



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling

van Ettekoven, B.J.; Polak, J.E.M.; van Ravels, B.P.M.; van Rossum, A.A.; Schueler, B.J.; Tjepkema, M.K.G.; Waling, C.; Widdershoven, R.J.G.M.

**Publication date**

2013

**Document Version**

Submitted manuscript

**Published in**

Overheid en Aansprakelijkheid

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

van Ettekoven, B. J., Polak, J. E. M., van Ravels, B. P. M., van Rossum, A. A., Schueler, B. J., Tjepkema, M. K. G., Waling, C., & Widdershoven, R. J. G. M. (2013).

Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling. *Overheid en Aansprakelijkheid*, 2013(2), 49-101.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling

B.J. van Ettekoven, J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossum, B.J. Schueler, M.K.G. Tjepkema, C. Waling en R.J.G.M. Widdershoven<sup>1</sup>

**In 2002 verscheen het eerste nummer van *Overheid & Aansprakelijkheid* (O&A 2002, p. 2-14). In dat nummer presenteerde de redactie een overzicht van ontwikkelingen in de overheidsaansprakelijkheid tot 2002. In 2008 verscheen wederom een overzicht van de ontwikkelingen in het overheidsaansprakelijkheidsrecht (O&A 2008, nr. 2A, p. 101-126). Inmiddels is het tijd om wederom terug te kijken en de balans op te maken van de afgelopen vijf jaren. Dit artikel biedt een overzicht van de voornaamste ontwikkelingen op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid in de rechtspraak en wetgeving gedurende de periode 2008-2013.**

### 1. Inleiding

Wij gaan hierna bovenal in op belangrijke ontwikkelingen in de rechtspraak en de wetgeving, van oudsher de belangrijkste bronnen van overheidsaansprakelijkheidsrecht. Dat neemt niet weg dat de afgelopen vijf jaar hebben laten zien dat soms ook andere ‘gremia’ voor de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht van belang zijn. Wij wijzen vooral op de verschillende initiatieven die de Nationale Ombudsman heeft genomen om de overheid op een behoorlijke(r) wijze om te laten gaan met schadeclaims. Onder diens verantwoordelijkheid verschenen de rapporten *Behoorlijk omgaan met schadeclaims* (2009), dat zich vooral richt op de rijksoverheid, en het rapport *Behoorlijk omgaan met schadeclaims door gemeenten* (2011). Voorts verscheen een ‘Schadevergoedingswijzer’ met zestien ‘spelregels’ voor het omgaan met schadeclaims door de overheid.<sup>2</sup>

In dit overzichtsnummer blijven uitvoerige verwijzingen naar handboeken en proefschriften achterwege. Op deze plek past het niettemin om erop te wijzen dat het terrein van de overheidsaansprakelijkheid nog steeds volop in de wetenschappelijke belangstelling staat. Te wijzen valt op de dissertaties van Dane (legitiem strafvorderlijk optreden),<sup>3</sup> Schutgens (onrechtmatige wetgeving),<sup>4</sup> Tjepkema (nadeelcompensatie),<sup>5</sup> Sluysmans (onteigening),<sup>6</sup> Dijkshoorn (planschade)<sup>7</sup> en De Jongh (nadeelcompensatie in historisch

---

<sup>1</sup> Prof. mr. B.J. van Ettekoven is hoogleraar staats- en bestuursrecht, in het bijzonder bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en vice-president en inhoudelijk adviseur bij de rechtbank Utrecht, prof. mr. J.E.M. Polak is voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar algemeen bestuursrecht aan de Universiteit Leiden, prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels is hoogleraar Onderneming en overheid aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij AKD (Breda), mr. A.A. van Rossum is raadsheer in het Gerechtshof Arnhem, prof. mr. B.J. Schueler is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder omgevingsrecht, aan de Universiteit Utrecht, mr. dr. M.K.G. Tjepkema is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden, prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven is Jean Monnet-hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat-generaal voor het bestuursrecht bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, en mr. dr. C. Waling is advocaat bij Waling Advocaten. De auteurs leverden hun bijdrage aan dit nummer op persoonlijke titel.

<sup>2</sup> Zie over deze rapporten A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Verantwoord omgaan met publieke middelen’, *O&A* 2010, p. 50-59, A.J.J.G. Schijns, ‘Het ombudsmanrapport Behoorlijk omgaan met schadeclaims in het licht van de behoeften van slachtoffers van rampen Over de (im)materiële behoeften van slachtoffers, het rapport van de ombudsman en de rol van het aansprakelijkheidsrecht’, *O&A* 2010, p. 24-33, D. Allewijn, ‘Behoorlijk omgaan met *indiens* van schadeclaims’, *O&A* 2010, p. 15-23, J.E. Hoitink, ‘Behoorlijk omgaan met schadeclaims: wees coulant, maar met verstand’, *O&A* 2010, p. 4-14.

<sup>3</sup> N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor legitiem strafvorderlijk optreden* (diss. UL), Tilburg: Celsius 2009.

<sup>4</sup> R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. RU), Deventer: Kluwer 2009, besproken door J.E.M. Polak, *O&A* 2011, p. xx

<sup>5</sup> M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2010, besproken door P.C.E. van Wijmen, *O&A* 2011, p. xx

<sup>6</sup> J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken* (diss. UL 2011), besproken door H.J.M. van Mierlo, *O&A* 2012, p. xx

perspectief).<sup>8</sup> Ander proefschriften, zoals die van Ortlep<sup>9</sup> en Huisman<sup>10</sup> bevatten eveneens uitvoerige beschouwingen over overheidsaansprakelijkheid (respectievelijk over de formele rechtskracht en bevoegdheidsovereenkomsten). Genoemd moeten voorts worden de oraties van Backes (competentieverdeling)<sup>11</sup>, Van Ettekovén (planschade en nadeelcompensatie)<sup>12</sup> en Busch (falend financieel toezicht)<sup>13</sup>. Overheidsaansprakelijkheid was het centrale thema van de preadviezen voor de Staatsrechtconferentie uit 2009.<sup>14</sup> Tot slot noemen we hier de dikke Leidse bundel *Coulant compenseren?*, waarin wordt ingegaan op de vraag hoe (de omvang van) de overheidsaansprakelijkheid wordt beïnvloed door rechtspolitieke afwegingen.<sup>15</sup> Die bundel laat mooi zien dat tegenover de algemene tendens naar een minder ruime overheidsaansprakelijkheid – wat tevens de rode draad zal zijn door dit bijzondere nummer – een tendens staat waarbij de overheid op onverplichte gronden steeds ruimhartiger lijkt te compenseren. Die tendens moeten we in dit bijzondere nummer verder overigens onbesproken laten.<sup>16</sup> Ook op andere terreinen moesten we keuzes maken; wij zullen hierna geen aandacht besteden aan ontwikkelingen op het terrein van het onteigeningsrecht,<sup>17</sup> het milieu(aansprakelijkheids)recht<sup>18</sup> en het ambtenarenrecht.<sup>19</sup>

## 2. Competentieverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter

### 2.1 Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten

Op het terrein van de rechtspraak betreffende de rechtsmachtverdeling is er sinds ons artikel over de stand van de rechtsontwikkeling anno 2008 vrijwel niets belangwekkends gebeurd. Met andere woorden, de situatie is nog even gecompliceerd als toen beschreven. Maar waar toen gewag werd gemaakt van het Voorontwerp nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten als beoogde oplossing van een deel van de gebreken die aan het systeem kleven, is het wetgevingstraject van die wet juist onlangs afgerond: de wet van 31

---

<sup>7</sup> W. Dijkshoorn, *Planschaderecht en privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht. Een intern rechtsvergelijkende studie* (diss. EUR), Den Haag: BJu 2011, besproken door P.C.E. van Wijmen, *O&A* 2012, p. xx

<sup>8</sup> E.L. de Jongh, *De rechtsgronden voor nadeelcompensatie in rechtshistorisch perspectief* (diss. RU), besproken door J.A.M.A. Sluysmans, *O&A* 2013, p.

<sup>9</sup> R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, (diss. UU), Deventer: Kluwer 2011.

<sup>10</sup> P. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. VU), jaar

<sup>11</sup> Ch.W. Backes, 'Suum Cuique?' *Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie UM), Den Haag: BJu 2009, besproken door L.J.A. Damen, 'Trekken aan een dood paard?', *O&A*, p.

<sup>12</sup> B.J. van Ettekovén, *Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2011, besproken door I.P.A. van Heijst, *O&A* 2011, p.

<sup>13</sup> D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichhouders?* (oratie RUN), Deventer: Kluwer 2011.

<sup>14</sup> Zie de besprekingen van A. de Moor-van Vugt, 'Wetgever en wetenschap worstelen met de aansprakelijkheid van de overheid voor straf en schade', *O&A* 2010, p. 60-68, M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaatrecht en publiekrecht', *O&A* 2010, p. 69-74, C. Ryngaert, 'Enige gevalsstudies inzake de accountability van internationale organisaties: de VN-missie in Kosovo en de VN-'terrorismelijsten'', *O&A* 2010, p. 75-82.

<sup>15</sup> T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012. Zie ook M. Claessens en M. Timmer, 'Over royale pechdempers en allesreinigers', *O&A* 2012, p.

<sup>16</sup> Zie over onverplichte compensaties het WRR-rapport *Evenwichtskunst* (2012), waarover ook M. Van Asselt & K. Ammerlaan, 'Schadevoorziening als perspectief: vernieuwing van het denken over verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid', *O&A* 2012, p. en P.W. van Wijck, 'Over risico, onzekerheid en recht', *O&A* 2012, p. xx. Zie voorts V. Bruggeman, 'De schadeloosstelling van slachtoffers van natuurrampen. Kan de Nederlandse oplossing worden aanbevolen?', *O&A* 2012, p.

<sup>17</sup> Zie daarover wel de Kronieken van J.F. de Groot, 'Noodzaak voor onteigening: actualiteiten zelfrealisatie', *O&A* 2009, p. en J.A.M.A. Sluysmans, 'Kroniek Onteigeningsrecht', *O&A* 2012, p. xx.

<sup>18</sup> M. Klijnstra en C.F. Geerdes, 'Actuele ontwikkelingen op het gebied van schadevergoeding in het milieurecht', *O&A* 2012, p. xx, K. De Smedt, 'Achter de coulissen. De ontstaansgeschiedenis van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid vanuit private interest perspectief', *O&A* 2010,

<sup>19</sup> A.C.M. van Vliet, R.L. Herregodts en F.A. Koopman, 'Aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Stand van zaken in het civiele recht en het bestuursrecht', *O&A* 2012, p.

januari 2013, in de Eerste Kamer aanvaard op 29 januari 2013, is inmiddels in het Staatsblad geplaatst.<sup>20</sup> De artikelen van de wet treden echter eerst in werking op een bij KB te bepalen tijdstip dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld. Het ministerie van Veiligheid en Justitie heeft te kennen gegeven dat het onderdeel van de wet dat betrekking heeft op Nadeelcompensatie (waarmee de Awb verrijkt zal worden met de artikelen 4:126 en verder) pas in werking zal treden nadat de bijzondere formele wetgeving die nadeelcompensatie regelt, is aangepast. De wetgever moet dan bij alle bijzondere regelingen een keuze maken of er behoefte is om naast de algemene regeling voor nadeelcompensatie waarin de nieuwe regeling in de Awb voorziet, bijzondere regels te handhaven, deze aan te passen of af te schaffen.<sup>21</sup> Dat vergt tijd en nu al wordt verwacht dat die aanpassingswetgeving in ieder geval niet voor 2014 gereed zal zijn. Dat betekent dat het huidige, in 2008 beschreven verbrokkelde systeem op het terrein van de nadeelcompensatie voorlopig blijft bestaan.<sup>22</sup> Het is de vraag of 2014 niet veel te optimistisch zal blijken te zijn: maar laten we hopen dat, als we over vijf jaar weer een update-artikel over overheidsaansprakelijkheid schrijven, dit onderdeel van de wet zal zijn ingevoerd.

## 2.2 *Het onderdeel nadeelcompensatie uit de wet*

Toch verdient het feit dat het wetstraject van ook het onderdeel Nadeelcompensatie is afgerond in deze bijdrage bepaald aandacht. De wetgever erkent daarmee immers in navolging van de rechtspraak dat burgers en bedrijven een algemeen geldende aanspraak hebben jegens de overheid op vergoeding van schade die een bestuursorgaan veroorzaakt in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak als deze uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico en deze de benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft. Het *égalité*beginsel is daarmee over vrijwel de hele linie van publiekrechtelijk overheidsoptreden wettelijk verankerd. Na inwerkingtreding van de wet zal – en dat is voor de competentieverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter een wezenlijke verandering – de bestuursrechter wezenlijk meer dan thans de bevoegde rechter worden om te oordelen over besluiten die op verzoeken om nadeelcompensatie zien.

Waaruit zal de verruiming van de competentie van de bestuursrechter bij nadeelcompensatie concreet bestaan? Die verruiming zal zich vooral voordoen ten aanzien van onevenredig nadeel dat is veroorzaakt door publiekrechtelijk overheidshandelen dat niet geschiedt in de vorm van een appellabel besluit in de zin van artikel 1:3 Awb en waarbij ook geen aanspraak op nadeelcompensatie in beleidsregels is neergelegd. Concreet gaat het vooral om nadeelcompensatie naar aanleiding van *feitelijk overheidshandelen, algemeen verbindende voorschriften* en *beleidsregels*. Een voorbeeld van de eerste categorie betreft procedures waarbij nadeelcompensatie wordt geclaimd vanwege geleden schade die het gevolg is van een wegafsluiting of een wegomlegging, waarvoor geen appellabel besluit nodig is. Als voor die wegafsluiting of wegomlegging een appellabel besluit nodig is, dan kan men ook nu al alleen bij de bestuursrechter en niet de burgerlijke rechter terecht, als het gaat om het al dan niet toekennen van nadeelcompensatie. Een voorbeeld is de bekende casus van het arrest *Pannenkoekenhuis de Kabouter*, waarbij de schadeoorzaak een ontheffing van een provinciale verordening was.<sup>23</sup> Maar als voor die wegafsluiting of omlegging geen appellabel besluit

<sup>20</sup> Wet van 31 januari 2013 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met bepalingen over nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad (Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten), *Staatsblad* 2013, 50, uitgegeven de vijftiende februari 2013.

<sup>21</sup> Zie in dat kader ook J.A.M.A. Sluysmans, 'Kabels, leidingen en nadeelcompensatie', *O&A* 2009, p. xx

<sup>22</sup> Zie over het stroomlijnen van verzoeken om nadeelcompensatie bij grote projecten E. Koopmans, 'De behandeling van verzoeken om nadeelcompensatie bij grote overheidsprojecten. De problemen, de huidige juridische voorzieningen en een mogelijke nieuwe oplossing in de Awb', *O&A* 2009, p. xx. Zie voorts: B.P.M. van Ravels, *Het nadeelcompensatiedoolhof*, in: *JBplus* 2009 /3, p. 131-162.

<sup>23</sup> HR 6 december 2002, AB 2004, 17 m. nt. P.J.J. van Buuren. Zie over dit arrest G.M. van den Broek & W.J. Hoekveld, 'De taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter in nadeelcompensatiezaken in balans?', *O&A* 2009, p. xx

nodig was en de aanspraak op nadeelcompensatie ook niet in een beleidsregel is neergelegd, dan kan nadeelcompensatie alleen bij de burgerlijke rechter worden geclaimd, waarbij men de vordering bij gebreke van een andere wettelijke basis moet baseren op artikel 6:162 BW. Daarin komt dus verandering na inwerkingtreding van het onderdeel Nadeelcompensatie. Immers, het wordt dan mogelijk een aanvraag om nadeelcompensatie te doen, gebaseerd op de stelling dat onevenredige schade is geleden ten gevolge van de rechtmatige uitoefening van de publieke taak, waaronder de wegafsluiting valt en de beslissing op die aanvraag is dan een beroepbaar Awb-besluit.

Hetzelfde geldt voor schade die het gevolg is van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Ook die schade valt onder het bereik van artikel 4:126 Awb. De besluiten op aanvraag om nadeelcompensatie vanwege gestelde onevenredige schade als gevolg van algemeen verbindende voorschriften en als gevolg van beleidsregels, worden dan, anders dan de besluiten houdende de algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels zelf, voor beroep bij de bestuursrechter vatbaar. Om aan de hand van een klassieke zaak te illustreren wat dat concreet betekent: waar in de bekende *Van Vlodrop*-zaak uiteindelijk werd geoordeeld dat de bestuursrechter niet bevoegd was om over de nadeelcompensatieclaim te oordelen, omdat de schade was veroorzaakt door de in een beleidsregel vervatte verscherping van de milieueisen die aan het betrokken bedrijf waren opgelegd zal een dergelijke claim dus dan wel bij de bestuursrechter terecht kunnen komen.<sup>24</sup> Die weg is exclusief; de burger heeft dus niet de keuze om, indien hij dit wenst, de burgerlijke rechter te adriëren met zijn nadeelcompensatieclaim.

Overigens zijn er enige uitzonderingen op de algemene reikwijdte van de regeling nadeelcompensatie. Wanneer een wet in formele zin de schadeoorzaak van geleden nadeelcompensatie is kan deze niet na een Awb-aanvraag en een daaropvolgend besluit aan de bestuursrechter worden voorgelegd (zie daarover [par. 9.2](#)). Ook voor schade ten gevolge van zuiver privaatrechtelijk handelen van de overheid zal men zich vergeefs op art. 4:126 Awb beroepen, terwijl ook strafvorderlijk overheidstreden buiten het bereik van de Awb-titel nadeelcompensatie is gebleven.<sup>25</sup>

Of deze verruiming van de competentie van de bestuursrechter bij nadeelcompensatie er zou komen, heeft er overigens lange tijd behoorlijk om gespannen. Die verruiming was onderdeel van het Voorontwerp van de commissie–Scheltema, zoals dat er ten tijde van ons vorige overzichtsartikel in 2008 lag, maar zou er niet zijn gekomen, als het door de regering ingediende wetsontwerp de eindstreep had gehaald. In afwijking van het voorontwerp handhaafde het wetsontwerp immers de zogenoemde, in de rechtspraak ontwikkelde processuele connexiteitseis door in artikel 8:2a lid 1 Awb te bepalen dat geen beroep tegen een besluit op grond van artikel 4:126 Awb zou kunnen worden ingesteld, als de schadeoorzaak niet ook een appellabel besluit betrof. Hoewel de Raad van State daarover in navolging van nogal wat literatuur<sup>26</sup> kritisch was, handhaafde de regering die bepaling die op haar beurt het gevolg was van kritiek vanuit vooral de ministeries van Verkeer en Waterstaat (thans: Infrastructuur en Milieu)<sup>27</sup> en Financiën, die bij het laten vallen van de processuele connexiteitseis een aanzienlijke werklastverzwaring (en potentieel ook een te grote aanslag op

---

<sup>24</sup> ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m. nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop); zie voor de uitkomst van de civiele weg die derhalve moest worden ingeslagen: HR 22 februari 2002, AB 2003, 249 m. nt. F.J. van Ommeren.

<sup>25</sup> Onevenredige schade die het gevolg is van privaatrechtelijk overheidshandelen is ook niet als nadeelcompensatie op grond van het (publiekrechtelijke) égalitébeginsel te kwalificeren. Zie daarover evenwel Tjepkema 2010, par. 5.6. Wetgeving in formele zin is uitgezonderd, omdat de wetgever in formele zin geen bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 Awb is. Afdeling 4.5 Awb is, ingevolge artikel 1:6 Awb niet van toepassing op het in dit artikel genoemde bestuursoptreden in het kader van opsporing en vervolging.

<sup>26</sup> Zie bijv. J.E.M. Polak, 'Ontwikkelingen op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid; over grenzen van privaatrecht en bestuursrecht heen', *NTB* 2010, 46 (Herman Schoordijklezing), i.h.b. onder 7.

<sup>27</sup> Zie voor een onderbouwing van dit standpunt: J.R.C. Tieman en H.H.L. Krans, 'Nogmaals nadeelcompensatie. Het Voorontwerp nadeelcompensatie bezien vanuit overheidspectief', *NTB* 2010, 15.

de overheidsfinanciën) vreesden. Dat de wet uiteindelijk toch overeenstemt met het voorontwerp op dit punt is te danken aan de aanvaarding van een amendement Taverne c.s., dat de schrapping van de processuele connexiteitseis behelsde.<sup>28</sup> Daarmee is de bedoeling van het Voorontwerp van de commissie-Scheltema om in overeenstemming met de rechtsontwikkeling van de afgelopen decennia de bestuursrechter de algemeen bevoegde rechter te maken waar het nadeelcompensatie betreft, hersteld.

Niet in overeenstemming met de bedoeling van het Voorontwerp is stellig dat artikel Ca van de wet van 31 januari bepaalt dat als het gaat om een nadeelcompensatiebesluit ter zake van schade die is veroorzaakt door een besluit dat in de bij de hoofdstukken 2 of 3 van de Awb behorende Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak is vermeld, de in die regeling aangewezen bijzondere bestuursrechter die in enige en hoogste instantie bevoegd is te oordelen over het schadeveroorzakende besluit, ook in enige en eerste instantie bevoegd is over het nadeelcompensatiebesluit te oordelen. Dat is een ongelukkige regeling. Van Ravels heeft daarover recentelijk in dit blad een kritisch artikel geschreven, waarnaar ten deze wordt verwezen.<sup>29</sup> Om ook op dit punt te concretiseren wat dat zou betekenen: waar planschadeclaims in verband met onevenredige schade ten gevolge van bestemmingsplannen thans na bezwaar in twee instanties door rechtbank en Afdeling bestuursrechtspraak kunnen worden beslecht, zouden deze, als het regime van de wet van 31 januari jl. hier de eindstreep haalt, nog slecht in één instantie door de Afdeling worden beslist, omdat tegen bestemmingsplannen ook alleen bij de Afdeling kan worden opgekomen. Voor die voor de praktijk belangrijke wijziging die ten nadele strekt van partijen, rechtbanken en Afdeling (die niet zit te wachten om in enige en hoogste instantie, zonder de filter van de rechtbanken, alle planschadeclaims van Groningen tot Zeeuws-Vlaanderen te behandelen) bestaat geen goede grond. De ratio voor een procedure in één instantie, die bij bestemmingsplannen gelegen is in het feit dat het om algemeen verbindende voorschriften gaat, waarbij de rechtszekerheid pleit voor een procedure in slechts één instantie, ontbreekt bij procedures om nadeelcompensatie ten gevolge van de inwerkingtreding van bestemmingsplannen geheel.

### 2.3 *Het onderdeel onrechtmatige overheidsbesluiten uit de wet*

Maar waar het onderdeel nadeelcompensatie dus nog vrij verre toekomstmuziek is, geldt dat niet voor het onderdeel schadevergoeding. Dat zal immers naar verluidt, binnenkort, 1 juli a.s. of anders dan toch uiterlijk 1 januari 2014, in werking treden. Ook dat heeft voor de competentieverdeling tussen bestuursrechter burgerlijke rechter belangrijke wijzigingen in petto, maar dan, als het om de meer substantiële claims gaat, in omgekeerde richting. De burgerlijke rechter zal immers de enige bevoegde rechter worden waar het gaat om schade veroorzaakt door onrechtmatige besluiten die hoger zijn dan € 25.000, behoudens waar het gaat om schade veroorzaakt door besluiten waar de Centrale Raad van Beroep of de belastingkamer van de Hoge Raad in enige of hoogste instantie oordeelt. Gaat het om deze laatste soort schade (dus schade veroorzaakt door besluiten op (onder meer) de terreinen van sociale verzekeringen, ambtenarenrecht, studiefinanciering en belastingen), dan is de bestuursrechter die over de schadeveroorzakende besluiten gaat bij uitsluiting bevoegd. Op die bijzondere terreinen is er dus, ongeacht de vraag of de schade meer of minder dan € 25.000 bedraagt, juist geen rol voor de burgerlijke rechter weggelegd.

Echt vernieuwend aan dit voorstel is bovendien dat de figuur van het voor beroep vatbare zelfstandige schadebesluit, waar het gaat om schade vanwege onrechtmatige besluiten verdwijnt door toevoeging van een daartoe strekkend onderdeel aan artikel 8:4 Awb (de

<sup>28</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 32 621, nr.11. In de toelichting bij dit amendement werd ter toelichting verwezen naar een bijdrage aan dit tijdschrift: B.J. van Etekoven, B.P.M. van Ravels en M.K.G Tjepkema, *Waarom makkelijk als het moeilijk kan? Het vereiste van processuele connexiteit in het voorstel voor een Wet nadeelcompensatie*, in: O & A 2011/36, pp 58-68.

<sup>29</sup> B.P.M. van Ravels, 'De Wet nadeelcompensatie en de bijzondere wettelijke regeling van tegemoetkoming in planschade', O&A 2013, 2, p. xx.

‘zwarte lijst’). Men zal , om schade vanwege onrechtmatige besluiten bij de bestuursrechter te verkrijgen, bij deze een verzoekschrift moeten indienen. Hier wordt dus het besluitmodel verlaten. Anders dan bij het nu nog geldende art. 8:73 Awb het geval is, gaat het om een van het schadeveroorzakende besluit losgemaakte verzoekschriftprocedure. Wel wordt het ingediend bij dezelfde bestuursrechter die bevoegd is te oordelen over het beroep tegen het besluit dat de schade veroorzaakt, zij het dat het bij de hogerberoepsrechter wordt ingediend als daar hoger beroep tegen het schadeveroorzakende besluit aanhangig is. Voordat het verzoekschrift wordt ingediend, dient de benadeelde het bestuursorgaan op de hoogte te stellen van zijn voornemen om de rechter te adiëren. Op die manier kan worden getracht om de zaak in der minne te schikken; wanneer de benadeelde uit de gedragingen van het bestuursorgaan kan opmaken dat deze hoe dan ook niet tot vergoeding zal overgaan, kan deze kennisgeving overigens achterwege blijven en is deze dus geen ontvankelijkheidsvoorwaarde voor een procedure bij de bestuursrechter.

De verzoekschriftprocedure geldt ook voor schadeveroorzakende besluiten waar de Afdeling of het CBB de hoogste rechter is, maar dan uitsluitend voor vergoeding van schade van ten hoogste € 25.000. Tot dat bedrag heeft de burger de keuze tussen de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter of de gang naar de burgerlijke rechter, maar daarboven is de burgerlijke rechter bij onrechtmatige besluiten van dit type bij uitsluiting bevoegd. De verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter heeft dus betrekking op een onrechtmatig besluit zelf, maar de wetgever heeft het besluitbegrip in dezen deels losgelaten: het verzoekschrift kan namelijk ook betrekking hebben op schade die het gevolg is van een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit, het niet tijdig nemen van een besluit en een andere onrechtmatige handeling die wel appellabel is (denk aan appellabele handelingen in de sfeer van het ambtenaren-en vreemdelingenrecht). In concreto betekent dat in vergelijking met de huidige situatie, dat als de bestuursrechter bevoegd is om over onrechtmatige besluiten een oordeel te geven, die bevoegdheid zich ook zal uitstrekken tot schade die in het voortraject wegens onrechtmatige handelingen is geleden, terwijl men tot nu toe voor die schade dan toch weer naar de burgerlijke rechter moet. De uitbreiding beperkt zich overigens tot onrechtmatige voorbereidingshandelingen die voorafgaan aan een *onrechtmatig* besluit en sterkt zich niet uit tot *rechtmatige* voorbereidingshandelingen voorafgaand aan een onrechtmatig besluit, tot *onrechtmatige* feitelijke handelingen voorafgaand aan een *rechtmatig* besluit en tot op zichzelf staande onrechtmatige handelingen. Wanneer één van deze gevallen zich voordoet, hebben belanghebbenden ook na inwerkingtreding van het wetsvoorstel ‘gewoon’ te maken met de gevolgen van de leer van de formele rechtskracht.

#### *Samenvattend*

Deze niet onmiddellijk voor de hand liggende regeling heeft de kenmerken van een compromis tussen degenen die menen dat overheidsaansprakelijkheidsrecht als onderdeel van het bestuursrecht bij de bestuursrechter thuis hoort en degenen die menen dat het als onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht bij de burgerlijke rechter thuishoort. Het is hier niet de plaats om daarop nader in te gaan. Wel is het zinvol de belangrijkste verschillen met de huidige situatie bij schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten op een rij te zetten.

- Het zelfstandig schadebesluit verdwijnt. Daarvoor in de plaats komt een zelfstandige verzoekschriftprocedure.
- Waar in zaken die met de Afdeling, de Centrale Raad van Beroep en het CBB als hoogste instantie, er thans drie manieren zijn om schade vanwege onrechtmatige besluiten te claimen (een verzoek op grond van artikel 8:73 Awb tegelijk met het beroep tegen het schadeveroorzakend besluit, het beroep tegen een zelfstandig

schadebesluit van een bestuursorgaan en de weg van de vordering op grond van art. 6:162 BW bij de burgerlijke rechter), staan er straks minder wegen open. Gaat het om schade veroorzaakt door besluiten met de Afdeling of het CBB als hoogste rechter, dan heeft men beneden de € 25.000 straks twee wegen (de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter en de procedure bij de burgerlijke rechter), daarboven alleen de weg naar de burgerlijke rechter. Gaat het om schade veroorzaakt door besluiten waar de Centrale Raad van Beroep de hoogste rechter is, dan heeft men, evenals in zaken waar de belastingkamer van de Hoge Raad de hoogste rechter is, straks alleen de verzoekschriftprocedure bij dezelfde bestuursrechter die bevoegd is over het schadeveroorzakende besluit te oordelen.

- De belastingrechter wordt ook schaderechter, dat was deze vanwege het gesloten systeem van het belastingrecht tot dusverre niet, de burgerlijke rechter was bij uitsluiting bevoegd te oordelen over schade in veroorzaakt door onrechtmatige belastingbesluiten.

Men bedenke ten slotte dat hoewel de wet dus al zeer binnenkort geldt, het ‘oude regime’ voorlopig nog zal gelden, omdat de nieuwe regeling niet ziet op schade veroorzaakt door besluiten bekendgemaakt voor of handelingen verricht voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze nieuwe regeling!

#### *2.4 Rechtspraak: nauwelijks uitspraken die ander licht werpen ten aanzien van de situatie van rond 2008*

Zoals hiervoor aangegeven, waren het wat de rechtspraak betreft jaren van consolidatie van de ingewikkelde competentieverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter; aan het begin van de periode bevestigde de Hoge Raad de hiervoor aangegeven lijn uit het Pannenkoekenhuis de Kabouter-arrest dat de burgerlijke rechter niet met succes kan worden benaderd om schadevergoeding te claimen als deze gebaseerd is op de stelling dat door rechtmatige besluitvorming niettemin onevenredige schade is geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. Ook als het gaat om schade veroorzaakt door meerdere appellabele besluiten, heeft dat te gelden. Zo leert het Snackbar Swoopy- of Asha-arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2008.<sup>30</sup> De Hoge Raad zet daarbij expliciet uiteen, dat de zaak zich onderscheidt van de zaak Groningen/Raatgever van 17 december 1999, omdat het toen ging om beweerdelijk door een onrechtmatig besluit geleden schade, terwijl het hier gaat om een vordering tot vergoeding van beweerdelijk door rechtmatige besluiten geleden schade. Niet echt iets nieuws onder zon dus.

Wel kan het *Etam/Zoetermeer*-arrest worden genoemd als een uitspraak die een nog weinig duidelijk punt ten aanzien van de competentieverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter ten aanzien van overheidsaansprakelijkheid verduidelijkt.<sup>31</sup> Daarbij gaat het dan niet om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar om aansprakelijkheid op grond van wanprestatie bij de uitvoering van een bevoegdheidsovereenkomst. De Hoge Raad beslist in dit arrest dat de burgerlijke rechter niet kan worden benaderd met een vordering tot nakoming van een dergelijke overeenkomst, de vraag of de overheid de betreffende bevoegdheid moet uitoefenen en de wijze waarop is nu eenmaal ter beantwoording aan de bestuursrechter die over het betreffende besluit waarbij die bevoegdheid wordt uitgeoefend heeft te oordelen. Dat neemt niet weg dat ter zake van een vordering tot schadevergoeding de burgerlijke rechter bevoegd is en dat dan bij een vordering tot schadevergoeding de formele rechtskracht van het besluit niet in de weg staat aan de mogelijkheid dat de burgerlijke rechter

<sup>30</sup> NJ 2008, 475 m. nt. M.R. Mok, JB 2008, 105 m. nt. JT (Asha).

<sup>31</sup> HR 8 juli 2011, NJ 2011, 463, m. nt. M.R. Mok, AB 2011,298 m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen en BR 2011,180, m.nt. E.W.J. de Groot (Etam c.s /Zoetermeer).



oordeelt dat het besluit niet beantwoordt aan de overeenkomst. Advocaat-generaal Keus dacht daar anders over en was van oordeel dat de vordering die ging over de vraag of de gemeente haar inspanningsverbintenis uit overeenkomst was nagekomen, maar die daarmee zag op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, waarover de bestuursrechter had kunnen oordelen als daartegen was geappelleerd, op de leer van de formele rechtskracht zou moeten afstuiten. Dat de Hoge Raad Keus niet volgde betekent dus dat de situaties van de Kabouter en Swoopy enerzijds en die van *Etam/Zoetermeer* anderzijds goed moeten worden onderscheiden (zie over *Etam/Zoetermeer* ook par. 6.1).

Ten slotte mag in het kader van de competentieverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter ook de bekende zaak over het standpunt van de SGP over het vrouwenkiesrecht niet onvermeld blijven.<sup>32</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak had in hoogste instantie geoordeeld dat de SGP geen subsidie kon worden onthouden op grond van de Wet subsidiëring politieke partijen voor het jaar 2006. Op grond van deze wet in formele zin liet zich het bedrag waarop de partij aanspraak kon maken eenvoudig uitrekenen. Het was, zoals dat heet, een gebonden subsidiebesluit. Maar zoals bekend betoogde het Clara Wichmann-instituut dat de subsidiëring in strijd kwam met het Vrouwenverdrag. De Afdeling beantwoordde de vraag of het Vrouwenverdrag noopt tot buiten toepassing laten van de regeling van de Wssp ontkennend. Het Hof en de Hoge Raad oordelen evenwel dat dat verdrag met zich brengt dat de Staat maatregelen moet nemen om aan de discriminatie van vrouwen door de SGP een eind te maken. Terwijl ons systeem van competentieverdeling erop is gericht dat de bestuursrechter en de gewone rechter niet in dezelfde zaak over dezelfde rechtsvragen oordelen, gebeurt dat in de SGP-kwestie bij uitzondering op een opvallende wijze wel. Opvallend, omdat het oordeel over de betekenis van het Vrouwenverdrag voor de nationale wetgeving verschilt. Formeel is te verdedigen dat de regels van de competentieverdeling niet zijn geschonden, omdat de Afdeling over de subsidiëring en de HR over de vordering uit onrechtmatig nalaten van maatregelen jegens de SGP had te oordelen, maar een zekere spanning met eerdere uitspraken van de HR zou wel kunnen worden opgemerkt. Te wijzen valt bijvoorbeeld op het arrest OZB/Staat, waarin de HR het oordeel over de verbindendheid van publiekrechtelijke regeling van de bestuursrechter als gegeven accepteert.<sup>33</sup>

### 3 Overheidsaansprakelijkheid voor appellabele besluiten

#### 3.1 Onrechtmatigheid en het beginsel van formele rechtskracht

Het beginsel van formele rechtskracht wordt in de jurisprudentie over het besluitenansprakelijkheidsrecht toegepast, zowel door de burgerlijke rechter als door de bestuursrechter.<sup>34</sup> Een besluit dat niet is vernietigd of herroepen, wordt geacht rechtmatig te zijn. Op dit beginsel worden maar weinig uitzonderingen gemaakt. Voorstanders van een ruimere benadering, waarin de schadebeperkingsplicht van de benadeelde centraal staat (had hij zijn schade kunnen beperken door tegen het besluit op te komen?), zien soms steun voor hun standpunt in het arrest *Danske Slagterier* van het Hof van Justitie uit 2009. Het doeltreffendheidsbeginsel zou volgens het Hof worden geschonden ‘wanneer van de benadeelde personen zou worden verlangd dat zij systematisch gebruik maken van alle hun ter beschikking staande rechtsmiddelen, zelfs wanneer dit buitensporige moeilijkheden zou opleveren of niet redelijkerwijs van hen kan worden gevergd.’<sup>35</sup> Deze Europese benadering

<sup>32</sup> HR 9 april 2010, AB 2010, 190 m. nt. F.J. van Ommeren.

<sup>33</sup> HR 17 december 2004, NJ 2005,152.

<sup>34</sup> G.A. van der Veen, ‘De Hoge Raad en de formele rechtskracht. De stand van zaken’, *JBplus* 2009-1, p. 3-17; J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer: Kluwer 2012, en J.A.M. van Angeren, ‘De twee gezichten van de formele rechtskracht: taakverdeling van rechters en het scheppen van rechtszekerheid’, *O&A* 2011, p.

<sup>35</sup> HvJ EG 24 maart 2009, AB 2009, 229 (*Danske Slagterier*) m.nt. R. Widdershoven.

kan evenwel ook in de Nederlandse leer van de formele rechtskracht worden gepast door middel van uitzonderingen in geval van ‘door bijkomende omstandigheden klemmende bezwaren.’<sup>36</sup>

De formele rechtskracht van een besluit kan alleen worden tegengeworpen aan een eiser voor wie de mogelijkheid van (bezwaar of) beroep heeft opengestaan. Aan niet-belanghebbenden kan zij dus niet worden tegengeworpen. Dit werd al behandeld in het overzichtsartikel uit 2008.<sup>37</sup> Een volgende vraag is nu of de formele rechtskracht wél kan worden tegengeworpen aan een eiser die als belanghebbende in beroep is gegaan tegen het besluit, indien dat beroep uiteindelijk door de bestuursrechter niet-ontvankelijk is verklaard, omdat het procesbelang in de loop van de bestuursrechtelijke procedure verloren is gegaan. Volgens de Hoge Raad moet dan geen uitzondering worden gemaakt op het beginsel van formele rechtskracht. De doelmatige verdeling taakverdeling tussen de verschillende rechters brengt mee dat de burgerlijke rechter zich dan dient te onthouden van een hernieuwde beoordeling van het procesbelang.<sup>38</sup>

### *3.2 Met vernietiging van het besluit zijn de onrechtmatigheid en toerekenbaarheid gegeven*

Met de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter staat volgens vaste en bekende jurisprudentie vast dat onrechtmatig is gehandeld.<sup>39</sup> Maar deze consequentie – de onrechtmatigheid van het besluit – moet wel worden gerelateerd aan de persoon wiens beroep tot de vernietiging leidde.

Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad en de bestuursrechter is een vernietigd besluit in beginsel rechtmatig jegens een andere persoon, die wel tegen dat besluit in beroep had kunnen gaan maar dat niet heeft gedaan.<sup>40</sup> Het CBB heeft daar in 2011 een nuancering op aangebracht voor een bijzonder geval. Een besluit over de overdracht van een (fabrieks)quotum was aangevraagd door twee verschillende belanghebbenden, die beide contractspartners waren. De afwijzing van de gevraagde quotumoverdracht moest volgens het CBB worden aangemerkt als één besluit met twee adressanten, de beide contractspartners. Eén van deze twee had wel beroep ingesteld tegen het afwijzingsbesluit, de andere niet. In de schadevergoedingszaak was de vraag of het beginsel van formele rechtskracht tot gevolg had dat het besluit rechtmatig was jegens de belanghebbende die geen beroep had ingesteld. Het CBB beantwoordde die vraag ontkennend. Jegens beide belanghebbenden was het besluit door de vernietiging onrechtmatig geworden, ‘aangezien er sprake was van twee contractspartners.’<sup>41</sup> Uit deze korte uitspraak kan men niet afleiden dat de onrechtmatigheid van een vernietigd besluit *altijd* doorwerkt ten gunste van contractspartners die zelf niet in beroep zijn gegaan. In het onderhavige geval lijkt doorslaggevend te zijn geweest dat het besluit aan beide belanghebbenden was gericht en bovendien betrekking had op een contract dat beide partijen hadden gesloten.

De onrechtmatige daad (het nemen van het vernietigde besluit) wordt met de vernietiging in beginsel aan het overheidslichaam toegerekend op grond van

---

<sup>36</sup> Deze formule komt uit het arrest Heesch/Van den Akker, HR 16 mei 1986, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB, NJ 1986, 723 m.nt. MS.

<sup>37</sup> Zie ‘Overheidsaansprakelijkheid anno 2008’, p. 106. Er moet rekening mee worden gehouden dat het anders ligt als voor niet-belanghebbenden ook beroep open zou staan, zoals in het geval van een actio popularis.

<sup>38</sup> HR 17 september 2010, AB 2011, 19 m.nt. G.A. van der Veen, JB 2010, 248 m.nt. R.J.N. Schlössels, NJ 2010, 608 m.nt. M.R. Mok, Gst. 2010, 123, m.nt. L.J.M. Timmermans (Meulendijk/Boxtel).

<sup>39</sup> Met een herroeping naar aanleiding van een bezwaarschrift kan, afhankelijk van de gronden waarop het primaire besluit is herroepen, de onrechtmatigheid van handelen gegeven zijn. Vgl. ook HR 23 december 2011, *JOR* 2012, 49, m.nt. B.P.M. van Ravels, en het vonnis, respectievelijk arrest in feitelijke instanties.

<sup>40</sup> Zie reeds ABRvS 24 maart 2004, JB 2004, 225, waarin werd aangesloten bij HR 19 juni 1998, AB 1998, 416 (Kaveka/Apeldoorn).

<sup>41</sup> CBB 15 juli 2011, LJN BR3122.

verkeersopvattingen. Dat is in de jurisprudentie van de jaren tachtig en negentig al uitgemaakt.<sup>42</sup> Sommigen hebben wellicht gedacht dat daarop een uitzondering zou kunnen worden gemaakt indien de fout van het verwerende ('onschuldige') bestuursorgaan is veroorzaakt door een fout van een ander bestuursorgaan. De Centrale Raad van Beroep is in die gedachte niet meegegaan, omdat de ratio van de jurisprudentie ook een toerekening aan het 'onschuldige' bestuursorgaan zou rechtvaardigen.<sup>43</sup>

### 3.3 *Formele rechtskracht van het primaire besluit na vernietiging van het besluit op bezwaar*

Bij de toepassing van het beginsel van formele rechtskracht is het onderscheid van belang tussen het primaire besluit en het besluit op bezwaar. Dat kwam al aan de orde in het overzicht uit 2008. Nadien heeft de jurisprudentie zich verder ontwikkeld. De stand van de rechtsontwikkeling kan op dit punt als volgt worden samengevat. Het besluit op bezwaar is het door de bestuursrechter vernietigde besluit in gevallen waarin een bezwaarschriftprocedure aan het beroep op de rechter is voorafgegaan. Uit de rechterlijke uitspraak blijkt welk gebrek aan dat besluit op bezwaar kleefde. Daaruit kan vaak ook worden afgeleid dat aan het primaire besluit een zelfde gebrek kleeft. Maar het komt vaak voor dat het primaire besluit nog rechtskracht heeft omdat het na de vernietiging van het besluit op bezwaar niet is herroepen door het bestuursorgaan of de bestuursrechter.<sup>44</sup> Moet het primaire besluit dan in het kader van de aansprakelijkheid als rechtmatig worden aangemerkt? In deze kwestie lopen de jurisprudentie van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter nogal uiteen.

De burgerlijke rechter houdt consequent vast aan het beginsel van formele rechtskracht met als gevolg dat hij aanneemt dat het primaire besluit rechtmatig is indien het niet is herroepen.<sup>45</sup> Dat wordt niet anders als men uit de reden voor vernietiging van het besluit op bezwaar kan afleiden dat ook aan het primaire besluit een gebrek kleefde.<sup>46</sup> Het gevolg hiervan is dat een eiser, die schade lijdt ten gevolge van het primaire besluit en die deze schade civielrechtelijk wil verhalen, moet doorprocederen in de bestuursrechtelijke kolom, net zolang totdat het primaire besluit is herroepen door het bestuursorgaan of door de bestuursrechter. Deze eiser kan niet stoppen zodra uit een vernietiging van het besluit op bezwaar op inhoudelijke gronden kan worden afgeleid dat het primaire besluit niet genomen had mogen worden.

De bestuursrechter gaat anders om met de formele rechtskracht van het primaire besluit. Bij hem hangt het ervan af of uit de uitspraak, waarbij het besluit op bezwaar is vernietigd, kan worden afgeleid dat ook het primaire besluit onrechtmatig is. Uit het gebrek dat de grond vormt voor vernietiging van het besluit op bezwaar kan vaak worden afgeleid dat aan het primaire besluit een zelfde gebrek kleeft. De formele rechtsgeldigheid van het primaire besluit verzet zich dan volgens de jurisprudentie van de bestuursrechter niet tegen

---

<sup>42</sup> O.a. HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 m.n. MS (Hofmann-La Roche/Staat); CRvB 30 maart 1995, AB 1995, 334 m.n. RMvM.

<sup>43</sup> CRvB 8 oktober 2009, JB 2009, 276 m.nt. Schlossels (fout van UWV werkte door in besluit van SVB).

<sup>44</sup> Het bestuursorgaan kan het primaire besluit na vernietiging van het besluit op bezwaar herroepen als het, gevolg gevend aan de vernietiging, opnieuw op het bezwaar beslist. De bestuursrechter kan het primaire besluit herroepen door zelf in de zaak te voorzien als bedoeld in artikel 8:72, derde lid en onder b, van de Awb.

<sup>45</sup> HR 13 oktober 2006, AB 2007, 270 m.nt. G.A. van der Veen (Enschede-Gerridzen); HR 13 november 1992, NJ 1993, 629 (Lanser-Haarlemmermeer). M. Gelpke, 'De rechtmatigheidsbeoordeling van primaire besluiten door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter', *O&A* 2007, p. 155-162. Zie ook R. Ortlep, 'Veronderstelde aantasting en het in de regel uitsluiten van overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2008, p. 246-258, C.N.J. Kortmann, 'Verstrikt in een woud van ficties. Over aansprakelijkheid voor vernietigde beslissingen op bezwaar en besluiten in primo naar aanleiding van het arrest Enschede/Gerridzen', *NTBR* 2008, p. 55; G.A. van der Veen, 'Aansprakelijkheid voor beslissingen in primo en causaal verband', *NTB* 2011/43, p. 298-306. B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 139-145.

<sup>46</sup> HR 19 december 2008, NJ 2009, 146 m.nt. M.R. Mok, JB 2009, 71 m.nt. R.J.N. Schlössels (Hoogland en Mentink-Rotterdam).

het oordeel dat het onrechtmatig is.<sup>47</sup> Dat oordeel ligt dan immers materieel gezien al besloten in de vernietiging van het besluit op bezwaar. Maar men moet goed opletten wat de vernietigingsuitspraak impliceert voor de (on)rechtmatigheid van het primaire besluit. Want als de onrechtmatigheid van het primaire besluit niet kan worden afgeleid uit de vernietigingsuitspraak, staat deze onrechtmatigheid ook voor de bestuursrechter (nog) niet vast.<sup>48</sup> Wordt het primaire besluit in zo'n geval niet herroepen door het bestuursorgaan, dan verkrijgt het formele rechtskracht en wordt het geacht rechtmatig te zijn.

### 3.4 Causaal verband in de besluitenansprakelijkheid

Tussen de schade en het gebrek dat aanleiding vormde voor vernietiging van het besluit moet het rechtens vereiste causaal verband aanwezig zijn. Dat ontbreekt volgens de Afdeling bestuursrechtspraak indien – kort gezegd – ten tijde van het nemen van het onrechtmatige besluit een rechtmatig besluit had kunnen worden genomen dat naar aard en omvang een zelfde schade tot gevolg zou hebben gehad.<sup>49</sup> Deze jurisprudentie wordt niet zelden als causaliteitsverweer aangevoerd.<sup>50</sup>

Voor een geslaagd verweer moet onder meer aannemelijk zijn dat een rechtmatig besluit een zelfde schade tot gevolg zou hebben gehad. Het belang daarvan wordt duidelijk als het bestuursorgaan bijvoorbeeld aannemelijk maakt dat een besluit tot afwijzing van een aanvraag rechtmatig had kunnen worden genomen door een andere afwijzingsgrond te kiezen. Daarmee is nog niet gezegd dat het causale verband met alle schade ontbreekt. Het is goed mogelijk dat bij de keuze voor een andere afwijzingsgrond minder schade zou zijn ontstaan, bijvoorbeeld omdat de aanvraag dan gemakkelijker en sneller had kunnen worden aangepast en de aanvraag ook sneller alsnog had kunnen worden verleend.<sup>51</sup>

De causaliteitsleer van de Afdeling heeft tot gevolg dat er in bepaalde gevallen nog procesbelang bestaat bij een beroep tegen het na vernietiging genomen nieuwe besluit op bezwaar, ook al is daarbij aan de bezwaren van de indiener voldaan. Het komt voor dat een besluit op bezwaar op andere gronden berust dan het primaire besluit. Uit de vernietiging van het besluit op bezwaar kan dan niet zonder meer worden afgeleid dat ook het primaire besluit onrechtmatig is. De toetsing van het na de vernietiging genomen nieuwe besluit op bezwaar kan dan nog van belang zijn voor de aansprakelijkheid, omdat die toetsing ook iets zegt over de onrechtmatigheid van het primaire besluit.<sup>52</sup>

### 3.5 Relativiteit bij onrechtmatige besluiten

De periode 2004-2007 heeft een schat aan rechtspraak opgeleverd over onrechtmatige overheidsdaad en relativiteit. In die periode zagen het licht de arresten van de Hoge Raad inzake *Vie D'Or* (2004)<sup>53</sup>, de *Iraanse vluchteling* (2007)<sup>54</sup> en *Gemeente Barneveld/Gasunie*

<sup>47</sup> ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54 m.nt. De Gier; CRvB 9 januari 1996, JB 1996, 36; CBB 20 november 1996, AB 1997, 114 m.nt. J.H. van der Veen.

<sup>48</sup> CRvB 14 augustus 2008, LJV BE2729.

<sup>49</sup> Zie reeds ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54 m.nt. dG (Doorsteek Lange Raarberg); ABRvS 15 december 2004, AA 2005, p. 276 m.nt. Damen (Amelandse benzinepomp) en ABRS 24 december 2008, AB 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen, Gst 2009/13, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, JB 2009/42, m.nt. C.L.G.F.H. A. (Amelandse benzinepomp II). C.N.J. Kortmann, 'Causaliteit bij vernietigde of herroepen besluiten. Een systematische beschrijving van 15 jaar bestuursrechtspraak over oorzakelijk verband', *O&A* 2012-86, p. 189-198. Van de burgerlijke rechter moet waarschijnlijk een andere benadering worden verwacht; zie conclusie A-G Keus bij HR 1 februari 2013, NJ 2013, 227.

<sup>50</sup> B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding', *NTB* 2011-8, p. 260. Voorbeeld: ABRS 23 maart 2011, JB 2011, 120.

<sup>51</sup> ABRS 31 maart 2010, TBR 2010, 152 m.nt. Sluijsmans; ABRS 4 juli 2012, LJV BX0304.

<sup>52</sup> ABRS 17 juni 2009, AB 2009, 263 m.nt. Van Hall (wildwaterbaan Grave).

<sup>53</sup> HR 7 mei 2004 (*Vie D'Or*), NJ 2006/281, m.nt. Jac. Hijma, AB 2005/127, m.nt. FvO.

<sup>54</sup> HR 13 april 2007 (*Iraanse vluchteling*), AB 2008/16, m.nt. G.A. van der Veen, Gst 2007/90 m.nt. J.A.E. Does, JB 2007/100, m.nt. GEvM, NJ 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken, NJB 2007/946. Zie in gelijke zin ABRS 20 juni 2007, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, JV 2007/348.

(2007)<sup>55</sup>. Daarnaast verschenen in het gewone aansprakelijkheidsrecht nog de arresten *Pfizer/Cosmetique* (2006)<sup>56</sup> en *Astrazeneca/Menzis* (2006)<sup>57</sup>. Ook in de periode april 2008-februari 2013 kwamen interessante uitspraken af over de toepassing van de relativiteitseis van artikel 6:163 BW. Bij de Hoge Raad gaat het in het reguliere aansprakelijkheidsrecht om de arresten *Nabbe/Staalbankiers* (2009)<sup>58</sup> en het fameuze *Hangmat-arrest* (2010)<sup>59</sup>. Relativiteit in relatie tot de onrechtmatige overheidsdaad was aan de orde in de arresten *Gemeente Barneveld/De Berkenhorst* (2009)<sup>60</sup>, *Gemeente Eindhoven/curatoren* (2010)<sup>61</sup> en *Amsterdam-Bibob* (2013).<sup>62</sup>

Het arrest gemeente *Barneveld/De Berkenhorst* raakt niet alleen aan de formele rechtskracht (waarover hierna) maar ook aan relativiteit. Het gaat in dat arrest om de vraag of Barneveld jegens De Berkenhorst als vergunninghouder onrechtmatig had gehandeld door het verlenen van een – na bezwaar van een derde geschorste en ingetrokken – bouwvergunning. De Hoge Raad overweegt, dat ‘de regel dat degene die geen gebruik heeft gemaakt van de tegen een overheidsbesluit openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang zich voor de burgerlijke rechter niet kan beroepen op de onrechtmatigheid van dat besluit (HR 19 juni 1998, nr. C97/053, NJ 1998/869, *Kaveka/Apeldoorn*), niet mede bestrijkt het hier aan de orde zijnde geval waarin het gaat om de positie van de aanvrager van een bouwvergunning die na daartegen door een derde gemaakt bezwaar door B&W wordt ingetrokken wegens strijd met de wet. Die aanvrager mag immers ervan uitgaan dat B&W juist hebben gehandeld en dat de hem verleende vergunning dus niet in strijd is met de wet. Met dat uitgangspunt is onverenigbaar dat hem in een procedure als de onderhavige zou kunnen worden tegengeworpen dat hij verzuimd heeft in een bestuursrechtelijke procedure desalniettemin de onrechtmatigheid van het desbetreffende besluit te doen vaststellen.’ Kortom, het nemen van het foute bouwvergunningbesluit was onrechtmatig jegens de vergunninghouder (artikel 6:162 lid 1 BW), waarmee aan de relativiteitseis van art. 6:163 BW is voldaan. De vergunninghouder wordt door de Hoge Raad niet verweten dat hij niet tegen zijn eigen vergunning bezwaar had gemaakt. Terecht, mede omdat ernstig moet worden betwijfeld of de vergunninghouder ontvankelijk bezwaar zou kunnen maken tegen het (primaire) besluit tot vergunningverlening, als daarbij zijn aanvraag volledig is gehonoreerd.

Het arrest *Gemeente Eindhoven/curatoren* handelt over de vraag of het negeren van een beslistermijn uit de Algemene wet bestuursrecht onrechtmatig is en, zo ja, jegens wie. Het ging daarbij om schade geleden door de houder van een bouwvergunning, die niet had kunnen bouwen omdat het besluit was geschorst door de voorzieningenrechter op verzoek van derden die tegen dit besluit eerder tevergeefs bezwaar hebben gemaakt en zonder succes tegen het besluit op bezwaar beroep en vervolgens hoger beroep hebben ingesteld. De Hoge Raad

---

<sup>55</sup> HR 13 juli 2007 (*Gemeente Barneveld / Gasunie*), NJ 2007/504, m.nt. M.R. Mok, AB 2008/155, m.nt. F.J. van Ommeren, Gst 2008/53, m.nt. J.A.E. Does, JB 2007/160 m.nt. R.J.N. S., NJB 2007/1642.

<sup>56</sup> HR 24 maart 2006 (*Pfizer / Cosmétique*), NJ 2009/485, m.nt. M.R. Mok, RvdW 2006/310.

<sup>57</sup> HR 10 november 2006 (*Astrazeneca / Menzis*), NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken, RvdW 2006/1058.

<sup>58</sup> HR 4 december 2009 (*Nabbe / Staalbankiers*), NJ 2010/67, m.nt. M.R. Mok, NJB 2009/2262. ‘De in art. 28 leden 2-4 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (NR) besloten normen strekken wel tot bescherming van de cliënt tegen relatief te grote financiële risico's, maar niet tot een zo selectieve bescherming tegen elk (koers)verlies dat de belegger op een transactie lijdt als door eiser bepleit.’

<sup>59</sup> HR 8 oktober 2010 (*Hangmat*), NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief, NJB 2010/1890, PRG 2010/248, m.nt. P.J.M. Ros, RvdW 2010/1164. ‘Ter beantwoording van de vraag of art. 6:174 BW uitsluitend een risicoaansprakelijkheid vestigt jegens derden, dat wil zeggen jegens personen die niet de hoedanigheid van (mede)bezitter van die opstal hebben, moet in het bijzonder worden onderzocht of het relativiteitsvereiste aan vergoeding van de schade in de weg staat.’ De HR beantwoordt die vraag na een speurtocht in de wetsgeschiedenis ontkennend (zie m.n. r.o. 4.3.1 – 4.3.3).

<sup>60</sup> HR 10 april 2009 (*Gemeente Barneveld / De Berkenhorst*), LJN: BH2598, AB 2009/320, m.nt. G.A. van der Veen, JB 2009/123, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, NJ 2009/515, m. nt. M.R. Mok, NJB 2009/815.

<sup>61</sup> HR 22 oktober 2010 (*Gemeente Eindhoven / curatoren*), AB 2012/382, m.nt. S.M. Peek, Gst 2010/124, m.nt. S.M. Kingma, JB 2010/249, m.nt. R.J.N. Schlössels, JOR 2010/372, m.nt. B.P.M. van Ravels, NJ 2011/6, m.nt. M.R. Mok, NJB 2010/1994.

<sup>62</sup> HR 11 januari 2013, BX7579, JB 2013, 43, m.nt. Schlössels, NJ 2013/47, NJB 2013/201.

oordeelt dat overschrijding van de termijn voor het nemen van de beslissing op bezwaarschrift van art. 7:10 Awb, met in dit geval 29 weken, nog niet met zich brengt dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld jegens degene aan wie de vergunning is verstrekt. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke termijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid. Daarbij kunnen onder meer van belang zijn de mate waarin de beslistermijn wordt overschreden, de oorzaak of oorzaken van de termijnoverschrijding, en de voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de betrokken belanghebbenden. Voorts blijkt uit art. 7:10 lid 4 Awb (zowel in de tot 1 oktober 2009 geldende tekst als in de nadien geldende tekst) dat de wettelijke limitering van de termijn om op een bezwaarschrift te beslissen mede strekt tot bescherming van de belangen van andere belanghebbenden dan de indieners van het bezwaarschrift. Deze bepaling staat derhalve niet in de weg aan het oordeel dat overschrijding van de beslistermijn, onder bijkomende omstandigheden als zojuist bedoeld, ook jegens zulke andere belanghebbenden onzorgvuldig (onrechtmatig) is, aldus de Hoge Raad. Daarmee is gegeven dat overschrijding van de beslistermijn ook jegens de vergunninghouder onrechtmatig kan zijn.

In het arrest van 11 januari 2013 ging het om de onrechtmatigheid van het overschrijden van een beslistermijn door de gemeente Amsterdam in een Bibob-zaak. De kernvraag was of het schenden van de wettelijke beslistermijn ook onrechtmatig kan zijn ten aanzien van benadeelden die niet als Awb-belanghebbende zijn aan te merken bij het te nemen besluit. De Hoge Raad beantwoordt die vraag, net als het Hof, bevestigend. ‘Denkbaar is immers dat de belangen van bepaalde ‘derden’, kenbaar voor het bestuursorgaan, in zodanige mate betrokken zijn bij een tijdige beslissing, dat het bestuursorgaan ook jegens deze derden – afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval – in strijd kan handelen met de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen. Daaraan doet niet af dat deze derden, indien zij geen belanghebbende in de zin van de Awb zijn, niet op grond van die wet kunnen opkomen tegen het niet tijdig beslissen.’

De Afdeling heeft in haar uitspraak van 20 juni 2007<sup>63</sup>, in navolging van de Hoge Raad, geoordeeld dat de regels uit de Vreemdelingenwet 2000 op grond waarvan recht bestaat op een verblijfsvergunning tot doel hebben een recht op bestendig verblijf in Nederland te verlenen en niet strekken tot bescherming van vermogensrechtelijke belangen van de vreemdeling (vluchteling). Indien de Staat in het kader van de procedure tot toelating een voor die procedure geldende regel heeft geschonden, heeft de aanvrager toegang tot de rechter om deze schending te doen herstellen. Deze schending geeft volgens de Afdeling in beginsel echter geen recht op vergoeding van vermogensrechtelijke schade. Dit oordeel is vaste rechtspraak geworden.<sup>64</sup> De vreemdeling die geen beroep kan doen op de materiële normen uit de Vreemdelingen 2000 krijgt relativiteit ook tegengeworpen als hij schade claimt wegens schending van de beslistermijn in een vreemdelingenprocedure.<sup>65</sup> Volgens de Afdeling is ‘van belang (...) dat de plicht om binnen de daartoe gestelde wettelijke termijn een beslissing op de aanvraag te nemen, niet los kan worden gezien van de aard van het besluit. Het tijdig nemen van een inwilligende beslissing op de aanvraag stelt de vreemdeling weliswaar in staat in Nederland eerder een bestaan op te bouwen door inkomen uit uitkering te verwerven en om voor andere voorzieningen, zoals de vergoeding van studieboeken, in aanmerking te komen, maar dit betekent niet dat het nemen van een tijdige en juiste beslissing omtrent het recht op verblijf in Nederland strekt tot bescherming van hun vermogensrechtelijke belangen. De

<sup>63</sup> ABRS 20 juni 2007, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, JV 2007/348.

<sup>64</sup> ABRS 7 april 2010, BM0213, AB 2010/206 m.nt. F.M.J. den Houdijker.

<sup>65</sup> ABRS 3 december 2008, BG5902, BG5900, en BG5893, AB 2009/65 m.nt. T. Barkhuysen en L. Di Bella.

rechtbank heeft derhalve miskend dat het relativiteitsvereiste aan vergoeding van vermogensschade, zoals door de vreemdeling verzocht, in de weg staat.<sup>66</sup>

Deze lijn geldt alleen asielzoekers en niet zogeheten ‘reguliere’ vreemdelingen. Dit volgt uit een uitspraak van de Afdeling van 16 augustus 2012: ‘De vreemdeling heeft de door haar gestelde materiële schade, die het gevolg is van de handhaving van het besluit om de eerder aan haar verleende verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd onder de beperking ‘arbeid als zelfstandige voor HBC op grond van het Nederlands Amerikaans Vriendschapsverdrag’ niet te verlengen (...) tot op zekere hoogte aannemelijk gemaakt. Omdat voormelde verblijfsvergunning ertoe strekt de vreemdeling in staat te stellen inkomen te verwerven, kan niet worden geoordeeld dat het in artikel 6:163 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde relativiteitsvereiste op voorhand aan vergoeding van dergelijke schade in de weg staat, zoals ook de minister ter zitting heeft beaamd.’<sup>67</sup> De vreemdeling, die zich beriep op het rapport van de Nationale Ombudsman met als titel *Behoorlijk omgaan met schadeclaims* van 24 juni 2009 kreeg nul op het rekest. ‘Dat, zoals de vreemdeling betoogt, uit het rapport zou volgen dat de staatssecretaris op grond van behoorlijkheid over zou moeten gaan tot vergoeding van schade in die gevallen waarin verkeerd is gehandeld, doet niet af aan het feit dat de rechtbank terecht met verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 20 juni 2007 heeft overwogen dat het relativiteitsvereiste aan het aannemen van een verplichting tot vergoeding van vermogensschade in de weg staat, nu het rapport niet kan dienen als grondslag voor schadevergoeding indien aan de voorwaarden daarvoor, zoals het relativiteitsvereiste, niet is voldaan.’<sup>68</sup>

De hiervoor genoemde verknooptheid tussen de materiële norm en de processuele norm, bijvoorbeeld over tijdig beslissen, speelde ook een rol in de uitspraak van de Afdeling uit 2009 over bijenspat. B&W wezen af de claim van benadeelden tot vergoeding van schade ontstaan door onrechtmatig traag handhavend optreden van het college tegen een imkersvereniging, die bijeen hield op een terrein waar dat niet was toegestaan volgens het bestemmingsplan. De reden tot weigering was onder meer omdat ‘de geschonden norm tot het tijdig en correct beslissen niet strekt tot bescherming tegen de door benadeelden gestelde vermogensrechtelijke schade, zodat het in artikel 6:163 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde relativiteitsvereiste derhalve aan vergoeding van de gestelde schade in de weg staat.’ De Afdeling komt in de uitspraak niet aan het aspect relativiteit toe, omdat de claim al sneuvelt wegens het ontbreken van het vereiste causaal verband tussen de schade en de onrechtmatige gedraging. Het beschermingsbereik van art. 125 Gemeentewet en de betekenis van de ‘beginselplicht tot handhaving’ voor schadekwesities kwam daardoor in deze uitspraak niet aan de orde.<sup>69</sup>

Dat gebeurde wel in een zaak over geluidshinder te Nuth.<sup>70</sup> Daar was aan de orde de vraag of het niet tijdig beslissen op een handhavingsverzoek wegens het overtreden van geluidsvorschriften door een transportbedrijf onrechtmatig was jegens de eigenaar/verhuurder van een woning in de directe omgeving van de inrichting. De Afdeling heeft die vraag bevestigend beantwoord en de relativiteitseis weinig stringent toegepast. ‘De Wet milieubeheer ziet niet op bescherming van louter economische belangen, maar op de bescherming van het milieu. In onderhavig geval, waar het gaat om geluidsvorschriften van het krachtens de Wet milieubeheer gestelde Besluit opslag- en transportbedrijven milieubeheer, betreft de bescherming van het milieu in het bijzonder de bescherming van de leefomgeving. De geluidsvorschriften strekken naar het oordeel van de Afdeling echter niet alleen tot bescherming tegen aantasting van het woongenot van omwonenden, maar ook van

<sup>66</sup> ABRS 18 november 2009, JB 2010/5.

<sup>67</sup> ABRS 16 augustus 2012, BX5594, JV 2012/427, m.nt. M.A.G. Reurs.

<sup>68</sup> ABRS 7 april 2010, BM0213, AB 2010/206 m.nt. F.M.J. den Houdijker.

<sup>69</sup> ABRS 18 november 2009, AB 2010/5, m.nt. B.P.M. van Ravels (pt 4 – 6 m.b.t. relativiteit).

<sup>70</sup> ABRS 28 juli 2010, AB 2011/240, m.nt. B.P.M. van Ravels, Gst 2011/42, m.nt. R.D. Boesveld.

de daaruit voortvloeiende belangen, zoals die van een verhuurder. De huurprijs zal immers worden bepaald door het woon- en leefgenot van de bewoner. Hierbij is de leefomgeving een mede bepalende factor. Het door het college ingenomen standpunt dat deze bescherming slechts zou zien op huurders, is naar het oordeel van de Afdeling dan ook niet juist. Schending van de geluidnormen is derhalve ook jegens [appellant] onrechtmatig. In onderlinge samenhang geldt dit ook voor de normen die zien op handhaving van de geluidvoorschriften en de normen die zien op het tijdig nemen van een besluit op een verzoek daartoe. Deze normen strekken, nu het gaat om aantasting van een met het woongenot van omwonenden nauw samenhangend belang, mede tot bescherming tegen de door [appellant] gestelde vermogensrechtelijke schade bestaande uit gedeerde huurinkomsten door het onverhuurbaar worden van zijn pand als gevolg van de veroorzaakte geluidhinder, zodat het relativiteitsvereiste aan vergoeding van deze gestelde schade niet in de weg staat.<sup>71</sup>

Eenzelfde laagdrempelige hantering van de relativiteitseis wordt aangetroffen in de (tweede) uitspraak over de Amelandse benzinstations.<sup>72</sup> Daar betrof de onrechtmatige gedraging het verlenen van een bouwvergunning voor een tweede benzinstation op Ameland in strijd met het bestemmingsplan. Op tafel lag de vraag of de schending van de betreffende normen uit de Wro en de Woningwet strekte tot bescherming van de omzetschade zoals die werd geleden door de gevestigde pomphouder. Hoewel het standaard rechtspraak is dat een bestemmingsplan niet dient om concurrentieverhoudingen te regelen, komt de Afdeling tot de slotsom dat het bestemmingsplan en het dwingende karakter van artikel 48 eerste lid, aanhef en onder b van de Woningwet (oud) mede er toe strekken rechtszekerheid te verschaffen aan de belanghebbenden (in het gebied en bij het plan) en mede strekken tot bescherming tegen schade die wordt veroorzaakt door een onrechtmatige inbreuk daarop.<sup>73</sup> Aan de rechtszekerheid wordt daarmee een groot gewicht toegekend. Interessante uitspraken van rechtbanken over relativiteit bij reguliere aansprakelijkheid zijn gedaan door de rechtbanken in Rotterdam<sup>74</sup> en Haarlem<sup>75</sup>. Relativiteit inzake de onrechtmatige overheidsdaad kwam uitvoerig aan bod in de uitspraken van rechtbank en Hof Den Haag (onrechtmatige regelgeving, fokverboden)<sup>76</sup> en de rechtbank Den Haag (foute informatie over vloerpeil door gemeente)<sup>77</sup>.

De relativiteitseis van artikel 6:163 BW wordt ook door de bestuursrechter toegepast als hij oordeelt over besluitaansprakelijkheid, zo blijkt uit de hiervoor genoemde uitspraak van de Afdeling. Los daarvan dient de bestuursrechter toepassing te geven aan de relativiteitseis van artikel 8:69a Awb in het kader van het vernietigingsberoep tegen het

---

<sup>71</sup> In de literatuur is met enige verbazing kennis genomen van deze (zeer) soepele toepassing van de relativiteitseis door de ABRS. Zie P.W. Hollander, 'Relativiteit en de verhouding van de rechter tot de wetgever', in *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitic*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), Deventer: Kluwer 2012, p. 297323 – 325. Zie ook de noot van B.P.M. van Ravels onder AB 2011, 240.

<sup>72</sup> ABRS 24 december 2008, AB 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen, Gst 2009/13, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, JB 2009/42, m.nt. C.L.G.F.H. A., NJB 2009/85.

<sup>73</sup> Zie hierover uitvoerig B.P.M. van Ravels, 'De Amelandse benzinstations – de koers van de Afdeling in het besluitenansprakelijkheidsrecht', *O&A* 2009, p. 14 – 37.

<sup>74</sup> Rb Rotterdam 27 juni 2012, BX1237, welke uitspraak heeft op de schending van de zorgplicht door een bank, maar waarin de handelwijze van de benadeelden tot gevolg heeft dat niet aan de relativiteitseis is voldaan.

<sup>75</sup> Rb Haarlem 30 mei 2012, BW9858. De zaak heeft verwantschap met het Vie D'Or-arrest. De rechtbank oordeelt: 'Ook aan de relativiteitseis van artikel 6:163 BW is voldaan; de bepalingen van de Wte 1995 strekken immers mede ter bescherming van de belangen van beleggers, waaronder het verlies van belegde gelden onmiskenbaar moet worden begrepen.'

<sup>76</sup> Rb Den Haag 11 juni 2008, BD5311 en in hoger beroep Hof Den Haag 29 juni 2010, BN4166. De Regelingen fokverbod varkens I en II zijn onverbindend en onrechtmatig geacht. Volgens rechtbank en Hof biedt het legaliteitsbeginsel bescherming tegen de schade die varkensboeren, maar ook een K.I.-station als Pigure door de verboden heeft geleden. Met het uitvaardigen van de Regelingen fokverbod varkens I en II heeft de Staat daarom onrechtmatig jegens Pigure gehandeld en moet hij de daardoor bij Pigure ontstane schade vergoeden.

<sup>77</sup> Rb Den Haag 13 april 2011, BQ2576 en BQ2577. De in dit geval geschonden norm (vloerpeil) is een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Deze norm heeft naar het oordeel van de rechtbank tevens de strekking te beschermen tegen waardevermindering van de woning in geval van zichtbaar lagere ligging van deze woning ten opzichte van belendende woningen die op het juiste vloerpeil zijn gebouwd. Er is dan ook voldaan aan het relativiteitsvereiste.



schadeveroorzakende besluit.<sup>78</sup> Dan gaat het er om dat de bestuursrechter moet afzien van vernietiging van een besluit indien de geschonden norm kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen (en *niet* tegen de schade) van degene die zich daarop beroept.<sup>79</sup> De beide relativiteitseisen hebben een compleet andere functie en dienen daarom van elkaar te worden onderscheiden.<sup>80</sup> Het enkele feit dat de bestuursrechter een besluit heeft vernietigd wegens schending van een rechtsregel, en die vernietiging dus niet is afgestuit op de relativiteitseis van artikel 8:69a Awb, wil dus niet zeggen dat de schadeclaim niet kan afstuiten op de relativiteitseis van artikel 6:163 BW.

### 3.6 *Aansprakelijkheid voor overschrijding van een beslistermijn*

Volgens al langer bestaande jurisprudentie kan de overschrijding van de beslistermijn bij het nemen van een besluit onrechtmatig zijn, ook als daartegen geen beroep is ingesteld als bedoeld in artikel 6:2 Awb.<sup>81</sup> Een volgende vraag is nu wat de betekenis is van een na het verstrijken van de beslistermijn genomen reële besluit. De overschrijding van de beslistermijn wordt blijkens de jurisprudentie van de Afdeling niet gedekt door de formele rechtskracht van het later genomen reële besluit.<sup>82</sup> De Hoge Raad heeft deze benadering gevolgd.<sup>83</sup> In dit verband kwam nog aan de orde hoe moest worden aangekeken tegen het feit dat volgens de Centrale Raad van Beroep de overschrijding van de beslistermijn in de procedure tegen het reële besluit aan de orde kan worden gesteld.<sup>84</sup> Deze mogelijkheid brengt niet mee dat het eventuele niet tijdig beslissen voor rechtmatig moet worden gehouden in die gevallen waarin geen bezwaar of beroep is ingesteld tegen het reële besluit.

In het kader van de vaststelling van de schade en het causale verband moet worden bekeken wat er beslist zou zijn als er wel tijdig een besluit zou zijn genomen. De Afdeling overwoog in 2010 ‘dat in de regel eerst aan de hand van het op de aanvraag te nemen reële besluit kan worden vastgesteld of en zo ja, in welke omvang schade is geleden ten gevolge van het niet tijdig nemen van een besluit.’<sup>85</sup> In deze zaak had een derde vergoeding gevorderd van schade ten gevolge van het niet tijdig handhaven van geluidsvoorschriften. De uitspraak laat daarmee ook zien dat het feit dat de schade primair is veroorzaakt doordat het handelen van de overtreder, niet uitsluit dat (ook) de nalatig handhavende overheid aansprakelijk is.<sup>86</sup>

### 3.7 *De positie van de vergunninghouder tegen wiens vergunning derden opkomen*

---

<sup>78</sup> Zie het op 31 maart 2010 ingevoerde artikel 1.9 Crisis- en herstelwet, dat is vervallen per 1 januari 2013 in verband met het per die datum opnemen van artikel 8:69a Awb.

<sup>79</sup> Zie voor spraakmakende voorbeelden ABRs 19 januari 2011, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard, BR 2011/37 m. nt. T.D.R., JB 2011/48 m. nt. M.A. Heldeweg, M&R 2011/86, m.nt. De Graaf en Jans, NJB 2011/315 (Elzenbos Brummen), en ABRs 25 februari 2013, BZ2265 (onteigening SNS).

<sup>80</sup> Zie P.W. den Hollander, ‘Het bestuursrechtelijk en privaatrechtelijk relativiteitsvereiste als twee-eiige tweeling’, *Ars Aequi* juni 2012, p. 443-454. Zie ook Lidy F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht* (diss. RU), Den Haag: BJu 2011.

<sup>81</sup> ABRs 21 november 2001, AB 2002, 183 m.nt. AMLJ; CRvB 30 juli 1999, JB 1999, 232; HR 25 oktober 2002, AB 2003, 421 m.nt. PvB, NJ 2003, 171 m.nt. MS (Heeze-Leende/Lammers); CBb 26 mei 2009, AB 2009/303 m.nt. D.W.M. Wenders. Soms verbindt de wet aan overschrijding van de beslistermijn het gevolg dat een besluit van rechtswege ontstaat (lex silencio positivo). In zo’n geval verbond de Hoge Raad aan de formele rechtskracht van een fictief goedkeuringsbesluit de consequentie dat ook het te laat bekendmaken van het de reële goedkeuring rechtmatig was. Het deelde in de formele rechtskracht van het fictieve goedkeuringsbesluit (HR 11 april 2008, AB 2008, 170, m.nt. GAvdV, NJ 2008, 5.1.9 m.nt. M.R. Mok (Gelderse zandwinning)).

<sup>82</sup> ABRs 21 juli 2010, AB 2010, 329 m.nt. B.P.M. van Ravels.

<sup>83</sup> HR 22 oktober 2010, NJ 2011, 6 m.nt. M.R. Mok, JB 2010, 249 m.nt. R.J.N. Schlossels (Curatoren/Gemeente Eindhoven), besproken in par. 3.5.

<sup>84</sup> CRvB 19 juli 2001, JB 2001/253 m.nt. JHK; CRvB 21 januari 2003, USZ 2003, 96.

<sup>85</sup> ABRvS 28 juli 2010 LJV BN2670, 200906858/1/M1.

<sup>86</sup> Een eerdere uitspraak ABRs 18 november 2009, AB 2010/5, m.nt. B.P.M. van Ravels (Bijenspat) had daaromtrent vragen doen rijzen. Daarin werd overwogen: ‘De gestelde schade is veroorzaakt door het door de vereniging houden van bijen ter plaatse’.

Een vergunninghouder kan schade lijden doordat derden tegen zijn vergunning opkomen. Een duidelijk voorbeeld is het geval waarin de vergunning op verzoek van derden wordt vernietigd of herroepen, eventueel na tussentijdse schorsing door de voorzieningenrechter. De vergunninghouder moet dan het gebruik van de vergunning beëindigen. De schade die hij lijdt doordat hij de vergunning al is gaan gebruiken en het verrichte werk weer ongedaan moet maken, komt voor zijn eigen risico (artikel 6:101 BW) en daarom kan hij daarvoor de vergunningverlenende overheid niet aansprakelijk stellen. Dat is al lang bestaande jurisprudentie, met name bekend uit het *Schuttersduin*-arrest.<sup>87</sup> Maar hoe zit het als hij schade lijdt als gevolg van het feit dat hij het gebruik van zijn vergunning uitstelt totdat is beslist op het bezwaar, beroep of schorsingsverzoek en hij zijn vergunning pas gaat gebruiken zodra deze onherroepelijk vaststaat? Komt die vertragingsschade ook voor zijn eigen risico? Nieuwe jurisprudentie geeft daar antwoord op.

In een interessante zaak was de verleende bouwvergunning door de voorzieningenrechter geschorst omdat zij niet van een wettelijk vereiste 'ruimtelijke onderbouwing' was voorzien.<sup>88</sup> Ten tijde van het besluit op bezwaar was dit gebrek opgelost en daarom werd de vergunning gehandhaafd. In zo'n geval kan worden vastgesteld dat aan de vergunningverlening in primo een rechtmatigheidsgebrek kleefde, ook al is deze vergunning niet herroepen. De schade is ontstaan doordat de bouw tijdens de schorsing noodgedwongen werd stilgelegd. De Afdeling overwoog dat de regel van het *Schuttersduin*-arrest hier niet van toepassing was, omdat de vergunninghouder in dit geval vergoeding eiste van vertragingsschade die was ontstaan doordat de bouw was stilgelegd vanwege het aan de vergunning klevende gebrek. Het ging dus niet om schade die was ontstaan doordat de vergunning al was gebruikt, maar doordat het gebruik ervan was opgeschort in afwachting van de afloop van de procedure. Interessant is overigens dat de Afdeling de schade gedeeltelijk aan eigen schuld van de vergunninghouder toerekent, omdat deze de schade had kunnen beperken door de 'ruimtelijke onderbouwing' zelf op te stellen.

In een geval als dit rijst ook de vraag of de formele rechtskracht van de vergunningverlening kan worden tegengeworpen aan de vergunninghouder die de schadevergoeding eist. Dat kan niet zomaar. De vergunninghouder heeft in beginsel geen procesbelang als het besluit een gebrek vertoonde waar hij als vergunninghouder zelf geen last van had, maar dat aan het licht is gekomen naar aanleiding van een bezwaar van derden. De Afdeling oordeelde dan ook dat aan de vergunninghouder niet kon worden tegengeworpen dat hij geen bezwaar had gemaakt tegen zijn eigen vergunning. Ook de Hoge Raad is van oordeel dat in dit soort gevallen de formele rechtskracht van de vergunning niet kan worden tegengeworpen aan de vergunninghouder. In het arrest *Barneveld/De Berkenhorst* ging het om de positie van de houder van een bouwvergunning die, na een daartegen door een derde gemaakt bezwaar, wordt ingetrokken (herroepen) wegens strijd met de wet.<sup>89</sup> Die aanvrager mag er van de Hoge Raad van uitgaan dat het bestuursorgaan juist heeft gehandeld en dat de hem verleende vergunning dus niet in strijd is met de wet. De onderbouwing van dit oordeel is anders dan die van de Afdeling, maar het effect is in beide gevallen dat de formele rechtskracht van de vergunning niet kan worden tegengeworpen aan de vergunninghouder.

Deze jurisprudentie biedt nieuwe duidelijkheid over de positie van een vergunninghouder wiens vergunning door derden wordt bestreden. Schade die hij lijdt doordat hij de vergunning alvast gebruikt, blijft voor zijn eigen risico. Maar voor schade als gevolg van vertraging doordat hij het gebruik van de vergunning uitstelt of opschort, kan de vergunningverlenende overheid onder omstandigheden geheel of gedeeltelijk aansprakelijk zijn.

---

<sup>87</sup> HR 29 april 1994, AB 1994, 530 m.nt. FHvdB (*Schuttersduin*).

<sup>88</sup> ABRvS 2 februari 2011, AB 2011, 131 m.nt. A.A.J. de Gier.

<sup>89</sup> HR 10 april 2009, AB 2009, 320, JB 2009, 383 m.nt. Teunissen (*Barneveld/De Berkenhorst*).

### 3.8 *Feitelijk handelen rondom het besluit*

De regel dat de onrechtmatigheid van een appellabel besluit afhangt van de vernietiging of herroeping, geldt niet voor feitelijk handelen. Het arrest Staat/Bolsius maakte al in 1990 duidelijk dat als het besluit rechtmatig is, een daaraan voorafgegane mededeling onrechtmatig kan zijn indien die mededeling onafhankelijk van de inhoud van het besluit onrechtmatig is.<sup>90</sup> Maar deze scheiding tussen besluit en voorafgaande mededelingen kan niet worden gemaakt als de mededelingen zozeer samenhangen met het beoogde besluit, dat zij ten opzichte daarvan een ‘onzelfstandig karakter dragen.’<sup>91</sup>

Soms verbindt de wet aan overschrijding van de beslistermijn het gevolg dat een besluit van rechtswege ontstaat. Zo kan soms een te late bekendmaking tot gevolg hebben dat een besluit van rechtswege ontstaat. Kan in zo’n geval, ondanks de formele rechtskracht van het besluit van rechtswege, een onrechtmatig feitelijk handelen worden gevonden in de te late bekendmaking? Volgens de Hoge Raad niet, omdat dit feitelijk handelen onzelfstandig is en deelt in formele rechtskracht.<sup>92</sup>

## 4. **Aansprakelijkheid voor schending van de redelijke termijn**

In het overzicht van april 2008 kon nog worden volstaan met enkele regels over het belang van de arresten van het EHRM voor de aansprakelijkheid van de overheid als gevolg van schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM. Nu, vijf jaar later, is er een stortvloed aan literatuur<sup>93</sup> en rechtspraak over dit onderwerp. Verder heeft de wetgever een – mislukte – poging gedaan de materie wettelijk te regelen. Vanwege het grote belang van deze materie voor de praktijk, wordt daarop in deze paragraaf uitvoerig ingegaan.<sup>94</sup> In par. 4.1 worden de hoofdlijnen uit de rechtspraak weergegeven. Aan de orde komen de volgende onderwerpen: toepassingsbereik, aanvang en einde van de termijn, lengte van de redelijke termijn: maatwerk of standaard?, alleen bezwaar–geen beroep, compensatie tussen termijnen, klacht en/of verzoek, ambtshalve toetsing?, aandeel bestuur versus aandeel rechter(s), spanning en frustratie, vorm van de compensatie, gedeelde smart is .. ?, dwangsom versus schadevergoeding, formele rechtsbescherming, en varia. Dan volgt een paragraaf over de noodzaak van een wettelijke regeling (4.2).

### 4.1 *Hoofdlijnen rechtspraak*

Sedert het arrest *Kudla vs. Polen* is het standaard rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat lidstaten moeten zorgdragen voor een ‘effective remedy’ (art. 13 EVRM), die overschrijding van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM kan voorkomen, hetgeen de voorkeur van het EHRM heeft, dan wel die de mogelijkheid biedt voor schadevergoeding vanwege de geleden immateriële schade.<sup>95</sup> Het EHRM heeft de

<sup>90</sup> HR 2 februari 1990, NJ 1993, 635 (Staat/Bolsius).

<sup>91</sup> HR 9 september 2005 RvdW 98 (Kuipers/Valkenswaard). J.H.A. van der Grinten, ‘Het samenhangcriterium van Kuipers/Valkenswaard’, *O&A* 2008, p. 230 e.v.; zie ook HR 30 november 2007, NJ 2008, 155 m.nt. Mok en HR 9 november 2007, JB 2008, 22 (verworpen met art. 81 RO).

<sup>92</sup> HR 11 april 2008, AB 2008, 170, m.nt. GA v d V, NJ 2008, 5.1.9 m.nt. M.R. Mok (Gelderse zandwinning).

<sup>93</sup> Zie onder veel meer: T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, ‘Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel’, *NJB* 2008, p. 1579 – 1582; T. Barkhuysen en B.J. van Ettekov, ‘De compensatie voor schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de bestuursrechter’, *NTB* 2009, p. 129 – 476; T. Barkhuysen, ‘EHRM 26 oktober 2000, Kudla-Polen; redelijke termijn’, annotatie 34 in AB-klassiek, Deventer: Kluwer 2009, p.485 - 505; W. Dijkshoorn, ‘Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?’, *NJB* 2010, p. 1346 – 1351; A. ten Veen en A. Collignon, ‘De talmende bestuursrechter; verleden, heden en toekomst’, *O&A* 2011, p. 110 – 119.

<sup>94</sup> Deze paragraaf bouwt voort op het in de vorige noot genoemde artikel van T. Barkhuysen en B.J. van Ettekov.

<sup>95</sup> EHRM 26 oktober 2000, Kudla t. Polen, NJ 2001, 594, m.nt. Alkema, AB 2001, 275, m.nt. Verhey, EHRC 2000, 89, m.nt. Van der Velde, NJCM-Bulletin 2001, p. 71 e.v., m.nt. Barkhuysen; EHRM 11 september 2002, Mifsud t. Frankrijk, EHRC 2002, 92, m.nt. A.M.L. Jansen (waaruit duidelijk wordt dat ook met schadevergoeding kan worden volstaan).

verplichtingen van de lidstaten in dit verband uitgewerkt in o.a. de arresten *Scordino* en *Riccardo Pizzati*.<sup>96</sup> In de Nederlandse bestuursrechtspraak was het de Centrale Raad van Beroep (CRvB) die in 2004 voor het eerst inhoud gaf aan de Straatsburgse jurisprudentie, door vast te stellen of in de rechtsgang van bezwaar en (hoger) beroep de redelijke termijn was overschreden.<sup>97</sup> Voor de schadevergoeding verwees de CRvB toen nog door naar de burgerlijke rechter, waardoor voor het verkrijgen van compensatie twee rechtsgangen moesten worden doorlopen, hetgeen niet echt als een ‘effective remedy’ kan worden beschouwd. De lijn is bijgesteld in een serie uitspraken van 2007–2009. In die uitspraken hebben de Afdeling, de CRvB en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) de piketpalen geslagen voor een compensatieregeling.<sup>98</sup>

*Toepassingsbereik.* Artikel 6 EVRM heeft betrekking op zowel de ‘criminal charge’ (punitieve zaken, waaronder boetebesluiten) als op ‘civil rights and obligations’ en is daarmee op de meeste bestuursrechtelijke zaken van toepassing, waaronder uitkeringsrechten, bouwvergunningen, bestemmingsplanzaken et cetera. Sedert 2007 gelden de vereisten van artikel 6 EVRM ook voor de meeste ambtenarenzaken, namelijk geschillen over aanstelling, bevordering, salariering, ontslag e.d.<sup>99</sup> Het vreemdelingenrecht, procedures over de binnenkomst, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen, valt niet binnen het bereik van artikel 6 EVRM. De Afdeling heeft echter uitgemaakt dat in vreemdelingenzaken het recht op rechtspraak binnen een redelijke termijn wel geldt via de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel. De Afdeling is van oordeel dat de rechtszekerheid als algemeen aanvaard rechtsbeginsel, dat aan artikel 6 van het EVRM mede ten grondslag ligt, evenzeer geldt binnen de nationale rechtsorde en ook los van die verdragsbepaling ertoe noopt dat een verzoek om immateriële schadevergoeding en het daaruit voortvloeiende geschil binnen een redelijke termijn, in voorkomend geval na behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, tot finale vaststelling leidt.<sup>100</sup> De gelijkschakeling voor vreemdelingen via het rechtszekerheidsbeginsel geldt alleen voor de aanspraak op vergoeding van immateriële schade wegens schending van de redelijke termijn, en niet de door diezelfde schending veroorzaakte materiele schade.<sup>101</sup> Ook voor zaken op grond van de Wet openbaarheid van bestuur gelden de redelijke termijneisen via het rechtszekerheidsbeginsel<sup>102</sup>, net zoals in een beroep tegen een milieuvergunning, waarin de Afdeling in het midden liet of artikel 6 EVRM rechtstreeks van toepassing was<sup>103</sup>. Voor de fiscale praktijk van groot belang is het arrest van de Hoge Raad uit 2011<sup>104</sup>, met zeer lezenswaardige conclusie van AG Wattel, waarin – ook in niet punitieve belastingzaken – de eisen van de redelijke termijn via het rechtszekerheidsbeginsel worden toegepast. Uit de overwegingen blijkt dat de Hoge Raad zo

<sup>96</sup> EHRM 29 maart 2006, *Scordino* t. Italië, AB 2006, 294, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, EHRC 2006, 61, m.nt. Van der Velde; EHRM 29 maart 2006, *Pizzati* t. Italië II, JB 2006, 134, m.nt. Jansen.

<sup>97</sup> CRvB 8 december 2004, AB 2005, 73, m.nt. HB, JB 2005, 30, m.nt. JHK, USZ 2005, 56, m.nt. Barkhuysen.

<sup>98</sup> ABRvS 4 juni 2008, AB 2008, 229, m.nt. Widdershoven, JB 2008, 146, m.nt. Jansen, USZ 2008, 211, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; ABRvS 24 december 2008 (Ameland), AB 2009, 213 m. nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen, Gst 2009/13 m. nt. J.M.H.F. Teunissen, JB 2009/42, m.nt. Albers, USZ 2009/75, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; CRvB 26 januari 2009, JB 2009, 66, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

CRvB 11 juli 2008, AB 2008, 241, m.nt. Widdershoven, JB 2008, 172, m.nt. Jansen, USZ 2008, 238, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; CRvB 26 januari 2009, JB 2009, 66, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; CBB 3 maart 2009, LJV BH6281, AB 2009/304.

<sup>99</sup> EHRM 19 april 2007, *Eskelinen* e.a. t. Finland, EHRC 2007, 82, m.nt. Geurink, NJ 2007, 375, m.nt. Alkema, AB 2007, 317, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

<sup>100</sup> ABRvS 3 december 2008, AB 2009, 70, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik en ABRvS 28 januari 2009, LJV BH1101. Zie ook Hof Den Haag 19 april 2011, AB 2011/181, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

<sup>101</sup> ABRvS 18 november 2009, JB 2010/5 en EHRM 13 oktober 2009, AB 2010/216, m.nt. O.D.J.M.L. Jansen..

<sup>102</sup> ABRvS 20 mei 2009, JB 2009/167, m.nt. red.

<sup>103</sup> ABRvS 9 februari 2011, AB 2012/107, m.nt. F.A.G. Groothuijse.

<sup>104</sup> HR 10 juni 2011, AB 2011/184, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, JB 2011/162, BNB 2011, 232 m. nt. P.J. van Amersfoort. Zie ook HR 11 januari 2013, BX8359, NJB 2013/202 en BX8360, NJB 2013/203 en RvdW 2013/121.

nauw mogelijk aansluit bij de rechtspraak van de andere hoogste bestuursrechters om rechtseenheid te bewerkstelligen. Hoewel vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de ondervonden ‘spanning en frustratie’ kunnen ook rechtspersonen een beroep doen op schending van de redelijke termijn.<sup>105</sup> Dat geldt ook voor bestuursorganen in zogenaamde bestuursgeschillen, welke geschillen op zich niet vallen onder het bereik van artikel 6 EVRM. Een uitzondering wordt gemaakt voor de situatie dat zowel het eisende als het verwerende bestuursorgaan onderdeel uitmaken van dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon, dan is immateriële schadevergoeding wegens termijnoverschrijding niet mogelijk.<sup>106</sup>

*Aanvang en einde van de termijn.* De redelijke termijn van artikel 6 EVRM bestrijkt niet alleen de rechtsgang bij de rechter, maar ook (een deel van) de voorprocedure bij het bestuur. Voor het startmoment moet onderscheid worden gemaakt tussen punitieve en niet-punitieve zaken. Bij niet-punitieve zaken start de termijn zodra er een geschil is, in de regel wil dat zeggen bij de indiening van het bezwaarschrift tegen het primaire besluit of tegen het uitblijven daarvan.<sup>107</sup> Volgens de bestuursrechters start de redelijke termijn op de dag van ontvangst van het (voorlopig) bezwaarschrift door het bestuursorgaan.<sup>108</sup> De aanvraagfase maakt doorgaans geen deel uit van de redelijke termijn.<sup>109</sup> In enkele bijzondere situaties is van dat standpunt afgeweken.<sup>110</sup> Voor de beroepsfase start de (deel)termijn bij het indienen van het (voorlopig) beroepschrift.<sup>111</sup>

In zaken zonder bezwarenprocedure moest de vraag worden beantwoord of de redelijke termijn – net zoals bij bezwaar – een aanvang neemt in de bestuurlijke fase (door het indienen van zienswijzen) of pas met het instellen van beroep tegen het (definitieve) bestuursbesluit. De bestuursrechters hebben gekozen voor het laatste moment.<sup>112</sup> In asielzaken ontstaat nog geen geschil bij de reactie tegen de voorgenomen afwijzing, maar pas bij beroep tegen het daarop volgende afwijzingsbesluit.<sup>113</sup> In bestemmingsplanzaken start de redelijke termijn niet met de zienswijze tegen het ontwerp-bestemmingsplan, maar – in geval van goedkeuring van het betreffende plandeel – bij het indienen van bedenkingen.<sup>114</sup> Met het vervallen van goedkeuring door gedeputeerde staten start de redelijke termijn in bestemmingsplanzaken thans bij het instellen van beroep tegen het raadsbesluit.<sup>115</sup> De tijdsduur die is gemoeid met de voorbereiding en vaststelling van het bestemmingsplan blijft voor het bepalen van de ingangsdatum van de redelijke termijn buiten beschouwing. Ook bij toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 Awb geldt dat de redelijke termijn pas start bij het instellen van beroep op de rechter.<sup>116</sup> De CRvB heeft in een WW-zaak geoordeeld dat de redelijke termijn voor de werknemer een aanvang neemt bij kennisneming van het bezwaarschrift zoals dat door werkgever is

---

<sup>105</sup> ABRs 14 juli 2010, BN1146.

<sup>106</sup> ABRs 12 mei 2010, JB 2010/213.

<sup>107</sup> ABRvS 24 december 2008 (Ameland), AB 2009/213 m. nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen, Gst 2009, 13 m. nt. J.M.H.F. Teunissen, JB 2009, 42, m.nt. Albers; ABRs 4 maart 2009, BH4653; ABRs 20 mei 2009, BI4558, JB 2009/167 m. nt. Red.; ABRs 13 februari 2013, BZ1282.

<sup>108</sup> HR 10 juni 2011, AB 2011/184, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, JB 2011/162, BNB 2011, 232 m. nt. P.J. van Amersfoort; CRvB 15 juni 2011, USZ 2011/229, m. nt. C. Lagerweij-Duits. CRvB 22 juli 2010, BN3505: bij het ontbreken van een aantekening van ontvangst, gaat de CRvB uit van de dag na dagtekening van het bezwaarschrift.

<sup>109</sup> HR 11 januari 2013, BX8359, NJB 2013/202 en BX8360, NJB 2013/203 en RvdW 2013/121.

<sup>110</sup> CRvB 13 maart 2008, LJN BC7537 (verzoek afgeven appellabel besluit na medisch onderzoek) en CBB 3 maart 2009, LJN BH6281 (verzoek om hertaxatie in schadekwestie).

<sup>111</sup> ABRs 3 juni 2009, BI6075.

<sup>112</sup> Zie voor kritiek op deze keuze A. ten Veen en A. Collignon, ‘De talmende bestuursrechter; verleden, heden en toekomst’, *O&A* 2011, par. 1.2.

<sup>113</sup> ABRs 7 april 2010, JB 2010/128. Vgl. CRvB 10 juni 2009, BI8287.

<sup>114</sup> ABRs 23 mei 2007, BA5515, bevestigd in ABRs 1 augustus 2012, JB 2012/202.

<sup>115</sup> ABRs 14 september 2011, AB 2012/106, m.nt. F.A.G. Groothuijse.

<sup>116</sup> ABRs 9 februari 2011, AB 2012/107, m.nt. F.A.G. Groothuijse en JB 2011/82.

ingediend.<sup>117</sup> In punitieve zaken begint de termijn op het moment dat ten aanzien van de betrokkene een handeling wordt verricht waaruit deze kan opmaken dat hij wordt verdacht van een overtreding die tot boeteoplegging zou kunnen leiden. Dat is doorgaans de boetekennisgeving.<sup>118</sup>

De termijn eindigt wanneer een geschil materieel wordt beslist. Dat kan zijn met de uitspraak van de (hoogste) rechter. Met de finaliseringstendens in de bestuursrechtspraak zal het ook vaak de rechter zijn die het geschil definitief beslecht. Maar bij een tussenuitspraak in het kader van de bestuurlijke lus, bij toepassing van de judiciële lus op de voet van art. 8:113, lid 2 Awb, en ook bij een vernietiging met de opdracht een nieuw besluit te nemen is het geschil niet ten einde. Het geschil eindigt dan met de (eind)uitspraak of met het nemen van het nieuwe besluit<sup>119</sup>, althans indien daartegen door dezelfde belanghebbende geen rechtsmiddelen worden aangewend. Bij een zaak die is begonnen met een aanvraag is zelfs met herroeping van het primaire besluit door de rechter het geschil niet beëindigd, daarvoor is een nieuw besluit op die aanvraag nodig.<sup>120</sup> De rechtspraak laat zien dat er discussie kan ontstaan of een procedure zo verknoopt is met een eerder procedure, dat die voor de redelijke termijn moeten worden samengeteld.<sup>121</sup> De tijd benodigd voor het voeren van de schadestaatprocedure ex art. 8:73, lid 2 Awb wordt door de CRvB niet (meer) meegeteld voor de redelijke termijn. Maar ook de afhandeling van de schadestaatprocedure mag niet onnodig lang duren; bij een te langdurende procedure kan een (afzonderlijke) vergoeding worden toegekend.<sup>122</sup>

Als de bestuursrechter schending van de redelijke termijn heeft vastgesteld en de benadeelde vraagt niet aan de rechter om vergoeding van immateriële schade, doch lokt hierover bij het bestuur een schadebesluit uit, dan start een nieuwe procedure en in het geval het schadebesluit wordt aangevochten ook een nieuwe redelijke termijn. De tijd gemoeid met die procedure wordt niet meegeteld bij de redelijke termijn in de eerdere procedure tegen het (beweerdelijk) schadeveroorzakende besluit.<sup>123</sup>

De (soms lange) tijd gemoeid met het voeren van een prejudiciële procedure bij het Hof in Luxemburg wordt niet meegeteld bij de beantwoording van de vraag of de redelijke termijn is overschreden.<sup>124</sup> Voor overschrijding van de redelijke termijn door het Hof van Justitie zelf, kan bij dat Hof op de voet van de artikelen 268 en 340 VWEU voorziening (schadevergoeding) worden gevraagd, aldus de CRvB.<sup>125</sup> Ook de periode waarin partijen trachten een regeling in der minne te bereiken door mediation, in welke periode de behandeling in (hoger) beroep stil ligt, telt niet mee.<sup>126</sup>

*Lengte van de redelijke termijn: maatwerk of standaard?* Het EHRM bepaalt de redelijke

---

<sup>117</sup> CRvB 15 juli 2009, JB 2009/224. Bij dit oordeel kunnen vraagtekens worden geplaatst, omdat met die kennisname niet is gegeven dat er (ook) voor de werknemer sprake is van een geschil.

<sup>118</sup> ABRS 24 december 2008, BG8306, JV 2009, 145 m. nt. A.M.L. Jansen. Zie ook ABRS 9 december 2009, JB 2010/28 (WAV); ABRS 16 februari 2011, JB 2011/87, AB 2011/137, (Arbowet); ABRS 14 december 2011, JB 2012/29, m.nt. M. Maas-Cooymans (Arbowet); CBb 18 november 2010, JB 2011/55 (Mw); CBb 1 september 2011, AB 2011/310, m.nt. O.D.J.M.L. Jansen; CRvB 9 mei 2012, JB 2012/168 (WW).

<sup>119</sup> ABRS 28 mei 2008, LJN BD2637.

<sup>120</sup> ABRS 9 februari 2011, JB 2011/82.

<sup>121</sup> CRvB 18 mei 2010, ABkort 2010/203; ABRS 7 december 2012, ABkort 2013/3.

<sup>122</sup> CRvB 4 mei 2010, AB 2010/296 m. nt. A.M.L. Jansen, JB 2010/185 m.nt. red., NJB 2010/1237, RSV 2010/180, USZ 2010/223 m.nt. red.

<sup>123</sup> CRvB 29 oktober 2009, JB 2010/16.

<sup>124</sup> CBb 25 juni 2009, AB 2009/323, m.nt. Sewandono; HR 9 april 2010, AB 2010/266, m.nt. A.M.L. Jansen; CRvB 9 april 2009, JB 2009/150, m.nt. red.; CRvB 4 mei 2010, AB 2010, 296 m. nt. A.M.L. Jansen, JB 2010, 185 m. nt. red.; CRvB 14 december 2012, AB 2013/34, m.nt. A.M.L. Jansen; ABRS 6 juli 2011, AB 2013/33, m.nt. A.M.L. Jansen; ABRS 14 december 2012, AB 2013, 34 m. nt. A.M.L. Jansen, JB 2013/37.

<sup>125</sup> CRvB 14 december 2012, AB 2013, 34 m. nt. A.M.L. Jansen, JB 2013/37.

<sup>126</sup> ABRS 21 september 2011, JB 2011/257; ABRS 10 december 2012, ABkort 2013/18.

termijn per zaak aan de hand van factoren als de ingewikkeldheid van de zaak, de wijze van behandeling door het bestuursorgaan en de rechter, het processuele gedrag van partijen gedurende de hele procesgang, alsmede de aard van de maatregel en het daardoor getroffen belang van de belanghebbende ('what's at stake').<sup>127</sup> Het voordeel van deze casuïstische methode is dat maatwerk wordt geleverd; het nadeel is een gebrek aan voorspelbaarheid en rechtszekerheid.

De Nederlandse bestuursrechtshouders hebben gekozen voor een andere benadering, namelijk gefixeerde termijnen maar met de Straatsburgse factoren als correctiemogelijkheid. In *boetezaken* hanteren de bestuursrechtshouders een (maximale) redelijke termijn van vier jaar, dit onder verwijzing naar de rechtspraak van de Hoge Raad in straf- en belastingboetezaken.<sup>128</sup> Daarbij geldt dat de eerste aanleg, inclusief bezwaar, twee jaar mag duren, en het hoger beroep ook twee jaar. De standaardtermijn is daarmee ten hoogste vier jaar. Het CBB hanteert in Mededingingszaken, zaken met een complex karakter, afwijkende termijnen van vijf jaar en zes maanden dan wel vijf jaar.<sup>129</sup> De bestuursrechtshouders zijn eensgezind wat betreft de maximaal redelijke duur van het hoger beroep, die is twee jaar. In *niet-punitieve zaken* zijn de bestuursrechtshouders wat minder eensgezindheid over de lengte van de (deel)termijnen; hier is nog werk aan de winkel voor de wetgever of de Commissie rechtseenheid bestuursprocesrecht<sup>130</sup>. De belastingrechter hanteert ook in niet-punitieve zaken een termijn van vier jaar onder verwijzing naar de uitgangspunten voor strafzaken.<sup>131</sup> Volgens de CRvB is de redelijke termijn voor een procedure in drie instanties (bezwaar, beroep en hoger beroep) in beginsel overschreden als die procedure in haar geheel langer dan vier jaar in beslag heeft genomen. Is dat het geval dan moet vervolgens per instantie (bestuur / rechter) worden bezien of sprake is van een langere behandelingsduur dan gerechtvaardigd. De CRvB heeft ook deeltermijnen gesteld. Het bezwaar mag ten hoogste een half jaar duren, de behandeling van het beroep anderhalf jaar en de behandeling van het hoger beroep mag twee jaar duren. Dat wil zeggen dat er normaliter geen sprake zal zijn van onredelijk lange rechtspraak als de rechterlijke fase in haar geheel niet meer dan drie en een half jaar heeft geduurd.<sup>132</sup> Voor zaken waarin de CRvB rechtspreekt in eerste en enige aanleg, zoals in WUV-zaken, is de maximale duur van de redelijke termijn 2,5 jaar, te weten zes maanden voor bezwaar en twee jaar voor het beroep bij de CRvB.<sup>133</sup>

De Afdeling acht in niet-punitieve zaken in beginsel een procedure van ten hoogste vijf jaar redelijk, waarbij de behandeling van het bezwaar ten hoogste één jaar mag duren en

---

<sup>127</sup> EHRM 27 juni 2000, Frydlander t. Frankrijk, AB 2001/86, m.nt. L.F.M. Verhey; EHRM 29 maart 2006, Scordino t. Italië, AB 2006/294, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; EHRM 29 maart 2006, Pizzati t. Italië II, JB 2006/134, m.nt. Jansen; EHRM 14 januari 2010, AB 2011/203, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Zie ook ABRS 30 maart 2012, JB 2012/124.

<sup>128</sup> HR 22 april 2005, AB 2006/11 m. nt. A.M.L. Jansen, BNB 2005, 337 m. nt. M.W.C. Feteris; HR 19 december 2008, AB 2009/230 m. nt. A.M.L. Jansen, BNB 2009/201 m. nt. G.J.M.E. de Bont; ABRS 19 december 2008, BG1882, JV 2008/460; ABRS 24 december 2008, LJV BG8313; ABRS 16 september 2009, BJ7790; ABRS 16 februari 2011, JB 2011/87; ABRS 6 april 2011, AB 2011/353, m.nt. C.M. Saris; ABRS 21 november 2012, BY3698; CRvB 28 augustus 2008, AB 2010/17 m. nt. A.M.L. Jansen; CRvB 9 mei 2012, JB 2012/168, NJB 2012/1272, RSV 2012/234, USZ 2012/160; CBB 1 september 2011, AB 2011/310, m.nt. O.D.J.M.L. Jansen.

<sup>129</sup> CBB 3 juli 2008, LJV BD6629, AB 2009/305 m. nt. I. Sewandono, waarin het bestuur 2 jaar wordt gegeven en de rechtbank 1,5 jaar; inclusief hoger beroep van 2 jaar is dat totaal 5,5 jaar. In gelijke zin CBB 8 april 2010, BM1588. Zie ook CBB 7 juli 2010, AB 2010/235 m. nt. R. Stijnen, NJB 2010/1426 en in gelijke zin CBB 18 november 2010, JB 2011/55, waarin het CBB in een art. 6 Mw-zaak uitkomt op 5 jaar in totaal (1,5 jaar voor de bestuurlijke besluitvorming, 1,5 jaar voor de rechtbank en 2 jaar voor het hoger beroep).

<sup>130</sup> Informatie over de commissie is te vinden op [http://jaarverslag.raadvanstate.nl/de-raadals-bestuursrechter/rechtsvormende-functie/commissie-rechtseenheid-bestuursrecht/cDU87\\_Commissie-Rechtseenheid-bestuursrecht.aspx](http://jaarverslag.raadvanstate.nl/de-raadals-bestuursrechter/rechtsvormende-functie/commissie-rechtseenheid-bestuursrecht/cDU87_Commissie-Rechtseenheid-bestuursrecht.aspx).

<sup>131</sup> HR 10 juni 2011, AB 2011/184, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, JB 2011/162, BNB 2011, 232 m. nt. P.J. van Amersfoort.

<sup>132</sup> CRvB 26 januari 2009, JB 2009/66, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; CRvB 22 november 2012, BY4284.

<sup>133</sup> CRvB 9 april 2009, JB 2009/150.

de behandeling van het beroep en het hoger beroep ieder ten hoogste twee jaar.<sup>134</sup> De Afdeling heeft deze lijn doorgetrokken naar reguliere vreemdelingenzaken.<sup>135</sup> Ook het gerechtshof Den Haag hanteert een maximaal redelijke termijn van vijf jaar.<sup>136</sup> Bij rechtstreeks beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak, zoals in bestemmingsplanzaken, hanteert de Afdeling een maximale termijn van drie jaar, opgebouwd uit één jaar voor de goedkeuringsfase en twee jaar voor het beroep.<sup>137</sup> In asielzaken, waarin rechtstreeks beroep op de Afdeling wordt ingesteld, wordt een termijn gehanteerd van vier jaar, opgebouwd uit twee jaar voor de rechtbank en nog eens twee jaar voor het hoger beroep.<sup>138</sup>

Het CBb lijkt inmiddels in de meeste niet-punitieve zaken aan te sluiten bij de rechtspraak van de Afdeling, door uit te gaan van ten hoogste één jaar voor de bezwaarfase en telkens twee jaar voor beroep en hoger beroep.<sup>139</sup> Maar het CBb hanteert andere termijnen voor enkele specifieke categorieën zaken.<sup>140</sup> Volgens de CRvB zijn de standaardtermijnen voldoende ruim om enige vertraging op te vangen, zoals door het inschakelen van een deskundige.<sup>141</sup> Maar afwijkingen naar boven en beneden van de standaardtermijnen kunnen aan de orde zijn gelet op eerdergenoemde correctiefactoren van het EHRM.<sup>142</sup> Overigens kunnen deze factoren ook een rol spelen bij het bepalen van een gepaste vergoeding van immateriële schade.<sup>143</sup> Overschrijding van de redelijke termijn is niet slechts een kwestie van maanden of enkele jaren. Uit de rechtspraak blijkt dat ook overschrijdingen voorkomen van tien of (bijna) 20 jaar.<sup>144</sup>

Het ‘slagveld’ overziend moet worden vastgesteld dat de hoogste bestuursrechters, met name in niet-punitieve zaken, niet op één lijn zitten, noch wat betreft de totale termijn, noch wat betreft de gehanteerde deeltermijnen.<sup>145</sup> Een aandachtspunt uit oogpunt van de – ook volgens de bestuursrechters – wenselijk geachte rechtseenheid.

*Alleen bezwaar, geen beroep.* Niet elke overschrijding van een deeltermijn levert een schending van de redelijke termijn op. De rechtzoekende kan geen compensatie claimen in de situatie dat de bezwaarfase te lang heeft geduurd, dat wil zeggen meer dan zes maanden respectievelijk een jaar, indien daaropvolgend geen (hoger) beroep op de bestuursrechter

---

<sup>134</sup> ABRvS 24 december 2008 (Ameland), AB 2009, 213 m. nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen, GST 2009, 13 m. nt. J.M.H.F. Teunissen, JB 2009, 42, m.nt. Albers, USZ 2009, 75, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; ABRS 7 april 2010, JB 2010/128, NJB 2010/880; ABRS 21 september 2011, JB 2011/257 (WAV, niet-punitief).

<sup>135</sup> ABRvS 17 april 2009, BI2283, JV 2009/240.

<sup>136</sup> Hof Den Haag 24 februari 2009, BH4212, NJ 2010/7 m. nt. E.A. Alkema.

<sup>137</sup> ABRS 1 augustus 2012, JB 2012/202.

<sup>138</sup> ABRS 30 maart 2012, JB 2012/124.

<sup>139</sup> CBb 25 juni 2009, JB 2009/210 (Gwd); CBb 10 februari 2010, BM1611 (schadebesluit); CBb 8 juli 2010, BN4148, JB 2010/211 (energie-investeringsaftrek); CBb 8 september 2010, AB 2010/264 (naheffing).

<sup>140</sup> CBb 3 maart 2009, AB 2009/304, m.nt. Sewandono, waarin het CBb op een maximale termijn van vier jaar uitkomt, te weten één jaar voor het nemen van het primaire besluit n.a.v. een verzoek om hertaxatie, ook één jaar voor bezwaar, en twee jaar voor beroep op het College. Die uitspraak is tevens één van de schaarse voorbeelden van een niet-punitieve zaak waarin de termijn start met het doen van de aanvraag en niet met de ontvangst van het bezwaarschrift. Vgl. CBb 28 april 2009, BI5034.

<sup>141</sup> CRvB 30 juni 2009, JB 2009/208.

<sup>142</sup> Hiervoor zagen we al in boetezaken dat de complexiteit van de zaak kan leiden tot een verlenging van de termijn, CBb 18 november 2010, JB 2011/55. Zie ook CRvB 15 april 2010, BM1607. Verlenging kan ook aan de orde zijn bij instemming tussen rechtzoekende en bestuur, CRvB 18 juni 2009, ABkort 2009/346, en in zaken waarin vertraging is opgetreden door herhaalde uitstelverzoeken van de rechtzoekende, CRvB 4 mei 2010, JB 2010/185, of door een groot aantal (17) bezwaarzaken in combinatie met noodzakelijk tussentijds overleg, CRvB 22 juli 2010, BN3505. Zie voorts CRvB 28 april 2010, JB 2010/168, waarin de CRvB in het inschakelen van twee medisch deskundigen aanleiding zag de termijn voor een rechterlijke instantie te verlengen met een half jaar. Zie in gelijke zin CRvB 19 januari 2011, JB 2011/72.

<sup>143</sup> In CRvB 13 juli 2010, BN5121, kent de Raad wegens het voor de rechtzoekende onnodig belastende, complexe besluitvormingstraject € 5.000 aan schadevergoeding toe in plaats van de door het bestuur aangeboden €3.000.

<sup>144</sup> CRvB 9 februari 2010, BJ4470, waarin een overschrijding van 15 jaar en elf maanden wordt vastgesteld, die leidt tot een door het UWV te betalen vergoeding van € 11.500 en door de Staat van € 4.500. Zie ook Rechtbank Almelo 28 april 2010, BM5237, waarin de overschrijding 12 jaar betrof en een veroordeling tot betaling van € 12.000 werd uitgesproken.

<sup>145</sup> Zie voor een kritische bespreking T. Barkhuysen en B.J. van Ettekov, ‘De compensatie voor schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de bestuursrechter’, NTB juni 2009, par. 3.3.



wordt ingesteld.<sup>146</sup> De vraag kan worden gesteld hoe deze lijn zich verhoudt tot het oordeel van de bestuursrechters dat de redelijke termijn een aanvang neemt met de ontvangst van het bezwaarschrift.<sup>147</sup> De benadeelde kan wel een beroep doen op de Wet dwangsom (art. 4:17 e.v. Awb) bij niet tijdig beslissen. De wettelijke beslistermijn zal in de regel immers zijn overschreden als de redelijke termijn in bezwaar is overschreden, omdat de wettelijke beslistermijn doorgaans korter is dan de redelijke termijn in bezwaar. Om dwangsommen te laten verbeuren moet het bestuur in gebreke worden gesteld (art. 4:17, lid 3 Awb).

*Compensatie tussen termijnen.* Overschrijding van een deeltermijn leidt niet tot aansprakelijkheid als compensatie mogelijk is tussen de verschillende fasen van de procedure (bezwaar, beroep en hoger beroep) in die zin dat een (te) trage afhandeling in de ene fase kan worden gecompenseerd door een voortvarende behandeling van de zaak in een volgende fase. De Hoge Raad heeft in 2005 overwogen ‘dat denkbaar is dat een zaak in een eerdere fase met bijzondere voortvarendheid is behandeld, zodanig dat de overschrijding van de redelijke termijn in een latere fase daardoor wordt gecompenseerd’.<sup>148</sup> De mogelijkheid van compensatie is sedertdien ook door de andere hoogste bestuursrechters aanvaard.<sup>149</sup> Daarbij is compensatie slechts mogelijk in ‘één fase van de procedure’.<sup>150</sup> Dat wil zeggen dat tussen beroep en hoger beroep kan worden gecompenseerd, maar niet tussen de eerste procedure bij de rechtbank en – na vernietiging – een tweede procedure bij de rechtbank. Verder moet de rechtbank beslissen op een verzoek om compensatie en mag de rechtbank niet anticiperen op compensatie door een mogelijk voortvarende afhandeling van het hoger beroep.<sup>151</sup> Indien een verzoek om vergoeding van immateriële schade wegens schending van de redelijke termijn is gedaan, mag de rechtbank in geval van een gegrond beroep en vernietiging van het besluit het bestuur niet opdragen het schadeaspect te betrekken bij zijn nadere besluitvorming ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank als de beoordeling van het schadeaspect niet afhankelijk is van de nadere besluitvorming. En dat zal - anders dan bij materiële schade - niet snel het geval zijn.<sup>152</sup>

*Klacht en/of verzoek.* Artikel 8:73 Awb geeft de bestuursrechter de mogelijkheid schadevergoeding toe te kennen, indien het beroep gegrond is en als een verzoek om schadevergoeding is gedaan. Bestuursrechters moeten ambtshalve de rechtsgronden van het beroep c.q. de beroepsgronden aanvullen (art. 8:69, lid 2 Awb). Dit roept de vraag op of de bestuursrechter een klacht over de (te) lange procedure moet ‘vertalen’ in een beroep op schending van de redelijke termijn en die klacht tevens moet opvatten als een verzoek om schadevergoeding. De CRvB lijkt hier een strengere lijn te volgen dan de Afdeling. Volgens de CRvB moet echt een verzoek tot schadevergoeding worden gedaan en wel tijdens de beroepsprocedure.<sup>153</sup> De Afdeling is van oordeel dat in een klacht dat de redelijke termijn is geschonden een verzoek om vergoeding van de door de beweerde schending geleden schade wordt geacht besloten te liggen.<sup>154</sup> In het geval de rechtzoekende uitdrukkelijk verzoekt alleen vast te stellen dat de redelijke termijn in de bestuurlijke fase van de procedure is overschreden

---

<sup>146</sup> CRvB 29 april 2009, JB 2009/152, m.nt. red.; ABRS 17 juni 2009, ABkort 2009/258; ABRS 18 november 2009, JB 2010/257, m.nt. A.J. Bok; HR 11 januari 2013, BX8359, NJB 2013/202 en BX8360, NJB 2013/203 en RvdW 2013/121.

<sup>147</sup> Zie hierover T. Barkhuysen en B.J. van Ettehoven, ‘De compensatie voor schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de bestuursrechter’, *NTB* 2009, par. 3.3.

<sup>148</sup> HR 22 april 2005, AT4464, JB 2005, 166 m. nt. D.W.M. Wenders.

<sup>149</sup> CRvB 17 februari 2010, BL4247, RSV 2010/128; USZ 2010/110;

<sup>150</sup> CRvB 4 mei 2010, BM4993.

<sup>151</sup> ABRS 4 maart 2009, AB 2009/236, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden; JB 2009, 82 m.nt. red., waarnaar wordt verwezen in ABRS 26 april 2011, BQ3236, JV 2011, 277.

<sup>152</sup> ABRS 3 juni 2009, BI6092, AB 2009/249, m.nt. D.W.M. Wenders.

<sup>153</sup> CRvB 12 november 2010, BO4583.

<sup>154</sup> CRvB 3 januari 2008, AB 2008/211, m.nt. Jansen; ABRvS 4 juni 2008, AB 2008/229, m.nt. Widdershoven, JB 2008/146, m.nt. Jansen; ABRvS 24 december 2008 (Ameland), AB 2009, 213 m. nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen, Gst 2009/13 m. nt. J.M.H.F. Teunissen, JB 2009/42, m.nt. Albers; ABRvS 4 maart 2009, LJV BH4667; ABRS 26 april 2011, BQ3236, JV 2011/277; ABRS 1 augustus 2012, BX3269, JB 2012/202.

en dat een verzoek om vergoeding van schade niet in het verzoek besloten ligt, bestaat er volgens de Afdeling geen aanleiding over te gaan tot een veroordeling tot betaling van immateriële schadevergoeding.<sup>155</sup> Een verzoek om schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn kan, evenals een beroep op schending van het rechtszekerheidsbeginsel, op elk moment in de procedure worden gedaan, omdat de redelijke termijn ziet op de periode waarbinnen de totale procedure moet zijn afgerond.<sup>156</sup> Indien het verzoek pas op zitting wordt gedaan, kan de goede procesorde meebrengen dat de behandeling wordt aangehouden om het bestuur de gelegenheid te bieden op het verzoek te reageren.

*Ambtshalve toetsing?* Ambtshalve toetsing houdt in dat de rechter aan een rechtsregel toetst ongeacht of partijen zich op die rechtsregel hebben beroepen. Ambtshalve toetsing geschiedt bij bepalingen van openbare orde, met name regels over ontvankelijkheid en bevoegdheid. Zo toetst de hoger beroepsrechter ambtshalve de ontvankelijkheid van het hoger beroep. In hoger beroep kan niet worden volstaan met een verzoek om toekenning van schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn, indien het verzoek niet (mede) is gericht tegen de aangevallen uitspraak.<sup>157</sup> Verdragsrechten zijn van groot gewicht, maar niet per definitie van openbare orde. Hoe zit het met het recht op rechtspraak binnen een redelijke termijn? Moet de rechtzoekende zich op dat recht beroepen om het te effectueren, of moet de rechter de redelijke termijn ambtshalve controleren? Ook in dit kader is het van belang onderscheid te maken tussen punitieve zaken en niet-punitieve zaken. In *punitieve zaken*, namelijk premiezaken waarin tevens een boete was opgelegd, beoordeelde de CRvB ambtshalve of de redelijke termijn was geschonden. In het feit dat de redelijke termijn riant was overschreden zag de CRvB aanleiding de opgelegde boete met driekwart te reduceren.<sup>158</sup> Uit het hiervoor genoemde arrest van 19 december 2008 kan worden afgeleid dat de Hoge Raad ambtshalve toetst of de redelijke termijn in de cassatieprocedure is overschreden. ‘De Hoge Raad oordeelt in volle omvang over de eventuele overschrijding van de redelijke termijn (mede) als gevolg van het tijdsverloop ná de uitspraak waartegen beroep in cassatie is ingesteld.’<sup>159</sup> Ook uit een meer recent arrest lijkt te kunnen worden afgeleid dat de belastingrechter in punitieve zaken de al dan niet overschrijding van de redelijke termijn ambtshalve toetst.<sup>160</sup>

Niet alle bestuursrechters zitten echter op deze lijn. De Afdeling heeft in 2009 in een zaak over een WAV-boete overwogen dat de rechtzoekende in staat was te klagen over schending van de redelijke termijn, doch dit had nagelaten. Door onder die omstandigheden ambtshalve te beoordelen of sprake was van een overschrijding van de redelijke termijn, is de rechtbank buiten de grenzen van het geschil getreden.<sup>161</sup> Hieruit kan worden afgeleid dat voor ambtshalve toetsen aan de redelijke termijn(ook) geen plaats is/was. De Afdeling maakt een uitzondering voor de situatie dat de redelijke termijn is overschreden ten tijde van de openbaarmaking van de uitspraak, maar nog niet toen het onderzoek (ter zitting) werd gesloten. In die situatie kon de rechtzoekende immers niet klagen over schending van die termijn, en moet de rechter ambtshalve toetsen of die termijn ten tijde van de uitspraak is overschreden en, zo ja, daaraan gevolgen verbinden.<sup>162</sup> In het geval de rechtbank het onderzoek heropent nadat de redelijke termijn (deeltermijn) is overschreden, en de

<sup>155</sup> ABRS 27 juni 2012, BW9560.

<sup>156</sup> ABRS 14 juli 2010, BN1146; ABRS 21 september 2011, JB 2011/257.

<sup>157</sup> CRvB 10 juni 2010, BM9086, JB 2010/209.

<sup>158</sup> CRvB 29 april 2004, AO8650, USZ 2004/227, met verwijzing naar de uitspraken gepubliceerd in RSV 1992/258 en RSV 1996/144.

<sup>159</sup> HR 19 december 2008, AB 2009/230 m.nt. A.M.L. Jansen, BNB 2009/201 m. nt. G.J.M.E. de Bont. Zie ook HR 27 januari 2006, AR6478, en HR 14 augustus 2008, BJ5158.

<sup>160</sup> HR 16 september 2011, AB 2012/149, m.nt. B.W.N. de Waard; zie ook onderdeel 7 ‘Toekenning van ambtswege van immateriële schadevergoeding wegens termijnoverschrijding?’ van de advocaat-generaal P.J. Wattel.

<sup>161</sup> ABRS 16 december 2009, JB 2010/32, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

<sup>162</sup> ABRS 10 februari 2010, AB 2010/340, JB 2010/98; in gelijke zin ABRS 17 maart 2010, JB 2010/108.

rechtzoekende klaagt niet over die overschrijding terwijl hij daartoe wel in de gelegenheid was, dan is de rechtbank niet gehouden te toetsen of sprake was van een schending.<sup>163</sup> Al met al is niet duidelijk of in boetezaken ambtshalve moet worden getoetst op termijnoverschrijding, althans de Hoge Raad en de Afdeling lijken op dit punt uiteen te lopen. Het is wenselijk dat de overige bestuursrechters (CRvB en CBb) op dit punt een uitdrukkelijk standpunt innemen.

In *niet-punitieve* zaken volgt uit de rechtspraak dat overschrijding van de redelijke termijn niet wordt gerekend tot de ambtshalve te toetsen aspecten van de zaak. De rechtzoekende zal zich dus moeten beklagen over de lange duur van de procedure wil de rechter er een oordeel over geven.

*Aandeel bestuur versus aandeel rechter(s)*. Als het start- en eindmoment van de redelijke termijn zijn bepaald, kan – gegeven de lengte van de redelijke termijn in de betreffende soort zaak – worden vastgesteld of die termijn is overschreden. Vervolgens moet worden vastgesteld welke actoren verantwoordelijk zijn voor de termijnoverschrijding: bestuur en/of rechter(s). Dat is het bestuur indien de afhandeling van het bezwaar langer heeft geduurd dan zes maanden (CRvB) dan wel één jaar (ABRS). Dat is de rechtbank indien de afhandeling van het beroep langer heeft geduurd dan anderhalf jaar (CRvB) of twee jaar (ABRS). En dat is de rechter indien het hoger beroep of het beroep in eerste en enige aanleg langer heeft geduurd dan twee jaar (CRvB, CBb en ABRS). Het bestuur wordt echter verantwoordelijk gehouden voor de gehele overschrijding, indien het bestuur de bezwaartermijn heeft overschreden en de rechters telkens binnen de voor hun geldende maximale behandelingsduur zijn gebleven. Met verwijzing naar de Afdeling verwoordt de CRvB het aldus: ‘In een geval als dit, waarin een vernietiging door de Raad van een besluit op bezwaar leidt tot een hernieuwde behandeling van het bezwaar en - eventueel - een hernieuwde behandeling door de rechter, moet de overschrijding van de redelijke termijn in beginsel volledig aan het bestuursorgaan worden toegerekend. Indien echter in de loop van de hele procedure een of meer keren sprake is (geweest) van een langere behandelingsduur bij een rechterlijke instantie dan gerechtvaardigd, dan komt de periode waarmee die rechterlijke instantie de behandelingsduur heeft overschreden, niet voor rekening van het bestuursorgaan maar van de Staat (in het geval van een rechtbank en de Raad: het ministerie van Justitie).’<sup>164</sup>

Voor zogenaamde ‘pingpong’-zaken<sup>165</sup> luidt de formule als volgt: ‘In een procedure waarin twee volledige rondes (dat wil zeggen bezwaar, beroep, hoger beroep, bezwaar, beroep, hoger beroep) worden doorgemaakt is de nog als redelijk aan te merken termijn vier jaar, waarbij de termijn voor de bestuurlijke fase ten hoogste een half jaar is, de termijn voor het beroep ten hoogste anderhalf jaar is en de termijn voor het hoger beroep ten hoogste twee jaar is. De termijn boven de vier jaar komt voor rekening van het bestuursorgaan, tenzij in één of beide rechterlijke fase(s) de behandelingsduur langer dan drie en een half jaar is geweest. De termijn die langer is dan drie en een half jaar, komt voor rekening van de Staat der Nederlanden.’<sup>166</sup> Een voorbeeld: als het bestuur zeven maanden over de afhandeling van het bezwaar heeft gedaan en de totale procedure heeft 7 jaar en zeven maanden geduurd, dan komt de overschrijding van drie jaar en zeven maanden voor rekening van het bestuur, die vervolgens acht x € 500.- = € 4.000.- aan immateriële schadevergoeding moet vergoeden.

<sup>163</sup> ABRS 17 februari 2010, BL4163.

<sup>164</sup> ABRvS 24 december 2008 (Ameland), BG8294, AB 2009/213 m. nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen, Gst 2009/13 m. nt. J.M.H.F. Teunissen, JB 2009/42 m. nt. C.L.G.F.H. Albers; CRvB 25 maart 2009, BH9991, JB 2009/138 m. nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

<sup>165</sup> Zaken waarin de zaak meermalen aan de rechter moet worden voorgelegd voordat het geschil tot een einde komt. Zie bijv. CRvB 25 maart 2009, BH9991; CRvB 29 mei 2009, BI6865; CRvB 4 juni 2009, ABkort 2009/289 en CRvB 1 april 2010, JB 2010/164, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

<sup>166</sup> CRvB 18 januari 2013, BY8815, NJB 2013/358; ABRS 21 september 2011, JB 2011/257.

Pogingen van verschillende bestuursorganen om een - in hun ogen - meer billijke verdeling te bewerkstelligen tussen het aandeel van het bestuur en dat van de rechter zijn tot nu allemaal gestrand.

*Spanning en frustratie.* Het gevolg van overschrijding van de redelijke termijn is dat bij de rechtzoekende als gevolg van de lange procedure ‘daadwerkelijke spanning en frustratie’ wordt verondersteld.<sup>167</sup> Het gaat om een fictie, een weerlegbaar (rechts)vermoeden.<sup>168</sup> Tegenbewijs door het bestuur is mogelijk en onderzoek door de rechter kan geboden zijn, althans volgens de CRvB. ‘Slechts wanneer het bestuursorgaan concrete omstandigheden aandraagt die aanleiding vormen om te twijfelen aan de aanwezigheid van spanning en frustratie, of wanneer de rechter zelf dergelijke omstandigheden onderkent, zal de rechter op dit punt onderzoek moeten verrichten. De door het Uvw aangevoerde omstandigheid dat appelland niet heeft geïnformeerd naar het uitblijven van een besluit op zijn bezwaarschrift en evenmin gebruik heeft gemaakt van de hem op grond van artikel 6:2 van de Awb ten dienste staande mogelijkheid om rechtsmiddelen aan te wenden teneinde de voortgang te versnellen, kan niet leiden tot de conclusie dat getwijfeld moet worden aan de aanwezigheid van spanning en frustratie. Nu voorts ook de Raad zelf dergelijke omstandigheden niet aanwezig acht, ziet de Raad anders dan de rechtbank geen grond voor het oordeel dat een vergoeding van € 5.500,- niet in verhouding staat tot de veronderstelde spanning en frustratie door de lange afhandelingsduur van het bezwaarschrift.’<sup>169</sup> Hiervoor kwam al aan de orde dat ook rechtspersonen worden verondersteld ‘spanning en frustratie’ te kunnen ondervinden.<sup>170</sup>

*Vorm van de compensatie.* De veronderstelde spanning en frustratie is een vorm van immateriële schade die moet worden gecompenseerd. In de rechtspraak komen we drie soorten compensatie tegen: a. de enkele vaststelling dat de redelijke termijn is geschonden, b. matiging van een punitieve sanctie, of c. een vergoeding in geld.

a. De rechter volstaat met de enkele vaststelling dat de redelijke termijn is geschonden als de rechtzoekende daarom vraagt.<sup>171</sup> In een procedure tegen een terugvorderingbesluit, waarin de belanghebbende tijdens de onredelijk lange procedure voordeel had genoten van hetgeen onverschuldigd was betaald aan uitkering/subsidie, werd volstaan met de vaststelling van de schending.<sup>172</sup> Soms wordt de hoogte van de immateriële schadevergoeding gematigd (50%) wegens genoten voordeel, te weten het kunnen beschikken over geldbedragen, waarop geen recht bestond.<sup>173</sup> Ook in een zaak met een zeer gering belang (leges van € 11,34) werd de schending van de redelijke termijn met de vaststelling daarvan toereikend gecompenseerd geacht.<sup>174</sup> De Afdeling lijkt teruggekomen op een uitspraak waarbij het alsnog verstrekken van een verblijfsvergunning werd aangemerkt als toereikende compensatie voor schending van de redelijke termijn in een eerdere procedure.<sup>175</sup> In een meer recente uitspraak overweegt de Afdeling dat de omstandigheid dat belanghebbende met terugwerkende kracht in het bezit is gesteld van een verblijfsvergunning, weliswaar betekent dat in ieder geval vanaf dat moment aan de spanning en frustratie opleverende onzekerheid over zijn verblijfsrechtelijke positie een definitief einde is gekomen. Maar, ‘anders dan de staatssecretaris kennelijk

<sup>167</sup> ABRS 6 juni 2007, AB 2007/220 m.nt. A.M.L. Jansen, JB 2007/144 m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

<sup>168</sup> Hof Den Haag 19 april 2011, AB 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (weerlegbaar vermoeden).

<sup>169</sup> CRvB 15 december 2010, BP1398, JB 2011/70, RSV 2011/ 142 (tegenbewijs mogelijk).

<sup>170</sup> CRvB 22 december 2005, JB 2006/63 m.nt. A.M.L. Jansen, met een verwijzing naar EHRM 6 april 2000, NJ 2000/612; ABRS 14 juli 2010, BN1146; ABRS 27 juni 2012, BW9560, r.o. 2.10.5. Zie voor een afwijkend oordeel CBb 24 juni 2008, AB 2009/228, m.nt. A.M.L. Jansen.

<sup>171</sup> ABRS 27 juni 2012, BW9560.

<sup>172</sup> CRvB 23 november 2006, AZ0644, TAR 2007/170, r.o. 4.6.1; ABRvS 19 november 2003, AN8332, AB 2004/27, m.nt. A.M.L. Jansen; JB 2004/15.

<sup>173</sup> ABRS 2 december 2009, JB 2010/26.

<sup>174</sup> ABRvS 26 maart 2008, BC7604.

<sup>175</sup> ABRvS 28 januari 2009, BH1101, JV 2009/128.

betoogt, is belanghebbende niet reeds daarom toereikend gecompenseerd voor overschrijding van de redelijke termijn, nu er geen objectieve gronden zijn voor het oordeel dat de verblijfsvergunning is verleend als compensatie voor tijdsverloop.<sup>176</sup>

b. In boetezaken zoekt de bestuursrechter aansluiting bij de rechtspraak van de Hoge Raad in strafzaken en punitieve belastingzaken.<sup>177</sup> Op de boete vindt een reductie van 5% plaats bij een overschrijding van de redelijke termijn van zes maanden of minder, 10% bij een overschrijding van zes tot twaalf maanden. Daarbij gelden de randvoorwaarden dat de vermindering niet meer dan € 2.500 kan bedragen en dat bij boetes van minder dan € 1.000 geen reductie wordt toegepast en wordt volstaan met de constatering van een schending van de redelijke termijn. Bij een overschrijding van de redelijke termijn van meer dan twaalf maanden wordt naar bevind van zaken gehandeld.<sup>178</sup> De CRvB hanteerde in premiezaken in combinatie met boetes bij schending van de redelijke termijn hogere kortingspercentages en zelfs een nihilstelling.<sup>179</sup>

c. In niet-punitieve zaken hebben de hoogste bestuursrechters een standaardtarief bepaald van € 500 vergoeding voor elke zes maanden dat de redelijke termijn is overschreden, met een afronding naar boven.<sup>180</sup> Is de ten hoogste redelijke termijn vier jaar en heeft de procedure in totaal zes jaar en drie maanden geduurd, dan is de overschrijding twee jaar en drie maanden en dient dus vijf x € 500 = € 2.500 te worden vergoed. De bestuursrechter hanteert genoemd tarief strikt, er wordt niet van afgeweken. Maatwerk wordt geleverd door in een voorkomend geval de lengte van de redelijke termijn te verlengen. Met dit systeem hanteren de bestuursrechters een andere methode dan het EHRM, die – als een schending van de redelijke termijn is vastgesteld - een vergoeding toekent voor elk jaar dat een procedure heeft geduurd. De nationale rechter komt, gelet op de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM in de zaak *Scordino t. Italië*, discretie toe bij het bepalen van de nationale schadevergoedingsstandaard, mits deze in het licht van de Straatsburgse standaard niet ‘unreasonable’ is, in lijn is met de ‘legal tradition’ en de levensstandaard van het betrokken land, en het bedrag ook snel wordt toegekend en uitbetaald. De door de Afdeling en de CRvB gekozen lijn is niet royaal, maar daarmee lijkt wel aan de Straatsburgse eisen te worden voldaan.

*Gedeelde smart is .. ?* De aanspraak op schadevergoeding voor schending van de redelijke termijn wordt door de bestuursrechters gematigd, indien door een aantal belanghebbenden samen is geprocedeerd tegen één besluit of tegen gelijklopende besluiten; een ‘gedeelde smart is halve smart’- redenering. Het EHRM heeft in 2008 in een Griekse zaak de toon gezet door te bepalen dat de 91 artsen niet ieder in aanmerking kwamen voor € 7.000 aan schadevergoeding, maar ‘slechts’ voor € 3.500 omdat het samen procederen een matigende invloed kan hebben gehad op de mate van stress, ongemak en onzekerheid die wordt ondervonden door de onredelijk lang durende procedure.<sup>181</sup> De CRvB matigde in een zaak met 11 appellanten de schadevergoeding van € 1.500 per appellant met 50% tot € 750 in

<sup>176</sup> ABRS 7 april 2010, BM0213, AB 2010, 206 m.nt. F.M.J. den Houdijker.

<sup>177</sup> HR 22 april 2005, AB 2006/11 m.nt. A.M.L. Jansen, JB 2005/166, m.nt. Wenders, BNB 2005, 337 m. nt. M.W.C. Feteris; HR 19 december 2008, AB 2009, 230 m. nt. A.M.L. Jansen, BNB 2009, 201 m. nt. G.J.M.E. de Bont; ABRS 6 april 2011, AB 2011/353, m.nt. C.M. Saris (korting 5%); CBb 8 april 2010, BM 1588 (10% met een maximum van €10.000 per boete), zie ook CBb 18 november 2010, JB 2011/55 (idem).

<sup>178</sup> Hof Amsterdam 2 juli 2009, NTFR 2009/1549, VN 2009/37.5 m. nt. Kluwer, waarin het Hof ook richtlijnen geeft voor overschrijdingen van meer dan twaalf maanden (1 tot 2 jaar, 15% korting, met een maximum van € 10.000, en bij 2 jaar of meer, 20% korting met een maximum van € 20.000).

<sup>179</sup> CRvB 22 juli 2004, AQ5850, USZ 2004/309 (nihilstelling); CRvB 20 oktober 2005, AU6382, USZ 2005/419 (matiging met 50%).

<sup>180</sup> ABRvS 24 december 2008 (Ameland), AB 2009/213 m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen, Gst 2009/13 m.nt. J.M.H.F. Teunissen, JB 2009/42, m.nt. Albers; CRvB 26 januari 2009, JB 2009/66, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; CBB 3 maart 2009, LJN BH6281.

<sup>181</sup> EHRM 15 februari 2008, AB 2008/140, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; RSV 2008/120.

overeenstemming met het daartoe strekkend aanbod van de Staat.<sup>182</sup> De Afdeling past bij gedeelde smart geen korting toe, maar deelt de standaardvergoeding door het aantal appellanten. Zo moesten elf appellanten die opkwamen tegen een besluit tot goedkeuring van een bestemmingsplan de schadevergoeding van € 2.000 delen, zodat hen per persoon € 181,82 toekwam.<sup>183</sup> Het beroep van het bestuur op de ‘gedeelde smart’-regeling wordt niet altijd gehonoreerd; in een zaak van gezinsleden die gelijktijdig hadden geprocedeerd tegen de afwijzing van individuele asielaanvragen kende de Afdeling per persoon een schadevergoeding toe van € 2.500.<sup>184</sup> Soms wordt niet aangenomen dat gezamenlijk, als groep, is geprocedeerd, zoals bij een aantal over Turkije verspreid wonende Turken die ieder afzonderlijk hadden geprocedeerd tegen soortgelijke besluiten van het UWV over de afbouw van toeslag. Het feit dat de Turken dezelfde gemachtigde hadden, was onvoldoende om ‘gedeelde smart’ aan te nemen.<sup>185</sup>

*Dwangsom versus schadevergoeding.* Wat als het bestuur een dwangsom moet betalen (of heeft betaald) wegens overschrijding van de geldende beslistermijn op grond van de dwangsomregeling van art. 4:17 e.v. Awb en/of afdeling 8.2.4.a Awb? Kan het bestuur dan worden gehouden ook nog eens schadevergoeding te betalen wegens schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM? De CRvB beantwoordde die vraag bevestigend: ‘Anders dan de rechtbank is de Raad van oordeel dat het ontvangen van € 30.000,- aan verbeurde dwangsommen los staat van de vraag of schadevergoeding moet worden toegekend vanwege overschrijding van de redelijke termijn. De dwangsommen zijn verbeurd omdat de minister niet heeft voldaan aan de opdracht van de rechtbank om binnen de daarvoor gegeven termijn een beslissing op bezwaar af te geven. Het opleggen van een dwangsom is een maatregel gericht op het verkrijgen van een beslissing en is niet bedoeld als vergoeding van mogelijke immateriële schade die het gevolg is van het te lang duren van een procedure.’<sup>186</sup> De vergoeding voor de geleden immateriële schade mag niet worden gezien als druk- of bestraffingsmiddel richting het bestuur.<sup>187</sup>

*Formele rechtsbescherming.* De rechtzoekende kan in elke rechterlijke procedure (straf, bestuur of civiel) zijn beklag doen over termijnoverschrijding. Een gegronde klacht leidt in een strafprocedure tot een vermindering van de straf (gevangenisstraf, hechtenis, boete of taakstraf) via de uitgangspunten en regels aangereikt door de Hoge Raad.<sup>188</sup> Bij een zeer ernstige schending van de redelijke termijn kan ook niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie volgen.<sup>189</sup> De strafrechter biedt geen soelaas bij een vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging in combinatie met een schending van de redelijke termijn. Vermoedelijk moet de schadevergoeding dan worden verkregen via een separate procedure bij de burgerlijke rechter. Als de termijnoverschrijding heeft plaatsgevonden in het vernietigingsberoep bij de bestuursrechter dan heeft de rechtzoekende thans drie wegen om zijn schadeclaim aan de rechter voor te leggen. Dat kan via de nevenvordering van artikel 8:73 Awb (1), via bezwaar en beroep tegen een door de benadeelde bij het bestuur aangevraagd (zelfstandig) schadebesluit (2), en via een vordering op grond van onrechtmatige

<sup>182</sup> CRvB 23 februari 2012, JB 2012/96.

<sup>183</sup> ABRS 1 augustus 2012, JB 2012/202. Zie ook ABRS 9 februari 2011, JB 2011/82 (vergoeding € 4.000, 10 appellanten, matiging met 90%, € 400 p.p.); ABRS 25 mei 2011, JB 2011/167 (vergoeding € 500, 20 (rechts)personen, dus € 25 p.p.); ABRS 24 augustus 2011, AB 2012/35 (vergoeding € 3.500, rechtbank terecht gedeeld over de eisers, vergoeding p.p. ongeveer € 100).

<sup>184</sup> ABRS 3 november 2010, JB 2010/273.

<sup>185</sup> ABRS 14 december 2010, AB 2013/ 34 m.nt. A.M.L. Jansen, JB 2013/37, NJB 2013 80.

<sup>186</sup> CRvB 8 september 2011, JB 2011/265, NJB 2011/1844, TAR 2012/26, USZ 2011/309 m. nt. C. Lagerweij-Duits.

<sup>187</sup> ABRS 25 mei 2011, JB 2011/167.

<sup>188</sup> HR 17 juni 2008, AB 2009/231 m. nt., NJ 2008/358 m. nt. P.A.M. Mevis.

<sup>189</sup> Hof Den Bosch 16 januari 2013, BZ0191, waarin het vanwege die schending zelf n.o.-verklaring had gevorderd.

daad (art. 6:162 BW) bij de burgerlijke rechter (3).<sup>190</sup> Bij de toepassing van (1) *artikel 8:73 Awb* is vermeldenswaard dat de bestuursrechter alleen bij een gegrond beroep aan schadevergoeding kan toekomen, hetgeen zich laat verklaren doordat gegrondverklaring van het beroep altijd samengaat met (gehele of gedeeltelijke) vernietiging van het bestreden besluit (art. 8:72, lid 1 Awb). En bij vernietiging van het besluit is de onrechtmatigheid er van gegeven. De rechter mist echter een wettelijke grondslag voor een veroordeling tot schadevergoeding als het besluit op zich de rechterlijke toets kan doorstaan (de beroepsgronden slagen niet, het beroep is ongegrond), maar terecht wordt geklaagd over de onredelijk lange duur van de procedure. In die situatie past de bestuursrechter artikel 8:73 Awb ‘verdragsconform’ toe. Dat klinkt mooi, maar is ‘contra legem’ handelen van de rechter en dat past de rechter niet. De wetgever dient dit gebrek aan wettelijke grondslag daarom op te lossen.<sup>191</sup> Het is daarbij opvallend dat de bestuursrechters verschillende technieken toepassen om hetzelfde doel te bereiken, met en zonder toepassing van artikel 8:72, lid 3 Awb.<sup>192</sup> Indien de termijnoverschrijding geheel is te wijten aan het bestuur, kan de bestuursrechter volstaan met het veroordelen van dat bestuur tot schadevergoeding. Indien de termijnoverschrijding echter (deels) is te wijten aan de bestuursrechter(s) dan dient – als aansprakelijke voor het doen en nalaten van de rechterlijke macht – de Staat in de procedure te worden betrokken (en voor deze de minister van V en J, die de Raad voor de rechtspraak heeft gemandateerd namens hem te verschijnen).<sup>193</sup> Het betrekken van de Staat als derde-partij in de procedure geschiedt door creatief gebruik van artikel 8:26 Awb, ook weer ‘verdragsconform’. Ook deze praktijk staat op gespannen voet met de tekst van de wet, omdat de Staat niet wordt uitgenodigd om in de procedure te participeren, maar daartoe wordt opgeroepen.

De claim kan ook aan de rechter worden voorgelegd via een (2) *beroep tegen een (zelfstandig) schadebesluit*. Althans, voor zover de termijnoverschrijding is te wijten aan het bestuur. In die situatie wordt namelijk voldaan aan de connexiteitseisen.<sup>194</sup> Als de termijnoverschrijding (mede) is veroorzaakt door de bestuursrechter(s), dan werkt de route van beroep tegen het schadebesluit niet, omdat bij bezwaar en beroep tegen een besluit van de Staat (minister) over schadevergoeding wegens te trage rechtspraak niet wordt voldaan aan de processuele connexiteitseis.<sup>195</sup> Indien op 1 juli 2013 titel 8.4 Awb in werking treedt, met regels over schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, dan komen de hiervoor beschreven routes 1. en 2. te vervallen. De artikelen 8:73 en 8:73a Awb komen te vervallen, terwijl het zelfstandig schadebesluit wordt geplaatst op de lijst van besluiten waartegen geen (bezwaar en) beroep bij de bestuursrechter mogelijk is. Daarvoor in de plaats komt de mogelijkheid een verzoekschrift bij de bestuursrechter in te dienen met het verzoek tot schadevergoeding. Dat

---

<sup>190</sup> Zie over die drie wegen ook Rechtbank Amsterdam 18 maart 2010, BN3369, waarin tevens aan de orde komt de (on)mogelijkheid voor een bestuursorgaan om beleidsregels op te stellen over de schadevergoedingsplicht wegens schending van de redelijke termijn.

<sup>191</sup> En niet alleen voor het bestuursrecht. Onder privatisten is er discussie over de vraag of art. 6:106 BW een adequate grondslag biedt voor immateriële schadevergoeding (ander nadeel dan vermogensschade) wegens ‘spanning en frustratie’, gelet op het bepaalde in art. 6:95 BW. Deze discussie lijkt echter beslecht met de arresten van het Hof Den Haag van 24 februari 2009, NJ 2010/7, m.nt. E.A. Alkema, en 19 april 2011, AB 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, en sinds de arresten van de HR 11 januari 2013, BX8359, NJB 2013/202 en BX8360, NJB 2013/203 en RvdW 2013/121.

<sup>192</sup> Zo blijkt uit CRvB 15 december 2010, JB 2011/70, dat de rechtbank bij een ongegrond beroep maar met overschrijding van de redelijke termijn het beroep gegrond had moeten verklaren, het besluit (zonder fout) had moeten vernietigen, om vervolgens de rechtsgevolgen van de vernietiging in stand te laten (art. 8:72, lid 3 Awb), waarna toepassing gegeven kon worden aan art. 8:73 Awb. Uit HR 16 september 2011, AB 2012/149, m.nt. B.W.M. de Waard, blijkt echter dat de HR van oordeel is dat ongegrondverklaring van het beroep wel samengaat met vernietiging van het bestreden boetebesluit (bestreden uitspraak), om vervolgens de zelf voorzien de boete te verminderen. Ook dit lijkt een aandachtspunt voor de rechtseenheidskamer.

<sup>193</sup> Indien het verzoek wordt gedaan in een procedure bij de ABRS dan is het mogelijk dat (ook) de minister van BZK in de procedure wordt betrokken, vanwege zijn (financiële) verantwoordelijkheid voor het handelen en nalaten van de ABRS.

<sup>194</sup> ABRS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. PvB.

<sup>195</sup> Anders de Rechtbank Utrecht 3 maart 2009, BH8652.

verzoek kan worden gedaan tijdens het vernietigingsberoep (art. 8:91 Awb) en los van het vernietigingsberoep (art. 8:90 Awb). Dat verzoek moet worden gedaan binnen de verjaringstermijn van 5 jaar (art. 8:93 Awb). De vraag of de verzoekschriftenprocedure van titel 8.4 Awb kan worden gebruikt om immateriële schade te claimen wegens schending van de redelijke termijn door het bestuur moet positief worden beantwoord, omdat art. 8:88, lid 1, aanhef en onder c, Awb de bestuursrechter bevoegd maakt te oordelen over schadevergoeding als gevolg van het niet of niet tijdig nemen van een besluit door het bestuur. Maar strikt genomen verschaft art. 8:88 Awb de bestuursrechter niet de bevoegdheid de Staat te veroordelen tot schadevergoeding wegens onredelijke trage rechtspraak door de bestuursrechter(s). Dit is een omissie die door de wetgever moet worden hersteld. Voorlopig mag er van worden uitgegaan dat de bestuursrechters bereid zullen zijn art. 8:88 Awb ‘verdragsconform’ uit te leggen.

Resteert (3) *de vordering wegens onrechtmatige rechtspraak bij de burgerlijke rechter*. Bij de burgerlijke rechter loopt de rechtzoekende tegen het probleem aan dat de Hoge Raad sedert het standaardarrest uit 1971 zo’n 40 jaar lang niet willen aannemen dat schending van de redelijke termijn door de rechter leidt tot onrechtmatige rechtspraak, die de Staat noopt tot vergoeding van geleden immateriële schade.<sup>196</sup> Het Hof Den Haag heeft terzake van schending van de redelijke termijn in een aantal melkquotumzaken bij het CBb een andersluidend standpunt ingenomen. Het Hof verwoordt het aldus: ‘Hetzelfde geldt voor het in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde criterium waaraan wordt getoetst of sprake is van onrechtmatige rechtspraak: dat criterium kan in gevallen als deze geen toepassing vinden; art. 6 en art. 13 EVRM brengen mee dat aangenomen moet worden dat een substantiële overschrijding van de redelijke termijn bedoeld in art. 6 EVRM in beginsel een onrechtmatige daad van de Staat oplevert die aanleiding geeft tot toekenning van schadevergoeding.’ Het Hof heeft vervolgens aansluiting gezocht bij de hiervoor genoemde rechtspraak van het EHRM en de (hoogste) bestuursrechters.<sup>197</sup> Daarbij moet wel worden opgemerkt dat in de betreffende procedure de Staat reeds partij was, waardoor de Staat in die procedure kon worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding als gevolg van te trage rechtspraak door de bestuursrechter (het CBb). Na het arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad van 10 juni 2011 was het wachten op het standpunt van de civiele kamer van de Hoge Raad. Die kamer heeft zeer recent (januari 2013) in een tweetal arresten de lijn van het Hof Den Haag en van de eigen belastingkamer gevolgd. Het gaat in beide zaken over compensatie voor geleden immateriële schade als gevolg van overschrijding van de redelijke termijn in vreemdelingenzaken bij de bestuursrechter.<sup>198</sup> Vanwege het grote belang van de arresten worden de belangrijkste overwegingen hieronder integraal weergegeven:

*‘3.4.1 Het middel betoogt dat ook bij overschrijding van de redelijke termijn van door een bestuursorgaan in de aanvraagfase en bij een zodanige overschrijding in de bezwaarfase een geslaagd beroep op art. 6 EVRM kan worden gedaan, althans dat het hof zijn andersluidende oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd.*

*3.4.2 De Hoge Raad stelt voorop dat art. 6 EVRM niet van toepassing is op procedures die de toegang, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen betreffen (zie bijvoorbeeld EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98, LJN AD4680, NJ 2002/424, Maaouia tegen Frankrijk). De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft echter geoordeeld dat de rechtszekerheid als algemeen aanvaard rechtsbeginsel,*

<sup>196</sup> De HR houdt vast aan de lijn van zijn arrest van 3 december 1971, NJ 1972/137, m.nt. Scholten.

<sup>197</sup> Hof Den Haag 24 februari 2009, NJ 2010/7, m.nt. E.A. Alkema; zie ook Hof Den Haag 19 april 2011, AB 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, waarin het Hof in het kader van de ontvankelijkheid van de vordering ingaat op de taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Het betreft een vreemdelingenzaak waarin de redelijke termijn was geschonden in de bestuursrechtelijke procedure.

<sup>198</sup> HR 11 januari 2013, BX8359, NJB 2013/202 en BX8360, NJB 2013/203 en RvdW 2013/121.



dat aan art. 6 EVRM mede ten grondslag ligt, evenzeer geldt binnen de nationale rechtsorde en evenzeer los van die verdragsbepaling, en ertoe noopt dat verzoeken betreffende de binnenkomst, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen en de daaruit voortvloeiende geschillen binnen een redelijke termijn, in voorkomend geval na behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, tot finale vaststelling leiden. De ABRS heeft aansluiting gezocht bij de rechtspraak van het EHRM over de uitleg van art. 6 EVRM, nu die op dat rechtsbeginsel berust. Uit die jurisprudentie volgt dat bij overschrijding van de redelijke termijn, behoudens bijzondere omstandigheden, spanning en frustratie als grond voor vergoeding van immateriële schade worden verondersteld (ABRvS 3 december 2008, LJN BG5910, AB 2009/70 en ABRS 17 juni 2009, LJN BI8475, rov. 2.4.1). Volgens het hof, dat zich bij deze rechtspraak heeft aangesloten, betekent dit dat een overschrijding van de redelijke termijn in een vreemdelingenprocedure als de onderhavige aangemerkt kan worden als onrechtmatig handelen wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, en dat op die grond bij een substantiële overschrijding van de redelijke termijn toewijzing van immateriële schadevergoeding mogelijk is (rov. 4.1 - 4.2). Dit oordeel is in cassatie - terecht - niet bestreden<sup>199</sup>.

3.4.3 Voormelde rechtspraak van de ABRS - die inmiddels ook wordt gevolgd in andere gebieden van het bestuursrecht waar art. 6 EVRM niet (rechtstreeks) van toepassing is (zie onder meer ABRS 4 maart 2009, LJN BH4667, AB 2009/236; CbB 8 september 2010, LJN BN6785, AB 2010/264; HR 10 juni 2011, LJN BO5046, BO5080 en BO5087, BNB 2011/232, 233 en 234) - zoekt derhalve aansluiting bij de rechtspraak van het EHRM over de uitleg van art. 6 EVRM. Opgemerkt moet worden dat dit artikel ziet op het recht op behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn "door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht". Weliswaar dient rekening te worden gehouden met de duur van de behandeling van het bezwaar indien een rechterlijke procedure is gevolgd, maar een overeenkomstige toepassing van art. 6 EVRM gaat niet zo ver dat deze ook het geval omvat waarin alleen wordt geklaagd over de duur van de bezwaarprocedure zonder dat daarop een behandeling door de rechter is gevolgd (vgl. in deze zin ook CRvB 28 april 2009, LJN BI2748 en ABRS 17 juni 2009, LJN BI8475, rov. 2.4.2). In zoverre faalt het middel dan ook.

3.4.4 Ook wat betreft [eiser]s beroep op art. 6 EVRM in verband met overschrijding van de redelijke termijn voor de beslissing op zijn aanvraag om een verblijfsvergunning heeft te gelden dat de hiervoor in 3.4.3 genoemde, bij art. 6 EVRM aansluitende rechtspraak wordt begrensd door het toepassingsgebied van dat artikel. Zoals het hof met juistheid heeft beslist, veronderstelt de in dat artikel genoemde "behandeling van zijn zaak door een (...) gerecht" een geschil en omvat die behandeling derhalve niet tevens de aanvraagfase, ook niet indien daarop een behandeling door de rechter is gevolgd. Ook in dit opzicht faalt het middel derhalve.

3.4.5 Bij het bovenstaande verdient opmerking dat een te lange behandelingsduur in de aanvraagfase of in de bezwaarfase niet tot gevolg heeft dat voor de belanghebbende de toegang tot de rechter wordt vertraagd of geblokkeerd, aangezien de belanghebbende zich tot de bestuursrechter kan wenden indien het gevraagde besluit niet tijdig wordt genomen (art. 6:2, aanhef en onder b, Awb).

3.5 Opmerking verdient voorts dat het bovenstaande niet betekent dat een onaanvaardbaar lange duur van enkel de aanvraagfase of de bezwaarfase - te onderscheiden van een overschrijding van de wettelijke beslistermijn, zoals aan de orde was in HR 22 oktober 2010, LJN BM7040, NJ 2011/6 - nimmer kan leiden tot een aanspraak van de belanghebbende op schadevergoeding. Het gevolg van het

---

<sup>199</sup> Onderstreping redactie.

*bovenstaande is slechts dat de hiervoor in 3.4.2 bedoelde, aan art. 6 EVRM ontleende, veronderstelling van immateriële schade wegens spanning en frustratie niet geldt, hetgeen meebrengt dat de belanghebbende zal moeten stellen en zo nodig bewijzen dat hij door de onaanvaardbaar lange duur van de behandeling door het bestuursorgaan van zijn aanvraag of bezwaar daadwerkelijk zodanige schade heeft geleden.'*

De Hoge Raad sluit met deze arresten aan bij de lijn van de bestuursrechters. Een fraai voorbeeld van rechtseenheid tussen de hoogste rechters. Uit deze twee arresten volgt dat de Hoge Raad thans erkent dat schending van de redelijke termijn door de rechter een vorm van onrechtmatige rechtspraak is, die kan nopen tot de verplichting immateriële schadevergoeding te betalen. De Hoge Raad sluit tevens aan bij de lijn van de bestuursrechters dat grote vertraging in de aanvraag- en bezwaarfase niet valt onder het bereik van artikel 6 EVRM, of het rechtszekerheidsbeginsel. In civiele geschillen waarin sprake is van termijnoverschrijding, maar waarin de Staat geen partij is, ligt een oplossing binnen die procedure niet binnen handbereik. Het wetboek van rechtsvordering kent niet een '8:26 Awb-achtige' voorziening. Indien de burgerlijke rechter bereid is voor recht te verklaren dat in de civiele procedure de redelijke termijn is geschonden, dan is het aan de benadeelde om daarna een separate procedure tegen de Staat te starten om schadevergoeding te krijgen wegens onredelijk trage en daarmee onrechtmatige rechtspraak. Deze situatie is weinig aantrekkelijk vanwege de daarmee gemoeide (extra) tijd en kosten. En het is de vraag of aldus wordt voldaan aan het vereiste van art. 13 EVRM dat bij 'undue delay' een 'effective remedy' vereist.<sup>200</sup>

*Varia.* Normaliter zal een vergoeding voor schending van de redelijke termijn worden toegekend op het moment dat het einde van de redelijke termijn kan worden vastgesteld. In bijzondere omstandigheden ziet de bestuursrechter aanleiding tussentijds schadevergoeding toe te kennen. Tussentijds in die zin dat de procedure nog niet is beëindigd, bijvoorbeeld omdat het bestuur bij uitspraak wordt opgedragen een nieuw besluit te nemen.<sup>201</sup> Indien na een veroordeling tot vergoeding van immateriële schade (de hoofdsom) niet tijdig wordt betaald, dan is over die hoofdsom wettelijke rente verschuldigd. Indien de uitspraak van de (bestuurs)rechter strekt tot betaling van schadevergoeding dan is titel 4.4. (bestuursrechtelijke geldschulden) niet van toepassing (art. 4:85, lid 3 Awb) en is bij verzuim wettelijke rente verschuldigd op de voet van de artikelen 6:119 en 6:120 BW.<sup>202</sup> Indien de benadeelde over de immateriële schade wegens spanning en frustratie echter een (zelfstandig) schadebesluit uitlokt bij het bestuur en dat besluit is fout, dan wordt door de bestuursrechter toepassing gegeven aan art. 4:97 e.v. Awb. Telkens na afloop van een jaar dient het bedrag waarover de wordt berekend te worden vermeerderd met de over dat jaar verschuldigde rente. De wettelijke rente loopt tot de dag van de algehele voldoening. Weinig productief zijn geweest de pogingen van de Staat en de Raad voor de rechtspraak om in plaats van de Staat der Nederlanden de Raad voor de rechtspraak als belanghebbende aan te merken bij de uitspraak van de bestuursrechter op een verzoek om schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn door de rechter. De Staat (dan wel de minister) is van rechtswege partij in de procedure. De staatssecretaris van Justitie heeft de Raad voor de rechtspraak gemandateerd en gemachtigd om namens de minister van Justitie op te treden in zaken waarin wegens schending van de redelijke termijn om schadevergoeding wordt

---

<sup>200</sup> Deze onbevredigende situatie was voor de CRvB aanleiding zijn rechtspraak te wijzigen. Zie CRvB 8 december 2004, AB 2005/73, m.nt. HB, JB 2005/30, m.nt. JHK voor de oude lijn, waarin alleen werd vastgesteld of de redelijke termijn was geschonden en voor schadevergoeding werd doorverwezen naar de burgerlijke rechter. De nieuwe lijn is te zien in CRvB 11 juli 2008, AB 2008/241, m.nt. Widdershoven, JB 2008/172, m.nt. Jansen, waarin de CRvB ook zelf over het recht op schadevergoeding wegens termijnoverschrijding oordeelt.

<sup>201</sup> ABRS 24 december 2008 (Ameland), AB 2009/213 m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen, Gst 2009/13 m.nt. J.M.H.F. Teunissen, JB 2009/42, m.nt. Albers.

<sup>202</sup> CRvB 18 januari 2013, BY8815, NJB 2013/358.

gevraagd.<sup>203</sup> ‘Dit (...) laat onverlet dat de Raad voor de rechtspraak een rol speelt bij de uitbetaling ter voldoening aan een uitspraak, waarin de Staat is veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn. Immers, ingevolge artikel 104a van de Wet op de rechterlijke organisatie verricht de Raad voor de rechtspraak namens de Staat privaatrechtelijke rechtshandelingen voor zover die voortvloeien uit het door hem beheerde deel van de begroting van het Ministerie van Justitie. De Raad voor de rechtspraak heeft evenwel niet de mogelijkheid om als belanghebbende in hoger beroep te komen tegen de uitspraak van de rechtbank, waarin de Staat is veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding.’<sup>204</sup>

Het heffen van griffierecht voor hoger beroep om het oordeel van de rechtbank over het recht op schadevergoeding voor overschrijding van de redelijke termijn aan te vechten, is niet in strijd met artikel 6 EVRM geoordeeld.<sup>205</sup>

#### 4.2 Naar een wettelijke regeling?

Hiervoor is gebleken dat onze nationale proceswetten belemmeringen bevatten om in de procedure waarin de redelijke termijn wordt geschonden tevens compensatie voor die schending te verkrijgen. Dat is zo bij de strafrechter, o.a. in geval van vrijspraak, omdat er dan niets te matigen valt. Dat is zo bij de burgerlijke rechter in een geschil waarbij de Staat niet is betrokken. Verder is gebleken dat de bestuursrechter de Awb ‘verdragsconform’ toepast om inhoud te kunnen geven aan de art. 6 en 13 EVRM, maar daartoe wel erg creatief en ‘contra legem’ te werk moet gaan. Tot slot is gebleken dat er op tal van onderdelen overeenstemming is (bereikt), mede door de inspanningen van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht, maar dat er desondanks ook nog tal van verschillen zijn tussen de rechterlijke colleges over zaken als de lengte van de (deel)termijn, het startmoment van de termijn, ambtshalve toetsing et cetera.

Het is dan ook begrijpelijk dat de wetgever zich geroepen voelde de materie te regelen, bij voorkeur voor de gehele rechtspraak. Sterker, de Staat heeft bij het Hof in Straatsburg in 2009 aangegeven dat een wettelijke regeling met een effectief rechtsmiddel zou worden voorbereid.<sup>206</sup> In 2010 is verschenen het concept-wetsvoorstel ‘Wet schadevergoeding bij overschrijding redelijke termijn’. De verschenen commentaren waren kritisch.<sup>207</sup> Het wetsvoorstel kende een Afdeling 8.4.2 in de Awb, dat voorzag in de mogelijkheid een verzoek om compensatie aan de bestuursrechter te doen. Uitwerking (termijnen, bedragen) zou geschieden per AMvB. De gedachte van het ministerie was om eerst een regeling voor het bestuursrecht tot stand te brengen, om daarna een – mogelijke soortgelijk – regeling tot stand te brengen voor het burgerlijk recht. Op deze plek wordt afgezien van een inhoudelijke bespreking van het voorstel, omdat het inmiddels van de baan is.<sup>208</sup> Er komt vooralsnog geen wetsvoorstel. Dat is spijtig, omdat de hiervoor aan de orde gestelde ‘gaten’ dus niet worden gedicht. Eens te meer omdat ook titel 8.4 Awb de bestuursrechter onvoldoende grondslag

---

<sup>203</sup> Stcrt. 29 april 2009, nr. 81, Regeling van de Staatssecretaris van Justitie van 22 april 2009 (nr. 5599506/09) houdende verlening van mandaat en machtiging aan de Raad voor de rechtspraak inzake verzoeken tot schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn.

<sup>204</sup> ABRs 7 april 2010, JB 2010/128, NJB 2010/880. Zie ook CRvB 30 juni 2009, BJ2125 en CRvB 23 februari 2012, JB 2012/96.

<sup>205</sup> ABRs 25 mei 2011, JB 2011/167.

<sup>206</sup> Zie EHRM 3 maart 2009, Voorhuis t. Nederland, appl. nr. 28692/06, waarin het Hof een klacht van de rol schrapte nadat Nederland de schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM alsmede het ontbreken van een effectief nationaal rechtsmiddel daartegen had erkend onder aanbieding van een passende schadevergoeding. Dit ging vergezeld van de aankondiging dat door de minister van Justitie een regeling wordt voorbereid om in de toekomst te voorzien in een effectief rechtsmiddel.

<sup>207</sup> Zie bijv. A. ten Veen en A. Collignon, ‘De talmende bestuursrechter; verleden, heden en toekomst’, *O&A* 2011, p. 110-119, par. 2.

<sup>208</sup> Zie over de wet de vorige noot genoemde artikel van Ten Veen en Collignon.

biedt om een ‘effective remedy’ te bieden bij schending van de redelijke termijn. Het is aan de wetgever in die grondslag te voorzien.<sup>209</sup>

## 5. Andere aansprakelijkheden wegens onrechtmatige overheidsdaad

### 5.1 Aansprakelijkheid wegens falend toezicht

Waar het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht in de vorige kroniekperiode volop in de belangstelling stond, is op dit front sindsdien geen baanbrekende jurisprudentie verschenen. Het arrest *Vie d’Or*<sup>210</sup> is nog altijd richtinggevend. Hierin heeft de Hoge Raad, kort gezegd, geoordeeld dat gezien moet worden of het toezicht voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld, waarbij het aankomt op alle omstandigheden van het geval en waarbij een aantal gezichtspunten van belang is. De belangrijkste in dit arrest zijn: de aard van het toezicht (in dit geval repressief en normatief) en de omstandigheid dat de Verzekeringskamer bij de uitoefening van haar bevoegdheden een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt. Aan de hand hiervan komt de Hoge Raad tot het oordeel dat de Verzekeringskamer niet aansprakelijk is wegens falend toezicht. Wij wijzen verder op HR 17 september 2010<sup>211</sup> (*BNA/Rasmal Finance NV*) waarbij de cassatieklacht inhield dat het hof een te weinig terughoudende maatstaf had aangelegd ter vaststelling van de aansprakelijkheid van de Bank van de Nederlandse Antillen (BNA) als toezichthouder. De klacht is gegrond verklaard. Ook nu overwoog de Hoge Raad dat ter beantwoording van de vraag of BNA jegens de crediteuren onrechtmatig heeft gehandeld, niet dient te worden onderzocht of, achteraf oordelend, een andere beslissing beter was geweest, maar of in de gegeven omstandigheden, gelet op de mogelijkheden en bevoegdheden die BNA had, BNA in redelijkheid had kunnen beslissen de procureur-generaal niet te verzoeken een ontbindingsprocedure aanhangig te maken.

Ook interessant is het *VPV*-arrest.<sup>212</sup> In deze zaak ging het om een claim van twee voormalige bestuurders van een bank- en effecteninstelling op respectievelijk de AFM en DNB. De AFM had in 2000 een onderzoek gestart naar mogelijke handel van voorwetenschap door deze twee bestuurders. Deze handel was destijds strafbaar gesteld in artikel 46 Wet toezicht effectenverkeer 1995 (oud). Dit onderzoek leidde in 2001 tot een strafrechtelijke aangifte. Daarnaast hadden AFM en DNB in 2003 een aanwijzing aan de bank- en effecteninstelling gegeven, hierop neerkomende dat maatregelen tegen de bestuurders moesten worden getroffen. Deze aanwijzingen hebben erin geresulteerd dat de bestuurders in 2004 zijn ontslagen en de arbeidsrelatie met hen is beëindigd. De kwestie heeft geleid tot procedures bij de bestuursrechter, de strafrechter en de burgerlijke rechter. De aanwijzingen van AFM en DNB zijn uiteindelijk bij de bestuursrechter onderuit gegaan. Kort gezegd oordeelde het CBB dat de motivering van de aanwijzingen inconsistent was. De strafrechtelijke procedure leidde tot een onherroepelijke veroordeling: beide bestuurders zijn schuldig bevonden aan overtreding van de ter zake geldende voorschriften. Aan hen is een geldboete opgelegd. In de civielrechtelijke procedure vorderen beide bestuurders vergoeding van de schade die zij stellen te hebben geleden als gevolg van de onrechtmatige aanwijzingen van AFM en DNB. De Hoge Raad diende zich uiteindelijk nog over twee kwestie te buigen:

---

<sup>209</sup> Mogelijk kan dat ook door een eenvoudige aanpassing van artikel 8:88, lid 1, aanhef en onder b, Awb: ‘het niet tijdig nemen van een besluit en het niet tijdig rechtspreken door de bestuursrechter’. Daarbij moet dan nog worden geregeld dat de bestuursrechter exclusief bevoegd wordt ter zake van overschrijding van de redelijke termijn in bestuursrechtelijke procedures. Desgewenst kan uitwerking van uitgangspunten over termijnen en vergoedingen bij AMvB, maar de noodzaak daartoe is minder dringend.

<sup>210</sup> HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527, met noot van C.C. van Dam onder NJ 2008, 529.

<sup>211</sup> JOR 2010, 312, m.nt. B.P.M. van Ravels.

<sup>212</sup> HR 23 december 2011, JOR 2012, 49, m.nt. B.P.M. van Ravels.

causaal verband en eigen schuld. Ten aanzien van het eerste laat de Hoge Raad het oordeel van het hof – inhoudende dat aangenomen moet worden dat indien de aanwijzingen niet zouden zijn gegeven, de in de strafzaken gegeven vonnissen zouden hebben geleid tot ontslag van de bestuurders, al dan niet na een daartoe gegeven aanwijzing van AFM en/of DNB – in stand. Ten aanzien van de eigen schuld (in dit geval de primaire maatstaf van artikel 6:101 BW, de causaliteitsafweging) overwoog de Hoge Raad dat, anders dan het hof had overwogen, door de eigen schuld van de bestuurders op 60% te waarderen, de vergoedingsplicht met 100% verminderd diende te worden. Indien de bestuurders zich niet schuldig hadden gemaakt aan het misdrijf (misbruik van voorwetenschap) zou het niet geleid hebben tot de naderhand voor het CBB herroepen aanwijzingen en daarmee het ontslag. Dit leidt volgens de Hoge Raad tot de conclusie dat de aan beide toezichthouders toe te rekenen omstandigheden die tot de schade hebben bijgedragen, te verwaarlozen zijn ten opzichte van die welke aan beide bestuurders zijn toe te rekenen, zodat die schade geheel voor hun rekening moet blijven.

Tenslotte wijzen wij op de *Befra-zaak*.<sup>213</sup> In tegenstelling tot de rechtbank, die AFM aansprakelijk achtte voor falend toezicht omdat zij eerder had moeten ingrijpen bij het handelen van Befra en hiermee voor een primeur zorgde, achtte de Hoge Raad AFM niet aansprakelijk.

De tendens de afgelopen jaren op dit terrein was dat lagere rechters toezichthouders nogal eens aansprakelijk achtten voor falend toezicht, maar dat de Hoge Raad daar uiteindelijk steeds een stokje voor stak. De kans dat een tegen een toezichthouder ingestelde vordering wegens falend toezicht wordt toegewezen, is overigens nog kleiner geworden. Op 5 juni 2012 is het wetsvoorstel aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM door de Eerste Kamer aangenomen. Op grond van die wet van 7 juni 2012, *Stb* 265, (zie art. 1:13a Wft (nieuw)), zullen AFM en DNB slechts in geval van opzet of grove schuld aansprakelijk zijn voor een handelen of nalaten in de uitoefening van hun wettelijke taak of bevoegdheid. Daarbij is aansluiting gezocht bij hetgeen elders in Europa gebruikelijk is. In de wet is niet gekozen voor immuniteit, uitsluiting van aansprakelijkheid via de relativiteit of subsidiaire dan wel proportionele aansprakelijkheid, maar zoals gezegd voor aansprakelijkheid via de band van opzet of grove schuld.<sup>214</sup>

## 5.2. Aansprakelijkheid van de overheid als bezitter van een opstal

Artikel 6:174 BW regelt de aansprakelijkheid van de bezitter van een gebrekkige opstal. Voor (risico-)aansprakelijkheid op de voet van art. 6:174 lid 1 BW is in beginsel vereist dat de eiser stelt en, bij voldoende gemotiveerde tegenspraak, bewijst (i) dat de opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen (anders gezegd: dat zij gebrekkig is), (ii) dat zij daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, en (iii) dat dit gevaar zich heeft verwezenlijkt. De gedaagde - de bezitter van de opstal - kan in beginsel ermee volstaan de toepasselijkheid van deze drie cumulatieve voorwaarden voor aansprakelijkheid te betwisten. Hij kan daarnaast - of uitsluitend - het bevrijdende verweer voeren dat, zelfs al zou aan deze voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn voldaan, toch geen aansprakelijkheid is ontstaan omdat in de omstandigheden van het concrete geval, aansprakelijkheid op de voet van afdeling 6.3.1 zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend (de tenzijclausule). Stelplicht en bewijslast van de voorwaarden voor toepasselijkheid van deze uitzondering rusten op de bezitter van de opstal. Het kenmerkende verschil tussen aansprakelijkheid op de voet van art.

<sup>213</sup> HR 8 april 2011, *NJ* 2012, 361, m.nt. G. van Solinge.

<sup>214</sup> Zie V.Affourtit & R. Lubach, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid onder de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM', *O&A* 2012, p. 169 e.v.

6:174 en 6:162 BW is daarbij gelegen in de fictieve bekendheid bij de opstalbezitter met het feitelijke gebrek van de opstal. Bij toepassing van art. 6:174 BW dient wél van deze fictieve bekendheid te worden uitgegaan; bij toepassing van art. 6:162 BW niet. Deze risicoaansprakelijkheid van de opstalbezitter is een, ook in kwantitatief opzicht, belangrijk onderdeel van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. In veel gevallen gaat het daarbij in de praktijk om de kwalitatieve aansprakelijkheid van overheidslichamen die moeten zorgen dat een openbare weg in goede staat verkeert. In de twee arresten betreffende de toepassing van artikel 6:174 Awb die de afgelopen periode de aandacht trokken ging het echter niet om wegbeheerdersaansprakelijkheid. Het arrest dat de Hoge Raad eind 2010 heeft gewezen betrof de eventuele aansprakelijkheid van het Hoogheemraadschap dat bezitter was van de Wilnisser veendijk, die in de zomer van 2003 is gaan schuiven, met alle schadelijke gevolgen van dien.<sup>215</sup> Het eind 2012 gewezen arrest betrof de eventuele aansprakelijkheid van de gemeente Dordrecht voor schade die het gevolg zou zijn van een gebrekkig rioolleidingstelsel.<sup>216</sup> Een aantal bewoners van Dordrecht is geconfronteerd met schade aan de fundering van hun woningen. De houten funderingspalen waarop hun woningen rusten zijn gaan “rotten”. Dit zou verband houden met de omstandigheid dat de bovenkanten van deze palen droog zijn komen te staan, terwijl deze palen voorheen ook met hun “kop” in het grondwater stonden. De bewoners wijten dat aan lekkende rioleringen en verkeerd beheer door de gemeente van het open water binnen de bebouwde kom. Zij baseren hun vorderingen tegen de gemeente primair op art. 6:174 BW (aansprakelijkheid voor opstallen) en subsidiair op art. 6:162 BW. In beide ook vanuit rechtspolitiek oogpunt bezien belangwekkende kwesties stelde de Hoge Raad zich betrekkelijk terughoudend op. In de Dordrechtse kwestie was in feitelijke instanties geen aansprakelijkheid van de gemeente aangenomen. Eisers hadden onvoldoende gesteld om aansprakelijkheid te kunnen aannemen. Dat oordeel bleef in cassatie in stand. In de kwestie van de Wilnisser veendijk was door het hof aansprakelijkheid aangenomen, maar het betreffende arrest werd vernietigd. De HR nam – ondanks een rechtspolitiek betoog van AG Spier in andere zin - aan dat de dijk een opstal is, waarop artikel 6:174 BW betrekking heeft. Het meest cruciale punt van het arrest in de zaak van de Wilnisser veendijk zit hem in de beantwoording van de vraag, aan welke feiten en omstandigheden betekenis toekomt bij de beantwoording van de vraag of de dijk gebrekkig was. Meer in het bijzonder is het de vraag of daarbij betekenis toekomt aan de toenmalige stand van wetenschap en techniek, aan de financiële kaders waarbinnen het overheidslichaam zijn beleidsdoelstellingen tracht te realiseren, en aan de specifieke en uitzonderlijke omstandigheden waaronder de dijkverschuiving zich heeft voorgedaan. Bij de beantwoording van de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, komt het, volgens de Hoge Raad, aan op de - naar objectieve maatstaven te beantwoorden - vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is. Daarbij is ook van belang hoe groot de kans is op verwezenlijking van het gevaar en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met factoren als de aard en de bestemming van de kade, de waarborgfunctie van de veendijk, de fysieke toestand van de kade ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar, de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar van kadeverschuiving, de bij de uitvoering van zijn publieke taak aan het Hoogheemraadschap toekomende beleidsvrijheid en de financiële middelen die hem in dat verband ten dienste

---

<sup>215</sup> HR 17 december 2010, LJN: BN6236; JA 2011, 37; JB 2011, 93 m. nt. R.J.B. Schutgens; JM 2011, 37 m. nt. Bos en Jong; MENR 2011, 80 m. nt. Warendorf; NJ 2012, 155 m. nt. T. Hartlief; NJB 2011, 47; VR 2012, 72. Zie: A.J.J.G. Schijns, ‘De betekenis van het arrest over de dijkdoorbraak bij Wilnis voor de wegbeheerderpraktijk’, O&A 2012, 4, p. 33-39.

<sup>216</sup> HR 30 november 2012, LJN: BX7487; JA 2013, 4 m. nt. mr. J.L. Brens; JB 2013, 21 m. nt. R.J.B. Schutgens; JM 2013, 37 m. nt. H.J. Bos; NJ 2012, 689

staan, een en ander mede gelet op de toenmalige stand van de wetenschap en de daadwerkelijke (technische) mogelijkheid van het nemen van afdoende veiligheidsmaatregelen. Het enkele feit van de kadeverschuiving zal, volgens de Hoge Raad, in het algemeen voldoende zijn voor het aannemen van het vermoeden dat de kade (dijk) niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen, behoudens door de bezitter ervan te leveren tegenbewijs. De hierboven genoemde factoren kunnen voorts in voorkomend geval in uiteenlopende richting wijzen, maar daarbij verdient aantekening dat de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade zwaarwegende factoren zijn die kunnen meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt of ertoe kunnen nopen dat aan de onderbouwing van stellingen met betrekking tot de niet-kenbaarheid van het gevaar van een kadeverschuiving strenge eisen worden gesteld. De toenmalige kennis over faalmechanismen, de toenmalige maatstaven voor belastingsituaties, alsmede de toenmalige stand van wetenschap en techniek en de financiële kaders waarbinnen het hoogheemraadschap zijn beleidsdoelstellingen tracht te realiseren, en de gestelde specifieke en uitzonderlijke omstandigheden, kunnen dus wel degelijk van belang voor het oordeel over deze risico-aansprakelijkheid. Omdat het hof dit miskend heeft, werd het arrest van het hof vernietigd en ter verdere behandeling verwezen naar een ander gerechtshof. Dit hof zal moeten beoordelen of de kade gebrekkig was. In de literatuur is er op gewezen dat in deze benadering van de Hoge Raad “*de zogenaamde risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 en de klassieke schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 (...) eigenlijk één pot nat*” zijn.<sup>217</sup>

## **6 Aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad: nadeelcompensatie en planschade**

### 6.1 Nadeelcompensatie

#### 6.1.1 *Doorschuiven of niet?*

In het vorige overzichtsnummer maakten we melding van de tendens in de bestuursrechtspraak waarbij art. 3:4 lid 2 Awb en het égalitébeginsel meer en meer van elkaar zijn ‘losgezongen’. De Afdeling bracht sinds 2003 immers een ‘knip’ aan tussen art. 3:4 lid 2 Awb en het beginsel van égalité. Met andere woorden, wanneer geen sprake is van onevenredige schade in de zin van art. 3:4 lid 2 Awb (de doel-middel-evenredigheid) betekent dat nog niet dat er wel degelijk sprake kan zijn van onevenredigheid in de zin van het égalitébeginsel (de ‘vergelijkende’ evenredigheid). De rechtmatigheid van het besluit als zodanig zegt dus nog niets over de vraag of er sprake is van onevenredig nadelige *gevolgen* van een dergelijk besluit.

Deze ontwikkeling heeft zich de afgelopen jaren doorgezet. De ontkoppeling is de norm geworden in de bestuursrechtelijke nadeelcompensatiejurisprudentie en is ook door de wetgever als uitgangspunt genomen bij de codificatie van het égalitébeginsel in de Algemene wet bestuursrecht.<sup>218</sup> De praktische relevantie van de figuur van het onzelfstandig schadebesluit is daarmee (verder) afgenomen. Dit overigens zonder dat deze figuur van het toneel is verdwenen: de jurisprudentie van de afgelopen jaren maakt duidelijk dat bestuursorganen er zeker niet altijd zonder meer van uit kunnen gaan dat het schadeveroorzakende besluit als zodanig – ook zonder in het kader van de belangenafweging een uitspraak te doen over het recht op nadeelcompensatie – rechtmatig is. Uit Afdelingsjurisprudentie uit 2003 vloeide reeds voort dat doorschuiven niet zou kunnen

<sup>217</sup> T. Hartlief, Schuld en risico: wereld van verschil of één pot nat?, NJB 2011, 227, p. 285. Zie over dit arrest voorts: F.T. Oldenhuis, Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid: kanttekeningen bij een dijkdoorbraak, Verzekeringsarchief 2010/1, p. 2-10.

<sup>218</sup> Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, nr. 3, p. ...

wanneer ‘ernstige schade dreigt te ontstaan’.<sup>219</sup> Inmiddels bestaat iets meer duidelijkheid onder welke bijzondere omstandigheden daarvan sprake zou kunnen zijn. Een dergelijke ‘voorwaardelijke’ benadering is te zien in jurisprudentie over de intrekking van begunstigende beschikkingen,<sup>220</sup> maar ook bij ernstige vormen van geluidshinder<sup>221</sup> en bij gevallen waarin wordt gehandhaafd na uitdrukkelijke toezeggingen dat dit niet zou gebeuren.<sup>222</sup> Interessant is verder dat de Afdeling niet eist dat in deze gevallen, waarin dus ‘onzelfstandig’ dient te worden beslist, tegelijkertijd met het schadeveroorzakende besluit direct een concreet schadebedrag wordt genoemd. Een bestuursorgaan kan er ook mee volstaan om zich in het schadeveroorzakende besluit onvoorwaardelijk vast te leggen op betaling van nadeelcompensatie naar een ‘onafhankelijke maatstaf’.<sup>223</sup>

Benadrukt zij echter dat het hier om uitzonderingsgevallen gaat; in verreweg de meeste gevallen kan het bestuursorgaan (of in voorkomend geval de rechter) een claim doorschuiven naar een apart schadetraject. Dat aparte traject kan zijn neergelegd in een regeling, maar de Afdeling heeft ook aanvaard dat wordt doorgeschoven naar het schadetraject dat wordt gebaseerd op het ongeschreven égalitébeginsel.<sup>224</sup> Zoals de Afdeling ook zelf heeft benadrukt wordt daarmee voorkomen ‘dat beoordeling van het schadeaspect de voortgang van een doelmatige taakvervulling van het bestuur belemmert, terwijl met de regeling de mogelijkheid van het verkrijgen van schadevergoeding voldoende verzekerd is.’<sup>225</sup>

### 6.1.2 Positie van de rechter

De Afdeling heeft in de uitspraak *De Wouwse Tol*<sup>226</sup> (die hierna uitvoeriger aan de orde komt) ook stelling genomen in het debat over de wenselijke positie van de bestuursrechter in het nadeelcompensatierecht. Daarbij gaat het met name om de vraag of de bestuursrechter het bestuursorgaan enige discretionaire ruimte zou moeten laten bij de vraag of een nadeel ‘onevenredig’ is, of dat de rechter dit zelf ten volle zou kunnen (en moeten) vaststellen en zijn eigen oordeel dus in de plaats zou kunnen stellen van dat van het bestuursorgaan. Schlössels stelt zich op het standpunt dat de rechter heel wel zelf kan bepalen in hoeverre rechtmatig toegebracht nadeel tot het normaal maatschappelijk risico behoort.<sup>227</sup> Hij wijst daarbij op het rechtsstatelijke argument dat het bestuur niet zou moeten oordelen over zijn eigen aansprakelijkheid. Het bestuur kan dat evenmin bij onrechtmatige overheidsdaden, wat voor de wetgever ook een belangrijk argument was om afscheid te nemen van het zelfstandig schadebesluit als ‘ingang’ tot de bestuursrechter, nu er niets te beslissen valt over de omvang van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad. De Afdeling oordeelt echter in de andere zin als het gaat om schade bij rechtmatige overheidsdaad. In haar visie is de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan. Deze komt daarbij beoordelingsvrijheid toe. Wel zal het bestuursorgaan zijn vaststelling naar behoren moeten onderbouwen.<sup>228</sup> In deze visie zal het bestuursorgaan dus zelf de hoogte van een drempel of

<sup>219</sup> ABRvS 9 juni 2003, BR 2004, 686, m.nt. BPMvR

<sup>220</sup> CBB 27 juni 2008, AB 2008, 282, m.nt. Ortlep. Zie uitvoerig W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, ‘Schadevergoeding bij de intrekking van begunstigende beschikkingen’, *O&A* 2011, p. xx

<sup>221</sup> ABRs 24 maart 2010, LJN BL8732; volgens de Afdeling had de minister het Tracébesluit niet mogen nemen, zonder toekenning van een vergoeding voor het treffen van geluidsreducerende maatregelen.

<sup>222</sup> ABRvS 28 november 2012, AB 2013, 48, m.nt. M.K.G. Tjepkema & F.R. Vermeer.

<sup>223</sup> ABRs 27 april 2011, LJN BQ2645, AB 2011, 267, m.nt. Den Ouden en Tjepkema; zie voor een toepassing ook Rb Utrecht 11 april 2012, LJN BW2474.

<sup>224</sup> ABRvS 17 september 2008, LJN BF0973.

<sup>225</sup> ABRs 31 oktober 2007, LJN BB6805.

<sup>226</sup> ABRs 5 december 2012, LJN BY5105, JB 2013, 11, m.nt. Schlössels (*Wouwse Tol*).

<sup>227</sup> R.J.N. Schlössels, ‘Discretionair aansprakelijkheidsrecht? Overheidsaansprakelijkheid en trias, in het bijzonder bij rechtmatige overheidsdaad’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 29-47.

<sup>228</sup> ABRs 5 december 2012, LJN BY5105, JB 2013, 11, m.nt. Schlössels (*Wouwse Tol*).



van een korting moeten vaststellen; de Afdeling ziet het blijkens de uitspraak inzake *De Wouwse Tol* niet als haar rol om dit te doen. Dit standpunt van de Afdeling is ook dat van de meeste auteurs.<sup>229</sup> Dit staat er overigens niet per definitie aan in de weg dat de bestuursrechter zelf in de zaak voorziet door zelf de hoogte van de te vergoeden planschade of nadeelcompensatie toe te kennen. De tendens naar een finale geschilbeslechting is in zoverre ook aan het nadeelcompensatierecht niet voorbijgegaan. Mocht het schadebesluit vanwege een gebrek voor vernietiging in aanmerking komen, maar zelf in de zaak voorzien niet mogelijk zijn vanwege de beoordelingsvrijheid die het bestuursorgaan toekomt, dan dient de bestuursrechter inzet van de bestuurlijke lus in overweging te nemen.<sup>230</sup> Meer in het algemeen geldt dat geen toepassing kan worden gegeven aan art. 8:72 lid 4 Awb ‘indien dat de rechter noopt tot een oordeel over een aangelegenheid waarover partijen zich in de procedure niet of onvoldoende hebben uitgelaten en daartoe ook geen aanleiding bestond.’<sup>231</sup>

### 6.1.3 Materiële criteria voor nadeelcompensatie

*Speciale last.* Een recht op nadeelcompensatie bestaat alleen als de schade ‘speciaal’ is en ‘bijzonder’. In art. 4:126 Awb komt de eis van een speciale last tot uitdrukking met de woorden dat de last onevenredig moet zijn ‘in vergelijking met andere burgers’. Ook de jurisprudentie van de afgelopen jaren heeft slechts een relatief beperkt aantal zaken laten zien waarin aan dit criterium wordt getoetst. Het gaat dan veelal om zaken waarin kon worden aangetoond dat de schadeveroorzakende handeling een breed bereik had en een omliggende groep burgers trof. Zo werd geen speciale last aangenomen in een geval waarin verschillende radio-omroepen zich alle aan de eisen van een verdelingsprocedure voor de frequentie van een radiozender moesten houden.<sup>232</sup> Soms wordt een speciale last niet aangenomen omdat andere bedrijven getroffen *kunnen* worden door vergelijkbare maatregelen, zoals in een geval waarin een discotheek een jaar werd gesloten. Volgens de Afdeling was van een speciale last geen sprake, nu altijd de mogelijkheid bestaat dat een bedrijf dat niet voldoet aan de vergunningvoorwaarden, wordt gesloten.<sup>233</sup> Kennelijk is dus niet vereist dat één en dezelfde maatregel feitelijk een grote groep burgers treft. In die gevallen leunt de speciale last overigens zeer dicht aan tegen het normaal maatschappelijk risico.<sup>234</sup>

Deze lijn in de rechtspraak, waarbij de referentiegroep in beginsel wordt gevormd door degenen die *eveneens* door de maatregel wordt getroffen, en alleen één of enkele personen *binnen* die (getroffen) groep aannemelijk kunnen maken speciaal getroffen te zijn,<sup>235</sup> wordt soms verlaten voor een soepeler lijn. Een bekend voorbeeld is een uitspraak van de Afdeling van 9 april 2008, waarin volgens de Afdeling een speciale last rustte op een verhoudingsgewijs beperkte groep bewoners van woningen die gelegen zijn binnen geluidszones. Zij konden claimen onevenredig zwaar getroffen te zijn in vergelijking tot de bewoners van woningen die wel binnen de invloedssfeer van Schiphol maar buiten de geluidszones liggen. Hier viel de referentiegroep dus niet samen met de groep die door de vaststelling van de geluidszones getroffen werd maar was de groep als geheel (zo’n 15.000 woningen) speciaal getroffen. De kritiek op deze uitspraak betrof niet zozeer de conclusie dat op de bewoners van woningen binnen de zone een speciale last drukte, maar veeleer de overweging dat bij beoordeling van een aanvraag om nadeelcompensatie wegens wijziging

<sup>229</sup> Zie bijv. B.J. Schueller, ‘Goede besluiten met slechte gevolgen’, VAR-preadvies 2002, p. 138-139, M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2010, p. 415 en de verwijzingen bij Schlössels 2012, p. 36 e.v.

<sup>230</sup> Zie nader B.J. van Ettehoven & R. Ortlep, ‘Zelf in de zaak voorzien en schadevergoeding’, *O&A* 2012, p. 2-18.

<sup>231</sup> ABRvS 9 februari 2011, LJN BP3670

<sup>232</sup> CBB 5 december 2007, *JB* 2008, 50.

<sup>233</sup> Zie bijv. ABRs 24 februari 2010, LJN BL5333 (sluiting discotheek).

<sup>234</sup> Zie nader Tjepkema 2010, p. 400-405.

<sup>235</sup> Zie uitdrukkelijk in die zin Rb Den Haag 3 februari 2010, LJN BL6467, en Rb Den Haag 29 juli 2009, LJN BL3864.

van een rechtsregime geen vergelijking zou moeten worden gemaakt tussen de opeenvolgende rechtsregimes. In de literatuur is betoogd dat ook in nadeelcompensatiekwesities deze vergelijking wel degelijk moet worden gemaakt ter beantwoording van de vraag, of de wijziging van het regime tot een nadeliger situatie heeft geleid als gevolg waarvan de aanvrager schade lijdt. Eerst als op basis van deze vergelijking tot schade voor de aanvrager geconcludeerd kan worden, komt de vraag aan de orde, of deze schade een speciale last oplevert. Deze vraag naar de speciale last kan worden beantwoord aan de hand van de door de Afdeling in deze uitspraak bedoelde vergelijking.<sup>236</sup> Daarbij moet overigens wel worden gewezen op de door de Afdeling benadrukte bijzondere omstandigheden van dit geval; zo wees de Afdeling er uitdrukkelijk op dat de minister jarenlang nalatig was gebleven om geluidsnormen vast te stellen, hoewel hij daar rechtens wel toe verplicht was. In het vervolg van deze procedure is overigens gebleken dat uitgaande van de door de Afdeling bedoelde vergelijkingsmaatstaf bijzonder lastig was om vast te stellen of, en zo ja in hoeverre de bewoners van woningen binnen de geluidszones ten gevolge van de vaststelling van de geluidszones schade hadden ondervonden.<sup>237</sup> Wordt slechts een enkeling getroffen door een rechtmatige overheidsdaad, dan wordt impliciet aangenomen dat de last speciaal is, en spitst de toets zich veelal verder toe op het ‘normaal maatschappelijk risico’.

*Abnormale last.* Bij de vaststelling of een last ‘abnormaal’ is, komt het hoofdzakelijk aan een op een toets aan het normaal maatschappelijk risico (of het normaal ondernemersrisico). Reeds in de vorige overzichtsbijdrage werd gewag gemaakt van een tendens in de literatuur en jurisprudentie om meer inzicht te krijgen in de precieze contouren van dit begrip. Sinds 2004 geldt als vertrekpunt dat het bij de invulling van deze norm aankomt op een toets aan ‘alle relevante omstandigheden van het geval’.<sup>238</sup> ‘Van belang kunnen hierbij onder meer zijn de aard van de overheidshandeling en de aard en de omvang van de toegebrachte schade’.<sup>239</sup> Ook de ‘voorzienbaarheid in abstracto’ van de schadeoorzaak en de daaruit voortvloeiende schade speelt een rol bij deze invulling. Sinds 2009 formuleert de Afdeling het aldus: bij het normaal maatschappelijk risico gaat het volgens haar om ‘algemene maatschappelijke ontwikkelingen en nadelen waarmee men rekening kan houden, ook al bestaat geen zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop deze zich zullen concretiseren en de omvang van de nadelen die daaruit eventueel voortvloeien.’<sup>240</sup> Deze omschrijving geeft goed aan dat het bij het normaal maatschappelijk risico om een abstractere toets gaat dan bij risicoaanvaarding. Bij laatstgenoemd leerstuk komt het in vergaande mate aan op een toets aan één gezichtspunt: de (concrete) voorzienbaarheid van de schadeveroorzakende maatregel op de peildatum (bijvoorbeeld de datum waarop een woning werd aangekocht of een onderneming werd overgenomen).<sup>241</sup> Bij het normaal maatschappelijk risico is de toets abstracter van aard en komt het aan op de vraag of de last, gezien de op de persoon of ondernemer in kwestie van toepassing zijnde ervaringsregels, als een aanvaardbare last kan worden beschouwd.

Bij de invulling van dit begrip kan bijvoorbeeld worden gelet op het wettelijk kader waarbinnen een onderneming opereert: een spoorwegonderneming die op grond van de Spoorwegwet recht heeft op toegang tot en gebruik van hoofdspoorwegen in Nederland, dient er in beginsel rekening mee te houden dat door de overheid ter behartiging van dit publieke

<sup>236</sup> Zie Tjepkema, 2010, p. 313-314.

<sup>237</sup> ABRS 10 november 2010, LJN BO3436; ABRvS 11 mei 2011, LJN: BQ4066; JB 2011, 153.

<sup>238</sup> HR 17 september 2004, AB 2006, 41, m.nt. Van Ravels, ABRvS 18 maart 2009, LJN BH6353; ABRvS 21 juni 2006, LJN: AX9047; BR 2006, 847.

<sup>239</sup> ABRvS 18 mei 2011, LJN: BQ4941, BR 2011, 118 m. nt. J.W. van Zundert; ABRvS 30 mei 2012, LJN: BW6926; ABRvS 31 oktober 2012, LJN: BY1724; BR 2013, 15 m. nt. D.R. Boer; GST 2012, 122 m. nt. J.W. van Zundert; ABRvS 6 februari 2013, LJN: BZ0755.

<sup>240</sup> ABRS 11 november 2009, AB 2010, 6, m.nt. Van Ravels.

<sup>241</sup> Zie over het onderscheid tussen beide criteria ook *Kamerstukken I* 2011/12, 32621, C, p. 8-9 (Memorie van Antwoord).

belang maatregelen op grond van de Spoorwegwet worden genomen, die financieel nadelige gevolgen voor de spoorwegonderneming kunnen hebben.<sup>242</sup> Fysieke of juridische infrastructurele maatregelen moeten in beginsel worden beschouwd als een normale maatschappelijke ontwikkeling, waarmee een ieder kan worden geconfronteerd en waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van de betrokkene behoren te blijven.<sup>243</sup> Verder moet een kleinschalige opvang van kinderen in een eengezinswoning in een wijk met een woonbestemming, alwaar naar haar aard rekening dient te worden gehouden met geluiden van kinderen in het huis of de tuin van de burens en met geluiden van het halen en brengen van kinderen, als een normale maatschappelijke ontwikkeling worden aangemerkt.<sup>244</sup>

Ook de afgelopen jaren zijn weer veel uitspraken gedaan waaruit blijkt dat de rechter goed in staat is om in concrete gevallen te nuanceren en deze abstracte regels niet onverkort toe te passen. Zo behoort de uitbraak van een plantenziekte tot de normale risico's van een teler, maar het CBB oordeelde dat dat anders lag in een geval waarin plantenkwekers nog niet eerder met een bepaalde ziekte waren geconfronteerd en deze ziekte bovendien symptomloos aanwezig was, zodat de telers geen schadebeperkende maatregelen hadden kunnen treffen.<sup>245</sup>

Ook de aard van het besluit en de (relatieve) omvang van het daardoor ontstane nadeel kunnen bijdragen aan het oordeel dat schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt. Dat gebeurde bijvoorbeeld in het geval van de *Venlose coffeeshops*, die werden verplaatst naar de periferie van de gemeente. Dat had daar een grote verkeersaantrekkende werking tot gevolg. De Afdeling voorzag zelf in de zaak en kende een omwonende voor de waardedaling van zijn huis en de overlast een vergoeding toe van € 10.000.<sup>246</sup> Wordt de schade toegebracht door strafvorderlijk optreden en treft zij een ander dan degene tot wie dit optreden was gericht, dan wordt, zeker bij zaakschade, snel aangenomen dat de schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt.<sup>247</sup> Is de gelaedeerde echter een sociale verhuurder, dan kan toepassing van art. 6:101 lid 2 Awb er echter alsnog toe leiden dat hij niet alle schade vergoed krijgt.<sup>248</sup>

*Percentages.* De betrekkelijke vaagheid van het normaal maatschappelijk risico leidt ertoe dat bestuursorganen veelvuldig gebruik maken van percentages om het normaal maatschappelijk risico te verdisconteren. Dergelijke percentages kunnen de vorm aannemen van een *korting* op het schadebedrag. In dat geval heeft het bestuursorgaan eerst vastgesteld dat er van een boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgend nadeel sprake is. Percentages komen ook voor in de vorm van *drempels*. Deze dienen om te bepalen *wanneer* het normaal maatschappelijk risico is overschreden. Wanneer tijdelijke inkomsten worden gedeerd door infrastructurele maatregelen wordt vooral veel gebruik gemaakt van de omzetsdrempel, die wordt gerelateerd aan een bepaald percentage (meestal 15%) van de jaaromzet.

Het hanteren van dit soort percentages heeft voordelen: zij zorgen voor rechtszekerheid, een zekere mate van uniformiteit en voor eenvoud bij de beoordeling van de verzoeken om nadeelcompensatie, wat weer tot een vermindering van transactiekosten leidt.<sup>249</sup> Maar de keerzijde is dat de toepassing van één uniform percentage aan het oog onttrekt dat ondernemingen naar hun aard kunnen verschillen. Een ander kritiekpunt betreft de hoogte van de omzetsdrempels, die met 15% te hoog zou liggen, waardoor zich aan het zicht

<sup>242</sup> CBB 10 december 2008, AB 2009, 90, m.nt. Van Ravels.

<sup>243</sup> ABRS 18 mei 2011, LJN BQ4941, ABRS 24 juni 2009, LJN BI9694. Zie over de in dat kader te hanteren 'kapitalisatiefactoren': H.J.M. van Mierlo en B.P.M. van Ravels, 'Kapitalisatie en nadeelcompensatie', *O&A* 2011, p. x.

<sup>244</sup> ABRS 16 november 2011, AB 2012, 43, m.nt. Van den Broek.

<sup>245</sup> CBB 30 september 2009, LJN BJ9549 (PSTVd). In HR 11 september 2009, AB 2010, 13, m.nt. Van Ravels oordeelde de HR anders: Cagemax had niet aannemelijk gemaakt dat het geen maatregelen had kunnen treffen om zijn bedrijf aan te passen na de uitvaardiging van een rechtmatig verbod tot het te koop aanbieden, vervoeren en vervoeren van verwerkte dierlijke eiwitten.

<sup>246</sup> ABRS 17 juni 2009, zaaknr. 200807381/1/H2.

<sup>247</sup> HR 21 maart 2003, NJ 2009, 232, m.nt. M.R. Mok.

<sup>248</sup> HR 2 september 2011, AB 2011, 2, m.nt. Tjepkema (*Wherestad*); vgl. Rb Dordrecht 12 mei 2011, AB 2011, 311, m.nt.

Tjepkema. Zie ook N.M. Dane, 'Wat is het normaal maatschappelijk risico van een Hells Angel?', *O&A* 2009, p. 138-149.

<sup>249</sup> Vgl. 5 december 2012, LJN BY5105, JB 2013, 11, m.nt. Schlössels (*Wouwse Tol*).

van de bestuursrechter onttrekt wat de effecten zijn van het (hoge) omzeldrempels op ondernemingen. Van Ettekoven stelde daarom in zijn oratie voor vaker gebruik te maken van ‘combistelsels’: lage drempels, waarbij op het boven de drempel uitstijgende bedrag een korting kan worden toegepast.<sup>250</sup> Ook in de toelichting op de Algemene Verordening Nadeelcompensatie van de gemeente Amsterdam (die op 1 april 2012 in werking trad) wordt dit stelsel voorgestaan.<sup>251</sup>

De kritiek op de omzeldrempels heeft de Afdeling lange tijd niet kunnen bewegen om af te wijken van haar jurisprudentie dat bestuursorganen ‘in redelijkheid’ een drempel van 15% van de omzet op jaarbasis kunnen hanteren.<sup>252</sup> In een uitspraak van 18 mei 2011 accepteerde de Afdeling bovendien dat deze drempel ook mag worden toegepast indien een ondernemer langer dan twee jaar met de gevolgen van werkzaamheden is geconfronteerd.<sup>253</sup> Maar in de belangrijke uitspraak *De Wouwse Tol* van 5 december 2012 lijkt de Afdeling toch voor een iets andere koers te kiezen. De zaak betrof een ‘huis-, tuin- en keuken’-geval van nadeelcompensatie: de exploitant van hotel-restaurant De Wouwse Tol, gelegen aan de Rijksweg A58, stelde onevenredig te zijn getroffen door onderhoudswerkzaamheden aan de Rijkswegen A58 in een periode van maart-augustus 2006 en door de volledige afsluiting van de afslag naar zijn hotel-restaurant van 16 tot 28 juli 2006. De minister paste, overeenkomstig het advies van de adviescommissie, de 15% omzeldrempel toe. De Afdeling acht dit in beginsel aanvaardbaar wanneer de schade voortvloeit uit reconstructiewerkzaamheden. Maar in dit concrete geval meende de Afdeling niettemin dat de minister niet, althans niet zonder nadere motivering ook een vaste ondergrens had kunnen hanteren in een geval zoals hier, waarin de weggebonden onderneming een horecabedrijf is. De Afdeling gaat daarbij mee in het betoog van appellant dat het hanteren van een ondergrens van 15% ‘tot onvoldoende differentiatie tussen verschillende branches leidt en daarmee tot uiteenlopende gevolgen voor verschillende typen ondernemingen. Op dit punt zou een differentiatie op zijn plaats kunnen zijn, waarbij onder meer de kostenstructuur en de verhouding tussen kosten en omzet aan de orde komt. Het is aan het bestuursorgaan om een gemotiveerd oordeel te geven over de vraag of differentiatie in een geval als dit gerechtvaardigd is en zo ja, wat deze differentiatie betekent voor de invulling van het normale ondernemersrisico.’ Hiermee lijkt de Afdeling een nieuwe maatstaf te hebben geïntroduceerd bij de vraag of schade van een zekere hoogte tot het normaal maatschappelijk risico kan worden gerekend, namelijk de *aard van de onderneming*. Onder omstandigheden dienen bestuursorganen immers ook rekening te houden met de vraag wat het effect is van een omzeldrempels op een onderneming in het licht van diens kostenstructuur. De uitspraak zou tot resultaat *kunnen* hebben dat bestuursorganen voor verschillende typen ondernemingen aan de hand van hun specifieke bedrijfseconomische kenmerken tot een differentiatie komen voor wat betreft de hoogte van de omzeldrempel. De mogelijk hogere gevoeligheid van bepaalde bedrijven voor overheidsmaatregelen ten opzichte van andere typen bedrijven zou in dat geval niet per definitie behoren tot de gevolgen die in beginsel voor rekening van die onderneming zelf blijven. In het licht van de voorzichtige bewoordingen waarin de uitspraak is gegoten is het echter afwachten of het zo ver zal komen.

De uitspraak inzake *De Wouwse Tol* roept ook de vraag op hoe dient te worden omgegaan met standaardpercentages in verordeningen en beleidsregels. Zo wordt in de Algemene Verordening Nadeelcompensatie van de gemeente Amsterdam een omzeldrempel van 8% gehanteerd. Die drempel zou, afhankelijk van de kostenstructuur van een onderneming, onbillijk hoog kunnen uitvallen. Betekent dat dan dat het bestuursorganen helemaal geen vaste percentages meer in verordeningen kunnen neerleggen? Of is het

<sup>250</sup> B.J. van Ettekoven, *Wat is normaal?* (oratie UvA), Amsterdam: Vossius Pers 2011, p. xx

<sup>251</sup> Zie <http://www.amsterdam.nl/gemeente/organisatie-diensten/schadeloket-algemeen/>

<sup>252</sup> Zie bijv. ABRvS 2 april 2008, LJN BC8472

<sup>253</sup> ABRs 18 mei 2011, LJN BQ4941, BR 2011, 118, m.nt. Van Zundert.

voldoende als de verordening de mogelijkheid biedt om in individuele gevallen van hardheid van toepassing van het standaardpercentage af te zien? Die laatste mogelijkheid was voor de Afdeling blijkens een uitspraak uit 2011 nog doorslaggevend om te aanvaarden dat een vast percentage in een verordening of beleidsregel kan worden neergelegd. In dit geval was in de verordening van de gemeente Rotterdam neergelegd dat in beginsel niet meer dan 75% van de schade als gevolg van door bouwactiviteiten veroorzaakte winstderving of inkomstderving voor compensatie in aanmerking komt. Een in dat gebied gevestigde ondernemer poogde vergeefs dat een dergelijke korting in strijd was met het *égalité*beginsel. Daarbij is van belang, aldus de Afdeling, dat bijzondere omstandigheden in het concrete geval tot het toepassen van een hoger percentage kunnen nopen.<sup>254</sup>

Een gedifferentieerde benadering van een wat andere aard zien we, tot slot, in een uitspraak over het Fonteyne-project in Vlissingen. Dit grootscheepse stadsproject had nadelige gevolgen voor tal van ondernemingen, waaronder een Marskramer en een Zeeman. De vraag of de schade kon worden geacht het normale ondernemersrisico te overstijgen, werd beantwoord door de schade te relateren aan de omzetten of brutowinsten van de in aanmerking te nemen economische en juridische eenheid. Bij bedrijven die in juridische en economische zin een onlosmakelijk deel uitmaken van een keten en die als zodanig dus geen zelfstandige entiteit vormen, wordt het normaal maatschappelijk risico gerelateerd aan de omzetten en brutowinsten van de keten, en niet van het enkele winkelbedrijf. De schade manifesteert zich immers, zo is de redenering, op het niveau van de keten. Het betoog dat de Afdeling hiermee een toepassing geeft aan het draagkrachtbeginsel en dusdoende in strijd handelt met het arrest *Meiland/Staat*, wordt verworpen ‘omdat anders dan in deze zaak in genoemd arrest de benadeelde werd getroffen door een plotseling opgelegd verbod met blijvend nadelige gevolgen.’<sup>255</sup>

Ook in het nadeelcompensatierecht doet zich, tot slot, de invloed gevoelen van civiele normen voor schadevergoeding. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de gehanteerde maatstaven voor het *causaal verband*. Bij de vraag welke gevolgen kunnen worden toegerekend aan een rechtmatig handelen, dient volgens de Afdeling te worden gelet op de ‘aard van de aansprakelijkheid en de aard van de gestelde schade.’<sup>256</sup> Hierin kan een verwijzing worden gelezen naar art. 6:98 BW, de toerekening naar redelijkheid. Toetsend aan deze maatstaf stelde de Afdeling in 2006 vast dat ontslagkosten in redelijkheid kunnen worden toegerekend aan de intrekking van een vergunning, waardoor een bedrijf moet worden beëindigd.<sup>257</sup> In 2010 oordeelde de Afdeling voorts dat ook belastingschade toegerekend kan worden aan het desbetreffende schadeveroorzakende besluit,<sup>258</sup> in afwijking van eerdere jurisprudentie op dit punt.

De invloed vanuit het civiele rechter is ook zichtbaar ten aanzien van het leerstuk van de verjaring. Wanneer in een nadeelcompensatieverordening geen termijn is opgenomen waarbinnen een verzoek om schadevergoeding moet worden ingediend, mag het bestuur aansluiting zoeken bij de verjaringsregeling in het BW en het daaraan ten grondslag liggende rechtszekerheidsbeginsel.<sup>259</sup> Dat uitgangspunt geldt niet alleen, indien in een regeling geen termijn is opgenomen waarbinnen een verzoek om schadevergoeding moet worden ingediend, maar ook bij de invulling van de bepaling in art. 3 Verordening schadeschap Luchthaven

<sup>254</sup> ABRS 9 februari 2011, LJN BP3670.

<sup>255</sup> ABRS 13 maart 2013, LJN BZ3967 (*Marskramer*) en van dezelfde datum LJN BZ3968 (*Zeeman*). Zie voor een vergelijkbaar geval, waarin de Afdeling zich in dezen nog niet hoefde uit te spreken, de eerder genoemde uitspraak van 18 mei 2011, LJN BQ4941.

<sup>256</sup> ABRvS 13 februari 2008, LJN BC4221 (*Tractor*).

<sup>257</sup> ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 251, m.nt. BPMvR.

<sup>258</sup> ABRS 3 februari 2010, LJN BL1791.

<sup>259</sup> ABRS 22 april 2009, LJN BI1836.

Schiphol en de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 dat een verzoek ‘zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk’ moet worden ingediend. In laatstgenoemde uitspraak stond de rechtmatigheid van het besluit (een aanwijzingsbesluit voor een vierbanenstelsel) na een uitspraak van de Afdeling van 16 oktober 2002 vast. Een verzoek tot vergoeding van schade veroorzaakt door de vaststelling van de geluidzones kon vanaf dat tijdstip worden ingediend. De termijn, waarbinnen dat verzoek kon worden ingediend, is de dag na deze uitspraak aangevangen. Het verzoek tot nadeelcompensatie werd in december 2007 ingediend, zodat de termijn van vijf jaar als bedoeld in art. 3:310 lid 1 BW was verstreken.<sup>260</sup>

## 6.2 Van ‘vergoeden van’ naar ‘tegemoetkomen in’ planschade

### 6.2.1 *Status aparte planschadevergoedingsrecht*

Onder de werking van artikel 49 van de oude Wet op de Ruimtelijke Ordening had het planschadevergoedingsrecht, zeker de laatste tien jaar, een status aparte binnen het recht betreffende schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad.<sup>261</sup> Artikel 49 bood een uitputtende, exclusieve regeling voor vergoeding van schade die het rechtstreekse gevolg is van planologische maatregelen die daarin limitatief waren opgesomd.<sup>262</sup> Schade die het gevolg is van de uitvoering van een planologische maatregel komt daarvan uitgaande niet op de voet van artikel 49 WRO (oud) voor vergoeding in aanmerking. Dit soort schade, die niet het ‘rechtstreeks’ gevolg is van een planologische maatregel, komt eventueel voor nadeelcompensatie in aanmerking.<sup>263</sup> Artikel 49 bood bovendien uitsluitend grondslag voor vergoeding van schade die is ontstaan nadat zo’n planologische maatregel rechtskracht heeft gekregen. Planologische schaduw schade komt niet voor vergoeding in aanmerking.<sup>264</sup> Kenmerkend voor de rechtspraak betreffende artikel 49 was dat er daarin van uit werd gegaan dat schade die het gevolg is van een planologische maatregel genoemd in artikel 49 (volledig) wordt vergoed, tenzij de benadeelde risicoaanvaarding (in verband met voorzienbaarheid) kan worden tegengeworpen en voor zover vergoeding van deze schade niet anderszins verzekerd is. Daarbij werd er van uitgegaan dat toepassing van artikel 49 WRO een andere afweging vergt dan toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten.<sup>265</sup> Het vereiste van de speciale last werd voor het planschaderecht als ‘te vaag’ terzijde gesteld. Het vereiste dat de schade het normale maatschappelijke risico te boven moet gaan werd met een beroep op de ‘wil van de wetgever’ bij toepassing van artikel 49 WRO in de meeste gevallen niet relevant geoordeeld. De ‘voorzienbaarheid van de planologische maatregel’ kreeg bij de invulling van de redelijkheidsformule een monopoliepositie. Voorzienbaarheid werd alleen maar aangenomen op basis van een van beperkte groep van ‘voortekenen’ die aan bepaalde vereisten voldeden. Om voorzienbaarheid te kunnen aannemen, is vereist dat er een concreet

<sup>260</sup> ABRs 9 november 2011, AB 2012, 364, m.nt. Bitter.

<sup>261</sup> Voor algemene overzichten betreffende vergoeding van planschade zij verwezen naar: J.W. van Zundert, ‘Hoofdlijnen en trends planschadejurisprudentie’, *O&A* 2010, 62, p. 124-142 en naar: B.P.M. van Ravels, ‘Planschade – van vergoeden naar tegemoetkomen’, in: R.W.M. Kluitenberg (red.), Den Haag, 2009, p. 91-156. Voor specifieke uitwerkingen zij verwezen naar: J.W. van Zundert en T. ten Have, ‘Planschade door archeologische beperkingen in bestemmingsplannen’, *O&A* 2009, p. 110-118, en E.W.J. de Groot, ‘De nieuwe grondexploitatie wet en schadevergoeding; dat heeft toch niets met elkaar te maken?’, *O&A* 2008, 35, p. 78-85.

<sup>262</sup> ABRvS 2 september 2009, LJN: BN1157; BR 2009, 196 m.nt I.P.A. van Heijst; LJN: BJ6678 en ABRvS 14 juli 2010, LJN: BN1157 m.nt. J.W. van Zundert.

<sup>263</sup> Zie bijvoorbeeld: ABRvS 14 juli 2010, LJN: BN1157, 200908654/1/H2 en ABRvS 21 oktober 2009, LJN: BK0805 TBR 2010/115 m.nt. G.M. van den Broek.

<sup>264</sup> Onder meer: ABRvS oktober 2011, LJN: BT8555; ABRvS 14 juli 2010, LJN: BN1157 m.nt. J.W. van Zundert; ABRvS 14 februari 2010, LJN: BL5383. Anders: W. Dijkshoorn, ‘Een ander licht op schaduw schade – Wat de leer van de redelijke toerekening kan betekenen voor de schaduw schade problematiek in het planschaderecht’, *O&A* 2009, p. 100-109.

<sup>265</sup> Het belang van dit verschil in benadering kwam naar voren in enige uitspraken betreffende de toepassing van de schadevergoedingsregeling in de Tracéwet: ABRvS 28 november 2012, LJN: BY4387; BY4388; BY4389; BY4390; BY4391; BY 4392; BY4393; BY4394, BR 2013, 45 m. nt. I.P.A. van Heijst) en in 2 uitspraken betreffende vergoeding van schade als gevolg van het Tracébesluit Hanzelijn (LJN BY4384 en LJN BY4385).

beleidsvoornemen is dat openbaar is gemaakt, niet dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft. Een groot voordeel van deze benadering van het planschaderecht was dat de toepassing van artikel 49 WRO redelijk consistent en voorspelbaar werd. De rol van het oude planschadevergoedingsrecht is overigens nog niet geheel uitgespeeld. Dat heeft alles te maken met het toepasselijke overgangsrecht.<sup>266</sup>

### 6.2.2 Motivering planschadeuitspraken

In haar motivering van planschadeuitspraken doet de Afdeling in de regel een beroep op heteronome factoren als de tekst en het systeem van de wet en de daaruit blijkende wil van de wetgever. Autonome factoren blijven meestal onbesproken, maar lijken, zeker bij de invulling van de redelijkerwijs-formule in het oude planschadevergoedingsrecht bepaald geen ondergeschikte rol te hebben gespeeld.<sup>267</sup> Daarbij komt dat de motivering van de planschadeuitspraken de laatste jaren aanzienlijk inzichtelijker is geworden doordat de Afdeling in haar uitspraken steeds vaker is gaan verwijzen naar eerdere uitspraken waarin eenzelfde oordeel is gegeven. Daardoor wordt ook de consistentie van de rechtspraak zichtbaarder.

### 6.2.3 Nieuwe Wro

Door middel van de per 1 juli 2008 in werking getreden Wet ruimtelijke ordening heeft de wetgever stevig ingegrepen in de ontwikkeling van het planschadevergoedingsrecht. De Afdeling bestuursrechtspraak formuleert het kort en bondig als volgt: *‘de wetgever (heeft) in de op 1 juli 2008 in werking getreden Wet ruimtelijke ordening een gewijzigd planschaderecht (..) opgenomen met onder meer als doel de aansprakelijkheid voor planologische veranderingen te beperken’*.<sup>268</sup>

De compensatie van planschade wordt in de nieuwe Wro niet langer aangeduid als ‘vergoeding’, maar als ‘tegemoetkoming’. Daarmee is onder meer tot uitdrukking gebracht dat de eventuele aanspraak op compensatie van planschade niet (langer) is gebaseerd op de materiële rechtszekerheid, maar (in belangrijke mate) op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. De nadruk bij compenseren van planschade ligt niet langer op het gezichtspunt ‘berokken een ander geen schade’. Het accent komt te liggen bij het gezichtspunt ‘ieder draagt zijn eigen planschade’.<sup>269</sup> Het planschadevergoedingsrecht wordt daarmee in belangrijke mate weer een rechtsfiguur die uiteindelijk is te herleiden tot het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. De status aparte van het planschadevergoedingsrecht is daarmee goeddeels opgeheven. Vanuit internationaal perspectief bezien bezit het Nederlandse planschaderecht echter nog steeds een status aparte. Veelzeggend is de conclusie van een recent verschenen comparatieve studie: *‘In contrast with the image of the Netherlands as a country that emphasizes the public interest, Dutch law grants landowners the most generous set of compensation rights for reduction in property values due to planning decisions. These cover not only direct injuries but indirect ones as well. A 2008 legislative change tempered the rights only slightly’*.<sup>270</sup> Ook de schaarse rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens omtrent de toepassing van artikel 49 WRO biedt bepaald geen voedsel aan de

<sup>266</sup> Zie: G.M. van den Broek, ‘De overgangsregeling voor planschade in de invoeringswet WRO’, *O&A* 2010, p. 108-118.

<sup>267</sup> B.P.M. van Ravels, ‘Planschaderechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State - Rechtsvinding bij vergoeding van planschade’, in: L.E. Groot-van Leeuwen & J.D.A. Tonkelaar (Eds.), *Rechtsvinding op veertien terreinen* (Serie Staat en Recht, 12) (pp. 137-174). Deventer: Kluwer.

<sup>268</sup> ABRvS 21 december 2011, LJN: BU8882; BR 2012, 47 m. nt. I.P.A. van Heijst; GST 2012, 35 m. nt. J.W. van Zundert; JB 2012, 32 m. nt. T. Lam.

<sup>269</sup> B.P.M. van Ravels, ‘De ( nabije) toekomst van de bestuursrechtelijke schadevergoeding’, *JB-plus* (jubileum-uitgave) 2012, p. 150-166.

<sup>270</sup> Rachelle Alterman (red), *Takings International – A Comparative Perspective on Land Use Regulations and Compensation Rights*, American Bar Association, 2010, p. 343; zie voorts p. 34.

gedachte dat het planschaderecht te weinig ruimhartig zou zijn.<sup>271</sup>

De nieuwe Wro kent, anders dan voorheen, een wettelijke beperking van schadesoorten die voor tegemoetkoming in aanmerking komen. Slechts waardevermindering van onroerende zaken en inkomensderving komt daarvoor in aanmerking. Tijdelijke genotsderving bijvoorbeeld niet.

In het systeem van de beoordeling van verzoeken om compensatie van planschade is onder de nieuwe Wro niet veel gewijzigd. De Afdeling houdt ook onder het nieuwe recht vast aan het uitgangspunt dat voor de beantwoording van de vraag, of en zo ja in hoeverre de aanvrager als gevolg van een planologische maatregel in een planologische nadeliger situatie is komen te verkeren een planologische vergelijking moet worden gemaakt. De standaardoverweging luidt: *‘Voor de beoordeling van een aanvraag om een tegemoetkoming in planschade dient te worden onderzocht of de aanvrager als gevolg van de desbetreffende wijziging van het planologische regime in een nadeliger positie is komen te verkeren en ten gevolge daarvan schade lijdt of zal lijden. Hiertoe dient de desbetreffende wijziging, waarvan gesteld wordt dat deze planschade heeft veroorzaakt, te worden vergeleken met het oude planologische regime. Daarbij is niet de feitelijke situatie van belang, maar hetgeen maximaal op grond van het oude planologische regime kon worden gerealiseerd, ongeacht of verwezenlijking heeft plaatsgevonden. Slechts ingeval realisering van de maximale mogelijkheden met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten, kan aanleiding bestaan om van dit uitgangspunt af te wijken’.*<sup>272</sup>

#### 6.2.4 *Spanning tussen juridische en ‘echte’ werkelijkheid: de maximale invulling van planologische regimes*

In gevallen van *indirecte* planschade moet bij de planvergelijking voor wat betreft het oude regime worden uitgegaan van de ‘meest ongunstige invulling van de bebouwingsmogelijkheden’. Dat betekent concreet dat wanneer iemand schade meent te lijden als gevolg van een planologisch regime dat voorziet in aanleg of aanpassing van een weg bij de ‘maximale invulling’ onderscheiden moet worden aan de hand van verschillende schadefactoren. Zo moet voor wat betreft de schadefactor ‘uitzicht’ voor het oude regime worden uitgegaan van het hoogst mogelijke geluidsschermbelasting dat onder het oude regime mogelijk was. Voor de geluidsoverlast daarentegen moet worden uitgegaan van de situatie waarbij op de gronden langs de rijbanen van de snelweg, ter hoogte van de woning, de minimaal noodzakelijke geluidsschermen waren geplaatst.<sup>273</sup>

Bij *directe* schade, speelt, anders dan bij schade ten gevolge van een planologische ontwikkeling op naburige percelen het geval is, een rol in hoeverre de maximale mogelijkheden van het oude planologische regime rendabel zijn, dat wil zeggen dat realisering daarvan niet tot een nadeliger vermogenspositie zal leiden.<sup>274</sup> Bij de bepaling van de omvang van de directe planschade gaat het dus om de invulling waaraan het object zijn hoogste waarde ontleent. Wanneer kwantitatief gezien de bouw- en gebruiksmogelijkheden zijn afgenomen, betekent dat niet zonder meer dat er sprake is van planschade: wanneer de invulling waaraan het object zijn hoogste waarde ontleent, nog steeds mogelijk is onder het nieuwe regime, is er geen planschade.

Een voor het planschadevergoedingsrecht belangrijk verschil tussen de oude en de nieuwe planschadevergoedingsregeling is dat de lijst van limitatief opgesomde

<sup>271</sup> EHRM 13 november 2008, AB 2009, 7 m.nt. T. Barkhuysen en M.K.G. Tjepkema (Frijs/Nederland). Zie over de toetsing van het EHRM in planschadezaken ook Tjepkema 2010, p. 665 e.v.

<sup>272</sup> ABRvS 29 februari 2012, LJN: BV7254; AB 2013, 78 m. nt. M.K.G. Tjepkema; GST 2012, 62 m. nt. J.W. van Zundert; JB 2012, 90 m. nt. T. Lam.

<sup>273</sup> ABRvS 28 november 2012, LJN: BY4387 en LJN: BY4388; LJN: BY4394 BR 2013, 45 m. nt. I.P.A. van Heijst. Zie eerder: ABRvS 22 februari 2006, LJN: AV2272.

<sup>274</sup> ABRvS 8 september 2010, LJN: BN6181.



‘schadeorzaken’ gewijzigd is. Van belang is vooral dat onder het oude planschaderecht binnenplanse vrijstellingen en uitwerkingsplannen niet als ‘schadeorzaak’ werden aangemerkt en dat onder het nieuwe planschaderecht binnenplanse ontheffingen en uitwerkingsplannen wél in de limitatieve opsomming van ‘schadeorzaken’ opgenomen. De Afdeling zag zich daardoor geconfronteerd met de vraag, of een binnen het oude regime bestaande binnenplanse vrijstellings-/ ontheffingsmogelijkheid, of een uitwerkingsbevoegdheid al dan niet betrokken dient te worden in de planologische vergelijking bij toepassing van afdeling 6.1. Wro. Het antwoord van de Afdeling luidt, dat deze mogelijkheid niet in de planvergelijking betrokken mag worden.<sup>275</sup> Het aanmerken van een binnenplanse ontheffing in artikel 6.1, tweede lid, aanhef en onder b, als een zelfstandige oorzaak van schade dient naar het oordeel van de Afdeling tot gevolg te hebben, dat bij de planvergelijking een in een bestemmingsplan opgenomen ontheffingsmogelijkheid bij de maximale invulling van dat bestemmingsplan buiten beschouwing wordt gelaten. Dat uitwerkingplannen thans, anders dan onder het oude recht, oorzaak van planschade kunnen zijn, dient naar het oordeel van de Afdeling tot gevolg te hebben dat bij een vergelijking tussen een bestemmingsplan en het nieuwe planologische regime niet van de maximale mogelijkheden van de uitwerkingsregels van dat bestemmingsplan wordt uitgegaan.<sup>276</sup> Een ander oordeel zou tot de ongewenste situatie leiden dat de planologische vergelijking nimmer tot een planologische verslechtering kan leiden. Het schadeveroorzakende plan, de verlening van de binnenplanse vrijstelling of het uitwerkingsplan, valt dan immers weg tegen de maximale invulling van het daaraan voorafgaande plan waarin de mogelijkheid van een binnenplanse vrijstelling of de uitwerkingsverplichting is opgenomen. Het buiten beschouwing laten van ontheffingsmogelijkheden en uitwerkingsverplichtingen in de planvergelijking dient niet beperkt te worden tot het schadeveroorzakende plan, maar dient ook te geschieden bij de vaststelling van de mogelijkheden die het daaraan voorafgaande plan bood. Het wel rekening houden met niet benutte ontheffingsmogelijkheden in de planvergelijking aan de zijde van het oude plan zou tot een onjuiste vaststelling van door elkaar opvolgende plannen veroorzaakte schade leiden. Er is, volgens de Afdeling, geen aanleiding hierover anders te oordelen als zowel het oude als nieuwe planologisch regime onder de oude WRO tot stand zijn gekomen.

Met het handhaven van het systeem van de beoordeling van aanvragen, inclusief de planologische vergelijking, blijft onder de nieuwe Wro de spanning voortduren die bestaat tussen de juridische werkelijkheid van het recht betreffende de vergoeding van planschade en de ervaringswereld van degenen die met dit recht te maken hebben: aanvragers, bestuur en eventuele draagplichtige derden. De beoordeling van dit soort claims gaat in de beleving van aanvragers vaak voorbij aan het door hen feitelijk ervaren probleem. Dat het niet gaat om het vergelijken van subjectieve ervaringen van feitelijke situaties, maar om het geobjectiveerd vergelijken van abstracte, maximaal ingevulde juridische regimes, op een vaste peildatum en de consequenties daarvan voor het vermogen van de aanvrager, blijkt vaak op onbegrip te stuiten. Ook kunnen bestuur en draagplichtige derden er niet altijd begrip voor opbrengen dat een aanvrager compensatie moet krijgen voor nogal theoretische nadelen. Nadelen die hij waarschijnlijk feitelijk nooit als zodanig zal ervaren. Het is niet eenvoudig om met een andere benadering te komen, waaraan minder bezwaren kleven. De relevante schadeorzaken in planschadekwesties zijn nu eenmaal geen feitelijke gedragingen, maar wijzigingen van een juridisch regime en slechts de dáárdoor veroorzaakte nadelen zijn relevant.<sup>277</sup> Overigens is de

<sup>275</sup> ABRvS 1 augustus 2012, LJN: BX3316 BR 2012, 143 m. nt. I.P.A. van Heijst ; GST 2012, 98 m. nt. J.W. van Zundert ; JB 2012, 220 m. nt. T. Lam (tussenuitspraak) en ABRvS 23 januari 2013, LJN: BY9193 (einduitspraak); ABRvS 5 september 2012, LJN: BX6493; ABRvS 28 november 2012, LJN: BY4408; ABRvS 27 februari 2013, LJN: BZ2475.

<sup>276</sup> ABRvS 7 november 2012, LJN: BY2475; BR 2013, 16 m. nt. J.W. van Zundert.

<sup>277</sup> B.P.M. van Ravels, ‘Het is eigenlijk heel eenvoudig ... Abstraheren, maximaliseren, objectiveren, relativeren, toerekenen en taxeren bij het beoordelen van planschade’, in: A.A.J. de Gier, G.T.J.M. Jurgens, H.F.M.W. van Rijswick, J. Robbe, B.J.

begrijpelijkheid en toegankelijkheid niet het enige probleem van het planschadevergoedingsrecht.

Van Ettekoven betoogt in zijn oratie dat het huidige stelsel van planschade ook niet goed functioneert op het gebied van rechtvaardigheid, kosten en tijdigheid.<sup>278</sup> Het stelsel heeft zijn inziens fundamentele aanpassing. Hij stelt dat we in *'te veel zaken belastinggeld rondpompen met een gering maatschappelijk nut, omdat verstrekte vergoedingen niet worden ervaren als compensatie voor ondervonden planologisch leed'*. Zolang een afzonderlijke wettelijke regeling voor vergoeding van planschade gehandhaafd blijft, zou zijns inziens overwogen kunnen worden de tegemoetkoming voor indirecte planschade af te schaffen, een planbatenheffing in te voeren,<sup>279</sup> in beginsel nog slechts feitelijk geleden schade te vergoeden, forfaitaire stelsels te introduceren en de inzet van deskundigen te verminderen. Overigens ziet men inmiddels in de planschaderechtspraak steeds meer aandacht voor finale geschilbeslechting.<sup>280</sup> In de bestuurlijke voorbereiding van planschadebeslissingen ziet men ook steeds meer aandacht voor tijdige besluitvorming en worden pogingen gedaan om tot minder inzet van deskundigen te komen.<sup>281</sup>

### 6.2.5 Afbakening normaal maatschappelijk risico bij planschade en voorzienbaarheid

Het meest in het oog springende verschil met de oude WRO is dat voortaan slechts schade die het normaal maatschappelijk risico overstijgt voor een tegemoetkoming in aanmerking zal komen.<sup>282</sup> Een van de grote 'uitdagingen' bij toepassing van de nieuwe planschaderegeling van afdeling 6.1. Wro is de afbakening van de abnormale last, althans het invulling geven aan het begrip normaal maatschappelijk risico. Van groot belang voor de praktijk is de inmiddels verschenen rechtspraak daaromtrent.<sup>283</sup> Bij de inhoudelijke beoordeling van aanvragen om een tegemoetkoming in planschade op grond van artikel 6.1. Wro dient volgens de Afdeling steeds onderzocht te worden, of en zo ja in hoeverre de gestelde schade uitkomt boven de financiële nadelen die behoren tot het maatschappelijke risico dat elke burger behoort te dragen. Daarbij mag niet volstaan worden met de beantwoording van de vraag, of zich al dan niet bijzondere omstandigheden voordoen die nopen tot de conclusie dat een groter deel dan het in het tweede lid van artikel 6.2 Wro neergelegde forfait van twee procent voor rekening van de aanvrager blijft. Het wettelijk minimum-forfait van 2% is in deze benadering van de Afdeling van slechts beperkte betekenis. Het biedt een niet nader te motiveren argument aan het bestuursorgaan om bagatellen af te wijzen en het biedt een waarschuwing aan aanvragers dat zij zeker het door hen gestorte recht kwijt zijn en geen tegemoetkoming krijgen, indien hun schade deze drempel niet overstijgt.<sup>284</sup>

Volgens de Afdeling moet de vraag of schade als gevolg van een planologische ontwikkeling als bedoeld in artikel 6.1 lid 2 Wro tot het normale maatschappelijke risico behoort, worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Deze formulering sluit goed aan bij de benadering die bij toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gevolgd wordt. Van belang is onder meer

---

Schueler (red.), *Goed verdedigbaar, Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht* (Van Buuren-bundel), Deventer: Kluwer 2011, pp. 131-148.

<sup>278</sup> B.J. van Ettekoven, *Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie*, Vossiuspers Amsterdam, UvA, 2011, besproken door I.P.A. van Heijst, *O&A* 2011/85.

<sup>279</sup> Zie: D.N. van Brederode, 'Baatafroming bij rechtmatige overheidsdaad – Een verkenning van het verhalen van onevenredig voordeel ontstaan door rechtmatig overheidsdhandelen', *O&A* 2011, p. 2-12.

<sup>280</sup> ABRvS 20 februari 2008, JB 2008/76; TBR 2008/91 m.nt. J.A.M.A. Sluysmans.

<sup>281</sup> Vgl. Verordening Schadeschap Luchthaven Schiphol 2012, *Stcrt.* 2012, nr. 8910.

<sup>282</sup> B.P.M. van Ravels, 'De nieuwe redelijkheid bij tegemoetkomen in planschade', *O&A* 2008, p. 128-145.

<sup>283</sup> Zie: M.K.G. Tjepkema, 'Tussen rechtszekerheid en flexibiliteit: contouren van het nieuwe planschaderecht', in: *Coulant compenseren?*, p. 381-418; G.M. van den Broek, 'Forfaitaire vergoeding van waardevermindering door aantasting van w0ongenot', in: *Coulant compenseren?*, p. 437-453; W. Dijkshoorn, 'Normering bij compensatie. Lessen vanuit het privaatrecht', in: *Coulant compenseren?*, p. 471-491; B.P.M. van Ravels, "'Harde en snelle" regels bij de afbakening van het normale maatschappelijke risico?', in: *Coulant compenseren?*, p. 359-380.

<sup>284</sup> Kritisch daarover: Tjepkema, noot bij ABRvS 5 september 2012, *AB* 2013, 79.

of de planologische ontwikkeling als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd waarmee de benadeelde rekening had kunnen houden in die zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. In dit verband komt betekenis toe aan de mate waarin de ontwikkeling naar haar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gevoerde planologische beleid past. Omstandigheden die verder van belang kunnen zijn, zijn de afstand van de locatie waar de ontwikkeling heeft plaatsgevonden tot de onroerende zaak van de aanvrager en de aard en de omvang van het door de ontwikkeling veroorzaakte nadeel. Gelet hierop zal het bestuur dienen te motiveren of en zo ja, in hoeverre de door aanvrager geleden schade tot het normale maatschappelijke risico behoort. Daarbij kan een forfaitaire drempel worden gehanteerd of een kortingspercentage worden toegepast. Dat artikel 6.2, tweede lid, van de Wro niet van toepassing is op de aanvraag om een tegemoetkoming in de planschade, staat daaraan niet in de weg.<sup>285</sup>

*Betekenis van draagplichtige derden.* Een nieuwe ontwikkeling in de planschaderechtspraak is ook de betekenis die de draagplichtige derde daarin heeft gekregen. Derden die de schade contractueel voor hun rekening moeten nemen zijn vanzelfsprekend veel meer dan het bestuursorgaan geneigd om de aandacht te besteden aan bijvoorbeeld de vraag, of de schade binnen het normale maatschappelijk risico valt.<sup>286</sup>

*Voorzienbaarheid/ risicoaanvaarding.* Het leerstuk van de risicoaanvaarding is onder het nieuwe recht niet gewijzigd. Opmerkelijk is wél dat de Afdeling bestuursrechtspraak in het recente verleden eenzelfde rechtsvraag ter zake van de problematiek van de zogenoemde ‘doorbroken voorzienbaarheid’ verschillend heeft beantwoord.<sup>287</sup> Het gaat om de beantwoording van de vraag, of een planologische verandering buiten het eigen perceel voor een aanvrager voorzienbaar was in gevallen waarin het planologische regime tussen de aankoop en het in werking treden van het schadeveroorzakende planologische regime gewijzigd is. De Afdeling had in sommige uitspraken geoordeeld dat alleen de planologische situatie ten tijde van de koop van het eigen perceel van belang is.<sup>288</sup> De Afdeling had echter in andere uitspraken geoordeeld dat de rechtszekerheid meebrengt dat ook betekenis toekomt aan een verandering van het geldende planologische regime na de koopdatum.<sup>289</sup> In een uitspraak van 21 december 2011 heeft de Afdeling dit probleem onder ogen gezien en duidelijk gemaakt hoe zij deze vraag in het vervolg beantwoord: *‘De Afdeling volgt in het vervolg in zaken als deze, waarin de vraag voorligt of de aanvrager ten tijde van de koop van de onroerende zaak planologische mogelijkheden heeft aanvaard en het geldende planologische regime nadien is gewijzigd, de redenering die onder meer gevolgd is in de uitspraak van 16 december 2009. Bij deze, ook onder het huidige in deze zaak nog geldende recht al meermalen gevolgd, keuze heeft de Afdeling mede van belang geacht dat de wetgever in de op 1 juli 2008 in werking getreden Wet ruimtelijke ordening een gewijzigd planschaderecht heeft opgenomen met onder meer als doel de aansprakelijkheid voor*

<sup>285</sup> ABRvS 21 november 2012, LJN: BY3738; LJN: BY3739 en LJN: BY3737, BR 2013, 44 m. nt. D.R. Boer. Zie voorts: B.P.M. van Ravels, ‘Afbakening van het normale maatschappelijke risico in het nieuwe planschaderecht’, *O&A* 2012, 89, p. 208-213, alsmede ABRvS 5 september 2012, LJN: BX6492, BR 2012, 167 m. nt. J.W. van Zundert en ABRvS 29 februari 2012, LJN: BV7254; GST 2012, 62 m. nt. J.W. van Zundert; JB 2012, 90 m. nt. T. Lam.

<sup>286</sup> Artikel 6.4a Wro. Ook de nieuwe Waterwet en de Wet luchtvaart kennen een regeling die de overheid de mogelijkheid biedt om de kosten van nadeelcompensatie af te wentelen op degenen die profiteren van het schade toebrengend overheidshandelen: art. 7.17 Waterwet en art. 8a.38 Wet luchtvaart

<sup>287</sup> B.P.M. van Ravels, ‘Schadevergoeding’, *NTB* 2011/36, p. 255, alsmede B.P.M. van Ravels, ‘Schadevergoeding’, *NTB* 2010/8, p. 41.

<sup>288</sup> ABRvS 16 december 2009, LJN: BK6700; BR 2010, 46 m.nt. I.P.A. van Heijst.

<sup>289</sup> ABRvS 20 juli 2011, LJN: BR2290, GST 2011/97, L.A. van Montfoort; BR 2011, 165 m.nt. J.W. van Zundert; zie eerder in deze zin: ABRvS 6 oktober 2004, LJN AR3330; AB 2005, 5 m.nt. G.M. van den Broek.

*planologische veranderingen te beperken*.<sup>290</sup>

*Voorzienbaarheid en formeel juridische benadering:* Bij de beoordeling aan de hand van de criteria voor vergoeding van planschade wordt veelal een formeel juridische benadering gehanteerd. Onder de criteria voor planschade kan bijvoorbeeld uitsluitend voor vergoeding in aanmerking komen waardevermindering van onroerend goed waarvan de verzoeker eigenaar is ten tijde van de peildatum. Alleen degene die op de peildatum de formeel juridische eigenaar is, kan door een planologische wijziging rechtstreeks in zijn vermogen worden getroffen. Bepalend is de formele juridische overdracht, conform de daarvoor geldende wettelijke eisen. Aan het sluiten van een obligatoire overeenkomst komt hierbij geen betekenis toe.<sup>291</sup> Deze formeel-juridische benadering was ook leidend bij de beoordeling van voorzienbaarheid. Naar vaste jurisprudentie dient de voorzienbaarheid te worden vastgesteld op het moment van de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak. Bij het aannemen van voorzienbaarheid is eveneens de formeel juridische eigendomssituatie van belang of hetgeen daarover bij de koopovereenkomst is bepaald, aldus de Afdeling.<sup>292</sup> In recentere rechtspraak lijkt de Afdeling echter enige afstand te nemen van deze formeel juridische benadering bij de beoordeling van voorzienbaarheid. Opmerkelijk is in dit verband de voorzienbaarheidsrechtspraak die er op neer komt dat bij geruisloze inbreng van een als eenmanszaak gedreven onderneming in een B.V. ná de peildatum van voorzienbaarheid, geen risicoaanvaarding aan de B.V. mag worden tegengeworpen.<sup>293</sup> Formeel juridisch gaat het daarbij om een formele eigendomsoverdracht van een natuurlijke persoon aan een rechtspersoon, die is overeengekomen na de peildatum voor voorzienbaarheid. Volgens de Afdeling is desondanks sprake van eenzelfde entiteit, waarvan slechts de rechtsvorm is gewijzigd. De Afdeling is van oordeel dat nu de onderneming is ingebracht in de besloten vennootschap en feitelijk ongewijzigd is voortgezet aan deze vennootschap geen actieve risicoaanvaarding dient te worden tegengeworpen.

### 6.2.6 Maatstaf beoordeling deskundigenadvies

In de planschaderechtspraak wordt in toenemende aandacht besteed aan de betekenis van het deskundigenadvies.<sup>294</sup> Volgens vaste rechtspraak mag een bestuursorgaan een besluit op een aanvraag om tegemoetkoming in planschade baseren op een advies van een door dat bestuursorgaan benoemde deskundige, indien uit dat advies blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies van dat advies ten grondslag zijn gelegd en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, tenzij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van dat advies naar voren zijn gebracht. Bij het toepassen van deze maatstaf is van belang dat niet aan alle onderdelen van een deskundigenadvies even zware motiveringseisen kunnen worden gesteld. Zo zijn inzichten van een taxateur in planschadekwesties veelal gebaseerd op diens kennis en ervaring, zodat een nadere toelichting op die inzichten niet in alle gevallen kan worden verlangd.<sup>295</sup> Wel dient de gedachtegang duidelijk en voldoende controleerbaar te zijn en dient het verslag van het onderzoek voldoende basis te bieden voor verdere besluitvorming. Voorts kunnen bepaalde onderdelen

<sup>290</sup> ABRvS 21 december 2011, LJN: BU8882, JB 2012, 32 m. nt. T. Lam; ABRvS 29 februari 2012, LJN: BV7238; ABRvS 30 mei 2012, LJN: BW6912; ABRvS 11 juli 2012, LJN: BX3256; ABRvS 11 juli 2012, LJN: BX1065; ABRvS 1 augustus 2012, LJN: BX3256; ABRvS 7 november 2012, LJN: BY2475.

<sup>291</sup> ABRvS 16 april 2008, LJN: BC9617; GST 2008, 82 m. nt. J.M.H.F. Teunissen; ABRvS 16 maart 2005, LJN: AT0554; JB 2005, 122.

<sup>292</sup> ABRvS 17 januari 2009, LJN: BG9030; AB 2009, 60 m. nt. T.E.P.A. Lam.

<sup>293</sup> ABRvS 13 juli 2011, LJN: BR1423; JB 2011, 191; ABRvS 7 september 2011, LJN: BR6919, BR 2011, 195 m. nt. I.P.A. van Heijst.

<sup>294</sup> B.P.M. van Ravels, 'Twijfel zaaien en nadeelcompensatie oogsten – Over bewijswaardering en nadeelcompensatie', *Ars Aequi* 2010, nr. 7/8, p. 543-551.

<sup>295</sup> ABRvS 30 mei 2012, LJN: BW6899.

van adviezen slechts terughoudend door de rechter getoetst worden. Dat geldt bijvoorbeeld voor een deskundigenoordeel omtrent relevante toename van geluidsintensiteit. De maatstaf bij de te verrichten toetsing is niet de eigen waardering door de rechter van de toename van de gebruiksintensiteit, maar de vraag of grond bestaat voor het oordeel dat het bestuursorgaan, gelet op de motivering van het advies, zich bij de besluitvorming niet in redelijkheid op dat deskundigenoordeel heeft kunnen baseren. Dit laat onverlet dat de besluitvorming dient te voldoen aan de eisen die door het recht aan met name de zorgvuldigheid en de motivering worden gesteld en dat de rechter de besluitvorming daaraan dient te toetsen.<sup>296</sup>

## 7. Overheid en contractenrecht

### 7.1 Bevoegdhedenovereenkomst

Op 8 juli 2011<sup>297</sup> wees de Hoge Raad het belangrijke arrest *Etam/gemeente Zoetermeer*, dat handelt over de nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst. In dit arrest heeft de Hoge Raad een aantal hoofdregels geformuleerd voor de beantwoording van de vraag wanneer de bestuursrechter dan wel de burgerlijke rechter bevoegd is om kennis te nemen van geschillen over de nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst. Tot dan toe was de jurisprudentie over de bevoegdhedenovereenkomst tamelijk schaars, zodat een richtinggevend arrest zeer welkom was. Een bevoegdhedenovereenkomst is een overeenkomst waarin een bestuursorgaan aangeeft op welke wijze het een hem toekomende publiekrechtelijke bevoegdheid (wel of niet) zal geen uitoefenen. Deze overeenkomst wordt door sommigen gekwalificeerd als een publiekrechtelijke overeenkomst (vanwege haar object: de publiekrechtelijke bevoegdheid) en door anderen als een gemengde overeenkomst. Hiervan is sprake als in een overeenkomst zowel over het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden als privaatrechtelijke bevoegdheden wordt gecontracteerd. De overeenkomst waarop het arrest van 8 juli 2011 betrekking had, was zo'n gemengde overeenkomst.

De casus was als volgt. De gemeente Zoetermeer heeft aan Etam stukken grond verkocht op een industrieterrein ten behoeve van bedrijfsuitbreiding. Tevens wordt overeengekomen dat de gemeente zich tot het uiterste zal inspannen om de gewenste bedrijfsuitbreiding te realiseren door een bestemmingsplan vast te stellen en de benodigde bouwvergunningen af te geven alsmede om een nabij te bouwen woonwijk op voldoende afstand van Etam te ontwikkelen. Volgens Etam heeft de gemeente deze laatste – meer zijdelingse – inspanningsverplichting geschonden. Zij vorderde bij de civiele rechter schadevergoeding op grond van een tekortkoming in de nakoming. Bij het hof strandde deze vordering op het leerstuk van de formele rechtskracht. Naar het oordeel van het hof (en evenzo A-G Keus) had het bestemmingsplan formele rechtskracht gekregen; de gestelde tekortkoming inhoudende dat de woningen in afwijking van de overeenkomst te dicht op Etam waren gebouwd betrof in de visie van het Hof een onregelmatigheid die zozeer samenhang met het bestemmingsplan dat deze ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter droeg. De gestelde tekortkoming ging, met andere woorden, op in de formele rechtskracht van het bestemmingsplan. Deze overweging was een evidente toepassing van het arrest *Kuijpers/Valkenswaard*, waarin de Hoge Raad een onderscheid aanbracht tussen ten opzichte van een appellabel besluit zelfstandige en onzelfstandige handelingen.<sup>298</sup> De Hoge Raad oordeelde echter in het onderhavige arrest dat de formele rechtskracht van het bestemmingsplan en de verleende bouwvergunning *niet* in de weg staan aan een zelfstandig oordeel over de nakoming van de overeenkomst door de civiele rechter, waarbij de Hoge

<sup>296</sup> ABRvS 25 juli 2012, LJN: BX2590.

<sup>297</sup> HR 8 juli 2011, NJ 2011, 463, m. nt. M.R. Mok, AB 2011,298 m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen en BR 2011,180, m.nt. E.W.J. de Groot (Etam c.s./Zoetermeer).

<sup>298</sup> HR 9 september 2005, AB 2006, 286, . Zie daarover ook J.H.A. van der Grinten, 'Het samenhangcriterium van *Kuijpers/Valkenswaard*', *O&A* 200

Raad de bevoegdhedenovereenkomst uitdrukkelijk als een overeenkomst met een gemengd (bestuursrechtelijk én privaatrechtelijk) rechtskarakter aanmerkt. De Hoge Raad onderbouwt de competentieverdeling tussen de bestuursrechter en de civiele rechter aan de hand van datgene waarover zij oordelen. De bestuursrechter oordeelt over de rechtmatigheid van het Awb-besluit, terwijl de burgerlijke rechter toetst of de overeenkomst is nagekomen. De toetsen die de verschillende rechters aanleggen komen in dit arrest dus niet op hetzelfde neer.<sup>299</sup>

## 7.2 Doorkruising of misbruik van bevoegdheid?

Ten aanzien van de vraag of het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid is toegestaan, geldt nog altijd de formule uit het *Windmill*-arrest uit 1990. Kort samengevat is de heersende leer thans dat eerst gekeken dient te worden of de wet zelf een uitdrukkelijk antwoord geeft op de vraag of de privaatrechtelijke weg is toegestaan (of dat er een algemeen gebruikelijke praktijk of eerdere jurisprudentie is die dit duidelijk maakt). Indien het antwoord op deze voorvraag negatief is, dan moeten blijkens het *Windmill*-arrest volgens de Hoge Raad drie criteria worden toegepast om vast te stellen of gebruik van het privaatrecht is toegestaan: de inhoud en strekking van de betrokken regeling, de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van burgers zijn beschermd en of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken. Is gebruik van het privaatrecht niet toegestaan, dan is sprake van een *onaanvaardbare doorkruising* van het publiekrecht.

In het arrest Amsterdam/Geschiere van 5 juni 2009<sup>300</sup> kwam deze vraag naar de doorkruising van het publiekrecht wederom aan de orde. In deze zaak had het stadsdeel Zuidoost van de gemeente een (publiekrechtelijke) standplaatsvergunning bij de Amsterdam Arena voor de verkoop van kleine etenswaren en frisdranken (in een mobiele snackbar) afgegeven. Naast deze vergunning had Geschiere ook nog privaatrechtelijke toestemming nodig van het gemeentelijk grondbedrijf om de standplaats daadwerkelijk te kunnen innemen. Deze toestemming werd hem echter niet verleend, nu de grond waarop de standplaats zou worden ingenomen aan de dienst Stadstoezicht in gebruik was gegeven in afwachting van uitgifte in erfpacht. Geschiere komt hiertegen op. De Hoge Raad overwoog dat nu de gemeente aan Geschiere een publiekrechtelijke vergunning heeft verleend tot het innemen van een standplaats op een plek waarvan de gemeente eigenaar is, zij bij de uitoefening van haar bevoegdheid als eigenaar van de grond tot het wel of niet verlenen van privaatrechtelijke toestemming, tot uitgangspunt moet nemen dat Geschiere door de verlening van de vergunning gerechtigd is tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Een weigering van de gemeente levert daarom misbruik van bevoegdheid op, tenzij sprake is van zwaarwegende belangen aan de zijde van de gemeente. Het door de gemeente naar voren gebrachte belang – onbelemmerde uitgifte in erfpacht in de toekomst – is een belang van de gemeente als eigenaar van de grond ten aanzien waarvan de Verordening op de Straathandel geen regeling bevat en die de gemeente dus vrijlaat in de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden. Van een – laat staan een onaanvaardbare – doorkruising van die regeling door het uitoefenen van die bevoegdheden kon dus volgens de Hoge Raad, anders dan het hof had geoordeeld, geen sprake zijn. Hierin is het verschil gelegen met HR 19 mei 2000, NJ 2000,639 (Staat/Den Haag) waar er wel sprake was van een uitputtende regeling in het publiekrecht. Over het arrest *Geschiere* is in dit blad opgemerkt dat het kan worden gelezen als een beperking van de reikwijdte van de doorkruisingsformule. Deze zou alleen van toepassing zijn in situaties waarin de overheid privaatrechtelijke bevoegdheden wil

<sup>299</sup> Huisman heeft in dit blad betoogd dat voor appellabele uitvoeringsbesluiten de rol van de burgerlijke rechter is beperkt tot die van schadevergoedingsrechter P.J. Huisman, 'Bevoegdhedenovereenkomst en rechtsbescherming', *O&A* 2011, p 17.

<sup>300</sup> AB 2009, 327 (met noot G.A. van der Veen).

inzetten ten behoeve van belangen die een plaats hebben gekregen in een publiekrechtelijke regeling die daartoe het bestuur ook publiekrechtelijke bevoegdheden verschaft. Is aan die voorwaarde niet voldaan, dan kan het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden nog wel afstuiten op art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid) en art. 3:14 BW (geen strijd met publiekrecht), die immers zelfstandige maatstaven vormen voor het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden.<sup>301</sup>

### 7.3 *De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking*

In het arrest van de Hoge Raad van 1 juni 2012<sup>302</sup> (*Esmilo/Mediq*) kwam de vraag op of een overeenkomst met een door publiekrechtelijke wet-of regelgeving verboden inhoud of strekking geldig is of nietig. De casus was als volgt. Esmilo drijft twee apotheken. Op enig moment verkoopt zij haar apotheken aan Mediq, een internationale onderneming die medische hulpmiddelen en medicijnen levert, onder meer via Mediq Apotheek. Partijen besluiten tezamen de export van medicijnen naar het buitenland te verzorgen. Dat gaat echter niet zo gemakkelijk omdat fabrikanten van medicijnen niet méér produceren dan nodig is voor hun eigen afzet. Daarom richten Esmilo en Mediq een vennootschap op die over een groothandelsvergunning zal komen te beschikken en de (bij elkaar gesprokkelde) medicijnen zal verkopen aan exporterende groothandels. Deze vennootschap zal aldus als groothandel medicijnen moeten betrekken van apotheken, terwijl het Besluit bereiding of aflevering van farmaceutische producten (oud) dat verbiedt. Tot een daadwerkelijke export komt het niet, omdat Mediq zich uit de samenwerking terugtrekt. Esmilo vordert schadevergoeding wegens wanprestatie. De vraag rijst of het verbod als groothandel medicijnen te betrekken van apotheken in voornoemd besluit afdoet aan de geldigheid van de samenwerkingsovereenkomst. Het hof oordeelt dat er sprake is van een overeenkomst met een verboden strekking zodat deze nietig is op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. De Hoge Raad casseert deze uitspraak en bevestigt hiermee de autonomie van het privaatrecht ten opzichte van het publiekrecht. Uitgangspunt is dat het besluit zelf over de hiervoor gereleveerde vraag geen uitsluitel biedt en de geldigheid van de samenwerkingsovereenkomst aan de hand van artikel 3:40 BW moet worden vastgesteld. De leden 2 en 3 komen niet aan de orde nu het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst nergens wordt verboden. Blijft over lid 1. Geheel in lijn met het arrest *Parkeerexploitatie/Amsterdam*<sup>303</sup> oordeelde de Hoge Raad ook hier dat niet (langer) kan worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is. De Hoge Raad wijst er in dit verband op dat de wetgever niet altijd de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen heeft van door hem uitgevaardigde publiekrechtelijke wettelijke verboden. In plaats van een automatisme voor nietigheid, is er ruimte voor afweging van belangen. Moet het belang van partijen bij instandhouding van hun overeenkomst wijken voor het algemeen belang bij handhaving van de rechtsorde en moet daarmee hun overeenkomst nietig worden geacht, omdat deze een verboden inhoud of strekking heeft? Of moet het belang van partijen prevaleren zodat hun overeenkomst ondanks haar verboden inhoud of strekking geldig moet worden geacht, zodat Esmilo kans maakt dat haar schadevergoedingsvordering wegens wanprestatie wordt gehonoreerd? Dit zijn vragen waarover de verwijzingsrechter zich zal moeten buigen.

### 7.4 *Opzegging duurovereenkomst*

Het arrest *Gemeente De Ronde Venen/Stedin*<sup>304</sup> gaat over de opzegging van een

<sup>301</sup> G.T.J.M. Jurgens, 'Onaanvaardbare doorkruising of misbruik van bevoegdheid?', *O&A* 2011/2, p. 84 e.v.

<sup>302</sup> *RvdW* 2012, 765.

<sup>303</sup> HR 7 april 2000, *NJ* 2000, 652.

<sup>304</sup> HR 28 oktober 2011, *AB* 2012, 85, met noot F.J. van Ommeren en *NJ* 2012, 685, met noot T.F.E. Tjong Tjin Tai.

duurovereenkomst tussen een gemeente en een energiebedrijf in verband met de exploitatie van energievoorzieningen en de daarvoor benodigde kabels en leidingen in de grond van de gemeente. De gemeente wenste deze overeenkomst te beëindigen omdat in het kader van de liberalisering van de energiemarkt inmiddels een verordening voor deze materie gold waarin met name was voorzien in het antwoord op de vraag wie de kosten zou moeten dragen bij noodzakelijke verleggingen van de kabels en leidingen. De vraag rees onder welke voorwaarden de gemeente kon opzeggen. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is een overeenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan in beginsel opzegbaar, voor zover niet is voorzien in een opzeggingsregeling. Als die wel is opgenomen, dan wordt de opzeggingsbevoegdheid bepaald door de inhoud van de overeenkomst en de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen. Verder kunnen de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegend belang voor opzegging bestaat. Ook kan uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat een opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met een aanbod tot betaling van schadevergoeding. In bovenstaande casus, waarin geen opzeggingsregeling bestond, kon worden opgezegd en behoefde geen zwaarwegende redenen te worden aangevoerd.

#### 7.5 *Aansprakelijkheid van de overheid wegens onjuiste informatieverstrekking*

In het arrest *Chipshol/ Luchtverkeersleiding Nederland (LVNL)*<sup>305</sup> ging het, voor zover thans relevant, om de vraag of de door LVNL tot 2005 verstrekte informatie onjuist is, althans of de verstrekte informatie door haar onvolledigheid een onjuist beeld schept van de gebruiksmogelijkheden van het zogenaamde Groenenbergterrein, en zo ja, of dit onrechtmatig is jegens Chipshol. LVNL betrok primair de stelling dat de mededelingen die LVNL naar aanleiding van de bouwplannen van Chipshol heeft gedaan, door de formele rechtskracht van besluiten van de betrokken overheden worden gedekt (zie HR 9 september 2005, AB 2006,286 *Kuijpers/Valkenswaard*). Het hof oordeelde dat de door LVNL gegeven onjuiste inlichtingen onafhankelijk van de daarop gebaseerde bestuursbesluiten ten opzichte van Chipshol zijn en daarom niet gedekt zijn door de formele rechtskracht van de bestuursbesluiten. Dit oordeel wordt door de Hoge Raad gesanctioneerd. Terecht heeft het hof, aldus de Hoge Raad, doorslaggevende betekenis gehecht aan a) de omstandigheid dat LVNL geen deel uitmaakte van de organisatie van de desbetreffende bestuursorganen, b) aan de omstandigheid dat LVNL een eigen, ten opzichte van die bestuursorganen zelfstandige en onafhankelijke positie innam en c) aan de omstandigheid dat LVNL in die hoedanigheid, en dus niet namens of ten behoeve van het desbetreffende bestuursorgaan optrad in het directe overleg met Chipshol. Daarmee onderscheidt zich dit geval wezenlijk van het geval dat het bestuursorgaan met het oog op een door dat orgaan te nemen besluit (naderhand onjuist gebleken) inlichtingen verschaft die zo zeer samenhangen met het te nemen besluit dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter dragen en hoezeer ook onjuist, in beginsel worden gedekt door de formele rechtskracht van dat besluit.

Een ander arrest over dit onderwerp is HR 25 mei 2012, NJ 2012, 340 (*Gemeente 's Hertogenbosch/Van Zoggel*). Van Zoggel exploiteert een slagerij in een hem in eigendom toebehorend pand. Diverse malen heeft Van Zoggel geprobeerd het pand te mogen gebruiken voor detailhandel. Dat is niet gelukt. Uiteindelijk vraagt de advocaat van Van Zoggel aan de gemeente om toestemming te verlenen voor ingebruikname van zijn cliënt voor het exploiteren van een fitnesscentrum als tijdelijke oplossing en medewerking te verlenen voor het vinden van een structurele oplossing door het toestaan van gehele of gedeeltelijke invulling van de ruimte (500 m<sup>2</sup>) ten behoeve van detailhandel. De gemeente antwoordt hierop dat het gebruik als fitnessruimte zonder meer past binnen de geldende bestemming,

---

<sup>305</sup> HR 25 mei 2012, JB 2012,176



maar dat het stedenbouwkundig beleid erop gericht bleef de bedrijfsoppervlakte van detailhandelvevestigingen te beperken tot 250 m<sup>2</sup>. Naderhand blijkt, kort gezegd, dat het geldende bestemmingsplan geen beperking voor detailhandel biedt. Van Zoggel stelt een vordering tegen de gemeente in, aan welke vordering hij ten grondslag legt dat de gemeente hem onjuist heeft geïnformeerd over de mogelijkheden die het bestemmingsplan hem bood voor het gebruik van zijn perceel voor detailhandel. Volgens de Hoge Raad hangt het antwoord op de vraag of een gemeente onjuiste of onvolledige inlichtingen heeft gegeven naar aanleiding van een verzoek van een belanghebbende, af van de omstandigheden van het geval. Vervolgens somt de Hoge Raad een aantal relevante aspecten op: (i) de inhoud van het gedane verzoek en hetgeen de gemeente daarover heeft moeten begrijpen en (ii) de aard en inhoud van de door de gemeente in antwoord daarop gegeven inlichtingen en hetgeen de belanghebbende daarover moest begrijpen. De Hoge Raad doet de zaak zelf af en oordeelt dat Van Zoggel uit de mededelingen van de gemeente niet het vertrouwen had mogen ontlenuen dat het door hem gewenst ruimere gebruik van het perceel voor detailhandel volgens het bestemmingsplan niet mogelijk was.

#### 7.6 *Aansprakelijkheid wegens opgewekt vertrouwen. Pokopoko-beginsel*

Over dit belangwekkende onderwerp is in de te behandelen kroniekperiode een aantal arresten verschenen. Als eerste noemen wij het *Provincie Gelderland/Vitesse*-arrest van de Hoge Raad van 25 juni 2010, NJ 2010,371. Vier leden van Gedeputeerde Staten van Gelderland hadden in 2001 met Vitesse en de exploitant van Gelredome onderhandeld over de redding van Vitesse. Tijdens de onderhandelingen is een akkoord bereikt. Zo zou de Provincie eenmalig de huur met € 6 miljoen verlagen. De Provincie vaardigde een persbericht met deze inhoud uit. De Provincie komt deze toezegging niet na. De Provincie wordt aansprakelijk gesteld voor schade die hierdoor is ontstaan. De Hoge Raad stelt eerst vast dat het gedragingen betreft die aan de Provincie moeten worden toegerekend omdat gedragingen van gedeputeerden in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als gedragingen van de Provincie. Vervolgens rijst de vraag of er sprake van onrechtmatige daad. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. Volgens de Hoge Raad is het op zichzelf juist dat uit de Provinciewet voortvloeit dat gedeputeerden zonder delegatie of goedkeuring achteraf door Provinciale Staten niet bevoegd waren de Provincie door voornoemde toezegging te binden, maar dat gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval (waaronder het feit dat de gedeputeerden zelf het initiatief hadden genomen voor de bespreking die in het Provinciehuis plaatsvond, zij binnen de bestuurlijke organisatie van de provincie een belangrijke positie innamen en bevoegd waren het dagelijks bestuur van de provincie te voeren en dat één van de gedeputeerden gedetailleerde instructies aan de andere aanwezige partijen gaf over de door hen te leveren bijdragen aan de financiële sanering van Vitesse) het niet gestand doen van de toezegging onrechtmatig is. In de literatuur wordt erop gewezen dat de Hoge Raad zijn jurisprudentie hiermee meer in overeenstemming heeft gebracht met de jurisprudentie van de bestuursrechter over onbevoegde vertegenwoordiging en gerechtvaardigd vertrouwen.<sup>306</sup> De bestuursrechter gaat er immers van uit dat in beginsel geen vertrouwen kon worden ontleend aan een door een onbevoegd gedane toezegging.

In dezelfde lijn ligt het arrest HR 23 december 2011, NJ 2012 (*X c.s./Het eilandgebied Sint Eustatius*), waarbij het op het Eilandgebied Sint Eustatius ging om een conflict tussen een derde en een aantal families over een stuk grond. Om dit conflict op te lossen heeft het bestuurscollege van het Eilandgebied in 1965 aan de families toegezegd om de desbetreffende grond van de derde te kopen om het vervolgens aan de families door te verkopen. De derde heeft het stuk grond aan het Eilandgebied overgedragen. Nadien heeft echter geen

<sup>306</sup> B.P.M. van Ravels, 'Kroniek Schadevergoeding', *NTB* 2012/17, onder a2 en M.W. Scheltema, 'Kroniek Overheidsprivaatrecht', *NTB* 2010/48, onder 3.

doorverkoop plaatsgevonden. De erven van de families vorderen primair nakoming van de toezegging, subsidiair baseren zij hun vordering op onrechtmatige daad. Het Eilandgebied voert aan dat de toezegging was gedaan door het bestuurscollege, maar dat zij niet bevoegd was dit te doen, omdat de Eilandsraad (op grond van de Eilanden Regeling Nederlandse Antillen) hiertoe alleen bevoegd was. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijke onbevoegdheid niet wegneemt dat op grond van bijzondere omstandigheden zodanige concrete verwachtingen zijn gewekt dat het onrechtmatig is het daarop gebaseerde vertrouwen niet te honoreren.

Een vergelijkbare zaak leidde tot het kort hierna gewezen arrest van de *De Goede Hoop NV/Het Eilandgebied Curaçao*.<sup>307</sup> Ook hier was de vordering gebaseerd op onrechtmatig handelen van het eilandgebied Curaçao. Het bestuurscollege zou dusdanige mededelingen jegens een ondernemer hebben gedaan dat die er in gerechtvaardigd vertrouwen van mocht uitgaan dat een bepaalde beperking voor een stuk grond gold. Aan de orde was onder meer het zogenaamde ‘pokopoko-beginsel’, waarmee de tendens wordt aangeduid dat ten aanzien van het overheidsgedrag in overzeese gebieden minder streng wordt geoordeeld over een slordig of traag werkend overheidsorgaan (en dat dus leidt tot het minder snel aannemen van overheidsaansprakelijkheid). De Hoge Raad overweegt dat het pokopoko-beginsel er niet in mag resulteren dat gerechtvaardigd vertrouwen van de burger niet wordt beschermd. Ook als het feitelijk handelen van de overheid op een vergissing berust, kan het doen van mededelingen aan een burger onder omstandigheden een onrechtmatige daad opleveren. Daaraan kan niet afdoen, aldus de Hoge Raad, dat het van groot belang is dat in een kleinschalige samenleving als Curaçao, waar persoonlijke verhoudingen een grote rol spelen, regels over bevoegdheidsverdeling strikt in acht worden genomen. Daartegenover staat immers het grote belang van bescherming van door de overheid opgewekt vertrouwen dat wel in overeenstemming met die regels is gehandeld.

7.7 *Onderhandelingen met gemeente; bevoegdheidskwesties.* Ten slotte bespreken wij nog een voor de praktijk belangrijk onderwerp, te weten de uitleg van een door de gemeente gemaakt voorbehoud van instemming door het college van B&W. In de zaak die leidde tot het arrest *Gemeente Almere Buiten Oost/Weernekers c.s.*<sup>308</sup> zijn onderhandelingen gevoerd over het tot stand komen van een intentieovereenkomst met een supermarktexploitant door ambtenaren van een gemeente. In het kader van die onderhandelingen zijn diverse concepten uitgewisseld. In deze concepten stond vermeld dat de overeenkomst werd aangegaan onder de opschortende voorwaarde van instemming van het college van B&W. Toen de uiteindelijke versie van de overeenkomst aan het college werd voorgelegd, stelde het aanvullende voorwaarden alvorens het instemming wilde verlenen. De supermarktexploitant was het hier niet mee eens en stelde zich op het standpunt dat de aanvullende voorwaarden op grond van de redelijkheid en billijkheid niet meer mochten worden gesteld en dat de overeenkomst (zonder die voorwaarden) nagekomen moest worden. Kernvraag was of er wel een overeenkomst tussen de gemeente en de supermarktexploitant tot stand was gekomen, nu het besluit tot het aangaan van civielrechtelijke rechtshandelingen op grond van artikel 160 lid 1 aanhef en onder e Gemeentewet slechts door het college van B&W kan worden genomen en een dergelijk besluit ontbrak. In dat verband is van belang hoe het bepaalde onder artikel 160 lid 1 aanhef en onder e Gemeentewet moet worden geïnterpreteerd: als een totstandkomingsvereiste of louter als een bevoegdheidsverdelingsbepaling. Volgens de Hoge Raad is het laatste het geval. Deze bevoegdheid sluit, aldus de Hoge Raad, niet uit dat onderhandelingen over een voorgenomen privaatrechtelijke rechtshandeling namens de gemeente door ambtenaren kunnen worden gevoerd en dat als resultaat van die onderhandelingen een rechtshandeling tot

---

<sup>307</sup> HR 6 januari 2012, LJN BT8413.

<sup>308</sup> HR 1 juni 2012, LJN BV1748.

stand komt onder de voorwaarde van goedkeuring van B&W. In een dergelijk geval kan een zodanige voorwaarde worden aangemerkt als opschortende voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW, zodat in de in voorkomend geval ook art. 6:23 lid 1 BW toepassing kan vinden. Daartoe is niet nodig dat de onderhandelaars van de zijde van de gemeente een mandaat (van B&W) hebben om de gemeente te binden, omdat vanwege de opschortende voorwaarde de overeenkomst de gemeente pas bindt nadat de voorwaarde in vervulling is gegaan (of op grond van art. 6:23 geacht wordt in vervulling te zijn gegaan).

Dit betekent dat gemeenten onder omstandigheden gebonden kunnen worden door onderhandelingen die worden gevoerd door ambtenaren. Een dergelijke binding kan echter, zoals de annotator De Groot terecht opmerkt, niet te snel worden aangenomen.<sup>309</sup> Deze terughoudendheid geldt niet alleen bij het al of niet vervuld zijn van een instemmingsvoorwaarde, maar eveneens indien is verzuimd een voorbehoud van instemming op te nemen in een conceptovereenkomst opgesteld door *niet* ter zake bevoegde ambtenaren, zoals bleek uit het hiervoor besproken arrest *Provincie Gelderland/Vitesse*.

## 8. Invloed vanuit Europa: EU-recht en EVRM

### 8.1. Invloed door het EU-recht op de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad

#### 8.1.1. Algemeen

Sinds 1991 wordt het Nederlands overheidsaansprakelijkheidsrecht voor onrechtmatige daad in zaken waarin direct of indirect (via omzetting in het nationale recht) het EU-recht aan de orde is, ingekaderd door het Unierecht. In dat jaar stelde het Hof van Justitie in de zaak *Francovich* vast dat er een Europees beginsel bestaat op grond waarvan de lidstaten verplicht zijn tot vergoeding van de schade die particulieren leiden als gevolg van schendingen van Unierecht.<sup>310</sup> Deze door het Unierecht voorgeschreven overheidsaansprakelijkheid is in latere rechtspraak verder uitgewerkt en geldt in beginsel voor schendingen van Unierecht door alle organen van de Staat.<sup>311</sup> Het kan gaan om schendingen door een (decentraal of centraal) bestuursorgaan of een (decentrale of centrale) wetgever, maar ook om een schending door een rechter in hoogste instantie. De lidstaten moeten deze aansprakelijkheid in hun nationale rechtsorde organiseren, waarbij zij op grond van het beginsel van procedurele autonomie bepalen welke rechter bevoegd is, welke procesrechtelijke regels van toepassing zijn, hoe het zit met de draagplicht en met de verdeling van aansprakelijkheden tussen overheden et cetera. Het toepasselijke nationale (proces)recht moet voldoen aan de Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

De voorwaarden waaronder de aansprakelijkheid op grond van het Unierecht tenminste ontstaat zijn:<sup>312</sup> a. de geschonden regel van EU-recht moet ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen (relativiteit); b. de schending moet voldoende gekwalificeerd (of in het geval van rechtspraak in laatste instantie: kennelijk) zijn; c. er dient direct causaal verband te zijn tussen de schending en geleden schade. Deze voorwaarden zijn minimumvoorwaarden en sluiten niet uit dat een lidstaat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn.<sup>313</sup> Hanteert een lidstaat een minder

<sup>309</sup> *Gst.* 2012/91.

<sup>310</sup> Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*), *Jur.* 1991, p. I-5357, *AB* 1994, 482, m.nt. FHvdB. Vergelijk in algemene zin J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 201, derde druk, p. 337-381.

<sup>311</sup> Vergelijk onder meer gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), *Jur.* 1996, p. I-1029, *AB* 1996, 249, m.nt. FHvdB; zaak C-302/97 (*Konle*), *Jur.* 1999, p. I-3099; zaak C-224/01 (*Köbler*), *Jur.* 2003, p. I-10239; *AB* 2004/429, m.nt. Widdershoven; zaak C-429/09 (*Fuss*), *AB* 2011/73, m.nt. Widdershoven.

<sup>312</sup> Gevoegde zaken C-178/94, C-179/94 en C-188/94 t/m C-190/94 (*Dillenkoffer*), *Jur.* 1996, p. I-4845.

<sup>313</sup> Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), *Jur.* 1996, p. I-1029; zaak C-224/01 (*Köbler*), *Jur.* 2003, p. I-10239.

beperkend aansprakelijkheidsregime in louter nationale zaken, dan moet dat regime op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel ook worden toegepast in Unierechtelijke zaken.

### 8.1.2. Aansprakelijkheid voor met het Unierecht strijdige wetgeving en rechtspraak

De aansprakelijkheidsrechtspraak van het Hof heeft in Nederland tot nu toe geen grote invloed gehad. De belangrijkste reden is dat – zoals wij vijf jaar geleden al schreven - in Nederland bestuur en wetgever risicoaansprakelijk zijn voor *elke* schending van recht (ook het EU-recht) en derhalve niet de eis van een ‘voldoende gekwalificeerde schending’ wordt gesteld. De rechtbank ’s-Gravenhage volgt in een opmerkelijk uitspraak van 6 februari 2012 op dit punt echter een andere lijn.<sup>314</sup> De zaak betrof de vordering van een ex-werknemer van een transportbedrijf van de schade die hij had geleden doordat hem – conform artikel 7:635 lid 4 BW, maar in strijd met een Europese richtlijn – tijdens een langdurige ziekte te weinig vakantiedagen waren toegekend. In zijn uitspraak beoordeelt de rechtbank de claim in het licht van de hiervoor genoemde Europese voorwaarde van de ‘voldoende gekwalificeerde schending’, en gaat zij na of de Nederlandse wetgever door de incorrecte uitleg van de richtlijn de grenzen van de door de richtlijn geboden discretionaire bevoegdheid ‘kennelijk en ernstig heeft miskend’. In de zaak wordt deze vraag bevestigend beantwoord, omdat – kort gezegd – de Staat niet tot aanpassing van artikel 7:635 lid 4 BW is overgegaan, nadat uit een arrest van het Hof van Justitie uit 2001 duidelijk was geworden dat dit artikel in strijd was met de richtlijn. De Staat wordt vervolgens veroordeeld tot een schadevergoeding van 2615 Euro. Hoewel deze zaak voor betrokkene goed afloopt, kan de vraag worden opgeworpen waarom de rechtbank de schadevordering heeft getoetst aan het strenge Unierechtelijke criterium van de kennelijke en ernstige miskenning van het Unierecht, terwijl naar Nederlands recht de Staat reeds aansprakelijk is voor de enkele vaststelling en handhaving van een nationale wettelijke regeling die in strijd is met hoger recht.<sup>315</sup> Afgewacht moet worden of de uitspraak op dit punt in hoger beroep overeind zal blijven.

Een terrein waarop wij vijf jaar geleden wel invloed van het Unierecht verwachtten was de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Volgens de zaak *Köbler* is de staat op grond van het Unierecht immers aansprakelijk voor de schade als gevolg van een ‘kennelijke schending’ van het Unierecht door een hoogste nationale rechter.<sup>316</sup> Deze aansprakelijkheid gaat verder dan de in Nederland geldende aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak die sinds 1971 was beperkt tot de situatie dat 'bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken'.<sup>317</sup> Desondanks hebben zich de afgelopen jaren in Nederland geen op *Köbler* gebaseerde rechtszaken voorgedaan. Wel lijkt het erop dat de Hoge Raad de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in een arrest van 4 december 2009 ietwat heeft verruimd en de staat thans ook aansprakelijk is in gevallen waarin blijkt dat een rechter met betrekking tot een vernietigde uitspraak ‘opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijk taakvervulling meebrengt’.<sup>318</sup> Deze (mogelijke) verruiming is echter niet geïnspireerd door het Unierecht en

<sup>314</sup> Rb. ’s-Gravenhage (sector kanton) 6 februari 2012, AB 2012/341, m.nt. Widdershoven. Zie over deze uitspraak ook het Voorwoord in *O&A* 2012/4, 83, p. 167.

<sup>315</sup> HR 9 mei 1986, AB 1986/429 (Van Gelder).

<sup>316</sup> Zaak C-224/01 (*Köbler*), *Jur.* 2003, p. I-10239. Zie in dezelfde zin zaak C-173/03 (*Tragheti del Mediterraneo*), *Jur.* 2006, p. I-5177, AB 2006/248, m.nt. Steyger.

<sup>317</sup> HR 3 december 1971, NJ 1972/137, m.nt. GJS, AB 1972/27, m.nt. St.

<sup>318</sup> HR 4 december 2009, NJ 2011/131, m.nt. Vranken (Greenwold/Arbiters). In de literatuur bestaat overigens discussie over de vraag of deze aansprakelijkheidsverruiming - die ook geldt voor arbiters – wel betrekking heeft op de staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak (zoals Vranken in zijn NJ-noot en F. Fernhout, ‘Onrechtmatige rechtspraak herzien’, *NJB* 2010/42, p. 2696-2999, stellen) of alleen op de *persoonlijke* aansprakelijkheid van rechters/arbiters (zoals R. Meijer, ‘Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?’, *MvV* 2010/2, p. 11-14, en T. Barkhuysen,

gaat vanuit Unierechtelijke optiek ook niet ver genoeg, omdat het voor een ‘kennelijke schending’ naar Unierecht niet noodzakelijk is dat de rechter opzettelijk, bewust roekeloos of met een kennelijke grove miskennis van een behoorlijke taakvervulling heeft gehandeld. Bovendien heeft de verruiming niet betrekking op een (kennelijke schending door een) rechter *in hoogste instantie*, maar op een vernietigde uitspraak van een lagere rechter. In de literatuur ziet men wel pleidooien voor afstemming van de Nederlandse aansprakelijkheidsrechtspraak voor onrechtmatige rechtspraak op het Unierecht. Zo stellen Barkhuysen c.s. dat de Nederlandse rechter deze aansprakelijkheid zou moeten erkennen voor *alle* kennelijke schendingen van recht door een hoogste rechter, niet alleen van het Unierecht, maar ook van het EVRM en het nationale recht.<sup>319</sup> Dit pleidooi verdient volgens ons ondersteuning.

### 8.1.3. Relativiteit, causaliteit en formele rechtskracht

Het Europese relativiteitsvereiste wordt door het Hof over het algemeen ruim ingevuld.<sup>320</sup> De strikte relativiteitsbenadering in de - vijf jaar geleden gesignaleerde - zaak *Peter Paul* blijkt achteraf een incidentele uitzondering die kon worden verklaard door de omstandigheden van de zaak.<sup>321</sup> De ruime benadering ziet men in de eerste plaats in de, hiervoor reeds genoemde, zaak *Danske Slagterier* uit 2009.<sup>322</sup> In die zaak was Duitsland aansprakelijk gesteld voor de schade die Deense particulieren hadden geleden, doordat Duitsland jarenlang in strijd met twee Europese richtlijnen de import van het Deens vlees van niet-gecastreerde mannelijk varkens had verboden. Volgens Duitsland – daarbij ondersteund door Advocaat-Generaal Trstensjak en diverse andere lidstaten – zou de claim moeten afstuiten op het relativiteitsvereiste, omdat de richtlijnen alleen voorzagen in verplichtingen voor de lidstaten om bij de import van vers vlees bepaalde keuringsvoorschriften toe te passen en daarom niet zouden beogen om ‘rechten van particulieren te beschermen’. Het Hof wijst deze strikte relativiteitsbenadering van de hand en converteert de richtlijnverplichtingen van de lidstaat in een daarmee corresponderend recht van particulieren ‘om vers vlees dat aan de communautaire voorwaarden voldoet te kunnen verkopen in een andere lidstaat’.<sup>323</sup> De ruime relativiteitsbenadering ziet men ook in de recente zaak *Judith Leth*.<sup>324</sup> In deze zaak stelde mevr. Leth Oostenrijk aansprakelijk voor de vermogensschade door vermindering van de waarde van haar onroerend goed, doordat het land de uitbreiding van een vliegveld had vergund zonder dat de door Richtlijn 85/337/EEG voorgeschreven milieueffectbeoordeling was verricht. Volgens het Hof valt deze vermogensschade onder de beschermingsdoelstelling van de richtlijn, voor zover de schade het rechtstreekse economische gevolg is van de milieueffecten van het project. Dat kan het geval zijn als de blootstelling aan lawaai dat is terug te voeren op het vliegveld, aanzienlijke gevolgen voor de mens heeft, in die zin dat het milieu van de mens, de kwaliteit van zijn bestaan en eventueel zijn gezondheid worden aangetast. Dat aan het relativiteitsvereiste wordt voldaan, betekent overigens niet dat de aansprakelijkheidsclaim van mevr. Leth zonder meer zal worden gehonoreerd. In de uitspraak betwijfelt het Hof namelijk of de schending van de richtlijn als zodanig de oorzaak van de waardevermindering is, nu het geschonden voorschrift wel een milieueffectbeoordeling voorschrijft, maar geen materiële regels geeft voor het afwegen van de milieueffecten tegen andere factoren en evenmin een verbod instelt op de uitvoering van projecten die nadelige

---

M.L. van Emmerik & R. van der Hulle, ‘Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren?’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer: Deventer 2012, p. 235-254, menen).

<sup>319</sup> Barkhuysen e.a., in: *Coulant compenseren* 2012, p. 235-254.

<sup>320</sup> Vergelijk Jans e.a., 2011, p. 348-354. Zie in die zin ook R. Meijer, ‘Rechtspolitieke overwegingen in de Unie- en lidstaataansprakelijkheid’, in: *Coulant compenseren*, p. 659-672.

<sup>321</sup> Zaak C-222/02 (*Peter Paul*), *Jur.* 2004, p. I-9425, *AB* 2005/17, m.nt. Widdershoven.

<sup>322</sup> Zaak C-445/06 (*Danske Slagterier*), *Jur.* 2009, p. I-2119, *AB* 2009/229, m.nt. Widdershoven.

<sup>323</sup> Zaak C-445/06 (*Danske Slagterier*), *Jur.* 2009, p. I-2119, *AB* 2009/229, punt 24.

<sup>324</sup> HvJEU 14 maart 2013, zaak C-420/11 (*Leth*), n.n.g.

milieueffecten kunnen hebben. Daarom lijkt er volgens het Hof niet sprake van een direct causaal verband tussen de schending en de schade.

De ruime relativiteitsbenadering van het Hof is voor Nederland van belang in aansprakelijkheidszaken waarin het Unierecht geschonden is en kan mogelijk leiden tot correctie van de soms nogal strenge Nederlandse rechtspraak. Een goede kandidaat in dit verband is wellicht de strikte toepassing van het relativiteitsvereiste in de zaak van de *Iraanse vluchteling*.<sup>325</sup> Anders dan in de tijd dat de Hoge Raad deze zaak wees, wordt het Nederlandse asielrecht thans materieel bepaald door het Unierecht, namelijk door de Definitierichtlijn. Daarmee is ook de vraag of de toelating als vluchteling er (mede) toe strekt om de vluchteling in staat te stellen om inkomen uit betaalde arbeid te verwerven, een Unierechtelijke vraag geworden. Of het Hof van Justitie de strenge lijn van de Hoge Raad zal volgen staat niet bij voorbaat vast. In elk geval zou deze kwestie door de nationale rechter prejudicieel naar het Hof kunnen of in hoogste instantie moeten worden verwezen.<sup>326</sup>

De hiervoor genoemde zaak *Danske Slagterier* is ook van belang omdat het Hof daarin opnieuw duidelijk maakt dat het de consequenties van het niet benutten van een vernietigingsberoep voor een aansprakelijkheidsvordering beoordeelt in het licht van het Unierechtelijke beginsel van schadebeperking.<sup>327</sup> Op grond van dat beginsel moet een benadeelde zich redelijke inspanningen getroosten om schade te voorkomen of te beperken, in het bijzonder door de ter zijner beschikking staande beroepsmogelijkheden aan te wenden. Doet hij dit niet, dan moet hij de schade in beginsel zelf dragen. De verplichting om de beroepsmogelijkheden te benutten gaat echter – aldus het Hof – niet zover dat ‘van de benadeelde personen zou worden verlangd dat zij systematisch gebruik maken van alle hen ter beschikking staande rechtsmiddelen, zelfs wanneer dit buitensporige moeilijkheden zou opleveren of niet redelijkerwijs van hen kan worden gevergd’.<sup>328</sup> Tussen deze benadering van het Hof en het in Nederland ook in Unierechtelijke zaken gehanteerde beginsel van formele rechtskracht bestaat in elk geval dogmatisch een – al eerder gesignaleerde – spanning.<sup>329</sup> Aanvaringen met het Hof kunnen worden voorkomen door het beginsel van formele rechtskracht in te ruilen voor dat van schadebeperking, maar – naar wij aannemen – ook door een Unierechtconforme toepassing van het beginsel van formele rechtskracht.<sup>330</sup> Daartoe zou de Nederlandse rechter de uitzondering op de formele rechtskracht in die zin kunnen Europeaniseren, dat de formele rechtskracht – in lijn met de zaak *Danske Slagterier* – wordt doorbroken als het benutten van het Awb-beroep voor de betrokken particulier buitensporige moeilijkheden zou hebben opgeleverd of anderszins redelijkerwijs niet van hem kon worden gevergd. In de praktijk zal dit criterium in veel gevallen leiden tot hetzelfde resultaat als de huidige uitzonderingen op het beginsel formele rechtskracht. Dat ligt mogelijk anders bij beroepen die niet zijn ingesteld, omdat zij gelet op vaste rechtspraak van de hoogste bestuursrechter bij voorbaat kansloos zouden zijn geweest. In dat geval had de betrokken particulier met het beroep zijn schade immers niet kunnen beperken.

---

<sup>325</sup> HR 13 april 2007, NJ 2008/576, AB 2008/16 (Iraanse vluchteling). In dezelfde lijn: ABRvS 17 juni 2009, LJN: BI8475

<sup>326</sup> Van een *acte clair*, waarbij een hoogste rechter van prejudiciële verwijzing kan afzien omdat de juiste toepassing van het Unierecht zo evident is dat redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over het antwoord op een vraag, lijkt geen sprake, al was het maar omdat het oordeel van de Hoge Raad op het punt van relativiteit afweek van dat van Advocaat-Generaal Spier.

<sup>327</sup> Zie eerder al gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur), *Jur.* 1996, p. I-1029.

<sup>328</sup> Zaak C-445/06 (Danske Slagterier), *Jur.* 2009, p. I-2119; AB 2009/229, punt 69.

<sup>329</sup> Vergelijk de noot van Widdershoven onder de zaak *Danske Slagterier* (AB 2009/229). Zie verder R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, Kluwer: Deventer 2011, p. 283-284; M.W. Scheltema, ‘Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht: een heldere afbakening?’, *NTBR* 2009, p. 182-190; J.E.M. Polak, ‘De klassieke onrechtmatige daadsvordering als instrument van effectieve uitvoering van Unierecht: De Europese dimensie van de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 257-282; A.A. van Rossum & M. Hes, ‘Overheidsaansprakelijkheid en formele rechtskracht, mede gezien vanuit Europees perspectief’, in: P.F.A. Bierbooms e.a. (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag: BJu 2005, p. 97-132.

<sup>330</sup> Scheltema 2009; Polak 2007, p. 273-275; Van Rossum & Hes 2005.

## 8.2. Invloed door het EU-recht op de aansprakelijkheid voor rechtmatige daad

In de invloed van Unierecht op de aansprakelijkheid voor rechtmatige daad is beperkt en zal dat vanwege de uitspraak van het Hof in de zaak *FIAMM* uit 2008 voorlopig blijven.<sup>331</sup> In die zaak bepaalde het Hof dat er geen algemeen Unierechtelijk rechtsbeginsel bestaat op grond waarvan de Unie aansprakelijk is voor schade als gevolg van rechtmatige EU-regelgeving.<sup>332</sup> Deze uitspraak heeft als gevolg dat er vanuit het Unierecht (voorlopig) geen impulsen zullen komen om een dergelijke aansprakelijkheid in de lidstaten te erkennen. Dit betekent overigens niet dat Nederland zijn vaste – en naar Europese maatstaven ruimhartige – rechtspraak sinds de zaak *Varkensmesters* op dit punt zou moeten veranderen.<sup>333</sup>

Een harde Europese grens voor de toekenning van schadevergoeding bij rechtmatige daad of andere overheidscompensaties wordt wel gevormd door het Europese verbod van staatssteun van artikel 107 VWEU.<sup>334</sup> Zoals wij vijf jaar geleden al schreven, levert een dergelijke compensatie of schadevergoeding alleen dan geen verboden staatssteun op als de toekenning ervan een rechtsplicht voor de overheid is. Deze rechtsplicht kan voortvloeien uit artikel 6:162 BW, uit het egalitébeginsel of uit het eigendomsrecht van artikel 1 EP en het daarmee corresponderende artikel 17 Handvest. Een voorbeeld van een zaak waarin deze grens werd overschreden – en waarin dus wel sprake was van verboden staatssteun – biedt de door het Hof bevestigde uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak *ThyssenKrupp*.<sup>335</sup> In die zaak had Italië het in 1962 als vergoeding voor een onteigening voor dertig jaar (tot 1992) aan het bedrijf toegekende preferente elektriciteitstarief verlengd tot 2010. Het Gerecht was van oordeel dat toekenning van het preferente tarief tot 1992 een passende vergoeding vormde voor de onteigening. De verlenging van het tarief tot 2010 kon echter niet meer worden beschouwd als een wezenlijk bestanddeel van die vergoeding en werd daarom aangemerkt als verboden staatssteun.

Ten slotte kan melding worden gemaakt van de uitspraak van het CBB in de zaak *Groene Vlieg II*.<sup>336</sup> Deze zaak bevat het schadevergoedingsvervolg op de uitspraak van het CBB in de zaak *Groene Vlieg I*,<sup>337</sup> waarin het College de door het Unierecht voorgeschreven intrekking door de minister van LNV van de aanwijzing van het laboratorium De Groene Vlieg als bevoegde instantie om bepaalde verklaringen af te geven, vernietigde omdat de minister op grond van het Nederlandse vertrouwensbeginsel de aanwijzing niet had mogen intrekken zonder aan De Groene Vlieg een redelijke termijn ter aanpassing van haar activiteiten te gunnen en een schadeloosstelling aan te bieden. Interessant in *Groene Vlieg II* is dat het CBB de schadekwestie benadert vanuit het stelsel van nadeelcompensatie, maar bij de beoordeling het uitgangspunt hanteert dat de schade ‘mede het gevolg is van het feit dat De

<sup>331</sup> Gevoegde zaken C-120/06P en C-121/06P (*FIAMM*), *Jur.* 2008, p. I-6513, *AB* 2008/311, m.nt. Tjepkema. Vergelijk hierover: R. Meijer, 'Niet-contractuele aansprakelijkheid voor rechtmatige handelen. Toch geen beginsel van Europees gemeenschapsrecht. De stand van zaken na het arrest *FIAMM*', *O&A* 2009/4, 80, p. 150-160; M. Bronckers & S. Goelen, 'De aansprakelijkheid van de EU voor schendingen van het WTO-recht: waar knelt het schoentje', in *Coulant compenseren* 2012, p. 673-698; M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Kluwer: Deventer 2010, p.765-866.

<sup>332</sup> Wel kan een verplichting tot schadevergoeding volgens het Hof voortvloeien uit het – als beginsel van Unierecht erkende – eigendomsrecht van artikel 1 EP (en sinds december 2009 ook uit artikel 17 Handvest van de grondrechten van de EU), in die zin dat een passende schadevergoeding noodzakelijk kan zijn om te voorkomen dat een beperking van het eigendomsrecht door Unieregelgeving dit recht op een onevenredige en ondukbare wijze aantast. Op dit punt wordt hierna in par. 6.3.2 teruggekomen.

<sup>333</sup> HR 18 januari 1991, *AB* 1991/241, m.nt. FHvdB, *AB-Klassiek* 2009 (zesde druk), nr. 18, m.nt. van Buuren (*Varkensmesters/Leffers*)

<sup>334</sup> Vgl. Tjepkema 2010, p. 709-764; P.C. Adriaanse, 'Vergoedende maatregel of steunmaatregel? Het Europese staatssteunrecht als begrenzer van schadevergoedingen', in: *Coulant Compenseren*, p. 641-658.

<sup>335</sup> GvEA 1 juli 2010, zaak T-62/08 (*ThyssenKrupp*), *AB* 2012/27, m.nt. Baart & Tjepkema (bevestigd in HvJ 6 oktober 2011, zaak C-448-450/10P).

<sup>336</sup> CBB 14 april 2011, *AB* 2011/268, m.nt. Den Ouden & Tjepkema (*De Groene Vlieg II*).

<sup>337</sup> CBB 27 juni 2008, *AB* 2008/282, m.nt. Ortlep (*Groene Vlieg I*).

Groene Vlieg haar gedrag heeft afgestemd op het gerechtvaardigde vertrouwen in de rechtmatigheid van de aanwijzing van haar onderneming'. Omdat ook de toegepaste criteria ruimer zijn dan op grond van het égalitébeginsel nodig zou zijn geweest, kan – met Den Ouden en Tjepkema in hun noot onder Groene Vlieg II in de *AB* - worden geconcludeerd dat het CBB in deze zaak het vertrouwensbeginsel als materiële grondslag voor nadeelcompensatie erkent. Deze lijn volgde het College overigens al eerder in de zaken *Frico* uit 1988 en *Rometra* uit 1991<sup>338</sup> – in beide zaken achtte het College een productschap aansprakelijk voor schade wegens schending van het Nederlandse vertrouwensbeginsel in het geval dat deze schending op grond van het Unierecht niet kon leiden tot een voor betrokkenen gunstig besluit - maar was daarna wat in onbruik geraakt.

Een min of meer vergelijkbare lijn ziet men overigens ook bij de ABRvS in louter nationale zaken, bijvoorbeeld in de recente zaak *Noordwijk*.<sup>339</sup> In deze zaak was het college van b en w van Noordwijk in 2011 teruggekomen op een gedoogbesluit uit 2003 dat destijds formele rechtskracht had gekregen. In haar uitspraak stelt de Afdeling dat het college in de omstandigheden die zich na het besluit van 2003 hebben voorgedaan op zichzelf aanleiding had mogen vinden om tot handhavend optreden over te gaan. Niettemin wordt besluit van 2011 door de Afdeling vernietigd omdat het college geen rekening heeft gehouden met de gerechtvaardigde verwachtingen die het besluit van 2003 bij de betrokken burger had gewekt en aldus diens belangen onvoldoende heeft gewogen. In deze omstandigheden – zo oordeelt de Afdeling - brengt artikel 3:4 lid 2 Awb mee dat het college niet tot handhavend optreden heeft kunnen overgaan zonder daarbij te bezien of, en zo ja, in hoeverre aan appellant enige vorm van compensatie geboden had moeten worden. Hoewel het besluit wordt vernietigd wegens strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb, ligt de materiële grondslag voor de compensatie in het vertrouwensbeginsel.

### 8.3. Invloed door het EVRM

#### 8.3.1. Artikel 13 EVRM

De belangrijkste invloed van het EVRM op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht in de afgelopen 5 jaar betreft de hiervoor – in par. 5 al besproken – schadevergoedingsrechtspraak wegens schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door bestuur en rechter. Deze rechtspraak vindt zijn grondslag in de verplichting van de lidstaten van artikel 13 EVRM om in geval van schendingen van EVRM-rechten te voorzien in een *effective remedy*.<sup>340</sup>

Inmiddels is Nederlandse rechter ook bereid om bij een andere schending van de rechten van het EVRM, namelijk bij ernstige inbreuken op artikel 8 EVRM, tot schadevergoeding over te gaan.<sup>341</sup> Deze lijn ziet men bijvoorbeeld in een uitspraak van de CRvB van 18 juni 2010.<sup>342</sup> In die zaak was een besluit van het college van b en w van Nijmegen tot vermindering van bijstand door de rechtbank vernietigd, omdat het was gebaseerd op informatie die was vergaard door middel van een huisbezoek waarvoor geen redelijke grond bestond en dat daarom een ongeoorloofde inbreuk vormde op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen als bedoeld in artikel 8 EVRM. In hoger beroep hoefde de CRvB alleen nog te oordelen over het verzoek van beide betrokkenen om vergoeding van de door het huisbezoek veroorzaakte immateriële schade. Volgens de CRvB moet het huisbezoek worden

<sup>338</sup> CBB 15 juli 1988, *UCB* 1988, 52 (*Frico*); CBB 5 juli 1991, *UCB* 1991, 48 (*Rometra*).

<sup>339</sup> ABRvS 28 november 2012, *AB* 2013/46, m.nt. Tjepkema & Vermeer (Noordwijk).

<sup>340</sup> Vergelijk voor de Europese kant van schadevergoedingen wegens schendingen van het EVRM, E.A. Alkema, 'Schadevergoeding onder het EVRM – enige verkenningen en vergelijkingen', in *Coulant compenseren* 2012, p. 615-640.

<sup>341</sup> Vergelijk T. Barkhuysen, 'Smartengeld bij schending van mensenrechten', *NJB* 2011/11, 566, p. 667. Zie over art. 8

EVRM ook, in de context van het kraken, M.E. de Meijer, 'Ontruimd staat netjes. De strafrechtelijke ontruiming van krakers met een huisrecht', *O&A* 2010, p.

<sup>342</sup> CRvB 8 juni 2010, *AB* 2011/45, m.nt. Bröring; *JB* 2010/187. Zie voor andere voorbeelden Rb. Amsterdam 25 februari 2008, LJN: BC5349; Rb. Amsterdam 2 november 2010, LJN: BO6456; Rb. Haarlem 13 augustus 2010, LJN: BN4040; CRvB 5 juni 2012, *JB* 2012/190.



aangemerkt als een ernstige inbreuk op artikel 8 EVRM, nu het gaat om een schending van de integriteit en het zelfbeschikkingsrecht van betrokkenen in de beslotenheid van hun eigen woning. Deze inbreuk kwalificeert als een aantasting van de persoon in de zin van artikel 6:106 lid 1, onder b, BW, waarbij de vraag of er sprake is van feitelijk letsel niet van belang is. De inbreuk en de daaruit voortvloeiende schade moeten, mede vanwege het beginsel van een ‘effective remedy’ van artikel 13 EVRM, als een gevolg van het (vernietigde) besluit aan het college van b en w worden toegerekend. De schadevergoeding wordt vervolgens door de Centrale Raad op grond van spanning-en-frustratiecriterium – en in lijn met een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 12 januari 2010 in een vergelijkbare zaak<sup>343</sup> – vastgesteld op 200 Euro voor elk van beide betrokkenen.

### 8.3.2. Artikel 1 EP

Artikel 1 EP (het recht op eigendom) is van groot belang voor aansprakelijkheidsacties tegen de staat in zaken betreffende wetten in formele zin. Zoals uitgemaakt door de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest staat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet in de weg aan de rechterlijke beoordeling van een dergelijke wet op de verenigbaarheid met zowel de Grondwet als met (nationale) algemene rechtsbeginselen.<sup>344</sup> In de zaak *Van den Boomen* maakt de Hoge Raad duidelijk dat deze beperking ook geldt voor het égalitébeginsel en dat dit beginsel daarom geen basis biedt voor een op rechtmatige daad gebaseerde vordering tegen een formele wet bij de burgerlijke rechter.<sup>345</sup> Een verplichting tot schadevergoeding kan echter wel – zo stelt de Hoge Raad uitdrukkelijk – voortvloeien uit artikel 1 EP. In *Van den Boomen* acht de Hoge Raad dit artikel overigens niet geschonden, omdat de inbreuk op het eigendomsrecht van betrokkene – het betreft de beperking van pluimveerechten als gevolg van een wijziging van de Meststoffenwet - *lawful* is (bij wet is voorzien), dient ter bevordering van het algemeen belang en er een *fair balance* (redelijk evenwicht) bestaat tussen de eisen van algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van betrokkene.

Het vereiste van een *fair balance* van artikel 1 EP is – zoals de Hoge Raad al bepaalde in de Varkenshouderijzaak<sup>346</sup> - wel geschonden als de bestreden wet in formele zin een *individual and excessive burden* (een individuele en buitensporige last) voor betrokkene betekent. Deze eis vertoont grote gelijkenis met het vereiste van een speciale en abnormale last van het égalitébeginsel.<sup>347</sup> Een zaak waarin het vereiste van een *individual and excessive burden* is geschonden, biedt een arrest van de Hoge Raad van 2 september 2011.<sup>348</sup> In die zaak - een vervolg op de Varkenshouderijzaak - bevestigt de Hoge Raad het oordeel van het Arnhemse hof, dat de betrokken varkensboer individueel en buitensporig is geraakt, omdat hij ziek was geweest en vanwege die ziekte investeringen had gedaan die als gevolg van de korting van de varkensrechten goeddeels nutteloos waren geworden.

Om als een *lawful* (bij wet voorziene) inbreuk op het eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP te kunnen worden aangemerkt, moet de ‘aantastende’ maatregel vergezeld gaan van procedurele garanties die de betrokkene een redelijke mogelijkheid bieden tot effectieve betwisting ervan.<sup>349</sup> In de zaak *Fierensmarge* oordeelt de Hoge Raad dat artikel 26a Wet

<sup>343</sup> Gerechtshof Amsterdam 12 januari 2010, LJN: BL0984.

<sup>344</sup> HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469, m.nt. MS, *AB* 1989/207, m.nt. FHvdB (Harmonisatiewet). Vergelijk ook HR 14 april 2000, *AB* 2001/135, m.nt. van Kampen (Kooren-Maritiem). Vergelijk voor kritiek op deze lijn, R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Kluwer: Deventer 2009, p. 181 e.v.

<sup>345</sup> HR 20 maart 2009, *AB* 2011/224, m.nt. van Ommeren (Van den Boomen).

<sup>346</sup> HR 16 november 2001, *AB* 2002/25, m.nt. PvB, *AB-Klassiek* 2009 (zesde druk), nr. 35, m.nt. Polak (Herstructurering varkenshouderij).

<sup>347</sup> Tjepkema 2010, p. 627 e.v.

<sup>348</sup> HR 2 september 2011, *AB* 2011/369, m.nt. van Ommeren.

<sup>349</sup> EHRM 24 november 2005, no. 49429/99 (Capital Bank AD v. Bulgarije).

WOZ buiten toepassing moet worden gelaten,<sup>350</sup> omdat deze bepaling de rechter ertoe dwingt om een onrechtmatige WOZ-beschikking te handhaven in het geval de afwijking tussen de in die beschikking vastgestelde WOZ-waarde en de ‘rechtmatige’ WOZ-waarde een bepaalde marge niet overschrijdt. Aldus wordt een effectieve betwisting van de WOZ-beschikking verhinderd en is er volgens de Hoge Raad om die reden reeds sprake van strijd met artikel 1 EP. Of de maatregel aan het *fair balance* vereiste voldoet, hoeft daarom niet te worden beoordeeld.

Ten slotte speelt artikel 1 EP een bepalende rol in de uitspraken van de voorzieningenrechter van de Haagse rechtbank en het Haagse hof in hoger beroep betreffende de intrekking van de Wet Werk en Inkomen Kunstenaars (Wwik).<sup>351</sup> In deze kort geding-uitspraken oordelen beide rechtscolleges dat intrekking van de Wwik zonder te voorzien in een overgangsregeling voor bestaande gevallen onmiskenbaar in strijd is met artikel 1 EP, omdat er geen *fair balance* bestaat tussen de eisen van algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van de betrokken kunstenaars. In de uitspraak van Haagse voorzieningenrechter wordt de intrekkingwet onverbindend verklaard zolang de staat niet heeft voorzien in adequaat overgangsrecht. Ten tijde van hofuitspraak heeft de staatssecretaris een overgangsregeling getroffen. Volgens het hof is deze regeling, gegeven de *margin of appreciation* die de staat in dit verband toekomt, in algemene zin niet ontoereikend. Het hof voegt hieraan echter toe dat daarbij geabstraheerd is van de specifieke situatie van individuele kunstenaars, zodat niet kan worden uitgesloten dat de regeling voor bepaalde kunstenaars toch een *individual and excessive burden* oplevert. Over de Wwik-kwestie is het laatste woord vermoedelijk dan ook niet gesproken. Datzelfde geldt, tot slot, voor de na jaren van politiek gesteggel in november 2012 aangenomen Wet verbod pelsdierhouderij, die ongetwijfeld nog tot juridische procedures gaat leiden, waarbij art. 1 EP EVRM een belangrijke rol zal spelen. Deze zaak is in het bijzonder interessant om te bezien hoe in rechte zal worden omgegaan met het argument van de pelsdierhouders dat de voorziene overgangstermijn van tien jaar onvoldoende zal zijn om de vermogensnadelen die deze sector thans reeds door het verbod ondervindt volledig weg te nemen.<sup>352</sup>

## 9. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid

### 9.1 Strafrechtelijke immuniteit van lagere overheden: toepassing van de *Pikmeer II-jurisprudentie*

Ook de afgelopen vijf jaar is de jurisprudentie zoals ontwikkeld in het *Pikmeer II*-arrest van de Hoge Raad,<sup>353</sup> richtsnoer gebleven voor de beantwoording van de vraag of een lagere overheid (een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet, zoals provincies, gemeenten en waterschappen) immuun voor strafvervolging is of niet. Op grond van die jurisprudentie is een publiekrechtelijke rechtspersoon of een ambtenaar slechts dan immuun voor strafvervolging, als ‘*de betreffende gedraging, naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kan worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan dat openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden op gelijke voet met dat openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen*’. Dat dit de maatstaf is voor de beoordeling van een immuniteitsverweer van de lagere overheid is door de Hoge Raad bevestigd in een zaak waarin een gemeente werd vervolgd (en door het gerechtshof ’s-Hertogenbosch veroordeeld) voor medeplegen van belastingfraude (onjuiste opgave omzetbelasting en valsheid in geschrifte) door een aannemer die een opdracht van de gemeente tot de aanleg van

<sup>350</sup> HR 22 oktober 2010, AB 2011/32, m.nt. Sanderink (Fierensmarge).

<sup>351</sup> Rb. ’s-Gravenhage (vzr.) 3 januari 2012. LJV BU9921; Hof ’s-Gravenhage 5 juni 2012, LJV BW7457, RSV 2012/184, O&A 2012/4, 88, p. 201-208, m.nt. Schutgens.

<sup>352</sup> Zie ook D.W. Bruil, ‘Mest, pluimvee, megastallen, nertsen’, O&A 2009, p. xx

<sup>353</sup> HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367; HR 30 juni 1998, NJ 1998, 819; HR 18 september 2007, NJ 2007, 512.

sportvelden had.<sup>354</sup>

Die zaak verdient aandacht, omdat de tenlastegelegde gedragingen zich hadden voorgedaan vóór de datum waarop het *Pikmeer II*- arrest werd gewezen. Op dat moment gold op basis van het *Pikmeer I*-arrest dat vervolging van een publiekrechtelijke rechtspersoon was uitgesloten, indien zij was opgetreden ter vervulling van een haar in de wet opgedragen bestuurstaak.<sup>355</sup> De gemeente had zich dan ook op het *Pikmeer-I*-criterium beroepen en het gerechtshof had dat criterium in het voetspoor van het *Pikmeer-II*- arrest ook toegepast. In het *Pikmeer-II*-arrest had de Hoge Raad namelijk overwogen dat de eisen van een behoorlijke procesorde in verband met het belang van de rechtszekerheid meebrengen dat in die zaak werd uitgaan van de oordelen en beslissingen uit het *Pikmeer I*-arrest. In de literatuur werd en wordt aan die overweging de conclusie verbonden dat de *Pikmeer II*-criteria slechts gelden voor gedragingen die zich nadien hebben voorgedaan. Die schrijvers zien in de hier besproken uitspraak een bevestiging van die conclusie. Zij menen dat de Hoge Raad deze uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch in stand hield, vanwege de, wat zij noemen, 'prospectieve overruling' uit het *Pikmeer-II*-arrest.<sup>356</sup> Die lezing lijkt echter te berusten op een verkeerde uitleg van het hier besproken arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad liet het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch immers niet in stand, omdat het gerechtshof het juiste criterium zou hebben toegepast, doch omdat de gedragingen van de gemeente in casu niet voldeden aan de maatstaf van het *Pikmeer-II*-arrest en het gerechtshof het verweer dus terecht had verworpen.<sup>357</sup>

Na het *Pikmeer-II*-arrest is veel geschreven over de reikwijdte van de daarin ontwikkelde maatstaf. Conclusie daaruit was dat er nauwelijks nog gedragingen van lagere overheden te bedenken zijn die daaraan voldoen. Slechts gedragingen als het uitgeven van reisdocumenten, het nemen van bepaalde besluiten door het daartoe in het kader van de specifieke bestuurstaak bevoegde gezag, zoals het verlenen van vergunningen, ontheffingen e.d. en de bestuurlijke (niet) handhaving zouden nog tot strafrechtelijke immuniteit (kunnen) leiden.<sup>358</sup> Een voorbeeld van dit laatste is te vinden in de uitspraken van de rechtbank<sup>359</sup> en het gerechtshof Amsterdam<sup>360</sup> in de zgn. *Probo Koala*-zaak. In die zaak had de Dienst Milieu en Bouwtoezicht (DMB) van de gemeente Amsterdam aan het bedrijf APS toestemming verleend om de slops die dat bedrijf had ingezameld bij de Probo Koala, terug te pompen in dat schip. De gemeente werd vervolgens vervolgd terzake van (mede)plegen of medeplichtigheid bij het zich door afgifte aan een ander ontdoen van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen door APS (art. 10.37 WM). Omdat de gemeente ter zake met de bestuurlijke handhaving was belast (art. 10.37 WM jo. 18.2d WM), werd in beide instanties geoordeeld dat het verlenen van toestemming door DMB tot het terugpompen van de afvalstoffen in de Probo Koala heeft te gelden als een gedraging die is verricht ter uitvoering van de aan de gemeente opgedragen exclusieve bestuurstaak. In beide instanties werd derhalve geoordeeld dat de gemeente Amsterdam strafrechtelijk immuniteit toekomt en is het openbaar ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging verklaard. Tegen de uitspraak van het gerechtshof heeft het openbaar ministerie cassatieberoep ingesteld.

Een soortgelijk oordeel is te vinden in een uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch uit 2012. In de betreffende casus had de gemeente, conform een verplichting op basis van de Woonwagenwet en een daarop gebaseerde vergunning van de Provincie

<sup>354</sup> HR 29 april 2008, *NJ* 2009,130 m.nt. Y Buruma.

<sup>355</sup> HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513 (*Pikmeer I*) m.nt. 'tH.

<sup>356</sup> Tekst & Commentaar Strafrecht, negende druk, 2012, art. 51, aantekening 2 onder e.

<sup>357</sup> Zie hieromtrent ook HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 819, waarin de *Pikmeer-II*-criteria maatgevend werden geacht voor feiten begaan in 1995.

<sup>358</sup> Zie voor een bespreking van de stand van zaken in 2010 C.L.G.F.H. Albers, P.C.M. Heinen, 'Een (verkapte) civielrechtelijke immuniteit voor toezichts- en handhavingssfalen van overheidsorganen?', *Gst.* 2010, 101.

<sup>359</sup> Rechtbank Amsterdam 23 juli 2010, LJN: BN2052.

<sup>360</sup> Gerechtshof Amsterdam 23 december 2011, LJN: BU9240.

Noord-Brabant uit 1982, een perceel grond ter beschikking gesteld ten behoeve van woonwagengewoning.<sup>361</sup> Op dat perceel werd vervolgens door de woonwagengewoners een inrichting voor de opslag van afvalstoffen gedreven. De gemeente werd vervolgd voor *medeplichtigheid* aan het in werking hebben van die inrichting. Het gerechtshof oordeelde dat het *ter beschikking* stellen van dit perceel grond was geschied ter uitvoering van een exclusief aan de gemeente opgedragen bestuursstaak, die rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kon worden verricht. Het overwoog voorts dat het op de weg van de gemeente had gelegen om op te treden tegen het niet toegestane gebruik van het perceel en dat het ter beschikking laten van het perceel een bestuursrechtelijke keuze om niet handhavend op te treden betrof. Aangezien het *niet inzetten van het bestuursrechtelijk instrumentarium* in een dergelijk geval een exclusief aan de overheid opgedragen bestuursstaak was, die rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kon worden verricht, werd het openbaar ministerie ook hier niet-ontvankelijk in de strafvervolgning verklaard.

Dat de vrijwaring van lagere overheden van strafrechtelijke vervolging door de toepassing van de *Pikmeer-II* maatstaf aanzienlijk is verkleind, wordt duidelijk uit een uitspraak van de rechtbank Utrecht uit 2012 (*Stichtse Vecht*).<sup>362</sup> Op 31 maart 2009 vond een dodelijk ongeval plaats op een openbare weg. Het openbaar ministerie vervolgde de gemeente voor dood door schuld. Het achtte de gemeente strafrechtelijk aansprakelijk voor de dood van een motorrijdster en haar passagier die ten gevolge van hobbels in de weg ten val en onder een tegemoetkomende vrachtwagen waren gekomen. De hobbels waren veroorzaakt door boomwortels die onder het wegdek groeiden.

Voor de beoordeling van de immuniteit van een lagere overheid, dienen de tenlastegelegde gedragingen (waaronder in het strafrecht ook nalaten wordt verstaan<sup>363</sup>) aan de *Pikmeer-II*-criteria worden getoetst. Blijkens de tenlastelegging bestond de *schuld* van de gemeente erin dat zij als wegbeheerder zou hebben nagelaten voldoende *onderhoud* te plegen door onvoldoende zorg te dragen voor een geëgaliseerd wegdek en zou hebben *nagelaten* zodanige (verkeers)maatregelen te nemen (door zorg te dragen voor een passende maximumsnelheid, voor een passende en/of deugdelijke afzetting en/of geplaatste waarschuwingborden) dat de veiligheid van weggebruikers op die weg was gewaarborgd.

Onder de *Pikmeer-I*-jurisprudentie zouden dit soort gedragingen meteen tot de aanname van strafrechtelijke immuniteit van de gemeente hebben geleid. Toepassing van de *Pikmeer-II*- maatstaf leidde, althans de rechtbank Utrecht, tot een andere conclusie. Zij oordeelde onder verwijzing naar de *Pikmeer II*-maatstaf dat de gemeente met betrekking tot deze tenlastegelegde gedragingen (nalaten) geen immuniteit toekomt. Ten aanzien van het (nalaten van) onderhoud aan wegen was dat oordeel in lijn met de opvatting van de Hoge Raad, die immers onder meer in het gegeven dat publiekrechtelijke rechtspersonen de hen opgedragen zorg, zoals het onderhoud aan wegen, steeds vaker aan privaatrechtelijke rechtspersonen uitbesteedden, aanleiding had gezien om het leerstuk van de strafrechtelijke immuniteit voor lagere overheden in het *Pikmeer II*-arrest, te heroverwegen.

Opmerkelijk is dat de rechtbank vervolgens bij de vraag of het tenlastegelegde kon worden bewezen verklaard in die tenlastelegging de woorden ‘*zoals ook derden kunnen nalaten*’ als impliciet en dus te bewijzen bestanddeel inlas. Bij gebrek aan wettig en overtuigend bewijs hieromtrent kwam de rechtbank tot een vrijspraak terzake van het ‘*nalaten*

<sup>361</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 mei 2012, LJN: BW5180.

<sup>362</sup> Rechtbank Utrecht 10 december 2012, LJN: BY5595, zie voor de beschikking van de rechtbank op het bezwaarschrift tegen de dagvaarding in deze zaak: rechtbank Utrecht 10 oktober 2012, LJN: BX9622.

<sup>363</sup> De vraag of ‘begaan van een feit’, zoals opgenomen in de tekst van de nieuw voorgestelde strafuitsluitingsgrond van artikel 42 lid 2 Sr. ‘nalaten’ omvat, was aan de orde in het debat dat onlangs (17 januari 2013) in de Tweede Kamer werd gevoerd over het initiatiefwetsontwerp tot opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers (TK 30 538). De initiatiefnemers kondigden aan hierover overleg te zullen voeren met het Bureau Wetgeving en zo nodig het wetsvoorstel nog zullen aanpassen.

van *wegonderhoud*'.

Wel achtte de rechtbank het '*nalaten van het nemen van verkeersmaatregelen*' bewezen. Daartoe heeft zij overwogen dat, voor zover daar enige *besluitvorming* van de gemeente aan ten grondslag heeft gelegen, deze heeft plaatsgevonden op het niveau van inspectie/meting, beoordeling van verkeersrisico's en (het niet uitvoeren van) tijdelijke noodoplossingen. Volgens de rechtbank zou de gemeente op al deze terreinen derden kunnen inschakelen en is geen sprake van aan de overheid voorbehouden besluitvorming of handelen. Gelet op de uitwerking van het verwijt in de tenlastelegging, lijkt dat oordeel met name ten aanzien van het laatste punt, in het licht van de relevante regelgeving niet onbetwistbaar. De rechtbank achtte het nalaten verkeersmaatregelen te nemen aanmerkelijk nalatig/onzorgvuldig, omdat waarschuwingen van een buurtbewoner en de eerdere val van een motorrijder op 1 maart 2009 weliswaar hadden geleid tot metingen aan de weg, maar deze onjuist waren uitgevoerd en een inschatting van de verkeers(on)veiligheid kennelijk achterwege was gebleven of verkeerd was beoordeeld. Vervolgens wreekte zich voor de gemeente dat kennelijk ter terechtzitting geen verweer was gevoerd ten aanzien van de toerekening aan de gemeente van, zoals de rechtbank het noemt, '*onvoorzichtig handelen op het gebied van risico-inschatting*'. Een bewezenverklaring, zonder nadere motivering van deze in het licht van de in het vonnis vermelde feiten niet zonder meer begrijpelijke toerekening, is daarvan het gevolg. Volgens de rechtbank had de gemeente, gelet op de situatie zoals die haar na 3 maart 2009 bekend was of had moeten zijn, verkeersmaatregelen kunnen en moeten nemen om de verkeersonveiligheid te beëindigen of het gevaar te beperken. Gelet op de zeer ernstige gevolgen, heeft de rechtbank de gemeente een geldboete uit een hogere geldboetecategorie dan die die op het feit is gesteld, opgelegd.<sup>364</sup> € 22.500,- waarvan € 7.500,- voorwaardelijk. Deze uitspraak roept de nodige vragen op en heeft, ondanks de vrijspraak voor het nalaten van *wegonderhoud*, de nodige commotie veroorzaakt. Een woordvoerster van de VNG sprak van een vrij principiële zaak.<sup>365</sup>

## 9.2 *Strafrechtelijke immuniteit van de Staat: toepassing van de Volkel-jurisprudentie*

Voor wat betreft de immuniteit van de Staat, is gedurende de laatste vijf jaar ook de *Volkel*-jurisprudentie gehandhaafd. In het *Volkel*-arrest<sup>366</sup> overwoog de Hoge Raad dat aan de *Staat vanwege zijn bijzondere positie, volledige immuniteit* toekomt. Uitgangspunt daarbij is dat de *handelingen van de Staat moeten worden geacht te strekken tot de behartiging van het algemeen belang*. Ministers en staatssecretarissen zijn voor de handelingen van de Staat *verantwoordelijk schuldig aan de Staten-Generaal* en deze functionarissen kunnen zelf terzake van ambtsmisdrijven strafrechtelijk worden vervolgd. Met *dit stelsel strookt niet dat de Staat voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld*, aldus de Hoge Raad. De *Volkel*-jurisprudentie speelde een centrale rol in de uitspraak van het gerechtshof 's-Gravenhage op het beklag van de Stichting Greenpeace Nederland tegen de beslissing van het openbaar ministerie om ambtenaren van de Staat en hun leidinggevenden niet te vervolgen voor strafbare feiten gepleegd in verband met de overbrenging van het schip de Otapan naar Turkije. De zaak leidde tot commotie. De Nederlandse Staat had een grote betrokkenheid bij dat schip. Het schip was op kosten van VROM al ten dele gesaneerd waarbij circa 26 ton asbesthoudend materiaal was verwijderd, in opdracht van de Inspectie Milieuhygiëne was een asbestinventarisatie in het schip verricht en de Staat had onderzocht of het schip op de Turkse werf op milieutechnisch verantwoorde wijze kon worden gesloopt. Terwijl het schip onderweg was naar Turkije, berichtte het Basel Action Network aan VROM dat het schip

<sup>364</sup> Met gebruikmaking van de voor een dergelijk geval bij een veroordeling van rechtspersonen in art. 23 lid 7 Sr. gegeven voorziening.

<sup>365</sup> Gemeente Stichtse Vecht veroordeeld voor motorongeluk, Binnenlands Bestuur, 10 december 2012,

<http://www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/nieuws/gemeente-stichtse-vecht-veroordeeld-voor.8510198.lynxk>

<sup>366</sup> HR 25 januari 1994, *NJ* 1994, 598.

meer dan de opgegeven 1000 kg asbest bevatte. Toen daarop geen actie werd ondernomen, informeerden zij de Turkse autoriteiten en de pers. Turkije weigerde het schip vervolgens de toegang.

Het gerechtshof oordeelde dat de Staat, omdat SenterNovem bij een wijziging van het kennisgevingsformulier betrokken was geweest (waardoor op dat formulier ten onrechte in plaats van ‘ter verwijdering’ - in welk geval bezwaar tegen de kennisgeving had moeten worden gemaakt -, ‘nuttige toepassing’ werd vermeld), ambtenaren van VROM wisten dat de vermelding op de kennisgeving dat het schip 1000 kg bevatte, niet juist was en omdat (de) VROM (inspectie) jarenlang bij de Otapan betrokken was geweest, gelet op de mate van asbestvervuiling op dit schip, verwijtbaar onjuist had gehandeld. Het gerechtshof oordeelde dat in voldoende mate was gebleken dat de Staat via het handelen van zijn ambtenaren als verdachte, van strafbare feiten, meer in het bijzonder van medeplegen van sluikhandel en valsheid in geschrift, zou kunnen worden aangemerkt. Desalniettemin beval het gerechtshof de strafvervolgning niet, en wel omdat naar het oordeel van het gerechtshof de *Volkel*-jurisprudentie nog steeds van toepassing was.

Omdat de op verschillende niveaus bij het dossier *Otapan* betrokken ambtenaren in het kader van de hen opgedragen bestuurstaak hadden gehandeld en meenden te handelen in het algemeen belang, de besluitvorming over de uitvoer had plaatsgevonden in overleg met (medewerkers van) de staatssecretaris, dienden de gedragingen van de ambtenaren volgens het gerechtshof aan de Staat te worden toegerekend en deelden zij in de immuniteit van de Staat.

Op de *Volkel*-jurisprudentie strandde ook de klacht van gedetineerden tegen de Dienst Justitiële Inrichtingen, een onderdeel van de Staat der Nederlanden, en haar directeur in verband met de zogenaamde Schipholbrand.<sup>367</sup> Die uitspraak was op zichzelf opmerkelijk, omdat in de klacht specifiek om vervolging van deze Dienst was gevraagd. Een onderdeel van de Staat is geen rechtspersoon in de zin van art. 51 Sr. en kan derhalve, los van de vraag ‘immuniteit of niet’, sowieso niet als verdachte worden vervolgd.<sup>368</sup>

### 9.3 *Verplichting tot strafrechtelijk onderzoek; strafrechtelijke immuniteit overheid onder omstandigheden mogelijk in strijd met het EVRM; verplichting tot proportionele sanctionering*

Het achterwege laten van strafrechtelijk onderzoek, alsmede het niet-vervolgen en bestraffen van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun feitelijke leiding- en opdrachtgevers, kan onder omstandigheden voor de Staat een schending (en dus aansprakelijkheid) opleveren van de uit de in het EVRM beschermde rechten voortvloeiende, positieve procedurele verplichtingen. Deze positieve procedurele verplichtingen strekken zich verder uit dan uitsluitend de fase van het officiële onderzoek. Indien dit onderzoek heeft geleid tot het instellen van een gerechtelijke procedure, moet de hele procedure, inclusief de berechting, voldoen aan de eisen die voortvloeien uit de positieve procedurele verplichtingen van de Staat onder het EVRM.<sup>369</sup> De in dit verband belangrijke jurisprudentie heeft zich met name ontwikkeld in de jurisprudentie op art. 2 EVRM (het recht op leven).<sup>370</sup> Vijf jaar geleden werd op deze plaats al gewag gemaakt van de in dit verband belangrijke uitspraak van het EHRM in de zaak *Öneryildiz/Turkije*. Die jurisprudentie heeft zich sindsdien doorgezet.<sup>371</sup>

<sup>367</sup> Gerechtshof Amsterdam 16 december 2009, LJN: BK6788.

<sup>368</sup> Zie voor een uitspraak waarin, in strijd met de duidelijke bewoordingen van art. 51 Sr een stadsdeel, binnen de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid is gebracht: Rb. Amsterdam 23 november 2009, LJN: BK4052; zie ook T. Barkhuysen, E.A. Minderhoud, ‘De verruiming van het begrip ‘rechtspersonen’ bij strafrechtelijke vervolging van overheden: lust of last?’, *Gst.* 2010, 33.

<sup>369</sup> *Budajeva e.a./Rusland*, EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, § 143.

<sup>370</sup> En, zij het in mindere mate, op art. 3 en 8 EVRM, alsmede op art. 1 van het eerste Protocol bij het EVRM.

<sup>371</sup> Zie hierover ook: D. Roef, ‘De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief’, *Strafblad* 2012, pp. 185-194.

Volgens die (inmiddels ‘vaste’) jurisprudentie moet de Staat adequaat reageren in de gevallen waarin mensen onder omstandigheden die *mogelijk aansprakelijkheid* van de *overheid* met zich mee kunnen brengen<sup>372</sup>, zijn overleden of aan een direct levensgevaar zijn blootgesteld (en hebben overleefd). Alsdan dient de Staat de voorzieningen te benutten die de bescherming van het recht op leven dienen en er zorg voor te dragen dat iedere inbreuk op dat recht wordt aangepakt en bestraft.<sup>373</sup> Die adequate reactie hoeft niet altijd een strafrechtelijke reactie te zijn. Als de (dreigende) schending *niet-opzettelijk* heeft plaatsgevonden, dan is aan deze verplichting voldaan, als voor slachtoffers de mogelijkheid van civielrechtelijk,<sup>374</sup> bestuursrechtelijk of tuchtrechtelijk rechtsherstel bestaat.

Hierop strandde in 2009 de klacht bij het EHRM over het niet-vervolgen van de ministers Donner (Justitie) en Verdonk (Vreemdelingenzaken) voor dood door schuld en medeplichtigheid aan het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel in verband met de Schipholbrand<sup>375</sup> (zie voor de klacht tegen de Staat hierboven onder 7.2). In 2007 had de Hoge Raad het verzoek tot strafvervolgning van deze ministers afgewezen, omdat de daartoe noodzakelijke opdracht ontbrak.<sup>376</sup> In de betreffende klacht beriepen de klagers zich om onnavolgbare redenen slechts op schending van art. 3 (verbod foltering en onmenselijke of vernederende behandeling) en niet op schending van art. 2 EVRM (recht op leven).

In het voetspoor van de hierboven beschreven jurisprudentie overwoog het EHRM ook in die zaak dat, als de schending van het recht op leven of op lichamelijke integriteit *niet-opzettelijk* is veroorzaakt, de positieve, uit art. 3 EVRM voortvloeiende, verplichting tot implementatie van een effectief rechtssysteem, niet per definitie in iedere zaak de verplichting tot strafrechtelijke vervolging met zich meebrengt. Het EHRM overwoog dat aan de verplichting tot effectief onderzoek was voldaan doordat de Onderzoeksraad voor Veiligheid een uitgebreid, kritisch en betrouwbaar rapport had opgesteld, waarin bovendien specifieke overheidsinstanties als verantwoordelijk voor de tekortschietende veiligheidsmaatregelen waren aangemerkt. Het rapport had bovendien tot het aftreden van de twee politiek verantwoordelijke ministers geleid. Nu de klachten direct waren gericht tegen leden van het kabinet op ministerieel niveau, was aan de uit art. 3 EVRM voortvloeiende positieve procedurele verplichtingen voldaan. Bovendien bevatte de klachten geen enkele aanwijzing dat deze ministers persoonlijk hun taak dusdanig hadden verzuimd dat daarop een strafrechtelijke vervolging moest volgen.

In gevallen waarin mensen ten gevolge van *gevaarlijke activiteiten* of *natuurrampen*<sup>377</sup> zijn gestorven of in concreet levensgevaar zijn gebracht, acht het EHRM een *strafrechtelijk onderzoek* wèl *onontbeerlijk* (en dus ook in gevallen van niet-opzettelijk handelen). De reden daarvoor is, dat over het algemeen slechts de overheid, die qualitate qua altijd bij (regulering van) gevaarlijke activiteiten is betrokken, over voldoende kennis beschikt om ‘to identify and establish the complex phenomena that might have caused an incident’.<sup>378</sup>

Dit onderzoek moet *onafhankelijk* en *onpartijdig* zijn en aan bepaalde

---

<sup>372</sup> Hetgeen ook aansprakelijkheid van lagere overheden, en andere overheidslichamen en organen e.d. van de overheid omvat.

<sup>373</sup> *Öneryildiz/ Turkije*, EHRM 18 juni 2002, nr. 48939/999; EHRC 2000, 64 (m.nt. HJ), § 91; *Shumkova/ Rusland* EHRM 14 februari 2012, nr. 92-96/ 06, § 106; *Iliya Petrov/ Bulgarije*, EHRM 24 april 2012, nr. 19202/03, § 70; *Budajeva e.a./ Rusland*, EHRM 20 maart 2008, AB2008, 206 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, § 138.

<sup>374</sup> Bijvoorbeeld door middel van schadevergoeding en de mogelijkheid van publicatie van de uitspraak.

<sup>375</sup> *Melle e.a./ Nederland* EHRM 29 september 2009, NJ 2010, 306 m.nt. Lawson.

<sup>376</sup> HR 19 oktober 2007, NJ 2008, 26 m.nt. Alkema; op grond van artikel 119 GW kon die opdracht slechts worden gegeven bij KB of bij besluit van de Tweede Kamer.

<sup>377</sup> Uit de uitspraak in de zaak *Budajeva e.a./ Rusland* blijkt dat de hierboven beschreven positieve procedurele verplichtingen van de Staat als reactie op incidenten veroorzaakt door gevaarlijke activiteiten waardoor levens te betreuren zijn of direct in gevaar zijn gebracht, ook toepasselijk zijn in gevallen van natuurrampen, *Budajeva e.a./ Rusland*, EHRM 20 maart 2008, AB2008, 206 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, §141.

<sup>378</sup> *Öneryildiz/ Turkije*, EHRM 18 juni 2002, nr. 48939/999; EHRC 2000, 64 (m.nt. HJ), § 91; *Kalyadenko e.a./ Rusland*, EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, §190; *Iliya Petrov/ Bulgarije*, EHRM 24 april 2012, nr. 19202/03, §72.

*effectiviteitseisen* voldoen. De aard van het onderzoek moet repressie door middel van het strafrecht vermogen te verzekeren ('être notamment de nature à assurer la répression pénale des atteintes à la vie du fait d' une activité dangereuse'<sup>379</sup>), *indien en voor zover* de onderzoeksresultaten dit rechtvaardigen.<sup>380</sup> Bovendien moeten de bevoegde autoriteiten in dergelijke gevallen met 'voorbeeldige' kundigheid en snelheid optreden ('act with exemplary diligence and promptness') en op eigen initiatief onderzoek instellen dat geschikt is om 1) de omstandigheden waaronder het incident heeft plaatsgevonden en eventuele tekortkomingen in de werking van het systeem van regelgeving ('shortcomings in the operation of the regulatory system') en 2) de 'State officials or authorities', die in welke hoedanigheid dan ook in de keten van gebeurtenissen betrokken zijn geweest, te bepalen.<sup>381</sup>

In geval van *gevaarlijke activiteiten* (en in het voetspoor daarvan bij *natuurrampen*) kan onder omstandigheden het *niet vervolgen* en *bestrafen* van *overheden* een schending van art. 2 EVRM (het recht op leven) opleveren. Namelijk die gevallen waarin de aan 'State officials or bodies' toe te rekenen schuld, meer is dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid, in die zin dat de betreffende autoriteiten ('the authorities in question') fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a *dangerous activity*'.<sup>382</sup> Eventuele (voor slachtoffers ter beschikking staande) tuchtrechtelijke of administratieve procedures tegen deze personen of instanties, doen daar niet aan af.<sup>383</sup>

Met andere woorden, deze jurisprudentie van het EHRM brengt met zich mee dat in een dergelijk geval, het niet vervolgen of berechten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun feitelijk leiding- en opdrachtgevers vanwege de aan deze rechtspersonen naar Nederlands recht toekomende strafrechtelijke immuniteit, een schending zou kunnen opleveren van de voor de Staat uit art. 2 EVRM voortvloeiende, positieve procedurele verplichtingen.

Volgens het EHRM mag op geen enkele wijze uit zijn bovenbeschreven jurisprudentie in gevallen van gevaarlijke activiteiten en natuurrampen een recht van klagers tot vervolging of bestraffing van een derde partij voor een strafbaar feit, noch een absolute verplichting om iedere vervolging in een veroordeling te doen eindigen, worden afgeleid.<sup>384</sup> Anderzijds, behoren de nationale autoriteiten/rechters onder geen enkele omstandigheid bereid te zijn om levensbedreigende strafbare feiten ongestraft te laten, aldus het hof.<sup>385</sup>

Ten aanzien van het laatste erkent het EHRM de rol van de nationale gerechten voor wat betreft de keuze van sancties in geval van schending door de overheid van de in het EVRM gegarandeerde rechten, doch behoudt het zijn toezichthoudende functie en treedt het op in gevallen van manifeste disproportionaliteit tussen de ernst van de gedragingen en de opgelegde straf, met name als de zaak niet door een onpartijdig gerecht is afgedaan.<sup>386</sup> Zo achtte het EHRM bijvoorbeeld een boete van 30 US\$ geen adequate reactie op schending van

<sup>379</sup> *Iliya Petrov/ Bulgarije*, EHRM 24 april 2012, nr. 19202/03, §73.

<sup>380</sup> *Kolyadenko e.a./ Rusland*, EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, §191; *Iliya Petrov/ Bulgarije*, EHRM 24 april 2012, nr. 19202/03, §73.

<sup>381</sup> *Öneryildiz/ Turkije*, EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, §94; *Budajeva e.a./ Rusland*, EHRM 20 maart 2008, AB2008, 206 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, §142; *Kolyadenko e.a./ Rusland*, EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, §191, Volk/ Slovenië EHRM 13 december 2012, nr. 62120/09, §98.

<sup>382</sup> *Kolyadenko e.a./ Rusland*, EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, §96; *Öneryildiz/ Turkije* EHRM 18 juni 2002, nr. 48939/999; EHRC 2000, 64 (m.nt. HJ), §192.

<sup>383</sup> *Öneryildiz/ Turkije* EHRM 18 juni 2002, nr. 48939/999; EHRC 2000, 64 (m.nt. HJ), § 93; *Budajeva e.a./ Rusland*, EHRM 20 maart 2008, AB2008, 206 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, §140; *Iliya Petrov/ Bulgarije*, EHRM 24 april 2012, nr. 19202/03, §72.

<sup>384</sup> *Kolyadenko e.a./ Rusland*, EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, § 96; *Öneryildiz/ Turkije* EHRM 18 juni 2002, nr. 48939/999; EHRC 2000, 64 (m.nt. HJ), §192; *Budajeva e.a./ Rusland*, EHRM 20 maart 2008, AB2008, 206 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, §144.

<sup>385</sup> *Kolyadenko e.a./ Rusland*, EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, § 96; *Öneryildiz/ Turkije* EHRM 18 juni 2002, nr. 48939/999; EHRC 2000, 64 (m.nt. HJ), §192, *çosç Elav/ Turkije* EHRM 30 oktober 2012, nr. 32520/09 § 45; *çosçelav/ Turkije* EHRM 9 oktober 2010, nr. 1413/07, §45.

<sup>386</sup> *Austrianu/ Romania* 12 februari 2013, nr. 16117/02, §73.



art. 3 EVRM. Een dergelijk duidelijk disproportionele straf als sanctie op schending van één van de belangrijkste rechten van de conventie, ontbeert het ter voorkoming van toekomstige schendingen noodzakelijke, afschrikwekkende effect, aldus het EHRM.<sup>387</sup>

#### 9.4 *Daderschap van rechtspersonen*

Voor het daderschap van rechtspersonen (art. 51 Sr.), en dus ook van publiekrechtelijke rechtspersonen, gelden in het strafrecht onverminderd de richtsnoeren van de Hoge Raad uit het zgn. *Zijpe*-arrest<sup>388</sup>. In dat arrest, dat in het vorige overzichtsartikel uitgebreid is besproken, heeft de Hoge Raad overwogen dat een rechtspersoon als dader van een strafbaar feit is aan te merken, als de gedraging redelijkerwijs aan haar kan worden toegerekend. Of dat het geval is, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede de aard van de (verboden) gedragingen behoort. Omdat een algemene regel zich bezwaarlijk laat formuleren, bevat dat arrest een aantal oriëntatiepunten voor die toerekening. Een belangrijk oriëntatiepunt is of de gedraging heeft plaatsgevonden, dan wel is verricht in de sfeer van rechtspersoon. Is dat het geval, dan kan de gedraging in beginsel worden toegerekend. Van gedragingen in de sfeer van rechtspersoon zal volgens de Hoge Raad sprake kunnen zijn, indien zich één of meer van de in dit arrest genoemde omstandigheden voordoen. Die omstandigheden zijn in het vorige overzichtsartikel besproken.

De richtsnoeren uit het *Zijpe*-arrest gelden niet voor de toerekening van een subjectieve geestesgesteldheid (zoals opzet en schuld) aan de rechtspersoon. Opzet en schuld kunnen onder omstandigheden via de binnen de rechtspersoon werkzame personen aan de rechtspersoon worden toegerekend. Of dat mogelijk is, hangt af van de interne organisatie van de rechtspersoon en de taken en verantwoordelijkheden van de betrokken natuurlijke personen. Ook gedurende de afgelopen 5 jaar is wederom geoordeeld dat opzet en schuld voorts ook kunnen worden afgeleid uit de bedrijfspolitiek<sup>389</sup> of uit een samenstel van omstandigheden.<sup>390</sup>

Pas als is bewezen dat de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan, kan de vraag aan de orde komen of een bepaalde natuurlijke persoon tot die gedraging opdracht heeft gegeven, respectievelijk daaraan feitelijke leiding heeft gegeven (art. 51 Sr.). Voor het bewijs van het feitelijke leidinggeven golden de afgelopen 5 jaar onverminderd de al sinds 1986 geldende zgn. *Slavenburg*-criteria. Strafbaar als feitelijk leidinggever is de functionaris die, 1) hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van de betreffende gedraging achterwege laat en 2) bewust de aanmerkelijke kans dat de verboden gedraging zich zal voordoen aanvaardt, zodat hij die gedraging opzettelijk bevordert).

#### 9.5 *Wetgeving*

Bij de Tweede Kamer is nog steeds in behandeling het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers (Kamerstuk 30538).

Dit initiatiefwetsvoorstel werd oorspronkelijk in mei 2006 (!) ingediend door het Tweede Kamerlid Wolfsen.<sup>391</sup> Inmiddels wordt het verdedigd door de Kamerleden Van der

<sup>387</sup> *Austrianu/ Romania* 12 februari 2013, nr. 16117/02, §74.

<sup>388</sup> *Zijpe-arrest*, HR 21 oktober 2003, LJN AF7938, NJ 2006, 328 (sindsdien bevestigd in HR 22 juni 2010, LJN: BK3526; HR 22 FEBRUARI 2011, LJN: BN7719; HR 15 november 2011, LJN: BR 5550, met name de conclusie van A-G Vegter; HR 24 januari 2012, LJN: BU5349).

<sup>389</sup> HR 15 november 2011, LJN: BR 5550, met name de conclusie van A-G Vegter.

<sup>390</sup> Zie bijvoorbeeld HR 29 april 2008, NJ 2009, 130 m.nt. Y Buruma.

<sup>391</sup> Tijdens de behandeling van dit wetsontwerp op 17 januari 2013, heeft de minister van Veiligheid en Justitie aangegeven dat het Kabinet niet voornemens is enig vervolg te geven aan het concept wetsontwerp dat het in 2005 in consultatie had gegeven (zie daarover ons vorige overzichtsartikel), getiteld ‘wijziging van het Wetboek van Strafrecht strekkende tot het strafrechtelijk vervolgbaar maken van het opdracht geven tot en het feitelijke leidinggeven’.

Steur (VVD), Oskam (PvdA) en Segers (ChristenUnie). Vijf jaar geleden, in ons vorige overzichtsartikel, is dit wetsontwerp al besproken. Voor het gemak van de lezer: ingevolge dit wetsontwerp wordt aan art. 51 Sr. een derde lid toegevoegd. Daarin wordt (kort gezegd) uitdrukkelijk bepaald dat publiekrechtelijke rechtspersonen op gelijke voet met andere rechtspersonen vervolgbaar zijn. Als dit voorstel kracht van wet verkrijgt, wil dat dus zeggen dat voortaan decentrale overheden kunnen worden vervolgd, ook als ze hebben gehandeld ter uitvoering van een exclusieve bestuurszaak en dat ten aanzien van de centrale overheid de *Volkel*-rechtspraak geheel terzijde wordt gesteld. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is in het wetsontwerp een extra strafuitsluitingsgrond opgenomen in art. 42 Sr. luidende: ‘niet strafbaar is de ambtenaar of de publiekrechtelijke rechtspersoon die een feit begaat dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van een publieke taak bij wettelijk voorschrift opgedragen’. Dit wetsontwerp is momenteel nog steeds aanhangig in de Tweede Kamer.

Op 19 maart 2008 heeft de vaste commissie van Justitie, belast met het voorbereidend onderzoek, verslag uitgebracht met daarin een groot aantal vragen en opmerkingen.<sup>392</sup> Op 22 juni 2009 hebben de initiatiefnemers die vragen schriftelijk beantwoord.<sup>393</sup> Op 27 januari 2010 heeft de eerste behandeling in de Tweede Kamer plaatsgevonden.<sup>394</sup> Aan het eind van dit debat concludeerde de Kamervoorzitter dat de indieners ‘heel veel vragen’ hadden meegekregen en dat dit ‘best zware kost’ betref. Pas onlangs, op 17 januari 2013, is de behandeling van dit wetsontwerp in de Tweede Kamer hervat.<sup>395</sup> Na de beantwoording in eerste termijn door de initiatiefnemers is de behandeling diezelfde dag op verzoek van een meerderheid van de kamer opnieuw geschorst. Het verzoek tot schorsing werd als volgt door de heer De Wit (PvdA) verwoord: ‘*We hebben vandaag antwoorden gekregen op vragen die drie jaar geleden gesteld zijn. De ontwikkelingen hebben natuurlijk inmiddels hun gang gevonden. De antwoorden van vandaag zijn dusdanig van belang dat het noodzakelijk is om uitgebreid op die antwoorden te reflecteren*’.

Vijf jaar geleden bestond er voor dit voorstel een meerderheid in de Tweede Kamer. Het debat overziend lijkt dat inmiddels verre van zeker.

Tijdens dit debat passeerden een aantal principiële onderwerpen de revue, zoals: is er reden om de lagere overheid anders te behandelen dan de Staat, waarom zou geen onderscheid moeten worden gemaakt tussen publieke- en private rechtspersonen, het spanningsveld tussen politieke controle enerzijds en strafrechtelijke afdoening anderzijds (indien, bijvoorbeeld een minister, politieke verantwoording moet afleggen over een zaak in verband waarmee het openbaar ministerie de Staat vervolgd), het gegeven dat de minister van Veiligheid en Justitie een aanwijzing kan, onder omstandigheden moet, geven aan het openbaar ministerie om de Staat te vervolgen, de uitleg van de voorgestelde strafuitsluitingsgrond van art. 42 lid 2 Sr., de vrees dat het aantal klachten ex. art. 12 Sv. in gevallen waarin het openbaar ministerie de overheid niet vervolgd, zal toenemen, en dergelijke.

Tijdens de beraadslaging heeft minister Opstelten de Kamer laten weten dat het kabinet dit wetsvoorstel niet omarmt. Het kabinet vindt niet nodig om, naast de bestaande mogelijkheid van strafrechtelijke vervolging van personen die binnen de overheid strafbare feiten plegen of daaraan deelnemen, aanvullende strafvervolging tegen de rechtspersoon Staat en tegen de lagere overheden als het de uitvoering van exclusieve bestuurstaken betreft, mogelijk te maken. Daartoe heeft de minister de volgende argumenten aangevoerd:

- a) publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen zijn niet gelijk. Overheden zijn onderworpen aan democratische controle. De beoordeling van het handelen van de

<sup>392</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 30538 nr. 9.

<sup>393</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 30538, nr. 11.

<sup>394</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, nr. 47, pag. 4463-4476 (Handelingen).

<sup>395</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, nr. 41, item 9 en 14 (Handelingen).

- overheid behoort primair plaats te vinden d.m.v. politieke en bestuurlijke verantwoording;
- b) publiekrechtelijke rechtspersonen behartigen wettelijke taken, zij kunnen daarvan niet afzien en moeten soms handelingen verrichten die aan anderen niet zijn toegestaan;
  - c) door de bestaande immuniteiten op te heffen, ontstaat in alle gevallen een dubbele verantwoordingsmogelijkheid: een bestuurlijk-politieke en een strafrechtelijke. De initiatiefnemers zien de strafrechtelijke verantwoording slechts als aanvulling, als ultimum remedium. Door opheffing van immuniteit ontstaat echter het risico van een glijdende schaal, waarbij gaandeweg steeds vaker strafrechtelijk wordt opgetreden, terwijl bestuurlijke en politieke verantwoordingsprocedures hun werk moeten doen. De dubbele verantwoordingsmogelijkheid roept tal van lastig te beantwoorden vragen op, terwijl niet duidelijk is welk concreet probleem daarmee wordt opgelost;
  - d) in de bestaande situatie worden de Staat en de decentrale overheden ongelijk behandeld. Voor dezelfde gedragingen kunnen decentrale overheden wél en de Staat niet worden vervolgd. De gemeente Stichtse Vecht (zie onder 7.1) kon bijvoorbeeld worden vervolgd; de Staat, als een ongeluk op een rijksweg zou zijn gebeurd, niet. Dat dilemma is niet zwaarwegend genoeg om tot opheffing van de immuniteit van de Staat over te gaan;
  - e) als overheden hun taken niet of niet naar behoren uitvoeren, of dit nu bewust of door nalatigheid gebeurt, moet het bestuur optreden. Dat bestuur kan democratisch ter verantwoording worden geroepen;
  - f) de Staat is totaal iets anders dan de andere overheden in dit verband. Bij vervolging van de Staat is de ‘eenheid van de regering en het regeringsbeleid’ in het geding, omdat het openbaar ministerie onder de ministeriële verantwoordelijkheid van de minister van Veiligheid en Justitie valt. Het initiatiefvoorstel dringt de minister in een bijzondere staatsrechtelijke positie, omdat het openbaar ministerie onder diens verantwoordelijkheid dan vervolgingsbeslissingen neemt ten aanzien van de Staat;
  - g) het risico bestaat dat het initiatief wetsvoorstel leidt tot een juridisering van de verantwoording. Burgers zullen aangifte doen en art. 12 procedures voeren;
  - h) het initiatiefvoorstel werkt risicomijdend gedrag van ambtenaren en ambtsdragers, de neiging meer regels in het leven te roepen en meer geprotocolleerd te werken, in de hand. Meer bureaucratie is niet gewenst.

### 9.6. *Immunititeit van de overheid voor bestraffende bestuurlijke sancties*

Het opleggen van bestuurlijke sancties met een bestraffend effect, zoals de bestuurlijke boete, vormt volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een criminal charge in de zin van art. 6 EVRM.<sup>396</sup> Het is dan ook niet verbazingwekkend dat overheden aan wie wegens overtreding van de regelgeving en bestuurlijke boete is opgelegd, zich bij de bestuursrechter beroepen op strafrechtelijke immuniteit.<sup>397</sup>

#### 9.6.1. *Immunititeit van decentrale overheden voor bestraffende bestuurlijke sancties*

Het antwoord op de vraag of decentrale overheden in geval van beboeting, zich met succes kunnen beroepen op de *Pikmeer-II-jurisprudentie*, is door de Afdeling Bestuursrechtspraak tot nu toe uitdrukkelijk in het midden gelaten. Reden daarvoor was dat in de (twee) gevallen die aan het oordeel van de Afdeling waren onderworpen, zelfs als deze jurisprudentie van toepassing zou zijn, gelet op de omstandigheden van het geval, een beroep op de betreffende

<sup>396</sup> EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 m.nt. Alkema (*Östürk*) EHRM 24 februari 1994, NJ 1994, 496 m.nt. Alkema (*bende Bendenoun*).

<sup>397</sup> Zie ook B. van der Vorm, ‘De opheffing van strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in relatie tot het fenomeen ‘bestuursrechtelijke’ immuniteit’, *Delikt en Delinkwent* 2008, p. xx.

immunititeit sowieso geen kans van slagen had. In het eerste geval<sup>398</sup> had een officier van dienst bij het blussen van een brand, weliswaar tijdig geconstateerd dat de gevel van een kerk zou instorten en daartoe een straat ontruimd, doch niet zeker gesteld of zijn bevel alle brandweerlieden had bereikt (waarvan sommigen later arriveerden) en of deze daaraan ook daadwerkelijk gehoor hadden gegeven. De gemeente was beboet ter zake van overtreding van art. 3.17 van het Arbobesluit. De Afdeling stelde vast dat het bestuur in dit geval niet op basis van zijn verantwoordelijkheid voor een effectieve brandbestrijding tot een gedraging in strijd met art. 3.17 Arbobesluit had besloten. De gemeente werd tegengeworpen dat zij niet alles wat mogelijk was had gedaan om te voorkomen dat de betrokken brandweerlieden door de instortende gevel werden getroffen. Onder die omstandigheden, zo de Afdeling, valt niet in te zien waarom op immunititeit een beroep kan worden gedaan.

In het tweede geval beriep een provincie zich op immunititeit. Volgens het boetebesluit had de provincie werkzaamheden laten verrichten in strijd met art. 2 lid 1 Wet Arbeid Vreemdelingen (Wav).<sup>399</sup> De bestuurlijke boete was opgelegd, omdat in opdracht van de provincie werkzaamheden waren uitgevoerd in de berm langs de openbare weg en die werkzaamheden waren uitgevoerd door personen met de Poolse nationaliteit. Art. 15 lid 1 van de Wegenwet verplichtte de Provincie de weg (en mogelijk de tot die weg behorende berm) te onderhouden. De Afdeling overwoog dat die verplichting echter niet betekent dat de gehele feitelijke uitvoering van dat onderhoud onder de strafrechtelijke immunititeit van het betrokken lichaam valt. Nu ‘niet welbewust, met inroepen van de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor dit onderhoud en motivering van de noodzaak daartoe, was besloten tot het laten verrichten van die werkzaamheden in strijd met art. 2 lid 1 van de Wav’, viel volgens de Afdeling niet in te zien dat de Provincie in dit geval met succes een beroep op strafrechtelijke immunititeit kon doen.

#### 9.6.2. Immunititeit van de Staat voor bestraffende bestuurlijke sancties

Op 12 mei 2010 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak over een drietal besluiten waarin aan Ministeries geldboeten ter zake van overtreding van de Wet Arbeidvreemdelingen (Wav) waren opgelegd.<sup>400</sup> In alle drie de zaken had de betreffende minister de beroepsgrond, inhoudende dat de rechtbank ten onrechte had aangenomen dat de besluiten ten gevolge van een verschrijving aan het Ministerie in plaats van aan de Staat waren geadresseerd, laten vallen. De Afdeling ging er vervolgens vanuit dat de boetebesluiten waren gericht aan de Staat, en dat de Staat in die procedures bezwaar had gemaakt en (hoger) beroep had ingesteld.<sup>401</sup>

De Staat beriep zich op de *Volkel*-jurisprudentie van de Hoge Raad. De Afdeling verwierp dat beroep. De Afdeling overwoog dat de strafrechtelijke immunititeit die de Staat volgens het *Volkel*-arrest geniet, de Staat binnen het Strafrecht in een uitzonderingspositie plaatst. De Afdeling overweegt dat, noch de Wav, noch de totstandkomingsgeschiedenis daarvan, een aanknopingspunt biedt om aan te nemen dat de Staat ook bij het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van die wet, een dergelijke positie toekomt. Integendeel, blijkens de Memorie van Toelichting heeft de wetgever juist beoogd de Wav aldus te verruimen dat ook aanstelling in overheidsdienst onder de reikwijdte van die wet valt. Uit de wetgeschiedenis kan niet worden afgeleid dat de wetgever die reikwijdte, vervolgens weer heeft willen inperken door de overheid uit te sluiten van boeteoplegging bij overtreding van

<sup>398</sup> ABRvS 22 november 2006, LJN AZ2782.

<sup>399</sup> ABRvS 23 april 2008, LJN BD0232.

<sup>400</sup> ABRvS 12 mei 2010, LJN BM4166, BM4167 en BM4168.

<sup>401</sup> Ingevolge artikel 5:1 AWB kunnen overtredingen slechts worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen, waarbij art. 51 lid 2 en 3 Sr. van overeenkomstige toepassing is verklaard. Derhalve kan aan een Ministerie niet als ‘overtreder’ een boete worden opgelegd.

de Wav. De Afdeling concludeert derhalve dat de Wav een grondslag biedt om de Staat een bestuurlijke boete op te kunnen leggen, indien aan de daartoe gestelde eisen is voldaan.

### 9.6.3. *Afsluitende opmerkingen betreffende de strafrechtelijke overheidsaansprakelijkheid*

Uit bovenstaande jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrecht kan niet worden afgeleid dat decentrale overheden, in geval van bestraffende bestuurlijke sancties onder omstandigheden geen succesvol beroep op strafrechtelijke immuniteit zouden kunnen doen. De Afdeling heeft immers bewust nog niet op de betreffende rechtsvraag beslist.

Gelet op de inhoud van de hierboven besproken uitspraak, lijkt ook de vraag naar de toepasselijkheid van de *Volkel*-jurisprudentie, althans naar een mogelijke (analoge) toepasselijkheid van de voor de decentrale overheid geldende strafrechtelijke immuniteit voor de Staat, mede gelet op de overwegingen van de Afdeling daarin, nog geen gelopen race, in gevallen waarin de wetgever niet, zoals hij dat bij de Wav wel heeft gedaan, de reikwijdte van de daarin opgenomen verboden expliciet tot de overheid heeft uitgebreid (die uitbreiding heeft beoogd).

Weliswaar heeft de Afdeling in deze uitspraken overwogen dat zij in HR 3 maart 1998<sup>402</sup> steun voor de opvatting vindt dat bestuurlijke boetes op grond van de Wav ook aan de Staat kunnen worden opgelegd. De Afdeling citeert daartoe de overweging van de Hoge Raad in dat arrest, inhoudende dat, gelet op het bestuursrechtelijk karakter van de in de Wav voorziene sanctionering van verkeersovertredingen, geen grond bestaat publiekrechtelijke overheidsorganen, de Staat inbegrepen, ten aanzien van die sanctionering anders te bejegen dan natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen en dat daarom moet worden aangenomen dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen binnen het bereik van de Wav vallen. Dat de Hoge Raad met die overweging daadwerkelijk heeft beoogd aan te geven dat dat dan ook voor alle andere bestraffende bestuurlijke sancties geldt, is zeer de vraag. Dat arrest betrof namelijk eveneens een specifieke wet. En dat blijkt dan ook uit dat arrest. Daarin overweegt de Hoge Raad immers dat het bij de Wav gaat om een stelsel van administratiefrechtelijke voorschriften ter afdoening van verkeersovertredingen van *relatief eenvoudige aard*. Bovendien overweegt de Hoge Raad in precies datzelfde arrest expliciet dat de wetgever de mogelijkheid van de oplegging van bestuurlijke boetes aan de Staat in verband met de in de Wav voorziene sancties op verkeersovertredingen expliciet voor ogen heeft gehad.<sup>403</sup> Daar komt bij dat immuniteit van de overheid (langs de lijnen zoals uitgezet in het *Pikmeer-II*-arrest) (ook) bij bestuurlijke boetes de bedoeling is geweest. Dat blijkt uit de toelichting van de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (de Commissie Scheltema) op het voorontwerp voor de vierde tranche van de AWB. In die toelichting is uitdrukkelijk overwogen dat, voor wat betreft de mogelijkheid om punitief bestuurlijke sancties op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen, aansluiting zal moeten worden gezocht bij de strafrechtelijke jurisprudentie. Volgens die toelichting betekent dat sedert het *Pikmeer-II*-arrest dat in ieder geval bij decentrale overheidslichamen een dergelijke sanctieoplegging in beginsel mogelijk is, tenzij de gedraging werd verricht ter uitvoering van een exclusieve overheidstaak.<sup>404</sup> Dat dit voorts ook uitdrukkelijk de bedoeling van de AWB-wetgever is geweest, blijkt uit de Toelichting bij een nota van wijziging van het wetsvoorstel zelf, alwaar het volgende staat vermeld: ‘ .... indien de uitkomst is dat het boetevoorschrift inderdaad van toepassing is, komt vervolgens de vraag aan de orde of de aard van de

<sup>402</sup> VR 1998, 130, Rawb, 1998 142.

<sup>403</sup> Zie voor een algemene bespreking van één en ander in een breder kader: A.P.W. Duijkersloot, A.R. Hartman, ‘De aansprakelijkheid van de overheid: een overspannen constructie bij bestraffing? Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in perspectief’, De Aangesproken Staat: verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid; alsmede p. 22, 23 van dit preadvies voor de precieze overwegingen van de HR in dit arrest.

<sup>404</sup> Toelichting van de Commissie Scheltema op het voorontwerp voor de vierde tranche van de AWB d.d. 7 september 1999, p. 86.

*overheidstaak aan toepassing van de sanctiebepaling in de weg staat. Als dat niet het geval is, is het feit beboetbaar.*<sup>405</sup> Met andere woorden, volgens de wetgever kon de aard van de overheidstaak aan toepassing van de sanctiebepalingen in de weg staan.

Gelet op het bovenstaande, valt te verwachten dat het laatste woord hierover nog niet is gezegd.

## 10 Afronding

In de afronding van de eerder verschenen overzichten hebben wij steeds de vraag gesteld naar de koers van het aansprakelijkheidsrecht. Werd gekozen voor een koers in de richting van het adagium “ieder wordt geacht zijn eigen schade te dragen”, of werd gekoerst in de richting van “de overheid wordt geacht ieders schade te dragen”? Tendensen die we in het vorige overzicht uit 2008 al signaleerden, hebben zich in de afgelopen vijf jaar doorgezet. Op hoofdlijnen is de tendens van het overheidsaansprakelijkheidsrecht een terughoudende.

Zo is de civiele rechter nog steeds tamelijk terughoudend bij het aanvaarden van overheidsaansprakelijkheid. De leer van de formele rechtskracht wordt nog steeds strikt toegepast door de Hoge Raad. Strikter dan de Afdeling bestuursrechtspraak met deze leer omgaat. Ook een beroep op de aan de overheid toekomende beleids- of beoordelingsvrijheid en een beroep op “eigen schuld” vormen nog steeds krachtige verweren van de overheid tegen aansprakelijkstellingen. Ook de eisen van relativiteit en causaliteit werpen nog altijd een hoge dam op tegen een ver uitdijende aansprakelijkheid van de overheid.

Desondanks heeft de wetgever gemeend een extra dam te moeten opwerpen tegen het aannemen van aansprakelijkheid: op grond van het nieuwe art. 1:13a Wft zullen AFM en DNB nog slechts in geval van opzet of grove schuld aansprakelijk zijn voor een handelen of nalaten in de uitoefening van hun wettelijke taak of bevoegdheid.

De wetgever heeft ook overigens ingegrepen in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. In de op 1 juli 2008 in werking getreden Wet ruimtelijke ordening is krachtig ingegrepen in het planschaderecht met onder meer als doel de aansprakelijkheid voor planologische veranderingen te beperken. Voortaan kunnen aanvragers niet langer aanspraak maken op schadevergoeding, maar slechts op een tegemoetkoming, en schade die binnen het normale maatschappelijke risico valt, blijft voor rekening van de aanvrager. De invulling van het normale maatschappelijke risico en de rechterlijke beoordeling van deze toetsing zal naar verwachting de komende jaren in het nadeelcompensatierecht in het algemeen, en het planschaderecht in het bijzonder, veel aandacht vragen. Het zou ons niet verbazen wanneer in de komende jaren de nadruk meer, dan in het begin van deze eeuw, zal komen te liggen op de gedachte dat nadeelcompensatie een voorziening is die voorbehouden is aan abnormale en speciale gevallen. Daarmee zou het, vanuit internationaal perspectief bezien, betrekkelijk ruimhartige Nederlandse nadeelcompensatierecht, meer aansluiten bij hetgeen in andere landen op dit punt gebruikelijk is.

Een echt nieuwe ontwikkeling is natuurlijk de inmiddels in het Staatsblad gepubliceerde regeling van overheidsaansprakelijkheid in de Awb. Naar onze inschattingen zal deze regeling niet leiden tot een onaanvaardbare uitbreiding van de overheidsaansprakelijkheid. Wij verwachten en hopen dat deze nieuwe regeling, in ieder geval op het gebied van het nadeelcompensatie, er toe zal leiden dat minder (kostbare) aandacht moet worden besteed aan allerlei lastige rechterlijke competentieverdelingsvraagstukken. Samen met de nadruk in de rechtspraak van vooral de Afdeling op tijdige en effectieve geschilbeslechting, zal dat naar verwachting tot echte verbeteringen kunnen leiden.

Er zijn in de afgelopen jaren eigenlijk nauwelijks voorbeelden te noemen van ontwikkelingen in de rechtspraak die wijzen op het uitdijen van de overheidsaansprakelijkheid. Een

<sup>405</sup> *Kamerstukken II 2006/07, nr. 13. WELK NUMMER??*

belangrijk, maar betrekkelijk alleenstaand voorbeeld daarvan biedt de rechtspraak over de aansprakelijkheid voor overschrijding van de redelijke termijn. In deze hiervoor uitvoering beschreven rechtspraak wordt er van uitgegaan dat bij overschrijding van de redelijke termijn, behoudens bijzondere omstandigheden, spanning en frustratie als grond voor vergoeding van immateriële schade worden verondersteld.

Kortom: de slinger in het overheidsaansprakelijkheidsrecht gaat nog steeds in de richting van het gezichtspunt: “Ieder draagt in beginsel zijn eigen schade”.