

De ‘losse eindjes’ van Titel 8.4 Awb

34

1. Inleiding

De aanleiding voor de nieuwe regeling was vooral de wens om te komen tot procedurele vereenvoudiging. De oude situatie werd te complex gevonden. Vanuit het verleden, de periode vóór de Awb, was een situatie gegroeid waarin de burgerlijke rechter een belangrijke rol was blijven spelen bij de beoordeling van geschillen over onrechtmatige overheidsdaad. Daarna is de competentie van de bestuursrechters stap voor stap meer gaan omvatten. Dat kwam allereerst door de opname van artikel 8:73 in de Awb (1994) en in het voetspoor daarvan de uitvinding van het op ongeschreven recht gebaseerde zuivere schadebesluit in de jurisprudentie van de jaren negentig. De situatie werd nog verder gecompliceerd doordat voor de overheidsaansprakelijkheid twee wezenlijk verschillende grondslagen bestaan: de onrechtmatige daad en de rechtmatige daad (op grond van het *égalité*-beginsel). De bevoegdheid om te oordelen over de schadevergoeding viel lange tijd niet samen met de bevoegdheid om te oordelen over de oorzaak van de schade. Door de komst van artikel 8:73 Awb en het zuivere schadebesluit was daarin in zoverre verbetering gebracht, dat oorzaak en schadevergoeding vaker aan een en dezelfde rechter konden worden voorgelegd. Maar het bleef ook mogelijk de schadeoorzaak door de bestuursrechter te laten beoordelen en de schadevergoeding door de burgerlijke rechter. En er waren ook gevallen waarin hetzij de bestuursrechter, hetzij de burgerlijke rechter exclusief bevoegd was ter zake van zowel de oorzaak als de schadevergoeding. Kortom: het werd steeds ingewikkelder.

De ‘Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten’ (Wns) beoogde dit complexe geheel in één keer te vereenvoudigen. Maar men kon er blijkbaar niet aan ontkomen om de wet al meteen bij de inwerkingtreding in twee stukken te knippen. Het gedeelte dat betrekking heeft op de onrechtmatige daad, is inmiddels per 1 juli 2013 in werking getreden. De inwerkingtreding van het gedeelte dat betrekking heeft op nadeelcompensatie (titel 4.5 Awb) is uitgesteld omdat er eerst aanpassingswetgeving nodig is in bijzondere bestuursrechtelijke wetten die op veel plaatsen bepalingen bevatten over nadeelcompensatie en de daaraan verwante planschadevergoeding.²

Op de nieuwe regeling is de afgelopen jaren, toen het nog een (voor)ontwerp van wet betrof, stevige kritiek geuit.³ Veelgehoorde kritiek betreft de nieuwe competentieverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter in geschillen over schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. De nieuwe verdeling is wel anders dan de oude, maar valt niet meteen op door eenvoud en de ratio erachter is niet overtuigend. In dit artikel gaan we die discussie niet opnieuw voeren. Uitgaande van de nieuwe regeling in titel 8.4 Awb, wordt nu bezien waar de praktijk op zal stuiten bij de toepassing ervan.

2. Hoe was het tot 1 juli 2013?

Om goed te begrijpen wat er per 1 juli 2013 is gewijzigd volgt eerst een korte uiteenzetting van de toegang tot de rechter onder het oude recht. Er waren (voor zover nu relevant) drie methoden om een oordeel te krijgen van de rechter over aansprakelijkheid en schadevergoeding naar aanleiding van een (beweerdelijk) onrechtmatig besluit. Allereerst de nevenvordering van artikel 8:73 Awb, ten tweede het beroep tegen het zuiver (of: zelfstandig) schadebesluit, en ten derde de gang naar de burgerlijke rechter.

Artikel 8:73 Awb. Op grond van dit artikel was het mogelijk om tijdens het vernietigingsberoep tegen het schadeveroorzakende besluit een verzoek te doen om schadevergoeding aan de bestuursrechter. Dit kon zowel in beroep, als in hoger beroep. Het ging dus om een nevenvordering, net zoals de vergoeding van griffierecht of proceskosten. Hoofdvordering was de vernietiging van het schadeveroorzakende besluit. Het verzoek kon alleen worden gehonoreerd als het beroep gegrond was. Dit vanwege de wettelijke koppeling in artikel 8:72, lid 1 Awb tussen gegrondverklaring van het beroep en gehele of gedeeltelijke vernietiging van het besluit. En aangezien bij vernietiging van een besluit door de bestuursrechter de onrechtmatigheid ervan is gegeven, stond daarmee de weg open voor een aansprakelijkheidsoordeel. Artikel 8:73 Awb kende geen materiële criteria voor aansprakelijkheid. Voor de begroting van de schade kon worden doorverwezen naar de schadestaatprocedure (lid 2). Indien het bestuursorgaan ten tijde van het (hoger) beroep geheel aan het beroep was tegemoetgekomen, bijvoorbeeld door het nemen van een wijzigingsbesluit, dan kon tegelijk met

¹ Ben Schueler is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht; Bart Jan van Ettekoven is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam en senior rechter inhoudelijk adviseur bij de rechtbank Midden-Nederland.

² Zie *Stb.* 2013, 50 (de wet zelf) en *Stb.* 2013, 162 (de deels uitgestelde inwerkingtreding).

³ Ch.W. Backes, *Suum cuique?* Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, Den Haag: Bju 2009; T. Barkhuysen, *Het consumentenperspectief op het voorontwerp*, *NJB* 2007/1684, p. 2024-2026; K.J. de Graaf, A.T. Marseille, *een weg uit de doolhof?*, *NJB* 2007/1682, p. 2010-2017; C.N.J. Kortmann, *Het voorontwerp schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten*, *OG&A* 2007/74, p. 129-134; J.E.M. Polak, *Goede polderoplossing?*, *NJB* 2007/1683, p. 2018-2023; B.J. Schueler, *De onrechtmatige overheidsdaad in het Voorontwerp Schadevergoeding*, *NTB* 2007/38, p. 287-297. De verzoekschriftprocedure bij onrechtmatige besluiten wordt ten gronde besproken in F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen, K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij*, VAR-reeks 150, Den Haag: Bju 2013.

de intrekking van het beroep ook nog om schadevergoeding worden verzocht (artikel 8:73a Awb).

Het zuiver schadebesluit. De bestuursrechters hebben aan de route van artikel 8:73(a) Awb een route toegevoegd, namelijk het beroep tegen een zuiver (of: zelfstandig) schadebesluit. Een zuiver schadebesluit is een besluit van een bestuursorgaan genomen op een verzoek om vergoeding van schade. Tegen zuivere schadebesluiten gebaseerd op een wettelijke grondslag kon en kan bezwaar en beroep worden aangetekend. Uit de rechtspraak volgt dat tegen een buitenwettelijk zuiver schadebesluit alleen (ontvankelijk) beroep kon worden ingesteld als werd voldaan aan een drietal eisen: belanghebbende, materiële en procedurele connexiteit. Belanghebbende connexiteit hield in dat het verzoek om een zuiver schadebesluit alleen gedaan kan worden door een benadeelde die ook belanghebbende was bij het schadeveroorzakende besluit. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft over het begrip materiële connexiteit in de beruchte *Van Vlodrop*-uitspraak in 1997 het volgende overwogen:

“De schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek om vergoeding van schade, die veroorzaakt zou zijn binnen het kader van de uitoefening door dat orgaan van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, is – ook indien dat verzoek niet op een specifieke wettelijke grondslag is gebaseerd – een publiekrechtelijke rechtshandeling en dus een besluit als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb.”⁴

Procedurele connexiteit betekent in dit verband dat uitsluitend tegen het zuiver schadebesluit beroep kon worden ingesteld, als ook beroep mogelijk was tegen het schadeveroorzakende besluit.

De bestuursrechter was slechts bevoegd te oordelen over de (on)rechtmatigheid van het schadebesluit, indien aan alle drie de connexiteitseisen was voldaan. Op de eis van procedurele connexiteit zijn veel beroepen bij de bestuursrechter stukgelopen.

Burgerlijke rechter. Naast de mogelijkheden bij de bestuursrechter kon ook de burgerlijke rechter worden benaderd met een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) wegens schade beweerdelijk geleden door een onrechtmatig besluit. De benadeelde had ingevolge het arrest *Groningen/Raatgever* de vrijheid voor de schadevergoeding te kiezen voor de bestuursrechter of de burgerlijke rechter.⁵

3. Wat is er nieuw? Titel 8.4 in vogelvlucht

De nieuwe titel 8.4 introduceert de zelfstandige bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure. De procedures van de

4 ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762; AB 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren; JB 1997/118, m.nt. H.J. Simon (*Van Vlodrop*).

5 HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3880; JB 2000/4, m.nt. F.A.M. Stroink; AB 2000/89, m.nt. P.J.J. van Buuren.

Awb waren tot voor kort bezwaar- en beroepsprocedures tegen een besluit. De verzoekschriftprocedure is wezenlijk anders. In een verzoekschriftprocedure staat niet een door het bestuursorgaan genomen besluit centraal, maar een verzoek van de eiser aan de bestuursrechter om schadevergoeding. De procedure eindigt daarom niet met een ongegrondverklaring of vernietiging, maar met een gehele of gedeeltelijke toewijzing of afwijzing van het verzoek. In geval van toewijzing veroordeelt de rechter het bestuursorgaan tot schadevergoeding (het nieuwe artikel 8:95 Awb). Ingevolge artikel 1:1, vierde lid, Awb treffen de vermogensrechtelijke gevolgen daarvan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort (bijvoorbeeld een gemeente, een provincie of de staat).

De verzoekschriftprocedure lijkt enigszins op de behandeling van een verzoek op grond van het oude artikel 8:73 Awb, met als belangrijkste verschil dat het 8:73-verzoek niet zelfstandig kon worden behandeld en altijd gekoppeld was aan een beroepsprocedure tegen het schadeveroorzakende besluit (zie paragraaf 2). De nieuwe verzoekschriftprocedure is zelfstandig, niet gekoppeld aan het vernietigingsberoep tegen het schadeveroorzakende besluit. Wel kan een verzoek om schadevergoeding ingevolge artikel 8:91, eerste lid, Awb al gedurende het beroep of hoger beroep tegen het schadeveroorzakende besluit worden ingediend bij de bestuursrechter die dat beroep of hoger beroep behandelt. Beide procedures kunnen dan worden gevoegd worden behandeld. Een verzoek om schadevergoeding kan ingevolge artikel 8:90, eerste lid, Awb ook na afloop van de procedure over de (on)rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit worden ingediend.⁶

Sinds de introductie van de verzoekschriftprocedure is het niet meer mogelijk om in beroep te gaan tegen een zelfstandig schadebesluit ter zake van onrechtmatig bestuurshandelen, want dat is op de zogenaamde negatieve lijst gezet. In artikel 8:4, eerste lid, onder f, Awb wordt het van beroep uitgezonderd.⁷ Verder zijn de artikelen 8:73 en 8:73a Awb komen te vervallen.

4. De bevoegdheid van de bestuursrechter (artikel 8:88 Awb)

Onder het oude recht was de bestuursrechter bevoegd te oordelen over schadevergoeding indien de schade beweerdelijk was veroorzaakt door een onrechtmatig besluit, onrechtmatig niet-(tijdig) beslissen, en een onrechtmatige – voor beroep vatbare – handeling (zoals bij ambtenaren en vreemdelingen). Gelet op de hiervoor besproken keuzevrijheid was ook de burgerlijke rechter bevoegd ter zake van genoemd handelen c.q. nalaten van een bestuursorgaan. De burgerlijke rechter was echter exclusief bevoegd ter zake

6 Een verzoekschriftprocedure kan ook aanhangig worden gemaakt zonder dat er een vernietigingsberoep tegen de schadeoorzaak is of wordt ingesteld. In zo'n geval zal vaak het beginsel van formele rechtskracht reden zijn om het verzoek af te wijzen, maar op dat beginsel worden soms uitzonderingen gemaakt.

7 Art. 8:4, lid 1 onder f Awb luidt als volgt: "Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit inzake vergoeding van schade wegens onrechtmatig bestuurshandelen."

van schadevergoeding als gevolg van al het – beweerdelijk onrechtmatig – overheidshandelen dat niet aan de bestuursrechter kon worden voorgelegd. Dan moeten we denken aan schade als gevolg van feitelijk handelen ter voorbereiding⁸ en ter uitvoering van een besluit, 'bloot' feitelijk handelen door een bestuursorgaan en schade als gevolg van een onrechtmatig niet voor beroep vatbaar besluit, waaronder algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels, en alle overige van (bezwaar en) beroep uitgezonderde besluiten. Verder valt te denken aan schade door een benadeelde die niet als belanghebbende werd aangemerkt bij het schadeveroorzakende besluit.⁹

Na de inwerkingtreding van titel 8.4 Awb blijft de bestuursrechter op grond van artikel 8:88, lid 1 Awb bevoegd te oordelen over schade die de belanghebbende lijdt of zal lijden als gevolg van: onrechtmatig besluiten (a), onrechtmatig niet-(tijdig) besluiten (c), en onrechtmatige handelingen (d) ten aanzien van ambtenaren en vreemdelingen.¹⁰ Nieuw is dat de bestuursrechter bevoegd wordt te oordelen over schade als gevolg van onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit (b). Dat mag bijzonder worden genoemd, omdat de bestuursrechter via deze route de bevoegdheid krijgt te oordelen over de (on)rechtmatigheid van feitelijk handelen van het bestuur, terwijl daartegen nog immer niet zelfstandig (bezwaar en) beroep kan worden ingesteld. De ratio is gelegen in de gedachte dat de bestuursrechter bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van het besluit toch ook kijkt naar de wijze van totstandkoming van het besluit en de vraag of het zorgvuldig is voorbereid (artikel 3:2). Indien de reden van vernietiging verband houdt met onzorgvuldigheden in het voortraject dan is het niet vreemd om de bestuursrechter ook te laten oordelen over eventuele schade veroorzaakt door die onzorgvuldigheden. Om diezelfde reden is de uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter thans nog beperkt van aard. Er moet voldaan zijn aan de cumulatieve eis: een onrechtmatige voorbereidingshandeling én een daaropvolgend onrechtmatig besluit. De bestuursrechter is dus niet bevoegd bij een onrechtmatige handeling gevolgd door een rechtmatig besluit.¹¹ In die situatie is en blijft de burgerlijke rechter exclusief bevoegd te oordelen over aansprakelijkheid en schadevergoeding.

In artikel 8:88, lid 2 is een connexiteitseis neergelegd. De bestuursrechter is niet bevoegd te oordelen over het recht op schadevergoeding indien het (beweerdelijk schadeveroorzakende) besluit van beroep bij de bestuursrechter is

uitgezonderd. Daarbij moet worden gedacht aan algemeen verbindend voorschriften en beleidsregels (artikel 8:3, lid 1, onder a Awb), de besluiten genoemd in artikel 8:4 Awb, zoals 'kennen-en-kunnen-besluiten' en de APK-keuring, alsmede de besluiten bedoeld in de nieuwe 'negatieve' lijst gebaseerd op artikel 8:5, lid 1 Awb.¹²

5. De nieuwe rechtsmachtverdeling (artikel 8:89 Awb)

De nieuwe verzoekschriftprocedure staat niet voor alle verzoeken wegens onrechtmatige overheidsdaad open. Er zijn twee belangrijke beperkingen. De eerste is de beperking van in aanmerking komende schadeoorzaken (artikel 8:88 Awb), waar in de vorige paragraaf aandacht aan is besteed. De tweede beperking is een gevolg van de nieuwe verdeling van rechtsmacht tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter.

De nieuwe rechtsmachtverdeling is te vinden in artikel 8:89 Awb, een bepaling die een niets vermoedende introductie in het bestuursrecht met de ogen zal doen knippen. De bestuursrechter is exclusief bevoegd ten aanzien van schadeverzoeken wegens onrechtmatige daad op het terrein van het financiële bestuursrecht en het ambtenarenrecht, nader begrensd als de rechtsgebieden die worden bestreken door de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en de belastingrechter. Op deze rechtsgebieden is de burgerlijke rechter grotendeels buitenspel gezet, maar hij speelt nog wel een rol in geschillen over schade die niet is veroorzaakt door een onrechtmatig appellabel besluit of een van de andere oorzaken die in artikel 8:88 Awb zijn genoemd (zie paragraaf 4).

Ook in het vreemdelingenrecht is de bestuursrechter exclusief bevoegd geworden. Op grond van artikel 71a en 72a van de Vreemdelingenwet 2000 is de vreemdelingenrechter exclusief bevoegd tot oordelen over aansprakelijkheid indien de schade wordt toegeschreven aan een onrechtmatig besluit of een andere onrechtmatige handeling van een bestuursorgaan ten aanzien van een vreemdeling als zodanig. In de overige rechtsgebieden, die worden bestreken door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb), is de burgerlijke rechter bevoegd ten aanzien van schadeverzoeken wegens onrechtmatige daad. In grote schadezaken (boven de € 25.000) is deze bevoegdheid van de burgerlijke rechter exclusief en is de bestuursrechter niet bevoegd. In kleinere schadezaken (waarin het verzoek om schadevergoeding maximaal € 25.000 bedraagt) zijn in deze rechtsgebieden de burgerlijke rechter en de bestuursrechter allebei bevoegd. Daarmee wordt voorkomen dat burgers ook voor relatief lage bedragen steeds naar de burgerlijke rechter moeten. In deze kleinere schadezaken mag de eiser kiezen aan welke rechter hij het geschil over de schadevergoeding voorlegt: de burgerlijke rechter of de bestuursrechter. In grotere schadezaken boven de € 25.000 (buiten het financiële recht, ambtenarenrecht en vreemdelingenrecht) kan de verzoekschriftprocedure uit de Awb niet worden gebruikt

8 HR 2 februari 1990, LjN AB7898, NJ 1993/635, m.nt. M. Scheltema (*Staat/Bolsius*). Zie ook HR 20 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5552; AB 2012/215, m.nt. W. den Ouden en G.A. van der Veen.

9 HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AX3070, JB 2007/66, m.nt. G.E. van Maanen; AB 2009/30, m.nt. B.P.M. van Ravels.

10 Zie voor vreemdelingen art. 72a Vw 2000 dat luidt: "Artikel 8:88, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing op een verzoek tot vergoeding van schade die een vreemdeling lijdt als gevolg van een onrechtmatige handeling van dit bestuursorgaan ten aanzien van deze vreemdeling als zodanig."

11 De Staat-Bolsius-variant.

12 Zie de opsomming in art. 1 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak.

en is de burgerlijke rechter exclusief bevoegd om over de schadevergoeding wegens onrechtmatige daad te oordelen. Het is nog maar de vraag hoelang dit artikel 8:89 Awb in zijn huidige vorm blijft bestaan. In het regeerakkoord van de huidige regering wordt vermeld dat de ABRvS, de CRvB en het CBb op de een of andere manier moeten worden samengevoegd. Als dat gebeurt, zal artikel 8:89 Awb daaraan moeten worden aangepast.

De nieuwe rechtsmachtverdeling laat nog in allerlei gevallen rechtsmacht bij de burgerlijke rechter liggen. Daarmee wordt evenwel geen enkele verandering beoogd in de bekende leer van de formele rechtskracht. De bestuursrechter blijft bevoegd om te oordelen over de (on)rechtmatigheid van appellabele besluiten, ook in de gevallen waarin de burgerlijke rechter oordeelt over de vergoeding van de door die besluiten veroorzaakte schade. De burgerlijke rechter gaat in beginsel (behoudens zeer beperkte uitzonderingen) uit van de rechtmatigheid van een appellabel besluit indien dat niet is vernietigd door een bestuursrechter of wegens onrechtmatigheid herroepen (of ingetrokken) door een bestuursorgaan. Een eiser die schade stelt te lijden als gevolg van een appellabel besluit, moet dus eerst vernietiging of herroeping in de bestuursrechtelijke kolom uitlokken, voordat hij naar de burgerlijke rechter stapt. Dit is alleen aan de orde als de schade wordt toegeschreven aan een oorzaak waartegen beroep openstaat bij de bestuursrechter. Want de burgerlijke rechter beoordeelt de onrechtmatigheid van oorzaken die niet zijn aan te merken als een appellabel besluit of één van de andere oorzaken die in artikel 8:88 Awb zijn genoemd.

Het tweede lid van artikel 8:89 Awb roept de vraag op hoe moet worden omgegaan met de grens van € 25.000. Wat te doen als de eiser na het indienen van zijn verzoekschrift zijn eis vermeerderd tot boven de € 25.000? De memorie van toelichting stelt dat in zo'n geval de bestuursrechter uitspraak kan doen met veroordeling tot maximaal € 25.000. Voor het meerdere kan de eiser desgewenst de burgerlijke rechter benaderen. Op het terrein waar de bestuursrechter exclusief bevoegd is (CRvB, belastingrecht, vreemdelingenrecht) bestaat de 25.000-grens niet. Vermeerdering van eis is daar in beginsel mogelijk, binnen de grenzen van de goede procesorde.

Een andere vraag is, of de eiser zijn vordering in twee of meer stukken kan splitsen, die hij vervolgens één voor één aan de bestuursrechter voorlegt. Op zich verzet de wet zich daar niet tegen. Voor zo'n splitsing kan een reden zijn dat bepaalde schadeposten pas later aan het licht zijn gekomen. Maar het lijkt ons niet verenigbaar met de gestelde 25.000-grens als de optelsom van de gesplitste vordering boven die grens uitkomt. Voor het meerdere moet de eiser volgens de bedoeling van de wetgever bij de burgerlijke rechter zijn.

In de gevallen die blijven onder de 25.000-grens blijft de keuzevrijheid bestaan, die eisders onder het oude recht hadden volgens het hiervoor in paragraaf 2 genoemde arrest *Groningen/Raatgever* uit 1999. Daardoor blijft voor die gevallen ook de vraag relevant of een eiser twee procedures tegelijk kan voeren en of hij van spoor kan wisselen. Deze vragen worden beantwoord in de leden 3 en 4 van artikel 8:89

Awb. Als de eiser eenmaal heeft gekozen voor de burgerlijke rechter, kan hij daarna niet meer naar de bestuursrechter (lid 3). Kiest de eiser voor een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter, dan wordt hij bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk verklaard zolang de procedure bij de bestuursrechter aanhangig is. Na het einde van de bestuursrechtelijke procedure kan de eiser zich alsnog tot de burgerlijke rechter wenden. Dat is zo geregeld omdat de schade uiteindelijk hoger kan zijn dan de 25.000-grens. Voor het meerdere moet de eiser zich dan, als gezegd, tot de burgerlijke rechter kunnen wenden. De burgerlijke rechter is dan wel gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter 'over de bij hem gevorderde schade', aldus de memorie van toelichting. Daarmee is, zo lijkt ons, nog niet gezegd dat de burgerlijke rechter in alle opzichten gebonden is aan de uitspraak van de bestuursrechter. Heeft bijvoorbeeld de bestuursrechter aangenomen dat het relativiteitsvereiste (van artikel 6:163 BW) zich niet verzet tegen aansprakelijkheid, dan dwingt de wet de burgerlijke rechter niet om dat oordeel over te nemen. Het kan dus gebeuren dat de burgerlijke rechter het aan hem voorgelegde deel van de schade afwijst op een grond die de bestuursrechter niet heeft weerhouden van toewijzing van een ander deel van de schade. Omgekeerd kan het ook gebeuren dat de bestuursrechter een verzoek van onder de € 25.000 heeft afgewezen en dat de burgerlijke rechter een vordering voor het restant, dat boven die grens uitstijgt, toewijst.

6. De verzoekschriftprocedure

Titel 8.4 Awb kent twee soorten verzoeken, het losse of zelfstandige verzoek (artikel 8:90 Awb) en het connexe verzoek (artikel 8:91 Awb). Beide verzoeken worden hierna besproken.

Eerst het zelfstandige verzoek. De eerste vraag is bij welke bestuursrechter dit verzoek moet worden ingediend. Artikel 8:90, lid 1 regelt dat het verzoek moet worden ingediend bij de bestuursrechter die bevoegd is kennis te nemen van het besluit, waarmee wordt bedoeld het schadeveroorzakende besluit. Een verzoek naar aanleiding van een onrechtmatig belastingbesluit moet dus worden ingediend bij de rechtbank, met hoger beroep op (de belastingkamer van) het gerechtshof. Een verzoek om schadevergoeding wegens een fout bijstandsbesluit bij de rechtbank, met hoger beroep op de Centrale Raad van Beroep. Een verzoek om schadevergoeding wegens een onrechtmatig bestemmingsplanbesluit bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

Het verzoek kan rechtstreeks bij de bestuursrechter worden ingediend; er hoeft niet eerst bezwaar te worden gemaakt bij het bestuursorgaan. Toch is het niet zo dat de benadeelde belanghebbende zonder het bestuursorgaan vooraf te verwittigen zijn verzoek bij de bestuursrechter kan indienen.¹³ In het tweede lid is namelijk geregeld dat de belanghebbende ten minste acht weken voor het indienen van

¹³ In civiele termen: de benadeelde mag niet rauwelijks dagvaarden.

het verzoekschrift het betrokken bestuursorgaan schriftelijk vraagt om vergoeding van de schade. Er geldt dus een 'wachtijd' van acht weken na een verzoek aan het bestuursorgaan, dat kan worden vergeleken met de civiele ingebrekestelling. De ratio van de 'ingebrekestelling' is gelegen in het voorkomen van een beroep op de rechter. Het is immers goed mogelijk dat de vordering wordt erkend of dat partijen er anderszins samen uitkomen. Mocht dat onverhoopt niet lukken dan nog is de ingebrekestelling nuttig. Het biedt het bestuursorgaan de gelegenheid een standpunt in te nemen over de gevraagde schadevergoeding. In dat kader zal ook een dossier worden opgebouwd. Dat moet toch gebeuren als nadien een verzoek aan de bestuursrechter wordt gedaan en het bestuursorgaan om verweer wordt gevraagd.

De 'ingebrekestelling' is niet noodzakelijk als dit redelijkerwijs niet van de belanghebbende kan worden gevergd. Daarbij moet worden gedacht aan de situatie waarin het bestuursorgaan de belanghebbende reeds heeft laten weten geen enkele aansprakelijkheid te erkennen, of slechts een deel van de geleden schade te willen vergoeden.

Het bestuursorgaan is niet wettelijk verplicht te reageren op het verzoek om betaling van schadevergoeding. De in artikel 8:90, lid 2 genoemde termijn van acht weken is een 'wachtijd' en geen beslistermijn. Indien er binnen genoemde acht weken geen reactie van het bestuursorgaan volgt, kan daartegen dus geen (rechtstreeks) beroep worden ingesteld.¹⁴ Indien het bestuursorgaan wel schriftelijk reageert kan tegen dat besluit geen (bezwaar en) beroep worden ingesteld, omdat het schadebesluit op de negatieve lijst is geplaatst. Op de vraag wat nog de betekenis van het zuiver schadebesluit is komen we hierna terug.

Nu het connexe verzoek van artikel 8:91 Awb. Dit lijkt erg op het oude 8:73-verzoek. Het verzoek kan worden gedaan bij de bestuursrechter waar het vernietigingsberoep tegen het schadeveroorzakende besluit aanhangig is. Dat kan bij de rechtbank, de bestuursrechter in eerste en enige aanleg en in hoger beroep, maar niet voor het eerst in cassatie. Voor het connexe verzoek is niet een voorafgaande ingebrekestelling vereist; mag wel, hoeft niet. Als het verzoek in eerste aanleg wordt gedaan, kan uiteraard tegen de uitspraak op het verzoek hoger beroep worden ingesteld en is het niet nodig het verzoek in hoger beroep te herhalen. Als het verzoek in hoger beroep wordt gedaan, dan geldt als wettelijk uitgangspunt dat de hogerberoepsrechter op het verzoek beslist (artikel 8:91, lid 3). Hij kan het verzoek echter verwijzen naar de rechtbank, als het naar zijn oordeel behandeling door de rechtbank behoeft. Dat kan zijn om ervoor te zorgen dat over de schadevergoeding in – ten minste – twee rechterlijke instanties kan worden geoordeeld.

Waar moet het verzoekschrift aan voldoen? Op grond van artikel 8:92 Awb wordt het verzoekschrift ondertekend en bevat het ten minste naam en adres van de verzoeker (a), de dagtekening (b), en een aanduiding van de oorzaak van

de schade. De schadeoorzaak kan zijn een besluit, het niet-tijdig besluiten of een handeling (c). Daarnaast moet het verzoekschrift bevatten een opgave van de aard van de geleden of te lijden schade en, voor zover redelijkerwijs mogelijk, het bedrag van de schade en een specificatie daarvan (d). Met aard van de schade wordt bedoeld op materiële schade dan wel immateriële schade. Bij materiële schade valt te denken aan vermogensschade (derving omzet, inkomen) en zaaksschade. Het bedrag van de schade kan niet in het verzoekschrift worden gespecificeerd indien de schade nog oploopt. Dan zal de omvang van de schade op een later tijdstip moeten worden begroot. Bij schade die al wel kan worden begroot ten tijde van het indienen van het verzoek is de vraag hoe strikt genoemd wettelijk voorschrift zal worden toegepast. Zal een verzoekschrift zonder specificatie van de hoogte van de schade na een herstel verzuimbrieff (artikel 6:6 Awb) aan de poort niet-ontvankelijk worden verklaard? Of krijgt de verzoeker tijdens de procedure de kans zijn stelling dat hij als gevolg van een onrechtmatig(e) besluit of handeling tot een bepaald bedrag schade heeft geleden nader te onderbouwen? Tot slot moet het verzoekschrift ook de gronden van het verzoek bevatten (e). Hiermee wordt bedoeld de onderbouwing van de claim. Anders gezegd, de redenen waarom de verzoeker meent recht te hebben op schadevergoeding.

Bij het verzoekschrift moeten – zo mogelijk – worden overgelegd een afschrift van het schadeveroorzakende besluit waarop het verzoek betrekking heeft, en – bij een los verzoek – het verzoek aan het bestuursorgaan als bedoeld in artikel 8:90, lid 2 Awb. Het spreekt voor zich dat geen afschrift kan worden overgelegd als de schade wordt veroorzaakt door niet-tijdig beslissen of door een voorbereidingshandeling. Die schadeoorzaken zullen moeten worden omschreven, onder overlegging van eventuele schriftelijke stukken waaruit de schadeoorzaak blijkt.

Welk procesrecht is van toepassing? Uit artikel 8:94 Awb volgt dat veel artikelen van de hoofdstukken 6 en 8 van de Awb van overeenkomstige toepassing zijn. Zo is via artikel 8:94, lid 1 artikel 6:6 Awb van toepassing op de indiening van het verzoekschrift. Indien het verzoekschrift niet compleet is, kan het slechts niet-ontvankelijk worden verklaard nadat de verzoeker in de gelegenheid is gesteld het verzuim te herstellen. Een voorbeeld: stel dat bij het verzoekschrift ex artikel 8:90 Awb het voorafgaande verzoek aan het bestuursorgaan (de 'ingebrekestelling') ontbreekt. Het verzoekschrift kan slechts niet-ontvankelijk worden verklaard nadat de gelegenheid is geboden het verzuim te herstellen. Maar betekent dit dat de verzoeker alsnog de kans krijgt om een reeds bestaande ingebrekestelling in te zenden binnen bijvoorbeeld twee weken? Of krijgt de verzoeker alsnog de kans het verzoek aan het bestuursorgaan te doen en gaat de bestuursrechter daarop wachten? Gelet op de daarmee gepaard gaande wachtijd van acht weken lijkt dat niet de bedoeling. De vraag is wel hoe strikt de bestuursrechter moet omgaan met zijn bevoegdheid het verzoek niet-ontvankelijk te verklaren indien het 8:90, lid 2-verzoek ontbreekt. Stel

¹⁴ In art. 8:94, lid 1 Awb is afd. 8.2.4a (Beroep bij niet tijdig beslissen) niet van overeenkomstige toepassing verklaard.

dat het bestuursorgaan inmiddels wel inhoudelijk op het verzoek is ingegaan, bijvoorbeeld in het verweerschrift, en de vordering inhoudelijk heeft betwist. In een dergelijke situatie zal de bestuursrechter, naar wij aannemen, een inhoudelijke beoordeling van het verzoek verkiezen boven een niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek. Dit mede omdat niet-ontvankelijkverklaring om genoemde reden niet in de weg staat aan het doen van een nieuw verzoek.

Uit de opsomming van artikelen in artikel 8:94, lid 1 Awb volgt dat ook de verzoekschriftprocedure een vooronderzoek kent, dat vereenvoudigde behandeling mogelijk is in 'kennelijk'-situaties, alsmede versnelde behandeling. Daarnaast zijn de bepalingen over vergoeding van griffierecht en proceskosten van toepassing en de voorlopige voorziening.

Niet van toepassing zijn de bepalingen over de bestuurlijke lus en de tussenuitspraak. Dat komt omdat de in de Awb geregelde tussenuitspraak thans uitsluitend ziet op de situatie dat sprake is van een gebrek in een besluit, terwijl in de verzoekschriftprocedure geen besluit ter toetsing voorligt. Om diezelfde reden is ook het beroep bij niet-tijdig beslissen niet van overeenkomstige toepassing. De dicta van artikel 8:70 en 8:72 Awb zijn evenmin van toepassing, omdat die zijn toegesneden op het vernietigingsberoep, hetgeen ook geldt voor de relativiteitseis uit artikel 8:69a Awb.

Een aantal aspecten zijn niet geregeld, zoals de vermeerdering van eis. De vraag of de vordering kan worden vermeerderd (of verminderd) en tot in welk stadium moet dus door de bestuursrechter worden beantwoord. Dit zal vermoedelijk gebeuren aan de hand van de eisen van de goede procesorde.

7. Omvang van het geding, rol van de rechter en bewijs

Tot de bepalingen uit de hoofdstukken 6 en 8 Awb die in artikel 8:94 Awb van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op de verzoekschriftprocedure behoort ook artikel 8:69 Awb. Daarin zijn bepalingen opgenomen over de omvang van het geding in de beroepsprocedure. De vraag rijst nu, wat de overeenkomstige toepassing daarvan in de verzoekschriftprocedure kan betekenen.

Vóór het partijengeding komen de bepalingen van openbare orde. Ook bij de verzoekschriftprocedure zullen de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van het verzoekschrift ambtshalve worden beoordeeld door de rechter. Dit volgt strikt genomen niet uit de analoge toepassing van artikel 8:69 Awb, want daarin is niets bepaald over ambtshalve beoordeling van kwesties van openbare orde. Maar het lijkt wel de bedoeling van de wetgever te zijn.

Uit het eerste lid van artikel 8:69 wordt voor het vernietigingsberoep afgeleid dat de rechter niet buiten de gronden van het beroep om mag oordelen en dat hij gebonden is aan de door partijen aan hem voorgelegde punten van geschil. Onder 'gronden' moeten in dit verband worden verstaan de aangevoerde argumenten die (op enig moment in de proce-

dure, binnen de grenzen van de goede procesorde) aan het beroep ten grondslag worden gelegd door de eiser. Dat is dus veel ruimer dan 'rechtsgronden'. Die laatste moet de rechter, uitgaande van de door de partijen bepaalde grondslag van het geschil, aanvullen op grond van het tweede lid van artikel 8:69.

Wat betekent dit in de verzoekschriftprocedure? Uit de analoge toepassing van artikel 8:69 lid 1 volgt dat de rechter niet buiten het verzoekschrift om mag oordelen. Hij zal zich daarom moeten beperken tot een beoordeling van de aansprakelijkheid voor de schade in de omvang en van de aard die de verzoeker heeft gesteld. De verzoeker wijst ook het besluit of de handeling aan waarvan hij de onrechtmatigheid stelt. Waarschijnlijk moet uit de analoge toepassing van artikel 8:69 lid 1 worden afgeleid dat de rechter niet zelf een andere oorzaak van de schade kan kiezen, zelfs al zou dat de kans op succes voor de verzoeker vergroten. Wel moet de rechter de rechtsgronden aanvullen. Meestal zal het in de verzoekschriftprocedure gaan om besluiten aansprakelijkheid. Daarbij zal de rechter beoordelen of de onrechtmatigheid van het besluit moet worden afgeleid uit een vernietiging, herroeping of intrekking. Als het antwoord daarop ontkennend is, wordt volgens (ook de bestuursrechtelijke) jurisprudentie het beginsel van formele rechtskracht toegepast en wordt de rechtmatigheid van het besluit in beginsel aangenomen. Dan rijst de vraag of er grond is voor een uitzondering op dat beginsel van formele rechtskracht. Uit de jurisprudentie kan op dit moment niet met zekerheid worden afgeleid of de rechter die vraag ambtshalve – de rechtsgronden aanvullend – beantwoordt of dat de verzoeker zich op een uitzonderingsgrond moet beroepen. Dat laatste ligt wel voor de hand. Een van de belangrijkste uitzonderingsgronden is de bestuurlijke erkenning. Daarvan is sprake als het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit heeft erkend en de belanghebbende om die reden niet in bezwaar of beroep is gegaan (of een aanhangig bezwaar of beroep heeft ingetrokken). Het ligt niet voor de hand dat de rechter elke keer als het beginsel van formele rechtskracht wordt toegepast ambtshalve moet nagaan of zo'n erkenning is gedaan. Dit betekent niet dat de bestuursrechter zich volstrekt lijdelijk moet opstellen. Hij kan bijvoorbeeld wel in de stukken of het verhandelde ter zitting aanleiding zien om de verzoeker te vragen waarom deze niet in bezwaar of beroep is gegaan. In het antwoord daarop kan wellicht een reden voor een uitzondering worden gevonden.

Volgens het derde lid van artikel 8:69 Awb kan de bestuursrechter de feiten aanvullen. Hij kan dat bijvoorbeeld doen door een deskundige te benoemen, door getuigenverhoor te gelasten of stukken op te vragen. Wanneer zal hij dat (behoren te) doen in een verzoekschriftprocedure over schadevergoeding bij onrechtmatige daad? Hoe meer de bestuursrechter aansluiting zoekt bij het civiele recht, des te meer zal hij zich beperken tot de feiten die de verzoeker heeft gesteld. Uit een oogpunt van ongelijkheidscompensatie kan de bestuursrechter nader onderzoek (laten) doen naar bepaalde gestelde feiten, bijvoorbeeld over de omvang van

de schade of het causale verband. Hij heeft niet voor niets ook in het kader van de verzoekschriftprocedure zijn onderzoeksbevoegdheden uit hoofdstuk 8 Awb gekregen (zie artikel 8:94, lid 1 Awb).

Men kan zich afvragen of de bestuursrechter deze onderzoeksbevoegdheden ook mag inzetten om een door het verwerende bestuursorgaan geponeerde feitelijke stelling nader te onderzoeken. De wet sluit dit niet uit. Het kan daarbij gaan om feitelijke stellingen die deel uitmaken van het verweer tegen het verzoek. Andere stellingen vallen in beginsel buiten de door artikel 8:69 lid 1 bepaalde omvang van het geding.

Voor zover het geschil over de feiten gaat, komt ook het bewijsrecht om de hoek kijken. Althans, voor zover dat in het bestuursrecht bestaat. Een analoge toepassing in de verzoekschriftprocedure kon de wetgever in titel 8.4 niet tot stand brengen, want de beroepsprocedure kent geen bewijsrechtelijke bepaling in de Awb. Welke bewijsregels gelden nu in de verzoekschriftprocedure? Velen zullen geneigd zijn om de bestuursrechter te laten aansluiten bij het bewijsrecht in civiele zaken (artikel 149 en 150 Rv e.v.). Die regels leggen de verantwoordelijkheid voor stellen en bewijzen van feiten bij de partijen. Dat is als uitgangspunt ook in het bestuursrecht bruikbaar, maar als wordt geprocedeerd zonder rechtsbijstand dient de bestuursrechter ervoor te waken dat hij niet te lijdelijk wordt. De Awb gaat nog steeds uit van een bestuursrechter die actief op zoek gaat naar de materiële waarheid omtrent de feiten. Daarom zijn er situaties waarin de bestuursrechter niet zonder meer zal uitgaan van de juistheid van een feitelijke stelling van het bestuursorgaan die door de verzoeker niet (voldoende) is weersproken. De bestuursrechter kan ter zitting verifiëren of de verzoeker zich inderdaad bij zo'n stelling neerlegt.

8. De uitspraak en finaliteit

Essentieel voor de verzoekschriftprocedure is dat de rechtsbetrekking wordt vastgesteld door de rechter. Hij beslist op het verzoek. In artikel 8:95 Awb is daarom geregeld dat indien de bestuursrechter het verzoek geheel of gedeeltelijk toewijst hij het bestuursorgaan veroordeelt tot vergoeding van schade. Dit is een vorm van zelf in de zaak voorzien. Er valt niets te vernietigen. Ook terugzenden van de zaak aan het bestuursorgaan is geen optie. De bestuursrechter zal na een check op zijn bevoegdheid en de ontvankelijkheid van het verzoek zelf tot een oordeel moeten komen over het verzoek. Geen behoefte bestaat aan gegrond- of ongegrondverklaring van het verzoek. De procedure moet uitmonden in een afwijzing van het verzoek of een (gehele dan wel gedeeltelijke) toewijzing van het verzoek.

Hoe komt de rechter aan de feiten om uitspraak te kunnen doen? Ten eerste uit het verzoekschrift, met bijlagen, de op de zaak betrekking hebbende stukken en het verweerschrift (artikel 8:42 Awb). Net zoals bij beroep tegen een besluit vergaart de bestuursrechter de feiten benodigd om uitspraak op het verzoek te kunnen doen verder in het vooronderzoek en tijdens het onderzoek ter zitting. En als

de bestuursrechter na de zitting behoefte heeft aan meer feiten of een nadere toelichting op stellingen dan kan hij het (voor)onderzoek hervatten.

Kan de bestuursrechter bindende rechtsoordelen aan partijen geven voorafgaand aan de uitspraak? Kan hij bijvoorbeeld oordelen dat sprake is van aansprakelijkheid en dat de rechtsstrijd wordt voortgezet ter begroting van de schade? Hij kan dat in ieder geval niet doen in een tussenuitspraak. Immers, de artikelen over de tussenuitspraak uit afdeling 8.2.7 zijn niet van overeenkomstige toepassing verklaard. De bestuursrechter kan zijn oordeel wel vastleggen in het kader van een informele bestuurlijke lus of in een (griffiers) brief. En wellicht dat hij bereid is zijn oordeel neer te leggen in een (buitenwettelijke) tussenuitspraak, net zoals dat ook wel gebeurt bij het stellen van een prejudiciële vraag.

Interessant is ook de vraag wat het dictum van de uitspraak kan zijn. Artikel 8:95 Awb heeft het over een veroordeling tot vergoeding van schade. Is toewijzing of afwijzing van een bedrag aan geld het enige dictum dat de bestuursrechter kan en mag hanteren? Of kan hij ook in (het dictum van) zijn uitspraak vaststellen dat sprake is van aansprakelijkheid? Dat is een verklaring voor recht, welke mogelijkheid in artikel 8:95 Awb niet wordt genoemd. Maar de rechtspraktijk kan daar wel behoefte aan hebben. Stel partijen strijden over de vraag of er eigen schuld is, of over de vraag of aan de relativiteitseis van artikel 6:163 BW is voldaan. Het geschil is tot die vraag beperkt. Partijen geven aan dat de omvang van de schade vaststaat, dan wel dat ze daar zelf wel uitkomen eventueel met behulp van een deskundige. De bestuursrechter doet in een dergelijke situatie het meest recht aan partijen door hen te bedienen met een rechtsoordeel omtrent de aansprakelijkheid, net zoals de burgerlijke rechter dat zou doen. Dit vergt echter wel een 'vrije' invulling van artikel 8:95 Awb. Wij menen dat de bestuursrechter die vrijheid zou moeten nemen. Het oordeel over de aansprakelijkheid is immers een noodzakelijke stap op weg naar een oordeel over de omvang van de schade en de toewijsbaarheid ervan. Wie het meerdere mag (veroordeling tot vergoeding van schade) moet ook het mindere mogen (oordelen over de aansprakelijkheid). Niet valt in te zien waarom de bestuursrechter een oordeel omtrent aansprakelijkheid wel zou mogen vellen in de motivering van de uitspraak, maar niet in het dictum.

9. De voorlopige voorziening

In artikel 8:94 worden ook de artikelen 8:81 tot en met 8:87 van overeenkomstige toepassing verklaard, dat wil zeggen geheel titel 8.3 over de voorlopige voorziening. Dat roept een aantal interessante vragen op.

Allereerst de vraag naar de connexiteitseis uit artikel 8:81 Awb. In het kader van het vernietigingsberoep kan een verzoek om voorlopige voorziening worden gedaan tijdens beroep en hoger beroep, maar ook daaraan voorafgaand in de fase van bezwaar of administratief beroep. Hoe moet artikel 8:81 worden toegepast in het kader van het verzoek

om schadevergoeding aan de bestuursrechter? Aan de connexiteitseis is voldaan als het verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan tijdens een bodemverzoek op de voet van artikel 8:90 Awb, maar ook tijdens een 8:91-verzoek. In het laatste geval is sprake van dubbele connexiteit. Het 8:91-verzoek is connexe met de bodemzaak, het vernietigingsberoep. En het verzoek om voorlopige voorziening is connexe aan het 'bodem' verzoek, het 8:91-verzoek. We zullen dus moeten wennen aan het verzoek (om voorlopige voorziening) tijdens het (bodem)verzoek om schadevergoeding.

Het is de vraag of de bestuursrechter zich ook bevoegd zal achten te oordelen op een verzoek om voorlopige voorziening voorafgaand aan het indienen van het bodemverzoek om schadevergoeding. Strikt genomen ontbreekt de connexiteit. Maar als wel een verzoek aan het bestuursorgaan is gedaan om de schade te vergoeden als bedoeld in artikel 8:90, lid 2 Awb, dan is de voorzieningenrechter van de bestuursrechter wel de rechter die bevoegd is, althans kan worden in de hoofdzaak (vgl. artikel 8:90, lid 1 Awb). Bovendien moet worden voorkomen dat de benadeelde belanghebbende zich in die fase zal moeten wenden tot de burgerlijke rechter voor aanvullende rechtsbescherming.

Bij welke voorzieningenrechter kan een verzoek om voorlopige voorziening worden gedaan? In gevallen bedoeld in artikel 8:89, lid 1 Awb, dus zaken waarin de CRvB dan wel de belastingrechter exclusief bevoegd zijn te oordelen op het bodemverzoek, kan uitsluitend een voorlopige voorziening worden gevraagd bij de voorzieningenrechter van de bevoegde bestuursrechter en dus niet bij de burgerlijke (voorzieningen)rechter. In de gevallen bedoeld in artikel 8:89, lid 2 Awb, zaken waarin de ABRvS of het CBb de bevoegde (eind)rechter zijn, is er geen keuzevrijheid indien de claim de € 25.000 overstijgt. Dan is de burgerlijke rechter exclusief bevoegd. Daaruit volgt dat in die gevallen een voorschot op in de bodemprocedure toe te wijzen schadevergoeding alleen kan worden gevraagd bij de kortgedingrechter, oftewel de civiele voorzieningenrechter.

Bij 8:89, lid 2-gevallen en claims tot € 25.000 is er keuzevrijheid. De benadeelde kan kiezen voor de bestuursrechter (8:90 of 8:91-verzoek) dan wel de gang (dagvaarding) naar de burgerlijke rechter. In het verlengde daarvan kan ook voor één van beide voorzieningenrechters worden gekozen. Gelet op artikel 8:89, lid 4 Awb moet de civiele voorzieningenrechter zich onbevoegd verklaren dan wel het verzoek c.q. de vordering niet-ontvankelijk indien hij wordt benaderd nadat de benadeelde ter zake van de schade een 8:90- of 8:91-verzoek bij de bestuursrechter heeft ingediend. En andersom, als ter zake van de schade een civiele bodemprocedure aanhangig is gemaakt, dan moet – gelet op artikel 8:89, derde lid Awb – de voorzieningenrechter van de bestuursrechter zich onbevoegd verklaren dan wel het verzoek om voorlopige voorziening niet-ontvankelijk. Blijft over de variant waarin de benadeelde zich in een 8:89, lid 2-situatie eerst tot de civiele voorzieningenrechter wendt om vervol-

gens bij de bestuursrechter een bodemprocedure te starten. In de memorie van toelichting¹⁵ is aangegeven dat dit niet de bedoeling is. Dat mag zo zijn, de wet sluit deze variant niet uit. Het is aan de bestuursrechter om zich te buigen over zijn bevoegdheid en de ontvankelijkheid van het verzoek. Wij kunnen ons goed voorstellen dat de bestuursrechter zich wel bevoegd acht, maar het verzoek niet-ontvankelijk verklaart, om het oordeel van voorzieningen- en bodemrechter in één kolom te houden. Als de rechtzoekende in deze categorie zaken (8:89, lid 2-zaken met claims tot € 25.000) gebruikmaakt van zijn keuzevrijheid door de civiele voorzieningenrechter te adiiëren, dan valt te verdedigen dat ook een eventuele bodemprocedure moet worden gevoerd bij de civiele rechter.

De vraag naar de ontvankelijkheid van het verzoek om voorlopige voorziening moet worden onderscheiden van de vraag naar de toewijsbaarheid van het verzoek om een voorschot op schadevergoeding. Daarvoor is een spoedeisend belang vereist. Anders gezegd, een voorlopige voorziening wordt alleen getroffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. Bij schadevergoeding gaat het per definitie om geld. De voorzieningenrechter van de bestuursrechter is snel geneigd om dan het verzoek om voorlopige voorziening af te wijzen, dan wel dit niet-ontvankelijk te verklaren wegens een gebrek aan spoedeisend belang. Naar ons oordeel zou de bestuursrechterlijke voorzieningenrechter op dit vlak meer aansluiting moeten zoeken bij de civiele voorzieningenrechter, die minder streng is in de sfeer van de ontvankelijkheid, doch wel streng bij de toewijsbaarheid van het verzoek c.q. de vordering. Daarbij betreft de civiele voorzieningenrechter de 'hardheid' van de vordering in de hoofdzaak, de omvang van de toe te wijzen claim, de hoogte van het gevorderde voorschot, alsmede de (financiële) situatie van de benadeelde partij, het restitutierisico en eventuele bijzondere omstandigheden.

Het toekennen van een voorschot op in de hoofdzaak toe te wijzen schadevergoeding lijkt de meest passende voorlopige voorziening. In het kader van een voorlopige voorziening kan niet worden toegewezen een verzoek om een verklaring voor recht inhoudend dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld; een dergelijk oordeel is voorbehouden aan de bodemrechter (zie hiervoor par. 8).¹⁶ Bij kortsluiting op de voet van artikel 8:86 Awb zou een dergelijk oordeel wel kunnen worden uitgesproken.

Kortsluiten als bedoeld in artikel 8:86 Awb is in ieder geval mogelijk indien het verzoek om voorlopige voorziening is gedaan in het kader van een 8:90-verzoek; dan kan immers tegelijk het bodemverzoek worden afgedaan. Bij een voorlopige voorziening in het kader van een 8:91-verzoek ligt kortsluiten niet voor de hand. Met het 'kortsluitend'

15 In de MvT is het als volgt verwoord: "Maar kiest de benadeelde er voor een vordering bij de burgerlijke rechter in te dienen, dan is er geen reden meer om hem daarna nog toegang tot de bestuursrechter te verlenen."

16 Vgl. HR 2 april 1977, NJ 1977/361 en Hof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2013, CLI:NL:GHARL:2013:BY9396.

afdoen van het 8:91-verzoek is immers nog niet beslist op het vernietigingsberoep. En de vraag of het 8:91-verzoek kan worden toegewezen hangt af van de uitkomst van dat beroep. Alleen bij gegronde verklaring van het beroep en vernietiging van het bestreden (schadeveroorzakende) besluit staat de onrechtmatigheid vast en kan er aanleiding zijn voor (een voorschot op) schadevergoeding. Dat betekent dat de voorzieningenrechter alleen kan kortsluiten bij een 8:91-verzoek als het verzoek om een voorlopige voorziening niet alleen betrekking heeft op een te verkrijgen voorschot op schadevergoeding, maar ook op het onderliggende (schadeveroorzakende) besluit. Kortsluiten is in ieder geval niet mogelijk bij een voorlopige voorziening tijdens de 'wacht-tijd' van acht weken als bedoeld in artikel 8:90, lid 2 Awb; dan is er immers nog geen bodemprocedure aanhangig.

Indien de voorzieningenrechter een verzoek geheel of gedeeltelijk heeft toegewezen, en niet heeft kortgesloten, dan kan diezelfde voorzieningenrechter – ambtshalve of op verzoek – de getroffen voorlopige voorziening opheffen of wijzigen (artikel 8:87 Awb). In de sfeer van de schadevergoeding ligt het niet voor de hand dat de voorzieningenrechter terugkomt op zijn eerdere uitspraak waarbij (een voorschot op) schadevergoeding is toegewezen in die zin dat de getroffen voorziening alsnog wordt afgewezen. Het omgekeerde ligt meer voor de hand en moet ook mogelijk zijn: in het kader van een langlopende bodemprocedure kan een verhoging van het voorschot worden verkregen, indien blijkt dat de schade veel omvangrijker is dan eerder werd voorzien. Doorgaans zal echter na een voorlopige voorziening het oordeel van de bestuursrechter in de bodemprocedure moeten worden afgewacht.

10. De materiële criteria en verjaring

Titel 8.4 bevat, afgezien van een bepaling over verjaring, niets over de materiële aspecten van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten. Hiervoor moet de bestuursrechter te rade gaan bij de jurisprudentie van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Sinds 1984 heeft de burgerlijke rechter op basis van het BW een indrukwekkende doctrine ontwikkeld over de aansprakelijkheid voor vernietigde of herroepen (of ingetrokken) besluiten. De bestuursrechter heeft daar in de jaren negentig uitdrukkelijk aansluiting bij gezocht.¹⁷ De bestuursrechter zal dus in de verzoekschriftprocedure toepassing geven aan de criteria van het burgerlijk recht. Of wellicht moeten we zeggen, in de geest van Scheltema en Scheltema, dat de aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten wordt beheerst door bestuursrechtelijk aansprakelijkheidsrecht dat analoog aan het civiele recht in ontwikkeld.¹⁸ Daar is wel wat voor te

zeggen, nu deze visie op de relatie tussen bestuursrecht en privaatrecht nadrukkelijk in de memorie van toelichting bij de vierde tranche van de Awb is neergelegd en bij de behandeling daarvan door de wetgever niet is verworpen. Maar in de literatuur komt men ook andere opvattingen tegen,¹⁹ waaronder die waarin de grens tussen bestuursrecht en privaatrecht als zodanig ter discussie wordt gesteld.²⁰

Deze discussie, over de aard van het aansprakelijkheidsrecht, kan praktische consequenties krijgen als de bestuursrechtspraak in de verzoekschriftprocedures andere keuzes gaat maken dan de burgerlijke rechter in civiele procedures. Zolang de rechtspraak over besluiten aansprakelijkheid gedeeltelijk is opgedragen aan de burgerlijke rechter en gedeeltelijk aan de bestuursrechter, verwachten wij dat beide rechters hun jurisprudentie zo veel mogelijk zullen harmoniseren. Zou ooit alle besluiten aansprakelijkheid bij de bestuursrechter belanden, dan zou die wellicht andere wegen kunnen inslaan, waarvoor goede redenen zouden kunnen bestaan. Maar voorlopig doet die situatie zich niet voor.

De verjaring is geregeld in artikel 8:93 Awb. Daarin wordt artikel 3:310 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op verzoeken om schadevergoeding, met dien verstande dat de verjaringstermijn niet aanvangt voordat de vernietiging van het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden. Dit is een neerslag van de bestaande jurisprudentie.²¹ Onder vernietiging valt mede de vernietiging in administratief beroep. De verjaringstermijn kan volgens artikel 8:93 ook aanvangen de dag nadat het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit heeft erkend. Onder die erkenning vallen blijkens de memorie van toelichting ook de herroeping in de bezwaarfase en de intrekking op de grond dat het besluit onrechtmatig was. In zo'n geval blijft beroep vaak achterwege of wordt een aanhangig beroep ingetrokken, zodat er geen vernietiging kan worden uitgesproken. Toch kan dan vaak wel de onrechtmatigheid worden afgeleid uit de erkenning.²² Hetzelfde effect kan optreden als de onrechtmatigheid wordt erkend zonder dat het besluit wordt ingetrokken.²³ De verjaringstermijn gaat in al deze gevallen niet eerder lopen dan de dag na de erkenning.

11. Griffierecht en proceskosten

Griffierecht. Op grond van artikel 8:94, lid 1 is ook het griffierechtartikel 8:41 Awb van overeenkomstige toepassing. In het tweede lid van artikel 8:94 is echter geregeld dat voor het 8:91-verzoek geen griffierecht is verschuldigd. Dat is te

17 B.J. van Ettehoven en B.J. Schueler, 'De Centrale Raad van Beroep en de aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht', Sdu Den Haag 2003, p. 155-175. B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb*, Deventer: Kluwer 2005, p. 128-131; R.J.N. Schlossels, S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1417 e.v.

18 M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

19 Zie daarover recent F.J. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht. Van de gemene rechtsleer naar de gemeenschappelijke rechtsleer', *Ars Aequi* 2012, p. 570 e.v.

20 L.F. Wiggers-Rust, 'Roeien tegen de stroom in? Over de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht', *NJB* 2013/1299.

21 HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995/139 (*Talma/Friesland*); CRvB 1 augustus 2000, *JB* 2001/260; CBb 25 juli 2001, *AB* 2001/288; ABRvS 3 juli 2002, *AB* 2002/242.

22 HR 18 juni 1993, *AB* 1993/504 (*St. Oedenrode/Van Aarle*).

23 Het kan volgens de jurisprudentie nog wel verschil maken op welk moment de erkenning wordt gedaan: voor of na het moment waarop bezwaar/beroep mogelijk was.

begrijpen omdat – net zoals bij het 8:73-verzoek tot 1 juli 2013 – het bij het 8:91-verzoek gaat om een nevenverdering, die 'meeloopt' met het vernietigingsberoep waarvoor al griffierecht is verschuldigd.

Voor het zelfstandige 8:90-verzoek is geen uitzondering in de Awb opgenomen. Dat betekent dat voor het indienen van een 8:90-verzoek wel griffierecht moet worden betaald. De vraag is, naar welk tarief. Geldt het gewone tarief of het connexe tarief, zoals voor 1 juli 2013 bij beroepen tegen een zelfstandig schadebesluit? In de Regeling verlaagd griffierecht, bijlage 3 bij de Awb, is geen uitzondering op de hoofdregel van artikel 8:41 Awb opgenomen. Daaruit volgt al dat het 'gewone' griffierecht moet worden betaald, hetgeen wordt bevestigd in de parlementaire stukken.²⁴ Het feit dat voor het vernietigingsberoep geen griffierecht hoeft te worden betaald of een verlaagd griffierecht wil dus niet zeggen dat dit ook geldt voor het verzoek om schadevergoeding op de voet van artikel 8:90 Awb. Zo geldt voor asielzaken dat voor het vernietigingsberoep geen griffierecht behoeft te worden betaald, maar wel voor een eventueel daaropvolgend 8:90-verzoek. Voor socialezekerheidszaken geldt een verlaagd tarief in het vernietigingsberoep, maar niet bij een daaropvolgend 8:90-verzoek.

Voor het beroep in bewaringszaken geldt dat geen griffierecht is verschuldigd. Dit komt omdat de wetgever het zo heeft geregeld dat de vreemdeling in het kader van het (van rechtswege) vernietigingsberoep wordt geacht tevens een verzoek om schadevergoeding te hebben gedaan. Dat verzoek is aan te merken als een 8:91-verzoek, waarvoor op grond van artikel 9:94, lid 2 Awb geen griffierecht is verschuldigd.²⁵

Proceskosten. Op grond van artikel 8:94 is ook artikel 8:75(a) Awb over proceskosten van overeenkomstige toepassing en daarmee ook het Besluit proceskosten bestuursrecht. Dit besluit is ook gewijzigd in die zin dat in de bijlage onder 'A. Punten per proceshandeling' is toegevoegd de categorie 'schadevergoeding onrechtmatig besluit' en onder 21. Verzoekschrift (8:90, eerste lid en 8:91) 1 punt. Voor alle ove-

24 Zie de MvT bij de Wns (art. III, B & D) en de Veegwet Wab art. V. "Ingevolge artikel 83a, eerste lid, Vw zoals die bepaling komt te luiden na inwerking-treding van de Wab (zie deel B, artikel LXII, onder C) is voor hoger beroep griffierecht verschuldigd. Ingevolge artikel 86, tweede en derde lid, Vw wordt geen griffierecht geheven, indien hoger beroep wordt ingesteld tegen een uitspraak die is gedaan met toepassing van afdeling 3 (Asiel) van hoofdstuk 7 Vw, en evenmin voor een daarmee samenhangend verzoek om voorlopige voorziening. Artikel 86, tweede en derde lid, Vw heeft derhalve geen betrekking op het hoger beroep tegen een uitspraak van de rechtbank op een verzoek om schadevergoeding. Voor een dergelijk hoger beroep is ingevolge artikel 8:94 Awb griffierecht verschuldigd. Het voorgestelde artikel 81, tweede lid, Vw is derhalve overbodig."

25 Uit Parl. Gesch.: "Ingevolge artikel 95, tweede lid, tweede volzin, Vw wordt een hoger beroep tegen een vrijheidsontnemende maatregel (waarvoor geen griffierecht wordt geheven), van rechtswege geacht tevens een verzoek tot schadevergoeding in te houden. Uit titel 8.4 Awb volgt (zie artikel 8:94, tweede lid) dat geen griffierecht verschuldigd is als om schadevergoeding wordt verzocht gedurende het hoger beroep tegen het schadeveroorzakende besluit. Aan die voorwaarde is per definitie voldaan in geval van een hoger beroep tegen een vrijheidsontnemende maatregel. Ook het voorgestelde artikel 93, derde lid, Vw is derhalve overbodig."

rige proceshandelingen in het kader van de verzoekschrift-procedure zijn in deze bijlage geen punten opgenomen, ook niet voor het verschijnen op zitting. Dit is opmerkelijk omdat die proceshandeling bij beroep, hoger beroep, verzet en de voorlopige voorziening wel afzonderlijk is genoemd. Toch mag daaruit niet worden afgeleid dat voor de overige proceshandelingen geen punten kunnen worden toegekend. De bestuursrechter zal zo nodig de proceshandelingen genoemd onder 'beroep en hoger beroep' overeenkomstig moeten toepassen.

Een toegewezen 8:90-verzoek met een behandeling op zitting zal dus leiden tot 2 punten x € 472. Dat geldt in beginsel ook voor een toegewezen 8:91-verzoek. Voor een standaard 8:91-verzoek, bijvoorbeeld het verzoek om vergoeding van wettelijke rente, dat in een uitkeringszaak op zitting wordt gedaan en waartegen niet of nauwelijks verweer wordt gevoerd, kan het toekennen van 4 punten (2 punten voor het vernietigingsberoep en 2 punten voor de behandeling van het verzoek om schadevergoeding) wat veel van het goede zijn. Het is aan de bestuursrechter dan maatwerk te leveren en eventueel te volstaan met toekenning van 2 punten. Dit geldt evenzeer bij kortsluiting in het kader van een 8:90-verzoek, met name als het 8:90-verzoek en het verzoek om voorlopige voorziening (nagenoeg) identiek zijn.

Tot slot de vraag wie er in de proceskosten kan worden veroordeeld. Uiteraard kan het bestuursorgaan in de proceskosten worden veroordeeld, met name als het zich heeft verzet tegen aansprakelijkheid en de bestuursrechter een bedrag aan schadevergoeding toewijst. Maar kan ook de verzoeker worden veroordeeld in de proceskosten van het bestuursorgaan? Denk aan de situatie dat het bestuursorgaan zich laat bijstaan door een advocaat. Uit artikel 8:75, lid 1 Awb volgt dat als de verzoeker een natuurlijke persoon is, deze alleen in de proceskosten kan worden veroordeeld bij kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht. Daarvan is niet snel sprake. Maar dat betekent dat bij een afgewezen verzoek om schadevergoeding van anderen, bijvoorbeeld een bedrijf, dat bedrijf in de proceskosten van het bestuursorgaan kan worden veroordeeld. Net zoals dat zal gebeuren in de civiele procedure, als dat bedrijf in 8:89, lid 2-geval- len kiest voor de gang naar de burgerlijke rechter. Het is afwachten hoe de bestuursrechter zich gaat opstellen. Volgt hij de civiele mores, of zal hij alleen komen tot een proceskostenveroordeling van de verzoeker bij kansloze verzoeken of bij misbruik van procesrecht? Hoe dan ook, een veroordeling tot betaling van proceskosten vindt alleen plaats als daarom is gevraagd en dus niet ambtshalve.

12. Blijft het zuivere schadebesluit bestaan?

Het zuivere schadebesluit is niet afgeschafte door de nieuwe wettelijke regeling. Integendeel, het is gecodificeerd. Kwam het tot 1 juli 2013 niet voor in de wet, nu staat het zuivere schadebesluit ter zake van onrechtmatige daad op de negatieve lijst (artikel 8:4 Awb). Daardoor kan er geen beroep tegen worden ingesteld, maar het bestaat wel. Volgens de

jurisprudentie van de bestuursrechters, die het zuivere schadebesluit in de jaren negentig hebben uitgevonden, is het een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek om vergoeding van schade die is ontstaan in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Of, zoals sommige bestuursrechters zeiden: schade als gevolg van een (appellabel) besluit. Kort gezegd heeft dit het volgende effect. Als iemand aan een bestuursorgaan een verzoek richt om vergoeding van schade waarvan hij stelt dat deze is ontstaan als gevolg van een besluit, is de schriftelijke beslissing op dat verzoek een zuiver schadebesluit. Bezwaar en beroep daartegen zijn (als de aansprakelijkheid op onrechtmatige daad wordt gebaseerd) niet meer mogelijk. Maar de regels van hoofdstuk 3 en 4 van de Awb zijn wel van toepassing. Dat betreft regels over bijvoorbeeld de motivering en de beslistermijn en ook artikel 4:5 Awb (over de onvolledige aanvraag). Praktisch gezien is vooral van belang dat ook de regeling van de dwangsom bij niet-tijdig beslissen van toepassing is. Het niet-(tijdig) nemen van een zuiver schadebesluit, indien daarom door de eiser is verzocht, wordt dus gesanctioneerd met een dwangsom ex artikel 4:17 Awb. Dat is vrijwel zeker niet de bedoeling geweest van de wetgever, maar het is de consequentie van het laten voortbestaan van het zuivere schadebesluit in de nieuwe wettelijke regeling.

13. Overgangsrecht

De kern van het overgangsrecht (artikel IV, *Stb.* 2013, 50) is eenvoudig. Bepalend is het moment waarop het schadeveroorzakende besluit is bekendgemaakt. Ligt dat vóór 1 juli 2013, dan blijft het oude recht van toepassing. De eiser maakt dan dus gebruik van artikel 8:73 Awb of gaat in beroep tegen een zuiver schadebesluit. Hetzelfde geldt als wordt verzocht om vergoeding van schade die is veroorzaakt door een andere handeling, die werd verricht vóór 1 juli 2013. De ABRvS heeft deze lijn inmiddels doorgetrokken indien in het kader van een vernietigingsberoep tegen een besluit bekendgemaakt vóór 1 juli 2013 wordt gevraagd om vergoeding van schade wegens schending van de redelijke termijn ex artikel 6 EVRM.²⁶

Als het gaat om feitelijk handelen ter uitvoering van een besluit, blijft het oude recht van toepassing indien dat besluit is bekendgemaakt vóór 1 juli 2013. Dat geldt ook als de uitvoeringshandeling is verricht na die datum. Op het besluit en de daarbij behorende handeling is dus hetzelfde regime van toepassing. Men hoeft dus (wat betreft het overgangsrecht) niet te gaan uitvechten of de schade is veroorzaakt door het besluit of door de uitvoeringshandeling. Wat is de praktische consequentie hiervan? Volgens ons is deze bijzondere overgangsregeling voor uitvoeringshandelingen vooral geschreven voor het nieuwe nadeelcompensatierecht, waar aansprakelijkheid voor uitvoeringshandelingen zich gemakkelijk voor kan doen. Maar de nieuwe nadeelcompensatieregeling treedt, zoals gezegd, voorlopig nog niet

in werking. De nieuwe regeling voor onrechtmatige daad ziet veelal op aansprakelijkheid voor besluiten en voorbereidingshandelingen en niet op uitvoeringshandelingen (zie artikel 8:88 Awb). Toch kan de bijzondere overgangsregeling bij onrechtmatige daad relevant zijn, bijvoorbeeld in het ambtenarenrecht en het vreemdelingenrecht, waar de nieuwe regeling ziet op alle onrechtmatige handelingen ten aanzien van de ambtenaar of vreemdeling.

Een bijzonderheid doet zich nog voor bij grote projecten, waarin meer besluiten worden genomen die op elkaar voortbouwen. Denk bijvoorbeeld aan infrastructurele projecten, waarvoor een tracébesluit is genomen, gevolgd door nadere besluiten zoals vergunningen. Het overgangsrecht bedoelt ervoor te zorgen dat in dergelijke gevallen één rechtsregime van toepassing is (artikel IV, derde lid).

Het belastingrecht krijgt een bijzondere behandeling in artikel V. De nieuwe wettelijke regeling is voorlopig niet van toepassing op schade ten gevolge van besluiten en handelingen van de Belastingdienst/Toeslagen en op besluiten en handelingen in het kader van aan de Belastingdienst opgedragen taken. Daarvoor blijft voorlopig het oude recht gelden. Het aangevoerde argument is, dat de Belastingdienst zeer veel meer besluiten neemt dan andere bestuursorganen, zodat de gevolgen voor uitvoerbaarheid en werklust nog niet goed te overzien zouden zijn (opmerkelijk genoeg heeft dit argument op decentraal niveau van bijvoorbeeld de gemeentelijke belastingen, zoals de WOZ, niet geleid tot een voorlopige uitzondering). Om er toch alvast wat mee te kunnen oefenen, gaat voor de Belastingdienst de nieuwe regeling al wel gelden op het terrein van de vennootschapsbelasting. Hoelang zal het duren totdat het nieuwe schadevergoedingsrecht ook voor de Belastingdienst geldt? Een begin van een antwoord is te vinden in artikel V, vierde lid: totdat drie jaren zijn verstreken na de inwerkingtreding van artikel 4:126 Awb. Dat is de bepaling over nadeelcompensatie, waarvan we thans nog niet weten wanneer die in werking zal treden. De voorlopige overgangsregeling voor het belastingrecht blijft voorlopig dus nog wel gelden. En als men het slot van artikel V leest, kan men zich zelfs voorstellen dat voor het belastingrecht een eigen wet over schadevergoeding wordt gemaakt.

14. De redelijke termijn van artikel 6 EVRM

De afgelopen tien jaar is een omvangrijke jurisprudentie tot stand gekomen over het recht op schadevergoeding wegens veronderstelde immateriële schade (spanning en frustratie) door overschrijding van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM in de bestuursrechtelijke procedure.²⁷ Het gaat daarbij zowel om traag beslissend bestuur, als om (te) trage rechtspraak. In boetezaken vindt compensatie plaats door een korting toe te passen op de te betalen boete. In niet-punitieve zaken wordt een standaard bedrag vergoed

²⁶ ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1259.

²⁷ Zie voor een recent overzicht *Overheid en Aansprakelijkheid* 2013, nr. 2 par. 4 'Aansprakelijkheid voor schending van de redelijke termijn', p. 61-72.

van € 500 per zes maanden overschrijding van de redelijke termijn. De maximale duur van de redelijke termijn in die zaken bedraagt vier (CRvB) of vijf jaar (ABRvS).²⁸

Indien het verzoek om schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn werd gedaan tijdens het vernietigingsberoep werd dit tot 1 juli 2013 opgevat als een 8:73-verzoek. Daarnaast was het mogelijk over het recht op schadevergoeding een zelfstandig schadebesluit uit te lokken bij het bestuur en – desgewenst – daartegen bezwaar en nadien beroep aan te tekenen. De constructie van het zelfstandig schadebesluit werkte niet als de vertraging was veroorzaakt door de bestuursrechter(s). In dat geval werd de beslissing niet als een voor beroep vatbaar Awb-besluit aangemerkt, omdat niet werd voldaan aan de eis van procedurele connexiteit. Bij een schending van de redelijke termijn ging de bestuursrechter over tot veroordeling van het bestuur en/of de Staat der Nederlanden, ook in de gevallen dat het vernietigingsberoep zelf niet kon slagen. De staat werd alleen veroordeeld nadat deze in de procedure was betrokken. Om inhoud te geven aan de artikelen 6 en 13 EVRM moest de bestuursrechter de Awb creatief – ook wel ‘verdragsconform’ – toepassen.

Hoe gaat dit nu uitpakken na inwerkingtreding van titel 8.4 Awb? Hiervoor zagen we al dat artikel 8:73 (a) Awb is geschrapt en dat ook het beroep tegen een zelfstandig schadebesluit niet meer mogelijk is (artikel 8:4, lid 1 onder f Awb). Maar hoe dan schadevergoeding te verkrijgen in geval van schending van de redelijke termijn? Is dat geregeld in titel 8.4? Het antwoord luidt: gedeeltelijk. De reden daarvoor is dat ten tijde van de totstandkoming van de Wns werd gedacht aan een separaat wetsvoorstel voor ‘Wet schadevergoeding bij overschrijding redelijke termijn’. In dat wetsvoorstel zou de bevoegdheid van de bestuursrechter worden geregeld om bij overschrijding van de redelijke termijn schadevergoeding toe te kennen. De termijnen en tarieven zouden worden geregeld bij algemene maatregel van bestuur. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft dit wetsvoorstel echter ingetrokken, waardoor we het nu moeten doen met titel 8.4 Awb.

De bestuursrechter is bevoegd te oordelen op een dergelijk verzoek indien de schending beweerdelijk is veroorzaakt door het bestuursorgaan. De schending is dan immers beweerdelijk veroorzaakt door het niet-tijdig nemen van een besluit als bedoeld in artikel 8:88, lid 1 onder c Awb. Tot zover geen probleem. Er is wel een probleem als de schending beweerdelijk wordt veroorzaakt door de bestuursrechter(s), omdat schade als gevolg van te trage rechtspraak door de (bestuurs)rechter niet staat opgenomen in artikel 8:88 Awb. Dit betekent dat de bestuursrechters in voorkomende gevallen hun toevlucht zullen moeten nemen tot een noodoplossing, te weten verdragsconforme toepassing van de

28 ABRvS heeft de staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven om een concl. gevraagd op het punt van de maximale duur van de redelijke termijn. Deze concl. is openbaar gemaakt op 23 oktober 2013.

artikelen 8:88 en 8:90/8:91, alsmede artikel 8:26 Awb.²⁹ In de toelichting bij het inwerkingtredingsbesluit valt hierover het volgende te lezen:

“De Wns beoogt geen wijziging te brengen in voornoemde jurisprudentie. Ook in de toekomst kan worden aangesloten bij de regeling van de schadevergoeding in het Nederlandse recht, waarbij de bestuursrechter via verdragsconforme toepassing van titel 8.4 Awb tot hetzelfde resultaat kan komen als thans het geval is via de verdragsconforme toepassing van artikel 8:73 Awb. In dit verband wordt nog opgemerkt dat, gelet op het feit dat in de bestuursrechtelijke jurisprudentie inmiddels op bevredigende wijze wordt voorzien in de toekenning van schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn, er geen dringende noodzaak meer is om tot wetgeving ter zake te komen. De door mijn ambtsvoorganger aangekondigde regeling die zou worden opgenomen in titel 8.4 Awb, waarvoor in april 2010 een consultatieversie werd uitgebracht, is derhalve niet langer in het departementale wetgevingsprogramma opgenomen.”

Als in het kader van een vernietigingsberoep wordt geklaagd over schending van de redelijke termijn door de bestuursrechter(s) dan zal dat verzoek ‘verdragsconform’ worden opgevat als een 8:91-verzoek, waarna met verdragsconforme toepassing van artikel 8:26 Awb de staat in het geding wordt betrokken, net zoals voor 1 juli 2013 ook gebeurde bij een 8:73-verzoek.

Maar kan ook een los 8:90-verzoek worden gedaan ter zake van schending van de redelijke termijn door de bestuursrechter(s)? Hier lopen we, naast het hiervoor gesignaleerde bevoegdheidsprobleem, ook nog aan tegen de eis van voorafgaande ‘ingebrekestelling’ bij het bestuursorgaan als bedoeld in artikel 8:90, lid 2 Awb. Een verzoek aan het bestuursorgaan is zinledig als de rechtspraak de schade heeft veroorzaakt. Een oplossing voor het probleem is het negeren van de eis van ‘ingebrekestelling’. Dat zou betekenen dat het verzoek bij de bestuursrechter kan worden ingediend zonder dat de staat tevoren behoeft te worden gevraagd om de schade te vergoeden. In dat geval wordt niet benut de mogelijkheid dat partijen buiten de rechter om tot een vergelijk komen. De staat zal als verwerende partij in de procedure moet worden betrokken en dus niet als derde partij via 8:26 Awb, zoals tot 1 juli 2013 het geval was. De op de zaak betrekking hebbende stukken (artikel 8:42 Awb) zullen moeten komen van de verzoeker en mogelijk (uit het archief) van de bestuursrechter(s); de staat zelf beschikt niet over die stukken. Na terbeschikkingstelling van die stukken zal de staat een verweerschrift kunnen indienen. Bij de voorbereiding daarvan kan – al dan niet met toestemming van de bestuursrechter – contact worden gezocht met de verzoeker om tot een oplossing in der minne te komen.

29 Zie de MvT, onderdeel 4, bij het inwerkingtredingsbesluit in Stb. 2013, 162.

Een andere oplossing is artikel 8:90, lid 2 Awb zo te lezen dat voorafgaande aan het 8:90-verzoek bij de bestuursrechter de belanghebbende eerst de Staat der Nederlanden (in plaats van het bestuursorgaan) moet hebben verzocht de schade te vergoeden. Bij deze optie zal de staat een loket³⁰ moeten inrichten waar rechtzoekenden op eenvoudige wijze hun verzoek kunnen indienen. Een variant is dat het 8:90, lid 2-verzoek bij de bestuursrechter kan worden ingediend die het vervolgens doorgeleidt aan de staat. De laatste optie is laagdrempeliger en eenvoudiger voor de rechtzoekende. Na de wachttijd van acht weken kan dan het 'echte' schadevergoedingsverzoek bij de bestuursrechter worden ingediend.

15. Afsluiting

De procesrechtelijke winst van titel 8.4 Awb zit hem naar onze mening in het elimineren van het beroep tegen het zuivere schadebesluit, het mogelijk maken van een 'los' verzoek om schadevergoeding bij de bestuursrechter, de introductie van de verzoekschriftprocedure en het inrichten van een proeftuin ter zake van onrechtmatige voorbereidingshandelingen. Maar de wettelijke regeling is summier en kort en kent daardoor veel losse eindjes. Daar is deels bewust voor gekozen door de wetgever, die de regeling niet te complex wilde maken. Een ander deel van de losse eindjes lijkt niet te zijn voorzien. De losse eindjes moeten nu door de rechtspraak aan elkaar worden geknoopt. Als dat niet lukt of de resultaten zijn onbevredigend dan zal de wettelijke regeling moeten worden gewijzigd en aangevuld. Maar zover is het nog niet. De bal ligt nu bij rechtzoekenden, bestuursorganen en vooral bij de rechtspraak. Van een reeks vragen, waar de wet geen antwoord op geeft, kan worden verwacht dat de (bestuurs)rechter er hoe dan ook mee geconfronteerd wordt.

Aan het begin van de procedure zijn er vragen die te maken hebben met wat de verzoeker moet doen om binnen te komen (paragraaf 6). Als hij aanvankelijk geen 'ingebrekestelling' heeft laten zien, rijst de vraag of de bestuursrechter hem de gelegenheid geeft dat alsnog te doen. Heeft de verzoeker de schade in zijn verzoekschrift nog niet conform artikel 8:92 onderbouwd, dan moet worden beslist in hoeverre hij tijdens de procedure de gelegenheid krijgt de gestelde schade (nader) te onderbouwen. En welk tarief griffierecht moet de verzoeker voldoen (paragraaf 11)? In deze fase zal ook aan de orde komen of de voorzieningenrechter een verzoek om voorlopige voorziening zal ontvangen tijdens de wachttijd van acht weken na de 'ingebrekestelling' (paragraaf 9).

Dan zijn er vragen die te maken hebben met de mogelijkheid om verzoeken te splitsen (paragraaf 5). Kan in 8:89,

lid 2-zaken na een verzoek om schadevergoeding bij de bestuursrechter nog een tweede verzoek bij de bestuursrechter worden gedaan, ook als de totale som de grens van € 25.000 te boven gaat?

Als de bestuursrechter uitspraak heeft gedaan op een verzoek, rijst de vraag hoeveel ruimte er nog is voor een aanvullende vordering in een civiele procedure over andere schade die is veroorzaakt door hetzelfde besluit. En, voor zover die ruimte er is, in hoeverre is de burgerlijke rechter dan gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter over vragen als onrechtmatigheid, relativiteit of eigen schuld? (paragraaf 5).

Ook over de uitspraakbevoegdheden rijzen vragen (paragraaf 8). Kan en zal de bestuursrechter in het kader van de verzoekschriftprocedure een (buitenwettelijke) tussenuitspraak doen? Ziet de bestuursrechter ruimte om een verklaring voor recht over aansprakelijkheid uit te spreken? Een belangrijke vraag is ook of de bestuursrechter de verzoeker (met name als die een rechtspersoon is) in de proceskosten van het verwerende bestuursorgaan te veroordelen indien het verzoek niet slaagt.

Er is een aantal vragen die samenhangen met de keuze tussen aansluiting bij het burgerlijk procesrecht of analoog toepassen van regels uit het bestuursrechtelijke vernietigingsberoep. Dat heeft vooral te maken met feiten en bewijs (paragraaf 7). Zal de bestuursrechter het civiele bewijsrecht in schadevergoedingskwesties analoog toepassen of een eigen koers varen? Stelt hij zich actiever of lijdelijker op? Wanneer zal de bestuursrechter aanleiding zien de feiten aan te vullen?

Er is voor gekozen de nieuwe verzoekschriftprocedure ook toe te passen op schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn (paragraaf 14). Daarbij rijst de vraag hoever de bestuursrechter zal gaan met het verdragsconform toepassen van titel 8.4, ook bij een verzoek wegens schending van de redelijke termijn door de bestuursrechter(s).

Ten minste een vraag lijkt het gevolg te zijn van een vergissing in de nieuwe wettelijke regeling. Door het zuivere schadebesluit (ter zake van onrechtmatige daad) op de negatieve lijst te plaatsen heeft de wetgever het gecodificeerd, ook al is het beroep ertegen wel afgeschaft. Moet nu de dwangsom bij niet tijdig beslissen worden toegepast op een aanvraag voor een zuiver schadebesluit (paragraaf 12)?

Geen onbelangrijke vragen, maar zij maken de nieuwe regeling niet ongeschikt voor de praktijk. Er zullen vele verzoekschriften op een bevredigende manier kunnen worden behandeld zonder dat de hier gesignaleerde losse eindjes daaraan in de weg staan.

³⁰ Net zoals voor 1 juli 2013 kan worden gedacht aan een loket bij het Ministerie van VenJ (voor de gewone rechtspraak) en bij BZK (voor de ABRvS), of namens de betrokken minister(s) bij de landsadvocaat of gemandateerd bij de Raad voor de rechtspraak. Zie hiervoor de 'Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 26 januari 2012, nr. 5723477/12, houdende verlening van mandaat, volmacht en machtiging aan de Raad voor de rechtspraak inzake verzoeken tot schadevergoeding verband houdend met de rechtspraak waarvoor de Staat aansprakelijk kan worden gehouden'.