uitspraak doet. Het systeem is wat dit betreft door een langdurige praktijk betrekkelijk duidelijk geworden. Bij ons kun je dat nog moeilijk zeggen.

Is uw vraag hiermee beantwoord?

Voorzitter: Ik zou nog willen toevoegen dat je nu nog niet weet door welke oorzaak het *Tribunal* zo weinig uitspraken doet. Dat moeten we misschien aan empirische onderzoekers vragen.

Mr. S.E. Zijlstra

Omdat ik het speciale verzoek heb gekregen het kort te houden begin ik als volgt. Complimenten preadviseurs, Verheij erg geestig, man leest preadvies in trein, zit te schateren, medepassagiers denken: man is gek.

Als op vleugels gedragen kom ik naar voren, omdat ik het wil gaan hebben over de *publiekrechtelijke rechtsbetrekking*. We kunnen, denk ik, constateren dat het criterium voor de bevoegdheid van de bestuursrechter verschuift van de aard van de bestreden handeling (publiekrechtelijke rechtshandeling) naar de vraag of er sprake is van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking. Verheij heeft daaraan aandacht besteed. Hij haalt de uitspraak van de Haagse president in de zaak-'Van Vlodrop' als volgt aan: '...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.' Verheij knoopt daarbij aan en schrijft: '...dat sprake is van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking zodra een specifieke bestuursbevoegdheid wordt uitgeoefend, of een uitdrukkelijk opgedragen publieke taak wordt uitgevoerd. Het mooie van dat criterium is dat het ook aangeeft *waarom* publiekrecht van toepassing behoort te zijn: de bijzondere bevoegdheden (...) scheppen de ongelijkheid, de "verticaliteit" waarover de Haagse president het had.'

Bij deze benadering, een soort 'connexiteit +' wil ik enige kritische kanttekeningen plaatsen. Ze heeft zeker aantrekkelijke kanten: ze leidt tot een uitbreiding van de rechtsingang bij de bestuursrechter die voor de burger in tal van opzichten voordelen biedt. Dat doet ze via het charmante criterium dat er een zodanige samenhang met de bevelsmacht van de overheid moet bestaan, dat een soort ongelijkheidscompensatie in procesrechtelijke zin moet worden geboden. Maar ik vraag mij af of het dan niet consequenter is haar nog verder te verbreden en te zeggen: als een bestuursorgaan een handeling verricht waar zijn bevelsmacht, vooral in de perceptie van de burger, als het ware achter schuil gaat, dan is al sprake van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.

Ik denk daarbij aan wat zo fraai is geformuleerd in het 'Methadonbrief'-arrest. De inspecteur van de volksgezondheid in Groningen en omstreken had een brief gestuurd aan alle apothekers in de regio waarin hij ze dringend verzocht geen methadon te verstrekken aan mensen die met een recept van de arts Rauwerda kwamen aanzetten. De inspecteur had puur feitelijk gehandeld: hij had alleen maar een brief geschreven, maar die brief was, zoals Hof en Hoge Raad terecht constateerden, 'beladen met het gezag dat de wet nu eenmaal aan een inspecteur van het staatstoezicht op de volksgezondheid toekent.' Ik zou in dit geval zonder aarzeling willen spreken van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, terwijl er helemaal geen connexiteit met een besluit te vinden is.

We kunnen ook, om een gebruikelijker voorbeeld te nemen, denken aan publiekelijk geventileerde beleidsvoornemens, zoals een minister die na afloop van de ministerraad zegt: de variant om de Betuwelijn deels ondergronds te laten lopen is van tafel. Een uitlating die de waarde van onroerend goed in één klap kan doen verdubbelen of halveren. Ik zou het consequenter vinden als zulke handelingen door de bestuursrechter zouden worden beoordeeld, ook in een voorlopige voorziening wellicht. Misschien wil Verheij dat ook wel. Zijn betoog op pagina 62 sluit het niet uit, maar sluit het ook niet expliciet in. Hierop zal ik graag een reactie horen.

Toch vind ik dit eigenlijk een lapmiddel. De 'connexiteit +'-benadering kan niet verklaren waarom in verhoudingen waarbij geen sprake is van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, zoals hiervoor omschreven, de burgerlijke rechter dan toch de beginselen van behoorlijk bestuur moet toepassen. Past hij dan die algemene beginselen toe in een rechtsbetrekking die niet bestuursrechtelijk is, of is ook hier sprake van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, maar een andere dan we zojuist hebben gedefinieerd? Ik zou in het verlengde hiervan, gelukkig in lijn met wat door anderen is gezegd, willen pleiten voor een op alle fronten operationeel criterium voor het onderscheid tussen het publieke en het private, niet alleen bij de bevoegdheidsverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, maar ook met het oog op de normerende werking van het bestuursrecht en met het oog op aspecten van 'grenzen aan privatisering' en 'marktactiviteit van de overheid', waarmee ik min of meer twee spiegelbeeldige situaties noem. De aard van de rechtsbetrekking moet, zoals Kortmann terecht heeft gezegd, afhangen van de vraag of één van de handelende actoren tot de overheid behoort. Of die actor bestuursorgaan is of orgaan van een overheidsrechtspersoon, maakt mij in dit verband niet zo veel uit.

Hier leg ik een link met de bevelsmacht van het 'Methadonbrief'-arrest, maar ik trek de lijn verder door. Iedereen die tot de overheid behoort, maakt onderdeel uit van de club die met bevelsmacht is toegerust. Daarmee is wat mij betreft al sprake van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking.

Dit betekent, om een antwoord te geven op de retorisch bedoelde vraag die De Wijkerslooth op pagina 105 van zijn preadvies stelt, dat het verschil maakt, zelfs principieel verschil maakt, of een burger wegens wangedrag wordt geweerd uit het Concertgebouw, of uit het gemeentelijk zwembad. Dat zal problemen opleveren, omdat het marktdenken bij de overheid zodanig heeft toegeslagen, dat allerlei instellingen, hoe publiekrechtelijk georganiseerd ook, zich van hun bijzondere positie als bestuursorgaan niet meer bewust zijn. Toch meen ik dat een dergelijke, meer offensieve benadering grote voordelen kan hebben.

Ik schaar mij hiermee bij het eerder genoemde Metajuridisch Genootschap op in mijn beleving Gereformeerd-Thomistische grondslag. Wat ik bepleit, is allemaal heel ongenuanceerd en heel digitaal, maar ik durf de stelling aan dat de beginselen van de democratische rechtsstaat waar het de scheiding van publiekrecht en privaatrecht

betreft tot een digitale benadering dwingen, overigens met alle praktische toepassingsproblemen van dien, maar die houd je bij *iedere* keuze.

Tot slot nog dit. Verheij verwijst (ik weet niet of de aanwezigen dit hebben gezien) op pagina 68 naar de cultserie Star Trek. In het verlengde daarvan zou ik willen zeggen: *it's bestuursrecht, but not as we know it.*

.

Mr. N. Verheij

Allereerst, als reactie op de slotopmerking van Zijlstra: ik ben heel blij dat in ieder geval één iemand die verwijzing door had. Dank!

Ik voel mij min of meer in de situatie van iemand die dacht dat hij al een vrij radicaal voorstel deed en die dan vervolgens op alle fronten links wordt gepasseerd. De bestuursjuristen had ik voor het gemak ingedeeld in de radicalen en de gematigden, maar ik geloof dat ik het zetelaantal van de ultraradicalen nogal heb onderschat! Op veel punten ben ik het overigens met de gekozen benadering erg eens. Ook ik vind, zoals ik vandaag al enige keren heb gezegd, dat we vooral moeten proberen het systeem eenvoudig te houden en ervoor moeten zorgen dat zo veel mogelijk de inhoud aan de orde komt, zonder dat die van zijn plaats wordt verdrongen door competentiekwesties. Ik kan dus een heel eind meegaan in wat hier wordt bepleit, maar ik houd ten aanzien van een verdere concretisering toch nog wel een paar vragen over.

Wat moeten we nu bijvoorbeeld doen met wélke overeenkomsten? Als ik *Hennekens* goed begrijp, zegt hij: dat is geen probleem, want die overeenkomsten worden gesloten door de overheid als rechtspersoon.

Hennekens: U begrijpt het verkeerd. Bevoegdhedenovereenkomsten worden gesloten door het bestuursorgaan en niet door de rechtspersoon.

Verheij: Oké. Als je het zo interpreteert, kun je die categorie afbakenen. Je hebt dan nog wel het eerder door mij gesignaleerde probleem dat in de praktijk bevoegdhedenovereenkomsten en andere typen overeenkomsten nogal eens door elkaar heen lopen. Die zou je dan moeten gaan splitsen, wat natuurlijk ook weer zo z'n problemen oplevert.

Zijlstra lijkt alle overeenkomsten te willen insluiten. Het maakt hem niet zo veel uit van welk type overeenkomsten zijn: ook het klassieke pennen- en potlodenvoorbeeld wil hij, zo meen ik, gewoon bij de bestuursrechter aan de orde laten komen. Ik begin me dan af te vragen of ik nu wel zó radicaal ben! Natuurlijk doet ook in pennen- en potlodenovereenkomsten soms de invloed van algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich gelden, maar heel vaak in de praktijk ook niet. Dat type geschillen lijkt toch in overwegende mate veel meer op gewone privaatrechtelijke geschillen. Of het

nu praktisch handig zou zijn ook deze geschillen aan de bestuursrechter toe te delen, vraag ik mij af.

Mr. J.L. de Wijkerslooth

Ik heb hier de wens horen uiten dat we eens moeten ophouden met privatiseren, omdat dat zo onaantrekkelijk is voor het bestuursrecht. In welke mate je wensen kunt uiten en kunt denken dat ze vervuld worden, is mij onbekend.

Verheij: Lang genoeg wachten; dan keert de politieke mode vanzelf weer terug!

De Wijkerslooth: Ik moet u bekennen dat ons volgens mij in het kader van de Europese Unie nog heel wat te wachten staat. We zijn nu zo ver dat we infrastructuur al geheel hebben opgegeven, en er zal nog wel het een en ander bij komen. Ik vind het dan ook niet zo'n verstandig uitgangspunt in dit soort discussies te zeggen: we zijn eigenlijk tegen privatisering en we trekken ons dus daarvan niet zo veel aan. Dat lijkt me echt onwenselijk, en een te vernauwd standpunt.

Wat de overige discussie betreft: ik ben bang, ook met het oog op de praktische bezwaren, voor al te draconische veranderingen nadat we nog maar een paar jaar ervaring met de Awb hebben, maar áls we gaan veranderen, schaar ik me absoluut aan de zijde van *Kortmann*. Ik zie namelijk niets in het vólgende vage inhoudelijke criterium, en de verticale gezagsrelatie heeft precies hetzelfde bezwaar: ook daar komen we nooit uit. Als we dus besluiten dat er ruimte is om te gaan veranderen, laten we dan inderdaad iets kiezen wat op het Franse systeem lijkt. Dat is altijd beter dan wederom in zo'n vaag tussensysteem te gaan zitten.

Ik vind het vreselijk als een gezelschap als dit moet erkennen dat we een jaar of wat geleden een wet hebben gemaakt, maar moet constateren dat wij in vijf jaar toepassing, waarmee ik het, eerlijk gezegd, niets steeds eens ben geweest, ons hebben laten leiden door het gevoel dat toegang tot de burgerlijke rechter de hel gelijk was en in ieder geval niet beantwoordde aan de autonomie en de emancipatie van het bestuursrecht en dat we er aldus doende zó'n rommeltje van hebben gemaakt dat de hele wet weer gewoon op z'n kop moet worden gezet. Als de ontwikkelingen die kant op gaan, hebben we met ons allen een fantastische maatschappelijke schade bewerkstelligd. Ik vind dat juristen ook dááraan eens moeten denken. Ontzettend veel energie is op deze manier verloren gegaan, terwijl voor allerlei mensen ontzettend veel ellende in de wereld is geholpen. Dat dóén we dan toch maar! Is de mooie discussie die prijs waard? Ik vind stellig van niet.

Mr. S.E. Zijlstra

Het gaat mij om vertrekpunten. We zitten hier in gemengd gezelschap. Ik heb er niet voor gepleit dat de wetgever morgen de Awb op de schop neemt en die wet vanuit mijn invalshoek gaat veranderen. Het gaat mij erom dat de wetenschap en de vereniging eens nadenken over de vraag hoe ver je vanuit mijn vertrekpunt zou kunnen komen. Nu zijn we steeds aan het rommelen in de sfeer van 'het blijft een toekomstbeeld, en dat zal het altijd blijven', en daardoor zitten we steeds te mieren in het bestaande systeem. Ik ben overigens blij met de instemming van De Wijkerslooth voor mijn schets van de meest gewenste situatie. Hoe we die situatie moeten bereiken, is een andere vraag.

Als men in mijn woorden van zojuist de wens heeft beluisterd dat we eens moeten ophouden met privatiseren, heb ik mij gewoonweg verkeerd uitgedrukt. Het gaat mij erom dat mijn criterium ertoe leidt dat de keuze 'privatiseren, ja of nee?' helderder wordt genormeerd. Als de overheid besluit iets 'weg te zetten', dan is zij het ook kwijt en dan heeft die activiteit niet meer de voordelen maar ook niet meer de nadelen van een overheidsactiviteit. Houdt de overheid iets binnenboord, dan blijft zij gebonden aan alle publiekrechtelijke normen die voor de overheid gelden. Ongewenst vind ik het als, zoals nu gebeurt, allerlei tussensituaties ontstaan waarbij mensen als het ze uitkomt een beroep op het publiekrecht doen en als het ze niet uitkomt zeggen dat ze een private marktpartij zijn.

Mr. G.A. van der Veen

Na de 'zuiverschadebesluitjurisprudentie' had ik aanvankelijk de gedachte dat het geheel toch wel enigszins een chaos was geworden. Bekijk ik die jurisprudentie echter nader, dan zie ik daarin slechts dat de Afdeling een paar connexe besluiten of misschien beter gezegd beginselen heeft aanvaard: het beginsel van de onrechtmatige daad en het beginsel van de onverschuldigde betaling, waar later ook de ongerechtvaardigde verrijking nog bij kwam. Daarnaast hebben we dan ook nog het publiekrechtelijke beginsel van de *égalité devant les charges publiques*. Een en ander brengt mij tot een nuancerende opmerking. Dit alles blijkt in verband te moeten staan met een eerder besluit. Bovendien gaat het in de 'zuiverschadebesluitjurisprudentie' steeds om een financiële uitwerking: twee keer dat het bestuur gehouden is een bepaalde schadevergoeding te betalen, twee keer dat de burger gehouden is het bestuur te compenseren voor iets wat dat bestuur eerder heeft uitgekeerd. Dit zijn vier financiële kwesties, die ook telkens eenzijdig uitpakken.

Ik kijk dan nog even verder naar de jurisprudentie van de Afdeling. Er is nu een uitspraak van 9 februari en er zijn twee uitspraken van 25 februari verschenen. De twee

laatstgenoemde uitspraken staan beide in het rechtspraakoverzicht van het aprilnummer van het *Nederlands Juristenblad*. Dat betreft zaken over meerzijdig handelen van de overheid, één keer een kwestie van erfpacht en één keer een kwestie van een soort schadevergoeding in het kader van de verhuur van mosselpercelen. In beide zaken zou je met goede wil en in de lijn van de preadviseurs kunnen zeggen dat er wel degelijk publiekrechtelijke aspecten aanwezig waren. Ik denk daarbij met name aan de lijn van Verheij, die een duidelijke voorkeur heeft voor de publiekrechtelijke rechtsbetrekking. In het geval van de erfpacht ging het over een pand dat in erfpacht was uitgegeven, waarbij men een subsidie-element tot uiting zag komen. Welnu, we weten al lang dat je bij enigerlei vorm van subsidie al snel bij de bestuursrechter zit. Het geval van de mosselpercelen vond plaats op publiek domein, en daarvan zou ik willen zeggen dat anderen dan ik nogal eens de opvatting verkondigen dat publiek domein ook publiek recht impliceert, met als gevolg een publiekrechtelijke rechtshandeling, een besluit etcetera.

Op de derde uitspraak ga ik nu niet nader in, ook al omdat hij nog niet is gepubliceerd. In alle drie de uitspraken kunnen we zien dat de Afdeling waar het om tweezijdig handelen gaat werkelijk angstvallig de eerdere, onder andere onder de Wet Arob getrokken grenzen handhaaft. Ik vraag me dan ook af of de eerder geschetste chaos niet beperkt blijft tot de eenzijdige rechtshandeling op het punt van financiële overdracht. Voor het overige zie ik eigenlijk weinig chaos en dus des te minder reden om tot veranderingen te komen.

Mr. G.P. Kleijn

Veel van de punten waarop ik mij had voorbereid, zijn in de loop van de dag al aan de orde geweest. Daardoor kan mijn interventie in omvang beperkt blijven.

Vanochtend heeft Tak en vanmiddag heeft Timman bepleit bij de voortgang van de herziening van de bestuursrechtspraak te zorgen voor twee feitelijke instanties en een cassatiemogelijkheid, conform de inrichting van het civiele recht bij de schadevorderingsactie. Daarop is tot dusverre door de preadviseurs nog niet ingegaan. Ik zou hun, en met name Verheij en De Wijkerslooth, willen vragen in hoeverre zij inderdaad een link zien en of zij het wenselijk vinden de ontwikkeling van de schadevergoedingsregeling in het spoor te plaatsen van een streven naar instantiegelijkheid in het kader van de herziening van de rechterlijke organisatie. Ik kan mij voorstellen dat er besluiten zijn waarvan het oordeel over de rechtmatigheid op korte termijn definitief door een rechter moet worden vastgesteld, maar iets dergelijks geldt, zo meen ik, niet voor de schadeactie.

Een ander punt. Op pagina 35 schrijft Verheij over de verhouding tussen de drie wegen waarlangs thans schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen kan

worden verkregen: via de civiele rechter, via de bestuursrechter en via de bestuursrechter aan de hand van een zuiver schadebesluit. Het lijkt er inderdaad op dat deze drie wegen in hoge mate uitwisselbaar zijn en dat de beperking ligt in het beginsel, inhoudende dat men geen tweede rechterlijk oordeel kan krijgen over een vraag die al door een rechter is beslist. Dat klinkt op zich heel logisch, maar in het bijzonder met het oog op bestuursorganen vraag ik mij af hoe Verheij denkt over het geval waarin een benadeelde aanvankelijk kiest voor een civiele procedure, maar, bijvoorbeeld door gebrek aan financiële middelen, niet meer kan terugvallen op zijn advocaat en daardoor op een gegeven moment besluit de civiele procedure voorlopig niet voort te zetten. Ook het eventuele gebrek aan financiële middelen is vandaag al eerder aan de orde geweest. Het bestuursrecht verdient met name door zijn laagdrempeligheid een zekere voorkeur bij een keuze voor de rechterlijke kolom waarin schadevorderingen moeten worden afgewikkeld.

Naast het zojuist aan Verheij voorgelegde geval kan zich bijvoorbeeld ook voordoen dat in de civiele procedure van de zijde van de overheid een dusdanig standpunt wordt ingenomen dat de burger meent dat hij waarschijnlijk wel zal verliezen en er dus maar beter mee kan stoppen. Duidelijk zal zijn op welke categorie gevallen ik nu doel. Kan het, zo vraag ik mij af, in dergelijke gevallen zo zijn dat alsnog een zuiver schadebesluit wordt uitgelokt, ter zake van de schadeposten die al in de civiele procedure zijn aangevoerd? Mag het bestuur in zo'n geval de burger tegenwerpen dat hij voor de civiele weg heeft gekozen en dat hij dus die rechtsgang in beginsel moet blijven volgen en mag op die grond het schadeverzoek worden afgewezen, of staat het de burger vrij zolang geen vonnis of uitspraak voorligt van de ene naar de andere procedure over te stappen?

Mr. N. Verheij

Over het laatste punt van Kleijn zou ik eigenlijk wat dieper moeten nadenken. Het toont in ieder geval aan dat het geheel nóg ingewikkelder is dan ik al dacht! Denkend over het geval waarin nog een procedure aanhangig is, meen ik dat we moeten proberen het geheel althans zó overzichtelijk te houden, dat die procedure moet worden afgemaakt voordat men een ander pad kan inslaan. Op zichzelf is het juist dat je een eerder ingestelde vordering kunt intrekken. Als er dan nog geen rechterlijk oordeel is, komt het principe dat je niet twee keer de rechter een oordeel over hetzelfde punt kunt vragen niet rechtstreeks in gevaar. We zouden kunnen overwegen iemand in zo'n situatie toe te staan alsnog de andere weg in te slaan. Zo'n regiem lijkt mij overigens uit het oogpunt van de belasting van de rechterlijke organisatie niet erg aantrekkelijk, maar dan spreek ik misschien te veel als ambtenaar van het ministerie van Justitie. Het feit dat er nog geen vonnis is, sluit niet uit dat er al wél veel werk is gedaan.

Vervolgens iets over rechtspraak in twee instanties met cassatiemogelijkheid, in relatie tot de herziening van de rechterlijke organisatie. Kleijn vraagt aandacht voor het pleidooi ten gunste van parallellie. Nu ben ik op zichzelf voorstander van meer eenheid in de rechterlijke organisatie en op veel punten ook nog van beroep in twee instanties. Dat was ik op beide punten al lang voordat ik wist wat de term 'zuiver schadebesluit' betekent, want deze discussie is al veel langer dan vandaag aan de gang. Ik constateer echter op dit moment dat de discussie even stil ligt, politiek, maar ook binnen het juridisch forum. De vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging van twee jaar geleden leerde dat er over de wenselijkheid van algehele integratie ook onder juristen bepaald geen eenstemmigheid bestaat. Op het politieke niveau heeft het huidige kabinet gezegd: wij denken er deze kabinetsperiode niet over na. Nu weet ik niet hoe lang het huidige kabinet nog het huidige kabinet is, maar zelfs als een volgend kabinet het onderwerp weer zou oppikken, zouden we ongetwijfeld eerst weer een discussie aan de hand van nota's en vervolgens een heel lang wetgevingstraject krijgen. Kortom, ik ga er op grond van praktische overwegingen van uit dat de huidige organisatie in ieder geval ongeveer de eerstkomende tien jaar nog zal bestaan en dat we gedwongen zijn binnen dat kader naar oplossingen voor het zelfstandig schadebesluit te zoeken.

Mr. J.L. de Wijkerslooth

Over hoger beroep en cassatie circuleren, ook in bestuursrechtelijke kringen, in mijn ogen wel eens wonderlijke gedachten. Het belang van de civiele cassatie is, afgezien van het belang van de rechtvaardigheid of de juridische juistheid in concrete gevallen, met name gelegen in het creëren van rechtseenheid. Dat is ook in confesso. Waarom is een rechtseenheidsvoorziening nodig? Het antwoord luidt: we hebben in de civiele procedure vijf hoogste feitelijke instanties en we moeten proberen daar een dak boven te zetten.

Het merkwaardige is nu dat er in het bestuursrecht in grote trekken maar drie hoogste feitelijke instanties bestaan en dat deze drie instanties, in tegenstelling tot de vijf feitelijke instanties in het civiele recht, van *verschillende* aard zijn. Het eerste waaraan we dus bestuursrechtelijk zouden kunnen denken, is niet het open stellen van beroep in cassatie, maar het naar elkaar toe buigen van de drie (of misschien moet ik zeggen: vier) hoogste administratiefrechtelijke colleges. Dat lijkt mij uit het oogpunt van rechtseenheid minstens even praktisch als het openen van beroep in cassatie.

Sommigen vinden kennelijk dat het civiele systeem uiting geeft aan de ultieme gedachte op het gebied van rechtsbescherming: twee instanties en een cassatiemogelijkheid erbovenop. Ik vind het best als mensen dat vinden, maar ik zeg erbij: het cas-

satieberoep veronderstelt hoe dan ook rechtsbijstand. Men kan lang of kort praten, maar als in bestuursrechtelijke zaken cassatieberoep wordt opengesteld, hoort er per definitie verplichte rechtsbijstand bij. Op die manier offert men dus een ander punt van het schitterende stelsel op.

Daarnaast wil ik op een ander punt van het bestaande stelsel wijzen. Afgezien van het feit dat nog een aantal kwesties slechts in één feitelijke instantie wordt beslist, kent het bestuursrecht het probleem van het appèl in de kortgedingbeslissingen. In de civiele context zijn de kortgedingbeslissingen in hoog tempo heel belangrijk geworden, maar ook in die hele kolom staat hoger beroep en cassatie open. Voordat je dat allemaal bestuursrechtelijk hebt ingevoerd, heb je, denk ik, de bestuursrechtelijke colleges weer verdubbeld!

Als men pleidooien in de richting van het stelselmatig openen van hoger beroep en beroep in cassatie houdt, moet men zich dus, zou ik menen, realiseren dat men op die manier toewerkt naar het vergroten van de bestuursrechtelijke kolom. Wanneer dat nodig is, moet het gebeuren, maar men moet zich wél goed afvragen waaróm men het nodig vindt. Ten aanzien van het cassatieberoep heb ik het uitgesproken idee dat de invoering daarvan in de bestuursrechtelijke kolom alleen maar nodig is als men de drie hoogste instanties in het bestuursrecht als zodanig laat bestaan. Kiest men wat dat betreft voor een ándere oplossing, dan is er daarmee een gezamenlijke hoogste instantie gekomen, ook al treedt die tevens op als feitelijk rechter. Wat is het bezwaar van een gemeenschappelijke hoogste instantie die ook als feitelijke rechter optreedt? Ik zie daarin niet zo veel problemen.

Het lijkt mij dus niet goed in het kader van het bestuursrecht zo maar onbekommerd te zeggen dat men naar twee feitelijke instanties en een cassatieberoep toe wil. Als dat moet worden ingevoerd, ook in kort geding, zijn we met het organiseren van de rechterlijke macht, zo vrees ik, nog wel een tijd bezig, nog afgezien van de vraag of er op dit moment politiek draagvlak voor zo'n oplossing bestaat.

Mr. O.J.D.M.L. Jansen

Sinds kort ben ik verbonden aan het G.J. Wiarda Instituut van de Universiteit van Utrecht. De derde stelling van het proefschrift dat ik op 12 februari jongstleden verdedigde, luidde als volgt: 'Strafprocesrecht is bestuursrecht; het bestuursrecht is het gemene recht.' Het laatste gedeelte van deze stelling zou een mooie doelomschrijving voor het volgende millennium kunnen zijn in het kader van de emancipatie van het bestuursrecht. Daarop ga ik niet in. Ik ga in op iets wat mij vanaf enige afstand redelijk verwondert. Al een eeuw wordt vrijelijk gesproken over de afgrenzing publiekrecht/privaatrecht, maar daarbij wordt het strafprocesrecht, toch ook publiekrecht,

stelselmatig vergeten. Toch is het niet onbelangrijk er eens naar te kijken. Het kan ook voor het bestuursrecht interessant zijn, alleen al omdat in het strafprocesrecht niet met een besluitbegrip wordt gewerkt.

Mag ik eens wijzen op de omstandigheid dat in het strafprocesrecht punten te herkennen vallen die ook in het bestuursrechtelijke debat naar voren zijn gebracht. Zo werd al in 1884 door W.J. Leyds in zijn proefschrift *De rechtsgrond der schadevergoeding voor preventieve hechtenis* het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* gehanteerd in een strafprocesrechtelijke context. Ik wil daarmee aantonen dat in het strafprocesrecht al vrij diepe en oude wortels aanwezig zijn voor leerstukken die wij nu bespreken. De strafrechter komt echter alleen toe aan een oordeel over schadevergoeding indien deze wettelijk is geregeld. Artikel 89 Sv bepaalt dat de (aanvankelijk) gedetineerde verdachte in een aantal gevallen aanspraak kan maken op schadevergoeding. Buitenwettelijke vormen van schadevergoeding kunnen bij mijn weten door de strafrechter niet worden toegekend. Ik heb wel eens bepleit dat de strafrechter de mogelijkheid zou hebben de officier van justitie niet-ontvankelijk te verklaren die ten onrechte heeft nagelaten in een bepaalde situatie nadeelcompensatie aan iemand, bijvoorbeeld de verdachte, toe te kennen. De strafrechter heeft immers daartoe het normenapparaat in handen: de beginselen en de normen zijn er, en zijn alle in het strafprocesrecht erkend. Deze gedachte werd echter door met name strafprocesrechtjuristen min of meer met hoongelach afgedaan.

Het preadvies van Verheij is in dit verband het interessantst, maar ik wil De Wijkerslooth, juist gelet op diens nieuwe functie, niet tekort doen. Het maakt voor het strafprocesrecht nogal uit uit welke cel van het 'bestuursrechtbevrijdingsfront' de toekomstige ontwikkeling gaat komen. Ik zwijg nu maar even over de gevolgen die revoluties meestal in de praktijk plegen te hebben. Gaat het om de gematigden, dan is er voor het strafprocesrecht niets aan de hand. De gematigden zoeken aansluiting bij een besluit, en aangezien in het strafprocesrecht geen besluiten worden genomen, is de conclusie duidelijk. De radicalen, waarmee ik denk te doelen op minder radicalen dan de 'ultraradicalen', werken met de publiekrechtelijke rechtsbetrekking, en als er érgens een zeer intensieve publiekrechtelijke rechtsbetrekking voorkomt, dan is het wel in het strafprocesrecht. Ook de regering vindt, blijkens de toelichting bij de Derde Tranche van de Awb inzake beleidsregels, dat de rechtsbetrekking in het strafprocesrecht publiekrechtelijk is en dat in die rechtsbetrekking op vergelijkbare wijze als in het bestuursrecht beginselen doorwerken. Het kan echter ook zijn dat we hier te maken hebben met zo'n handig zinnetje waarop Verheij in noot 103 op pagina 45 doelt, een zinnetje waarmee een wetgevingsjurist even van de problemen af is. Je kunt je afvragen of in het strafprocesrecht niet méér publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen een rol zouden moeten en mogen spelen dan alleen maar de rechtsbetrekking tussen de verdachte en de overheid. Misschien kom ik daarmee ook enigszins in een strafprocesrechtelijk debat

terecht. In de praktijk zijn er natuurlijk veel méér relaties. Men hoeft maar te denken aan een overactieve opsporingsambtenaar die volkomen ten onrechte huiszoeking doet. Zo'n huiszoeking kan knap vervelend zijn en behoorlijke schade tot gevolg hebben. De door Verheij bepleite emancipatie van het bestuursrecht aan de hand van het begrip *publiekrechtelijke rechtsbetrekking* zou, als we de strafprocesrechtsjuristen mee krijgen, op deze manier kunnen leiden tot de emancipatie van het strafprocesrecht. We hebben het hier over een betrekkelijke chaos in rechtsbescherming, maar ik kan verzekeren dat die chaos in het strafprocesrecht bepaald erger is! De keuze tussen civiele rechter en strafprocesrechter leidt juist bijvoorbeeld door de in bepaalde opzichten tekort schietende rechtsbescherming bij de opsporing tot grote problemen.

Het voert te ver dit alles geheel uit te diepen. Ik zal zelf proberen hiermee ooit nog eens wat meer te doen, en ik roep de aanwezigen op mijn voorbeeld te volgen. Ter afsluiting twee vragen.

1. Is het een idee om het door Verheij voorgestelde artikel 8:85 Awb in een gewijzigd artikel 89 Sv van overeenkomstige toepassing te verklaren? Zelf meen ik dat we op die manier ook in het strafprocesrecht van veel ellende af zouden zijn.
2. Even los van de vraag of en wanneer bepaalde toezichthandelingen besluiten zijn of niet, wie is de verwerende partij bij een onrechtmatige handeling door een toezichthouder: de toezichthouder of het bestuursorgaan waarvoor hij of zij werkzaam is?

Mr. N. Verheij

Op de laatste vraag van Jansen zou ik willen antwoorden: het bestuursorgaan waarvoor de toezichthouder werkzaam is.

Op de vraag of het een goed idee zou zijn de oplossing van mijn artikel 8:85 te transporteren naar het strafprocesrecht, kan ik niet zo veel méér zeggen dan: misschien wel. Er zijn inderdaad vergelijkbare vragen van schadevergoeding aan de orde en er is ook nog het gegeven dat de beide rechtsgebieden, zoals Jansen beter weet dan ik, in de sfeer van toezicht en opsporing af en toe nogal door elkaar kunnen lopen. In dat opzicht zou de ingreep die Jansen bepleit voordelen kunnen hebben. Aan de andere kant heb ik, weer pragmatisch wordend, het gevoel dat het probleem al ingewikkeld genoeg is. In het Awb-project hebben we met het oog daarop via artikel 1:6 het strafrecht buiten haakjes gezet. Voorlopig zou ik dat even zo willen houden, tenzij mijn baas nog tien wetgevingsjuristen voor mij in de aanbieding heeft! Door de suggestie van Jansen op te volgen, zouden we immers wel weer heel veel overhoop halen.

Jansen: Ik heb het over een toekomstbeeld.

Verheij: Oké. Naar aanleiding van artikel 89 Sv is wel eens gediscussieerd over de vraag of daarin niet gewoon een nadeelcompensatiefiguur is geregeld. Je zou inderdaad de term 'nadeelcompensatie' erop van toepassing kunnen verklaren. In ieder geval meen ik dat artikel 89 Sv op zichzelf wat de voorlopige hechtenis betreft redelijk bevredigend werkt.

Jansen: Maar voor de rest niet!

Mr. R.J.N. Schlössels

Omdat ik het in verband met het verdere verloop van deze middag zeer kort moet houden, zal ik helaas niet kunnen ingaan op het vermeende Maastrichtse fundamentalisme, of op, zoals Nieuwenhuis recentelijk nog in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* schreef, 'de Maastrichtse autonomen'. Dat blijft liggen voor misschien een andere keer.

Allereerst iets over de magische lijn die aan het verschuiven is. Wij bestuursrechtjuristen denken daarbij aan de magische lijn tussen privaat- en publiekrecht, maar ik heb mij afgevraagd of, toegespitst op het bestuursprocesrecht, eigenlijk de werkelijke verschuivende magische lijn niet de grens tussen *recours objectif* en *recours subjectif* is. Misschien is dit wel de allerbelangrijkste verschuiving. Mijn concrete vraag, gericht aan de preadviseurs, is dan ook of het Nederlandse stelsel van administratieve rechtsbescherming zich niet geleidelijk zal ontwikkelen tot een stelsel waarin de bescherming van subjectieve rechten, finale geschilbeslechting en bijgevolg ook bestuursrechtelijke vorderingen (de Duitsers spreken hier van *Klagen*, centraal zullen staan. Misschien kunnen de preadviseurs op dit punt een blik in de toekomst werpen.

Niet eens met preadviseur Verheij ben ik het op het punt van de competentie van de bestuursrechter om kennis te nemen van zelfstandige besluiten inzake nadeelcompensatie: besluiten die niet steunen op de wet of op een bekend gemaakte beleidsregel. Mét mijn instemming betoogt Verheij op pagina 52 dat hij dergelijke besluiten ook ten aanzien van feitelijk bestuurshandelen wil erkennen, maar ik begrijp eerlijk gezegd geenszins waarom hij deze stap niet durft te zetten ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Ik ben persoonlijk van mening dat de processuele connexiteitseis (Verheij spreekt vreemd genoeg over de *materiële* connexiteitseis) bij zelfstandige besluiten inzake nadeelcompensatie geen rol behoort te spelen, omdat hier per definitie een publieke verbintenis in het geding is. Bovendien leidt hantering van de connexiteitseis in dit verband tot een naar mijn idee zeer onbevredigende en bovendien niet noodzakelijke cesuur in de competentieverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechters. Hiermee is de rechtseenheid, een groot goed, bepaald niet gediend.

De Wijkerslooth werpt naar mijn idee op pagina 101 de knuppel nog eens in het Maastrichtse hoenderhok. Hij neemt daar namelijk het standpunt in dat mijn bezwaar, inhoudende dat de doorkruisingsleer een aantal staatsrechtelijke complicaties niet kan ondervangen, geen hout snijdt. Nu is het spannende dat het betoog van De Wijkerslooth hier haaks staat op het betoog van preadviseur Verheij. Ik heb vandaag de discussie op dit punt tussen de beide preadviseurs gemist. Mijn bezwaar tegen de doorkruisingsleer houdt verband met het feit dat deze leer de vraag óf de overheid publieke belangen langs privaatrechtelijke weg mag behartigen niet beantwoordt tegen de achtergrond van twee fundamentele publiekrechtelijke principes, namelijk het democratiebeginsel en het specialiteitsbeginsel. Voor mij staat voorop dat steeds langs democratische weg dient te worden uitgemaakt welke specifieke belangen het bestuur mag en moet behartigen en welke specifieke bevoegdheden daartoe ter beschikking staan. Dit uitgangspunt, niet meer en niet minder, zou op straffe van *détournement de procédure* ook moeten gelden als de overheid zich bij wijze van uitzondering bedient van BW-bepalingen. Ik kan eerlijk gezegd niet inzien waarom een en ander in dat kader *principieel* anders zou liggen. Een dergelijk principieel verschil enkel op te hangen aan de preventieve toetsing bij de burgerlijke rechter acht ik geen overtuigend argument. Misschien kan de preadviseur daarop reageren.

Op pagina 102 stelt De Wijkerslooth zich de vraag hoe een ongeschreven publiekrechtelijk rechtsbeginsel zoals het specialiteitsbeginsel aan een uitdrukkelijke wettelijke grondslag kan afdoen. Zonder mij nu te laten verleiden tot rechtstheoretische uitspraken over de verhouding tussen gepositiveerd recht en materiële rechtsbeginselen zou ik erop willen wijzen dat bij onze oosterburen de wetgeving wel degelijk aan een constitutioneel specialiteitsbeginsel kan worden getoetst, namelijk aan het rechtsstatelijke *Bestimmtheitsgebot*. De gedachte dus dat ook de wetgever aan dit beginsel gebonden is, kan bepaald niet als vreemd aan West-Europese rechtsstelsels worden getypeerd. Het feit dat het niet in acht nemen van dit beginsel in het Nederlandse constitutionele recht moeilijk kan worden gesanctioneerd en dat de wetgever in dit kader soms gewoon zijn gang gaat, is natuurlijk een geheel ander punt. Ik zal het op prijs stellen als ook op deze laatste opmerking van mijn kant nog kort kan worden gereageerd.

Mr. J.L. de Wijkerslooth

Ik begrijp de discussie best, maar ik denk dat we op twee verschillende niveaus van debat spreken. Schlössels spreekt naar mijn mening op een heel abstract niveau, waarin hij wensen kenbaar maakt omtrent het functioneren van de rechtsstaat. Hij gaat uit van de gedachte die ik wel eens heb horen formuleren *dat de wet slechts een*

vermoeden van recht schept. Zo ver ben ik niet. Ik denk dat de wet altijd nog wel iets meer dan een vermoeden van recht schept, maar je kunt daar natuurlijk heel anders tegenaan kijken. Men kan een axiomatisch wiskundig stelsel opzetten waarbij 1 + 1 niet 2 is. Allemaal best, maar wij bedienen ons voorlopig in het dagelijks verkeer, anders dan briljante wiskundigen die over alternatieve axioma's nadenken, van de gedachte dat 1 + 1 = 2. Zo lijkt het mij in de dagelijkse juridische praktijk van enig belang nog een zeker aanknopingspunt bij een wettelijk stelsel te blijven aanvaarden.

Als ik dan naar het Burgerlijk Wetboek kijk, zie ik daar op talloze plaatsen de gedachte van de wetgever neergelegd dat de overheid zich van civielrechtelijke bevoegdheden mag bedienen. Men kan zeggen dat de wetgever het allemaal niet zo goed heeft begrepen en men kan bepaalde fenomenen als de artikelen 3:305 a en b BW als een typisch voorbeeld van politieke willekeur beschrijven. Ook kan men aanvoeren dat als wij in Nederland een constitutioneel hof hadden, wij deze artikelen bij toetsing misschien weer zouden verwerpen. Het is echter een *fact of life* dat die regels bestaan, en zo onzinnig zijn ze wat mij betreft nu ook weer niet.

Niet in de laatste plaats geldt bij dit alles het volgende. De Hoge Raad zit toch redelijk vol met betrekkelijk betrouwbare juristen. Ik beweer, geloof ik, niets anders dan wat de Hoge Raad de laatste dertig jaar al met grote precisie volhoudt.

Mr. N. Verheij

Op de desbetreffende vraag van Schlössels kan ik antwoorden dat het bestuursprocesrecht naar mijn mening inderdaad steeds meer de kant van het *recours subjectif* zal opgaan. Ik vind dat in beginsel ook niet erg, en zelfs goed, mits we een aantal verworvenheden van het klassieke bestuursprocesrecht, zoals de ongelijkheidscompensatie en een relatief informele procesgang, weten te behouden. Op het punt van de relatief informele procesgang maak ik mij overigens, kijkend naar de jurisprudentie, wel eens wat zorgen. Er is toch wel een ontwikkeling aan de gang in de richting van een zekere formalisering van het bestuursproces.

De discussie over nadeelcompensatie bij algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels is er, vrees ik, weer één van het systeem versus de pragmatiek. Er woedt al enige tijd een discussie over rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Daarin heeft de wetgever nog zeer recent een keuze gedaan die erop neerkomt dat dit rechtstreekse beroep in ieder geval voorlopig *niet* wordt ingevoerd. Ik vond het niet zo elegant te gaan voorstellen via de omweg van de nadeelcompensatie binnen te halen wat via de andere weg niet is bereikt.

Schlössels: Waarom dan wél bij feitelijk handelen en niet bij algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels? Wat is het principiële, het dogmatische aspect?

Verheij: Dat is er niet. Bij feitelijke handelingen gaat het naar mijn overtuiging om een in de praktijk veel belangrijker probleem. Bovendien ligt er een recente uitspraak van de wetgever, inhoudende dat het ánders moet. Met principes en dogmatiek heeft mijn standpunt niets te maken.

Voorzitter: Het hangt er inderdaad van af of je binnen het huidige systeem redeneert of dat je liever kijkt naar verdere horizonten. Misschien moeten we in onze vereniging maar eens een werkgroepje formeren dat zich gaat bezighouden met het stelsel over een jaar of twintig. We kunnen het dan wat rustiger aan doen en hoeven niet allerlei recente wetgevingsinspanningen ongedaan te maken, terwijl we tóch iets hebben om naar uit te kijken. Zo ongeveer vijftig jaar na dato een nieuwe commissie ABAR!

Vraagpuntenprocedure

De voorzitter: Wij hebben dit jaar niet specifiek aan de hand van de stellingen gediscussieerd. Ik wilde dat overigens het volgend jaar wél gaan doen. U krijgt ze dan ook meegestuurd met de preadviezen. Wél zijn de stellingen, meen ik, vandaag zo ongeveer allemaal aan de orde geweest, en hebben de aanwezigen ze allen ruimschoots kunnen lezen. Van een verdere toelichting zullen we, ook met het oog op de tijd, afzien, maar ik wil de stellingen wél graag in stemming brengen. Daarbij zijn er drie mogelijkheden: u bent vóór, u bent tegen, of u vindt niets.

Stelling Ia
Bij de huidige inrichting van het bestuursprocesrecht kunnen geschillen over schade niet adequaat worden behandeld. Daarom is de burgerlijke rechter voor deze geschillen meer aangewezen (De Moor-van Vugt p. 140-141).

Oordeel
Een grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Stelling Ib
Naast de mogelijkheid van beroep tegen een zuiver schadebesluit c.q. een schadevergoedingsactie bij de bestuursrechter dient een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter mogelijk te blijven (Verheij p. 150-151; De Wijkerslooth, passim).

Oordeel
Een grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling IIa
De wetgever dient op korte termijn te voorzien in een schadevergoedingsactie bij de bestuursrechter (Verheij p. 48; De Wijkerslooth p. 98), waarbij naar het voorbeeld

van het Europese recht niet het besluit centraal staat, maar het handelen/nalaten van het bestuur (De Moor-van Vugt).

Oordeel
Een ruime meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling IIb
De onderlinge afstemming tussen vernietigingsberoep en schadevergoedingsactie dient dan te geschieden langs de lijnen van het Europese recht (zie De Moor-van Vugt p. 134-135 en 137), hetgeen in essentie neerkomt op het naast elkaar kunnen instellen van beide acties.

Oordeel
Een meerderheid van de vergadering heeft geen mening. Van degenen die zich uitspreken blijkt een meerderheid het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling IIIa
De bestuursrechter dient bij uitsluiting bevoegd te zijn casu quo te worden: in geschillen omtrent nadeelcompensatie, behoudens voorzover het nadeel is veroorzaakt door een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel (Verheij p. 51-52).

Oordeel
Terwijl vrij veel aanwezigen in de vergadering zich niet willen uitspreken, blijken de overige aanwezigen het voor ongeveer de helft met de stelling *eens* en voor ongeveer de helft met de stelling *oneens* te zijn.

Stelling IIIb
De bestuursrechter dient bij uitsluiting bevoegd te zijn casu quo te worden: in geschillen omtrent onverschuldigde betaling in het kader van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking (De Wijkerslooth, p. 98; Verheij p. 53).

Oordeel
De overgrote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling IIIc
De bestuursrechter dient bij uitsluiting bevoegd te zijn casu quo te worden: in nader te bepalen geschillen omtrent publiekrechtelijke overeenkomsten (De Wijkerslooth p. 99; Verheij p. 71).

Oordeel
Een grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling IIId
De bestuursrechter dient bij uitsluiting bevoegd te zijn casu quo te worden: op langere termijn in alle geschillen, uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan (Verheij p. 67).

Oordeel
De meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn, onder aantekening dat nogal wat aanwezigen zich van stemming hebben onthouden.

Stelling IV
Welke rechter ook bevoegd is, communautarisering van het schadevergoedingsrecht leidt onvermijdelijk tot Europeesrechtelijke, dus meer 'bestuurlijke' en strengere maatstaven voor overheidsaansprakelijkheid. Een dergelijke ontwikkeling is voor nationaalrechtelijke geschillen niet wenselijk.

Oordeel
Een grote meerderheid van degenen die zich uitspreken blijkt het met de stelling *eens* te zijn, doch een overgrote meerderheid van de aanwezigen wenst zich niet uit te spreken.

Stelling V
Als bevoegdheidsgrondslag verdient het geschreven privaatrecht de voorkeur boven het ongeschreven publiekrecht (De Wijkerslooth, passim, in het bijzonder p. 89 en 94-95; *contra:* Verheij p. 47).

Oordeel
Een overgrote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Bijlage: toegevoegde interventie, niet ter vergadering uitgesproken, met nagekomen reactie van de zijde van mr. N. Verheij

Mevrouw mr. drs. B van den Berg

Laat ik mij even voorstellen: mijn naam is Boukje van den Berg.[19] Het preadvies van Verheij (preadvies *Een eigen recht(er)*) geeft mij aanleiding tot het stellen van een vraag, namelijk over de wettelijke grondslag die hij voorstelt op pagina 48-49. Hierin wordt aan de administratieve rechter de bevoegdheid gegeven om op verzoek van een belanghebbende schadevergoeding toe te kennen wanneer de overheid onrechtmatig heeft gehandeld.

Invoering artikel 8:89 Awb

1. Wetsvoorstel voor toekenning schadevergoeding door overheidshandelen

De laatste jaren zijn vier wetsvoorstellen voor schadevergoeding bij overheidshandelen in de literatuur gepubliceerd:
- Van den Berk in haar dissertatie van 1991;[20]
- Van Buuren in de feestbundel voor Scheltema, *Aantrekkelijke gedachten*, in 1993;[21]

---

19. Sinds ruim een jaar ben ik toegevoegd docent bij het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht. Mijn proefschrift bij de Rijksuniversiteit Groningen over een procesrechtelijk onderwerp is in de afrondingsfase.
20. J.A.M. van den Berk, Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid, dissertatie RUU, Zwolle 1991, wetsvoorstel op p. 249.
21. P.J.J. van Buuren, 'Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht', in: Aantrekkelijke gedachten, Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht, J.L. Boxum, e.a. (red.), Deventer, 1993, p. 91-108, wetsvoorstel laatste twee pagina's.

- ondergetekende in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, laatste aflevering in 1996;[22]
- Van der Meulen, in een artikel dat is aangeboden aan *De Gemeentestem*.[23]

De eerste drie publicaties regelen schadeclaims voor uitsluitend rechtmatig schadeveroorzakend overheidshandelen, in uitsluitend de laatste publicatie wordt een wettelijke grondslag gegeven voor schadeclaims aangaande zowel on- als rechtmatig schadeveroorzakend overheidshandelen. Het wetsvoorstel in het besproken preadvies maakt een regeling voor het toekennen van schadevergoeding inzake uitsluitend *on*rechtmatig overheidshandelen mogelijk. Dit is het eerste verschil met de genoemde publicaties.

Alle vier de publicaties richten de wettelijke grondslag tot het *bestuursorgaan*. Dit is het tweede verschil met het voorgestelde artikel 8:89[24] van Verheij. Hij richt op pagina 48-49 van dit preadvies de wettelijke grondslag tot de *administratieve rechter*. In het voorgestelde artikel 8:89 Awb wordt dus een procesrechtelijk novum geïntroduceerd: De administratieve rechter verkrijgt de mogelijkheid om op verzoek van een belanghebbende een schadevergoeding toe te kennen vanwege een onrechtmatige handeling die krachtens artikel 8:1 Awb voor beroep vatbaar is bij de administratieve rechter.[25] Invoering van artikel 8:89 vormt dan de kernbepaling van een nieuwe titel, namelijk Titel 8.5, 'Schadevergoeding', aldus Verheij. Wat zijn hiervan de gevolgen?

2. Het schadeveroorzakende overheidshandelen

De laatste zinsnede van artikel 8:89 Awb luidt: 'als gevolg van een onrechtmatige handeling die voor beroep bij de rechtbank vatbaar is.' Dit betekent dat het schadeveroorzakende overheidshandelen moet voldoen aan de eisen die in de hoofdstukken 6, 7 en 8 van de Awb aan een appellabel besluit worden gesteld. Wat zijn hiervan de consequenties voor schadeclaims betreffende schadeveroorzakend overheidshandelen?

---

22. B. van den Berg, 'Nadeelcompensatie in natura: een alternatief voor geld', in: Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, afl. 10 (december), 1996, p. 331-337. Dit artikel is te zien als een reactie op het wetsvoorstel van Van Buuren (in de vorige voetnoot vermeld), waarin ik twee nieuwe wetsartikelen voorstel.
23. B.M.J. van der Meulen, '(Ver)Ordening van zelfstandige schadebesluiten', te publiceren in De Gemeentestem, 18 p. In dit artikel stelt hij een 'Verordening inzake zelfstandige schadebesluiten' voor, een regeling op gemeentelijk niveau. Dit in tegenstelling tot de publicaties die in de vorige voetnoten zijn aangehaald, waarin beoogd wordt een regeling voor de Algemene wet bestuursrecht te geven.
24. De nummering van het wetsartikel als art. 8:85 Awb lijkt een drukfout. Het huidige art. 8:85 Awb gaat over de mogelijkheden tot het vervallen van een voorlopige voorziening en is in het midden van Titel 8.3, Voorlopige voorziening en onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak geregeld. Genummerd als art. 8:89 Awb zou het geïntroduceerde wetsartikel het laatste artikel van hoofdstuk 8 zijn. De nieuwe Titel 8.5, Schadevergoeding wordt dan na Titel 8.4, Herziening geplaatst.
25. In navolging van art. 1:4 Awb hanteer ik hier de term 'administratieve rechter'.

3. Vier soorten situaties

Het volgende voorbeeld is illustratief om in vier situaties uiteen te zetten hoe artikel 8:89 processueel uitwerkt. Stel, de woning van mevrouw Jansen biedt uitzicht op een plein ergens in Nederland, waarop een twintigtal bomen staan. De wijkkranten houdt zij niet bij. Na twee weken vakantie ontdekt ze dat ondertussen al deze bomen door de gemeente zijn gekapt. Welke procesrechtelijke wegen kan zij nu bewandelen om te proberen de waardedaling van haar huis door het kappen van de bomen van gemeentewege vergoed te krijgen? De vraag is niet of zij inhoudelijk gelijk krijgt, maar hoe naar gelang van de feitelijke gegevens de procedures lopen.

- Ten eerste: de termijn van zes weken zoals geregeld in artikel 6:7 lid 1, 6:8 lid 1 en 3:42 Awb staat voor mevrouw Jansen nog open, dus zij gaat in bezwaar. Het college van burgemeester en wethouders geeft niet toe en verklaart het bezwaar geheel ongegrond. Daar gaat mevrouw Jansen niet mee akkoord, dus zij stelt beroep bij de administratieve rechter in op grond van artikel 8:1 Awb. Wanneer nu de rechter de kapvergunningen (geheel of gedeeltelijk) vernietigt, ontstaat de huidige artikel-8:73-Awb-situatie. Na een verzoek daartoe, kan de rechter meteen in de uitspraak een schadevergoeding toekennen voor de waardedaling van het huis.
- Ten tweede staat voor de burger een lange termijn van vijf jaren open, aldus het voorgestelde artikel 8:89 lid 2 Awb. Nadat het besluit door de rechter is vernietigd, kan mevrouw Jansen ervoor kiezen over haar schadeclaim nog even na te denken. Dit geeft de burger ruimte tot nadenken en voorbereiden alvorens een verzoek tot schadevergoeding bij de rechter in te dienen.
- Ten derde kan mevrouw Jansen conform 7:1 Awb verplicht bezwaar indienen bij het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) voor het verlenen van de benodigde kapvergunningen aan de gemeente, zijnde eigenaar van de bomen. Stel, het door haar ingestelde bezwaar heeft succes. Het primaire besluit wordt door het bestuursorgaan vernietigd. Dit levert een onrechtmatige handeling op 'die voor beroep bij de rechtbank vatbaar is'.[26] Zij kan dus een verzoek tot schadevergoeding bij de rechter indienen op grond van artikel 8:89. Het voorgaande geldt eveneens wanneer een bijzondere wet administratief beroep heeft opengesteld.
- Ten vierde kan het gebeuren dat mevrouw Jansen niet twee weken, maar twee maanden op vakantie is geweest. Dit betekent dat bij haar thuiskomst de kapver-

26. Eigenlijk is het primaire besluit niet voor beroep vatbaar bij de rechtbank, zie A.Q.C. Tak, 'Verzuchting: Kleine lapsus in de Awb', in: Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, afl. 5 (mei), 1993, p. 190-191.

gunningen formele rechtskracht hebben gekregen. Nadat formele rechtskracht is ingetreden, kan deze door de overheid zelf worden doorbroken. De onrechtmatigheid wordt dan zonder rechterlijke tussenkomst vastgesteld, bijvoorbeeld omdat het overheidsorgaan het besluit heeft ingetrokken en/of onrechtmatigheid kennelijk heeft erkend, een en ander door civiele jurisprudentie erkend in de arresten 'Grubbenvorst/Caldenbroich'[27] en 'Van Aarle/Sint Oedenrode'.[28] Het kan bijvoorbeeld zijn dat het college later op de lokale nieuwszender erkent dat de desbetreffende bomen achteraf gezien eigenlijk ten onrechte zijn gekapt. Op dat moment kan mevrouw Jansen via artikel 8:89 een schadeclaim bij de administratieve rechter indienen.

4. Een onrechtmatigedaadsactie in het administratief procesrecht, bevoegdheid civiele en administratieve rechter

In artikel 6:162 BW wordt een grondslag voor een eis tot schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen gegeven; het artikel creëert een 'onrechtmatigedaadsactie'. Dit wetsartikel geeft de bevoegdheid aan de civiele rechter om alle schadevergoedingen vanwege onrechtmatig handelen te beoordelen.

Het voorgestelde artikel 8:89 vormt een onrechtmatigedaadsactie in het administratief procesrecht. Het creëert een bevoegdheid voor de administratieve rechter om bij schadeveroorzakend onrechtmatig overheidshandelen een vergoeding toe te kennen. Het gevolg kan zijn dat de administratieve rechter de civiele jurisprudentie naar zich toe trekt. Verheij zelf stelt op pagina 51 dat de burger de keuzevrijheid behoort te houden. Het is niet evident dat de burgerlijke rechter dit oordeel zal delen, zie 'Changoe'-arrest[29] waarin eiser niet-ontvankelijk werd verklaard en uitspraak[30] in eerste aanleg van de civiele kamer in Den Haag waarin ongeveer dezelfde uitspraak voorkomt.

5. Verschil tussen onrechtmatig en rechtmatig overheidshandelen

De benadering van Verheij lijkt een aantal scherpe kantjes af te halen van het leerstuk van nadeelcompensatie (artikel 3:4 lid 2 Awb). Een besluit is ofwel onrechtmatig in de zin van artikel 8:89 (vier processituaties) of het moet als rechtmatig gelden (formele rechtskracht). Is dat laatste het geval, dan kan de vraag aan de orde worden gesteld of het, desondanks, onevenredige schade veroorzaakt. Het antwoord op die vraag is

27. HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261.
28. HR 18 juni 1993, AB 1993, 504.
29. HR 28 februari 1992, AB 1992, 301, m.nt. FHvdB.
30. Rb Den Haag, sector civiel recht, 20 januari 1999, JB 1999, 59, m.nt. EvdL.

ofwel een appellabel besluit conform de 'Van Vlodrop'-uitspraak[31] ofwel alsnog erkenning van onrechtmatigheid in de zin van artikel 8:89 en daarmee een rechtsingang langs die weg. Artikel 8:89 maakt de vraag 'rechtmatig of niet' van een moeilijke dogmatische vraag tot een betrekkelijk eenvoudige strikt procedurele vraag. Dit lijkt mij een grote verdienste van het voorgestelde wetsartikel.

6. Voorfase bij het bestuursorgaan en Awb-besluit

Verheij stelt op pagina 49 dat de nodige correspondentie tussen bestuur en burger voorafgaat. In mijn casus zou mevrouw Jansen na haar vakantie eerst een brief naar het college dienen te sturen waarin zij de waardedaling van haar huis door het onrechtmatig kappen van de bomen aankaart. Het college nodigt haar en haar buren dan wellicht uit voor een gesprek, of stuurt meteen een rondschrijven aan de bewoners van het plein waarin wordt meegedeeld dat alle verzoeken om schadevergoeding worden afgewezen.

Mijn vraag aan Verheij is: resulteert deze voorfase bij het bestuur niet in een Awb-besluit? Gelden dan alle eisen van de Eerste Tranche van de Awb, zoals de hoorplicht in afdeling 4.1.2 Awb? Geldt dan ook verplicht bezwaar conform 7:1 Awb?

Om terug te keren naar mijn casus: hebben de bewoners van het plein recht op dat gesprek met het college? Moet mevrouw Jansen een verzoek tot herziening indienen tegen de afwijzing van haar schadeclaim alvorens zij haar beroepschrift naar de rechter kan versturen zoals artikel 8:89 wil? Als dat laatste het geval is, creëert invoering van artikel 8:89 dan in wezen niet een wettelijke grondslag voor een zelfstandig schadebesluit? Waarom wordt deze grondslag gericht tot de administratieve rechter en niet tot het bestuursorgaan?

Het is mijns inziens juridisch duidelijker om een wettelijke grondslag voor het bestuursorgaan te creëren. Dit plaatst namelijk deze correspondentie tussen burger en bestuur in de bekende Awb-context, inclusief de eisen die gelden voor de primaire besluitvorming en de bezwaarfase. In het begin heb ik vier publicaties aangehaald die alle een (verschillende) wettelijke grondslag voor het bestuursorgaan voorstellen. Waarom, kortom, doet Verheij dit niet?

Ik kom samenvattend tot de volgende vragen.

1. Gelden voor de voorafgaande correspondentie tussen burger en bestuur de eisen die de Awb aan de primaire besluitvorming stelt?

31. ABRS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. PvB.

2. Geldt daarna dan verplicht bezwaar?
3. Indien de voorgaande vragen met 'ja' worden beantwoord: is een wettelijke grondslag voor het toekennen van schadevergoeding, gericht tot het bestuursorgaan, niet een betere oplossing?
4. Zo nee, waarom wordt deze wettelijke grondslag, en daarmee het verzoek van de burger, in plaats daarvan bij de administratieve rechter gelokaliseerd?

Dit waren mijn vragen over invoering van artikel 8:89 aan Verheij.

Mr. N. Verheij: reactie op interventie mevrouw Van den Berg

Mevrouw Van den Berg heeft gelijk dat het artikel 8:89 moet zijn en niet 8:85. Om de een of andere reden had ik in mijn hoofd zitten dat hoofdstuk 8 84 artikelen telde, maar het zijn er natuurlijk 88.

Inhoudelijk gaat het betoog van mevrouw Van den Berg een beetje langs mijn voorstel heen, omdat zij op een ander niveau argumenteert dan ik. Naar positief recht luidt het antwoord op haar eerste vraag bevestigend. Volgens de Van B. en van Vlodrop-jurisprudentie is de reactie van het bestuur op een verzoek tot vergoeding van door een besluit veroorzaakte schade een besluit, waarvoor dus alle eisen gelden die de Awb aan besluiten stelt. Hetzelfde geldt waarschijnlijk voor het antwoord op haar tweede vraag, al kun je er wellicht nog over twisten of een verzoek om schadevergoeding een 'beroep' in de zin van artikel 7:1 jo. artikel 1:5 is. Maar ik heb erop gewezen, dat wij van de beslissing omtrent schadevergoeding alleen maar een besluit hebben gemaakt om een rechtsingang te creëren. Mijn voorstel is er nu juist op gericht die omweg via het besluit overbodig te maken door rechtstreeks een rechtsingang voor schadevergoedingsgeschillen te creëren. Wat mij betreft zou het gevolg daarvan moeten zijn dat de jurisprudentie terugkomt op het oordeel dat de beslissing omtrent schadevergoeding een besluit is, waardoor het mogelijk wordt de eerste twee vragen van mevrouw Van den Berg ontkennend te beantwoorden.

De iure constituendo acht ik het namelijk onwenselijk dat voor de beslissing omtrent schadevergoeding de regels voor het voorbereiden van besluiten en de verplichting om bezwaar te maken zouden gelden. Dat zou immers onvermijdelijk betekenen dat de rechter weer aan die regels moet gaan toetsen en zich dus weer bezig moet gaan houden met vragen die de burger niet interesseren. Als ik als burger meen dat het bestuur mij ten onrechte vijfduizend gulden schadevergoeding heeft geweigerd, interesseert het mij geen fluit of die weigering een besluit is. Het interesseert mij ook

maar matig of die weigering in eerste of tweede instantie procedureel correct is. Het enige wat mij interesseert is of ik nu al dan niet recht heb op die vijfduizend gulden, en mijn voorstel beoogt te bereiken dat dat dan ook de enige vraag is waarmee de rechter zich hoeft bezig te houden.

Wat de derde en vierde vraag van mevrouw Van den Berg betreft: ik gaf zelf in voetnoot 117 al aan dat mijn artikel 8:89 eigenlijk aan de verkeerde kant begint en dat op langere termijn een systematisch betere regeling wenselijk is. Maar wat in die regeling in de Awb zou moeten worden neergelegd is in mijn visie dus niet een wettelijke grondslag voor een zuiver schade*besluit*, maar gewoon de materiële norm dat het bestuur de door zijn onrechtmatig handelen veroorzaakte schade moet vergoeden.

Verslag van de secretaris over 1998

De algemene ledenvergadering

De jaarlijkse algemene ledenvergadering werd op 24 april 1998 in Utrecht gehouden. Tijdens de vergadering werden de preadviezen van mr. H.P. Heida, prof. mr. F.A.M. Stroink en mr. P.C.E. van Wijmen 'Complexe besluitvorming', besproken. Het vraagstuk van de complexe besluitvormingssituaties indien burger of bestuur een groot project wil ondernemen is door de drie preadviseurs vanuit verschillende invalshoeken belicht. Prof. Stroink (complexe besluitvorming, een opgave voor burger, bestuur en rechter) heeft enkele belangrijke ontwikkelingen in wetgeving en wetenschap geschetst en is ingegaan op de vraag op welke wijze coördinatie van besluitvorming en daarmee versnelling van procedures wordt bereikt. Hij waarschuwde voor al te grote verwachtingen ten aanzien van coördinatiebepalingen, aangezien deze in bepaalde gevallen leiden tot aanzienlijke vergroting van de bestuurslasten, terwijl de voordelen voor de burger niet altijd evident zijn. Meer heil verwacht hij van goede ambtelijke projectbegeleiding. Versnelling van procedures bij de rechter acht hij mogelijk door procedures aan termijnen te binden, waarbij verzekerd moet zijn dat het rechterlijk apparaat voldoende toegerust is. Heida (Complexe besluitvorming: tussen bestuursrecht en bestuurskunde) benaderde de problematiek vanuit bestuurskundig perspectief en vanuit de invalshoek van de overheid. Hij acht verbetering van besluitvormingsprocessen mogelijk en nodig door verbetering van bestuurlijk én technisch procesmanagement alsmede door verbetering van het bestuurlijk-juridisch instrumentarium. Ook in de toekomst acht hij het van belang dat bij het ontwerpen van regelgeving die besluitvorming beoogt te sturen, tot een systematiek wordt gekomen die recht doet aan onze staatkundige structuur (decentralisatie), die de mogelijkheid biedt tot dwingende coördinatie om patstellingen te doorbreken, die strakke termijnen kent ook voor de overheid en die zorgt voor bundeling en concentratie van besluitvorming en rechtsbescherming om nodeloze frustratie te voorkomen. Van Wijmen (complexe besluit-

vorming: actoren en waarden) heeft de problematiek benaderd vanuit het perspectief van de burger. Hij onderscheidt waarden (zoals natuur en milieu) en belangen (zoals economie en werkgelegenheid). De relatief sterke mate van onaantastbaarheid van waarden maakt dat deze in de hiërarchie hoger staan dan belangen, die ook zelf in een hiërarchische volgorde geplaatst kunnen worden. Inbreuken op waarden zijn evenwel niet altijd te vermijden, maar kunnen slechts worden gerechtvaardigd bij een zwaarwegende maatschappelijke noodzaak. Van Wijmen hanteert vervolgens bij een afweging van belangen het 'anterieuriteitsbeginsel': het 'zittende' belang gaat voor het nieuwe.

De bespreking van de preadviezen verliep geanimeerd. De stemming kwam er goed in mede dank zij een initiatief van de beoogd voorzitter prof. Michiels, die na de theepauze met een voorstel kwam om een stemming te houden over een aantal stellingen, kort gezegd een vraagpuntenprocedure. Bij de gehouden stemming bleek dat een grote meerderheid van de aanwezigen het ermee eens was dat er geen referenda zouden moeten worden gehouden over grote infrastructurele projecten. Een geringe meerderheid van de aanwezigen was het er echter niet mee eens dat vergunningverlening bij wet in formele zin zou moeten worden afgewezen. Een zeer grote meerderheid was het er wel mee eens dat weliswaar vergunningverlening bij formele wet niet op voorhand zou moeten worden afgewezen, maar dat er dan in ieder geval een wettelijke voorziening voor de rechtsbescherming moet zijn. Een vrij grote meerderheid was het oneens met de stelling dat het niet wenselijk zou zijn om in de Algemene wet bestuursrecht een coördinatieregeling voor complexe besluitvormingssituaties op te nemen. Een vrij grote meerderheid was het er wel mee eens dat zo een regeling in de Awb beperkt dient te blijven tot het aanreiken van procedurele modellen waaruit bijzondere wetgevers zouden kunnen kiezen. Een vrij kleine meerderheid was het eens met de stelling dat de visie van Van Wijmen op het onderscheid tussen waarden en belangen moet worden afgewezen, omdat het tot niets zou leiden.

Ten slotte bleek dat een zeer grote meerderheid het er mee eens was dat bij de VAR zo een vraagpuntenprocedure zou moeten worden ingevoerd. Nu dat voorstel is aanvaard, zal op de komende algemene ledenvergadering wederom een stemming aan de hand van enkele stellingen worden gehouden.

De naam van de vereniging

Tijdens de algemene ledenvergadering lag een voorstel ter tafel van het bestuur om de naam van vereniging 'Vereniging voor administratief recht', afgekort VAR, te wijzigen in de meer eigentijdse en de moderne jurist meer aansprekende naam: VAR, Vereniging voor Bestuursrecht. Het voorstel is na stemming met grote meerderheid aanvaard.

Het bestuur

Voor de bestuursleden Van den Brink, Snellen en Versteden kwam vanwege het bereiken van maximale zittingstermijn als bestuurslid, een einde aan hun deelname aan het bestuur. Het bestuur is hen veel dank verschuldigd voor hun trouwe deelname aan en hun inspirerende inbreng in het bestuur. In de ontstane vacatures zijn vervolgens benoemd: de heer F. Zwart (Centrale Raad van Beroep), de heer M. Bovens (hoogleraar Universiteit Utrecht) en de heer H.W.M. Oppenhuis de Jong (griffier Provinciale Staten Limburg).

Studiemiddagen

In 1998 zijn er drie studiemiddagen gehouden.

In januari 1998 vond een studiemiddag plaats over het klachtrecht. Inleiders waren mevr. mr. M.P. Gerrits-Janssens (universitair docent, Universiteit Utrecht), mr. M.H.J. van Kinderen (Ombudsman gemeente Rotterdam). De derde inleider prof. mr. M. Overkleeft-Verburg was wegens ziekte verhinderd. De secretaris van VAR, mevr. mr. M.L. Haimé heeft vervolgens een inleiding verzorgd.

In maart 1998 was er een studiemiddag over juridisering in het openbaar bestuur. Inleiders waren mr. H.J.E. Bruins Slot (burgemeester van Apeldoorn), mr. D.A.C. Slump (vice-president arrondissementsrechtsbank Utrecht) en prof. mr. Th.G. Drupsteen (hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden).

Ten slotte vond in november 1998 tezamen met de Vereniging voor Mededingingsrecht een studiemiddag plaats over het mededingingsrecht. Inleiders waren mr. A.T. Ottow (advocaat te Amsterdam), mr. O.W. Brouwer (advocaat te Amsterdam), mr. B.J.M. van der Meulen (Nederlandse mededingingsautoriteit, universitair hoofddocent bestuursrecht Universiteit Utrecht) en mevr. mr. E. Steyger (directie Marktwerking, ministerie van Economische zaken). Discussie vond plaats onder voorzitterschap van mr. P. Glasener en met een panel bestaande uit prof. mr. H.J. de Ru, prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven en prof. mr. F.C.M.A. Michiels.

Pleitwedstrijd

De pleitwedstrijd werd in 1998 georganiseerd door de Katholieke Universiteit Brabant. In de finale won de Universiteit van Amsterdam het van de Universiteit Utrecht.

Samenstelling bestuur per 1 januari 1999

Prof. mr. J.B.J.M. ten Berge (voorzitter)
Mw. mr. M.L. Haimé (secretaris)
Mr. C. de Gooijer (penningmeester)
Prof. mr. M.A.P. Bovens

Mr. H.J.G. Bruens
Prof. dr. 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

Financiën en ledental
Het ledental bleef stabiel. De financiële situatie is goed.

De secretaris,
M.L. Haimé

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)
Mw. mr. M.L. Haimé (secretaris)
Mr. B. Verwayen (penningmeester)
Prof. mr. M.A.P. Bovens
Mr. H.J.G. Bruens
Prof. dr. M.W.C. Feteris
Mr. R.H. Lauwaars
Mr. J.B. Mencke
Mr. A.W.H. Meij
Mr. H.W.M. Oppenhuis de Jong
Mr. J. Spier
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

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 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 burgerrechtelijke 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)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)