

Ontwikkelingen op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid; over grenzen van privaatrecht en bestuursrecht heen

46

J.E.M. Polak¹

Op 16 november 2010 werd in Tilburg de jaarlijkse Herman Schoordijklezing uitgesproken door de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak die de ontwikkeling van de overheidsaansprakelijkheid sinds 1984 belichtte, daartoe geïnspireerd door het uit dat jaar stammende werk 'Bestuursrecht en privaatrecht' van H.C.F. Schoordijk.

1 Inleiding: terug naar 1984

'Rechtsvergelijking is fascinerend. Interne rechtsvergelijking niet minder. Vandaag wil ik ontwikkelingen in het bestuursrecht centraal stellen en mij afvragen: wat hebben deze de beoefenaar van het civiele recht te zeggen?'

Het zijn niet mijn woorden, maar die van Herman Schoordijk op 23 februari 1984. Hij begon daarmee zijn rede 'Bestuursrecht en privaatrecht, een interne rechtsvergelijking'² gehouden ter gelegenheid van het twintig jarig bestaan van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Katholieke Hogeschool, de vorige naam van de universiteit waar ik vandaag de eer heb te gast te mogen zijn.

Toen mij gevraagd werd de Schoordijklezing te houden, was ik vereerd, want Schoordijk is een groot geleerde met een diep doorleefd rechtvaardigheidsgevoel, een man van grote, maar vaak genuanceerde vergezichten. Omdat het thema van de Schoordijklezingen 'Recht over de grenzen heen' betreft, wil ik graag bezien hoe het terrein van de overheidsaansprakelijkheid, dat zich op en over de grenzen van privaatrecht en bestuursrecht beweegt, zich sinds 1984 heeft ontwikkeld en hoe die ontwikkelingen met het oog op de toekomst moeten worden gewaardeerd.

Schoordijk sprak in zijn rede vooral over schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad en de bestuursrechtelijke pendant daarvan bestuurscompensatie, zoals het

toen nog werd genoemd. Wat hij daarover zei getuigde van een goed gevoel voor wat een wezenlijke nieuwe ontwikkeling was in het bestuursrecht. Hoe wezenlijk blijkt uit de stormachtige ontwikkeling die zich op dat terrein heeft voorgedaan. Daarbij heeft de rechtspraak van zowel de Hoge Raad als de Raad van State een belangrijke rol heeft gespeeld. Deze wil ik met een helicopterview bespreken. Ook op het terrein van de onrechtmatige overheidsdaad (als dat al van het vorige is te scheiden), is er sinds Schoordijks rede veel gebeurd, juist op het grensgebied van publiek- en privaatrecht. Ik kan daar in het bestek van dit verhaal maar een paar opmerkingen over maken en zal dat aan het eind doen, omdat er mijns inziens van een opmerkelijke parallel sprake is. Hoewel de gecompliceerde verdeling in rechtsmacht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter niet aan de stormachtige ontwikkelingen in de weg hebben gestaan is die verdeling zo complex geworden, dat er met het (voor)ontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten een poging wordt gedaan om door wetgeving tot een heldere verdeling te komen. Om niet bij terugkijken te blijven zal ik daarover met het oog op de gewenste ontwikkeling naar de toekomst ook wat opmerkingen maken.³

Ik concentreer mij vooral op de ontwikkelingen op het terrein van de schadevergoeding bij rechtmatige daad of in huidige bestuursrechtelijke termen: nadeelcompensatie. In essentie gaat het daarbij om op zichzelf gerechtvaardigd overheidshandelen dat evenwel bepaalde burgers of bedrijven zodanige schade toebrengt dat deze soms ondanks die gerechtvaardigdheid tot op zekere hoogte moet worden vergoed. Langs bestuursrechtelijke weg kennen we thans vier verschillende wegen die tot die compensatie kunnen leiden; die bespreek ik eerst achtereenvolgens omdat daardoor een goed beeld kan ontstaan van de ontwikkelingen sinds 1984. Daarna komt de burgerlijke rechter aan bod.

1 Jaap Polak is voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en onbezoldigd hoogleraar bestuursrecht te Leiden. Dit is de schriftelijke versie van de door hem op 16 november 2010 te Tilburg op verzoek van JUVAT, de alumnivereniging van de juridische faculteit van de UvT gehouden Schoordijklezing.

2 H.C.F. Schoordijk, Bestuursrecht en privaatrecht, een interne rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1984.

3 Ik houd het notenapparaat bij dit stuk beknoppt. Ik heb bij de voorbereiding van deze lezing vooral betrokken de inzichtelijke overzichtsnoten

in AB klassiek, Kluwer 2009 (zesde druk) (onder redactie van T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler, R.J.G.M. Widdershoven) van P.J.J. van Buuren (Paul Krugerbrug II, p. 95 e.v., Varkensmester, p. 263 e.v. en Van Vlodrop, p. 441 e.v.), B.J. Schueler (*Sint-Oedenrode-Driessen*, p. 125 e.v.) en A.A. van Rossum (*Vie d'Or*, p. 581 e.v.), de halfjaarlijkse zeer complete kronieken 'Schadevergoeding' van B.P.M. van Ravels in het NTB, diens Nijmeegse oratie *Grenzen van voorzienbaarheid*, Kluwer 2005, de Maastrichtse oratie van Ch. Backes, *Suum cuique?: enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tus-*

sen bestuursrechter en burgerlijke rechter, Bju 2009, de bespreking daarvan door L.J.A. Damen in *O&A* 2010, 3, p. 119-123, het preadvies van B.J. Schueler, *Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen*, Staatsrechtconferentie 2009, en het Leidse proefschrift van M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het egaliteitsbeginsel; een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Kluwer 2010. Wie met betrekking tot bestuurscompensatie volledig gedocumenteerd wil zijn, moet bij dit boek te rade gaan.

2 Nadeelcompensatie en het onzuivere schadebesluit

In 1984 had de Afdeling rechtspraak van de Raad van State net de twee bekende Paul Kruger uitspraken gedaan, die beide door Schoordijk ook worden vermeld, waarbij door hem reeds de Franse term *égalité devant les charges publiques* werd gebruikt.⁴ Rijkswaterstaat had aan de gemeente Utrecht vergunning verleend de opklapbare Paul Krugerbrug te vervangen door een vaste brug. De scheepswerf en machinefabriek De Liesbosch maakte vanwege het feit dat zij over water onbereikbaar zou worden, bezwaar tegen de vergunning. Rijkswaterstaat kon zich in de bezwaren vinden en had de gemeente de voorwaarde (we zouden nu zeggen: het voorschrift) opgelegd maatregelen te nemen teneinde te voorkomen dat derden door de vergunning schade zouden leiden. De Liesbosch vond dat te vaag en de Afdeling volgde dat betoog: De Liesbosch had er bij afweging van alle betrokken belangen recht op om voor het verlenen van de vergunning te weten op welk bedrag aan schadevergoeding zij recht had. In civiele Bregsteintermen: door het geven van schadevergoeding zou de onrechtmatigheid van dat handelen, dat eerbiedwaardige belangen dient, wegval- len. Er was vervolgens nog een tweede Paul Krugerbrug uitspraak nodig over de precieze hoogte van de toe te kennen bestuurscompensatie aan De Liesbosch. Daarin werd beslist dat Rijkswaterstaat de gemeente moest opleggen bij het geven van de vergunning 80% van de schade van De Liesbosch te vergoeden.⁵

Deze rechtspraak kwalificeren we als rechtspraak over het *onzuivere schadebesluit*: de schade als element van het schadetoebrengende besluit, in dit geval de verlening van de vergunning die gepaard moet gaan met een regeling van de schade. Deze rechtspraak heeft voor- en nadelen. Voordeel voor degene die schade lijdt is de door Schoordijk in zijn rede ook duidelijk onderstreepte rechtszekerheid, als de rechter vanwege de schade tot vernietiging van het schadetoebrengende besluit komt: daardoor ontstaat voor het verrichten van de schadetoebrengende handeling zekerheid omtrent de vergoeding. In de praktijk kan het feit dat daarvoor vernietiging van het schadetoebrengende besluit nodig is, echter gemakkelijk tot een nadeel leiden, omdat het ontbreken van een adequate schaderegeling van een enkeling veelal niet zal opwegen tegen het belang dat is gemoeid met het spoedig realiseren van het uit te voeren vaak omvangrijke project op basis van het schadetoebrengende (vergunning)besluit. Dat kan tot gevolg hebben dat de rechter niet snel tot de conclusie zal komen dat het bestuursorgaan bij afweging van alle belangen vooraf in een regeling van de schade moest voorzien. Maar in 1984 was die weg van het aanpakken van het schadeveroorzakende besluit in

veel gevallen wel de enige oplossing, omdat een verzoek van De Liesbosch om bij een apart besluit over de schade te beslissen, een zogenoemd zuiver schadebesluit, geen beroepbaar besluit opleverde; de vergunning was een bestuursrechtelijk beroepbaar besluit, het besluit over schadevergoeding werd (behalve als er een specifieke wettelijke basis voor was, ik kom daar nog over te spreken) gezien als een civielrechtelijke handeling, dus niet als een (wel beroepbare!) publiekrechtelijke rechtshandeling.

3 De komst van het buitenwettelijke zuiver schadebesluit

Daar kwam in 1996/7 een eind aan met de zogenoemde Van Vlodrop⁶ rechtspraak, waarbij werd beslist dat zo'n zuiver schadebesluit soms wel als een beroepbaar publiekrechtelijk besluit kon worden gezien. Dat kan zuiver processueel worden benaderd, maar ook meer inhoudelijk: hoewel Schoordijk al sprak over het beginsel van de *égalité des charges publiques* paste de Afdeling in de besproken Paul Krugerbrug dat beginsel nog niet toe. Er werd vernietigd vanwege het verbod van willekeur: Rijkswaterstaat had volgens de Afdeling bij afweging van de betrokken belangen in een behoorlijke schaderegeling moeten voorzien. Maar hier zit ook de al aangestipte zwakte van het onzuivere schadebesluit. Meestal zijn de belangen betrokken bij het project heel veel groter dan die van de getroffen enkeling en dan helpt een beroep op de willekeurformule niet. Maar een beroep op het *égalité*beginsel, dat juist de onevenredigheid van de schade van de enkeling centraal stelt ten opzichte van de met deze te vergelijken personen, kan dan wel baten. Het verschil is dat bij de willekeurformule een afweging wordt gemaakt tussen de belangen van de enkeling enerzijds en de belangen die gemoeid zijn met het schadetoebrengende besluit anderzijds en bij *égalité* tussen de belangen van de enkeling en die van de met die enkeling te vergelijken personen die geen onevenredige schade hebben geleden: het *égalité*beginsel is daarmee een verschijnsel van het gelijkheidsbeginsel. Door de aparte ontwikkeling van het *égalité*beginsel via het zuivere schadebesluit kon de rechtspraak met betrekking tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht zich ontwikkelen zonder dat de onrechtmatigheid van het immers veelal vanuit het algemeen belang terecht genomen schadetoebrengende besluit behoeft te worden geconstrueerd. Het bestuursrecht heeft anders dan het privaatrecht processueel wel voorzien in de acceptatie van een buitenwettelijke mogelijkheid voor vergoeding van schade bij rechtmatig overheidshandelen door de aanvaarding van het zogenaamde appellabele *zuivere schadebesluit* ingeval de burger stelt dat hij door het schadetoebrengende besluit onevenredig is getroffen en

4 Schoordijk, t.a.p., p. 17 e.v.

5 Paul Krugerbrug II, *Nadeelcompensatie en het onzuivere schadebesluit*, ARRvS 22 november

2003, zie onder veel meer P.J.J. van Buuren in *AB klassiek*, t.a.p., p. 95-104.

6 *AB klassiek*, t.a.p., p. 441 e.v.

aanspraak maakt op vergoeding van schade vanwege het beginsel van de *égalité des charges publiques*. Als hij vergoeding van onevenredige schade wil claimen die verband houdt met een schadetoebrengend besluit, maar de gerechtvaardigheid ervan vanuit het perspectief van het algemeen belang aanvaardt, hoeft hij dat laatste besluit niet meer aan te vechten, maar kan hij los daarvan aan het bestuur dat dat schadetoebrengend besluit heeft genomen een verzoek doen de onevenredige schade te vergoeden. De beslissing daarop is dan apart appellabel. Wel is om een bestuursrechtelijk appellabel besluit te verkrijgen vereist dat de schade wordt veroorzaakt door een bij de bestuursrechter appellabel besluit (*connexiteit*). De bestuursrechter rekt met deze erkenning van het buitenwettelijke zelfstandige schadebesluit zijn competentie dus op, maar zeker niet onbeperkt, zoals we nog zullen zien.

Hier biedt het bestuursrecht de burger meer dan het civiele recht dat, om een bekend thema van het werk van Schoordijk te noemen, (in zijn ogen ten onrechte) vasthoudt aan een gesloten systeem van verbintenissen. In het privaatrecht is de laatste twintig jaar het *égalité*-beginsel in de rechtspraak van de Hoge Raad ook tot ontwikkeling gekomen, maar hoe men het ook wendt of keert, altijd in de constructie dat het niet voldoen aan de *égalité*verplichting een *onrechtmatige daad* oplevert. Zonder art. 6:162 BW gaat het in de opvatting van de Hoge Raad die ik wel begrijp, niet.

Dit verschil tussen privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke mogelijkheden kan worden geïllustreerd aan de hand van een bekende zaak die zich in de nabijheid van Tilburg heeft afgespeeld en die op 6 december 2002 leidde tot het bekende *Pannenkoekenhuis De Kabouter*arrest.

De provincie Noord-Brabant had vanaf 11 september 1995 de provinciale weg vanuit Baarle-Nassau in de richting van Chaam afgesloten, waardoor het Pannenkoekenhuis de Kabouter ongeveer een half jaar niet dan wel slecht bereikbaar was voor verkeer vanuit Baarle-Nassau. De reconstructie was volgens De Kabouter op zichzelf terecht, want leverde uiteindelijk een betere verkeerssituatie op, zodat zij tegen het door de provincie genomen verkeersbesluit o.g.v. art. 15 lid 2 VVV 1994 niet was opgekomen. Zij vorderde bij de burgerlijke rechter de door haar geleden onevenredige schade, maar ving daar bot. Door niet op te komen tegen het verkeersbesluit had dat besluit formele rechtskracht verkregen. De rechtmatigheid daarvan stond dus vast. Een vordering op grond van art. 6:162 BW (*onrechtmatige daad*) was dus zo, oordeelde de Hoge Raad, gedoemd te mislukken en een vordering op grond van rechtmatige daad dient nu eenmaal toch op grond van

dat artikel aan de burgerlijke rechter te worden voorgelegd.⁷

Wat de vele commentaren op dit arrest niet vermelden, maar wat mij ambtshalve bekend is, is dat De Kabouter langs de weg van het zuivere schadebesluit vervolgens wel een, zij het niet heel omvangrijke vergoeding, heeft gekregen. Hoewel de provincie ook in het bestuursrechtelijke traject er op wees dat het verkeersbesluit niet was aangevochten en zij daarom meende geen *égalité*vergoeding te hoeven betalen, werd haar in het bestuursrechtelijk traject duidelijk gemaakt dat die stelling daar sinds de van Vlodrop-rechtspraak niet meer opgaat. Immers, de aanvaarding van het zuivere schadebesluit los van het schadetoebrengende besluit, ook voor *égalité*schade betekent dat het bestuursrecht dus wel een buitenwettelijke verplichting om *égalité*schade te vergoeden kent bij rechtmatig overheidshandelen, waar in het privaatrecht wordt vastgehouden aan de onrechtmatige daadsconstructie. De Kabouter-casus laat zien dat dit verschil niet louter theoretisch, maar ook van praktisch belang is. De zaak is uiteindelijk bij de Afdeling bestuursrechtspraak tot een schikking gekomen.

4 Gebaande bestuursrechtelijke wegen om tot nadeelcompensatie te komen

Het bestuursrecht kende naast de weg van het onzuivere en de weg van het zuivere, maar niet op een specifieke wettelijke grondslag gebaseerde schadebesluit al vele *wettelijke* mogelijkheden in bijzondere publiekrechtelijke wetgeving. De belangrijkste was en is de al in de wet op de Ruimtelijke Ordening uit 1962 opgenomen mogelijkheid van planschade.⁸ Bij iedere wijziging van het bestemmingsplan kan een gedupeerde het gemeentebestuur vragen de daardoor geleden schade te vergoeden. Als we ook hier het jaar 1984 als ijkpunt nemen, kan worden gezegd dat juist vanaf ongeveer dat tijdstip de vergoeding van planschade een stormachtige ontwikkeling heeft ondergaan. Tot ergernis van velen in de gemeentelijke wereld is de bestuursrechter art. 49 WRO 1962 in de loop van de jaren '80 gaan beschouwen als een artikel dat niet zozeer uiting gaf aan het *égalité*beginsel (dat aanspraak geeft op vergoeding van in vergelijking met anderen onevenredige, niet voorzienbare schade), maar aan het beginsel van de rechtszekerheid.⁹ Daardoor had degene die schade leed door een juridische bestemmingswijziging die hij op het moment van aankoop van zijn onroerende zaak objectief niet kon voorzien, in

7 HR 6 december 2002, AB 2004, 17. Zie daarover onder veel meer G.W. van der Feltz, 'Niet geregelde nadeelcompensatie en formele rechtskracht. Er zij licht!', *NTB* 2003, 7, p. 209-220. Nog duidelijker over de doodlopende civiele weg als men aansprakelijkheid op grond van (on)rechtmatige daad wil construeren bij besluiten met formele rechtskracht is het zogenoemde *Snoopy-bar*arrest van de HR van 28 maart 2008, *TBR*

2009, 12 (m.nt. Van den Broek).

8 De meeste schadezaken bij de Afdeling bestuursrechtspraak zijn planschadezaken. Tussen 1 januari en 1 oktober 2010 bedroeg de instroom aan schadezaken bij de Afdeling 71 zaken, waarvan 43 planschade; de overige zaken zijn nadeelcompensatiezaken gebaseerd op een regeling (ongeveer 10) en zaken waar de geleden schade niet op een specifieke regeling was gebaseerd en

de basis van de aanspraak soms onrechtmatigheid (niet zelden in verband met trage besluitvorming) en soms het *égalité*beginsel en soms beide betreft. 9 Over de vraag of dat wetshistorisch gezien juist is, is veel geschreven. Zie onder meer de genoemde dissertatie van M.K.G. Tjepkema (noot 3), p. 91-102 en daar verder genoemde literatuur.

beginsel steeds aanspraak op vergoeding daarvan. Dit betekende weliswaar niet dat er geen claims konden worden afgewezen (zo leverde de vergelijking van de planologische regimes vaak op dat ook onder het oude regime allerlei negatieve ontwikkelingen hadden kunnen worden gerealiseerd, zodat de planwijziging juridisch niet als de oorzaak van de schade kon worden beschouwd), maar niet ontkend kan worden dat deze rechtspraak veelal ruimhartiger uitpakte dan wanneer hier *égalité* maatstaven zouden zijn gehanteerd, zoals in het bestuurscompensatierecht in het algemeen gebruikelijk was.¹⁰ In de inmiddels op 1 juli 2008 in werking getreden nieuwe Wet ruimtelijke ordening zijn de mogelijkheden om tot planschade te komen dan ook beperkt. Als grondslag wordt nu expliciet het *égalité*-beginsel aangewezen. Als ontwikkelingen in de rechtspraak de overheid geld kosten, zien wij soms dat men in Den Haag, waar wetgeving vaak stroef tot stand komt, opeens opmerkelijk soepel tot wetwijziging komt.¹¹ De bedoeling en ook wel de verwachting is dat deze wetwijziging ertoe leidt dat minder vaak planschade zal moeten worden toegekend en ook tot minder hoge planschadevergoedingen, maar hoe het precies zal gaan zal uit de rechtspraak moeten blijken.¹²

Als wij weer 1984 als ijkpunt nemen, wordt een andere voor de bestuurspraktijk zeer relevante ontwikkeling gevormd door de talloze *beleidsregels* van de overheid die aanspraak van burgers op bestuurscompensatie regelen. Die regels hebben geen wettelijke basis, maar zijn een uitwerking van het *égalité*-beginsel. Reeds niet lang na de rede van Schoordijk werd in de bekende Rotterdamse Metroschadezaak beslist dat als de overheid zo'n regeling had en had gepubliceerd, een daarop gebaseerd besluit bestuursrechtelijk kan worden aangevochten, ook al hebben die regels geen wettelijke basis en ook al is er geen bestuursrechtelijk appellabel besluit nodig dat de schade toebrengt, maar gaat het om puur feitelijk overheidshandelen.¹³ Het bestaan van beleidsregels maakt zo'n besluit dan tot een beroepbaar publiekrechtelijk besluit.

Het maken van dit soort beleidsregels en het op basis daarvan tot uitkering komen van bestuurscompensatie is voor de praktijk met de besproken planschaderechtspraak by far de belangrijkste ontwikkeling op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid sinds 1984. We kenden dit fenomeen al. De daardoor bekend geworden ambtenaar van Verkeer en waterstaat Van der Gouwe had reeds in de jaren '70 daarvoor een stelsel van bestuurscompensatie ontwikkeld. Maar de ontwikkeling daarvan is sinds de jaren '80 exponentieel geweest; vrijwel ieder overheidsproject van enige omvang kent zijn eigen beleidsregeling die voorziet in

vergoeding van onevenredige schade, als er niet al een algemene regeling geldt. Van Ravels noemt in zijn oratie¹⁴ de Schipholregeling in verband met de vijfde baan, de Betuwerouteregeling, de HSL-zuid regeling, de Amsterdamse Noord-Zuid Metroschaderegeling, de Europoortregeling. Verkeer en waterstaat (inmiddels gefuseerd met Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer tot Infrastructuur en Milieu) kent een algemene regeling voor nadeelcompensatie. Ook bij zuivere schadebesluiten gebaseerd op beleidsregels zien wij, net als bij het buitenwettelijke schadebesluit dat hiervoor aan de orde kwam, dat de komst van infrastructurele projecten niet meer als zodanig bestreden behoeft te worden, maar dat de gedupeerden door het vragen van een apart besluit gebaseerd op deze beleidsregels hun schadeaanspraak geldend kunnen maken. Dus de onrechtmatigheid van het project behoeft niet te worden aangetoond om toch aanspraak op schadevergoeding te krijgen: het toont de emancipatie van het bestuursrecht dat bestuurscompensatie wordt geboden zonder dat het hoeft te worden geperst in een actie op grond van onrechtmatige daad of bestuursrechtelijk in een vernietigingsberoep tegen het schadetoebrengend handelen, dat in wezen ook een onrechtmatigedaadsactie is, want vernietiging volgt slechts als een besluit in strijd is met het recht. Deze regelingen voorzien steeds in deskundigenadvisering, waarop desbetreffende overheden veelal hun besluiten baseren. De nadeelcompensatiepraktijk is dus voor gespecialiseerde advocaten, maar ook onroerendzaakstaxateurs een bloeiende bedrijfstak en in een dicht bevolkt land geworden tot een soort nationaal smeermiddel om projecten tot stand te brengen.

5 Nadeelcompensatie en de burgerlijke rechter

We zagen dat er in feite vier processuele grondslagen zijn om langs bestuursrechtelijke weg nadeelcompensatie te verkrijgen, de figuur van het onzuivere schadebesluit (Paul Kruger), de figuur van het buitenwettelijke zuivere schadebesluit (Van Vlodrop of beter De Kabouter) en de sinds 1984 in belang zo toegenomen, maar daarvoor ook al bekende mogelijkheden van bestuurscompensatie op basis van specifieke wetten (planschade) en ten slotte op basis van niet op de wet gebaseerde, maar in de bestuurspraktijk erg relevante beleidsregels. Is er dan nog plaats voor nadeelcompensatie langs civielrechtelijke weg? Ja, op het terrein van nadeelcompensatie is de burgerlijke rechter conform de hoofdregel rest- of reserverechter, hetgeen zoveel wil zeggen dat als nadeelcompensatie langs de bestuursrechtelijke weg te

10 Zie hierover onder meer de Nijmeegse oratie van B.P.M. Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid*, Kluwer 2005, p. 9: de regering schatte in dat gemeenten op jaarbasis zo'n 20 miljoen euro aan planschadeclaims honoreerde!

11 Naast dit voorbeeld van de wetwijziging met betrekking tot planschade is de limitering van de proceskosten in bezwaar door wijziging van 8:75

Awb en volgende na de ruimhartige lijn van de civiele rechter op dit punt in arresten als Velsen/ de Waard, HR 17 november 1989, NJ 1990, 746 (m.nt. Vranken) een voorbeeld hiervan.

12 Zie hierover B.P.M. van Ravels, 'De nieuwe redelijkheid bij tegemoetkoming in planschade', *O&A* 2008, 3, p. 128-145.

13 ARRvS 14 mei 1986, AB 1986, 568 (m.nt.

Van Wijmen). Zie daarover o.m.: O.M. te Rijdt, *Bestuurscompensatie, een onderzoek naar de praktijk*, diss. Leiden, SAOZ-Propri 1982.

14 Van Ravels, t.a.p. (noot 2), p. 4 met ook enige cijfers over de omvang van deze praktijk en de uit te keren bedragen.

verkrijgen is, dat niet langs de weg van de burgerlijke rechter kan. Maar hoe omvangrijk de bestuursrechtelijke wegen ook zijn, er zijn nog merkwaardige hiaten, hetgeen meebrengt dat ook de burgerlijke rechter zich sinds 1984 niet onbetuigd heeft gelaten.

De burgerlijke rechter volgde op 18 januari 1991 de Paul Krugerbruglijn die de bestuursrechter insloeg in het beroemd geworden *Varkensmester of Leffers*-arrest. Hier ging het om een ministeriële regeling die van de ene op de andere dag verbood om varkens nog met voedsel- en slachtafvallen genaamd swill te voeren. Omdat het hier een algemene regeling betreft, in de terminologie van de Algemene wet bestuursrecht algemeen verbindende voorschriften, is het geen zaak voor de bestuursrechter en zou deze casus ook vandaag nog voor de burgerlijke rechter moeten worden uitgevochten. De figuur van het buitenwettelijke zuivere schadebesluit zou vanwege de eis van connexiteit geen soelaas bieden, omdat het schadetoebrengende besluit, de ministeriële regels, ook niet beroepbaar zijn bij de bestuursrechter; de wetgever heeft in art. 8:2 Awb besluiten houdende a.v.v. van beroep op de bestuursrechter uitgezonderd. Ook de weg van het onzuivere schadebesluit biedt om die reden uiteraard geen bestuursrechtelijke weg, want men kan dus ook niet de (immers niet bestuursrechtelijk beroepbare) regeling aanvechten met de stelling dat deze ten onrechte niet in schadevergoeding voorziet. Deze laatste stelling kon Leffers wel met succes beproeven, maar dan in zijn op art. 6:162 BW gebaseerde civiele zaak. De halsoverkop ingevoerde regeling was op zichzelf volstrekt gerechtvaardigd, zulks in verband met het constateren van de Afrikaanse varkenspest in een bedrijf waar swill gevoederd werd. Dat is een zeer besmettelijke ziekte zonder dat er succesvolle geneesmiddelen voorhanden zijn. Het ingrijpen van de minister was dus uit oogpunt van de volksgezondheid ten volle gerechtvaardigd. Maar de legaal in swill handelende varkensmester Leffers kon de plotselinge omschakeling niet financieren en stelde dat hij daardoor zijn bedrijf moest liquideren. Deze casus bracht de Hoge Raad overeenkomstig de conclusie van T. Koopmans tot een fraaie toepassing van het beginsel van de *égalité des charges publiques*¹⁵ die er op neerkomt dat de Staat door in de van de ene op de andere dag ingevoerde drastische regeling niet te voorzien in compensatie van schade, jegens Leffers onrechtmatig zou hebben gehandeld als waar zou zijn dat Leffers als legaal opererende ondernemer zijn bedrijfsvoering geheel had ingericht op vervoeding van swill, dit hem onderscheidt van het overgrote deel van zijn concurrenten en hij daardoor moest liquideren. Hoe zeer de uitvaardiging van de regeling ook gerechtvaardigd was uit oogpunt van volksgezondheid, Leffers zou in vergelijking met zijn concurrenten die niet van deze wijze van vervoeding afhankelijk waren onevenredig worden geschaad.

6 Het *égalité*beginsel als gemeenschappelijke grondslag in privaot- en bestuursrecht

Beroemd geworden arresten van de civiele kamer van de Hoge Raad als *Harrida*¹⁶ en *Lavrijsen*¹⁷ (over schadevergoeding bij rechtmatig strafvorderlijk optreden dat een onschuldige derde treft) zijn ook op het *égalité*beginsel gebaseerd.

Deze arresten volgen diezelfde lijn: op grond van art. 6:162 BW kan *égalité*schade worden gevorderd als het schadetoebrengende handelen niet bij de bestuursrechter beroepbaar is.

Geeft het beginsel van de *égalité* devant les charges publiques voldoende houvast? Een bekend geluid uit de literatuur is immers dat dit een vaag meer politiek beginsel zou zijn en dat de rechter daarmee niet uit de voeten zou kunnen. Nu was Schoordijk in 1984 al verder dan dit geluid en, de periode die sindsdien is verstreken bewijst dat hij gelijk heeft gekregen. Ik heb het genoegen mogen hebben samen met mijn Leidse collega Barkhuysen afgelopen jaren promotor te zijn geweest van Michiel Tjepkema die kortgeleden cum laude promoveerde op dit onderwerp en die in zijn 981 pagina's dikke boek op p. 936 concludeert, dat er degelijk uit het beginsel rechtstreeks bruikbare maatstaven zijn af te leiden, zoals de criteria van abnormale en speciale last, die moeten worden aangevuld met de toepassing van sommige bepalingen uit afd. 6.1.10 van het Burgerlijk Wetboek (niet wat betreft de omvang van de schade, omdat het bij *égalité* alleen over vergoeding van de onevenredige schade gaat, maar wel waar het gaat om het schadebegrip, de kosten ter vaststelling van de schade, het causaal verband, de voordeeltorekening eigen schuld en de wijze van compensatie). Geven die inmiddels ontwikkelde criteria blijkens zijn onderzoek voldoende houvast, wel voegt hij daaraan toe (maar dat zal Schoordijk aanspreken), dat de toepassing in de praktijk veelal een kwestie is van *ius in causa positum*. Tjepkema betoogt dat het *égalité*beginsel alleen zou moeten worden gereserveerd voor die gevallen dat de door de overheid veroorzaakte schade kwalificeert als een openbare last (*charge publique*), dat wil zeggen als een door enig overheidshandelen 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel, dat noodzakelijk en onvermijdelijk is voor de behartiging van het algemeen belang. Om die reden zou in zijn ogen de aansprakelijkheid jegens de onschuldige derde zoals in *Lavrijsen* aan de orde was niet op *égalité* moeten worden gebaseerd, want van weloverwogen toebrengen van schade aan *Lavrijsen* was geen sprake; het was niet de bedoeling de niet onschuldige aan te pakken, zoals het in een casus als *Leffers* wél de bedoeling was om deze handelaar in swill te verbieden door te gaan met die handel. De aansprakelijkheid voor deze schade zou een andere basis moeten hebben, maar daarvoor verwijs ik naar dit proefschrift.

15 *AB klassiek*, t.a.p., p. 263 e.v.

16 HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84 (m.nt. PvB).

17 HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412 (m.nt.

Drupsteen).

7 Onvolkomen verdeling van rechtsmacht bij aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel

Uit het voorgaande volgt dat er maar liefst vier grondslagen zijn om bestuursrechtelijk égalité schade te claimen. Wij bespraken de Paul Krugerbrug-constructie van het onzuivere schadebesluit (al heeft deze aan betekenis verloren), het zuivere schadebesluit op grond van specifieke wettelijke bepalingen (planschade bijv.), het zuivere schadebesluit op grond van beleidsregels (voorbeeld: Metroschade/Rotterdam) en ten slotte het zuiver schadebesluit zonder specifieke wettelijke grondslag en ook zonder grondslag in beleidsregels, als het schadetoebrengende handelen bij de bestuursrechter appellabel is (de Van Vlodrop-rechtspraak). Bij égalité schade in andere gevallen treedt de burgerlijke rechter als restrechter op en kan een vordering op grond van art. 6:162 BW worden ingesteld.

Een studiegroep onder leiding van Scheltema heeft in opdracht van de Ministers van Justitie en Biza bij aanbiedingsbrief van 4 mei 2007 een voorontwerp van wet gepubliceerd om de rechtsmacht bij overheidsaansprakelijkheid te vereenvoudigen. Voor de nadeelcompensatie is men met het wat mij betreft aantrekkelijke voorstel gekomen om burgers in de wet een aanspraak op égalité vergoeding te geven bij al het overheidshandelen dat in de publieke taak wordt verricht. De gedachte is dan dat door die ene wettelijke regeling de bijzondere wettelijke regelingen en beleidsregels goeddeels zouden kunnen verdwijnen (voordeel 1: de vier bestuursrechtelijke wegen zouden tot één eenvoudige samensmelten) en (belangrijker nog) de vaak nogal willekeurig uitpakkende en moeilijk hanteerbare *connexiteitseis* voor de toegang bij de bestuursrechter bij égalité aanspraken zou eveneens tot het verleden gaan behoren (voordeel 2). Als de Awb een wettelijke aanspraak op égalité schade zou geven, zou de beslissing op een verzoek een Awb-besluit opleveren. Dat dat geen overbodige luxe zou zijn, leert de typische égalité-casus van het doorsteken van de dijk in de provincie Groningen tijdens de extreem zware regenval in 1998 die tot de uitspraak van de Afdeling op 23 juli 2003 leidde.¹⁸ De lokale overheden besloten om erger te voorkomen, een aantal polders onder te laten lopen. De gedupeerde boeren konden op grond van een besluit van de Minister van Biza een beroep doen op de Wet tegemoetkoming bij rampen en zware ongevallen (WTS), maar die gaf hier slechts een beperkte aanspraak, waarop ook door de zware regenval gedupeerden wier land niet onder water was gezet aanspraak konden maken. De provincie trof weliswaar een aanvullende nadeelcompensatieregeling voor de boeren, wier land onder water was gezet, maar het was geen officiële beleidsregeling en deze gaf volgens een

agrarische ondernemer genaamd Dekkers naast de WTS-vergoeding nog geen volledige vergoeding. Hij procedeerde tot en met de Afdeling bestuursrechtspraak, maar kreeg van de rechtbank en de Afdeling te horen dat de weigering om meer nadeelcompensatie te verlenen geen bestuursrechtelijk besluit was. Hoewel de bestuursrechter met de figuur van het zuivere schadebesluit en zijn rechtspraak in planschadezaken de rechtsbescherming van burgers en bedrijven op het terrein van de bestuurscompensatie bepaald heeft vergroot, meent zij dat het aan de wetgever is om hier de laatste stap te zetten. Men vindt twee hiervoor besproken competentiegrenzen die de bestuursrechter trekt in deze uitspraak terug; de eerste is dat bestuursrechtelijk beroep in geval van een op een beleidsregel gebaseerde beslissing slechts mogelijk is als de beleidsregel een echte beleidsregel is, dat wil zeggen conform de Awb gepubliceerd, en de tweede is dat een buitenwettelijke en ook niet op zo'n beleidsregeling gebaseerde égalité-claim slechts door de bestuursrechter kan worden behandeld, als het schadeveroorzakende handelen beroepbaar is (*connexiteitseis*, Van Vlodrop als besproken). En het onder laten lopen van de polder was feitelijk handelen, er lag kennelijk geen beroepbaar besluit aan ten grondslag. De annotator bij deze uitspraak, de prominente wetgevingsjurist op justitie, hoogleraar in Maastricht Nico Verheij schreef hierover, dat de bestuursrechter in deze casus de stap had kunnen zetten om de *connexiteitseis* los te laten in geval het om égalité-aanspraak gaat:

“Nadeelcompensatie is een zuiver publiekrechtelijk verschijnsel.¹⁹ Het beginsel is een zuiver publiekrechtelijk verschijnsel. Het beginsel van de gelijkheid van de publieke lasten verplicht naar zijn aard slechts de overheid tot schadevergoeding. Het burgerlijk recht kent geen algemene rechtsgrond voor schadevergoeding bij rechtmatige daad. Weliswaar erkent de Hoge Raad inmiddels dat het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten tot ons recht behoort, maar alleen in zijn rol van de aanvullende rechtsbescherming tegen de overheid. Bovendien wringt hij nadeelcompensatieclaims nog steeds kunstmatig in de sleutel van de onrechtmatige daad. Zo bezien is er veel voor te zeggen, om bij geschillen over nadeelcompensatie altijd de bestuursrechter bevoegd te achten, ook als het nadeel door feitelijk handelen is veroorzaakt.”

Ik heb eerder aangegeven die opvatting te delen, maar vind wel dat de *wetgever* die stap moet zetten.²⁰ Als je je als bestuursrechter bij feitelijk handelen bevoegd acht over een schadeclaim te oordelen, laat je de door de wetgever getrokken grens los dat je alleen over publiekrechtelijke besluiten, dat wil zeggen publiekrechtelijke rechtshandelingen mag oordelen (en feitelijk handelen is nu eenmaal geen rechtshandeling). Nu kun

18 ABRvS 23 juli 2003, AB 2004, 275 (m.nt. Verheij).

19 Zie in dezelfde zin ook het mooie boek van

J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen 1989.

20 J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. UvA), Kluwer 1999.

je zeggen dat de beslissing of égalité-schade die voortkomt uit feitelijk handelen moet worden vergoed, wel op rechtsgevolg is gericht, maar als je die stap zet matig je je toch een oordeel aan over de vraag of het niet beroepbare feitelijk handelen een burger onevenredig treft. Daar is veel voor te zeggen (ik bepleit al jaren dat de bestuursrechtelijke competentiegrenzen ruimer zouden moeten zijn), maar het ligt wel voor de hand de wetgever die stap te laten zetten. Daarom was ik blij dat Verheij, degene die dit soort wetgeving met zijn medewerkers feitelijk pleegt te maken, schreef dat nu de rechter die stap niet zette, 'ingrijpen van de wetgever nu echt onvermijdelijk was geworden', omdat het 'onverteerbaar' was, dat Dekkers zijn claim niet alleen gesplitst behandeld zag in een WTS aanspraak bij Biza waarbij de bestuursrechter bevoegd was en een andere aanspraak bij de provincie Groningen, waarbij de burgerlijke rechter bevoegd was. Het voorontwerp heeft voor deze problemen een goede oplossing, die aansluit bij de geweldige ontwikkeling die égalité aansprakelijkheid sinds de rede van Schoordijk heeft ondergaan. Maar het gerucht gaat in de Haagse wandelgangen, dat er veel weerstand is van vakdepartementen tegen het laten vervallen van de connexiteitseis. Dus rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat het (voor)ontwerp juist op dit punt is aangepast en dat in het wetsontwerp de connexiteitseis is gehandhaafd. De vakdepartementen zouden bang zijn dat de égalité-aanspraken de pan uit zouden kunnen rijzen, als die connexiteitseis zou worden losgelaten.²¹ Als wordt vastgehouden aan de connexiteitseis zou dat treurig zijn, want Verheij heeft het gelijk aan zijn kant dat de 'verdeel en heersmethode' van de dijkdoorbraak-casus laakbaar is jegens burgers en bedrijven en niet meer mogelijk zou moeten zijn. De gang van zaken laat wel zien dat de overheid de risico's van voor haar onwelgevallige situaties nog steeds minder hoog inschat als de rechtsbescherming bij de gewone rechter is georganiseerd dan bij de bestuursrechter, een feit dat als rode verdragende factor door de geschiedenis van de rechtsbescherming tegen de overheid in Nederland loopt. Wat dit specifieke punt betreft is de kritiek van de vakdepartementen mijns inziens niet steekhoudend, vooral omdat die vakdepartementen zelf veel nadeelcompensatieregelingen hebben gemaakt, waardoor veel égalité-aanspraken met betrekking tot feitelijk handelen al bestuursrechtelijk beroepbaar zijn geworden: de Nadeelcompensatieregeling Verkeer en Waterstaat is het beste voorbeeld van een regeling die maakt dat alle geschillen over égalité-aanspraken in verband met ook feitelijk handelen van (Rijks)waterstaat bij de bestuursrechter komen.

8 Slotopmerkingen: vanaf de jaren'80 van de vorige eeuw verruiming, maar in het laatste decennium: stagnatie en beperking van de aansprakelijkheid van de overheid

Al met al is de ontwikkeling van het leerstuk van de égalité-aansprakelijkheid sinds 1980 enorm geweest. Enerzijds goed voor de rechtsbescherming van burgers en bedrijven en anderzijds naar mijn overtuiging evenzeer in het belang van de overheid, die nadeelcompensatie zoals wij zagen nodig heeft als instrument, als smeermiddel bij de realisering van overheidsprojecten. Hoewel deze ontwikkeling sinds 1984 dus enorm is en die ontwikkeling de rechtspraktijk een nieuwe markt van nadeelcompensatiejuristen en andere deskundigen heeft opgeleverd, meen ik dat diegenen die menen dat de omvang van de overheidaansprakelijkheid door deze ontwikkelingen gevaarlijk groot dreigt te worden, dat wat overdrijven. De besproken ontwikkelingen van de égalité-aansprakelijkheid in de bestuurspraktijk- en rechtspraak scheppen geen onbeperkte mogelijkheden voor burgers; uitgangspunt is nog steeds dat ieder zijn eigen schade draagt en dat slechts onevenredige schade die een speciale en abnormale last inhoudt, door de overheid wordt vergoed.

Ik meen bovendien dat in het laatste decennium de slinger die zich sinds ongeveer de rede van Schoordijk eerst lange tijd naar vergroting van de aansprakelijkheid van de overheid heeft bewogen, een beweging terug maakt. Er is in het laatste decennium en vooral vanaf ongeveer 2003 een duidelijke tendens naar beperking ingezet. Die doet zich niet alleen voor bij de besproken égalité-aansprakelijkheid betreft, maar ook bij de meer klassieke onrechtmatige overheidsdaad. In het laatste deel van dit betoog zal ik dat toelichten. Wat de rechtspraak met betrekking tot de égalité-aansprakelijkheid betreft kan bijvoorbeeld worden gewezen op het tbs-arrest van de Hoge Raad.²² Een volgens het toenmalige beleid op proefverlof zijnde tbs-er gijzelde twee vrouwen, betastte hen onzedelijk en perste hun geld af. De (subsidiare) grondslag van de door de vrouwen jegens de Staat ingestelde vorderingen berustte op égalité: ook als het proefverlof conform de regels op zichzelf rechtmatig en vanuit het algemeen belang geredeneerd gerechtvaardigd was, zou de Staat de schade van deze onevenredig door het proefverlof getroffen vrouwen moeten dragen. De Hoge Raad achtte het égalitébeginsel niet van toepassing. Ten eerste had de Staat niet kunnen en moeten *voorzien* dat er nog steeds een onaanvaardbaar risico bestond dat de tbs'er zich opnieuw aan een geweldsmisdrijf schuldig zou maken, en ten tweede was het geen geval waarbij

²¹ Zie voor een onderbouwd betoog vanuit overheidsperspectief: J.R.C. Tieman en H.H.L. Krans, 'Nogmaals nadeelcompensatie. Het Voorontwerp

nadeelcompensatie gezien vanuit overheids-perspectief', *NTB* 2010, 15.
²² HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430 (m.nt.

Vranken). Zie onder meer uitgebreid Tjepkema, t.a.p., p. 260 e.v.

het besluit van de Staat de man proefverlof te geven tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg had dat de nadelige gevolgen daarvan ten laste van deze vrouwen zouden komen. Simpel gezegd: deze ellende die het gevolg was van het handelen van de tbs'er was geen voorzienbaar gevolg van het door de overheid gegeven proefverlof. Het verband was naar het oordeel van de Hoge Raad niet nauw genoeg. Uit dit arrest wordt wel de conclusie getrokken, dat bij *égalité*-aansprakelijkheid het causaal voorzienbaar verband met het overheids-handelen nauw dient te zijn, nauwer dan bij onrechtmatig overheidshandelen in klassieke zin.

Een tweede voor de rechtspraktijk zeer belangrijke beperking van de overheidsaansprakelijkheid bij rechtmatig overheidshandelen is de al genoemde wijziging van de Wet de ruimtelijke ordening bij planschade. De grondslag is zoals we zagen gewijzigd van rechtszekerheid naar *égalité*, dat kan een wezenlijke vermindering van de overheidsaansprakelijkheid gaan betekenen en bovendien moet voor een planschadeverzoek betaald worden en is bij zogenaamde indirecte schade (uitzichtschaade enz.) in een eigen risicoregeling voorzien.²³

Een algemene grondslag voor *égalité*-aanspraken in de Awb, ook in verband met feitelijk handelen en algemeen verbindende voorschriften, zoals in het Voorontwerp voorzien, past bij de beschreven ontwikkelingen van de *égalité*-aansprakelijkheid. Ik gaf hiervoor al aan dat twijfelachtig is geworden of de connexiteitseis zal vervallen. Maar misschien blijft het niet bij het handhaven van de connexiteitseis en ziet de nieuwe regering van het doorvoeren van deze nieuwe wetgeving wel helemaal af. Nieuwe wetgeving, die burgers meer bestuursrechtelijke mogelijkheden geeft past immers minder bij het regeerakkoord van het nieuwe kabinet (dat spreekt over versobering als het om het Awb-bestuursrecht gaat). Als die connexiteitseis toch niet wordt losgelaten, zal ik het niet betreuren dat de wet er niet komt, want ik vond die ene wettelijke basis voor *égalité*-aanspraken voor in beginsel al het overheids-handelen voor de burgers en bedrijven van dit land de belangrijkste en ook bij de rechtsontwikkeling van de afgelopen decennia passende verbetering van het voorontwerp; hetgeen het in petto heeft voor onrechtmatige besluiten was in mijn ogen geen verbetering en maakte mij niet enthousiast, de ruimte ontbreekt thans om dat verder uit te werken.²⁴

Zien we dus dat na decennia van een tendens naar verruiming van de aansprakelijkheid van de overheid als het om nadeelcompensatie gaat, vanaf 2003 zien we een kentering, er wordt op de rem getrapt en de aansprakelijkheid wordt zelfs teruggedraaid: zie het tbs-arrest, zie vooral de nieuwe regeling van de planschade en zie de weinig enthousiaste voortgang van het voorontwerp en de tegengeluiden rond het vervallen van de connexiteitseis.

Wie de ontwikkelingen van de laatste decennia in kaart brengt met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad ziet een opmerkelijke parallel. Ook hier valt het tijdvak vanaf de rede van Schoordijk te zien als een tijdvak waarin de overheidsaansprakelijkheid decennia lang leek toe te nemen en ook hier zien wij vanaf 2003 een kentering optreden.

Het is gerechtvaardigd om opnieuw de rede van Schoordijk als startpunt te nemen van de vergroting van de aansprakelijkheid. Die rede was op 23 februari 1984, en op 24 februari 1984 wees de Hoge Raad een klassiek, ook weer Brabants arrest over een supermarkt in *Sint-Oedenrode*.²⁵ In deze klassieker legde de Hoge Raad de regel neer dat het oordeel van de bestuursrechter dat een overheidsbesluit in strijd is met het recht en moet worden vernietigd betekent dat het bestuursorgaan ook civielrechtelijk onrechtmatig heeft gehandeld. De supermarktondernemers konden dus hun schade op de gemeente verhalen die zij stelden te hebben geleden doordat het college hen wegens vermeend strijd met de voorschriften van de bouwverordening de wacht had aangezegd, nu het besluit waarin dat was gebeurd door de Afdeling rechtspraak was vernietigd. Een keur van arresten in die strenge lijn volgde: *Blaricum/Roozen*, waaruit blijkt dat de gemeente zich niet kan disculperen, als de vernietiging niet voor haar te voorzien was, *Velzen/De Waard* over de toewijzing van advocaatkosten tijdens de bezwaarprocedure, *Van Gog/Nederweert*, waaruit volgt dat de regel dat de overheid bij vernietiging door de bestuursrechter ook onrechtmatig heeft gehandeld, als de vernietiging heeft plaatsgevonden wegens en motiveringsgebrek enz. enz. Nu weet ik wel dat de Hoge Raad twee jaar later, op 16 mei 1986 ook al in een Brabantse zaak (hoe komt het toch dat bij overheidsaansprakelijkheid de klassiekers vaak uit Brabant en ook wel Limburg komen?) ook de voor de overheid gunstige omgekeerde regel van de formele rechtskracht aanvaardde in *Heesch/Van de Akker*,²⁶ namelijk dat als een bij de bestuursrechter beroepbaar overheidsbesluit in stand blijft, het civielrechtelijk voor rechtmatig wordt gehouden, maar wellicht tekenend voor die tijd is dat de Hoge Raad in datzelfde arrest een uitzondering op de regel aanvaardde en de gemeente toch in het ongelijk stelde. Bovendien leek de in deze beide lijnen besloten leer van de gebondenheid van de civiele rechter aan de uitkomst van het bestuursrechtelijk traject vooral een grote overheidsaansprakelijkheid in te houden. Andere arresten van de Hoge Raad uit de jaren '80 en '90 van de voorbije eeuw passen mijns inziens in dat beeld. De list om de overheid te houden aan de toezegging van dubbele pensioenjaren in het *kortverbander*arrest²⁷ door het toetsingsverbod te omzeilen, het *landbouwvliegers*arrest,²⁸ waarbij lagere regelgeving voor het eerst duidelijk werd getoetst aan algemeen rechtsbeginselen, en zo kan ik nog wel even door gaan.

23 Zie hierover uitgebreid het artikel van Van Ravels in *O&A*, genoemd in noot 12.

24 Zie daarvoor: 'Goede polderoplossing. Maar slot op toekomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming', *NJB* 2007, 1683.

25 *AB klassiek*, t.a.p., p. 125 e.v., alwaar men voor vele verwijzingen naar andere literatuur en rechtspraak terecht kan.

26 HR 16 mei 1986, *AB* 1986, 573 (m.nt. Van der Burg).

27 HR 9 juni 1989, *AB* 1989, 412 (m.nt. Van der Burg).

28 HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 (m.nt. Scheltema).

Maar ook hier is er het laatste decennium een kentering zichtbaar. Niet dat de Hoge Raad van die lijnen is terug gekomen, wel doordat aloude, maar in die jaren bijna vergeten leerstukken als eigen schuld, relativiteit en causaliteit worden gehanteerd om tot beperkingen van de overheidsaansprakelijk. Wellicht is hier het omslagpunt al op 29 april 1994, toen de Hoge Raad in *GE/ Den Haag*²⁹ uitmaakte dat hij die met bouwen begint op grond van een bouwvergunning die aan een latere vernietiging blootstaat, dat voor eigen risico doet. Duidelijker voor de kentering is mijns inziens de toepassing van het relativiteitsvereiste in het arrest *Duwbak Linda*³⁰ en vooral in dat van de Iranese asielzoekster.³¹ In die laatste zaak leek de asielzoekster immers juist vanwege de leer van de omgekeerde formele rechtskracht als aanvaard in het arrest *Sint-Oedenrode* zo kansrijk. In de bestuursrechtelijke procedure was uitgemaakt dat haar ten onrechte een verblijfstitel was onthouden. Zij vorderde schadevergoeding bestaande uit inkomstenderving, nu zij haar werk als sterilisatieassistente op een ziekenhuis pas na haar succes in de bestuursrechtelijke procedure, dus later had kunnen aanvangen. Maar de Hoge Raad oordeelde dat het relativiteitsvereiste aan toewijzing van de vordering in de weg stond, omdat de wettelijke regeling niet strekte tot bescherming van de vermogensbelangen van vluchtelingen, welke rechtspraak de Afdeling bestuursrechtspraak vervolgens heeft gevolgd. In de jaren '80 en '90 werd door veel deskundigen aangenomen dat aan iemand die bestuursrechtelijk een vernietiging bij de bestuursrechter bewerkstelligde niet met succes tegengeworpen zou kunnen worden dat de voorschriften waarop deze zich beriep niet zijn belangen beschermde, maar ondertussen is de revival van het relativiteitsvereiste op de grenzen van bestuurs- en privaatrecht zo gevorderd dat het vereiste in het bestuursrecht inmiddels in het kader van de Crisis- en herstelwet is ingevoerd en dat het in het voorstel tot aanpassing van het bestuursprocesrecht voor het bestuursrecht als algemene beperking om besluiten vernietigd te krijgen wordt voorgesteld.³² Dat de leer van de formele rechtskracht vooral het laatste decennium als een niet steeds rechtvaardige beperking wordt gezien, blijkt uit de omvangrijke literatuur daarover dit dat tijdvak.³³ Vooral in de situatie dat een besluit op bezwaar is vernietigd, maar het primaire besluit niet is herroepen en de rechtskracht van dat besluit nog wordt aangenomen zolang dat niet is vernietigd, moet het vereiste het in dat verband regelmatig ontgelden. Ook dit leidt tot een beeld van de overheidsaansprakelijkheid dat er anders uitziet dan in de jaren '80 en '90.

Dat de rechtspraak van de Hoge Raad bij overheidsaansprakelijkheid in de laatste jaren meestal vrij voorzichtig is, blijkt ook uit zijn koers bij toezichthoudersaansprakelijkheid. Oordeelde het gerechtshof dat het handelen van de Verzekeringskamer vol moest worden getoetst aan het criterium van een redelijk handelend en redelijk bekwame toezichthouder, de Hoge Raad oordeelde anders. De toetsing moet terughoudender zijn in verband met de aan de toezichthouder toekomende beleids- en beoordelingsvrijheid.³⁴ Daarbij sluit meer in het algemeen aan dat de meeste deskundigen van de zeer velen die daarover in verband met de financiële crisis en affaire als die bij DSB in de afgelopen tijd hebben gerapporteerd van oordeel zijn dat de toezichthoudersaansprakelijkheid in Nederland niet erg streng is.³⁵ Daar is A-G bij de Hoge Raad Spier die al jaren waarschuwt voor te ver uitdijende (overheids)aansprakelijkheid het overigens niet mee eens. Hij meent dat in navolging van ander westerse landen en gelet op de grote financiële risico's, wel een vorm van immuniteit in de wetgeving zou moeten worden opgenomen.³⁶

Ten slotte: hoe komt het nu dat we na die periode van groei van de overheidsaansprakelijkheid we thans zijn aangeland in een periode, waarin de remmen worden aangetrokken. Daarover kun je speculeren, en ik doe dat niet, behalve een laatste persoonlijke speculatie die nader onderzoek vergt. Ik denk dat deze ontwikkeling te maken heeft met bepaalde maatschappelijke onderstromen die verder reiken dan louter juridische. Ik heb het vermoeden dat rechtsvergelijkend, maar ook multidisciplinair (ook politicologisch en sociologisch) onderzoek zou opleveren dat in de hele westerse wereld, wellicht ten gevolge van de grote verandering die onze kijk op overheidsgezag in de jaren '60 en '70 heeft doorgemaakt, er in de jaren '80 en '90 een periode is geweest waarin de overheid gemakkelijker met succes aansprakelijk werd gehouden en waarin algemene rechtsbeginselen als de beginselen van behoorlijk bestuur een prominente positie verwierven. Dat die periode vervolgens althans nationaal (wat er bij de hoven in Straatsburg en Luxemburg gebeurt laat ik thans buiten beschouwing) is gevolgd door een periode waarin de slinger van de tijd weer terug gaat, kunnen we het laatste decennium om ons heen zien. Voeg daarbij het feit dat juristen evenwichtkunstenars behoren te zijn en dat deze slingerbeweging ook als een uiting van zoeken naar evenwicht kan worden beschouwd, en wij hoeven ons door die slingerbeweging niet te laten verontrusten.

29 HR 29 april 1994, *NJ* 1997, 396 (m.nt. Scheltema).

30 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 (m.nt. Hijma).

31 HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576 (m.nt. Vranken).

32 *Kamerstukken* 32 450, zie het voorgestelde art. 8:69a Awb.

33 Zie onder meer de dissertatie van C.J.N. Kortmann, *Onrechtmatige besluiten* (diss. Utrecht) 2006.

34 Zie A.A. van Rossum over dit arrest in *AB klassiek*, t.a.p., p. 581 e.v.

35 Zie de Inleiding van de kroniek Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad) van

B.P.M. van Ravels in *NTB* 2010, 38 met veel verdere literatuur verwijzingen

36 Zie het interview van Mieke Smilde met Jaap Spier in: 'Liever voorkomen dan claimen', *Mr* 2010, 10, p. 17 e.v.