

# Het nadeelcompensatiedoolhof

*Een beschouwing over procedurele wegen die tot nadeelcompensatie kunnen leiden*

Prof. mr. B.P.M. van Ravels<sup>1</sup>

**Trefwoorden:** rechtsbescherming, rechtsmachtverdeling, schadevergoeding, nadeelcompensatie, materiële criteria, constructies.

In het Nederlandse recht zijn verschillende rechters bevoegd om geschillen met de overheid omtrent schadevergoeding te beslechten. Bovendien zijn er verschillende procedurele wegen die men kan bewandelen om schade die men als gevolg van overheidshandelen lijdt op de overheid te verhalen. De verhouding tussen de competenties van de verschillende rechters, de verhouding tussen de verschillende procedurele wegen om schade te verhalen en de consequenties van de competentieverdeling voor de beantwoording van sommige (prealabele) aansprakelijkheidskwesties maken het overheidsaansprakelijkheidsrecht berucht moeilijk.<sup>2</sup> Dat geldt niet alleen voor de aansprakelijkheid van de overheid wegens onrechtmatige gedragingen, maar ook voor de aansprakelijkheid van de overheid voor schade veroorzaakt door op zichzelf rechtmatig overheidshandelen. De niet zeer goed ingevoerde benadeelde raakt gemakkelijk verdwaald in het nadeelcompensatiedoolhof. In deze bijdrage breng ik het huidige wegensstelsel in kaart, zulks mede aan de hand van enige recente rechterlijke uitspraken.

## 1. Nadeelcompensatie en de bestuursrechter

### 1.1 Bestuursrechtelijke wegen die tot nadeelcompensatie kunnen leiden

Het bestuursprocesrecht kent verschillende wegen om schade op de overheid te verhalen. Samengevat zijn dat a) de weg van het indienen van een verzoek bij een bestuursorgaan om een op een geschreven publiekrechtelijke grondslag gebaseerd zuiver schadebesluit te nemen, b) de weg van het aanwenden van bestuursrechtelijke

rechterlijke rechtsmiddelen tegen een onzuiver schadebesluit, c) de weg van indiening van een accessoir schadevergoedingsverzoek bij een bestuursrechter op de voet van art. 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en d) de weg van het indienen van een verzoek bij een bestuursorgaan om een niet op een specifieke, geschreven publiekrechtelijke grondslag gebaseerd zuiver schadebesluit te nemen. De meeste van deze wegen kunnen ook bewandeld worden om nadeelcompensatie te verkrijgen. In het navolgende licht ik dit toe.

1 Bruno van Ravels is advocaat te Breda (AKD Prinsen Van Wijmen NV). Daarnaast is hij als hoogleraar verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen en is hij voorzitter van een bestuursorgaan, de Besliscommissie van het Schadeschap Luchthaven Schiphol.  
2 Zie: B.J. Schueler, 'Het labyrint rond de schatkist. De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter', «JBplus» 2004, p. 83-102; J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossum, B.J. Schueler, M.K.G. Tjepkema, C. Waling & R.J.G.M.

Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2008, 47, p. 101-126; Ch. Backes, 'Suum cuique? – enkele opmerkingen over de rechtsverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter', rede UM, 2008, [www.unimaas.nl/bestand.asp?id=11538](http://www.unimaas.nl/bestand.asp?id=11538), en G.M. van den Broek en W.J. Hoekveld, 'De taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter in nadeelcompensatiezaken in balans?', *O&A* 2009, 2, p. 2-13.

### 1.1.1 De weg van het op een geschreven publiekrechtelijke grondslag berustende onzuiver schadebesluit

Het Nederlandse recht kent een aantal bijzondere wettelijke voorschriften die onder voorwaarden voorzien in toekenning van nadeelcompensatie door een bestuursorgaan ter zake van bepaalde rechtmatige overheids-handelingen. Een bekend voorbeeld is art. 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (oud), welk artikel met ingang van 1 juli 2008 is vervangen door afdeling 6.1 van de Wet ruimtelijke ordening.<sup>3</sup> Deze planschaderegeling voorziet in toekenning van schadevergoeding, of althans in toekenning van een tegemoetkoming in de schade veroorzaakt door de expliciet in deze bepalingen genoemde overheidshandelingen. Deze wettelijke bepalingen bieden een publiekrechtelijke grondslag voor een daarop gebaseerde beslissing van een bestuursorgaan omtrent nadeelcompensatie. Deze beslissing omtrent schadevergoeding kan daardoor worden gekwalificeerd als een publiekrechtelijke rechtshandeling en daarmee als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Dienaangaande is – gelet op het bepaalde in art. 8:1 Awb – de (algemene) bestuursrechter in beginsel tot oordelen bevoegd. Over de band van de toetsing van een schadebesluit kan de bestuursrechter naar aanleiding van een beroep van een belanghebbende een oordeel geven over het geschil omtrent schadevergoeding. Dat geldt los van het

antwoord op de vraag of de bestuursrechter bevoegd is om te oordelen over de rechtmatigheid van de gestelde schadeoorzaak. Het hierna nog te noemen vereiste van de processuele connexiteit geldt niet indien zodanige publiekrechtelijke grondslag voor schadebesluiten voorhanden is. De bijzondere bestuursrechter is bijvoorbeeld bevoegd om geschillen over de toepassing van art. 15.21 van de Wet milieubeheer betreffende compensatie van door een provinciale milieu-verordening veroorzaakte schade te beslechten, ook al is deze rechter – gelet op het bepaalde in art. 8:2 Awb – niet bevoegd om rechtstreeks de rechtmatigheid van de gestelde schadeoorzaak te beoordelen. In de rechtspraak is voorts aangenomen dat niet alleen wettelijke voorschriften, maar ook deugdelijk gepubliceerde beleidsregelingen, waarin het betrokken bestuursorgaan invulling heeft gegeven aan zijn op grond van het égalitébeginsel bestaande verplichting tot vergoeding van schade, als zodanige publiekrechtelijke grondslag kan gelden.<sup>4</sup> Ook een op zodanige beleidsregeling gebaseerd besluit is in beginsel appellabel. Ook daarvoor geldt het vereiste van de processuele connexiteit niet.

### 1.1.2 De weg van het onzuivere schadebesluit

Buiten de gevallen waarin de wet expliciet in een aanspraak op nadeelcompensatie voorziet, stond in het bestuursrecht lange tijd enkel de weg van het onzuivere schadebesluit open om onevenredige schade die door een op zichzelf

3 Zie voorts bijvoorbeeld art. 9 WVO, art. 41 Grondwaterwet en art. 40 van de Wet op de waterhuishouding (deze bepalingen worden binnenkort vervangen door art. 7.11 en volgende van de Waterwet), art. 49a Kernenergiewet, art. 22 e.v. Monumentenwet 1988, art. 15.20 en 15.21 Wet milieubeheer, art. 8:31 Wet luchtvaart, art. 31 Natuurbeschermingswet 1998, art. 13, lid 4 Boswet, art. 26 Ontgrondingenwet.

4 ARRS 15 mei 1986, AB 1986, 586; ABRvS 18 november 1987, AB 1987, 554 m.nt. P.C.E. van Wijmen; ABRvS 5 januari 1988, BR 1988, 294; ABRvS 8 januari 1999, BR 2001, p. 322 m.nt. B.P.M. van Ravels; ABRvS 30 november 1998, AB 1999, 90 m.nt. FM; ABRvS 3 april 2000, AB 2000, 222 m.nt. MSV; ABRvS 2 juni 2004, «JB» 2004/261. Zie voorts P.C.E. van Wijmen en B.P.M. van Ravels, 'Nadeelcompensatie: op zoek naar de publiekrechtelijke grondslag', BR 1988, p. 267-274.

rechtmatige beschikking was veroorzaakt op de overheid te verhalen.<sup>5</sup> Via deze weg – dat wil zeggen door het aanwenden van rechtsmiddelen tegen het schadeveroorzakende besluit – kan een benadeelde belanghebbende trachten het daarheen te leiden dat het betrokken bestuursorgaan zich bij het schadeveroorzakende besluit (alsnog) zijn belangen aantrekt door daarbij te voorzien in compensatie in geld of anderszins van het door het besluit veroorzaakte nadeel. Het voorzien in nadeelcompensatie is bij het bewandelen van deze weg geen last die aan een rechtmatig besluit verbonden is, maar een voorwaarde voor rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit. Indien de bestuursrechter tot het oordeel komt dat het besluit niet (op deze wijze) genomen had mogen worden, kan hij tevens in zijn overwegingen aangeven dat het aangevochten schadeveroorzakende besluit bij het opnieuw voorzien in de zaak wederom genomen mag worden, maar dan alleen indien aan de (onevenredig) benadeelde belanghebbende de schade wordt vergoed die redelijkerwijs niet, of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven. Men spreekt in dit verband wel van een indirecte en voorwaardelijke veroordeling tot schadevergoeding. ‘Indirect’, omdat het bestuur in de rechterlijke uitspraak niet direct tot schadevergoeding wordt veroordeeld. ‘Voorwaardelijk’, omdat de uitspraak slechts aangeeft wat er moet gebeuren als het bestuursorgaan het besluit wenst te handhaven. Deze benadering steunt naar huidig recht op art. 3:4, tweede lid, Awb. Dit artikellid bevat – kort

gezegd – een tot bestuursorganen gericht verbod om een besluit te nemen of een handeling te verrichten waarvan de nadelen onevenredig zijn ten opzichte van de met het besluit te dienen doelen. Dit verbod veronderstelt dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit (art. 3:4, eerste lid, Awb). De tekst van dit artikellid houdt strikt genomen een proportionaliteitstoets in.<sup>6</sup> Dat wil zeggen een driedelige toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid. Indien geoordeeld wordt dat de nadelige gevolgen van een besluit zwaarwichtiger zijn dan het met dat besluit beoogde doel, komt het besluit wegens strijd met art. 3:4, tweede lid, Awb voor vernietiging in aanmerking. De vraag of nadeelcompensatie geboden is, komt dan in beginsel niet aan de orde. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van art. 3:4, tweede lid, Awb is dit artikellid echter tevens bedoeld als ‘kapstok’ voor nadeelcompensatie.<sup>7</sup> Er kunnen zich gevallen voordoen waarin weliswaar de met het besluit te dienen doelen zwaarwichtiger moeten worden geacht dan de daardoor veroorzaakte nadelen, maar het besluit desondanks niet zonder meer genomen mag worden. In dergelijke gevallen kan het besluit – mede gelet op art. 3:4, tweede lid, Awb – in redelijkheid niet worden genomen zonder dat het betrokken bestuursorgaan zich vooraf benadeelde belangen aantrekt door voorafgaande aan het

5 Zie onder meer ARRvS 15 december 1981, AB 1982, 298 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Baalderbrug); ARRvS 12 januari 1982, AB 1982, 299 m.nt. P.C.E. van Wijmen, *Gst.* 6713 m.nt. J.M. Kan, BR 1982, p. 491 (Paul Krugerbrug I), AB *Klassiek* 2000, P.J.J. van Buuren, onder Paul Krugerbrug II, p. 159 e.v.

6 Vergelijk: J.H. Gerards, ‘Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4, lid 2 Awb en het Europese recht’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, *Europees*

*recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73 e.v.

7 MvA II, Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 3, p. 70 en nr. 5, p. 56-58, PG Awb I, p. 212; ARRvS 12 januari 1982, 299 m.nt. P.C.E. van Wijmen; ARRvS 22 november 1983, AB 1984, 154 m.nt. De Planque (Paul Krugerbrug). Zie voorts: B.P.M. van Ravels, ‘Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg’, in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Bju 2002, p. 289-295.

besluit, of bij het besluit compensatie van de onevenredige schade in geld of anderszins aan te bieden. Nadeelcompensatie is dan een voorwaarde voor rechtmatigheid. In dit soort gevallen doet zich – over de band van art. 3:4, tweede lid, Awb – mede de invloed van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gevoelen. Bij de toets aan dit beginsel gaat het niet zozeer om de verhouding tussen de nadelen van het besluit in verhouding tot de doelen van het besluit, maar om de verhouding tussen de nadelen van het besluit voor een beperkte groep van burgers of instellingen ten opzichte van de overige leden van de samenleving.

### 1.1.3 De weg die art. 8:73 Awb biedt

Deze weg kan strikt genomen niet tot nadeelcompensatie leiden, maar moet hier toch genoemd worden omdat deze weg voor de rechtsmachtverdeling in schadevergoedingszaken van belang blijkt te zijn. Art. 8:73 Awb komt er, voor zover hier van belang, op neer dat, indien de bestuursrechter het beroep gegrond verklaart, hij, indien daarvoor gronden zijn, op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon kan veroordelen tot vergoeding van de schade die deze partij lijdt. De regering achtte het destijds uit een oogpunt van 'efficiënte rechtsbedeling en rechtsbescherming' aantrekkelijk indien de burger in één en dezelfde procedure een rechterlijk oordeel kan krijgen over zowel de rechtmatigheid van het bestreden besluit als de gegrondheid en toewijsbaarheid van zijn schadevergoedingsverzoek. Dat is in de praktijk overigens een illusie gebleken.<sup>8</sup> De reikwijdte van art. 8:73 Awb is beperkt tot bepaalde schadeveroorzakende overheidshandelingen. Ten eerste is de reikwijdte van deze bepaling beperkt tot slechts een bepaald soort overheidshandelingen:

appellabele besluiten als bedoeld in art. 1:3 Awb in samenhang met art. 8:1 Awb. Wanneer de gestelde schade is veroorzaakt door bijvoorbeeld feitelijk handelen, door een rechtshandeling naar burgerlijk recht, of door een niet-appellabel besluit (algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels en dergelijke), is de weg van art. 8:73 Awb onbegaanbaar. Ten tweede biedt deze bepaling alleen een schadevergoedingsmogelijkheid voor overheidshandelingen die (op zichzelf) als onrechtmatig gekwalificeerd kunnen worden. Eén van de vereisten voor toepassing van art. 8:73 Awb is immers dat het beroep tegen het beweerdelijk schadeveroorzakende besluit gegrond is verklaard.

### 1.1.4 De weg van het niet op een geschreven publiekrechtelijke grondslag berustende zuivere schadebesluit

Ook bij het ontbeken van een specifieke geschreven grondslag voor schadevergoeding, kan een benadeelde inmiddels door het bewandelen van de weg van het buitenwettelijke zuivere schadebesluit zijn geschil met de overheid om schadevergoeding ter beslechting aan de bestuursrechter voorleggen. Aanvankelijk werden beslissingen omtrent schadevergoeding veelal als niet appellabele rechtshandelingen naar burgerlijk recht beschouwd. Dat impliceerde dat de bestuursrechter er niet aan te pas kwam. Sedert 1996/1997 – nadat duidelijk was geworden dat art. 8:73 Awb geen adequate voorziening bood – wordt echter over vrijwel de gehele linie van het bestuursrecht aanvaard dat een beslissing van een bestuursorgaan omtrent schadevergoeding appellabel is wanneer deze beslissing voldoet aan een aantal vereisten, waaronder de zogenoemde connexiteitseisen. Het moet gaan om een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan op een

8 R.M. van Male en B.P.M. van Ravels, 'Tot schade van allen. De onvolkomen schadevergoedingsregeling van de Awb', BR 1993, p. 669-685 en B.P.M. van Ravels, 'Wederom: tot schade van allen! Enige nadere

opmerkingen over schadevergoeding wegens onrechtmatige, voor beroep vatbare besluiten', BR 2005, p. 518-524.

verzoek om bij wege van zuiver schadebesluit schade te vergoeden. Het verzoek moet althans niet kunnen worden opgevat als een civielrechtelijke aansprakelijkstelling. Voorts moet de gestelde schade beweerdelijk zijn veroorzaakt binnen het kader van de uitoefening door dat orgaan van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid (het vereiste van materiële connexiteit). De algemene dan wel bijzondere bestuursrechter is slechts bevoegd te achten tot kennisneming van beroepen tegen een zuiver schadebesluit indien die rechter ook bevoegd is te oordelen over beroepen tegen de (gestelde<sup>9</sup>) schadeveroorzakende uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid zelf (het vereiste van processuele connexiteit).<sup>10</sup> De achterliggende gedachte is dat 'de wetgever heeft beoogd zo veel mogelijk te voorkomen dat binnen een reeks van uit elkaar voortvloeiende of anderszins nauw met elkaar samenhangende beslissingen van een bestuursorgaan een scheiding zou moeten worden aangebracht wat betreft de rechters die bevoegd zijn tot toetsing van de verschillende beslissingen'. Uit de ratio van het vereiste van processuele connexiteit volgt bovendien dat tegen een zelfstandig schadebesluit alleen ontvankelijk bezwaar kan worden gemaakt

door degene die ook ontvankelijk bezwaar heeft gemaakt of had kunnen maken tegen het gestelde schadeveroorzakende besluit (het vereiste van belanghebbende-connexiteit).<sup>11</sup> Het bestuursorgaan dat beweerdelijk binnen het kader van de uitoefening door dat orgaan van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid schade zou hebben veroorzaakt, is exclusief bevoegd om een beslissing te nemen op het verzoek om schadevergoeding.<sup>12</sup>

De mogelijkheid om de weg van het zuivere schadebesluit te bewandelen is niet afhankelijk van de ongeschreven grondslag van de eventuele aanspraak op schadevergoeding. Blijkens de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak biedt de weg van het zuiver schadebesluit uitkomst indien het verzoek om vergoeding van schade is gebaseerd op 'het – in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek en in artikel 8:73 van de Awb tot uiting komende – algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden'. Daarenboven is deze weg be- gaanbaar indien de aanspraak 'berust op het – mede aan artikel 3:4, tweede lid, van de Awb

9 ABRvS 20 augustus 2008, LJN: BE8875, 200801442/1; ABRvS 18 april 2008, LJN: BD0336, 200801442/2 (zalks onder verwijzing naar ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229; «JB» 1997/118); ABRvS 22 november 2006, LJN: AZ2768, 200601926/1; ABRvS 26 juli 2006, LJN: AY5030, 200600648/1; ABRvS 8 september 2004, BR 2005, p. 142 m.nt. B.P.M. van Ravels; ABRvS 26 september 2000, «JB» 2000/322.

10 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB, BR 1997, p. 599 m.nt. B.P.M. van Ravels; daarvoor reeds ABRvS 18 februari 1997, BR 1997, p. 432 m.nt. B.P.M. van Ravels; «JB» 1997/44 m.nt. R.J.N.S.; ABRvS 31 mei 1999, AB 1999, 281 m.nt. A. van Hall; «JB» 1999/165 m.nt. R.J.N.S.; ABRvS 25 februari 2000, Gst. 7121, nr. 4, m.nt. Hennekens; ABRvS 11 januari 2001, «JB» 2001/45; ABRvS 26 juni 2002, AB 2003, 232 m.nt. BJS; ABRvS 2 juni 2004, AB 2005, 28 m.nt. CMB;

ABRvS 14 juli 2004, AB 2005, 214 m.nt. CMB; ABRvS 29 september 2004, AB 2005, 46 m.nt. K.J. de Graaf; «JB» 2005/6 m.nt. AMLJ; ABRvS 2 november 2005, LJN: AU5550, 200407245/1; ABRvS 11 januari 2006, «JB» 2006/55 m.nt. GEvM; ABRvS 7 juni 2006, «JB» 2006/229 m.nt. C.L.G.F.H.A. en R.J.N.S.; CRvB 26 september 2003, «JB» 2003/349; CRvB 9 december 2005, AB 2007, 12 m.nt. B.P.M. van Ravels; CBB 20 februari 2002, AB 2002, 150; CBB 28 februari 2002, AB 2002, 139; CBB 25 juli 2002, «JB» 2002/260.

11 ABRvS 18 augustus 2004, BR 2005, p. 41 m.nt. B.P.M. van Ravels; CRvB 16 september 2003, «JB» 2003/349 m.nt. JHK; 'Kroniek Schadevergoeding', NTB 2004, 15, p. 103.

12 ABRvS 26 juni 2002, AB 2003, 232; CRvB 7 november 2002, TAR 2003, 72.

ten grondslag liggende – rechtsbeginsel van “égalité devant les charges publiques” (gelijkheid voor openbare lasten)<sup>13</sup>. Op grond van dit beginsel zijn bestuursorganen gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het normale maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade die is ontstaan in een door de (rechtmatige<sup>14</sup>) uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.<sup>14</sup> In de bestuursrechtspraak wordt aanvaard dat het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten een zelfstandige grondslag biedt voor vergoeding van door op zichzelf rechtmatig overheidshandelen veroorzaakte (onevenredige) schade.<sup>15</sup> In het bestuursrecht is het dus niet steeds nodig om het ontbreken van een voorziening strekkende tot compensatie van (onevenredige) schade op te vatten als een gebrek dat aan het schadeveroorzakende besluit kleeft. Dat kan in het bestuursrecht wel, maar dat hoeft niet per se. Men kan in het bestuursrecht in beginsel ook aanspraak op nadeelcompensatie maken indien aangenomen moet worden dat het beweerdelijk schadeveroorzakende besluit volkomen rechtmatig is. Nadeelcompensatie is in deze benadering een last ter zake van een rechtmatig besluit.<sup>16</sup>

13 ABRvS 15 januari 2003, LJN: AF2923, 200105525/1.

14 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB; BR 1997, p. 599-608 m.nt. B.P.M. van Ravels (Van Vlodrop); ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252 m.nt. B.P.M. van Ravels (Martkplein Helden). Zie voorts B.P.M. van Ravels, ‘De reikwijdte van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten: een grensverkenning’, in: P.F.A. Bierbooms e.a., *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag: Bju 2005, p. 73-96.

15 M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008; B.P.M. van Ravels, ‘Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de

## 1.2.1. *Verhouding tussen de bestuursrechtelijke wegen*

De hiervoor geschetste bestuursrechtelijke wegen zijn alleen toegankelijk indien de gestelde schadeoorzaak is aan te merken als een voor de benadeelde-belanghebbende appellabel besluit, of indien een geschreven publiekrechtelijke grondslag voorziet in compensatie van het door de gestelde schadeoorzaak toegebrachte schade. De verhouding tussen de verschillende bestuursrechtelijke wegen roept enige vragen op. Ik behandel hierna de verhouding tussen het op een geschreven grondslag gebaseerde zuivere schadebesluit en het op een ongeschreven grondslag gefundeerde zuivere schadebesluit. Vervolgens ga ik nader in op de verhouding tussen zuiver schadebesluit en onzuiver schadebesluit.

### 1.2.1 *Verhouding tussen zuiver schadebesluit gebaseerd op respectievelijk geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke grondslag*

Sedert de uitspraak van de Afdeling in de zaak Van Vlodrop is aanvaard dat het algemene rechtsbeginsel van gelijkheid voor de openbare lasten een grondslag kan bieden voor toekenning van nadeelcompensatie in niet door de wetgever geregelde gevallen. Het is de vraag

waterstaatszorg’, in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Den Haag: Bju 2002, p. 155-159; B.J. Schueler, ‘Goede besluiten met slechte gevolgen’, VAR-reeks 128, Den Haag: Bju 2002, p. 155-167.

16 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop); ABRvS 9 juni 2003, BR 2004, 686 m.nt. B.P.M. van Ravels (Eilandspolder); ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95 m.nt. ARN; «JB» 2004/12; BR 2004 m.nt. J.W. van Zundert (Heerlen: aanwijzing tippelzone); ABRvS 29 september 2004, AB 2005, 46 m.nt. K.J. de Graaf.

of dit beginsel ook een grondslag kan bieden voor toekenning van nadeelcompensatie in wél geregelde gevallen. Voorts is het de vraag wanneer een geval kan worden geacht 'geregeld' te zijn. In gevallen waarin de schade beweerdelijk is veroorzaakt door een besluit dat op grond van een specifieke wettelijke schadevergoedingsregeling een titel voor schadevergoeding kan vormen, gaat de Afdeling er in de regel van uit dat die wettelijke regeling een uitputtende regeling geeft voor de vergoeding van (alle) schade veroorzaakt door zodanig besluit. Soms wordt een nog verdergaande exclusieve werking van een schadevergoedingsregeling aangenomen. Alsdan wordt aangenomen dat de schadevergoedingsregeling een uitputtende regeling geeft voor de vergoeding van schade veroorzaakt door al het op de desbetreffende wet gebaseerde bestuursoptreden.<sup>17</sup> De weg van het buitenwettelijke schadebesluit staat in die gevallen wel open, maar deze leidt nergens heen. Men kan in die gevallen het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten niet aangrijpen om te pogen op grond daarvan meer, of andere schade veroorzaakt door het betreffende besluit vergoed te krijgen.<sup>18</sup> Soms wordt bepalend geacht of de wettelijke schadevergoedingsregeling als basis kon dienen voor het toekennen van schadevergoeding. Als dat niet het geval is, wordt aangenomen dat voor het bestuursorgaan in beginsel de bevoegdheid bestaat om nadeelcompensatie

toe te kennen.<sup>19</sup>

In de huidige benadering van de Afdeling heeft de planschadevergoedingsregeling een beperkte exclusieve werking. De Afdeling bestuursrecht-spraak hanteert (thans) als uitgangspunt 'dat voor nadeelcompensatie slechts plaats zou kunnen zijn, voorzover appellante schade heeft geleden door andere besluiten dan die welke op grond van artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening een titel voor schadevergoeding kunnen vormen'.<sup>20</sup> Hieruit kan overigens niet worden afgeleid dat de Afdeling eenzelfde exclusieve werking toekent aan alle schadevergoedingsregelingen die op gelijke leest als art. 49 WRO geschoeid zijn. De Afdeling acht ruimte aanwezig voor een beoordeling van de vraag of de specifieke wettelijke schadevergoedingsregeling redelijkerwijs geacht kan worden alle schade veroorzaakt door het op de desbetreffende wet gebaseerde bestuursoptreden, of althans door de in de regeling aangewezen schadeoorzaak, te dekken.<sup>21</sup> Dat lijkt mij een juiste benadering.

#### 1.2.2 *Verhouding onzuiver schadebesluit / buitenwettelijk zuiver schadebesluit*

De rechtspraak heeft zich – sedert het 'ontstaan' van het buitenwettelijke zuivere schadebesluit – ontwikkeld in de richting dat art. 3:4, tweede lid, Awb – via de weg van het onzuivere schadebesluit – in de praktijk nog

17 Vgl. ABRvS 17 juli 2002, AB 2002, 395 m.nt. ARN (Egmond). Daarin werd geoordeeld dat art. 49 WRO een uitputtende regeling geeft voor de vergoeding van schade, 'veroorzaakt door op de WRO gebaseerd veroorzaakt bestuursoptreden'. Deze formulering lijkt nu verlaten te zijn. Zie ook: G.M. van den Broek, 'De verhouding tussen art. 49 WRO en het zelfstandig schadebesluit gebaseerd op het égalitébeginsel', *O&A* 2003, p. 101-108.

18 Zie voor wat betreft art. 49 Wet op de Ruimtelijke Ordening (oud) ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95 m.nt. ARN; «JB» 2004/12, BR 2004 m.nt. J.W. van

Zundert (Heerlen: aanwijzing tippelzone).

19 Bijvoorbeeld art. 18, eerste lid, Natuurbeschermingswet (ABRvS 17 juli 2002, LJN: AE5454, 200105865/1; M&R 2002, 125 m.nt. J. Hoitink). De houdbaarheid van dit criterium acht ik overigens twijfelachtig.

20 ABRvS 31 maart 2004, LJN: AO6524, 200302847/1; ABRvS 26 mei 2004, LJN: AO9985, 200305793/1. Zie voorts ABRvS 18 december 2008, LJN: BG8265, 200808528/1 en 200808528/2.

21 Zie ABRvS 24 maart 2004, AB 2004, 165 m.nt. AvH, *Gst.* 2004, 7213, 139 m.nt. R.J.N. Schlössels, alsmede ABRvS 28 juni 2006, AB 2007, 20 m.nt. B.P.M. van Ravels.

slechts in een beperkte groep van gevallen grondslag biedt voor nadeelcompensatie.<sup>22</sup> Het betrokken bestuursorgaan en/of de benadeelde kunnen in vrij veel gevallen de vraag of en zo ja in hoeverre nadeelcompensatie moet worden toegekend 'doorschuiven' naar een zelfstandige procedure (de weg van het zuivere schadebesluit). Dit 'doorschuiven' is aan enige voorwaarden gebonden.<sup>23</sup> 'Doorschuiven' mag in beginsel indien aan het betrokken algemeen belang een groter gewicht mag worden toegekend dan aan de geschade belangen. Ook in die gevallen mag het bestuursorgaan echter niet zomaar doorschuiven. De Afdeling lijkt doorschuiven niet mogelijk te achten in gevallen waarin het reeds bij het nemen van het schadeveroorzakende besluit duidelijk is, of had moeten zijn, dat zodanige ernstige schade dreigt te ontstaan dat het besluit niet op zorgvuldige wijze genomen mag worden zonder dat het bestuursorgaan zich vooraf de door het besluit benadeelde belangen aantrekt door compensatie in geld of anderszins. Dat zou zich kunnen voordoen in gevallen waarin als gevolg van de omstandigheid dat de schadeveroorzakende maatregel niet gepaard gaat met toekenning van schadevergoeding onherstelbare schade wordt geleden. Onherstelbaar, in die zin dat de schade niet adequaat gecompenseerd kan worden door toekenning van nadeelcompensatie op een later tijdstip.<sup>24</sup> In zodanig geval komt het schadeveroorzakende besluit wegens strijd met art. 3:4, lid 2, Awb voor vernietiging in aan-

merking. Ik neem voorts aan dat 'doorschuiven' niet mogelijk is in gevallen waarin geen behoorlijke procedurele mogelijkheid voorhanden is om nadeelcompensatie te verkrijgen ter zake van het betreffende appellabele besluit. Naar huidig recht is zodanige mogelijkheid echter vrijwel altijd voorhanden. Indien een wettelijke nadeelcompensatieregeling of een deugdelijk bekendgemaakte beleidsregeling ontbreekt, zal in gevallen waarin de schade wordt veroorzaakt door een appellabel besluit immers in de regel een (eveneens) appellabel zuiver schadebesluit kunnen worden uitgelokt. Weliswaar kunnen niet-belanghebbende benadeelden daar niet gebruik van maken, maar die kunnen ook niet gebruikmaken van de weg van het onzuivere schadebesluit. Daarbij neem ik voorts aan dat voor 'doorschuiven' onder omstandigheden ook vereist is dat de procedurele mogelijkheid om nadeelcompensatie te verkrijgen, tevens een adequate bevoorschottingsmogelijkheid kent. Dat wil zeggen een mogelijkheid om reeds voorafgaand aan het onherroepelijk worden van het schadeveroorzakende besluit een voorschot op de schadevergoeding te verkrijgen indien van de benadeelde in redelijkheid niet kan worden gevergd dat deze de definitieve beslissing omtrent nadeelcompensatie afwacht.

### 1.2.3 Ontkoppelen en doorschuiven

Door middel van het doorschuiven vindt een procedurele ontkoppeling plaats tussen het

22 Zie bijvoorbeeld; ABRvS 11 april 2007, AB 2007, 153 m.nt. L.J.A. Damen, alsmede M.K.G. Tjepkema, 'Nadeelcompensatie bij handhaven en gedogen. Waarom er nog toekomst is voor het onzelfstandig schadebesluit', in: W. den Ouden e.a. (red.), *Recht realiseren – Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 237-278.

23 B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *O&A* 2006, 3, p. 10-23, in het bijzonder p. 19.

24 Vgl. ARRvS 22 november 1983, AB 1984, 154 m.nt. De Planque (Paul Krugerbrug); ABRS 28 mei 1998, E01.96.0532 (Tracébesluit Betuweroute), p. 196-197; ABRS 6 maart 2002, LJN: AE0183, 200001849/1 (Vliegveld Teuge); ABRvS 16 april 2003, AB 2003, 347 m.nt. ChB (Aanwijzing Leenderbos); ABRvS 9 juni 2003, AB 2004, 6 m.nt. FM; BR 2004, p. 686 m.nt. B.P.M. van Ravels (Speciale beschermingszone Eilandpolder); ABRvS 19 mei 2004, 200306450/1 (Verkeersbesluit Landgraaf); ABRvS 8 december 2004, LJN: AR7061, AR7064, AR7059.

schadeveroorzakende besluit en de beslissing omtrent schadevergoeding. Naar het zich thans laat aanzien, levert dit doorschuiven echter slechts ten dele een materiële ont koppeling op. Het na 'doorschuiven' genomen zuivere schadebesluit wordt niet getoetst aan art. 3:4, tweede lid, Awb, maar aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. De Afdeling bestuursrechtspraak gaat daarbij nadrukkelijk uit van een verschil tussen 'toetsing aan art. 3:4 Awb en het daarin gecodificeerde evenredigheidsbeginsel' enerzijds en de beantwoording van 'de vraag of aanspraak bestaat op nadeelcompensatie aan de hand van het algemeen rechtsbeginsel van gelijkheid voor de openbare lasten' anderzijds.<sup>25</sup> 'De omstandigheid dat er geen sprake is van onevenredige schade in de zin van art. 3:4, tweede lid, van de Awb, in de zin dat de gestelde schade niet bij voorbaat in de weg staat aan het nemen van een rechtmatig besluit, (betekent) niet dat er evenmin aanleiding is voor schadevergoeding op grond van het égalité-beginsel. Die laatste vraag vergt dus een andere beoordeling (...)' Wanneer het schadeveroorzakende besluit niet is vernietigd of herroepen wegens strijd met art. 3:4, tweede lid, Awb, laat dit de mogelijkheid voor benadeelden om achteraf (via de bestuursrechtelijke weg) nadeelcompensatie te verkrijgen op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten in beginsel onverlet.<sup>26</sup> Wanneer een schadeveroorzakend besluit rechtens onaantastbaar

is geworden dient er, voor zover hier van belang, in beginsel slechts van uit te worden gegaan dat het bestuursorgaan dit besluit rechtmatig mocht nemen zonder zich *vooraf* de belangen van benadeelden aan te trekken door te voorzien in compensatie van de door het besluit te veroorzaken nadelen. Deze omstandigheid impliceert niet zonder meer dat er geen verplichting voor het bestuursorgaan kan bestaan om op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten *achteraf*, dat wil zeggen wanneer het besluit rechtskracht heeft gekregen en daadwerkelijk van schade dientengevolge is gebleken, de onevenredige schade die het gevolg is van dit rechtens onaantastbare besluit te vergoeden. De formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit staat derhalve in een bestuursrechtelijke procedure in beginsel niet in de weg aan een op de gelijkheid voor de openbare lasten gebaseerde aanspraak op nadeelcompensatie. Dat ligt waarschijnlijk anders in gevallen waarin het bestuursorgaan in het schadeveroorzakende besluit, althans in de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen, een expliciet antwoord heeft gegeven op de vraag, of en zo ja in hoeverre een belanghebbende ter zake van dit besluit aanspraak kan maken op nadeelcompensatie. Wanneer die vraag in het kader van een onzuiver schadebesluit, eventueel na bezwaar en beroep, onherroepelijk is beantwoord, ligt het niet in de rede ervan uit te gaan dat belanghebbende precies

25 ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95 m.nt. ARN (Heerlen); ABRvS 8 november 2006, AB 2007, 252 m.nt. B.P.M. van Ravels; ABRvS 29 november 2006, LJN: AZ3259, 200509689/1. Zie aangaande het onderscheid proportionaliteit en gelijkheid voor de openbare lasten ook HR 18 november 2005, AB 2006, 57 m.nt. B.P.M. van Ravels.

26 Vgl. de in noot 15 genoemde publicaties: Schueler 2002, p. 162-163; Van Ravels 2002, p. 289-295, alsmede R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het égalitébeginsel: chaos of ius commune? (II)', *Gst.* 2002, 7161, 1, p. 184; N. Verheij, 'Overheidsaan-

sprakelijkheid in de Awb', *O&A* 2002, 4, p. 122-124; B.P.M. van Ravels, 'Het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten', in: R.J.N. Schlössels e.a., *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 67-91; P.J.J. van Buuren, *AB-klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 412 (Zelfstandig schadebesluit Van Vlodrop); B.J. Schueler, *Monografieën AWB, Algemene wet bestuursrecht (B-07)*, Deventer: Kluwer 2005, par. 8.5 en 8.7.1; B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *O&A* 2006, 3, p. 10-23.

dezelfde vraag nog eens aan het bestuursorgaan en aan de rechter kan voorleggen via de weg van het zuivere schadebesluit. Het lijkt immers niet in overeenstemming met het bestuursrechtelijk stelsel van rechtsbescherming te zijn, wanneer een belanghebbende een in een schadeveroorzakend besluit begrepen, onherroepelijke en zonder voorbehoud genomen beslissing omtrent toekenning van nadeelcompensatie weer langs een omweg zou kunnen aantasten door een aanvraag om een zuiver schadebesluit in te dienen en door vervolgens tegen de beslissing daarop bezwaar te maken en beroep in te stellen. De omstandigheid dat het beroep van belanghebbende tegen het schadeveroorzakende besluit ongegrond is verklaard, heeft, wanneer in wezen identieke vragen aan de orde zijn bij de beoordeling van het schadeveroorzakende (onzuivere schade) besluit en het desbetreffende zuivere schadebesluit, consequenties voor de mogelijkheden om de weg van het zuivere schadebesluit te bewandelen. Het verzoek om een zuiver schadebesluit zou met toepassing van art. 4:6, tweede lid, Awb kunnen worden afgewezen.

De hiervoor bedoelde ontkoppeling lijkt overigens niet zo ver te gaan dat de beantwoording van de vraag of er aanleiding is voor het bij wege van zuiver schadebesluit toekennen van schadevergoeding op grond van het *égalité*-beginsel ook geheel inhoudelijk

wordt losgekoppeld van de belangenafweging die ten grondslag ligt, of althans ten grondslag behoort te liggen aan de schadeveroorzakende overheidshandeling. De rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak lijkt erop te wijzen dat een benadeelde slechts aanspraak kan maken op toekenning van nadeelcompensatie bij wege van zuiver schadebesluit op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten indien aan het schadeveroorzakende handelen een belangenafweging ten grondslag lag, of althans diende te liggen, waarbij het geschade belang in de afweging mocht en kon worden betrokken.<sup>27</sup> Zo oordeelde de Afdeling dat 'vanwege het limitatief en imperatief karakter van art. 44 Woningwet (...) er bij het nemen van de beslissing op de aanvraag om bouwvergunning (...) geen ruimte (was) voor een belangenafweging en mitsdien evenmin voor nadeelcompensatie'.<sup>28</sup>

## 2. **Nadeelcompensatie en de strafrechter**

Het Wetboek van Strafvordering kent enige bepalingen die voorzien in een specifieke regeling ter compensatie van (bepaalde) nadelen die een aan bepaalde rechtmatige strafvorderlijke maatregelen blootgestelde verdachte lijdt. Ik doel op de artikelen 89, 90, 481, 591 en 591 Sv.<sup>29</sup> Uit de wetsgeschiedenis en uit de rechtspraak

27 ABRvS 11 januari 2006, «JB» 2006/52; ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 67 m.nt. K.J. de Graaf; ABRvS 17 november 2004, LJN: AR5835, 200401942/1; ABRvS 2 november 2000, AB 2001, 44 m.nt. FM; ABRvS 4 februari 1999, «JB» 1999/66 m.nt. R.J.G.H.S.; ABRvS 26 april 1996, Gst. 1996, 7038, 8 m.nt. H.J.M. van Geest.

28 ABRvS 16 maart 2005, AB 2007, 11 m.nt. B.P.M. van Ravels.

29 Zie hieromtrent recent: N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen* (diss. Leiden), Tilburg: Celsius juridische uitgeverij 2009, alsmede N.J.M. Kwakman, *Schade-*

*compensatie in het strafprocesrecht* (diss. Groningen), Groningen: 2003. Zie voorts: N.J.M. Kwakman, 'Een algemene schadevergoedingsregeling in het strafprocesrecht. Haast geboden?', DD 2006, p. 1127-1136; J.E. Hoitink e.a., 'Schadecompensatie strafvorderlijk optreden. Goed gefundeerd of vooral praktisch benaderd?', NJB 2008, 745, p. 870-877; J.I.M.G. Jahae en L.A.H.A. van Maarseveen, 'Wetsvoorstel schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheids-optreden', O&A 2008, 3, p. 12 e.v.; C.J.M. van Dam, 'Het wetsvoorstel Schadecompensatie strafvorderlijke overheids-optreden', NTBR 2009, nr. 26, p. 206-210.

van de Hoge Raad dienaangaande blijkt dat het hier gaat om aansprakelijkheid van de overheid uit rechtmatige daad.<sup>30</sup> De beoordeling van het recht op vergoeding van de gewezen verdachte geschiedt in beginsel door de daartoe in het Wetboek van Strafvordering aangewezen rechter: de strafrechter.<sup>31</sup>

De reikwijdte van de in deze bepalingen neergelegde regeling is beperkt naar de personen die daarop aanspraak kunnen maken, naar de maatregelen die als relevante schadeoorzaak kunnen gelden, naar schadeposten die voor vergoeding in aanmerking kunnen komen en naar omvang van de toe te kennen vergoedingen.

Slechts de gewezen verdachte of zijn erfgenamen kunnen aanspraak maken op de vergoeding waarop deze regeling betrekking heeft. Derden die nadeel hebben geleden als gevolg van strafvorderlijke handelingen van politie en justitie kunnen dus geen beroep doen op deze regeling.

De regeling voorziet in vergoeding van schade veroorzaakt door rechtmatige, maar achteraf onjuist gebleken, ondergane verzekering, klinische observatie, of voorlopige hechtenis. Ook andere schade dan vermogensschade komt in beginsel voor vergoeding in aanmerking. Daarnaast voorziet de regeling onder bepaalde omstandigheden in vergoeding van proceskosten, reis- en verblijfskosten, verletkosten en kosten van rechtsbijstand.

Deze regeling voorziet niet in toekenning van een in beginsel volledige vergoeding. Het gaat om een billijkheidsvergoeding die – anders dan door sommigen is bepleit – nimmer is geëvolueerd tot een in beginsel volledige vergoeding.<sup>32</sup> Aan de bepaling van de omvang van

de vergoeding liggen in de regel 'vaste' tarieven ten grondslag.

Derden die de schade die zij lijden als gevolg van gedragingen van politie en justitie willen afwentelen op de Staat zullen hun aanspraak derhalve op een andere grondslag moeten baseren. De gewezen verdachte die schade heeft geleden als gevolg van andere strafvorderlijke maatregelen, of de gewezen verdachte die zijn schade volledig vergoed wenst te zien, zal eveneens moeten uitkijken naar een andere grondslag voor schadevergoeding.

### 3. Nadeelcompensatie en de burgerlijke rechter

#### 3.1 Inleiding

Naast de bestuursrechters en de strafrechter biedt ook de rechtsgang naar de burgerlijke rechter mogelijkheden om schade die is veroorzaakt door op zichzelf rechtmatig overheidsoptreden op de overheid te verhalen. Op hoofdlijnen kunnen, voor zover hier van belang, aan de hand van de grondslag van de mogelijke vordering, drie verschillende soorten vorderingen worden onderscheiden:

- a. Ten eerste vorderingen die strekken tot nakoming van een uit een specifieke wettelijke grondslag ontstane verbintenis tot schadevergoeding wegens een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad. Voorbeelden hiervan bieden de in bijzondere wetten geregelde aanspraken op schadevergoeding ter zake van aan rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken opgelegde gedoogplichten. De rechthebbenden kunnen aan-

30 HR 7 april 1989, NJ 1989, 532.

31 De raadkamer die over de schadevergoeding beslist, is zo veel mogelijk samengesteld uit de leden die op de terechtzitting over de zaak hebben gezeten, aldus art. 89, derde lid, Sv.

32 Zie F.B. Bakels, 'Iets over de artikelen 89 en 90 Sv', *NJB* 1991, p. 287-294 en F.B. Bakels, 'Schadevergoeding na een gestrande vervolging', in: A. van Duijvendijk-Brand e.a. (red.), *Variatie in cassatie* (Groen-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 23-35.

de spraak maken op een in beginsel volledige vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade.<sup>33</sup>

b. Ten tweede vorderingen strekkende tot verkrijging van nadeelcompensatie die door eiser verhuld worden in het kleed van een vordering strekkende tot nakoming van een op art. 6:162 BW gebaseerde verbintenis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. De Hoge Raad heeft tot nog toe niet expliciet aanvaard dat het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten zou kunnen fungeren als een zelfstandige bron van verbintenissen waarvan rechtstreeks nakoming kan worden gevorderd.<sup>34</sup> De verklaring daarvoor is mogelijk gelegen in de omstandigheid dat – anders dan in het bestuursrecht – het in art. 6:1 BW neergelegde stelsel van verbintenissen noopt tot terughoudendheid bij het aannemen van de mogelijkheid tot toewijzing van een vordering tot nakoming van een verbintenis op grond van (alleen) rechtmatige overheidsdaad.<sup>35</sup> Ingevolge art. 6:1 BW kunnen verbintenissen slechts ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit. Het huidige BW biedt – zo wordt aangenomen – geen ruimte om in bijzondere gevallen waarin de overheid op rechtmatige wijze schade veroorzaakte, een schadevergoedingsverplichting aan te nemen op de enkele grond dat zulks naar het oordeel van de rechter op grond van de

redelijkheid of de billijkheid geboden is.<sup>36</sup>

In het verleden is wel gepoogd de gedachte om de toegang te doen vinden dat een vordering gebaseerd zou kunnen worden op de stelling dat enkel het niet betalen van schadevergoeding ter zake van rechtmatig overheids-handelen onrechtmatig zou kunnen zijn. Die constructie is echter niet geaccepteerd. Eén van de vereisten voor toewijzing van een vordering op grond van art. 6:162 BW is immers dat de gestelde schadeoorzaak als een onrechtmatige daad moet kunnen worden aangemerkt. Dat wil zeggen als een inbreuk op een recht, of als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond (art. 6:162 BW). De gepleegde (overheids-)daad, die door eiser als schadeoorzaak wordt gesteld, moet blijken de rechtspraak zelf als onrechtmatig worden aangemerkt. 'Niet als juist kan worden aanvaard de stelling dat een overheidslichaam onrechtmatig handelt wanneer het door een rechtmatig handelen bij de behartiging van de hem toevertrouwde publieke belangen schade toebrengt en niet bereid is deze schade voor zijn rekening te nemen', aldus de Hoge Raad.<sup>37</sup> In gevallen waarin de rechter oordeelde dat rechtens een vergoeding diende te volgen ter zake van op zichzelf rechtmatig over-

33 Voorbeelden hiervan zijn de Belemmeringenwet privaatrecht, art. 12b Waterstaatswet, art. 60 e.v. Wet inzake de Luchtverontreiniging, artikelen 57-59 Monumentenwet 1988, artikelen 31 en 34 Grondwaterwet, artikelen 73 en 74 Wet Bodembescherming en art. 50 e.v. Luchtvaartwet.

34 Dit is de gangbare, maar niet onomstreden, opvatting in rechtspraak en literatuur. Zie Asser-Hartkamp I (2000), nr. 50; C.J.H. Brunner, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 23-25; J. Spier, WPNR 6074, p. 986/7 onder 3; C.H. Sieburgh, *Toe-*

*rekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 24-31.

35 Vgl. COM A-G Langemeijer, sub 2.11 en 2.12 bij HR 21 maart 2003, C01/196HR; LJN: AF2292.

36 HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel); alsmede art. 6:1 BW waarmee de wetgever beoogd heeft aan te sluiten bij de uitleg die de HR in laatstgenoemd arrest aan art. 1:269 (oud) BW gaf.

37 HR 23 november 1990, AB 1991, 242; NJ 1991, 92; AA 1991, p. 328 (Joeman/Staat); HR 3 april 1987, NJ 1987, 703; BR 1987, p. 600.

heidshandelen, zochten en zoeken eisers en de burgerlijke rechter hun toevlucht bij redeneringen op grond waarvan een verbintenis 'uit de wet' geconstrueerd kan worden. Daarbij werd en wordt met gebruikmaking van verschillende constructies beschutting gezocht onder de brede paraplu van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad. Te denken valt daarbij aan constructies met rechtvaardigingsgronden (de rechtvaardigingsgrond in wording, alsmede de achteraf vervallen, of voorwaardelijke rechtvaardigingsgrond) en de constructie waarbij het toebrengen van onevenredige schade door op zichzelf rechtmatig overheidsoptreden het overheidsoptreden onrechtmatig maakt. De discussie omtrent de vraag, of dit soort constructies aanvaardbaar zijn en of het

niet veel beter is om – ook in het burgerlijk recht – schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad gebaseerd op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten te aanvaarden, laat ik hier nadrukkelijk rusten.<sup>38</sup>

- c. Ten derde doel ik op vorderingen die strekken tot nakoming van een verbintenis waarvan de grondslag niet uitdrukkelijk in de wet is voorzien. Eiser vordert bijvoorbeeld nakoming van een op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gebaseerde verbintenis tot nadeelcompensatie, of althans van een verbintenis die past in het stelsel van de wet en aansluit bij de daarin wel geregelde gevallen.

38 Zie onder veel meer voorts: A.R. Bloembergen COM voor HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794 (Staat/Bekkers); A.R. Bloembergen, 'Centauren in 6.3', in: *Als een goed huisvader* (Nieuwenhuisbundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 122-128; A.R. Bloembergen, *NTB* 1996, p. 8-12; A.R. Bloembergen, 'Een halve eeuw schadevergoeding', in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later. Opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 15; T. Hartlief, 'De burgerlijke rechter, enkele varkensmesters en de aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad', in: Spier en Van Schendel 2002, p. 67 e.v. en in dezelfde bundel W.A.M. van Schendel, 'Het nut van varkens. Over schadevergoeding bij rechtmatige daad', p. 109-116; G.E. van Maanen, 'De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter', in: *VAR* 128, p. 15, 18, 43 en 78; G. van den Bergh, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', *RM Themis* 1952, p. 498 e.v.; Ph. A.N. Houwing in zijn noot onder het zevende Voortse Stroom-arrest (HR 19 december 1952, *NJ* 1953, 642); J.L. de Wijkerslooth, 'Het recht gaat aan constructies ten onder', *RM Themis* 1993, p. 316-324; J.L. de Wijkerslooth, 'Het weigeren van

schadevergoeding bij rechtmatige daad', *BR* 1988, p. 562 e.v.; D.J. van der Kwaak, 'De variërende status van rechtsbetrekkingen in het privaatrecht', *WPNR* 1997, p. 481-486. Dit soort constructies wordt verdedigd door J. Drion, 'Onrechtmatige daad', in: *Verzamelde geschriften van J. Drion*, Leiden 1968, p. 55-98, oorspronkelijk gepubliceerd in *WPNR* 3992-3998; M.H. Bregstein, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', in: *Verzameld werk van M.H. Bregstein*, Zwolle 1960, p. 339-365, oorspronkelijk gepubliceerd in *RM Themis* 1951, p. 273 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht: een interne rechtsvergelijking* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1984, p. 6, 11, 16 en 25; J.H. Nieuwenhuis, 'De constructie van overheidsaansprakelijkheid', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid*, Rotterdam: Sanders Instituut/Gouda: Quint 1996, p. 13; W.E. Haak, 'Ode aan LAND (of: Een vroeg pleidooi voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad)', in: A.L. Mohr e.a. (red.), *J.L.P. Cahenbundel*, Gouda: Quint 1997, p. 139-149; P.W. Brouwer, 'Zijn alle onrechtmatige daden onrechtmatig?', in: N.F. van Maanen en R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen/Amsterdam: Ars Aequi Libri/Paul Scholten Instituut 1999, p. 47-56.

De eerste hiervoor bedoelde soort vorderingen levert vanuit een oogpunt van rechtsmachtverdeling niet veel problemen op. Dat ligt anders voor de twee andere typen vorderingen bij de burgerlijke rechter. Daarbij rijzen verschillende problemen die voortvloeien uit het verbrokkelde stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid. In dit 'stelsel' zijn er verschillende rechters die in hoogste instantie rechtspreken in geschillen met de overheid: de vijf hoogste bestuursrechters, de strafrechter en de burgerlijke rechter. De afbakening van de respectieve competenties van deze rechters en de afstemming van deze competenties op elkaar maken het overheidsaansprakelijkheidsrecht lastig te doorgronden. De Hoge Raad heeft als 'restrechter' ter afbakening van zijn competentie op dat terrein ten opzichte van die van de bestuursrechters in een lange reeks van arresten een stelsel van voorrangs- en aansluitingregels ontwikkeld. De Hoge Raad waakt er bij de vormgeving daarvan voor dat het stelsel van rechtsbescherming voldoet aan de rechtsstaatgedachte en aan het bepaalde in art. 6 EVRM: er is altijd toegang tot een rechter en waar nodig biedt de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming. In dit in de rechtspraak ontwikkelde stelsel spelen bevoegdheidskwesties, ontvankelijkheidsvragen, het gezag van gewijsde van – of althans, de bindende kracht van – uitspraken van de bestuursrechter en de leer van de formele rechtskracht een niet altijd even eenvoudig te doorgronden rol bij de beantwoording van de vraag of en zo ja in hoeverre er voor de burgerlijke rechter een taak resteert bij de beslechting van een schadevergoedingsgeschil. Hierna schets ik, mede aan

de hand van recente rechtspraak van de Hoge Raad, de belangrijkste pijlers van dit stelsel van aanvullende rechtsbescherming, voor zover van belang voor nadeelcompensatieclaims. Eerst bespreek ik – onder 3.2 – de vorderingen waarbij de nadeelcompensatieclaim wordt verhuld als een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering. Daarna komen – onder 3.3 – de anderszins gefundeerde nadeelcompensatieclaims aan bod.

### 3.2 *Het stelsel van aanvullende rechtsbescherming en de onrechtmatige rechtmatige daad*

#### 3.2.1 *Bevoegdheid burgerlijke rechter*

De eerste vraag die bij toepassing van dit stelsel beantwoord moet worden, is de vraag of de burgerlijke rechter bevoegd is van de vordering kennis te nemen. In de door de Hoge Raad omarmde objectum-litisleer is de burgerlijke rechter in beginsel bevoegd om van een vordering kennis te nemen indien de eiser zich baseert op een schuldvordering in de zin van art. 112, eerste lid, Grondwet.<sup>39</sup> Niet beslissend is dus de (werkelijke) aard van het geschil, maar de aard van de door eiser gestelde rechtsverhouding.<sup>40</sup> Wanneer de eisende partij diens vordering grondt op onrechtmatig handelen en de vordering ertoe strekt op die grond schadevergoeding te verkrijgen, is de burgerlijke rechter bevoegd om van een vordering kennis te nemen.<sup>41</sup>

#### 3.2.2 *Ontvankelijkheid eiser*

De enkele omstandigheid dat de burgerlijke rechter bevoegd is van een vordering kennis te

39 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2008, p. 708; Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 276-277; J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 14-15; G.E. van Maanen en R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*,

Deventer: Kluwer 2005, p. 33 e.v.; Schueler 2005, p. 76-77.

40 HR 23 juni 1989, AB 1989, 551, NJ 1991, 673 m.nt. MS (GCN/ Nieuwegein).

41 HR 31 december 1915, NJ 1916, 407; HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718 en HR 17 december 2004, AB 2005, 111 m.nt. R.W.

nemen betekent evenwel nog niet dat de burgerlijke rechter zich in een inhoudelijke beoordeling van de vordering zal (mogen) begeven. Eiser dient immers door de burgerlijke rechter (in beginsel) niet-ontvankelijk te worden verklaard wanneer, kort gezegd, een andere rechtsgang hem voldoende rechtsbescherming biedt. Indien eiser door middel van zijn vordering bij de burgerlijke rechter hetzelfde, of althans een – wat betreft inhoud, effect en/of termijn – vergelijkbaar resultaat probeert te bereiken als in een andere voldoende rechtsbescherming biedende (bestuursrechtelijke of strafrechtelijke) rechtsgang bereikt kan worden, of had kunnen worden, dient hij niet-ontvankelijk te worden verklaard. Er bestaat dan geen rechtstekort waarin door de burgerlijke rechter zou moeten worden voorzien.<sup>42</sup> Dit geldt ook voor vorderingen strekkende tot schadevergoeding. Wanneer eiser de gevorderde vergoeding of compensatie kan verkrijgen via een andere voldoende rechtsbescherming biedende rechtsgang, moet hij in beginsel niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn vordering bij de burgerlijke rechter.

#### *Verhouding tot strafrechtelijke mogelijkheid van beslechting schadevergoedingsgeschil*

De ontvankelijkheid van eiser in een op art. 6:162 BW en (dus) op de onrechtmatigheid van strafrechtelijk optreden van politie en justitie gebaseerde vordering strekkende tot schadevergoeding, kan niet met succes bestreden worden door te verwijzen naar de mogelijkheid om de

schade via de weg van art. 89 Sv te verhalen. De Hoge Raad heeft dienaangaande overwogen dat deze regeling weliswaar een ‘eenvoudige en snelle maar aan duidelijke beperkingen onderhevige mogelijkheid (biedt) om een tegemoetkoming in de geleden schade te krijgen’, maar dat uit de tekst en de geschiedenis van de totstandkoming daarvan ‘blijkt dat daarmee niet meer is beoogd dan de rechter de mogelijkheid te geven naar billijkheid een vergoeding toe te kennen “ter zake van rechtmatige, doch achteraf niettemin onjuist gebleken vrijheidsbeneming”. Zoals bij die totstandkoming ook tot uitdrukking is gebracht, staan deze bepalingen daarom, daargelaten in hoeverre zij toepassing kunnen vinden in geval van onrechtmatige vrijheidsbeneming, in elk geval niet eraan in de weg dat wie meent daarvan het slachtoffer te zijn, ter zake op de voet van art. 1401 BW een voorziening vordert bij de burgerlijke rechter.’ Een belangrijk uitgangspunt hierbij is dat ieder die meent het slachtoffer te zijn van onrechtmatige vrijheidsbeneming, in overeenstemming met het bepaalde in art. 5, vijfde lid, EVRM en art. 9, vijfde lid, IVBP aanspraak moet kunnen maken op volledige vergoeding van zijn daardoor geleden schade. De regeling van art. 89 Sv stelt echter beperkingen aan het recht om die aanspraak geldend te maken. De regeling maakt de rechter slechts bevoegd om schadevergoeding toe te kennen (‘kan’), maar verplicht hem daar niet toe. Of in een concreet geval ‘gronden van billijkheid’ aanwezig geacht kunnen worden is geheel aan de rechter. Bovendien behoeft de toe te kennen vergoeding geen

42 Zie art. 70 Rv en HR 28 februari 1992, AB 1992, 301 m.nt. FHvdB, NJ 1992, 287 (Changoe/Staat), HR 22 december 2000, «JB» 2001/27 (Philips/Eindhoven). In HR 25 november 1977, NJ 1978, 255; AB 1978, 1 (Plassenschap Loosdrecht) wordt als criterium gehanteerd of de bijzondere rechtsgang aan eiser “een zo onvoldoende rechtsbescherming biedt dat daarnaast nog een taak voor de burgerlijke rechter zou overblijven”. In HR 3 september 2004, AB 2005, 74, NJ

2006, 28 (VAJN en NJCM/Staat) hanteert de Hoge Raad - evenals in HR 22 februari 1957, NJ 1957, 310 (Schellen en deuropeners) - als criterium of voor eiser “een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang” open staat. In HR 21 april 2006, NJ 2006, 271 wordt gesproken van “een rechtstekort (...) waarin door de burgerlijke rechter zou moeten worden voorzien”. Zie voorts: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 711.

volledige vergoeding te zijn. De rechter kan ingevolge art. 90, tweede lid, Sv bij de bepaling van het bedrag ook rekening houden met de 'levensomstandigheden' van eiser.<sup>43</sup> De Hoge Raad beantwoordt in deze gevallen de ontvankelijkheidsvraag derhalve niet zozeer aan de hand van de vraag of de bijzondere rechtsgang met voldoende procedurele waarborgen is omkleed, maar veeleer aan de hand van de vraag of eiser via de bijzondere rechtsgang een inhoudelijk vergelijkbaar resultaat kan bereiken als in de bijzondere rechtsgang.

*Verhouding tot bestuursrechtelijke mogelijkheid van beslechting schadevergoedingsgeschil (Changoe/Staat)*

In gevallen waarin de vordering strekt tot vergoeding van schade die het beweerde gevolg is van een appellabel besluit waarvan de (on)rechtmatigheid in beginsel ter beoordeling aan de bestuursrechter dient te worden voorgelegd én de eisende partij als belanghebbende bij het beweerdelijk schadeveroorzakende besluit kan worden aangemerkt, kan er in beginsel van worden uitgegaan dat voor de aan de orde zijnde vordering een voldoende rechtsbescherming biedende bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat of heeft opengestaan. Ik doel vanzelfsprekend op de hiervoor aangegeven weg van het niet op een geschreven grondslag gebaseerde zuivere schadebesluit. Deze weg staat in deze gevallen open, zoals hiervoor reeds aangetoond, ongeacht de grondslag van de gepretendeerde aanspraak op schadevergoeding. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad dient

er in beginsel van uit te worden gegaan dat de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter(s) meebrengt dat de burgerlijke rechter het oordeel of een belanghebbende recht heeft op vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van een appellabel besluit, in beginsel dient over te laten aan de bestuursrechter. Dat betekent dat eiser in beginsel niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn vordering strekkende tot schadevergoeding indien het schadevergoedingsgeschil door de bestuursrechter beslecht kan worden. Er staat dan immers voor eiser een andere voldoende rechtsbescherming biedende rechtsgang open om zijn schadevergoedingsgeschil met de overheid beslecht te krijgen. Dit is sedert het Changoe-arrest de hoofdlijn van de te dezen relevante rechtspraak.<sup>44</sup> Géén reden om aan deze rechtsgang voorbij te gaan is de kans op toekenning van een lagere schadevergoeding. De stelling dat de bestuursrechter zich bij beoordeling van schadevergoedingskwesities terughoudender zou opstellen dan de burgerlijke rechter maakt dat niet anders, omdat, ook als dit juist zou zijn, niet kan worden gezegd dat de rechtsbescherming met betrekking tot de schadevergoeding bij de bestuursrechter onvoldoende is.<sup>45</sup>

*Ontvankelijkheid eiser – uitzondering (Staat/Zevenbergen en Groningen/Raatgever)*

In de rechtspraak wordt op deze regel (van het Changoe-arrest) een uitzondering aangenomen voor gevallen waarin de schade volgens de stellingen van eiser zou zijn veroorzaakt door een

43 HR 7 april 1989, NJ 1989, 532; HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 793 m.nt. AHJS.

44 HR 28 februari 1992, AB 1992, 301 m.nt. FHvdB (Changoe); HR 11 april 2008, LJN: BC1649, C06/208HR; NJ 2008, 519 m.nt. M.R. Mok; AB 2008, 170 m.nt. G.A. van der Veen (Gelderse zandwinning);

HR 17 oktober 2008, LJN: BD3135, C07/009HR (Vreemdelingenrecht).

45 Zie HR 28 februari 1992, r.o. 3.3; AB 1992, 301 m.nt. FHvdB; NJ 1992, 687 m.nt. MS (Changoe/Staat) en de conclusie van A-G T. Koopmans voor dit arrest onder 7. Anders: Dane 2009, p. 168 en 169.

beweerdelijk onrechtmatig, appellabel besluit.<sup>46</sup> De reden voor het maken van deze uitzondering is gelegen in 'de wil van de wetgever'. De wetgever (van de Awb) heeft immers blijkens de tekst en de parlementaire geschiedenis van art. 8:73 Awb de benadeelde keuzevrijheid willen bieden. Dat wil zeggen de vrijheid voor de belanghebbende om bij gegrondbevinding van zijn beroep tegen een besluit te kiezen voor de rechtsgang die een van de bestuursrechters biedt om zijn schadevergoedingsgeschil met de overheid beslecht te krijgen, of voor de rechtsgang die burgerlijke rechter biedt. Eiser mag in dit soort gevallen niet overeenkomstig de regel van het stelsel van aanvullende rechtsbescherming niet-ontvankelijk worden verklaard omdat hij de weg van art. 8:73 Awb, of die van het buitenwettelijke zuivere schadebesluit had kunnen volgen. Indien hij deze weg wel heeft gevolgd, treedt de burgerlijke rechter terug zodra – kort gezegd – de bestuursrechter een inhoudelijk oordeel heeft gegeven omtrent het betreffende schadevergoedingsgeschil.

### 3.2.3 Bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter

Indien eiser zijn nadeelcompensatieclaim ter zake van een voor hem appellabel besluit op enigerlei wijze inkleedt als een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering, zal eiser aan zijn vordering (onder meer) de stelling ten grondslag moeten leggen dat bedoeld besluit jegens hem als onrechtmatig is te kwalificeren. De burger-

lijke rechter zal in beginsel bevoegd zijn om van de aldus gefundeerde vordering kennis te nemen en eiser zal in beginsel ontvankelijk zijn in deze vordering. Het probleem is echter dat de burgerlijke rechter ingevolge het geldende stelsel van rechtsmachtverdeling ten minste één van de voor de beoordeling van deze vordering prealabele vragen in beginsel niet zelfstandig mag beoordelen. Ik doel op de vraag of het beweerdelijk onrechtmatige appellabele besluit al dan niet jegens eiser als onrechtmatig gekwalificeerd moet worden. De burgerlijke rechter gaat er immers van uit dat het bij uitstek tot de taak van de respectieve bestuursrechters behoort om (in beroep) te beoordelen of een (appellabel) besluit in overeenstemming is met het recht (dat wil zeggen geschreven of ongeschreven rechtsregels of algemene rechtsbeginselen).<sup>47</sup> Voorts ligt in de rechtspraak van de Hoge Raad besloten dat de door de bestuursrechter te verrichten onrechtmatigheidstoets identiek is aan de onrechtmatigheidstoets die de burgerlijke rechter bij de beoordeling van een vordering op grond van art. 6:162 BW verricht.<sup>48</sup> Een en ander impliceert dat voor de burgerlijke rechter in een geschil omtrent vergoeding van schade veroorzaakt door een appellabel besluit, waarbij eiser belanghebbende is, in beginsel geen ruimte bestaat om tot een zelfstandig oordeel te komen over de onrechtmatigheid van een appellabel besluit, onafhankelijk van het oordeel van de bestuursrechter. Indien de bestuursrechter in beroep heeft geoordeeld over een besluit, heeft de burgerlijke rechter van het oordeel van de

46 HR 19 november 2002, AB 2003, 95 m.nt. PvB; «JB» 2003/2 (Staat/Zevenbergen) en HR 17 december 1999, AB 2000, 89 m.nt. PvB; NJ 2000, 87 m.nt. ARB; «JB» 2000/4 m.nt. F.A.M.S (Groningen/Raatgever). Zie voorts voor de voorlopige voorzieningprocedure: HR 27 april 2001, «JB» 2001/126 m.nt. F.A.M.S. (Leers/Staat).

47 Vergelijk art. 8:77, tweede lid, Awb. Zie voorts: HR

24 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. JAB; AB 1984, 399 m.nt. E.M. van Eijden (Sint Oedenrode/Driessen) en HR 26 februari 1988, AB 1989, 80 m.nt. F.A. van Bakelen; NJ 1989, 528 m.nt. MS (Hot Air/Staat).

48 Zie reeds HR 20 november 1924, NJ 1925, 89 (Osterman), alsmede HR 31 mei 1991, AB 1992, 290 m.nt. FHvdB; NJ 1993, 112 m.nt. CJHB; HR 19 juni 1998, AB 1998, 146 m.nt. ThGD (Kaveka).

bestuursrechter uit te gaan.<sup>49</sup> Wanneer de partij die zich op de onrechtmatigheid van een besluit beroept tegen dat besluit bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend, is de uitkomst van deze procedure in beginsel bepalend voor het antwoord op de vraag of het besluit als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. Het oordeel van de bestuursrechter heeft bindende kracht in een later geding tussen partijen.<sup>50</sup> Dit moet volgens de Hoge Raad 'worden aanvaard, omdat aldus wordt voorkomen i) dat partijen opnieuw moeten strijden over een punt waartoe reeds is beslist in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang; ii) dat de burgerlijke rechter in zaken vragen waarover ook de administratieve rechter tot oordelen is geroepen, tot een ander oordeel komt dan deze; en iii) dat de burgerlijke rechter zich moet begeben in vragen die typisch tot het werkterrein van de administratieve rechter behoren. Niet uitgesloten is dat bijzondere omstandigheden in verband met de aard van het oordeel tot een andere beslissing omtrent deze bindende kracht nopen'.<sup>51</sup> Wanneer de bestuursrechter het beroep van de benadeelde-belanghebbende ongegrond heeft verklaard, staat daarmee vast dat het besluit waartegen het beroep gericht

was voor volkomen rechtmatig moet worden gehouden. De consequentie hiervan is dat dit besluit niet als een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad kan worden aangemerkt en dat de vordering reeds daarom moet worden afgewezen. Dat wordt niet anders indien ten behoeve van de onderbouwing van de nadeelcompensatieclaim de onrechtmatigheid enkel wordt gezocht in schending van art. 3:4, tweede lid, Awb en/of het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten en/of art. 1, Eerste Protocol EVRM.

### 3.2.4 Formele rechtskracht (*Pannenkoekenhuis De Kabouter*)

Indien voor de partij die zich ter onderbouwing van zijn nadeelcompensatieclaim beroept op de onrechtmatigheid van een besluit, tegen dit besluit een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opgegaan maar hij deze niet heeft benut, geldt de regel van de formele rechtskracht.<sup>52</sup> Deze regel komt erop neer dat de burgerlijke rechter ervan uit dient te gaan dat dit besluit zowel wat de wijze van totstandkomen daarvan als wat de inhoud daarvan betreft in overeenstemming is

49 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669 m.nt. JAB; *AB* 1984, 399 m.nt. E.M. van Eijden (Sint Oedenrode-Driessen); HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 508 m.nt. ARB; *AB* 2000, 110 m.nt. ThGD (Staat/Transol); HR 1 oktober 1999, *NJ* 1999, 756; *AB* 2000, 5 m.nt. ThGD (Van Dijk c.s./Venray); HR 17 december 2004, *AB* 2005, 399 m.nt. FvO.

50 HR 31 mei 1991, *AB* 1992, 290 m.nt. FHvdB; *NJ* 1993, 112 m.nt. CJHB; HR 8 maart 1991, *NJ* 1991, 379 (Plugge/Zaanstad); HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113 m.nt. C.J.H. Brunner (Bedrijfsvereniging/Boulogne); HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 150 m.nt. C.J.H. Brunner; *AB* 1994, 85 m.nt. F.H. van der Burg (Staat/NCB); HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 164 m.nt. MS; *AB* 1995,

542 m.nt. ThGD (Aharchi/ Bedrijfsvereniging); HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 508 m.nt. A.R. Bloembergen (Staat/Transol); HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283; *AB* 2005, 400 m.nt. FvO (SER/NVV); HR 13 oktober 2006, *AB* 2007, 270 m.nt. G.A. van der Veen (Enschede/Gerridzen).

51 HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 m.nt. CJHB, r.o. 3.4 (Van Gog/Nederweert). Voor een opmerkelijke uitzondering zij verwezen naar: Rb. Amsterdam 31 december 2008, «JOR» 2009/77 m.nt. B.P.M. van Ravels.

52 Zie recent: G.A. van der Veen, 'De Hoge Raad en de formele rechtskracht. De stand van zaken', «JBplus» 2009, p. 3-17.

met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen.<sup>53</sup> Indien een eiser derhalve zijn vordering zodanig inkleedt dat hij stelt dat het schadeveroorzakende appellabele besluit onrechtmatig is omdat bij het tot stand brengen ervan het in art. 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel, het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten en/of het bepaalde in art. 1, Eerste Protocol EVRM niet in acht is genomen, en deze eiser dit besluit niet met succes in de bestuursrechtelijke rechtsgang heeft aangevochten, strandt de vordering in beginsel op de leer van de formele rechtskracht.<sup>54</sup> Hetzelfde geldt voor gevallen waarin eiser zich beroept op de onrechtmatigheid van handelingen die zozeer samenhangen met een besluit dat formele rechtskracht heeft, dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter dragen.<sup>55</sup> Van een uitzondering op deze regel van de formele rechtskracht wil de Hoge Raad voor dit soort gevallen niet weten. Ook niet wanneer de burger geen vernietiging van het schadeveroorzakende besluit wenst,

maar slechts schadevergoeding, of althans nadeelcompensatie verlangt.<sup>56</sup>

### 3.2.5 *Ontvankelijkheid van op onrechtmatige daad gebaseerde vordering en nadeelcompensatieregeling*

Kan aan degene die op grond van art. 6:162 BW bij de burgerlijke rechter vergoeding vordert van schade die het gevolg is van een onrechtmatige handeling – niet zijnde een voor hem appellabele besluit – worden tegengeworpen dat een geschreven nadeelcompensatieregeling voorziet in vergoeding van door zodanige maatregel veroorzaakte schade? Deze vraag moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. Dit antwoord is in overeenstemming met de hiervoor uiteengezette lijn in de rechtspraak betreffende de verhouding tussen het verzoek gebaseerd op art. 89 Sv en de vordering bij de burgerlijke rechter gebaseerd op art. 6:162 BW. Daargelaten de vraag in hoeverre een nadeelcompensatieregeling toepassing kan vin-

53 Zie onder veel meer HR 16 mei 1986, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB; NJ 1986, 723 m.nt. MS (Heesch/Van den Akker) en HR 23 februari 2007, AB 2009, 30 met (uitvoerige) noot B.P.M. van Ravels (X./DNB). De bestuursrechter hanteert eenzelfde regel: zie ABRvS 24 maart 2004, AB 2004, 165 m.nt. AvH en ABRvS 28 februari 2007, AB 2007, 199 m.nt. R. Ortlep.

54 HR 6 december 2002, AB 2004, 17 m.nt. PvB; NJ 2003, 616 m.nt. MS; «JB» 2003/3 m.nt. RJNS; Gst. 2003, 7183, 65 m.nt. T. Lam; HR HR 6 maart 2009, LjN: BG5051, C07/138HR (Polder Nieuwland), r.o. 3.1.2 van het in cassatie bestreden arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage d.d. 25 januari 2007; zie voorts de conclusie van A-G Keus voor dit arrest van de Hoge Raad, onder 4.29.

55 HR 9 september 2005, NJ 2006, 93 m.nt. M.R. Mok; AB 2006, 286 m.nt. F. van Ommeren (inzake Kuypers/Valkenswaard); HR 23 december 2005, RvdW 2006, 26, LjN: AU4526, C04/278HR (Lith); HR 9 juni 2006, LjN: AV6031, C05/092HR (Oirschot); HR 9 november 2007, LjN: BB3776, C06/156HR (Bergen); HR

30 november 2007, NJ 2008, 155 (Wijk bij Duurstede); HR 11 april 2008, LjN: BC1649, C06/208HR; NJ 2008, 519 m.nt. M.R. Mok; AB 2008, 70 m.nt. G.A. van der Veen; «JA» 2008/70 (Zandwinners Gelderland); HR 25 april 2008, LjN: BC2800, C06/250HR; AB 2008, 259 m.nt. R. Ortlep, «JB» 2008/122 (Binnenhuisarchitecte Voorst).

56 HR 6 december 2002, «JB» 2003/3 m.nt. R.J.N.S.; Gst. 2003, 7183, 65 m.nt. T. Lam (Pannenkoekenhuis De Kabouter). In de literatuur is dienaangaande kritisch gereageerd: J.G. de Vries Robbé, 'Kabouter en de Awb (5)', Gst. 2003, 7182 en J.A.M.A. Sluysmans en N.W.A. Tollenaar, 'Vergoeding van schade en de fuik van de formele rechtskracht', Gst. 2003, 7185, 81; A.Q.C. Tak, 'Bevoegde rechter bij nadeelcompensatie of schadeclaim', NTBR 2003, p. 178-188; B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', O&A 2003, p. 149-159; G.C.W. van der Feltz, 'Niet geregelde nadeelcompensatie en formele rechtskracht. Er zij licht!', NTB 2003, p. 209-220.

den in geval van een onrechtmatige schadeveroorzakende gebeurtenis, staat zodanige regeling er niet aan in de weg dat de benadeelde ter zake op de voet van art. 6:162 BW schadevergoeding vordert bij de burgerlijke rechter.

### 3.2.6 Materiële vereisten en de gewenste rechtsmachtverdeling (*Begaclaim*)

#### Inleiding

Er resteert voor de burgerlijke rechter, ondanks de hiervoor behandelde formele barrières, nog een vrij omvangrijk terrein waarop hij nadeelcompensatiegeschillen kan beslechten waarbij

de vordering door eiser is ingekleed als een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering. Te denken valt aan gevallen waarin de schade (beweerdelijk) is veroorzaakt door een wet in formele zin,<sup>57</sup> door een besluit waartegen (voor eiser) geen beroep openstaat,<sup>58</sup> door een beleidswijziging, al dan niet in de vorm van een besluit,<sup>59</sup> door een privaatrechtelijke rechtshandeling<sup>60</sup> en door een feitelijke overheidshandeling.<sup>61</sup> Te denken valt voorts aan gevallen waarin de gewezen verdachte en/of derden nadeel lijden als gevolg van op zichzelf rechtmatig strafrechtelijk optreden van politie en justitie.<sup>62</sup>

Uit de rechtspraak blijkt dat door het stellen van materiële eisen de rechter de lat soms zo

57 HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713 m.nt. ARB; *AB* 2001, 135; «JB» 2000/196 m.nt. B. van den Berg (Kooren/Staat); HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25 m.nt. PvB; «JB» 2002/2 m.nt. AWH; *M & R* 2002, 14 m.nt. Hoitink en Jans (Wet herstructurering varkenshouderij); HR 20 maart 2009, *RvdW* 2009, 439; «JB» 2009/108 m.nt. J.M.H.F. Teunissen; LJN: BG9951, 07/10646 (Van den Boomen/Staat (Meststoffenwet); Rechtbank 's-Gravenhage 21 februari 2007, LJN: AZ9109, 239632 / HA ZA 05-1009 (Telecommunicatiewet).

58 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 m.nt. CJHB; *AB* 1991, 241 m.nt. FHvdB (Leffers/Staat) en Pres. Rechtbank 's-Gravenhage 7 april 1993, *NJ* 1993, 479; HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 726 m.nt. TK; *AB* 1998, 256 m.nt. ThGD; «JB» 1998/127 m.nt. R.J.N.S.; *Gst.* 7082, 5 m.nt. HH (Meiland/Staat); HR 18 april 1997, *NJ* 1997, 456 (De Waal/Staat); Rechtbank Arnhem 26 april 2006, LJN: AW4053, nr. 130503 (wijziging APV); Rechtbank 's-Gravenhage 2 juni 2004, LJN: AP0470, KG 04/373 (ministeriële regeling).

59 HR 11 april 2008, LJN: BC1649, C06/208HR; *NJ* 2008, 519 m.nt. M.R. Mok; *AB* 2008, 170 m.nt. G.A. van der Veen; «JA» 2008/70; HR 17 december 2004, LJN: AR2452, C03/229HR en HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 323; «JB» 2002/62 m.nt. GEvM (Van Vlodrop/Staat); HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 726 m.nt. MS (Tolkentarieven); HR 16 juni 1989, *NJ* 1989, 804; *AB* 1989, 437 (Hofman/Vlissingen).

60 HR 16 november 2001, «JB» 2002/1 m.nt. R.J.N.S. (Olde Dammink/Oldenzaal) en Gerechtshof Arnhem 31 augustus 1999, «JB» 1999/254 m.nt. R.J.N.S.

61 HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84 m.nt. PvB (Harrida); HR 15 februari 1991, *NJ* 1992, 639 m.nt. CJHB (Aalscholwers); Gerechtshof 's-Gravenhage 18 februari 1999, *NJ* 2000, 202 (Breuking/Staat); HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 164; *A & V* m.nt. JS (Logister/Staat); Rechtbank Groningen 3 mei 2006, LJN: AX4137, nr. 71790 HA ZA 04-371 (Tussenklappenpolder). Zie ook: ABRvS 23 juli 2003, LJN: AI0248, 200204151/1; Gerechtshof Leeuwarden 8 oktober 2003, LJN: AL8179, nr. 0200215 (Dakdozenopvang); Gerechtshof Leeuwarden 15 september 2004, LJN: AT6858, nr. 0300386; Rechtbank Leeuwarden 21 mei 2003, LJN: AF9102, nr. 54124 HA ZA 02-623 (Naamswijziging); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 april 2006, LJN: AX1022, nr. C0400983 (Feitelijke inrichting weg); Gerechtshof 's-Gravenhage 1 maart 2007, LJN: BA0888, 05/143 (Muskusrattenbestrijding).

62 HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412 m.nt. ThGD; «JB» 2001/7 m.nt. R.J.N.S.; *Gst.* 2001, 7143, 3 m.nt. HH; *AV & S* 2001, p. 154 m.nt. B.P.M. van Ravels; *TVP* 2001, p. 38-40 m.nt. G.E. van Maanen; *NTBR* 2001, p. 321-323 m.nt. G.E. van Maanen (Staat/Lavrijsen) en Rechtbank Assen 13 februari 2001, «JB» 2001/103 m.nt. GEvM, *NTBR* 2001/5 m.nt. Engelhard en *TVP* 2001, p. 40-41.

hoog legt, dat een in beginsel openstaande procedurele weg een doodlopende weg blijkt te zijn. Anders gezegd: de wenselijk geachte taakverdeling op het gebied van de beslechting van nadeelcompensatiegeschillen wordt in de rechtspraak niet alleen bewerkstelligd door het stellen van bevoegdheidseisen en ontvankelijkheidseisen, door het hanteren van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter en door het hanteren van de leer van de formele rechtskracht, maar ook door de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het materiële aansprakelijkheidsrecht. Deze stelling laat zich illustreren aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad betreffende de mogelijkheden van de gewezen verdachte om schadevergoeding te verkrijgen in verband met strafrechtelijk optreden van politie en justitie. In deze rechtspraak wordt aan de verschillende constructies waarop schadevergoeding wegens een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad gebaseerd kan worden, zodanige invulling gegeven dat de gewezen verdachte zich, behoudens 'echte' onrechtmatige daden van politie en justitie en gevallen waarin aan een zeer restrictief criterium voldaan is, met zijn nadeelcompensatieclaim tot de strafrechter moet wenden.

#### *Constructie met rechtvaardigingsgrond*

Sommige van de constructies die gehanteerd worden om invulling te geven aan het grijze gebied tussen de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad en rechtmatige daad maken gebruik van het begrip 'rechtvaardigingsgrond'. Uitgangspunt van dit soort constructies is

dat het schadeveroorzakende handelen op zichzelf als onrechtmatig moet worden aangemerkt (bijvoorbeeld als een inbreuk op een subjectief recht), maar dat er een geschreven of ongeschreven rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen die aan toewijzing van – onder meer – een vordering strekkende tot schadevergoeding in de weg staat. Hierbij kan men onder meer denken aan de constructie van de 'rechtvaardigingsgrond in wording'. Deze constructie komt er – kort gezegd – op neer dat de door de overheid ingeroepen behartiging van het algemeen belang in het concrete geval mogelijk een begin van een rechtvaardigingsgrond voor de inbreuk op een subjectief recht oplevert, maar dat deze rechtvaardigingsgrond eerst compleet wordt door aan de daardoor benadeelde compensatie in geld of anderszins aan te bieden. Bij gebreke van zodanige compensatie kan geen (complete) rechtvaardigingsgrond worden aangenomen, zodat het schadeveroorzakende handelen als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd. Eiser kan deswege aanspraak maken op schadevergoeding en eventueel ook op toewijzing van een gebod of verbod.<sup>63</sup> Er is, zoals gezegd, veel gediscussieerd over de aanvaardbaarheid van deze constructie, terwijl nog steeds in discussie is of de Hoge Raad deze benadering al dan niet heeft verlaten.<sup>64</sup> Vaststaat mijns inziens wel dat minder behoefte bestaat aan deze constructie sinds de invoering van art. 6:168 BW en de daarin vervatte loskoppeling van de verbods sanctie en de schadevergoeding, in gevallen waarin de onrechtmatige gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. Dat

63 Deze benadering is aanvaard in HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 (Voorste Stroom VII) en HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 (Citronas) en lag (wellicht) eerder ten grondslag aan HR 19 maart 1943, NJ 1943, 312 (Voorste Stroom VI) en HR 18 februari 1944, NJ 1944, 226 (Haagse Duinwaterleiding).

64 W.C.L. van der Grinten (noot onder HR 3 april 1987,

NJ 1987, 703), C.J.H. Brunner (noot onder NJ 1990, 794) en A.R. Bloembergen (conclusie voor HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794) betogen bijvoorbeeld dat de HR deze benadering heeft verlaten. W.E. Haak – destijds vice-president van de Hoge Raad – daarentegen betoogde dat de HR deze benadering niet voorgoed terzijde heeft geschoven (Haak 1997, p. 139-149).

betekent evenwel niet zonder meer dat deze constructie daarmee geheel overbodig wordt. Wat daar ook van zij, er is ook nog een andere te dezen relevante constructie die gebruikmaakt van het begrip 'rechtvaardigingsgrond'. Ik doel op de constructie die door de Hoge Raad wordt gehanteerd om de gewezen verdachte onder omstandigheden een aanspraak te bieden op volledige vergoeding van de schade die deze lijdt als gevolg van op zichzelf rechtmatig strafrechtelijk optreden van politie en justitie. Het betreft de constructie van de achteraf bezien vervallen, of de voorwaardelijke rechtvaardigingsgrond. Bij deze constructie wordt – kort gezegd – aangenomen dat de door politie en justitie gemaakte inbreuk op het subjectief recht van de gewezen verdachte in beginsel jegens hem als onrechtmatig heeft te gelden.<sup>65</sup> De aangesproken overheid kan zich echter onder omstandigheden beroepen op een rechtvaardigingsgrond voor het strafvorderlijk handelen, te weten een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit als bedoeld in art. 27, eerste lid, Sv. Dit redelijk vermoeden van schuld rechtvaardigt in beginsel het bewuste strafvorderlijk handelen. De gewezen verdachte kan daar dan weer tegen in pogen te brengen dat in gevallen waarin dit redelijk vermoeden achteraf ongefundeerd blijkt te zijn, de aanvankelijk bestaande rechtvaardigingsgrond is komen te vervallen. Het gevolg daarvan is dat het bewuste optreden van politie en justitie alsnog als onrechtmatig moet worden aangemerkt en dat impliceert dat de overheid in beginsel gehouden is tot volledige vergoeding van de door de gewezen verdachte als gevolg van dit handelen geleden schade. De gewezen verdachte kan wellicht ook nog betogen dat het redelijk vermoeden van schuld geen onvoorwaardelijke, maar slechts een voorwaar-

delijke rechtvaardigingsgrond oplevert. Indien de strafrechtelijke vervolging strandt, treedt de voorwaarde niet in, zodat geen rechtvaardigingsgrond kan worden aangenomen. De Hoge Raad heeft deze constructie weliswaar aanvaard, maar hij hanteert een zeer strikt criterium – het gebleken onschuld-criterium – om het vervallen van deze rechtvaardigingsgrond aan te nemen. Deze rechtvaardigingsgrond wordt slechts geacht te zijn vervallen indien uit de uitspraak van de strafrechter of anderszins uit de stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak blijkt van de onschuld van de verdachte en van het ongefundeerd zijn van de verdenking waarop het optreden van politie of justitie berustte.

In het uitvoerig gemotiveerde Begaclaim-arrest blijkt dat de Hoge Raad dit strikte criterium onder meer hanteert teneinde onwenselijk gemaakte aansprakelijkheden te voorkomen.<sup>66</sup> Meer in het bijzonder wordt door hantering daarvan beoogd te voorkomen dat een risicoaansprakelijkheid ontstaat, in die zin dat de Staat het risico draagt schade te moeten vergoeden indien de strafvervolging ten slotte, om welke reden dan ook, niet tot een veroordeling leidt. Het hanteren van dit criterium leidt ertoe dat de gewezen verdachte – anders dan derden – voor het verkrijgen van schadevergoeding ter zake van het op zichzelf rechtmatige gebruik van strafvorderlijke dwangmiddelen in beginsel exclusief is aangewezen op de mogelijkheden die de artikelen 89-93, 591 en 591a Sv – en dus de strafrechter – hem (of zijn erfgenamen) bieden.<sup>67</sup> Hier is echter vooral van belang dat de Hoge Raad dit strikte criterium mede hanteert teneinde de gewenste taakverdeling tussen de verschillende rechters te bewerkstelligen. Bij een andere benadering zou de burgerlijke rechter zich er in de regel toe genoopt zien in

65 Het grondrecht van vrijheid, althans de persoonlijkheidsrechten van de verdachte. Zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 35.

66 HR 13 oktober 2006 (r.o. 3.3), NJ 2007, 432 m.nt. JBMV (Begaclaim).

67 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512; HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99 m.nt. ARB.

een daarop niet toegesneden procedure vragen onder ogen te zien tot het beantwoorden waarvan bij uitstek de strafrechter is toegerust en geroepen, en die deze, in geval van vrijspraak, veelal reeds bij gewijsde heeft beantwoord.<sup>68</sup> Door deze benadering wordt ook het gevaar afgewend dat de burgerlijke rechter zich moet begeven in kwesties die typisch tot het werkterrein van de strafrechter behoren en dat hij na een gestrande strafvervolgning vast moet stellen of de gewezen verdachte desondanks toch geen verwijt kan worden gemaakt.<sup>69</sup> Voorts is in deze vaste rechtspraak in aanmerking genomen dat in het Wetboek van Strafvordering mogelijkheden, zij het beperkte, zijn opgenomen voor schadevergoeding en vergoeding van kosten, op welke mogelijkheden de voormalige verdachte wiens onschuld niet uit het strafvorderlijk onderzoek blijkt, is aangewezen indien zich geen bijzondere omstandigheden voordoen die het oordeel rechtvaardigen dat het optreden van politie of justitie jegens hem onrechtmatig is.

#### *Constructie met toebrengen onevenredige schade*

Buiten de gevallen waarin de gewezen verdachte nadeelcompensatie verlangt, wordt inmiddels

meestal een andere constructie gehanteerd. Het gaat dan – kort gezegd – om gevallen waarin tot onrechtmatigheid wordt geconcludeerd omdat de overheid de verplichting heeft geschonden om ervoor zorg te dragen dat niet de situatie ontstaat waarin de op zichzelf rechtmatige schadetoebrengende handeling wordt verricht, terwijl op dat moment niet is voorzien in een adequate regeling die voorziet in compensatie van door dat handelen veroorzaakte onevenredige schade.<sup>70</sup> In de arresten die de Hoge Raad sinds 2001 betreffende dit soort kwesties heeft gewezen, lijkt meer dan voorheen benadrukt te worden dat de onrechtmatigheid veeleer gevonden wordt in het toebrengen van de (onevenredige) schade zelf. In een arrest van 7 september 2004 overwoog de Hoge Raad: 'Ook indien een overheidshandeling op zichzelf niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt, is de overheid op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk voor de onevenredig nadelige gevolgen van zodanige handeling, dat wil zeggen de gevolgen die buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallen en die op een beperkte groep burgers of instellingen drukken. Het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling' is

68 HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 727 en HR 13 oktober 2006, *NJ* 2007, 432 m.nt. JBMV (Begaclaim).

69 Vgl. HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 m.nt. CJHB, r.o. 3.4 (Van Gog/Nederweert). Zie voorts de noot van G. Corstens onder *NJ* 1995, 512, onder 4.

70 HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 638 m.nt. CJHB; *AB* 1991, 241 m.nt. FHvdB (Leffers/De Staat); Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 april 1993, *NJ* 1993, 479; HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 726 m.nt. TK; *AB* 1998, 241 m.nt. ThGD (Meiland/Staat) en HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234; *AB* 2002, 21 m.nt. ThGD (De Haas e.a./waterschap De Dommel). Als voorstanders van deze benadering kunnen onder meer worden genoemd: J. Drion, 'Onrechtmatige daad', in: *Verzamelde geschriften van J. Drion*, Leiden 1968, p. 55-98, oorspronkelijk gepubliceerd in WPNR 3992-3998;

M.H. Bregstein, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', in: *Verzameld werk van M.H. Bregstein*, Zwolle 1960, p. 339-365, oorspronkelijk gepubliceerd in *RM Themis* 1951, p. 273 e.v.;

H.C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht: een interne rechtsvergelijking* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1984, p. 6, 11, 16 en 25; J.H. Nieuwenhuis, 'De constructie van overheidsaansprakelijkheid', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid*, Rotterdam/Gouda: Sanders Instituut/Quint 1996, p. 13; Haak 1997, p. 139-149; P.W. Brouwer, 'Zijn alle daden onrechtmatig?', in: N.F. van Maanen en R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen/Amsterdam: Ars Aequi Libri/Paul Scholten Instituut 1999, p. 47-56.

‘jegens de getroffen onrechtmatig.’<sup>71</sup> De koppeling aan de belangenafweging die aan de schadeveroorzakende gedraging vooraf had moeten gaan, lijkt in deze benadering – in ieder geval in de formulering – enigszins te zijn losgelaten. Men zou daar wellicht uit kunnen afleiden dat ook in gevallen waarin geen beslissingsruimte voor het bestuur bestaat, of wanneer het getroffen belang niet in de aan de schadeveroorzakende gedraging ten grondslag liggende afweging mocht worden betrokken, of indien een onberispelijke belangenafweging aan het overheidshandelen voorafging, het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten geschonden kan zijn. Gelet echter op het feit dat de Hoge Raad in zijn overwegingen op dit punt expliciet verwijst naar art. 3:4, tweede lid, Awb, en gelet op hetgeen de Hoge Raad in een arrest uit 2004 heeft overwogen, moet betwijfeld worden of dit laatste de bedoeling van de Hoge Raad geweest is. In een arrest van 28 mei 2004 overwoog de Hoge Raad als volgt: ‘Het leerstuk van de onevenredige schade (het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten) (...) past alleen bij op zichzelf rechtmatig optreden van de overheid dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg heeft dat derden daardoor schade lijden waardoor zij in vergelijking met andere burgers of instellingen onevenredig worden getroffen.’<sup>72</sup> Schade die niet in de – aan de schadeveroorzakende handeling voorafgaande – belangenafweging betrokken kon worden omdat deze destijds niet redelijkerwijs voorzienbaar was, komt niet wegens schending van de gelijkheid voor de openbare lasten voor compensatie in aanmerking. In het verlengde hiervan, en in overeenstemming met hetgeen in de bestuursrechtelijke rechtspraak is overwogen, zou wellicht ook

geoordeeld moeten worden dat wanneer aan de schadeveroorzakende overheidshandeling geen belangenafweging ten grondslag mocht liggen, of in gevallen waarin belangen die niet in de belangenafweging betrokken mochten worden schade ondervinden, het leerstuk van de onevenredige schade geen toepassing kan vinden. Als er niets te beslissen valt, of althans niets valt af te wegen, of als de benadeelde belangen niet in de afweging betrokken konden of mochten worden, valt in zoverre niets op deze belangenafweging aan te merken en biedt het leerstuk van de onevenredige schade geen soelaas, zo zou de achterliggende gedachte wel eens kunnen zijn.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een vordering van de gewezen verdachte op de Staat geen kans van slagen heeft voor zover deze is gebaseerd op schending van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. De burgerlijke rechter is bevoegd om van zodanige vordering kennis te nemen. Eiser is bovendien in beginsel ook ontvankelijk te achten in zijn aldus onderbouwde vordering. De aldus gefundeerde vordering moet echter naar het oordeel van de Hoge Raad steeds worden afgewezen, omdat deze vorderingen per definitie niet voldoen aan één van de voorwaarden voor toepassing daarvan: de voorwaarde namelijk dat de schade buiten het normaal maatschappelijk risico van de getroffen moet vallen. ‘Het gelijkheidsbeginsel, waarvan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten een verschijningsvorm is, rechtvaardigt’ naar het oordeel van de Hoge Raad ‘niet de gewezen verdachte wiens onschuld niet uit de uitspraak of het strafdossier blijkt op het punt van de schadevergoeding op dezelfde wijze te behandelen als andere burgers,

71 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels. Zie voorts: HR 18 november 2005, *AB* 2006, 57 m.nt. B.P.M. van Ravels; HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84 m.nt. PvB (Harrida); HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412 m.nt. ThGD; «JB» 2001/7 m.nt. R.J.N.S.; *Gst.* 2001, 7143, 3 m.nt. HH; *AV & S* 2001, p. 154

m.nt. B.P.M. van Ravels; *TVP* 2001, p. 38-40 m.nt. G.E. van Maanen; *NTBR* 2001, p. 321-323 m.nt. G.E. van Maanen (Staat/Lavrijsen).

72 HR 28 mei 2004, *RvdW* 2004, 78; *AV & S* 2004, p. 214-218 m.nt. G.E. van Maanen.

ten aanzien van wie niet een redelijk vermoeden van schuld in de zin van art. 27 Sv. is gerezen. Indien een dergelijk vermoeden wel is gerezen, moet het tot het normale maatschappelijke risico van een verdachte worden gerekend dat de feiten en omstandigheden die tot dat vermoeden aanleiding hebben gegeven in een strafrechtelijke procedure worden onderzocht en ook overigens tot optreden van politie en justitie leidt.<sup>73</sup> Door de invulling van een materieel criterium verklaart de Hoge Raad de aldus geconstrueerde weg voor gesloten.

### 3.3 *Het stelsel van aanvullende rechtsbescherming en de rechtmatige overheidsdaad*

#### 3.3.1 *Inleiding*

Ofschoon zulks nimmer expliciet is aanvaard, lijkt de rechtspraak van de Hoge Raad enige opening te bieden voor het aannemen van een verplichting tot schadevergoeding uit rechtmatige daad die niet ontstaat 'uit kracht van een daartoe strekkende bijzondere wetsbepaling'. In 1991 heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk in het midden gelaten of juist is de stelling dat een verplichting tot schadevergoeding uit rechtmatige daad voor de overheid slechts ontstaat uit kracht van een daartoe strekkende wetsbepaling.<sup>74</sup> In de literatuur is voorts bij herhaling betoogd dat het in ons rechtssysteem zou passen wanneer de HR op basis van het rechtsbeginsel van de gelijkheid voor de

openbare lasten zou besluiten dat de overheid tot schadevergoeding is gehouden wanneer zij bij rechtmatig optreden onevenredige schade toebrengt.<sup>75</sup> Voorts is verdedigd dat in gevallen die niet bepaaldelijk in de wet zijn geregeld de oplossing wordt aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen en dat op deze basis soms een verplichting tot schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad zou kunnen worden aangenomen.<sup>76</sup> Ik kom hierna terug op de vraag of het burgerlijk recht ruimte biedt voor een aldus gefundeerde vordering. Eerst zie ik enige problemen die bij aldus gefundeerde vorderingen kunnen rijzen, voor zover deze samenhangen met het stelsel van aanvullende rechtsbescherming.

#### 3.3.2 *Bevoegdheid*

Hiervoor is aangegeven dat de bevoegdheidsvraag in schadevergoedingsgeschillen waarschijnlijk geen problemen oplevert. Dat wordt, naar ik aanneem, niet anders indien eiser zijn schadevergoedingsclaim niet op art. 6:162 BW baseert. Daarbij teken ik aan dat aangenomen wordt dat ook geschillen van publiekrechtelijke aard geacht kunnen worden te zijn begrepen onder de in art. 112, eerste lid, Grondwet gehanteerde zinsnede 'geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen'.<sup>77</sup> De (formele) bevoegdheidskwestie lijkt derhalve geen problemen op te leveren in nadeelcompensatiekwesties.

73 HR 18 november 2005, AB 2006, 57 m.nt. BPMvR en HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 (r.o. 3.6.5) m.nt. JBMV (Begaclaim).

74 Zie HR 15 februari 1991, AB 1991, 394 ; r.o. 4.7 m.nt. FHvdB (Aalscholwers) en de conclusie van A-G Spier voor HR 20 juni 2003, «JB» 2003/223 noot 14. Zie voorts: Haak 1997, p. 139-149 en F.B. Bakels, 'Schadevergoeding na een gestrande vervolging', in:

A. van Duijvendijk/Brand e.a. (red.), *Variatie in cassatie* (Groen-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 23-35.

75 M. Scheltema, noot NJ 2003, 615.

76 MvA II bij art. 6:1 BW, parl. gesch. Boek 6, p. 42; HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel).

77 Vgl. J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008, p. 3-8.

### Ontvankelijkheid

Het ligt in de lijn van hetgeen hiervoor is uiteengezet om aan te nemen dat niet-ontvankelijkverklaring zal moeten volgen wanneer eiser niet de onrechtmatigheid van het gestelde schadeveroorzakende handelen aan zijn vordering ten grondslag legt en er een specifieke, geschreven nadeelcompensatieregeling voorhanden is die voorziet in vergoeding van door het betreffende rechtmatige overheidshandelen veroorzaakte schade. De bestuursrechtelijke rechtsgang die openstaat tegen het op zodanige regeling gebaseerd besluit omtrent toekenning van nadeelcompensatie biedt dan immers voldoende rechtsbescherming.<sup>78</sup> Daarnaast resteert geen taak voor de burgerlijke rechter. Ook hier geldt de hoofdregel van het Changoe-arrest. Hetzelfde geldt indien eiser op deze basis vergoeding vordert van schade veroorzaakt door een in art. 89 Sv bedoelde maatregel.

#### *Uitzondering op ontvankelijkheidsregel voor nadeelcompensatieclaims? (Asha/Amersfoort en Gelderse zandwinning)*

De vraag is gerezen of de uitzondering die op de leer van het Changoe-arrest werd aangenomen, ook van toepassing is indien eiser nakoming verlangt van een uit het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten voortvloeiende verbintenis. Meer in het bijzonder is de vraag gerezen of de in de arresten inzake Staat/Zevenbergen en Groningen/Raatgever aangenomen uitzondering al dan niet beperkt is tot gevallen die onder het bereik van art. 8:73 Awb vallen. De reikwijdte van de uitzondering op de regel van het Changoe-arrest kwam aan de orde in

het arrest inzake Asha/Amersfoort.<sup>79</sup> De kernvraag in cassatie in deze kwestie was de vraag of er een taak voor de burgerlijke rechter resteert ter zake van de beoordeling van de vraag of een belanghebbende op grond van het égalité-beginsel recht heeft op vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van een of meer voor hem appellabele, rechtmatige besluiten. De Hoge Raad beoordeelt deze vraag aan de hand van het (ontvankelijkheids)criterium, of betrokkene ter zake van het punt van geschil een stelsel van rechtsbescherming geboden wordt dat in zodanige mate waarborgt dat hij dit punt van geschil kan voorleggen aan een bestuursrechter, dat dienaangaande geen noodzaak bestaat tot aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter.<sup>80</sup> Daarbij tekent de Hoge Raad, onder verwijzing naar te dezen relevante (nadeelcompensatie)rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, aan dat er 'dus van kan worden uitgegaan dat in het onderhavige geval voor de aan de orde zijnde vordering een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan'. De omstandigheid dat het beweerdelijk schadeveroorzakende besluit in rechte onaantastbaar is geworden en (dus) van de rechtmatigheid ervan kan worden uitgegaan, staat immers in de bestuursrechtelijke procedure niet in de weg aan de mogelijkheid voor een belanghebbende bij dat besluit om over toekenning van nadeelcompensatie alsnog een zuiver schadebesluit uit te lokken.<sup>81</sup> Voorts betekent de omstandigheid dat er geen sprake is van onevenredige schade in de zin van art. 3:4, tweede lid, Awb, in de zin dat de gestelde schade niet bij voorbaat in de weg staat aan het nemen van een rechtmatig besluit, blijkens de rechtspraak van de Afdeling niet dat

78 HR 6 maart 2009, LJN: BG5051, C07/138HR (Polder Nieuwland). Zie meer in het bijzonder r.o. 3.1 en 3.2 van het in cassatie bestreden arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage d.d. 25 januari 2007 (geciteerd in de conclusie van A-G Keus, onder 2.5).

79 HR 28 maart 2008 (r.o. 3.5), LJN: BC0256, C06/249HR; NJ 2008, 475 m.nt. M.R. Mok.

80 HR 17 oktober 2008, LJN: BD3135, C07/009HR.

81 De HR verwijst naar ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop).

er evenmin aanleiding is voor schadevergoeding op grond van het *égalité*-beginsel.<sup>82</sup> Bij de beantwoording van deze vraag benadrukt de Hoge Raad voorts dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen 'een vordering tot vergoeding van beweerdelijk door een onrechtmatig besluit veroorzaakte schade' en 'een vordering tot vergoeding van beweerdelijk door rechtmatige besluiten veroorzaakte schade'. Nu het in dit geval gaat om 'een vordering tot vergoeding van beweerdelijk door rechtmatige besluiten veroorzaakte schade' oordeelt de Hoge Raad 'dat de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter meebrengt, dat de burgerlijke rechter het oordeel of een belanghebbende op grond van het *égalité*-beginsel recht heeft op vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van een of meer besluiten als in deze zaak aan de orde, dient over te laten aan de bestuursrechter' en dat eiser derhalve niet-ontvankelijk diende te worden verklaard in zijn vorderingen. Omdat art. 8:73 Awb niet van belang is voor een aldus gefundeerde vordering, gaat daarvoor de op deze bepaling gebaseerde uitzondering op de ontvankelijkheidsregel van het Changoe-arrest niet op. Deze uitzondering is beperkt tot gevallen waarin eiser de bestuursrechtelijke rechtsgang had kunnen bewandelen door bij de bestuursrechter (op grond van art. 8:73 Awb), of bij het betrokken bestuursorgaan 'een op onrechtmatig besluit gegrond verzoek tot schadevergoeding' heeft ingediend, of had kunnen indienen.<sup>83</sup> Alleen voor die gevallen heeft de wetgever immers de van het geldende stelsel van aanvullende rechtsbescherming afwijkende keuzevrijheid gewild. Deze uitzondering geldt dus niet voor gevallen waarin eiser

een verzoek had kunnen indienen om hem bij wege van (wettelijk of buitenwettelijk) zuiver schadebesluit compensatie toe te kennen van het nadeel dat hij heeft geleden als gevolg van een rechtmatig besluit.<sup>84</sup>

Deze uitzondering geldt naar mijn mening evenmin voor gevallen waarin bij wettelijk voorschrift of bij beleidsregeling is voorzien in toekenning van nadeelcompensatie. De taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter brengt in beginsel ook dienaangaande mee dat de burgerlijke rechter het oordeel of een belanghebbende recht heeft op nadeelcompensatie dient over te laten aan de bestuursrechter. De Hoge Raad heeft nadien nog enige arresten in de lijn van Changoe en Asha/Amersfoort gewezen. In een situatie waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de door eiser gestelde schade niet vergoedbaar had geoordeeld, noch op grond van art. 49 WRO, noch anderszins bij wege van zelfstandig schadebesluit op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, werd geoordeeld dat dienaangaande geen taak voor de burgerlijke rechter resteerde. Het op aanvaarding van het tegengestelde standpunt gerichte cassatieberoep werd door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO verworpen.<sup>85</sup> In zijn arrest van 11 april 2008 betreffende de Gelderse zandwinning liet de Hoge Raad in het midden of art. 49 WRO (oud) een uitputtende regeling geeft voor vergoeding van schade die door op de WRO gebaseerd bestuursoptreden is veroorzaakt: 'Ook indien ervan wordt uitgegaan dat art. 49 WRO niet een uitputtende regeling geeft voor vergoeding van schade die is veroorzaakt door op de WRO gebaseerd bestuursoptreden, ligt hier thans voor de burgerlijke rechter

82 De HR verwijst naar ABRvS 8 november 2006, AB 2007, 252 m.nt. B.P.M. van Ravels.

83 Vgl. HR 17 december 1999 (r.o. 3.5.5), AB 2000, 89 m.nt. PvB; NJ 2000, 87 m.nt. ARB; «JB» 2000/4 m.nt. F.A.M.S. (Groningen/Raatgever).

84 'Kroniek Schadevergoeding', NTB 2000, p. 150 en

NTB 2001, p. 21-22. Anders: J.M. van Dunné, 'Aansprakelijkheid van waterschappen naar burgerlijk recht voor schade als gevolg van onzorgvuldig waterbeheer', TMA 2000, p. 32-46.

85 HR 9 november 2007, LJN: BB3776, C06/156HR; «JB» 2008/22 (Bergen).

geen taak', aldus de Hoge Raad.<sup>86</sup> Hij verwees nadrukkelijk naar hetgeen hij dienaangaande kort tevoren had overwogen in het arrest inzake Asha/Amersfoort.

*Uitzondering voor complexe, samenhangende schadeorzaken?*

In de zaak Asha/Amersfoort deed eiser een (tevergeefse) poging om de gedachte ingang te doen vinden om een uitzondering op deze ontvankelijkheidsregel aan te nemen voor gevallen waarin de schade niet alleen is veroorzaakt door een of meer voor eiser appellabele besluiten, maar door een samenhangend geheel van besluiten en feitelijke overheidshandelingen. In een bestuursrechtelijke procedure kan een dergelijk samenhangend geheel van overheidshandelen in verband met het vereiste van processuele connexiteit niet als schadeoorzaak aan de orde worden gesteld.<sup>87</sup> Dat geldt vanzelfsprekend ook indien de schade mede is veroorzaakt door handelingen van particulieren. Asha betoogde dat een goede rechtsbedeling meebrengt dat de schade die door deze besluiten en dit feitelijk handelen is veroorzaakt in één procedure bij de burgerlijke rechter zou moeten kunnen worden gevorderd en dat de benadeelde niet kan worden tegengeworpen dat ter zake van het zelfstandige nadeelcompensatiebesluit of besluiten de bestuursrechtelijke rechtsgang (had) moet(en) worden gevolgd. Zonder specifiek op dit argument in te gaan oordeelt de Hoge Raad dat dit middel faalt. De consequentie is dat de benadeelde voor wat betreft de door de rechtmatige appellabele besluiten veroorzaakte schade de bestuursrechtelijke rechtsgang moet volgen en dat hij voor

daarmee samenhangende niet-appellabele besluiten en (feitelijke) handelingen de civielrechtelijke weg moet volgen. Ik meen dat dit onwenselijk is. Nog afgezien van de lasten voor burger en overheid die deze opeenstapeling van procedures met zich meebrengt, is het gevaar van tegenstrijdige uitspraken levensgroot. Zo zou de burgerlijke rechter kunnen oordelen dat een bepaalde schadepost door een uitvoeringshandeling is veroorzaakt, terwijl in de bestuursrechtelijke procedure geoordeeld zou kunnen worden dat de schade is veroorzaakt door een besluit. Het omgekeerde is natuurlijk ook mogelijk. De problematiek wordt extra gecompliceerd doordat voor het antwoord op de vraag of de civielrechtelijke rechtsgang openstaat, mede van belang kan zijn hoe de bestuursrechter het causaliteitsvereiste materieel invult. Ik doel op de vraag of schade die niet of niet uitsluitend kan worden aangemerkt als een rechtstreeks gevolg van een appellabel besluit, maar wel van daaruit voortvloeiende besluiten of uitvoeringshandelingen, aan dat besluit kan worden toegerekend. Als die vraag bevestigend zou worden beantwoord, zou mogelijk geconcludeerd kunnen worden dat eiser ook voor het verhaal van deze schade de bestuursrechtelijke weg kan volgen en dus ook moet volgen op straffe van niet-ontvankelijkheid in de civielrechtelijke procedure.

*3.3.3 De op rechtmatige daad gebaseerde vordering strekkende tot vergoeding van schade veroorzaakt door een wet in formele zin (Van den Boomen/Staat)*

In een recent arrest kwam de vraag aan de orde of eiser aanspraak kon maken op vergoeding

86 NJ 2008, 519, m.nt. M.R. Mok, in het bijzonder in r.o. 3.10.4. Zie voor de kwestie of een wettelijke schadevergoedingsregeling een exclusieve strekking heeft voorts HR 26 november 1993, NJ 1993, 322 m.nt. CJHB.

87 ABRvS 29 oktober 2003, BR 2004, p. 602 m.nt. B.P.M. van Ravels en ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252 m.nt. B.P.M. van Ravels. Zie voorts B.P.M. van Ravels, 'Wederom: Tot schade van allen, Enige nadere opmerkingen over schadevergoeding wegens onrechtmatige, voor beroep vatbare besluiten', BR 2005, p. 518-524.

van schade veroorzaakt door een rechtmatige wet in formele zin. Dit arrest betrof – kort gezegd – een vordering van een pluimveehouder die stelde schade te hebben geleden als gevolg van een wijziging van de Meststoffenwet. Als gevolg van de invoering van deze wet mocht hij op het door hem gekochte bedrijf veel minder dieren houden dan het aantal waarvan hij uitging en mocht gaan ten tijde van de aankoop. De grondslag van de vordering strekkende tot vergoeding van de dientengevolge geleden schade werd, voor zover hier van belang, niet (alleen) gezocht 'in een door de Staat gepleegde onrechtmatige daad'. Voor zover deze vordering immers zou zijn gebaseerd op strijd met de Grondwet of strijd met algemene rechtsbeginselen, zou deze vordering volgens vaste rechtspraak afstuiten op het rechterlijk toetsingsverbod van art. 112 Grondwet.<sup>88</sup> Alleen de wetgever in formele zin mag in ons stelsel beoordelen of de wet in formele zin in overeenstemming is met de Grondwet en algemene rechtsbeginselen. Eiser baseerde zijn vordering (daarom) mede op 'een parallel met de door de Nederlandse bestuursrechters ontwikkelde leer van het zuivere schadebesluit, dat de mogelijkheid van schadevergoeding opent ter zake van

op zichzelf rechtmatige besluiten'.<sup>89</sup> Met de 'leer van het zuivere schadebesluit' wordt hier, naar ik aanneem, bedoeld op de gedachte dat een benadeelde, uitgaande van de rechtmatigheid van het als schadeoorzaak gestelde overheids-handelen, aan een bestuursorgaan nakoming kan vragen van een op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gebaseerde verbintenis tot compensatie van het daardoor veroorzaakte onevenredige nadeel en dat hij tegen een tegen hem onwelgevallige beslissing op deze aanvraag bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kan aanwenden.<sup>90</sup> De bestuursrechter heeft aanvaard dat de omstandigheid dat het besluit in rechte onaantastbaar is geworden en van de rechtmatigheid ervan kan worden uitgegaan, niet in de weg staat aan de mogelijkheid voor een belanghebbende bij dat besluit om het bestuursorgaan te verzoeken hem bij wege van zuiver schadebesluit nadeelcompensatie toe te kennen.<sup>91</sup> Deze bestuursrechtelijke procedurele weg staat echter niet open wanneer de gestelde schadeoorzaak een wet in formele zin is.<sup>92</sup> De wetgever in formele zin is immers geen bestuursorgaan en een wet in formele zin is (dus) reeds daarom geen appellabel besluit. Dat betekent dat niet voldaan is aan het vereiste

88 HR 14 april 1989 (r.o. 3.6), *NJ* 1989, 469 m.nt. MS (Harmonisatiewet); HR 14 april 2000 (r.o. 3.4.1), *NJ* 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren/Staat) en HR 16 november 2001 (r.o. 4.2), *NJ* 2002, 469 m.nt. TK en EAA (Wet herstructurering varkenshouderij).

89 HR 20 maart 2009, LJN: BG9951, 07/10646; *NJ* 2009, 233 m.nt. M.R. Mok; «JB» 2009/108 m.nt. J.M.H.F. Teunissen; *Gst.* 2009, 7319, 65 m.nt. R.J.B. Schutgens; JA 2009/86; JOM 2009/332 (Van den Boomen/Staat (Meststoffenwet)). Zie voorts: W. Konijnenbelt, 'La Fleurette aan de Aa? Over wetgeving en nadeelcompensatie', *NTB* 2009, 21, p. 153-155.

90 Helemaal juist lijkt mij deze formulering niet. De 'leer van het zuivere schadebesluit' is een leer ingevolge welke de bestuursrechter, indien aan bepaalde eisen is voldaan een beslissing van een bestuursorgaan omtrent schadevergoeding al dan niet kwalificeert

als een appellabel besluit. De mogelijkheid om de weg van het zuivere schadebesluit te bewandelen is niet afhankelijk van de ongeschreven grondslag van de eventuele aanspraak op schadevergoeding. Het is dus niet 'de leer van het zuivere schadebesluit' die 'de mogelijkheid van schadevergoeding opent ter zake van op zichzelf rechtmatige besluiten'. De 'leer van het zuivere schadebesluit' biedt een procedurele voorziening via welke schade op de overheid kan worden verhaald, maar geen materiële grondslag voor eventuele nadeelcompensatie.

91 ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 m.nt. PvB; *BR* 1997, p. 599 m.nt. B.P.M. van Ravels; ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252 m.nt. B.P.M. van Ravels; «JB» 2007/8 m.nt. R.J.N.S.

92 Zie recent ABRvS 1 april 2009, LJN: BH9247, 200809036/1/H2.

van de processuele connexiteit. Nu derhalve geen bestuursrechtelijke weg openstaat om schade veroorzaakt door een wet in formele zin op de Staat te verhalen, zal een eiser in beginsel ontvankelijk worden verklaard in zijn desbetreffende vordering bij de burgerlijke rechter. In de procedure bij de burgerlijke rechter rijst echter wel de vraag of het in art. 120 Grondwet neergelegde toetsingsverbod in de weg staat aan de mogelijkheid van toewijzing van een vordering die strekt tot nakoming van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten ter zake van schade veroorzaakt door een wet in formele zin. De Hoge Raad lijkt in dit arrest deze mogelijkheid categorisch te ontkennen. De rechtspraak van de bestuursrechter ter zake van besluiten betreffende het zuivere schadebesluit kan volgens de Hoge Raad 'niet ook worden toegepast ten aanzien van wetgeving in formele zin'. Elke andere opvatting zou volgens de Hoge Raad 'meebrengen dat de rechter – rechtstreeks of langs een omweg – toch zou treden in de beoordeling van de verenigbaarheid van de desbetreffende wet in formele zin met de Grondwet of met algemene rechtsbeginselen. Gelet op de fundamentele aard van dit verbod treft het mede een op rechtmatige daad gebaseerde vordering.' Ik zou menen dat deze categorische ontkenning te ver gaat en niet goed aansluit bij de overige rechtspraak van zowel de bestuursrechtshof als die van de Hoge Raad zelf, terwijl naar mijn mening de motivering van het oordeel van de Hoge Raad voor kritiek vatbaar is. Kritiek is bijvoorbeeld mogelijk op de overweging waarin benadrukt wordt dat een wezenlijk onderscheid moet worden gemaakt tussen 'bestuursbesluiten' en 'wetgeving in formele zin'. Dat onderscheid zou erin zijn gelegen dat een besluit 'een beslissing in een individueel geval' betreft en geen 'regelgeving' (bevat) 'voor

een onbepaald aantal gevallen'. De Hoge Raad benadrukt dit verschil om aan te geven dat de lijn in de nadeelcompensatierechtspraak die geldt voor besluiten, niet zonder meer ook behoort te gelden voor wetgeving in formele zin. De redenering van de Hoge Raad lijkt mij nogal kwetsbaar. Zijn overwegingen op dit punt zijn immers niet in overeenstemming met het in de Algemene wet bestuursrecht gedefinieerde en gehanteerde besluitbegrip. Daarin ligt immers onder meer besloten dat besluiten van algemene strekking, alsook algemeen verbindende voorschriften, besluiten zijn.<sup>93</sup> Ook overigens is de argumentatieve kracht van deze overweging beperkt. Zo lijkt mij de veronderstelling dat toepassing van het beginsel van de gelijkheid van de openbare lasten niet aan de orde kan zijn buiten gevallen waarin het schadeveroorzakende 'bestuursbesluit' een 'beslissing in een individueel geval' betreft, niet in overeenstemming met de eigen rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>94</sup> De categorische ontkenning gaat mijns inziens te ver, omdat er naar mijn mening geen goede redenen zijn om een aanspraak op nadeelcompensatie ter zake van een wet in formele zin steeds te laten afstuiten op het toetsingsverbod. Dat geldt in het bijzonder voor de gevallen waarin niet uit de wet en ook niet uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming daarvan blijkt dat wetgever heeft geoordeeld dat aanspraken op nadeelcompensatie niet gehonoreerd zouden moeten worden. Wanneer de wetgever geen (impliciet of expliciet) afwijzend standpunt ter zake van het toekennen van nadeelcompensatie wegens de wet heeft ingenomen en eiser ter onderbouwing van zijn vordering, de rechtmatigheid van de wet niet bestrijdt, valt, naar ik meen, mede in het licht van de overige rechtspraak van de Hoge Raad,<sup>95</sup> niet

93 Vgl. art. 8:2, aanhef en onder a, Awb.

94 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 m.nt. CJHB; *AB* 1991, 241 m.nt. FHvdB (Leffers/Staat). In dezelfde zin

Konijnenbelt 2009, p. 153-155.

95 HR 9 juni 1989, *NJ* 1989, 718; *AB* 1989, 412 m.nt. FHvdB (Kortverbanders).

goed in te zien dat de rechter bij toewijzing van het gevorderde – rechtstreeks of langs een omweg – toch zou treden in de beoordeling van de verenigbaarheid van de desbetreffende wet in formele zin met de Grondwet of met algemene rechtsbeginselen.<sup>96</sup> Ik merk nog op dat A-G Spier in zijn conclusie voor dit arrest bij herhaling stelt dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever de bewuste situatie heeft onderkend, maar ervoor heeft gekozen hiervoor geen aparte hardheidsclausule op te nemen.<sup>97</sup> Als dat zo mag worden begrepen dat de wetgever niet van nadeelcompensatie ter zake van door deze wet veroorzaakte schade heeft willen weten, lijkt mij de uitkomst van het arrest verdedigbaar. Daarvan uitgaande zou immers de beoordeling van de vordering inderdaad neerkomen op een toets van de keuze van de formele wetgever aan onder meer algemene rechtsbeginselen en dat komt dan in strijd met het in art. 120 Gw neergelegde toetsingsverbod. De Hoge Raad formuleert echter in dit arrest in algemene bewoordingen, terwijl hij geen kenbare aandacht besteedt aan de vraag of de wetgever dit soort gevallen heeft onderkend en of hij dienaangaande expliciet of impliciet een oordeel omtrent toekenning van nadeelcompensatie heeft ingenomen. Zoals gezegd, lijkt mij dat niet juist. Bij dit alles kan overigens

wel worden opgemerkt dat art. 1 Eerste Protocol EVRM, waarvoor het toetsingsverbod niet geldt, in dit soort gevallen goede diensten kan bewijzen.<sup>98</sup> De vordering is dan echter wel gebaseerd op de onrechtmatigheid van de wet in formele zin. Daarenboven heeft Schutgens erop gewezen dat er goede redenen zijn om niet te berusten in enkel de mogelijkheid van de op schending van art. 1 Eerste Protocol EVRM gebaseerde aansprakelijkheid.<sup>99</sup>

#### 4. Slot

Het ligt in de lijn der verwachtingen dat de wetgever in formele zin in de (nabije) toekomst enige nieuwe wettelijke nadeelcompensatieregelingen in het leven zal roepen. Daardoor zal de omvang van de overheidsgedragingen die onder het bereik van een geschreven nadeelcompensatieregeling vallen aanzienlijk toenemen. Te denken valt aan de op korte termijn in werking te treden Waterwet, aan de, naar verwachting, op iets langere termijn in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen ‘Wet nadeelcompensatie’<sup>100</sup> en aan de algemene schadevergoedingsregeling die in het Wetboek van Strafvordering zal worden opgenomen. De consequentie daarvan zal onder meer zijn dat de taak van de bestuursrechters en de

96 Vgl. ook C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Utrecht 2006 (hoofdstuk 5).

97 Conclusie A-G Spier onder 4.10.2, 5.5, 5.6, 5.8.1, 5.13.3.

98 Conclusie A-G Spier onder 5.8.2.

99 Zie uitvoerig R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009 (hoofdstuk 13).

100 Voorontwerp Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten ([www.justitie.nl](http://www.justitie.nl)). Zie omtrent het op nadeelcompensatie betrekking hebbende deel van dit voorontwerp: R.J.N. Schlössels, ‘Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige be-

sluiten. Verbeteringen op basis van een pragmatische visie of bevrozing van de rechtsontwikkeling?’, *Gst.* 2007, 7281, 113, p. 503-517; G.M. van den Broek, ‘Het voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb’, *O&A* 2007, p. 119 e.v.; M. Dekker en H.H.L. Krans, ‘Waterstaatsrecht en aansprakelijkheid’, *O&A* 2007, 109, p. 218-229; J.E. Hoitink en M.B. Koetsier, ‘Nadeelcompensatie: waarom, wanneer en hoeveel? Voorontwerp Studiegroep Schadevergoeding biedt rechtspraktijk onvoldoende houvast’, *NTB* 2007, 44, p. 334-344; G.C.W. van der Feltz, ‘Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad’, *BR* 2007, 204, p. 846-852; J.G. de Vries Robbé, ‘Het tweede lustrum van De Kabouter’, *Gst.* 2007, 7276.

strafrechter ter beslechting van nadeelcompensatiegeschillen in omvang zal toenemen en dat de resterende taak voor de burgerlijke rechter kleiner wordt. Mede gelet op de initiatieven van de wetgever verwacht ik niet dat zich op dit punt op korte termijn nog ingrijpende wijzigingen in de desbetreffende rechtspraak van de Hoge Raad zullen voordoen.<sup>101</sup> Dat neemt niet weg dat het naar mijn mening goed zou zijn indien de Hoge Raad de mogelijkheid van nadeelcompensatie op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten ter zake van een wet in formele zin open zou houden.

---

101 Zie r.o. 3.6.4 van het arrest van de Hoge Raad van 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 inzake de Begaclaim.