

# BLIJFT DE 'ONEIGENLIJKE RECHTMATIGE DAAD' BESTAAN?

*Ben Schueler*

'Bijna ieder extern handelen van overheden veroorzaakt schade aan burgers en bedrijven.' Met deze zin opende Rob Meijer in 1988 zijn preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht. Daarin formuleerde hij de 'dwingende eis dat er altijd een duidelijk aanwijsbare, goed benaderbare rechter is'. In het overheidsaansprakelijkheidsrecht is het moeilijk gebleken om werkelijk te voldoen aan deze redelijke eis, waar velen het ook tegenwoordig mee eens zullen zijn. Meijer bracht het hardnekkige probleem in 1988 al treffend onder woorden: 'Weliswaar is er altijd een benaderbare rechter, maar omdat die soms niet duidelijk aanwijsbaar is, bestaat het risico dat de rechtzoekende eerst verkeerd en vervolgens te laat aanklopt.'

## *Swoopy en De Kabouter*

Dat het moeilijk kan zijn de juiste rechter te vinden, ondervonden ook twee partijen in zaken waarin Rob Meijer optrad als advocaat in cassatie. In de ene zaak was Pannenkoekhuis De Kabouter de eisende partij, in de andere Asha, exploitant van Snackbar Swoopy.<sup>2</sup> Beiden vorderden vergoeding van schade die zij ondervonden van de uitvoering van overheidsbesluiten die tot gevolg hadden dat hun horeca-richtingen gedurende langere tijd moeilijk bereikbaar waren voor het publiek. In het geval van De Kabouter was dat een verkeersbesluit tot afsluiting van een provinciale weg. In het geval van Swoopy waren het besluiten in het kader van een grootschalige herinrichting van het stadscentrum. Beiden hadden de mogelijkheid

<sup>1</sup> R.S. Meijer, 'Procedurele aspecten, compensatie en competentie', in: Th.G. Drupsteen, E. van der Schans, R.S. Meijer, *Vergelijkend schadevergoedingsrecht*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 16, Deventer: Kluwer 1988, p. 110.

<sup>2</sup> HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8182, AB 2004, 17 m.nt. P.J.J. van Buuren (*Pannenkoekhuis De Kabouter*); HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0256, NJ 2008, 475 m.nt. M.R. Mok (*Asha*).

gehad om tegen de schadeveroorzakende besluiten bij de bestuursrechter in beroep te gaan.

De Kabouter ging niet in beroep, maar begon een procedure bij de burgerlijke rechter met een vordering van schadevergoeding. Zijn stelling was dat de provincie onrechtmatig had gehandeld door hem de ten gevolge van de wegafluiting veroorzaakte schade niet te vergoeden. De rechtbank stelde hem in het gelijk op grond van de redenering dat de provincie, door deze schade niet te vergoeden, had gehandeld in strijd met het beginsel van 'gelijkheid voor de publieke lasten' (het *égalité*-beginsel)<sup>3</sup> omdat De Kabouter in vergelijking met andere burgers onevenredig in zijn economische belangen was getroffen. Maar bij het hof en de Hoge Raad ging het mis. Daar kreeg De Kabouter te horen dat hij bij de bestuursrechter had moeten zijn. Die oordeelt immers over de vraag of het provinciebestuur bij zijn verkeersbesluit de belangen van De Kabouter goed heeft meegewogen (art. 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht; Awb). Dat oordeel had van de bestuursrechter kunnen worden gevraagd, maar nu van die mogelijkheid geen gebruik is gemaakt, wordt uitgegaan van de rechtmatigheid van het verkeersbesluit en de daaraan ten grondslag gelegde belangenafweging. Zo stuitte De Kabouter op het zogenoemde beginsel van formele rechtskracht.

Nu de andere zaak. Swoopy had wel een bezwaarschrift ingediend bij het gemeentebestuur dat de schadeveroorzakende besluiten had genomen, maar dit was door burgemeester en wethouders niet-ontvankelijk verklaard, waar Swoopy verder niet tegen in beroep is gegaan. Hij was dus vroegtijdig gestopt met het volgen van de bestuursrechtelijke weg. In de civiele procedure over schadevergoeding benadrukte Swoopy dat hij de rechtmatigheid van de gemeentelijke besluiten op zichzelf wel erkende, maar dat de gemeente door de schade niet te vergoeden het *égalité*-beginsel had geschonden en daarom onrechtmatig had gehandeld. De onrechtmatige daad werd dus bewust buiten het besluit zelf gezocht in een tot compensatie verplichtend ongeschreven rechtsbeginsel. Deze vlieger ging niet op. De Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State had jurisprudentie gevormd die expliciet mogelijk maakte dat burgers in een situatie als deze bij de bestuursrechter procederen over nadeelcompensatie op grond van het ongeschreven *égalité*-beginsel.<sup>4</sup> Daarvoor is

<sup>3</sup> Zie daarover M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010 (deel I) en P.J.J. van Buuren, 'Varkensmester. Schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen', in: T. Widdershoven e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 18.

<sup>4</sup> ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762, AB 1997, 229 m.nt. P.J.J. van Buuren (*Van Vlodrop*) en ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1762, AB 2007, 252 m.nt. B.P.M. van Ravels.

volgens de bestuursrechter niet (meer) nodig dat de benadeelde in beroep gaat tegen het schadeveroorzakende besluit. Nadeelcompensatie is immers in het bestuursrecht een vorm van aansprakelijkheid uit puur rechtmatige daad. En tegen rechtmatige daden hoeven burgers niet te procederen. Voor Snoopy stond een bestuursrechtelijke weg open om te krijgen wat hij eiste: hij kon een zelfstandig schadebesluit over nadeelcompensatie op grond van het *égalité*-beginsel aanvragen bij het gemeentebestuur en daartegen zo nodig in beroep gaan bij de bestuursrechter. Omdat die weg openstond, moest Swoopy door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk worden verklaard.

Deze jurisprudentie maakt duidelijk dat de burgerlijke rechter niet oordeelt in geschillen over nadeelcompensatie (aansprakelijkheid bij rechtmatige daad) als die geschillen kunnen worden voorgelegd aan de bestuursrechter.

#### *De 'oneigenlijke rechtmatige overheidsdaad' bij de burgerlijke rechter*

Als de schadeoorzaak *niet* vatbaar is voor bestuursrechtelijk beroep (en er geen bijzondere regeling voor de nadeelcompensatie is getroffen in een bestuursrechtelijke wet of in een beleidsregel), staat de weg naar de burgerlijke rechter wel open. Wie bijvoorbeeld schade lijdt als gevolg van een gemeentelijke verordening moet voor nadeelcompensatie bij de burgerlijke rechter zijn, want tegen een gemeentelijke verordening staat geen beroep open (art. 8:3 Awb).

De burgerlijke rechter beoordeelt het geschil dan als een geschil over onrechtmatige daad, ook als het besluit (of een andere handeling) van de overheid op zichzelf beschouwd rechtmatig is. Deze onrechtmatige daad is gelegen in het feit dat de overheid het besluit heeft genomen zonder de daaruit voortvloeiende schade, die als gevolg van het *égalité*-beginsel zou moeten worden vergoed, te compenseren. De burgerlijke rechter erkent niet een algemene grondslag voor de verplichting tot vergoeding van schade die wordt veroorzaakt door rechtmatige daden. Dat is ook begrijpelijk, omdat het burgerlijk recht een semigesloten stelsel van verbintenissen kent. Artikel 6:1 Burgerlijk Wetboek (BW) luidt: 'Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.' Dit wordt wel zo ruim opgevat dat verbintenissen kunnen ontstaan voor zover dat uit het stelsel van de wet voortvloeit, maar dat stelsel biedt volgens de gangbare opvatting geen houvast voor de rechtmatige daad als algemene bron van verbintenissen. Wel kan er een *rechtsplicht* bestaan, waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert en tot schadevergoeding verplicht.

Er is een groot deel van de twintigste eeuw gediscussieerd over de vraag of het hier gaat om – kort gezegd – een op zichzelf rechtmatige daad die onrechtmatig

is omdat de schade niet is vergoed, of een onrechtmatige daad die gerechtvaardigd wordt doordat het algemeen belang erom vraagt en de schade wordt vergoed. Rob Meijer heeft in zijn eerdergenoemde preadvies de term 'oneigenlijke rechtmatige overheidsdaad' gebruikt.<sup>5</sup> Die handige term neem ik over, zodat ik de oude discussie over wat het precies is niet opnieuw hoef aan te gaan.

### Heeft de bestuursrechter behoefte aan de 'oneigenlijke rechtmatige daad'?

#### Het is anders dan in het burgerlijk recht

Het bestuursrecht kent geen (semi)gesloten stelsel van 'verbintenissen'. De omweg van de onrechtmatige daad heeft het dus niet nodig. De bestuursrechter kan uit het ongeschreven égalité-beginsel rechtstreeks een afdwingbare verplichting afleiden tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door een rechtmatige daad.<sup>6</sup>

Deze materieelrechtelijk verschillende benadering heeft gevolgen voor de rechtsmachtverdeling. Als beroep tegen het schadeveroorzakende besluit wel heeft openstaan, maar daarvan geen gebruik is gemaakt, heeft het besluit formele rechtskracht. Dan wordt het geacht rechtmatig te zijn, ook wat betreft de wijze van tot stand komen. Dan moet men ook aannemen dat de belangenafweging waarop dat besluit berust, rechtmatig is. Die belangenafweging wordt dan geacht in overeenstemming te zijn met artikel 3:4 Awb. In het arrest *De Kabouter* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er daarom geen ruimte meer is voor een oordeel van de burgerlijke rechter over de vraag of een onevenredig benadeelde burger in aanmerking komt voor nadeelcompensatie.<sup>7</sup> Het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten (in het bestuursrecht een bron van zelfstandige verplichtingen tot nadeelcompensatie) is naar burgerlijk recht geen zelfstandige bron van verbintenissen tot schadevergoeding. Wel kan de schending van dat beginsel de belangenafweging, waarop een besluit ingevolge artikel 3:4 Awb moet berusten, onrechtmatig maken. Maar daar komt de burgerlijke rechter niet aan toe als het besluit formele rechtskracht heeft. In het arrest over *Snackbar Swoopy* liep de gedachtegang iets anders omdat de Hoge Raad (in het licht van de jurisprudentie van de bestuursrechter terecht) overwoog dat een benadeelde een zelfstandige procedure over nadeelcompensatie bij de bestuursrechter kan voeren, ook al heeft het schadeveroorzakende besluit inmiddels formele rechtskracht gekregen.

<sup>5</sup> R.S. Meijer 1988, p. 119.

<sup>6</sup> Zie ook B.J. Schueler, 'Onvermijdelijke schade bij rechtmatige overheidsdaad', in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 57-68.

<sup>7</sup> HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8182, NJ 2003, 616 m.nt. M. Scheltema, AB 2004, 17 m.nt. P.J.J. van Buuren.

Bij de bestuursrechter maakt de benadeelde partij in zo'n geval wel kans met een beroep tegen een zelfstandig schadebesluit (ook 'zuiver schadebesluit' genoemd). De bestuursrechter behoeft immers niet een onrechtmatig handelen aan te wijzen om het bestuur tot nadeelcompensatie te kunnen verplichten.<sup>8</sup>

Ik ben van mening dat deze jurisprudentie laat zien dat aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaden beter in het bestuursrechtelijke systeem past dan in het civielrechtelijke. Het is daarom niet verwonderlijk dat de wetgever inmiddels stappen heeft gezet om het overgrote deel van de geschillen over nadeelcompensatie aan de bestuursrechter op te dragen (zie hierna).

#### Het onzuivere schadebesluit

Vroeger was alles anders, ook in het bestuursrecht. De mogelijkheid om een zelfstandige procedure over nadeelcompensatie te voeren op grond van het égalité-beginsel is gecreëerd in de jurisprudentie van de bestuursrechter in de jaren negentig. Dat was de beroemde jurisprudentie over het zuivere schadebesluit.<sup>9</sup> Voordien was het minder gemakkelijk om een bevoegde bestuursrechter te vinden. Soms kon de benadeelde terecht bij de bestuursrechter dankzij een regeling in een bijzondere bestuursrechtelijke wet (zoals de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de Wet milieubeheer). Soms kon hij naar de bestuursrechter omdat er een beleidsregel over nadeelcompensatie bestond (zoals de regelingen van Rijkswaterstaat). Maar als zo'n geschreven grondslag ontbrak, was de benadeelde aangewezen op een andere constructie: het onzuivere schadebesluit. Hij ging dan in beroep tegen het besluit waardoor de schade werd veroorzaakt, stellende dat zijn belangen bij het nemen van dat besluit niet goed waren meegewogen. De verplichting tot nadeelcompensatie werd zo aan de orde gesteld bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit. De bestuursrechter kon op deze manier in het kader van de toetsing aan artikel 3:4 lid 2 Awb (het vereiste van een proportionele belangenafweging) een verplichting tot nadeelcompensatie aannemen. Is die verplichting geschonden, dan is het *schadeveroorzakende* besluit vernietigbaar. Welbeschouwd is dit onzuivere schadebesluit de bestuursrechtelijke evenknie van de 'oneigenlijke rechtmatige daad' uit het civiele recht.

<sup>8</sup> ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1762, AB 2007, 252 m.nt. B.P.M. van Ravels; Rb. Almelo 7 oktober 2003, ECLI:NL:RBALM:2003:AM1476, AB 2004, 16 m.nt. B.J. Schueler; ABRvS 12 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN7851, AB 2004, 95 m.nt. A.R. Neerhof, JB 2004, 12 m.nt. R.J.N. Schlössels.

<sup>9</sup> Zie vooral ABRvS 29 november 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2410, AB 1997, 66 m.nt. P.J.J. van Buuren, JB 1996, 253 m.nt. H.J. Simon (*Alpha*), ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762, AB 1997, 229 m.nt. P.J.J. van Buuren (*Van Vlodrop*) en ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1762, AB 2007, 252 m.nt. B.P.M. van Ravels. Het CBB en de CRvB hanteren enigszins anders geformuleerde definities, maar ook zij merken een schadebeslissing aan als een appellabel schadebesluit, als ook de schadeoorzaak appellabel is.

De constructie van het onzuivere schadebesluit bestaat nog steeds, ook al wordt zij steeds minder toegepast naarmate de mogelijkheden om te procederen tegen zuivere schadebesluiten zijn toegenomen. Daardoor is de vraag gerezen wat de relatie is tussen de proportionaliteitseis van artikel 3:4 lid 2 Awb en het égalité-beginsel als grondslag voor nadeelcompensatie. In die relatie heeft de Afdeling halverwege het vorige decennium de schaar gezet.<sup>10</sup> De proportionaliteit die in artikel 3:4 lid 2 Awb wordt bedoeld, is een andere dan die waarover het gaat bij de toepassing van het égalité-beginsel. In artikel 3:4 lid 2 gaat het om de onevenredigheid tussen de nadelige gevolgen van het besluit en de met het besluit te dienen doelen. Bij het égalité-beginsel gaat het om de onevenredige benadeling van de ene burger in vergelijking met andere burgers. Bij de totstandkoming van de Awb was er door de regering nog van uitgegaan dat een schending van het égalité-beginsel zo zwaar weegt, dat het een schending van de proportionaliteitseis impliceert. En precies daar heeft de Afdeling de schaar gezet.<sup>11</sup> Deze rechtsontwikkeling kan men het losknippen van de égalité-toetsing uit de proportionaliteitstoetsing noemen.

Als gevolg van de beschreven ontwikkeling is nu het uitgangspunt dat het achterwege laten van een onzuiver schadebesluit het schadeveroorzakende besluit niet onrechtmatig maakt. Het bestuursorgaan mag er immers voor kiezen later, als het schadeveroorzakende besluit is genomen, een zuiver schadebesluit over de nadeelcompensatie te nemen. Dit noemt men wel het 'doorschuiven' van de nadeelcompensatie. Het voordeel hiervan is vooral dat de besluitvorming niet wordt tegengehouden of belast door aansprakelijkheidsvragen in gevallen waarin het de eiser er niet om te doen is het (op zichzelf rechtmatige) besluit tegen te houden of ongedaan te maken.

Maar er zijn bijzondere gevallen, waarin het niet redelijk is om een besluit in werking te laten treden voordat duidelijk is hoe het nadeel zal worden gecompenseerd. Het zal dan gaan om gevallen van ernstige schade. Daarom is aan het doorschuiven van de nadeelcompensatie naar een later stadium een beperking gesteld. Er moet voldoende vooruitzicht zijn op een adequate vergoeding van de schade en een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang om daarover te kunnen procederen. Het bestuursorgaan kan bijvoorbeeld niet 'doorschuiven' naar een nadeelcompensatieregeling, indien die regeling een onaanvaardbaar hoge drempel opwerpt door

<sup>10</sup> ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1762, AB 2007, 252 m.nt. B.P.M. van Ravels; ABRvS 12 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN7851, AB 2004, 95 m.nt. A.R. Neervoort, JB 2004, 12 m.nt. R.J.N. Schlösseis.

<sup>11</sup> Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5 (MvA).

een bepaald percentage van de schade bij voorbaat niet te vergoeden.<sup>12</sup> Maar in het algemeen zijn de mogelijkheden om een zelfstandige bestuursrechtelijke procedure over nadeelcompensatie te voeren groot sinds het égalité-beginsel daar een algemene grondslag voor biedt. Daarom is 'doorschuiven' vaak mogelijk.

Naast de beschikbaarheid van een rechtsgang, is ook de ernst van de schade van belang bij de vraag of zich een bijzonder geval voordoet waarin 'doorschuiven' niet toelaatbaar is. De Afdeling overweegt bijvoorbeeld dat doorschuiven toelaatbaar is omdat niet is gebleken 'van zodanig ernstige schade dat verweerder het bestreden aanwijzingsbesluit niet op zorgvuldige wijze had kunnen nemen zonder zich vooraf de belangen van appellanten op dit punt aan te trekken'.<sup>13</sup>

De behoefte aan de constructie van het onzuivere schadebesluit is al met al sterk afgenomen als gevolg van de opkomst van het zuivere schadebesluit. Maar ook nu kan het bestuursrecht niet zonder deze figuur. In de literatuur zijn overigens meer redenen daarvoor gevonden dan hier kunnen worden weergegeven. Het gaat dan vooral om situaties waarin een bestuursorgaan een besluit moet nemen waarbij het onvermijdelijk of de ene of de andere belanghebbende schade toebrengt. Als in zo'n situatie geen van beide conflicterende belangen rechtens zonder meer mag worden aangetast, kan een onzuiver schadebesluit uitkomst bieden.<sup>14</sup> De 'oneigenlijke rechtmatige daad' leeft ook in bestuursrechtelijke gedaante voort, zij het op de achtergrond.

### *Nieuwe wetgeving over rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad*

#### *De nieuwe regeling*

Over enige tijd zal de Awb een algemene grondslag voor nadeelcompensatie bevatten, waardoor de bevoegdheid van de bestuursrechter vergaand wordt verruimd. De tekst van de 'Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige

<sup>12</sup> ABRvS 20 februari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AL3065, AB 2001, 380 m.nt. J. Struikisma, JB 2001, 89 (Noord-Zuidlijn); ABRvS 28 september 2005, ECLI:NL:RVS:AU3404, JB 2005/320.

<sup>13</sup> ABRvS 16 april 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF7351, AB 2003, 347 m.nt. Ch.W. Backes; ABRvS 9 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AS3528, BR 2004, 1276 m.nt. B.P.M. van Ravels; B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *O&A* 2006, p. 19; B.J. Schueler, 'Proportionaliteit en gelijkheid voor de publieke lasten', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 165-187.

<sup>14</sup> Voorbeelden zijn te vinden bij M. Tjepkema, 'Nadeelcompensatie bij handhaven en gedogen. Waarom er nog toekomst is voor het onzelfstandig schadebesluit', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer 2005, p. 237-281 en bij B.J. Schueler, 'Goede besluiten met slechte gevolgen', in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR reeks 128), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

besluiten' is al in het Staatsblad verschenen en 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 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.<sup>15</sup>

De toekomstige regeling van nadeelcompensatie heeft twee belangrijke gevolgen. Ten eerste zal het *égalité*-beginsel, verreweg de belangrijkste grondslag voor nadeelcompensatie, worden gecodificeerd. Ten tweede zal de competentieverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter wijzigen. De competentiesfeer van de bestuursrechter zal op het terrein van de aansprakelijkheid voor rechtmatige daad groter worden en de competentiesfeer van de burgerlijke rechter zal kleiner worden. Volgens de nieuwe regeling is de bestuursrechter bevoegd te oordelen over nadeelcompensatie als het gaat om schade die is veroorzaakt door 'een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak (aldus het nieuwe artikel 4:126 Awb)'. Daar valt (bijna) al het publiekrechtelijke overheids-handelen onder. Blijft er na de inwerkingtreding van deze wetswijziging nog een taak voor de burgerlijke rechter over in geschillen over 'oneigenlijke rechtmatige daden'? Of krijgen straks alle eisers die zich op die constructie blijven baseren nul op het rekest omdat zij de bestuursrechtelijke route hadden moeten nemen?

Onder het bereik van de nieuwe regeling zal een zeer breed arsenaal van schadeoorzaken vallen. Als de bijzondere wetten geen beperkingen aanbrengen, zullen niet alleen alle besluiten, maar ook allerlei andere handelingen van de overheid eronder vallen, zolang zij maar worden verricht ter uitoefening van een publiekrechtelijke taak. De bevoegdheid om te oordelen over nadeelcompensatie op grond van artikel 4:126 Awb komt geheel bij de bestuursrechter te liggen.

#### *Gevolgen voor het onzuivere schadebesluit?*

De nieuwe regeling gaat uit van beroep tegen een opzichzelfstaand besluit van een bestuursorgaan op een aanvraag voor nadeelcompensatie. Zij gebruikt dus niet de constructie van het onzelfstandige schadebesluit. Maar die constructie wordt ook niet onmogelijk gemaakt. In de memorie van toelichting staat het volgende:

'Wij verwachten verder dat de betekenis van artikel 3:4, tweede lid voor beoordeling van aanspraken op schade in het kader van een

<sup>15</sup> *Stb.* 2013, 50 (de wet zelf) en *Stb.* 2013, 162 (de deels uitgestelde inwerkingtreding).

onzelfstandig schadebesluit (verder) zal afnemen, nu deze titel voorziet in een uniforme, algemene regeling voor de beoordeling van verzoeken om schade wegens rechtmatig overheids-handelen. In de meeste gevallen zullen bestuursorganen de schadeaspecten kunnen "doorschuiven" naar de in deze titel geregelde procedure. Dat dit in uitzonderlijke situaties anders kan zijn, valt niet uit te sluiten."<sup>16</sup>

De redenering is welbeschouwd dezelfde als in de bestuursrechtelijke jurisprudentie die in de vorige paragraaf werd besproken. Omdat er een algemeen toepasbare grondslag is voor nadeelcompensatie, mag het bestuursorgaan de vraag of de door het besluit veroorzaakte schade vergoed moet worden, doorschuiven naar een zelfstandige procedure tegen een besluit waarin dat *égalité*-beginsel wordt toegepast. Een verschil tussen de (oude) jurisprudentie en de (nieuwe) wet, is dat het *égalité*-beginsel nu gecodificeerd is. De regering verwacht dat daardoor de betekenis van het onzelfstandige schadebesluit (verder) zal afnemen. Dat zou een effect van de codificatie kunnen zijn, bijvoorbeeld als de nieuwe wettelijke regeling bestuursorganen vaker op het idee gaat brengen om de toepassing van het *égalité*-beginsel door te schuiven naar een zelfstandige procedure.

En er is nog een reden om aan te nemen dat het 'doorschuiven' van de nadeelcompensatie gemakkelijker zal worden dan het nu al is. In het huidige recht wordt het recht op nadeelcompensatie in bijzondere regelingen vaak beperkt. Dat gebeurt bijvoorbeeld doordat daarin vaak een limitatieve lijst van in aanmerking komende schadeoorzaken is opgenomen. Ook komen drempels en kortingen voor, die de compensatie begrenzen. Daarin verschillen die bijzondere regelingen in hoge mate van de toekomstige algemene regeling. Naarmate er in het wetgevingsproces (met name de aanpassingswetgeving) meer van dit soort beperkingen worden opgeheven, zal het in de toekomst steeds duidelijker zijn dat de nadeelcompensatie mag worden 'doorgeschoven'. De algemene regeling in de Awb biedt dan immers een rechtsgang, waarvan steeds mag worden aangenomen dat hij voldoende waarborgen voor nadeelcompensatie bevat.

Ook de toekomstige algemene regeling in de Awb zal het onzuivere schadebesluit nog steeds niet helemaal wegvagen, maar er zal steeds minder behoefte aan bestaan.

#### *Gevolgen voor de 'oneigenlijke rechtmatige daad' bij de burgerlijke rechter?*

Het nieuwe artikel 4:126 Awb heeft het over schade die wordt veroorzaakt door de rechtmatige uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden en taken door

<sup>16</sup> *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 621, nr. 3 p. 12.

bestuursorganen. Dat zijn bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 Awb. Daar valt niet de gehele overheid onder. De formele wetgever, bijvoorbeeld, valt hierdoor niet onder de reikwijdte van de nadeelcompensatieregeling (vergelijk art. 1:1 lid 2 Awb). En als gevolg van artikel 1:6 Awb is de nadeelcompensatieregeling evenmin van toepassing op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. In zoverre kunnen geschillen over nadeelcompensatie ook in de toekomst nog bij de burgerlijke rechter terechtkomen.<sup>17</sup>

Verder blijft de burgerlijke rechter op een groot terrein de rechter die oordeelt over onrechtmatige overheidsdaden. Globaal gezegd gaat het om schade ten gevolge van besluiten en overheidshandelingen waartegen geen beroep openstaat bij de bestuursrechter. En op een groot terrein (waar de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in hoogste instantie oordelen over besluiten) is de burgerlijke rechter exclusief bevoegd in geschillen over schade ten gevolge van onrechtmatige daad indien de eis meer dan € 25.000 belooft. Onder dat bedrag zijn burgerlijke en bestuursrechter beiden bevoegd en mag de eiser kiezen (zie voor de exacte competentieverdeling bij onrechtmatige daad art. 8:88 en 8:89 Awb).

Dit lijkt wellicht niet over de *rechtmatige* daad te gaan, maar dat is niet helemaal waar. De burgerlijke rechter heeft immers de aansprakelijkheid voor rechtmatige daad als zodanig niet erkend en behandelt de nadeelcompensatie als een bijzondere vorm van aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad. Wat zal de Hoge Raad straks gaan doen met deze 'oneigenlijke rechtmatige daad'? Dit kan bijvoorbeeld aan de orde komen als een eiser opkomt tegen de aanscherping van een voor een bepaalde bedrijfstak geldende beleidsregel, stellende dat daarmee een onrechtmatige daad is gepleegd. Als de eiser zich zuiver en alleen baseert op schending van het *égalité*-beginsel, zal hij onder het toekomstige recht niet-ontvankelijk moeten worden verklaard omdat er dan een bestuursrechtelijke rechtsgang is. Die consequentie ligt al besloten in het *Asha*-arrest over Snackbar Swoopy, waarmee deze beschouwing begon.

Maar het is ook denkbaar dat de eiser zijn vordering baseert op iets anders dan het *égalité*-beginsel. Hij kan stellen dat de aanscherping van de beleidsregel een schending van het vertrouwensbeginsel oplevert omdat jegens hem concrete

17 Voor sterk op nadeelcompensatie gelijkende aansprakelijkheid voor formele wetgeving (opgehangen aan art. 1 Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens; EVRM) zie HR 16 november 2001, ECLI:NL:2001:HR:AD5493, NJ 2002, 469 m.nt. E.A. Alkema, AB 2002, 25 m.nt. P.J.J. van Buuren (*Wet herstructurering varkenshouderij*). Voor strafvorderlijk optreden zie HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003, 615 m.nt. M. Scheltema, AB 2001, 412 m.nt. Th.G. Drupsteen; HR 17 september 2004, ECLI:HR:NL:2004:AO7887, NJ 2005, 392 m.nt. J.B.M. Vranken, AB 2006, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 14 (MvT).

verwachtingen zijn gewekt. Ook al heeft hij daar gelijk in, dat sluit niet uit dat de beleidsregel toch moet worden aangescherpt omdat algemene belangen dat vereisen of wellicht zelfs omdat er een verplichting toe bestaat. De bedrijfstak als geheel zal de aanscherping moeten accepteren, maar enkelingen binnen de bedrijfstak kunnen onevenredig zijn benadeeld. Een vergoedingsplicht kan dan onder omstandigheden worden gebaseerd op schending van het *égalité*-beginsel.<sup>18</sup> Als de eiser die benadering kiest, zal de burgerlijke rechter hem na inwerkingtreding van de nieuwe regeling van nadeelcompensatie in de Awb naar de bestuursrechter verwijzen. Maar in een geval als dit kan de eiser ook proberen de vergoedingsplicht te baseren op schending van het vertrouwensbeginsel. De redenering is dan: de beleidswijziging is op zichzelf wel toelaatbaar, maar het is onrechtmatig (want in strijd met het vertrouwensbeginsel) om haar door te voeren zonder compensatie aan te bieden aan een benadeelde bij wie concrete, te honoreren verwachtingen zijn gewekt. Daar heb je het *égalité*-beginsel niet per se bij nodig.

We mogen verwachten dat de figuur van de 'oneigenlijke rechtmatige daad' een rol blijft spelen in de civiele rechtspraak over de overheidsaansprakelijkheid. Het mede met het oog op de overheidsaansprakelijkheid geschreven artikel 6:168 BW zal daarbij zijn diensten blijven bewijzen. Maar we mogen mijns inziens ook verwachten dat een eiser die zich bij de burgerlijke rechter beroept op schending van het *égalité*-beginsel, wordt verwezen naar de bestuursrechtelijke weg.<sup>19</sup> Daar is de nieuwe regeling van artikel 4:126 Awb voor bedoeld.

Aan deze nieuwe competentiegrens kleven ook nadelen. Soms vordert een eiser schadevergoeding primair wegens een onrechtmatige besluit en subsidiair wegens schending van het *égalité*-beginsel bij een op zichzelf rechtmatig besluit. Die twee gaan dan gelijk op in één procedure. Als dat onder het nieuwe recht gebeurt, rijst de vraag of de burgerlijke rechter de subsidiaire eis niet-ontvankelijk moet verklaren omdat de bestuursrechter exclusief bevoegd is. Uit de nieuwe regeling volgt

18 Een beroemd voorbeeld van een geval waarin een dergelijke redenering werd toegepast, biedt HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0115, AB 1991, 241 m.nt. F.H. van der Burg (*Varkensmester*), waarover P.J.J. van Buuren, 'Varkensmester. Schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen', in: T. Widdershoven e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 18.

19 Deze eiser zal dan een aanvraag voor nadeelcompensatie op grond van het nieuwe art. 4:126 Awb moeten indienen bij het bestuursorgaan. Tegen het daarop genomen besluit staat vervolgens beroep open bij de bestuursrechter. Een belangrijk aandachtspunt voor de eiser zal zijn dat hij zijn stappen goed moet 'timen'. Hij moet voorkomen dat hij eerst een nadeelcompensatiebesluit van het bestuursorgaan aanvraagt en krijgt, vervolgens naar de burgerlijke rechter gaat en daarna probeert naar de bestuursrechter te gaan. Want dan zal hij vrijwel altijd stuiten op het noodlottige feit dat de beroepstermijn tegen het nadeelcompensatiebesluit is verstreken. Hij moet dus in de gaten houden dat hij, wat er ook gebeurt, tegen een nadeelcompensatiebesluit (bezwaar en) beroep aantekent zodra het hem bekend is gemaakt.

mijns inziens dat dit zo is bedoeld. Dan moet de eiser in voorkomende gevallen twee procedures voeren. Eén procedure gaat dan over de onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter. En als daarin zijn vordering wordt afgewezen, kan een andere procedure over het égalité-beginsel worden gevoerd bij de bestuursrechter. Zo wordt een geschil over schade ten gevolge van een en hetzelfde besluit in twee stukken geknipt.<sup>20</sup>

### Conclusie

'In Utopia is er geen plaats voor juristen-volk (...).'<sup>21</sup> Ook deze ware bewering komt uit het preadvies van Rob Meijer, waar ik deze bijdrage mee begon. Daarin bekritiseerde hij het gebrek aan duidelijkheid in de verdeling van rechtsmacht en de wirwar van procedures in de overheidsaansprakelijkheid. Voor zover het om de aansprakelijkheid voor rechtmatige daden gaat, begint er geleidelijk aan een duidelijker systeem te ontstaan, zeker als binnenkort de nieuwe regeling voor nadeelcompensatie in de Awb wordt opgenomen. Daarmee wordt eenheid gebracht in zowel de procedurele aspecten (een uniforme voorziening bij de bestuursrechter) als de materiële (het gecodificeerde égalité-beginsel als algemene grondslag voor nadeelcompensatie).

De wonderbaarlijke figuren die wij hebben geërfd uit het veel complexere verleden, de 'oneigenlijke rechtmatige daad' en zijn bestuursrechtelijke variant het 'onzuivere schadebesluit', zullen niet geheel verdwijnen. Maar zij verdwijnen wel steeds verder naar de achtergrond.

## ONZEKERE EIGENDOM VAN LAND: HOE PAKKEN WE DAT AAN?

Wouter Snijders

### Inleiding

Degene die met deze bundel wordt geëerd, ken ik vooral uit de periode dat wij bezig waren het Burgerlijk Wetboek (BW) van 1992 zijn definitieve vorm te geven. Aan onze toenmalige samenwerking bewaar ik veel goede herinneringen. De opzet van deze bundel betreft evenwel in de eerste plaats de tijd die daarop volgde. Ik kende hem toen als een uitnemend cassatieadvocaat, maar de afstand tussen ons werd daardoor groter. Iets schrijven over een door hem uitgelokt arrest dat ik meegewezen heb of uit de raadkamer ken, vind ik moeilijk. Maar het arrest dat ik heb toegedeeld gekregen, geeft mij aanleiding tot overpeinzingen die meer met algemene maatschappelijke aspecten en wetgeving te maken hebben dan met rechtspraak, wat mij in dit geval passend lijkt. Het gaat om een Arubaanse zaak, te weten HR 20 juni 1997, NJ 1999, 301. Die zaak lijkt juridisch nauwelijks meer interessant. Het ging om een kwestie van verjaring naar een rechtsstelsel dat nu noch in Aruba, noch in Nederland nog bestaat. Maar de casus is interessanter dan het arrest.

### Luidens c.s./Aruba: de casus

Die casus voert ons terug naar wat het cassatiemiddel de 'pioniersperiode' op Aruba noemt. In die periode heeft wijlen Richard Luidens, rechtsvoorganger van Antonia Luidens en een tachtigtal anderen (hierna: Luidens c.s.), bij een grondbrief van 15 februari 1841 een concessie gekregen voor een stuk op dat eiland gelegen grond van 5000 m<sup>2</sup>. In 1867 is een tweede concessie gevolgd voor een stuk grond van 52 m<sup>2</sup>. Dergelijke concessies gaan ervan uit dat de grond in beginsel eigendom van de overheid is, zoals op Aruba het geval was, en dat het dus de overheid is die de grond voor ontginning uitgeeft aan de gebruikers. Richard Luidens heeft zijn door de concessies verkregen terrein door occupatie tot ruim 38 ha uitgebreid, daarop landbouw en veeteelt beoefend en het terrein omheind met stenen

<sup>20</sup> Hierover ook Ch.W. Backes, *Suum cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (inaug. rede Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 29.

<sup>21</sup> R.S. Meijer 1988, p. 112.