

# Overheidsaansprakelijkheid anno 2018: de stand van de rechtsontwikkeling

O&A 2018/23

Sinds de oprichting van dit blad in 2002 verschenen eens in de vijf jaar overzichten van ontwikkelingen in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Na de overzichten uit 2002, 2008 en 2013 is het weer tijd om de balans op te maken van de afgelopen vijf jaren. Dit nummer biedt een overzicht van de voornaamste ontwikkelingen op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid in de rechtspraak en wetgeving gedurende de periode 2013-2018.

## 1. Inleiding

De vorige verslagperiode stond sterk in het teken van aanstaande wetgeving: de Wet schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten en de Wet nadeelcompensatie. De eerste wet zou op 1 juli 2013, kort na het verschijnen van het laatste overzichtsnummer, in werking treden. Inmiddels verschijnt er met enige regelmaat interessante rechtspraak over deze titel, waarvan de belangrijkste in par. 2 is weergegeven. Rechtspraak over titel 4.5, de Wet nadeelcompensatie, is er echter nog niet. Over de Wet nadeelcompensatie verwachtten we reeds in 2013 dat haar inwerkingtreding nog wel even op zich zou laten wachten, al spraken we wel de hoop uit dat een geldende titel 4.5 Awb in 2018 haalbaar zou blijken. Die hoop is niet uitgekomen, al lijken we, zoals uit par. 6 zal blijken, daarop nu echt niet lang meer te hoeven wachten. Wordt vervolgd dus. In dit nummer is natuurlijk ook aandacht voor de traditionele thema's binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht. In de inhoudsopgave, op de pagina links van deze, staan ze opgesomd.

Zelfs in dit overzichtsnummer, dat het vorige in omvang ruimschoots overtreft, moeten we sommige onderwerpen links laten liggen. Zo besteden we geen aandacht aan het onteigeningsrecht<sup>2</sup> en de aansprakelijkheid voor het opleggen van gedoogplichten.<sup>3</sup> Ook is er geen aandacht voor de veel opzien barend civiele rechtspraak over de aansprakelijkheid van de staat voor gedragingen uit het verre verleden, zoals misdrijven in voormalig Nederlands-Indië en de bloedige beëindiging van de kaping van een trein bij De Punt.<sup>4</sup> Deze rechtspraak bleef in dit blad niet onbesproken, maar komt in dit nummer verder niet aan bod. Ook een van de grote actuele dossiers, de aansprakelijkheid voor de gaswinning in Groningen, kunnen we op deze plek slechts noemen. Ten tijde van het verschijnen van het vorige overzichtsnummer leek dit nog vooral een civielrechtelijke aangelegenheid, gericht op de aansprakelijkheid van de (privaatrechtelijke) exploitant van het Groninger gasveld, de Nederlandse Aardolie Maatschappij. Inmiddels is ook de rol van de Staat volop in beeld, niet alleen als mogelijk aansprakelijke partij, maar ook als schadeafhandelaar op basis van het nieuwe schadeprotocol, dat ertoe leidt dat tegen beslissingen op aanvragen om schadevergoeding bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Dit dossier zal de juridische gemoederen ook de komende jaren bezighouden, maar voor uitvoerige beschouwingen verwijzen we naar de literatuur die daarover onder meer in dit blad verscheen.<sup>5</sup> De reeds grote omvang van dit nummer rechtvaardigde dat we deze keer ook de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet aan bod laten komen. Ook op dit terrein is het nodige gebeurd; zo kan worden gewezen op de verwerping door de Eerste Kamer (met slechts één stem verschil) van het wetsvoorstel dat ertoe strekt om de strafrechtelijke immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidingge-

1 Prof. mr. B.J. van Ettekoen is voorzitter van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State en hoogleraar staats- en bestuursrecht, in het bijzonder bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam; prof. mr. J.E.M. Polak is staatsraad bij de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State en hoogleraar algemeen bestuursrecht aan de Universiteit Leiden; prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels is staatsraad bij de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State en hoogleraar Onderneming en overheid aan de Radboud Universiteit Nijmegen; prof. mr. T. Hartlief is advocaat-generaal bij de Hoge Raad en hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht; prof. mr. B.J. Schueller is staatsraad bij de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State en hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder omgevingsrecht, aan de Universiteit Utrecht; prof. mr. R.J.B. Schutgens is hoogleraar Algemeene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit en rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Gelderland; mr. dr. M.K.G. Tjepkema is unithoofd van de Kennisunit van de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State, universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Den Haag; prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat-generaal voor het bestuursrecht bij de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De auteurs leverden hun bijdrage aan dit nummer op persoonlijke titel. De auteurs danken J. Esser, J. Ruitenburg en M. El-Shebinly voor hun ondersteuning bij het schrijven van deze bijdrage.

2 Zie daarover in de afgelopen periode J.R. Vermeulen & J.S. Procee, 'Weg is weg: eliminatie van bestemmingen bij waardebepalingen van het onteigende', *O&A* 2013/61, J.A.M.A. Sluysmans, 'Verleden en toekomst van de deskundige in het onteigeningsrecht', *O&A* 2015/89, F.A. Mulder, 'Elimineren na 15 januari 2016', *O&A* 2016/28, H.A. Zeilmaker & J. Hagelaars, 'De bodem van bijzondere (on)geschiktheid bij onteigening: de combinatie van eigenschap en voordeel', *O&A* 2016/54 en J.A.M.A. Sluysmans en K. van Ettekoen, noot bij ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2275, *O&A* 2017/92 (*Windturbines*).

3 Zie daarover in dit blad H. Zeilmaker & J. Hagelaars, 'Een eenduidige regeling voor alle gedoogplichten in de Omgevingswet', *O&A* 2017/67.

4 Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:701 (*Verkrachting Java*) en Rb. Den Haag 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:782 (*Kaping De Punt*). Zie naar aanleiding van de *Srebrenica*-arrest van het Hof Den Haag (27 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761) O. Spijkers, 'Staatsaansprakelijkheid voor Srebrenica', *O&A* 2014/24. Zie over verjaringsaspecten in zaken uit het (min of meer verre) verleden: J.H.M. van Swaaij, 'Verjaring van rechtsvorderingen tot vergoeding van schade: (waar) ruimte voor derogerende werking van redelijkheid en billijkheid?', *O&A* 2017/3.

5 K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'Aardbevingsschadevergoedingsprocedures van privaot naar publiek', *O&A* 2018/2, R.D. Lubach, 'Verhaal van schade door gaswinning', *O&A* 2014/2 en J.E. van de Bunt & M.K.G. Tjepkema, 'Een nieuw schadeprotocol voor de mijnbouwschade in Groningen', *NJB* 2018 (p. 792 e.v.).

venden op te heffen.<sup>6</sup> Voorlopig geldt de bekende *Pikmeer- en Volkel*-jurisprudentie dus nog onverkort. Op zeer korte termijn zullen we in ons blad een overzicht bieden van deze en andere relevante ontwikkelingen in het strafrecht van de afgelopen jaren.

Ook de afgelopen periode verschenen er weer interessante proefschriften. We noemen proefschriften van Di Bella (causaliteit, relativiteit en toerekening bij onrechtmatige besluiten), Den Hollander (relativiteit van wettelijke normen) Van de Bunt (rampenfondsen), Van Doorn-Hoekveld (nadeelcompensatie bij de management van overstromingsrisico's) en Hoops (de rechtvaardiging van onteigeningen).<sup>7</sup> Andere proefschriften bevatten eveneens uitvoerige beschouwingen over overheidsaansprakelijkheid; zie bijvoorbeeld de boeken van De Kam (intrekking van begunstigende beschikkingen) en Sanderink (omgevingsrecht in EVRM-perspectief).<sup>8</sup> Sluysmans hield voorts een oratie over het recht op onteigening.<sup>9</sup> Ook verschenen ook nog enkele kloeke bundels met tal van opstellen over aansprakelijkheid, waaronder enkele *libri amicorum*: voor Bruno van Ravels,<sup>10</sup> Dick Lubach<sup>11</sup> en Co van Zundert.<sup>12</sup> Voorts kwam eind 2015 uit, ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het arrest *Guldmond/Noordwijkerhout*, de bundel *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, een samenwerking tussen de Radboud Universiteit en de Hoge Raad.<sup>13</sup> We kunnen naar de talrijke en zeer verscheiden bijdragen uit deze bundels hier niet telkens verwijzen, wat niet wegneemt dat het gaat om verplichte kost voor iedereen die geïnteresseerd is in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Dat geldt ook voor de bekende bundel *AB Klassiek*, waarvan in 2016 een jubileumuitgave verscheen, en voor *JB Select*. Beide boeken bevatten

verschillende stukken die uitgebreider op de thema's uit dit overzichtsnummer ingaan.<sup>14</sup>

Tot slot nog een enkel woord over externe rechtsvergelijking. Daarvoor is men in dit overzichtsnummer aan het verkeerde adres, maar in die behoefte wordt elders ruimschoots voorzien, namelijk in het werk *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, onder redactie van Ken Oliphant.<sup>15</sup> Dit boek is het product van een werkgroep van de European Group on Tort Law (EGTL), die sinds 2011 bezig is geweest met dit project. In het boek vindt de lezer de contouren van de stelsels van overheidsaansprakelijkheid voor de landen Oostenrijk, België, Tsjechië, Denemarken, Engeland/Wales, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Israël, Italië, Nederland, Noorwegen, Polen, Portugal, Zuid-Afrika, Spanje, Zwitserland en de Verenigde Staten. Het boek wordt afgesloten met een slotbeschouwing van Ken Oliphant, waarin enige rode draden worden getrokken. De EGTL acht het wenselijk om op termijn tot algemene principes te komen. Tal van ontwikkelingen op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid zouden dit rechtvaardigen: het groeiende belang van dit rechtsgebied in de nationale rechtsstelsels in Europa en elders, de steeds uitdijende lidstaataansprakelijkheid voor schending van EU-recht en de steeds grotere invloed van beslissingen van het EHRM op nationale niveau. Een voorstel voor een algemene regeling of meer algemene principes treft men in het boek echter niet aan; daarvoor achtte de EGTL de onderzochte stelsels te divers van aard.

## 2. Onrechtmatige besluiten

### 2.1 Onrechtmatigheid en formele rechtskracht

In de "knip-uitspraak" van de grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van 2 augustus 2017, die in par. 3 nog uitvoerig ter sprake zal komen, speelde niet alleen de vraag naar de bevoegdheid van de bestuursrechter, maar ook de vraag of een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht moest worden gemaakt of dat van de rechtmatigheid van het aan Interbest schade toebrengende Tracébesluit moest worden uitgegaan, nu Interbest haar daartegen bij de Afdeling bestuursrechtspraak ingestelde beroep had ingetrokken en dat besluit dus onherroepelijk was geworden. Ook in deze kroniekperiode houden de hoogste rechters vast aan de leer van de formele rechtskracht en aan het slechts in beperkte mate maken van uitzonderingen daarop. Ook in dit geval werd geen uitzondering aanwezig geacht. Interbest betoogde dat er wel reden was voor een uitzondering, omdat zij haar beroep had ingetrokken in het gerechtvaardigde vertrouwen dat de minister zijn toezegging zou nakomen dat in het Tracébesluit geen maatregelen worden opgenomen die de zichtbaarheid van haar reclamemasten zouden verminde-

6 Zie daarover in dit blad H. Kummeling & M. Vetzo, 'Opheffing strafrechtelijke immuniteiten verworpen door de Eerste Kamer', *O&A* 2016/30. Zie ook A.P.W. Duijkersloot, 'Bestrafing van de overheid: stand van zaken sinds 2010', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2016, nr. 2/3.

7 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Leiden: E.M. Meijers Instituut 2014; P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: BJU 2016; J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016; W.J. van Doorn-Hoekveld, *Distributional Effects of EU Flood Risk Management and the Law: The Netherlands, Flanders and France as case studies*, (diss. Utrecht), Utrecht University 2018; B. Hoops, *The legitimate justification of expropriation*, (diss. Groningen), University of Groningen 2017.

8 B. de Kam, *De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016; D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht*, (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

9 J.A.M.A. Sluysmans, *Recht op onteigening* (2013), besproken door I.P.A. van Heijst, *O&A* 2014/3. Zie voorts J.A.M.A. Sluysmans, S. Verbist & E. Waring (eds.), *Expropriation Law in Europe*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

10 T.W. Franssen, R.D. Harteman, B.J.P.G. Roozendaal, D. van Tilborg & G.A. van der Veen (red.), *Op het grensvlak. Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels*, Den Haag: IBR 2014, p. 95-104 (hierna: Van Ravels-bundel, besproken door G.C.W. van der Feltz in *O&A* 2015/57).

11 A.G. Bregman, H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening: Opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach* (Lubach-bundel), Den Haag: IBR 2014.

12 M. van der Heiden, *Co & Co. Liber amicorum, aangeboden aan Dr. J.W. van Zundert*, Kluwer 2013.

13 R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 165-178.

14 T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016 en R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select*, Den Haag: Sdu 2014.

15 Intersentia 2016. Zie hierover nader A.L.M. Keirse & R. Ortlepp, 'Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', *O&A* 2017/2 (p. 15-26). In 2016 verscheen voorts een Franstalig boekwerk met veel aandacht voor rechtsvergelijking: *La responsabilité de la puissance publique* (éd. A. Antoine en T. Olson), zie nader *O&A* 2017/1.

ren. Maar die toezegging betrof niet de in het Tracébesluit voorziene ligging van het spoorviaduct, zodat de daardoor ontstane schade als gevolg van het onherroepelijk besluit geacht moest worden rechtmatig aan Interbest te zijn toegebracht.

Een mogelijke uitzondering is wel aan de orde als de overheid de onrechtmatigheid van het onherroepelijke besluit erkent. Maar ook dat is niet een uitzondering zonder complicaties.<sup>16</sup> In een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 18 februari 2015<sup>17</sup> zet de Raad onder verwijzing naar de rechtspraak van de Hoge Raad uiteen, dat erkenning aan de orde is als deze de vorm heeft gekregen van de intrekking van een besluit dat als reden voor de intrekking de onjuistheid van het eerdere (onaantastbaar geworden) besluit vermeldt. Hier was de reden voor de intrekking gelegen in buitenwettelijk begunstigend beleid dat ten tijde van het onherroepelijk besluit nog niet gold, zodat het herzieningsbesluit geen impliciete erkenning van de onrechtmatigheid van het eerdere besluit inhield en er dus geen reden was om een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht aan te nemen. Dit sluit aan bij het aan het begin van deze kroniekperiode gewezen arrest van de Hoge Raad van 21 juli 2013, dat ging over de kwijtschelding van een douaneschuld. Indien een bestuursorgaan een besluit intrekt of herroept onder mededeling dat dat dit geschiedt omdat het besluit onjuist is, of anderszins erkent dat een besluit onrechtmatig is, komt aan het ingetrokken besluit geen formele rechtskracht toe, aldus de Hoge Raad. De burgerlijke rechter behoort dan de onjuistheid van een besluit tot uitgangspunt te nemen bij de beoordeling van een vordering die is gegrond op de onrechtmatigheid van het bestuursorgaan bij het nemen van het besluit. Indien een zodanige mededeling of erkenning niet is gedaan, hangt het, zo vervolgt de Hoge Raad, af van de redenen van de intrekking of herroeping en de omstandigheden waaronder het primaire besluit tot stand is gekomen of dat besluit onrechtmatig is. Als de intrekking of herroeping is gedaan vanwege onjuiste wetsuitleg is de onrechtmatigheid gegeven. Maar in dit geval had de inspecteur bij de intrekking aansluiting willen zoeken bij het oordeel van de Europese commissie dat er bijzondere omstandigheden waren en daarmee was de onrechtmatigheid niet erkend en was er dus geen reden voor een uitzondering op de formele rechtskracht.<sup>18</sup>

Wordt dus aan het beginsel van de formele rechtskracht in het overheidsaansprakelijkheidsrecht stevig vast gehouden, dat betekent niet dat de burgerlijke rechter bij de beoordeling van een kwestie die niet de geldigheid van het besluit betreft, is gebonden aan de inhoudelijke overwegingen die ten grondslag liggen aan het oordeel van de bestuursrechter

over dat besluit. Dat oordeel van de Hoge Raad is te vinden in het arrest over de vaststelling van de schadeloosstelling door de burgerlijke rechter na de (afstandelijke en niet tot vernietiging leidende) toetsing door de Afdeling bestuursrechtspraak van het onteigeningsbesluit van SNS Reaal en SNS Bank. De Hoge Raad wijst voor dit goed te volgen oordeel ook op het duale stelsel van de wet financieel toezicht met zijn versnelde procedure van de onteigeningstitel bij de Afdeling en de aparte schadevergoedingsprocedure bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam.<sup>19</sup>

Ook moet steeds goed worden bedacht dat de formele rechtskracht in beginsel alleen geldt, tegenover een partij die bestuursrechtelijk in beroep kon komen en dus niet tegen een niet belanghebbende die – zo leert de Hoge Raad – soms wel degelijk kans maakt op schadevergoeding. Men kan de uitspraak van de Hoge Raad waarin het landelijk bureau Bibob aansprakelijk werd gehouden voor een uitgebracht onzorgvuldig bibob-advies dat geleid had tot weigering van exploitatievergunningen voor de uitoefening van prostitutie als een soort spiegelbeeldige situatie hiervan zien. Hier vorderde eiser die daarvoor met succes tegen die door de gemeente geweigerde vergunningen had geprocedeerd bij de bestuursrechter, vervolgens de proceskosten die hij in de procedure had gemaakt van de Staat. Hij had zijn proceskosten van de gemeente op grond van het forfaitaire systeem van artikel 8:75 Awb in de bestuursrechtelijke procedure maar beperkt toegewezen gekregen. Van de gemeente kon hij deze kosten niet met succes langs civielrechtelijke weg claimen, want in die relatie heeft artikel 8:75 Awb een exclusief karakter. Maar van de Staat die hoofdelijk aansprakelijk was vanwege het onzorgvuldig advies van het landelijk bureau Bibob kon hij volgens de Hoge Raad en anders dan het Hof had geoordeeld, deze weer wel met succes claimen.<sup>20</sup>

De leer van de formele rechtskracht is ooit, in de klassieker Heesch-van den Akker in 1986,<sup>21</sup> ontwikkeld om een goede afstemming tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter te verzekeren. Daarbij gaat het er dan vooral om dat de burgerlijke rechter de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure over de al dan niet rechtmatigheid van besluiten tot uitgangspunt neemt, als hij met een vordering tot schadevergoeding wordt geconfronteerd.<sup>22</sup> Eerst later is de bestuursrechter zich zelf ook met schadevergoeding met

16 Cbb 23 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:67.

17 CrvB 18 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:437, AB 2015/236, m.nt. R. Ortlep. Zie voor een geval waarin wel erkenning geacht werd te hebben plaats gevonden de uitspraak van de CrvB van zes dagen later, ECLI:NL:CRVB:2015:543, vermeld in de kroniek van T.W. Franssen, B.J.P.G. Roozendaal & S.A.L. van de Sande, *NTB* 2015/35, i.h.b. noot 40. Zie voorts J.A.M. van Angeren, 'De gevolgen van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht voor de positie van de burgerlijke rechter', *O&A* 2013/60.

18 HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1705, *NJ* 2013/422, m.nt. J. Zwemmer.

19 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, AB 2016/343 m.nt. G.A. van der Veen; *NJ* 2015/361, m.nt. J.W. Winter.

20 HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1212, AB 2015/177, m.nt. C.N.J. Kortmann; *NJ* 2014/387, m.nt. S.D. Lindenbergh. Zie over de bevoegdheid van de civiele rechter bij een vordering die strekt tot vergoeding van bovenforfaitaire proceskosten de noot van Mans bij HR 29 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1456, *O&A* 2014/28.

21 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9347, AB 1986/573, m.nt. F.H. van der Burg; *NJ* 1986/723, m.nt. M. van der Scheltema (*Heesch/v.d. Akker*), zie uitgebreid *AB*-klassiek, noot 9 van J.E.M. Polak, p. 131-150.

22 Dat dat niet altijd betekent dat de burgerlijke rechter kan wegblijven van bestuursrechtelijke vragen, leert onder meer het arrest van de Hoge Raad van 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2563, waarin de Hoge Raad oordeelt over de vraag wat moet worden verstaan onder het in omgevingsrechtelijke begrip "wegbestemmen" van een woning in een bestemmingsplan en daarbij onder meer op grond van de parlementaire stukken bij de Omgevingswet tot een voor de eisende partijen gunstiger ruimere uitleg komt dan het gerechtshof was gekomen.

betrekking tot onrechtmatige besluiten gaan bezighouden. En dan geldt juist andersom dat de bestuursrechter zich bij zijn benadering richt naar de maatstaven die de burgerlijke rechter in het kader van artikel 6:162 BW aanlegt. Dat gaat zelfs zover dat de bestuursrechter als bekend zelf ook de leer van de formele rechtskracht hanteert als hij over schadevergoeding moet oordelen op basis van een gesteld onrechtmatig besluit. Deze kroniekperiode laat verschillende uitspraken van de bestuursrechter op grond van het nieuwe artikel 8:88 Awb zien waarbij het verzoek afwijst omdat het besluit dat de schade veroorzaakt heeft niet als onrechtmatig heeft te gelden. Of het besluit onrechtmatig is, wordt in beginsel niet onderzocht in de procedure over het verzoek om schadevergoeding.<sup>23</sup> Een verzoek heeft dus alleen kans van slagen als kan worden uitgegaan van de onrechtmatigheid op grond van de uitkomst van de eerdere procedure over het schadeveroorzakende besluit. Dat is in wezen toepassing van de leer van de formele rechtskracht, maar dan door de bestuursrechter. De hiervoor besproken knip-uitspraak van de grote kamer van de Afdeling van 2 augustus 2016 is daarvan een goed voorbeeld, maar die uitspraak staat wat dat betreft in deze kroniekperiode bepaald niet alleen.<sup>24</sup>

Ook als het gaat om de aansprakelijkheid voor het niet tijdig nemen van besluiten volgt de bestuursrechter de lijn van de burgerlijke rechter<sup>25</sup> dat de enkele overschrijding van gestelde termijnen nog geen onrechtmatige daad oplevert, maar dat voor het oordeel dat de overheid door niet tijdige besluitvorming onzorgvuldig heeft gehandeld bijkomende omstandigheden nodig zijn.<sup>26</sup>

Soms leidt niet tijdig beslissen tot fictief positief beslissen: de vergunning van rechtswege. Dat leidde in de kroniekperiode tot hierna nog te bespreken arrest van 8 juli 2016 over de vraag of de wettelijke beslistermijnen ook strekken tot bescherming van belanghebbenden als bedoeld in artikel 1:2 Awb. Zo te zien behandelt de Hoge Raad dit fenomeen echter niet als een species van het niet tijdig beslissen, maar gaat het veeleer om de vraag in hoeverre de overheid door niet duidelijk te maken dat fictief een vergunning is verleend onrechtmatig heeft gehandeld en zo te zien is dat vrij snel aan de orde. Kortmann zet terecht uiteen dat daarmee de vervolgvraag in hoeverre eiser dan ook zelf boter op zijn

hoofd heeft door niet zelf te onderzoeken of er inmiddels een vergunning was, nog aan de orde zal moeten komen.<sup>27</sup>

## 2.2 Causaal verband

Aan het causaliteitsvereiste wordt bij besluiten aansprakelijkheid toegekomen als van de onrechtmatigheid van een besluit moet worden uitgegaan, wat zich voordoet als een besluit door de bestuursrechter is vernietigd of vanwege een rechtmatigheidsgebrek in bezwaar is herroepen.<sup>28</sup> In die laatste situatie staat weliswaar vast dat een besluit onrechtmatig is, maar daarmee is vaak nog weinig gezegd over het antwoord op de vraag of en zo ja welke schade het gevolg is van dat onrechtmatige besluit. Immers, aan een besluit moge dan wel een rechtmatigheidsgebrek kleven, dat wil niet zeggen dat niet een besluit van materieel dezelfde inhoud had kunnen of alsnog kan worden genomen. De eigen aard van het bestuursprocesrecht brengt met zich dat na herroeping in bezwaar wegens een rechtmatigheidsgebrek of een vernietiging door de bestuursrechter weliswaar vaststaat dat het besluit zo niet kon, maar daarmee staat vaak nog niet vast dat een besluit met dezelfde materiele inhoud niet kon en als dat wel het geval is, welk besluit wel moest worden of kon worden genomen. En dat maakt het vaak lastig vast te stellen wat het causaal verband is tussen de geconstateerde onrechtmatigheid en de gestelde schade. Gezien die complexiteit was in onze 2013-kroniek de paragraaf over het vereiste van causaal verband bij besluiten aansprakelijkheid van een aantrekkelijke beknoptheid. Zo beknopt kan het deze keer niet, want in de afgelopen periode heeft zich een belangwekkende ontwikkeling voltrokken die op het volgende neerkomt.

De Afdeling bestuursrechtspraak hanteerde sinds bekende uitspraken van 15 december 2004 als criterium dat indien het bestuursorgaan ten tijde van het nemen van een onrechtmatig besluit een rechtmatig besluit *had kunnen nemen*, dat naar aard en omvang dezelfde schade tot gevolg zou hebben, het causaal verband tussen het onrechtmatige besluit en de schade ontbreekt.<sup>29</sup> Wel was het aan het bestuursorgaan om aannemelijk te maken dat dat het geval was. Daarop bestond in de literatuur kritiek, vooral van Kortmann, die betoogde dat niet beslissend zou moeten zijn of het bestuursorgaan zo'n besluit had kunnen nemen, maar dat het dat ook daadwerkelijk zou hebben genomen.<sup>30</sup> En ere wie ere toekomt, de hier bedoelde rechtsontwikkeling heeft zich in de door hem bepleite zin voltrokken. Wat hielp was dat de Hoge Raad gedwongen werd zich hierover op 3 juni 2016 uit te spreken in het arrest *Hengelo/Wevers*.<sup>31</sup>

23 Afgezien van een eventuele uitzondering op de formele rechtskracht.

24 Zie bijv. de uitspraken ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:579, van 19 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:979, van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2906 en van 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2016:2532.

25 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040, AB 2012/382, m.nt. S.M. Peek; NJ 2011/6, m.nt. M.R. Mok; HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5980, NJ 2011/527, m.nt. M.R. Mok en HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, AB 2014/15, m.nt. C.N.J. Kortmann, die er onder meer terecht op wijst dat het terughoudende aansprakelijkheids criterium op gespannen voet staat met de bestuursrechtelijke tendens de overheid tot naleving van strakke termijnen te dwingen door bijv. de wet dwangsom niet tijdig beslissen.

26 ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:476, AB 2016/396, m.nt. C.N.J. Kortmann; ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1390; ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2609.

27 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1454, AB 2017/4, m.nt. C.N.J. Kortmann. Zie over aansprakelijkheid voor fictieve vergunningverlening ook ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9918 en ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:507.

28 Over herroeping in bezwaar en onrechtmatigheid: CRvB 3 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:459, JB 2016/81, m.nt. C.N.J. Kortmann.

29 ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7586, AB 2005/54, m.nt. A.A.J. de Gier (*Meerssen*) en ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587 (*Nagtegaal/Ameland*).

30 C.N.J. Kortmann, 'Pandora revisited. Twee principiële uitspraken over causaal verband bij vernietigde besluiten', *Gst.* 2005/73 (p. 7229).

31 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, AB 2017/232, m.nt. L. Di Bella; JB 2016/129, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Hengelo/Wevers*).

Wevers had in 1994 een milieuvergunning gekregen voor een stoeterij, maar die vergunning werd door de Afdeling bestuursrechtspraak vernietigd omdat er geen ammoniakreductieplan was vastgesteld. Ook een aantal andere daarna verleende milieuvergunningen werden vernietigd, maar ten slotte haalde toch een vergunning de eindstreep wel. Deze werd onherroepelijk in oktober 2003. Wevers vordert dan vertragingsschade. De gemeente verweert zich onder meer door een beroep te doen op het hiervoor vermelde causaliteitscriterium van de Afdeling in de december-2004 uitspraken. De gemeente had, zo voert zij aan, ook een rechtmatig besluit kunnen nemen wat tenminste dezelfde schade had veroorzaakt, zij had er namelijk voor kunnen kiezen geen vergunning te verlenen, want er bestond voor haar geen verplichting die te verlenen. Maar de Hoge Raad gaat daarin niet mee. Eerst herhaalt hij een eerder bij begunstigende besluiten gebezigde overweging dat degene die een vergunning verkrijgt ervan mag uitgaan dat zijn besluit overeenkomstig de wet is genomen en dus niet aan vernietiging bloot staat.<sup>32</sup> Deze kan dus in beginsel aanspraak maken op schadevergoeding die hij lijdt als deze vergunning wel wordt vernietigd door de bestuursrechter. Daarmee is de eerste stap, namelijk het vaststellen van de onrechtmatigheid van het handelen van de gemeente gezet. Maar dan komt de voor het vereiste van causaliteit relevante toevoeging “indien het bestuursorgaan ook een begunstigend besluit zou hebben genomen, indien het wel overeenkomstig de wet zou hebben beslist”. Daarmee is dus niet alleen van belang wat het bestuursorgaan zou kunnen doen, maar vooral ook wat het zou hebben gedaan. Voor het antwoord op de vraag wat het zou hebben gedaan mag in beginsel worden uitgegaan van het besluit dat het daadwerkelijk na de vernietiging heeft genomen, aangenomen dat dat besluit de eindstreep haalt of heeft gehaald. Maar – zo voegt de Hoge Raad er nog aan toe – dat antwoord kan ook uit andere omstandigheden worden afgeleid.

De Afdeling volgt het arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2016 al in de uitspraak *Biolicious/Stadsdeel Oost Amsterdam* van 28 december 2016, ook al ging die zaak niet om schade die betrokkenen had geleden door een voor deze begunstigend besluit, maar een voor deze juist nadelig besluit.<sup>33</sup> De winkelier in biologische producten Biolicious stelde schade te hebben geleden door het onrechtmatige, inmiddels vernietigde besluit tot instelling van een zogenoemde uitgezonderde markt, die naar Biolicious stelde aldus ruim een half jaar in de omgeving van diens winkel onrechtmatig de concurrentieverhoudingen had verstoord. De Afdeling omarmt dan met de volgende zinnen hetzelfde criterium als de Hoge Raad en doet daarmee afstand van haar eigen causaliteitscriterium uit 2004 (cursivering redactie):

32 De Hoge Raad noemt in dat verband zelf twee van zijn eigen standaardarresten: HR 15 juni 1979, ECLI:NL:PHR:1979:AC4193, AB 1979/528, m.nt. J.R. Stellinga; NJ 1980/261, m.nt. M. Scheltema (*Grubbenvorst/Caldenbroich*) en HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2598, AB 2009/320, m.nt. G.A. van der Veen; NJ 2009/515, m.nt. M.R. Mok (*Barneveld/Sierkstra*).

33 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, AB 2017/88, m.nt. C.N.J. Kortmann, O&A 2017/6, m.nt. Di Bella en Van der Grinten.

“In aansluiting op het arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1112) overweegt de Afdeling het volgende. Omdat het besluit van 4 september 2012 (onherroepelijk) is vernietigd, kan Biolicious op grond van onrechtmatige daad aanspraak maken op vergoeding van schade die zij daardoor lijdt. Indien aannemelijk is dat het algemeen bestuur een rechtmatig besluit *zou hebben*) genomen dat naar aard en omvang dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad, dan heeft Biolicious geen schade geleden door het besluit van 4 september 2012. Dat een dergelijk besluit zou zijn genomen, zal in beginsel kunnen worden aangenomen, als het bestuur, na vernietiging opnieuw beslist en een vergelijkbare markt instelt en dat besluit onherroepelijk wordt, maar kan ook worden afgeleid uit andere omstandigheden. Anders dan Biolicious betoogt, is dus *niet* maatgevend of het algemeen bestuur rechtmatig een uitgezonderde markt *had kunnen* instellen, maar of het een markt (...) *had kunnen instellen en aannemelijk is dat het dat ook zou hebben gedaan.*”

Die laatste overweging maakt duidelijk dat het criterium uit 2004 in zoverre van belang blijft dat het bestuur, wil een causaliteitsverweer succesvol zijn, natuurlijk wel aannemelijk moet blijven maken dat het een rechtmatig besluit met dezelfde schade tot gevolg had kunnen nemen.<sup>34</sup> Maar dat is niet langer voldoende. Daaraan is nu toegevoegd, dat het bestuur voor een geslaagd causaliteitsverweer in een situatie dat de onrechtmatigheid van een besluit een gegeven is, ook aannemelijk moet maken dat het zo'n rechtmatig besluit ook daadwerkelijk zou hebben genomen. En voor die aannemelijkheid blijft natuurlijk van belang of het dat inmiddels daadwerkelijk gedaan heeft, want dat maakt in beginsel aannemelijk dat het een dergelijk besluit ook zou hebben genomen, terwijl als het inmiddels onherroepelijk is, ook van de rechtmatigheid daarvan kan worden uitgegaan. Nauwelijks twee weken na deze uitspraak van de Afdeling maakte de Hoge Raad eens te meer duidelijk dat hij het causaliteitscriterium van de Afdeling uit 2004 niet volgt en wel in het arrest *UWV/X*, dat anders dan *Hengelo/Wevers* (maar net als *Biolicious*!) ziet op een voor de betrokkene ongunstig besluit. Omdat dit arrest een aantal algemeen regels geeft voor de besluitenansprakelijkheid in die situatie geven wij het uitvoerig weer.

“Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zal in de regel dan slechts aan de orde zijn na vernietiging,

34 De Afdeling heeft dan ook dat vereiste na de *Biolicious*-uitspraak regelmatig opgenomen, naast het sinds die uitspraak tevens geldende criterium dat het bestuursorgaan aannemelijk moet maken dat zij zo'n rechtmatig besluit ook zou hebben genomen. Het lijkt erop dat het herhalen van ook dat oude en dus in zoverre nog niet achterhaalde criterium in de literatuur tot het misverstand heeft geleid, dat zij het nieuwe in de zaak-*Wevers* door de Hoge Raad gehanteerde criterium na de *Biolicious*-uitspraak niet consequent toepaste: zie de *NTB*-kroniek Overheidsaansprakelijkheid van T.W. Franssen & S.A.L. van de Sande, *NTB* 2017/26 (p. 222) rechterkolom, die veronderstellen dat de Afdeling pas op 31 mei 2017 het nieuwe criterium aanvaardde en in de tussentijd slordige uitspraken zou hebben gedaan. Maar uit uitspraken waarnaar zij verwijzen blijkt dat de Afdeling daarin ook het nieuwe criterium toepaste.

intrekking of herroeping van het besluit, die in beginsel in verband met het beginsel van de formele rechtskracht nodig is voor de vaststelling van de onrechtmatigheid van het besluit. Moet het bestuursorgaan na vernietiging, intrekking of herroeping opnieuw een besluit nemen, dan hangt het af van de inhoud ervan of het eerdere onrechtmatige besluit tot schade heeft geleid. Dat is niet het geval als het nieuwe besluit rechtmatig is en een beslissing volgt die tot hetzelfde rechtsgevolg leidt als het eerdere besluit, voor zover het gaat om schade die veroorzaakt wordt door dat rechtsgevolg. In het feit dat het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen, kan daarom voor de rechter grond zijn gelegen voor afwijzing van een op de onrechtmatigheid van het eerdere besluit gebaseerde schadevergoedingsvordering. Voor zover het gaat om andere schade dan schade die veroorzaakt wordt door het rechtsgevolg van het besluit, en waarvan de vergoedbaarheid daarom niet afhankelijk is van een nieuw besluit, geldt met betrekking tot het causaal verband het volgende. In de gevallen waarin het bestaan van een causaal verband tussen een onrechtmatig besluit en schade niet afhankelijk is van een nieuw besluit dient het bestaan van dat verband te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist (of gehandeld) indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen. *Het causale verband als bedoeld in artikel 6:162 lid 1 BW, waar het hier om gaat, moet immers worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige situatie achterwege was gebleven. Niet juist is de door het middel verdedigde opvatting dat indien het bestuursorgaan ten tijde van het nemen van het onrechtmatige besluit een rechtmatig besluit had kunnen nemen dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben, causaal verband tussen het onrechtmatige besluit en de schade (reeds vanwege deze omstandigheid) ontbreekt.*"

Deze overwegingen maken tenminste drie dingen duidelijk:

1. De Hoge Raad neemt hier ook voor schade door onrechtmatige, voor betrokkene ongunstige besluiten met de gecursiveerde zinnen duidelijk afstand van de lijn van de Afdeling dat een bestuursorgaan dat een onrechtmatig besluit heeft genomen zich reeds met succes op het ontbreken van causaliteit kan beroepen als het aannemelijk maakt dat het een rechtmatig besluit had kunnen nemen dat dezelfde schade zou hebben teweeggebracht. Daardoor is dus ook nodig dat het aannemelijk maakt dat het dat ook zou hebben genomen. De Afdeling had die lijn na het arrest *Wevers/Hengelo* in de *Biolicious*-uitspraak ook al gevolgd.
2. Tegenover het feit dat de rechtspraak van de Hoge Raad het aldus voor de overheid minder makkelijk maakt zich met succes op het ontbreken van causaliteit te beroepen en de Afdeling dat dus heeft overgenomen, staat dat de Hoge Raad naar het schijnt met de eerst weergegeven overweging, waarbij in lijn met het bekende

arrest *Enschede/Gerridzen* wordt gerefereerd aan het beginsel van de formele rechtskracht, nog steeds minder soepel is voor de burger dan de Afdeling als het gaat om vertragingsschade. De recente rechtspraak van de Afdeling laat enkele gevallen zien waarin uiteindelijk wel een rechtmatig besluit wordt genomen dat dezelfde schade tot gevolg heeft, maar waarbij toch vergoeding van schade wordt toegekend in verband met het feit dat moet worden aangenomen dat het bestuur dat rechtmatige besluit pas later dan het onrechtmatige besluit zou hebben genomen.<sup>35</sup> In het bijzonder wordt vermeld de uitspraak van de Afdeling van 28 februari 2018.<sup>36</sup> Daarbij had het college onjuiste weigeringsgronden gehanteerd bij de weigering van een omgevingsvergunning voor de bouw van een woonhuis, maar had het de vergunning wel kunnen weigeren op een eerst later gehanteerde weigeringsgrond. Toch is de gemeente schadeplichtig, omdat aannemelijk was dat als de gemeente eerder de juiste weigeringsgrond had gehanteerd, betrokkene door aanpassing van zijn bouwplan aanzienlijk eerder over een rechtsgeldige vergunning had beschikt en met de bouw een aanvang had kunnen nemen. Het hanteren van een onjuiste weigeringsgrond leverde dus een zelfstandige onrechtmatige daad op die aanspraak op vertragingsschade geeft. Het is de vraag of de grotere nadruk die de Hoge Raad op het beginsel van de formele rechtskracht legt door ook te verlangen dat het primaire besluit van tafel gaat, tot dezelfde uitkomst zou hebben geleid.<sup>37</sup>

3. De Hoge Raad maakt onderscheid tussen schade waarin het causaal verband afhankelijk is van een nieuw besluit en wanneer dat niet zo is. Maar ook als geen nieuw besluit hoeft te worden genomen is van belang welk besluit ten tijde van het nemen van het onrechtmatige besluit rechtmatig genomen had kunnen worden en welk besluit genomen zou zijn. De Afdeling heeft die lijn ook gevolgd in verschillende uitspraken die zij na de *Biolicious*-uitspraak heeft gedaan.<sup>38</sup> Zo is een uitspraak van de Afdeling van 26 juli 2017 een toepassing van wat de Hoge Raad in het arrest *Wevers/Hengelo* voor een begunstigend besluit overweegt. Een Nbw vergunning was in verband met een publicatiegebrek vernietigd en de aanvrager van de vergunning vroeg schadevergoeding. Dat wordt niet toegewezen, omdat – zo blijkt

35 Zie onder meer de uitspraken van de Afdeling van 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9614, 4 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX0304, 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4316 (*de Sprang*) (waarover R.D. Lubach & A. Stortelder, 'Causaliteit bij besluitenansprakelijkheid: verfijning en inspiratie uit het civiele schadevergoedingsrecht', *O&A* 2015/31) en 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:593.

36 ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:647 (*Cohen/Amstelveen*).

37 Vergelijk in dit verband ook de kritiek van C.N.J. Kortmann in zijn noot onder dit arrest, AB 2017/407 op het naar zijn oordeel ten onrechte verwijzen naar de arresten *Enschede/Gerridzen* (HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2087) en *Verpleeghuis Rotterdam* (HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3257), omdat in de UWV-zaak van 6 januari 2017 de formele rechtskracht van het ontslagbesluit niet speelde, nu de onrechtmatigheid door het UWV was erkend.

38 Zie bijvoorbeeld de uitspraken van 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1429 en 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1993.

uit de uitspraak – als zij indertijd rechtmatig had besloten dat de vergunning geweigerd had moeten worden. Derhalve deed zich de situatie voor dat niet gezegd kon worden dat het bestuursorgaan ook een begunstigend besluit had genomen al zij rechtmatig had besloten. De aanvrager had dus eigenlijk geen recht op de vergunning en dus ontbrak de causaliteit met de schade door de vernietiging van de derhalve ten onrechte verleende vergunning.

Al met al laten deze ontwikkelingen zien dat de rechtspraak van de Hoge Raad en de Afdeling op het terrein van de causaliteit vooral in beweging was waar het betreft de lastige vragen die zich voordoen bij verlengde besluitvorming. Die rechtspraak is verder naar elkaar toegegroeid. Dat past zowel in het feit dat de hoogste rechters sinds ongeveer 2010 zeer nadrukkelijk rechtseenheid nastreven en regelmatig naar elkaars rechtspraak verwijzen als in de lijn van de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters om de civiele maatstaven zoveel mogelijk te volgen, als het gaat om de aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige besluiten.

Voor zover uit het voorgaande de indruk zou ontstaan dat de gewone regels van stel- en bewijsplicht bij causaliteit niet van belang zijn, is die indruk onjuist.<sup>39</sup> Weliswaar geldt ten aanzien van de vraag welk besluit genomen zou zijn dan wel welk besluit genomen had kunnen worden dat het aan het bestuursorgaan is om dat aannemelijk te maken, dat laat onverlet dat het verder conform de gewone regels van stel- en bewijsplicht die geldt bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aan de eisende partij is om aannemelijk te maken dat schade een gevolg is van het onrechtmatige besluit. De kroniekperiode laat ook weer verschillende gevallen zien dat de eisende partij er niet in is geslaagd dat aannemelijk te maken.<sup>40</sup> Juist omdat eisende partijen er niet zelden niet in slagen dat wel aannemelijk te maken en de zaak dus vrij gemakkelijk daarop kan worden afgedaan, komt het met enige regelmaat voor dat de Afdeling voor die afdoening (gebrek aan causaal verband tussen onrechtmatigheid en schade) kiest, wanneer zich daarnaast de vaak lastiger te beantwoorden vraag voordoet of het relativiteitsvereiste zich tegen toewijzing van gestelde schade verzet. Een voorbeeld daarvan vormt een uitspraak van de Afdeling van 15 februari 2017, waarin de rechtbank geen schade had toegekend vanwege het relativiteitsvereiste, maar de Afdeling dat doet vanwege het ontbreken van causaliteit.<sup>41</sup>

39 Zo geldt ook in bestuursrechtelijke gedingen dat als schade veeleer het gevolg is van een eigen keuze van eiser dan van een onrechtmatig besluit causaliteit ontbreekt: zie bijv. ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4701.

40 Zie onder meer de uitspraken van de Afdeling van 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:957 en 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:569.

41 ABRvS 15 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3121. T.W. Franssen en S.A.L. van de Sande spreken in hun NTB-kroniek Overheidsaansprakelijkheid, NTB 2018/17, i.h.b. p. 83, rechterkolom, van een uitspraak met trekken van een verrassingsbeslissing, hoewel ook uit hun weergave blijkt dat de vraag of aan het causaliteitsvereiste was voldaan zowel bij de rechtbank als in hoger beroep, ter zitting expliciet, aan de orde was geweest. Zij verwijzen ook naar de uitspraak van de Afdeling van 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3347.

### 2.3 Eigen schuld en risico

Ook als het gaat om de leerstukken van de eigen schuld en risico waarop artikel 6:101 BW ziet, volgt de bestuursrechter de benadering van de burgerlijke rechter.<sup>42</sup> Dat leidt soms tot de conclusie dat eiser gelet op de omstandigheden van het geval, binnen de grenzen van de redelijkheid zijn schade had kunnen perken door bijv. te wachten met het boeken van een vakantie in verband met de perikelen rond de afgifte van zijn paspoort om annuleringskosten te voorkomen, maar soms wordt ook geoordeeld dat de overheid de schadebeperkingsplicht ten onrechte heeft tegengeworpen.<sup>43</sup> Dat was bijvoorbeeld het geval in een van de vele alcoholslotzaken. Het feit dat eiser zich niet tegen diefstal van het ten onrechte opgelegde alcoholslot had verzekerd kan niet worden tegengeworpen als een hem toe te rekenen omstandigheid die ingevolge artikel 6:101 BW tot gevolg heeft dat de schadevergoedingsplicht van het CBR wordt vermindert, zo oordeelde de Afdeling anders dan de rechtbank had gedaan.<sup>44</sup>

Ook in deze kroniekperiode werd de zogenaamde *Schuttersduin*-rechtspraak<sup>45</sup> niet verlaten. In een uitspraak van 18 maart 2015 ging het over kosten die een exploitant had geïnvesteerd voordat hem een exploitatievergunning voor een café was verleend.<sup>46</sup> Net als bij de bouwvergunning die leidde tot het *Schuttersduin*-arrest uit 1994 geldt voor de vergunninghouder van een exploitatievergunning dat hij de kosten die hij maakt voordat zijn vergunning onherroepelijk wordt, op eigen risico maakt. Dat is, als ook al bekend, slechts anders als van de zijde van de vergunningverlener het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat deze niet zal worden vernietigd. En dat laatste is zelden het geval.

### 2.4 Bewijslast

Hoewel het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht sterk verschillen, tracht de bestuursrechter ook ten aanzien van de stel- en bewijslast bij aansprakelijkheidskwesties aansluiting te zoeken bij het civiele aansprakelijkheidsrecht.<sup>47</sup> Zo geldt ook in bestuursrechtelijke gedingen dat als schade veeleer het gevolg is van een eigen keuze

42 Zie over renteschade in relatie tot artikel 6:101 BW: CRvB 28 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4187; CRvB 21 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4083 en ook CRvB 19 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2207. En over schade bij loonsancties en eigen schuld: CRvB 30 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3423.

43 ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2256.

44 ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3345; ook in ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1504 komt de Afdeling tot een voor eiser gunstiger oordeel over de (on)mogelijkheid tot beperking van zijn schade.

45 HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1358, AB 1994/530, m.nt. F.H. van der Burg; NJ 1997/396, m.nt. M. van der Scheltema. Zie daarover ook de noot van B.J. Schueler in *AB klassiek*, 2017, t.a.p., nr. 7 onder Sint Oedenrode-Driessen, p. 101-116, i.h.b. p. 112-113.

46 ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:832.

47 Voorbeelden zijn te vinden in de volgende uitspraken van de ABRvS: 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1367, AB 2018/49, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik; 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1280; 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:957; 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:922; 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1131; Cbb 22 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:266. Zie ook A.A. van Rossums bespreking van de dissertatie van Di Bella, *O&A* 2014/52.

van eiser dan van een onrechtmatig besluit causaliteit ontbreekt.<sup>48</sup>

## 2.5 Relativiteit

Ingevolge het relativiteitsvereiste, zoals dat in het aansprakelijkheidsrecht geldt, ontstaat geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.<sup>49</sup> Voor de toetsing aan dit relativiteitsvereiste zijn het doel en de strekking van de geschonden norm van belang, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.<sup>50</sup>

Een voorbeeld laat zien dat het beschermingsbereik van een norm soms ruimer is dan men op het eerste gezicht zou denken. Milieurechtelijke regels kunnen naast het milieu ook de belangen beschermen van bedrijven die het milieu belasten. De milieurechtelijke verplichting van een bestuursorgaan om tijdig en correct te beslissen of een milieueffectrapport moet worden gemaakt, beoogt onder meer het bedrijfsbelang van de aanvrager van een milieuvergunning te waarborgen, zodat deze norm mede strekt ter bescherming van de vermogensrechtelijke belangen van de vergunningaanvrager. Dit betekent dat het relativiteitsvereiste niet aan vergoeding van de door vergunningaanvrager gestelde schade in de weg staat.<sup>51</sup>

In het arrest *X/Noordoostpolder* lag de vraag voor of de regels over (kort gezegd) het bekendmaken van een van rechtswege verleende vergunning alleen belanghebbenden (in de zin van artikel 1:2 Awb) beschermen of ook anderen. Dat laatste was volgens de Hoge Raad het geval. Voor aansprakelijkheid jegens een benadeelde op grond van deze normen, is niet vereist dat de benadeelde belanghebbende is in de zin van de Awb. Denkbaar is immers dat de belangen van bepaalde “derden”, kenbaar voor het bestuursorgaan, in zodanige mate betrokken zijn bij een besluit, dat het bestuursorgaan

ook jegens deze derden – afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval – in strijd kan handelen met de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid door die normen niet in acht te nemen.<sup>52</sup>

Maar is de geschonden rechtsnorm van andere aard, dan is het heel wel mogelijk dat alleen belanghebbenden geacht worden binnen het beschermingsbereik te vallen. Dat bleek toen de verhuurder van een pand schade stelde te hebben geleden als gevolg van de weigering van een exploitatievergunning aan de huurder. Die weigering was vernietigd omdat het besluit op bezwaar niet goed gemotiveerd was (artikel 7:12 Awb). De Hoge Raad overwoog (voor het geval de verhuurder niet als belanghebbende moest worden aangemerkt) het volgende. De gehoudenheid om een besluit overeenkomstig artikel 7:12 Awb toereikend te motiveren strekt niet tot bescherming van vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij dit besluit in de zin van de Awb. Schending van de motiveringsplicht is dus niet onrechtmatig jegens niet belanghebbenden, nu niet voldaan wordt aan de relativiteitseis van het BW. De motiveringsplicht strekt er volgens de Hoge Raad toe dat degene die tegen het besluit bezwaar heeft gemaakt en eventuele andere belanghebbenden uit de beslissing kunnen opmaken waarom aan de aangevoerde bezwaren niet is tegemoetgekomen, onder meer met het oog op het al dan niet instellen van rechtsmiddelen.<sup>53</sup>

## 2.6 Toerekening

Toerekening is in de rechtspraak over onrechtmatige besluiten nauwelijks een onderwerp van belang. Het is immers vaste rechtspraak dat met de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter de onrechtmatigheid van dat besluit vaststaat.<sup>54</sup> Daaruit wordt ook afgeleid dat de civiele rechter zich in beginsel geen zelfstandig oordeel meer aanmeet over de vraag of de onrechtmatige daad kan worden toegerekend, zelfs niet als het bestuursorgaan geen enkel verwijt treft. Deze bijna in steen gehouwen regel ten spijt is de automatische toerekening van onrechtmatige besluiten niet boven elke discussie verheven. In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, in dit tijdschrift besproken door Van der Grinten, werd op de regel een uitzondering aanvaard.<sup>55</sup> Maar ook in de literatuur klinken pleidooien om aan de hand van de toerekeningsleer tot meer genuanceerde resultaten te komen. Volgens Di Bella zou het profijt-

48 Zie bijv. ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4701. Een ander voorbeeld van bewijs en causaal verband biedt Cbb 26 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:93, *JOR* 2016/160, m.nt. C.W.M. Lieverse (*Pensioenfonds en O-IM/DNB*).

49 Het gaat hier om het relativiteitsvereiste in de context van de artikelen 6:162 en 6:163 BW. Iets anders is dat artikel 8:69a Awb aan de vernietiging van een besluit de voorwaarde stelt dat de geschonden rechtsnorm moet strekken tot bescherming van het belang van degene die zich erop beroept. Die voorwaarde wordt ook relativiteitsvereiste genoemd, maar geldt in een andere context.

50 P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: BJU 2016; L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Leiden: E.M. Meijers Institute 2014; L. Di Bella, ‘Vragen over de toepassing van het relativiteitsvereiste in het licht van de interactie tussen de burgerlijke rechter, de bestuursrechter en het Hof van Justitie’, *O&A* 2015/32 (p. 73–76); T.W. Franssen & D. van Tilborg, ‘De ingewikkelde zoektocht naar doel en strekking van de geschonden norm’, *O&A* 2015/30 (p. 57–66); L. Di Bella, ‘Vragen over de toepassing van het relativiteitsvereiste in het licht van de interactie tussen de burgerlijke rechter, de bestuursrechter en het Hof van Justitie’, *O&A* 2015/32. Zie over de vaststelling van het beschermingsbereik van een publiekrechtelijke norm ook de conclusie van A-G Hartlief bij HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231 (*UWV/Belfior*), waarin het ging over de onrechtmatigheid van een ontslagvergunning.

51 ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:224, *AB* 2016/128 en *JB* 2016/64, beide m.nt. C.N.J. Kortmann.

52 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1454, *AB* 2017/4, m.nt. C.N.J. Kortmann; *O&A* 2016/79, m.nt. S.A.L. van de Sande en D. van Tilborg; *TBR* 2016/157, m.nt. F.A. Mulder en F.A. Linssen (*X/Noordoostpolder*). De HR wijst op het verband met HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *AB* 2014/15, m.nt. C.N.J. Kortmann (*Amsterdam/Have Onroerend Goed*).

53 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767, *AB* 2015/2, m.nt. C.N.J. Kortmann; *JB* 2014/115, m.nt. D.G.J. Sanderink (*Prostitutiebedrijf Amsterdam*). Zie daarover ook P.W. den Hollander, ‘Besluitenaansprakelijkheid en de relativiteit van de motiveringsplicht: continuïteit in een nieuw jasje’, *O&A* 2014/51.

54 Deze regel is door de Hoge Raad onder meer tot uitdrukking gebracht in zijn arresten van 26 september 1986, *NJ* 1987/253 (*Staat/Hoffmann-La Roche*) en 31 mei 1991, *NJ* 1993/112 (*Van Gog/Nederweert*).

55 Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1911, *O&A* 2015/5, m.nt. Van der Grinten. Alsof de zaak in dit opzicht nog niet uitzonderlijk genoeg was, bepaalde het Hof in hoger beroep dat een handhavingsbeschikking niet onrechtmatig was ondanks de vernietiging daarvan door de Afdeling (Gerechtshof Amsterdam 28 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3066).

beginsel hierbij een rol kunnen spelen, wat onder meer in de sfeer van het socialezekerheidsrecht soms minder snel tot toerekening zal leiden.<sup>56</sup> Schutgens betoogt dat, hoewel een ruime toerekening aan de overheid van fouten bij de rechtstoepassing gerechtvaardigd is, de overheid niet tot het onmogelijke gehouden zou moeten worden. Daarom is er volgens hem onvoldoende grond voor toerekening van een (slechts achteraf te construeren) 'fout' die erin bestaat dat de overheid niet vooruitliep op ook voor deskundigen moeilijk voorzienbare nieuwe jurisprudentie.<sup>57</sup>

### 3. Rechtspraak over titel 8.4 (Wet schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten)

In 2013 is als onderdeel van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten titel 8.4 Awb ingevoerd, dat voorziet in de mogelijkheid de bestuursrechter rechtstreeks – dat wil zeggen zonder eerst een schadebesluit te hoeven uitlokken – te verzoeken om schadevergoeding als gevolg van onrechtmatige besluiten. In de literatuur is veel aandacht besteed aan de beperkte reikwijdte van deze titel en de nodige “losse eindjes” die door de bestuursrechter zullen moeten worden ingevuld.<sup>58</sup> In de verslagperiode zijn nog tal van uitspraken verschenen over het zelfstandig schadebesluit en de connexiteitseis. Dit heeft te maken met het overgangsrecht van titel 8.4 Awb. Vanwege artikel IV, eerste lid, van de Wet nadeelcompensatie en onrechtmatige besluiten en de datum van inwerking-treding, te weten 1 juli 2013, worden verzoeken om schadevergoeding die zien op gesteld onrechtmatig handelen of nalaten van voor die datum afgedaan op grond van het oude recht, oftewel inclusief de figuur van het zelfstandig schadebesluit. Op gesteld onrechtmatig handelen of besluiten van op of na die datum is de verzoekschriftprocedure van titel 8.4 Awb van toepassing.<sup>59</sup> Bij de vraag of titel 8.4 Awb van toepassing is kan betekenis toekomen aan de vraag of moet worden uitgegaan van de datum van het primaire besluit of

de datum van de beslissing op bezwaar; dat zal allereerst afhangen van de gestelde schadeoorzaak (b.i.p. en/of b.o.b.). Vanwege dit overgangsrecht worden – tot op de dag van vandaag – veel geschillen over schadevergoeding afgewikkeld onder het oude procesrecht. Bij beroepen tegen zelfstandig schadebesluiten is vaak aan de orde of aan de connexiteitseisen is voldaan. De CRvB oordeelde dat de gestelde vermogens- en inkomensschade als gevolg van beslaglegging op en executie van de woning van belanghebbende niet kan worden teruggevoerd op een tijdelijk gemis aan geld als gevolg van de ten onrechte intrekking of terugvordering van haar bijstand. De vereiste (processuele) connexiteit is aanwezig, maar het vereiste causaal verband niet.<sup>60</sup> Als de beweerdelijke schadeoorzaak is gelegen in feitelijk handelen van of namens het bestuursorgaan dan ontbreekt de processuele connexiteit, zoals bij de appellant die er in het kader van zijn re-integratie over klaagde dat de wijze waarop uitvoering was gegeven aan een plan van aanpak tot schade had geleid.<sup>61</sup>

De wetgever heeft niet geregeld of geschillen over schade, geleden in de uitoefening van ambtelijke werkzaamheden door schending van de zorgplicht – ook wel: dienstongevallen –, vallen onder het bereik van titel 8.4 Awb. Volgens de CRvB moet op dergelijke geschillen titel 8.4 Awb worden toegepast.<sup>62</sup> De CRvB helpt vervolgens partijen door het procesrechtelijke moeras door het beroepschrift als verzoekschrift als bedoeld in artikel 8:90, lid 1 Awb aan te merken, en het (primaire) besluit als de reactie van het bestuursorgaan als bedoeld in artikel 8:90, lid 2 Awb. Materieel baat het de belanghebbende niet; volgens de CRvB is van een schending van de zorgplicht geen sprake. De CRvB toont zich ook soepel in de uitspraak van 6 juni 2017, waarin een verzoek om schadevergoeding aan het college van burgemeester en wethouders wordt aangemerkt als een verzoek om schadevergoeding gericht aan de rechtbank, als bedoeld in artikel 8:90, eerste lid, Awb.<sup>63</sup> Materieel mag het belanghebbende wederom niet baten; de CRvB eist objectieve en verifieerbare gegevens die het rechtstreeks verband aannemelijk maken tussen het schadeveroorzakende besluit en de schade. Een vergelijkbare soepele opstelling zien we ook bij de Afdeling bestuursrechtspraak in een uitspraak waarbij het beroep tegen een beslissing op bezwaar, strekkend tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar gericht tegen een besluit tot afwijzing van schadevergoeding, wordt opgevat als een verzoek aan de Afdeling om op grond van artikel 8:88 Awb het college te veroordelen tot vergoeding van de schade die appellant stelt te hebben geleden door een brief uit 2013. Maar ook hier baat de soepele opstelling de verzoeker ten materiële niet; de Afdeling concludeert dat zich geen van de in artikel 8:88, lid 1 Awb genoemde omstandigheden voordoet, zodat het verzoek moet worden afgewezen.<sup>64</sup>

56 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Leiden: E.M. Meijers Institute 2014, p. 181 e.v.

57 R.J.B. Schutgens, 'Automatische toerekening revisited', in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), *Nijmeegse Europees privaatrecht (Sieburgh-bundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 95-121.

58 Zie B.J. van Ettekoven en B.J. Schueler, 'De losse eindjes van titel 8.4 Awb', *NTB* 2013/34; K.J. de Graaf, A.T. Marseille & D.T. Sietses, 'De reikwijdte van de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure', *O&A* 2015/3; K.J. de Graaf, B. Marseille & D. Sietses, 'Titel 8.4 Awb: verdwenen, gebleven en Nieuwe problemen', in: A.G. Bregman, H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening: Opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach* (Lubach-bundel), Den Haag: IBR 2014 en J.E.M. Polak, 'De verzoekschriftprocedure bij onrechtmatige besluiten als begin van tweede weg in het bestuursprocesrecht?', in: Van Ravels-bundel, p. 167 e.v. Ondertussen klinken ook pleidooien om te verkennen in hoeverre het verzoekschriftmodel voor nadeelcompensatie nuttig zou kunnen zijn: J.S. Proceë & K. Winterink, 'Nadeelcompensatie in ontwikkeling – van besluit naar verzoekschrift?', *JB Plus* 2016/1, p. 3-12 en M.K.G. Tjepkema, 'Wie moet oordelen over onevenredigheid?', in: *Guldmond-bundel*, p. 469 e.v.

59 Zie o.a. ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1259; ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2800; ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:364, AB 2015/165, m.nt. H.P. Wiersema en ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2232, JB 2015/169, m.nt. H.P. Wiersema en T.W. Veenendaal.

60 CRvB 7 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:BZ9627.

61 CRvB 20 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:297, O&A 2016/13.

62 CRvB 29 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:5106, AB 2017/151, m.nt. A.A.M. Elzakkars; TAR 2017/45; O&A 2017/14.

63 CRvB 6 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2003, ABKort 2017/174, O&A 2017/76.

64 ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1348.

### 3.1 Artikel 8:88 Awb

Hoewel in de wet staat dat de bestuursrechter bevoegd is te beslissen op verzoeken om schadevergoeding van belanghebbenden is dat niet vrijblijvend. Als de belanghebbende een verzoek doet, zal de bestuursrechter daarop moeten beslissen. De CRvB tikt een rechtbank die dat heeft nagelaten op de vingers om het verzoek vervolgens zelf in hoger beroep af te doen. Daarbij speelde een rol het uitdrukkelijke verzoek van de belanghebbende om het verzoek niet naar de rechtbank terug te wijzen, en daarop zo snel mogelijk inhoudelijk te beslissen.<sup>65</sup> Andersom geldt dat de belanghebbende wel een verzoek moet hebben gedaan om schadevergoeding voordat de bestuursrechter daarover een oordeel mag geven. Dat ging fout in de zaak waarin de rechtbank de belanghebbende had gevraagd wat zijn belang was bij de zaak. In het antwoord 'het gaat mij om de geleden schade en mijn toekomst' zag de rechtbank een verzoek om schadevergoeding, om dat verzoek te beoordelen en af te wijzen. Ten onrechte, zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak, omdat de belanghebbende noch in bezwaar noch in beroep om schadevergoeding heeft verzocht.<sup>66</sup> Het desgevraagd melding maken van de drijfveer te procederen (schadevergoeding) moet worden onderscheiden van een verzoek om schadevergoeding.

Als het verzoek is gebaseerd op de stelling dat de schade wordt veroorzaakt door een onrechtmatig besluit, dan is de bestuursrechter bevoegd op het verzoek te oordelen. Indien is voldaan aan de vereisten van de artikelen 8:90/8:91 en 8:92 Awb dan is het verzoek ontvankelijk en kan worden beoordeeld of het voor toe- of afwijzing in aanmerking komt. Als tijdens de behandeling van het verzoek komt vast te staan dat de schade niet door het beweerdelijk schadeveroorzakende besluit wordt veroorzaakt, maar door een feitelijk handelen of een privaatrechtelijke rechtshandeling – zoals de opzegging van een gebruiksrecht door de gemeente – dan moet het verzoek worden afgewezen.<sup>67</sup> Om de bestuursrechter bevoegd te laten zijn moet dus worden gesteld dat schade is veroorzaakt door een van de bestuurshandelingen genoemd in artikel 8:88, lid 1 Awb. Op deze eis sneuvelen de verzoeken waarbij als gestelde schadeoorzaak was aangewezen onzorgvuldig archiefbeheer,<sup>68</sup> het schenden van de geheimhoudingsplicht,<sup>69</sup> een oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak zelf,<sup>70</sup> een besluit van een privaatrechtelijke instelling,<sup>71</sup> en onrechtmatige rechtspraak door het Hof van Discipline.<sup>72</sup>

Nieuw voor de bestuursrechter is de mogelijkheid schadevergoeding toe te kennen wegens een onrechtmatige voorbereidingshandeling bedoeld in artikel 8:88, lid 1, aanhef en onder b, Awb. Tot nu toe zijn geen voorbeelden bekend van geslaagde verzoeken. Zo viste achter het net de benadeel-

de die in beroep tegen een besluit van de gemeenteraad tot vaststelling van een bestemmingsplan om schadevergoeding vroeg als gevolg van onjuiste informatieverstrekking door het college van B&W over de mogelijkheid in aanmerking te komen voor een omgevingsvergunning. De Afdeling oordeelde dat – gelet op het bepaalde in artikel 8:91, lid 1 Awb – hierover geen oordeel kan worden gegeven in de procedure gericht tegen het bestemmingsplan.<sup>73</sup> In een zaak waarin de benadeelde wel een beweerdelijke onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit had aangewezen, was de bestuursrechter bevoegd op het verzoek te oordelen en heeft de rechtbank zich dus ten onrechte onbevoegd verklaard, aldus de Centrale Raad van Beroep.<sup>74</sup>

### 3.2 Artikel 8:89 Awb

Uit de wettelijke regeling volgt dat de hoogte van de schadevergoeding bepalend is voor de bevoegdheid van de rechter. Gaat het om schade die voortvloeit uit besluiten waarover de ABRvS of het CBb in enige aanleg of in hoger beroep bevoegd zijn te oordelen, dan is de hoogte van de claim bepalend. Gaat de claim de € 25.000 te boven dan is uitsluitend de burgerlijke rechter bevoegd, daaronder kan de benadeelde kiezen tussen de bestuursrechter of de burgerlijke rechter. Al in 2014 oordeelde de rechtbank, dat voor de bevoegdheid van de rechter bepalend is de gevraagde vergoeding en niet de daadwerkelijk geleden schade.<sup>75</sup> Dit oordeel is bevestigd in een principiële getoonzette uitspraak van de grote kamer, waarbij de Afdeling zich moest uitlaten over de vraag wat de doorslag moet geven: de gevraagde vergoeding of de hoogte van de uiteindelijke of daadwerkelijke schade. Na een uitvoerige bespreking van de totstandkoming van titel 8.4 Awb en de regeling neergelegd in artikel 93 Rv komt de Afdeling tot de conclusie dat de 'gevraagde vergoeding' bepalend is voor de bevoegdheid van de bestuursrechter. Indien het verzoek ten hoogte € 25.000 bedraagt, is de bevoegdheid van de Afdeling gegeven, ook als uit enig stuk blijkt dat de totale aanspraak als gevolg van het onrechtmatige besluit de € 25.000 te boven gaat en verzoeker niet uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van zijn aanspraak op het meerdere. De vraag of onrechtmatig is gehandeld komt aan de orde bij de inhoudelijke beoordeling van het verzoek. Belangrijk is te onderkennen dat de gestelde grondslag bepalend is voor de bevoegdheid van de bestuursrechter. De Afdeling vat de uitspraak als volgt samen:

“9.13. Het vorenstaande leidt de Afdeling tot de slotsom dat de vrijheid van de belanghebbende om, in de in artikel 8:89, tweede lid, van de Awb bedoelde gevallen, ter verkrijging van schadevergoeding te kunnen kiezen voor indiening van een verzoek bij de bestuursrechter om een bestuursorgaan tot schadevergoeding te veroordelen, aan geen andere beperkingen is onderworpen dan

65 CRvB 20 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:223, O&A 2016/12.

66 ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:310.

67 ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3357.

68 ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1176.

69 ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1191.

70 ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1732 en ECLI:NL:RVS:2016:1733, AB 2016/345, m.nt. C.N.J. Kortmann.

71 ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1307, AB 2016/246, m.nt. H. Peters.

72 ABRvS 31 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2361.

73 ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:642. Vgl. CRvB 8 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2120 en CBb 26 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:26.

74 CRvB 24 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4495, AB 2017/42, m.nt. L.J.A. Damen.

75 Rb. Midden Nederland 23 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2613.

dat de gestelde schadeoorzaak onder het bereik van artikel 8:88, eerste lid, van de Awb valt en dat de gevraagde vergoeding beperkt is tot ten hoogste € 25.000. De Afdeling concludeert dan ook dat zij bevoegd is om kennis te nemen van het verzoek van Interbest voor zover het Tracébesluit daarin als oorzaak van de schade is gesteld. 9.14. Anders dan de minister heeft betoogd, is voor het aannemen van deze bevoegdheid niet tevens vereist dat reeds vast staat dat deze gestelde schadeoorzaak als onrechtmatig moet worden aangemerkt. De vraag of de door verzoeker gestelde schadeoorzaak jegens verzoeker als onrechtmatig moet worden aangemerkt, komt aan de orde bij de inhoudelijke beoordeling van het verzoek en aan die beoordeling kan pas worden toegekomen, indien de bestuursrechter bevoegd is om van het verzoek kennis te nemen en het verzoek ontvankelijk is. Indien geoordeeld wordt dat de gestelde schadeoorzaak niet als onrechtmatig jegens de verzoeker kan worden aangemerkt, leidt dat tot afwijzing van het verzoek.”

Deze uitspraak staat bekend onder de naam: “de knip”.<sup>76</sup> In lijn met deze uitspraak is het oordeel van het CBB, waarin het verhogen van een claim van € 13.850 naar € 34.850 tot gevolg heeft dat het CBB zich onbevoegd moet verklaren.<sup>77</sup> De Afdeling zag zich genoodzaakt een rechtbank te corrigeren die een claim van € 50.000 had afgewezen, vanwege overschrijding van de competentiegrens; de afwijzing had een onbevoegd verklaring moeten zijn.<sup>78</sup> Let wel: de perikelen rondom de competentiegrens van € 25.000 spelen niet in zaken waarin de schade wordt veroorzaakt door een besluit waarover de Centrale Raad van Beroep, de Hoge Raad of de vreemdelingenrechter in eerste of in hoogste instantie oordeelt. De “knip”-problematiek doet zich dus alleen voor bij besluiten waarover de Afdeling bestuursrechtspraak of het CBB in enige of in hoogste instantie oordeelt. Er is nog geen rechtspraak over de vraag of een benadeelde verschillende afzonderlijke verzoeken kan indienen bij de bestuursrechter tot telkens maximaal € 25.000 om zo de competentiegrens te omzeilen. Hoewel de wettekst daar niet aan in de weg staat, lijkt dat wel in strijd met de bedoeling van de wetgever.

De Afdeling heeft zich ook uitgelaten over de betekenis van het oordeel van de bestuursrechter voor de burgerlijke rechter die wordt geroepen over de restantvordering te oordelen, anders gezegd: de vordering voor zover die niet aan de bestuursrechter is voorgelegd:

“Aan de beslissing van de bestuursrechter op het verzoek om schadevergoeding in diens uitspraak is de burgerlijke rechter (...) gebonden, in die zin dat hij vergoeding van de schade waarover de bestuursrechter reeds binnen zijn bevoegdheid heeft beslist, niet in afwijking van het oor-

deel van de bestuursrechter alsnog kan af- dan wel toewijzen. Voor zover de schade evenwel een hoger bedrag belooft dan € 25.000, of althans hoger is dan het bedrag tot vergoeding waarvan de bestuursrechter is verzocht het bestuursorgaan te veroordelen, en vergoeding van dat hogere bedrag bij de burgerlijke rechter wordt gevorderd, brengt de door de wetgever beoogde exclusieve bevoegdheid van de burgerlijke rechter naar het oordeel van de Afdeling mee dat de burgerlijke rechter niet is gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter, in die zin dat hij niet is gebonden aan de oordelen van de bestuursrechter die dragend zijn voor de beslissing van diens uitspraak, en dat de burgerlijke rechter dus, wat betreft dat hogere bedrag, zelfstandig over de vordering tot schadevergoeding kan beslissen.”

Uit de samenstelling van de grote kamer mag worden afgeleid dat deze overwegingen in het kader van de rechtseenheid zijn afgestemd.<sup>79</sup>

### 3.3 Artikel 8:91 Awb

Een 8:91-verzoek kan – net zoals voorheen bij een 8:73 Awb-verzoek – worden afgedaan in de uitspraak waarin wordt geoordeeld over de (on)rechtmatigheid van het gestelde schadeveroorzakende besluit. Vergelijkbaar met het oude artikel 8:73, lid 2 Awb kan het onderzoek ook worden aangehouden of heropend om in een afzonderlijke uitspraak te oordelen op het verzoek als bedoeld in artikel 8:91 Awb. Het CBB merkt het verzoek om schadevergoeding van een appelland die met succes opkomt tegen een besluit kostenverhaal na toegepaste bestuursdwang op als een verzoek als bedoeld in artikel 8:91 Awb, om dat verzoek daarna wegens gebrek aan causaliteit af te wijzen.

### 3.4 Artikel 8:92 Awb

De Centrale Raad van Beroep schiet een belanghebbende te hulp bij een verzoek om schadevergoeding wegens schending van de zorgplicht en dienstongeval. De belanghebbende, die tijdens haar werk in een bibliotheek van een krukje was gevallen, had beroep ingesteld tegen de weigering haar schade te vergoeden. Dit had volgens de rechtbank en de CRvB een verzoekschrift moeten zijn, omdat het voorval zich voordeed na 1 juli 2013. In de verzoekschriftenprocedure moet worden vastgesteld, aldus de CRvB, of sprake is van schending van de zorgplicht en, zo ja, of er aanleiding is de gestelde schade te vergoeden. Dit neemt niet weg dat de belanghebbende op grond van artikel 8:92, lid 1, aanhef en onder d, Awb al in het verzoekschrift opgave moet doen van de aard van de geleden of te lijden schade en, voor zover redelijkerwijs mogelijk, het bedrag van de schade en een specificatie daarvan. Anders dan de rechtbank oordeelt de CRvB dat belanghebbende aan die eis had voldaan door in de aansprakelijkstelling richting het bestuur te spreken over ‘alle geleden materiële en immateriële’ schade en in het beroep c.q. verzoek over ‘alle directe en indirecte’ schade.

76 ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2081, AB 2017/411, m.nt. D. Sietses, K.J. de Graaf en A.T. Marseille; JB 2017/152, m.nt. C.N.J. Kortmann; O&A 2017/93.

77 CBB 22 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:189, O&A 2017/74.

78 ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1050. Zie ook ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1346.

79 Zie over rechtseenheid nader A.J.C. de Moor-van Vugt, ‘Rechtseenheid in het bestuursrecht: een gestrande missie?’, O&A 2017/4.

Deze soepele opstelling van de CRvB maakt het mogelijk dat de geleden schade in de loop van de procedure nader kan – en moet – worden onderbouwd.<sup>80</sup> Indien het verzoekschrift niet voldoet aan de wettelijke vereisten en niet bevat een opgave van de oorzaak van de gestelde schade, geen opgave van de (aard van de) schade, geen afschrift van het beweerdelijk schadeveroorzakend besluit en geen afschrift van de “ingebrekestelling” aan het bestuursorgaan (als bedoeld in artikel 8:90, lid 2 Awb), en de verzoeker maakt geen gebruik van de mogelijkheid om het verzuim tijdig te herstellen, dan wordt het verzoek – buiten zitting – kennelijk niet ontvankelijk verklaard.<sup>81</sup>

### 3.5 Voorschot

Indien bij de bodemrechter een verzoek om schadevergoeding is ingediend, kan aan de voorzieningenrechter in beroep of hoger beroep worden gevraagd om een voorschot (zie de artikelen 8:104, lid 1 en 8:108, lid 1 in verbinding met artikel 8:81 Awb). Voor toewijzing van de vordering is nodig dat de onverwijld spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. Bij die belangenafweging speelt een rol de vraag of er een redelijke mate van waarschijnlijkheid bestaat dat het verzoek om schadevergoeding – in de bodemprocedure – zal worden toegewezen. Voor de door de voorzieningenrechter te maken afweging zijn voorts van belang: de belangen van de verzoeker afgezet tegen de belangen van het bestuursorgaan, waaronder het terugvorderingsrisico, en de hoogte van het gevorderde bedrag.<sup>82</sup>

## 4. Onrechtmatige wetgeving

Tijdens de verslagperiode werd een gehele jaarvergadering van de VAR (die van 2017) gewijd aan vraagstukken rond kwaliteit en juridische status van algemene regels.<sup>83</sup> Verder leverde deze periode de nodige interessante jurisprudentie over onrechtmatige wet- en regelgeving op – hoewel er ook veel bij het oude bleef. De burgerlijke rechter streefde er duidelijk naar, het primaat van toetsing van algemeen verbindende voorschriften zoveel mogelijk bij de bestuursrechter te leggen (4.1). ‘Inhoudelijk’ lijkt de hoeveelheid voor toetsing beschikbare toetsingsgronden te zijn uitgebreid, het meest ingrijpend door een nieuw, contextueel criterium voor de rechtstreekse werking van internationale bepalingen (4.2), en verder doordat lagere regelingen indringender dan voorheen aan algemene rechtsbeginselen worden getoetst (4.3). Wel blijft de rechter ervoor beducht in het vaarwater van de politiek te geraken door zich verre

te houden van oordelen inzake formele wetgeving waarvan de totstandkoming nog niet is afgerond (4.4). Zuiver financiële overheidsaansprakelijkheid voor eenmaal totstandgekomen wet- en regelgeving is een vrij ‘gewone’ vorm van overheidsaansprakelijkheid geworden – zolang de vordering althans maar verre blijft van enige inmenging in het wetgevingsproces en zolang het verwijt aan de wetgever maar op voldoende concrete normen berust (4.5).

### 4.1 Taakverdelingsregels

Een opvallende ontwikkeling op het terrein van de wetgevingsaansprakelijkheid is het doorzetten van de ontwikkeling dat de Hoge Raad de bestuursrechter is gaan beschouwen als de meest gereede rechter voor de toetsing van ‘indirect werkende’ regelgeving. Dit betreft regelingen die slechts afdwingbare rechten of plichten scheppen via een uitvoeringsbesluit, zoals subsidieregelingen, sociale zekerheidsvoorzieningen en belastingregelingen.<sup>84</sup> Wie ter toetsing van zo’n indirect werkende regeling een civiele vordering instelt, wordt in beginsel niet ontvankelijk verklaard omdat de bestuursrechter voldoende rechtsbescherming kan bieden.<sup>85</sup> Met het oog op deze kwestie verdienen de arresten *Privacy First/Staat* en *SCAU/Universiteiten* bespreking. Krachtens de nieuwe Paspoortwet (*Stb.* 2009, 252) zouden paspoorten vingerafdrukken van de houder gaan bevatten, die voorlopig door gemeenten opgeslagen moesten worden. Stichting Privacy First en negentien particulieren eisten bij de burgerlijke rechter onverbindendverklaring van de Paspoortwet wegens strijd met o.a. artikel 8 EVRM. De Hoge Raad verklaart alle particuliere eisers niet-ontvankelijk omdat de inbreuk op hun privacy ‘zich eerst [kon] voordoen indien zij op grond van de Paspoortwet een reisdocument aanvraagden. Tegen het stellen van die voorwaarde kon dan door hen worden opgekomen bij de bestuursrechter, die op grond van die inbreuk de verplichting om vingerafdrukken af te staan onverbindend kon oordelen’. Eisers kunnen dus een bestuursrechtelijke ‘toetsingsingang’ creëren door bij een paspoortaanvraag het afstaan van vingerafdrukken te weigeren. Tegen de daarop onvermijdelijk volgende afwijzing van hun aanvraag is beroep mogelijk, waarbij de bestuursrechter ook de Paspoortwet kan toetsen. Deze weg naar exceptieve toetsing biedt de eisers volgens de Hoge Raad niet alleen voldoende rechtsbescherming tegen de afwijzing van hun aanvraag, maar ook *tegen de opslagverplichting uit de Paspoortwet*, zodat zij niet-ontvankelijk zijn als zij die wet rechtstreeks bij de burgerlijke rechter aanvechten. Kortom: wie zonder risico, dus op niet onevenredig bezwarende wijze, exceptieve toetsing kan afwachten of uitlokken – wat bij

80 CRvB 31 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3010, AB 2017/428, m.nt. M.K.G. Tjepkema; O&A 2017/99.

81 ABRvS 11 december 2013, nr. 201309253/2/A2, n.g. Zie ook ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3827.

82 CRvB 1 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1616; CRvB 22 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4828, AB 2016/130, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 21 maart 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1173, JB 2017/108, m.nt. A.M.M.M. Bots, ABkort 2017/111.

83 W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht (preadvies VAR)*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, besproken door resp. R.M. van Male (NTB 2017/14), Y.E. Schuurmans (NTB 2017/15) en A. Tollenaar (NTB 2017/16) in Aflevering 4/5 van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*.

84 De term stamt van M.R. Mok en R.P.J.L. Tjittes, ‘Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid’, *RM Themis* 1995, p. 383–404. De Hoge Raad heeft hem inmiddels overgenomen, zie HR 3 juni 2016, AB 2016/268 (SCAU/Universiteiten), r.o. 4.2.2.

85 Zie HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, AB 2011/11, m.nt. G.A. van der Veen; NJ 2012/241, m.nt. H.J. Snijders; JB 2010/174, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*); HR 22 mei 2015, AB 2016/267, m.nt. G.A. van der Veen en C.N.J. Kortmann; NJ 2016/262, m.nt. H.J. Snijders; JB 2015/125, m.nt. J.J.J. Sillen (*Privacy First c.s./Staat*) en HR 3 juni 2016, AB 2016/268, m.nt. F.J. van Ommeren en C.N.J. Kortmann; NJ 2017/46, m.nt. T. Barkhuysen en M. Claessens (SCAU/Universiteiten).

indirect werkende regelingen doorgaans het geval is<sup>86</sup> – is niet ontvankelijk in een civiel wetgevingsgeding. De wens om toetsing bij de bestuursrechter te concentreren heeft er zelfs toe geleid, dat ook belangenorganisaties die op basis van artikel 3:305a BW een civiele collectieve actie aanspannen tegen een indirect werkende regeling, niet-ontvankelijk worden verklaard als blijkt dat de individuen uit hun ‘achterban’ de betrokken regeling eenvoudig via de bestuursrechter kunnen laten toetsen. In *Privacy First c.s./Staat* werd dan ook, naast de individuele particuliere mede-eisers, tevens de organisatie Privacy First niet-ontvankelijk verklaard. In dezelfde lijn staat het arrest *SCAU/Universiteiten*. Personen die al een studie hebben voltooid betalen sinds 2010 het ‘instellingscollegegeld’ van zo’n € 12.000 per jaar, waarin geen rijksbijdrage is verdisconteerd. De Stichting Collectieve Actie Universiteiten (SCAU) vordert een declaratoir dat het instellingscollegegeld aan acht Nederlandse universiteiten onrechtmatige wijze is vastgesteld, omdat het de kostprijs ver zou overtreffen. De Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) kent aan studenten voor o.a. ‘beslissingen’ over hun collegegeld een bijzondere beroepsgang toe bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (zie Titel 7.4 WHW). Tegen de universitaire collegegeldregelingen als zodanig staat een dergelijk beroep – door overeenkomstige toepassing van artikel 8:3 Awb – weliswaar niet open, maar in een beroep tegen een individuele collegegeldbeslissing is exceptieve toetsing mogelijk. Volgens de Hoge Raad zijn individuele (aspirant-)studenten niet-ontvankelijk in hun civiele vordering vanwege de collegegeldregelingen:

“De bestuursrechter heeft (...) de mogelijkheid om algemeen verbindende voorschriften te toetsen (...) indien deze (...) ten grondslag zijn gelegd aan een besluit waarvan bij hem beroep openstaat (de zogeheten exceptieve toetsing). Het middel bestrijdt terecht niet dat deze mogelijkheid meebrengt dat de belanghebbende in de bestuursrechtelijke rechtsgang voldoende rechtsbescherming geniet in een geval zoals hier (...), waarin het betrokken voorschrift eerst tot toepassing komt door een besluit dat voor bezwaar en beroep vatbaar is en de belanghebbende derhalve de werking van dat voorschrift uitsluitend ondervindt langs de weg van een daarop gebaseerd besluit.”

Vervolgens blijkt ook de belangenorganisatie SCAU niet-ontvankelijk in haar civiele vordering. De Hoge Raad overweegt, dat

“indien SCAU op de voet van art. 3:305a BW uitsluitend belangen behartigt van (aspirant-)studenten die deze zelf aan de orde kunnen stellen door bezwaar en beroep op

grond van de Awb of titel 7.4 WHW, zij niet-ontvankelijk is in een vordering ter zake bij de burgerlijke rechter, ook indien haar vordering zich richt tegen regelgeving die door exceptieve toetsing bij de bestuursrechter aan de orde kan worden gesteld.(...) [D]e hiermee door het hof toegepaste regel [geldt] mede als een belangenorganisatie niet slechts opkomt voor de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen, maar tevens voor het algemeen belang van de bescherming van de rechten van een veel grotere groep van personen, die diffuus en onbepaald is (‘eenieder’). Ook in dat geval is immers sprake van een bundeling van belangen in de zin van art. 3:305a lid 1 BW.”

Bedacht moet worden dat belangenorganisaties ook bij concrete uitvoeringsbesluiten krachtens indirect werkende regelingen in beginsel niet belanghebbend zijn omdat die uitvoeringsbesluiten als zodanig (vaststelling van iemands collegegeld, toekenning van een paspoort etc.) geen boven-individueel belang raken. Als gevolg van deze rechtspraak kunnen belangenorganisaties – die bij uitstek willen procederen over ‘algemene’ kwesties zoals de effecten van avv’s – dus nauwelijks nog procederen tegen indirect werkende regelingen. Om onrechtmatige indirect werkende regelingen in rechte te bestrijden zal de belangenorganisatie slechts kunnen optreden als adviseur of gemachtigde van een individuele benadeelde in diens beroep tegen een uitvoeringsbesluit. Slechts als de belangenorganisatie door de indirect werkende regeling rechtstreeks wordt getroffen in een eigen belang dat los staat van haar statutaire belang, is zij ontvankelijk.<sup>87</sup> Overigens lijkt het aan te bevelen dat de burgerlijke rechter dergelijke niet-ontvankelijkverklaringen beperkt tot ‘echte’ indirect werkende regelingen, dus regelingen die zelf de basis vormen voor een uitvoeringsbesluit. Die regelingen kunnen inderdaad gemakkelijk aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Als de burgerlijke rechter echter ook eisers niet-ontvankelijk zou gaan verklaren in vorderingen tegen allerhande regelingen die ‘verder’ van uitvoeringsbesluiten verwijderd zijn, om de reden dat die mogelijk in een of ander bestuursrechtelijk beroep getoetst kunnen worden, wordt de rechtsbescherming tegen algemene regelingen (te) ver ingeperkt. In Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380 (Luchtqualiteit) toetst de civiele rechter op vordering van milieudefensie een reeks wettelijke uitstootnormen voor de luchtkwaliteit, onder andere aan het EVRM en (via die band) aan een reeks aanbevelingen van de Wereldgezondheidsorganisatie. De hiervoor genoemde taakverdelingsjurisprudentie geeft aanleiding tot een lange reeks ingewikkelde (en daarom weinig vrolijk stemmende) overwegingen waarbij per deelvordering moet worden beoordeeld of daarvoor niet toch (via een beroep tegen enig ruimtelijk ordeningsbesluit) de bestuursrechter om toetsing kan worden gevraagd. De burgerlijke rechter ziet in ieder geval deels nog een taak

86 Ook bij indirect werkende regelingen kan er een enkele keer wél grond zijn om eiser in een civiel wetgevingsvordering te ontvangen. Uitgebreider R.J.B. Schutgens, ‘Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien’, in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht (preadvies VAR)*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 95-144, i.h.b. p. 100-101 en 107-108.

87 Zie reeds HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, AB 2011/11, m.nt. G.A. van der Veen; NJ 2012/241, m.nt. H.J. Snijders; JB 2010/174, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*).

voor zichzelf weggelegd. De bestuursrechter zal namelijk ruimtelijke ordeningsbesluiten weliswaar aan de wettelijke luchtkwaliteitsnormen toetsen, maar daarbij hoeft hij niet zo ver te gaan (en hij heeft dat ook niet gedaan) dat hij ook de betrokken wetgeving op haar beurt toetst aan (mogelijke) hogere ongeschreven regels voor de luchtkwaliteit. Die overweging lijkt ons terecht, omdat hier in zoverre niet werkelijk sprake is van indirect werkende regelgeving. Het kan niet de bedoeling van de taakverdelingsjurisprudentie zijn dat zij gaten in de rechtsbescherming oplevert.

Let wel: deze taakverdelingsjurisprudentie geldt niet voor 'direct werkende regelingen'. Door strafvervolgning of bestuursdwang te handhaven verbodsbepalingen leggen direct zélf hun rechtsgevolgen aan burgers op, dus zonder tussenkomst van een uitvoeringsbeschikking. Over dergelijke regelingen kan nog steeds rechtstreeks bij de burgerlijke rechter worden geprocedeerd, zowel door de burger die door de regeling wordt geraakt als door een 3:305a-organisatie. Vooralnog zijn er bovendien onvoldoende aanwijzingen dat de regel uit het klassieke *Leenders/Ubergen* niet meer zou gelden. Op grond daarvan kan een door een verbod (dus een direct werkende regeling) geraakte burger zich daarover rechtstreeks tot de burgerlijke rechter wenden, óók als zo'n verbodsregeling de mogelijkheid van een vergunning of ontheffing kent. De mogelijkheid om een afwijzing van een ontheffings- of vergunningsaanvraag uit te lokken en daartegen in beroep te gaan, doet niet af aan de ontvankelijkheid van een belanghebbende die een civiele vordering richt tegen de verbodsregeling zelf.<sup>88</sup>

#### 4.2 Toetsingsgronden (1): artikel 94 Gw en toetsing aan rechtstreeks werkend verdragsrecht

Een potentieel aanzienlijke uitbreiding van de voor de beoordeling van (alle soorten nationale) wet- en regelgeving beschikbare 'toetsingsgronden' biedt het *Rookverbod*-arrest.<sup>89</sup> Krachtens artikel 94 Gw is de rechter bevoegd (de toepassing van) binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften te toetsen aan internationale bepalingen voor zover die internationale bepalingen 'een ieder verbindend' zijn, dus: rechtstreeks werken. Het klassieke *Spoorwegstakings*-arrest (HR 30 mei 1986, NJ 1986/688) gaf voor de rechtstreekse werking van internationaal recht een abstract beoordelingskader: een internationale bepaling had die werking, of zij had die niet. Aan internationale bepalingen die nadere uitwerking door de wetgever behoeven werd doorgaans zonder meer directe werking ontzegd. Dat lot trof dan ook zowel de meeste sociale verdragsgrondrechten als de (overige) verdragsbepalingen die een wetgevingsplicht scheppen. In het *Rookverbod*-arrest gooit de

Hoge Raad het roer om. Hij vervangt de abstracte, 'digitale' benadering van de directe werking door een op Unierecht-spraak geïnspireerde, concrete, contextuele benadering. Voortaan geldt het volgende. In de (vele) gevallen waarin de tekst of totstandkomingsgeschiedenis van een internationale bepaling niet duidelijk beantwoorden of de bepaling rechtstreeks werkt, moet de rechter naar de inhoud van de bepaling kijken. De vraag is of die 'onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast'. Als het resultaat waartoe de bepaling de Staat verplicht 'onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft'. De rechtstreekse werking hangt ervan af 'of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren'. De nieuwe benadering breidt de mogelijkheden voor toetsing van nationale voorschriften vooral daar uit, waar internationale bepalingen voorhanden zijn die de overheid (tamelijk) precies en concreet een te behalen resultaat voorschrijven. De enkele omstandigheid dat zo'n bepaling zich uitsluitend richt tot de wetgever of tot de Staat is, anders dan voorheen, geen reden meer om haar rechtstreekse werking te ontzeggen. Als in de concrete zaak de grenzen van eventuele beleidsruimte van de overheid duidelijk zijn overschreden, dan kan een dergelijke bepaling voortaan met succes tegen een nationaal voorschrift (of tegen niet-wetgeven) worden ingeroepen. Zo werd in het *Rookverbod*-arrest de AMvB onverbindend verklaard die kleine cafés uitzonderde op het algemene rookverbod in de horeca, wegens strijd met artikel 8.2 van het WHO-Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging. Deze bepaling verplicht de overheid tot maatregelen om het publiek te beschermen tegen tabaksrook in openbare gebouwen. Omdat enkele jaren voor het maken van de uitzondering voor kleine cafés al een geheel rookverbod in de horeca was ingevoerd, kon de rechter de later daarop gemaakte uitzondering onverbindend verklaren. Het zonder goede grond terugdraaien van het verdragsrechtelijk voorgeschreven, reeds bereikte resultaat overschreed de grenzen van de beleidsvrijheid die (in deze context) uit de verdragsbepaling viel af te leiden. Onder het oude *Spoorwegstakings*-criterium zou de vordering van de Nietrokersvereniging ongetwijfeld zijn afgestuit op de overweging dat artikel 8.2 van het Verdrag zich tot de wetgever richt en dus rechtstreekse werking mist. Zeer vermeldenswaardig is in dit verband CRvB 27 juli 2017, AB 2017/352. Het ging hier om de afschaffing, in 2004, van de voorheen wettelijk verplichte publieke verzekering voor zelfstandigen tegen inkomensverlies bij zwangerschap. Nadat private alternatieven in de praktijk voor de nodige problemen bleken te zorgen, werd in 2008 een publieke voorziening heringevoerd, maar niet met terugwerkende kracht. De poging van enkele vrouwen die in de 'onverzekerde tussenperiode' moeder werden, om de Staat uit onrechtmatige daad aan te spreken, strandde

88 HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169, AB 1997/1, m.nt. Th.G. van der Drupsteen; NJ 997/165, m.nt. M. van der Scheltema (*Leenders/Ubergen*).

89 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, AB 2015/21, m.nt. S. Philipsen en J.C. de Wit; NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema; AA 2015/305, m.nt. R.J.B. Schutgens. Zie ook S. Philipsen & J.C. de Wit, 'Het Spoorwegstakingsarrest: achterhaald of actueel?', *TvCR* 2014, p. 4-26 en B.A. Kuiper-Slendebroek, *Rechter over Grenzen. De toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht* (diss. Leiden), Amsterdam: Iskamp printing 2017, i.h.b. p. 75-80.

in 2011 bij de Hoge Raad.<sup>90</sup> Betrokkenen beriepen zich op artikel 11 lid 2 onder b van het VN-Vrouwenverdrag, dat de Staat verplicht om ‘verlof wegens bevalling in te voeren met behoud van loon of met vergelijkbare sociale voorzieningen’. De Hoge Raad oordeelde deze bepaling destijds niet rechtstreeks werkend, met toepassing van het ‘oude’ criterium dat geen contextuele beoordeling behelsde. In 2014 oordeelde het met het toezicht op het Vrouwenverdrag belaste CEDAW echter de Nederlandse afschaffing van de zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen in strijd met de genoemde verdragsbepaling – die volgens dat comité kennelijk voldoende duidelijk van inhoud was. Enkele betrokkenen vroegen daarna bij het UWV alsnog met terugwerkende kracht een zwangerschapsuitkering aan, die hun geweigerd werd. Bij de Centrale Raad van Beroep verzetten zij zich met succes tegen die afwijzing. Weliswaar had de Hoge Raad in 2011 nog rechtstreekse werking aan de verdragsbepaling ontzegd, maar de Centrale Raad overweegt dat ‘het leerstuk van de rechtstreekse werking (...) een ontwikkeling [heeft] doorgemaakt’. Onder verwijzing naar het *Rookverbod*-criterium uit 2014 komt de Raad tot de conclusie dat de betrokken VN-bepaling inmiddels *in dit geval wél* rechtstreekse werking had. Ook al laat deze bepaling de wetgever ruime beleidsvrijheid; duidelijk is ‘het met deze bepaling nagestreefde minimumresultaat, te weten dat voor iedere vrouw die (...) inkomensvormende arbeid verricht, enige vorm van bevallingsverlof met behoud van (een zeker) inkomen open moet staan’. De Centrale Raad acht de bepaling *in zoverre* geschikt voor rechterlijke toepassing. Het feit dat de bepaling geen termijn noemt waarbinnen dat resultaat moet zijn bereikt, staat in dit geval niet aan rechtstreekse werking in de weg omdat de Nederlandse regelgeving ‘reeds jaren’ een regeling kende voor uitkeringen bij zwangerschap en bevalling voor zelfstandigen.

“In die situatie kan onduidelijkheid over de implementatietermijn niet in de weg staan aan rechtstreekse werking.”

Ook hier wordt dus het terugdraaien van een eenmaal bereikt resultaat in strijd verklaard met een verdragsbepaling die voorheen werd beschouwd als niet rechtstreeks werkend omdat zij zich tot de wetgever richtte.

Naar verwachting zal de nieuwe bepaling minder revolutionair blijken bij de toetsing aan algemeen omschreven sociale grondrechtsbepalingen. Waarschijnlijk zullen die doorgaans nog altijd te vaag blijken om in het concrete geval als toetsingsgrond te dienen. Niettemin is ook een dergelijke toetsing niet langer uitgesloten.

**4.3 Toetsingsgronden (2): algemene rechtsbeginselen**  
Sinds het *Landbouwwliegers*-arrest (HR 16 mei 1986, NJ 1987/251) staat onomstotelijk vast dat lagere regelingen, niet zijnde wet in formele zin (zie over toetsing daarvan 4.4) kunnen worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat geen rechtsregel

eraan in de weg staat dat de rechter een lager voorschrift onverbindend en onrechtmatig kan oordelen

‘op de grond dat sprake is van willekeur in dier voege dat het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voormelde uitvoeringsbesluit bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift is kunnen komen. Daarbij heeft de rechter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moeten worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen, terwijl zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in ons staatsbestel, zoals deze mede in art. 11 Wet Algemene Bepalingen tot uiting komt, meebrengen dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten.’

Het was dus terughoudendheid troef. Artikel 11 Wet algemene bepalingen alsmede de aard van de wetgevende functie – bij gedelegeerde regelgeving overigens een dubieus argument – zouden dat meebrengen. De toets aan rechtsbeginselen vond slechts plaats via de vraag of de vaststelling van de lagere regeling een daad van willekeur oplevert. Deze uiterst marginale toets werd in de literatuur wel de ‘willekeursluis’ van het *Landbouwwliegers*-arrest genoemd. Deze sluis werd aanvankelijk door de verschillende bestuursrechters overgenomen, maar de afgelopen jaren is zij uit beeld verdwenen.<sup>91</sup> Inmiddels toetst de bestuursrechter lagere regelgeving rechtstreeks aan verschillende algemene rechtsbeginselen.

Een mooi voorbeeld is de geruchtmakende uitspraak over het alcoholslotprogramma. Dit programma werd door het CBR opgelegd aan bestuurders die met te veel drank op achter het stuur hadden gezeten. Zij mochten gedurende vijf jaar slechts een auto met een ingebouwde ademmeter besturen. De kosten daarvan, zo’n € 5.000, waren voor eigen rekening. Het programma berustte op een formele wet, uitgewerkt in een ministeriële regeling. Deze regeling voorzag niet in een afweging van de gevolgen van de oplegging van een alcoholslotprogramma in het individuele geval: het alcoholslotprogramma werd de betrokken overtreders ‘blind’ opgelegd. Bij de Afdeling werden de nodige beroepen tegen oplegging ingesteld. Aanvankelijk overwoog de Afdeling daarbij steeds, dat de klakkeloze oplegging van dit programma ongeacht de individuele omstandigheden in beginsel door de beugel kon, doch dat dit onverlet liet dat in incidentele gevallen zou kunnen blijken dat de regeling wegens niet in de regeling verdisconteerde, bijzondere individuele omstandigheden wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel buiten toepassing moest blijven. Het gaat hier om een toepassing van het bekende leerstuk van de *contra*

90 Zie HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, AB 2011/370, m.nt. E. Geurink; NJ 2011/354, m.nt. M.R. Mok.

91 Uitvoering over de ‘gestrengheid’ van de toetsing van latere regelgeving aan rechtsbeginselen R.M. van Male, ‘Aanvullende rechtsbescherming tegen bestuurswetgeving’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 165-178.

legem-werking van algemene rechtsbeginselen.<sup>92</sup> Overigens was vervolgens meestal de conclusie dat er onvoldoende bijzonders aan de hand was.<sup>93</sup> Echter, in ABRvS 4 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, AB 2015/160 gaat de Afdeling om.<sup>94</sup> In deze uitspraak legt de Afdeling eerst rekenschap af van haar voortschrijdend inzicht. Zij overweegt dat er inmiddels een groot aantal zaken over het alcoholslot aanhangig zijn waarin door de betrokken bestuurder wordt betoogd dat de gevolgen van het programma voor hem onevenredig zijn. Het ging dan om personen voor wie de € 5.000 niet waren op te brengen terwijl zij voor hun inkomen van een auto afhankelijk waren of om personen zoals chauffeurs of monteurs die beroepsmatig allerhande verschillende auto's moeten kunnen besturen. Voor hen kon het programma onevenredig nadelig uitpakken. De Afdeling toetst daarom de regeling als zodanig (en niet meer alleen de individuele toepassing daarvan) aan het evenredigheidsbeginsel. Daarbij geldt de volgende maatstaf:

“Aan een algemeen verbindend voorschrift (...) kan slechts verbindende kracht worden ontzegd, indien dit in strijd is met een hoger wettelijk voorschrift, dan wel *indien dit in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel*. Het is aan het regelgevend bevoegd gezag om de verschillende belangen, die bij het nemen van een besluit inhoudende algemeen verbindende voorschriften betrokken zijn, tegen elkaar af te wegen. De rechter heeft daarbij niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen en heeft ook overigens daarbij terughoudendheid te betrachten.”

Weliswaar is terughoudendheid dus nog steeds geboden, maar de willekeursluis is verdwenen: het voorschrift kan direct aan algemene rechtsbeginselen worden getoetst. In dit geval verklaart de Afdeling vervolgens de hele regeling onevenredig vanwege het ontbreken van een afwegingskader waarmee het CBR van geval tot geval de proportionaliteit van de oplegging beoordeelt. Het geheel geeft duidelijk blijk van een intensivering van de toets van lagere regelingen aan het ongeschreven recht, hetgeen ons een goede ontwikkeling lijkt nu steeds meer voor de burger ingrijpende normen worden vastgelegd in ‘bestuurswetgeving’. Voor een zeer uitvoerig en gedetailleerd overzicht voor de ontwikkeling van de willekeursluis en aanverwante verschijnselen zij verwezen naar de instructieve conclusie van Staatsraad

A-G Widdershoven over dit thema, van 22 december 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:3557).

#### 4.4 Toetsingsgronden (3): artikel 120 Gw en de exclusiviteit van de wetgevende bevoegdheid

Het toetsingsverbod van artikel 120 Gw verleent de wet in formele zin een bijzondere positie in ons rechtsbestel.<sup>95</sup> Anders dan bij andere overheidsbesluiten het geval is, mag de geldigheid van de formele wet immers niet worden getoetst aan de Grondwet (wat blijkt uit artikel 120 Gw zelf), noch aan ongeschreven recht of het Koninkrijksstatuut (deze twee uitbreidingen van artikel 120 Gw blijken uit het *Harmonisatiewet*-arrest, HR 14 april 1989, NJ 1989/469). Het onder juristen beroemde initiatief-‘voorstel-Halsema’, dat beoogde het toetsingsverbod te relativeren door de grondwetsbepalingen die individuele rechtswaarborgen bevatten daarvan uit te zonderen, kwam gedurende de verslagperiode roemloos ten einde nadat twee opeenvolgende Tweede Kamers de tweede lezing daarvan niet hadden afgerond – zo’n zestien jaar na de oorspronkelijke indiening daarvan.<sup>96</sup> Waarschijnlijk zullen wij het de komende decennia dus met het toetsingsverbod moeten doen; van de Grondwetgever valt op dit punt voorlopig weinig te verwachten. Ook bij de rechter staat het toetsingsverbod fier overeind; er verschenen de nodige uitspraken waaruit duidelijk blijkt dat de rechter van een relativering van het toetsingsverbod via jurisprudentiële weg niet wil weten.

Om te beginnen hield de rechtspraak vast aan de uit het *Harmonisatiewet*-arrest bekende regel dat de formele wet niet mag worden getoetst aan ongeschreven recht.<sup>97</sup> De Hoge Raad vat dit verbod van toetsing aan ongeschreven recht zó ruim op, dat hij zelfs meent onbevoegd te zijn om te beoordelen of de nadelige gevolgen van rechtmatige formele wetgeving krachtens het ongeschreven *égalité*-beginsel voor compensatie door de Staat in aanmerking komen. Deze opvatting is aanvechtbaar. Het toetsingsverbod strekt ertoe, de zeggenschap over de *gelding* van de wet aan de wetgever voor te behouden. Aan werking en gelding van de formele wet wordt echter niets afgedaan als de rechter in een incidenteel oordeelt dat ingrijpende gevolgen van een geldige en rechtmatige wet, tegenover een of enkele individuen door nadeelcompensatie moeten worden verzacht. De Hoge Raad hield echter ook in de verslagperiode aan deze opvatting vast.<sup>98</sup>

Verder werd – overigens terecht – vastgehouden aan de regel dat andere overheidsbesluiten dan de wet in formele zin niet aan Grondwet, Statuut of rechtsbeginselen mogen worden getoetst voor zover hun inhoud een exacte afspiegeling

92 Zie over dat leerstuk ook de volgende paragrafen en, uitgebreid, de tijdens de verslagperiode verschenen dissertatie van F.S. Bakker, *Biljkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018 (Ster Reeks, nr. 40). Over het alcoholslot-programma: p. 384-390.

93 Zie bijv. ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1710, AB 2014/426, m.nt. R. Stijnen; JB 2013/254, m.nt. R.J.B. Schutgens.

94 Vgl. ook HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen; NJ 2015/256, m.nt. B.F. Keulen; JB 2015/50, m.nt. B. de Kam, waarin de Hoge Raad een dag eerder uitsprak dat de cumulatie van oplegging van de maatregel van het alcoholslotprogramma met punitieve sancties onevenredig uitpakte.

95 Uitgebreid hierover: J.W.A. Fleuren & J.J.J. Sillen, ‘Toetsings- en uitspraakbevoegdheden bij de actie wegens onrechtmatige wetgeving in formele zin’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 147-163. Over het verschijnsel dat de civiele kort gedingrechter zich lijkt te ontwikkelen tot een quasi-constituti-onele rechter in de zelfde bundel J.E.M. Polak, ‘Het wetgevingskortgeding’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.) 2015, p. 419-432.

96 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28331, nr. 2 voor het eerstelezingvoorstel.

97 Zie bijv. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2818, HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:343, ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1426.

98 Zie bijvoorbeeld HR 9 augustus 2013, AB 2014/207, m.nt. F.J. van Ommereen en K. Wilkeshuis; NJ 2016/356, m.nt. N. Saanen (*Liberalisering elektriciteitsmarkt*).

vormt van een formele wet – anders zou immers ‘via de band’ alsnog de formele wet zelf worden getoetst. Ook deze oude regel werd (begrijpelijkerwijs) overeind gehouden.<sup>99</sup>

Uit verschillende, soms lagere, uitspraken komt verder naar voren dat de rechter ook het wetgevingsproces als *terra prohibita* is gaan beschouwen.<sup>100</sup> Na afloop van het ‘Oekraïenereferendum’ vorderde de Stichting Forum voor Democratie een declaratoir dat de Staat onrechtmatig handelde omdat de wetgever na de electorale afwijzing van (de goedkeuringswet voor) het Associatieverdrag met Oekraïne – volgens Forum in weerwil van artikel 11 van de Wet raadgevend referendum – niet ‘zo spoedig mogelijk een voorstel van wet [had] ingediend dat uitsluitend strekt tot intrekking van de wet of tot regeling van de inwerkingtreding van de wet’. Zoals bekend, is de regering destijds geruime tijd doende geweest om via diplomatieke weg een oplossing te vinden waarmee zij aan de (veronderstelde) kiezerswens kon tegemoetkomen zonder geheel van ratificatie af te zien. De rechter werd hier dus gevraagd om hangende<sup>101</sup> het wetgevingsproces te oordelen over de rechtmatige toepassing van een bepaling die een element van het wetsproces regelt. De rechtbank brandt er haar vingers niet aan. Na het aanhalen van (het tekstueel niet toepasselijke) artikel 120 Gw, artikel 81 Gw en de arresten *Waterpakt* en *Tegelen*, overweegt zij dat ‘de op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen eraan in de weg staat dat zij de vorderingen van Forum inhoudelijk beoordeelt. Voor een dergelijke beoordeling is immers noodzakelijk dat de rechtbank oordeelt over de vraag of het in artikel 11 Wrr vervatte procedurevoorschrift is geschonden doordat niet zo spoedig mogelijk een voorstel van wet is ingediend, welk oordeel haar – gezien het [hiervoor genoemde, red.] toetsingskader – niet toekomt en aan de formele wetgever is voorbehouden’. Forum had nog aangevoerd dat er geen sprake zou zijn van ingrijpen in het wetgevingsproces, nu het geen bevel was gevorderd. Ook dat kan de rechtbank niet vermurwen:

“ook door het hangende het wetgevingsproces geven van een expliciet (on)rechtmatigheidsoordeel over de wijze waarop genoemd procedurevoorschrift is toegepast, zou de rechtbank ingrijpen in dit proces doordat zij daarmee

dit proces en/of de uitkomst daarvan zou sturen, althans beïnvloeden.”<sup>102</sup>

Een verwante uitspraak geeft Hof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, AB 2017/416 (*Herindeling Haren*). Het Burgercomité Haren verzet zich tegen samenvoeging van de gemeenten Groningen, Ten Boer en Haren. Gemeentelijke herindeling geschiedt bij wet in formele zin (artikel 123 Gw). De Wet ARHI geeft daarvoor een hele reeks procedurevoorschriften, die aan de betrokken gemeenten en de bevoegde provincie een voorbereidende rol toekennen. Nu de gemeente Haren volgens het Burgercomité onvoldoende in de plannen gekend werd, vordert het comité een verbod aan de provincie, die reeds een herindelingsadvies uitbracht, om verder bij te dragen aan de herindeling. Nu was uit het arrest-*Tegelen* (HR 19 november 1999, NJ 2000/160, *Tegelen/Limburg*) al bekend dat dergelijke vorderingen volgens de Hoge Raad afstuiten op artikel 120 Gw, maar het Burgercomité betoogde dat het hier ging om provinciale voorbereidingshandelingen die losstaan van de eigenlijke wetsprocedure. Volgens het gerechtshof echter moeten tot de wettelijke herindelingsprocedure echter ‘niet alleen de zuiver procedurele stappen van de Provincie worden gerekend, maar ook de voorbereidingshandelingen in het kader van en in de aanloop naar het herindelingsadvies. Het hof zal zich (...) daarom dienen te onthouden van toewijzing van de gevorderde interventies in het wetgevingsproces’. Het komt erop neer, dat civiele vorderingen, waarmee op een of andere wijze wordt geprobeerd de rechter al tijdens (of zelfs: in de aanloop naar) het proces van totstandkoming van een formele wet te verleiden tot een uitspraak over de rechtmatigheid van die wet of van de voor haar totstandkoming gevolgde procedure, steeds stranden – al verschilt de redenering waarmee de rechter naar dat resultaat toe redeneert. Soms wordt deze verknoopt met het toetsingsverbod; soms wordt aangehaakt bij het systematische argument van de grondwettelijke verdeling van bevoegdheden over de staatsmachten. Boogaard & Uzman stellen in hun noot bij de genoemde uitspraken dat er een nieuwe regel van ongeschreven staatsrecht tot ontwikkeling is gekomen: geen rechterlijke oordelen geven die ingrijpen in politieke besluitvorming.<sup>103</sup> Wellicht is het inderdaad niet onverstandig dat de burgerlijke rechter zich niet laat verleiden tot inmenging in geschillen die zijn ontstaan in het hart van de democratie tussen overheden, staatsorganen, of politieke Kamerfracties. Overigens moet bedacht worden dat de – niet ter discussie staande, zie 4.5 – mogelijkheid van financiële overheidsaansprakelijkheid voor wetgeving de rechter wel degelijk noodzaakt tot een beoordeling van de wet. Het is zelfs nog altijd mogelijk de overheid aansprakelijk te stellen voor het ten onrechte niet tot stand brengen van wetgeving.<sup>104</sup> De door Boogaard & Uzman waarschijnlijk terecht geponeerde regel zou dan ook slechts moeten worden

99 Zie bijv. HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:917, AB 2014/242, m.nt. G. Boogaard en J. Uzman; AA 2014/204, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Hondenbelasting*) en HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:779. In de zaak van het alcoholslotprogramma (zie 3.2.3) delegeerde de formele wet de nodige keuzevrijheid aan de minister, zodat de betrokken ministeriële regeling wél getoetst kon worden.

100 Overigens zijn de al wat oudere arresten HR 19 november 1999, AB 2000/387, m.nt. Th.G. Drupsteen; NJ 2000/160, m.nt. T. Koopmans (*Tegelen/Limburg*) en HR 1 oktober 2004, NJ 2004/679, m.nt. T. Koopmans (*Faunabescherming/Provincie Fryslân*) hier al een voorafspiegeling van. Zie verder het in de vorige verslagperiode verschenen Rb. Den Haag 1 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7242, JB 2012/174, m.nt. J.L.W. Broeksteeg; AA 2012/635, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Wilders & Bontes/Staat*).

101 Artikel 11 Wrr verplichtte tot indiening van een wetsvoorstel; bij uitbrengen van de dagvaarding was het zover nog niet, zodat in strikte zin wellicht niet werd gevraagd om een oordeel ‘tijdens’ het wetsproces. In r.o. 4.10 merkt de rechtbank op dat artikel 11 echter deel uitmaakt van een wetgevingsproces dat is aangevangen met de indiening van het wetsvoorstel waarover het referendum was gehouden.

102 Rb. Den Haag 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667, AB 2017/415, m.nt. G. Boogaard en J. Uzman (*Forum voor Democratie/Staat*).

103 AB 2017/416, onder 6.

104 HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0875, AB 1993/305, m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1995/704, m.nt. M. van der Scheltema (*Aruba/Lopez*); miskend in Rb. Den Haag 9 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13313, r.o. 5.38.

opgevat als de vuistregel dat de rechter zich niet direct of indirect de rol moet laten opdringen van arbiter van geschillen tussen de ambten die bij een lopende wetsprocedure betrokken zijn. Dit doet niet af aan de rechterlijke bevoegdheid om de inhoud van het (niet) handelen van de wetgever te gelegenere tijd (aan supranationaal recht) te toetsen.

#### *Contra legem-werking van rechtsbeginselen*

In de verslagperiode verscheen een fraai arrest waarin – ten gunste van de rechtsbescherming in het individuele geval – het ‘contra legem-leerstuk’ uit het *Harmonisatiewet*-arrest voor zover wij konden nagaan voor het eerst sinds 1989 door de civiele hoogste rechter werd toegepast. De ouders van een elfjarig meisje vorderden van hun zorgverzekeraar vergoeding van het geneesmiddel Bosentan. Hun dochter kampte met een syndroom dat leidt tot pijnlijke zweren aan de extremiteiten. De verzekeraar vergoedde het door de behandelend arts voorgeschreven middel niet, geheel conform de Zorgverzekeringswet en de daarop gebaseerde regelgeving, die het verzekerde pakket dwingend voorschrijven. De werkzaamheid van dit kostbare middel bij kinderen werd namelijk onvoldoende door onderzoek gestaafd. Volgens de kinderarts leverden andere middelen in casu echter niets op en suggereerden enkele individuele gevalstudies wel degelijk werkzaamheid bij kinderen. De Hoge Raad benadrukt dat het verzekerde pakket berust op een uitdrukkelijke afweging van de formele wetgever, waarin de rechter op grond van het toetsingsverbod niet mag treden (behoudens strijd met supranationaal recht). Dat wordt anders als er ‘bijzondere omstandigheden’ spelen ‘die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever’ en wel als die bijzondere omstandigheden strikte wetstoepassing ‘zozeer in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht dat die toepassing achterwege moet blijven’ (r.o. 3.6.2). De in het staatsrecht geveerde jurist herkent direct het toetsingskader van artikel 3.9 *Harmonisatiewet*-arrest, waar de Hoge Raad overwoog dat artikel 120 Gw niet afdoet aan de rechterlijke bevoegdheid tot het ‘in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling op de grond dat de toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel’.<sup>105</sup> De constitutionele fijnproever ziet overigens ook meteen dat het *zorgverzekerings*-arrest uit 2014 het ‘contra legem-leerstuk’ wat versoepelt. Immers, de Hoge Raad spreekt in 2014 over een toetsing aan ‘ongeschreven recht’ *tout court*. Er hoeft kennelijk geen concreet rechtsbeginsel meer aangewezen te worden waarmee wetstoepassing zou botsen (en dat was in casu wellicht ook niet zo gemakkelijk geweest). Voldoende is blijkbaar, dat een onverkorte wetstoepassing evident onbillijk is en daarmee in strijd met ‘ongeschreven recht’. Verder geeft de Hoge Raad in r.o. 3.6.1 van dit interessante arrest een grondwetsconforme uitleg aan artikel 6:2/6:248 BW. Ook het tussen civiele partijen buiten toepassing laten van wetgeving op basis van

artikel 6:2/6:248 BW mag volgens de Hoge Raad niet neerkomen op een toetsing van die wet aan ongeschreven recht, omdat anders strijd zou ontstaan met het toetsingsverbod, dat de Hoge Raad in dit kader uitlegt als een verbod om een ‘uitdrukkelijk gemaakte afweging van de wetgever’ te toetsen aan hoger recht (r.o. 3.6.1). Onzes inziens benadrukt de Hoge Raad terecht de doorwerking van het grondwettelijke toetsingsverbod in de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. De civielrechtelijke literatuur schonk daaraan voorheen weinig aandacht.

#### 4.5 *Schadevergoeding voor wet- en regelgeving*

Al moge de rechter inmenging de politieke strijd om de totstandkoming van wetgeving proberen te vermijden, hij is er in de verslagperiode niet voor teruggeschrokken om overheden waar passend te veroordelen tot schadevergoeding wegens gebreken in (tot stand gekomen) wet- en regelgeving. Veel aandacht trokken twee vergelijkbare arresten over het onrechtmatig bevonden artikel 7:635 lid 4 BW (oud): HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722 en ECLI:NL:HR:2015:2723 (zie hierover ook par. 8.1 van deze kroniek). Op grond van de genoemde bepaling kwamen door werknemers opgebouwde vakantiedagen na een half jaar ziekte successievelijk te vervallen. Krachtens Richtlijn 2003/88/EG moet het nationale recht werknemers minimaal vier weken vakantie per jaar toekennen ‘overeenkomstig de in de nationale wetten en of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie’ – een rijkelijk vage bepaling die echter door het Luxemburgse Hof stapsgewijs werknemervriendelijker is ingevuld. In 2001 overwoog het dat de vier weken vakantie met behoud van loon ‘een sociaal recht is dat (...) aan alle werknemers is toegekend’ en dat de richtlijn zich verzet tegen voorwaarden die bepaalde werknemers van dit recht uitsluiten.<sup>106</sup> In 2009 overwoog het dat de Richtlijn in de weg staat aan nationale bepalingen volgens welke werknemers bij afloop van de arbeidsverhouding geen financiële vergoeding ontvangen voor vakantie-uren die door ziekte niet zijn opgenomen.<sup>107</sup> Twee werknemers die onder de Nederlandse regeling vakantie-uren waren verloren, stelden de Staat daarvoor aansprakelijk. In de kern kwam het verweer van de Staat erop neer dat voor de wetgever onvoldoende voorzienbaar was dat de gewraakte BW-bepaling met het Unierecht in strijd zou worden bevonden. Zoals bekend zijn dergelijke ‘schuldverweren’ naar nationaal overheidsaansprakelijkheidsrecht sinds HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252 (*Staat/Van Gelder*) kansloos, omdat een onjuiste wetsuitleg de overheid altijd krachtens verkeersopvattingen wordt toegerekend (artikel 6:162 lid 3 BW, vgl. HR 31 mei 1991, *NJ* 1993/112, *Van Gog/Nederweert*). Het zuiver Unierechtelijke overheidsaansprakelijkheidsrecht, ontwikkeld op basis van *Francovich*, kent echter de eis van de ‘voldoende gekwalificeerde schending’ – van een BW-bepaling

105 Uitgebreid hierover F.S. Bakker, a.w., hfdst. 3.

106 Zie HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, *AB* 2015/278, m.nt. J.W.C. van Rossem; *NJ* 2015/344, m.nt. J. Legemaate; *JB* 2015/48, m.nt. R.J.B. Schutgens en F.S. Bakker (*Zorgverzekerings*), HvJ EU 26 juni 2001, ECLI:EU:C:2001:356 (*Becttu*).

107 HvJ EU 20 januari 2009, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff*).

die pas na rechterlijke uitleg van een rijkelijk vage Richtlijn-bepaling in strijd wordt bevonden met het Unierecht kan mogelijk wel gezegd worden dat zij geen gekwalificeerde schending oplevert. De Staat voerde daarom verschillende bijkomende verweren die erop neerkwamen dat de nationale onrechtmatige daad niet van toepassing zou zijn op daden van formele wetgeving (zodat uitsluitend de *Francovich*-criteria zouden overblijven). Op hun beurt openden die verweren de weg voor een mooi leerstellig arrest waarin de overheidsaansprakelijkheid voor formele wetgeving uit de doeken wordt gedaan. De Hoge Raad behandelt eerst het geval dat formele (en andere) wetgeving strijdig blijkt met 'gewoon' een ieder verbindend verdragsrecht, wat

“niet alleen tot gevolg [heeft] dat de desbetreffende wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar ook dat het uitvaardigen en handhaven van die wetgeving onrechtmatig is en daarom op grond van art. 6:162 BW de Staat verplicht tot betaling van schadevergoeding (...). Dat in dat geval aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bestaat, strookt met de aan de art. 93 en 94 Grondwet ten grondslag liggende gedachte dat de daar genoemde bepalingen zoveel mogelijk in de nationale rechtsorde tot gelding moeten komen, zonder dat de wetgever daarin afzonderlijk behoeft te voorzien. Daarmee wordt verzekerd dat de rechtstoepassing in Nederland in overeenstemming is met die bepalingen (...). De verplichting tot vergoeding van schade vormt bij uitstek een effectieve en adequate remedie bij niet-naleving van die bepalingen door de Staat. Er is dan ook geen grond om voor het uitvaardigen en handhaven van wetgeving in formele zin een uitzondering te maken op het in art. 6:162 BW bepaalde. Het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet brengt niet iets anders mee (...).”

Vervolgens overweegt de Hoge Raad – terecht – dat het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel zich ertegen zou verzetten dat voor het geval van strijdigheid van formele wetgeving met het Unierecht of voor het geval van te late of onjuiste richtlijnimplementatie een strenger regime zou gelden. Ook bij strijdigheid van Nederlandse wetgeving met het Unierecht is de nationale onrechtmatige daad – met zijn strenge toerekeningsregels – gewoon van toepassing. De strijdigheid van het BW met het Unierecht kan de Staat dan ook in het voetspoor van *Staat/Van Gelder* gewoon worden toegerekend.<sup>108</sup> Verder valt te noemen HR 7 maart 2014, *AB 2014/230 (Staat/Norma)* over het ontbreken van 'thuiskopievergoedingen'. De Nederlandse Auteurswet staat onder voorwaarden toe

dat particulieren voor eigen studie en gebruik 'thuiskopieën' maken van auteursrechtelijk beschermd materiaal. De Auteursrechtlijn biedt de wetgever deze mogelijkheid, onder voorwaarde dat de rechthebbenden een billijke vergoeding ontvangen. Dat laatste gebeurt door de fabrikant of importeur van voorwerpen waarop de kopie wordt gemaakt, daarover een thuiskopievergoeding te laten afdragen waarvan de hoogte bij AMvB is vastgesteld. Voor mp3-spelers en harddiskrecorders was de vergoeding echter lange tijd op nihil gesteld. Auteursrechtorganisatie Norma stelde de Staat daarvoor met succes aansprakelijk; de gewraakte AMvB is dan ook evident in strijd met het Unierecht. In r.o. 4.6.2 wordt terecht het verweer van de Staat verworpen dat een veroordeling tot schadevergoeding hier niet zou zijn toegestaan omdat deze hetzelfde effect zou hebben als een bevel tot vaststelling van een AMvB. Een veroordeling tot schadevergoeding is geen wetgevingsbevel, want zij laat – in ieder geval formeel – de keuzevrijheid van de regelsteller voor de aanpassing van zijn regeling onverlet.

In HR 4 mei 2018, *ECLI:NL:HR:2018:677 (TMG/Staat)* bestreed de Staat een aansprakelijkstelling voor een bepaling in de Auteurswet die in strijd was gebleken met de Databankenrichtlijn, die al in 1998 correct geïmplementeerd had moeten zijn. Pas in 2014 werd de Auteurswet op dit punt met de Databankenrichtlijn in overeenstemming gebracht. De Staat betoogde dat de volledige schade van eiser TMG was verjaard, omdat de onrechtmatige (wetgevings)daad in 1998 werd gepleegd. Terecht overweegt de Hoge Raad dat het niet aanpassen van wetgeving die in strijd is met een Unierichtlijn, 'iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad van de Staat oplevert, hetgeen meebrengt dat daarop gegronde vorderingen afzonderlijk verjaren'. Voor zover de schade was geleden in de vijf jaar voorafgaand aan het instellen van de vordering, was zij dus niet verjaard. Het arrest ondersteunt de gedachte dat in geval wetgeving in strijd is met hoger recht, er een voortdurende plicht tot intrekking of aanpassing op de wetgever rust.

Geen succes had het verzet van de Nederlandse Federatie van Edelpelsdierhouders tegen de Wet verbod pelsdierhouderij (*Stb.* 2013, 11 en *Stb.* 2013, 13), die vanaf 2013 verbod dieren te houden en te doden ter verkrijging van hun pels. Deze wet kent voor bestaande pelsdierhouders een (ruime) overgangstermijn tot 2024, maar slechts enkele zeer bescheiden financiële compensatiemaatregelen: een tegemoetkoming voor de sloop of ombouw van bedrijfsgebouwen, een belastingvrijstelling bij herinvestering van bedrijfskapitaal en een mogelijke pensioentegemoetkoming voor oudere pelsdierhouders. Een algemeen recht op compensatie voor het verlies van de waarde van hun bedrijf(swinst) kregen de pelsdierhouders niet. Bij gebreke daaraan kwam de wet volgens de pelsdierhouders in strijd met artikel 1 Eerste Protocol EVRM en daarom vorderden zij buitenwerkingstelling van de wet.<sup>109</sup> Volgens de Hoge Raad moet deze vordering stranden. Uit EHRM-jurisprudentie komt

108 Opmerkelijk is overigens dat de Hoge Raad (in r.o. 3.5.3) overweegt dat het gerechtshof in deze zaak terecht geen uitzondering heeft aangenomen op de 'automatische toerekening' van *Staat/Van Gelder*, en wel omdat de Staat vanaf het Luxemburgse arrest uit 2001 rekening kon houden met de mogelijkheid dat de Nederlandse regeling in strijd zou worden bevonden met het Unierecht. De Hoge Raad zegt in feite dat de Staat in casu wel degelijk enige verwijtbaarheid treft. Bij een echt 'strakke' toepassing van *Staat/Van Gelder* had kunnen worden volstaan met de constatering dat de verwijtbaarheid niet ter zake doet. Is dit wellicht een aankondiging van een kleine relativisering van de automatische toerekening uit *Staat/Van Gelder* en *Van Gog/Nederweert*? Het is lastig te zeggen.

109 HR 16 december 2016, *ECLI:NL:HR:2016:2888, AB 2018/12*, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik; *NJ 2017/132*, m.nt. E.A. Alkema (vgl. HR 16 november 2001, *ECLI:NL:HR:2001:AD5493, NJ 2002/469*, m.nt. E.A. Alkema).

namelijk naar voren dat het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol EVRM zich niet uitstrekt tot zuiver verwachte bedrijfswinst. Weliswaar is *goodwill* soms te kwalificeren als 'eigendom', maar het moet dan bijvoorbeeld gaan om een bestaand klanten- of patiëntenbestand of rechten uit een bestaande vergunning. Goodwill moet kennelijk toch een minimale vorm van 'vastbaarheid' of 'concrete aanwijsbaarheid' hebben voordat zij onder de bescherming van artikel 1 Eerste Protocol EVRM valt. De Hoge Raad overweegt verder zich niet bevoegd te achten aan een door het EHRM zo duidelijk uitgelegde verdragsbepaling als artikel 1 Eerste Protocol EVRM een verdergaande interpretatie te geven. Weliswaar staat het EVRM zelf daaraan niet in de weg (zie artikel 53 EVRM) maar gelet op het nationale recht (de Hoge Raad verwijst naar artikel 94 Gw en artikel 120 Gw) is de rechter daartoe niet bevoegd, in ieder geval niet als het gaat om een ruimere uitleg van verdragsrecht waar vervolgens formele wetgeving aan wordt getoetst (zie r.o. 3.3.3). Deze overweging lijkt ons correct.<sup>110</sup> (De overweging illustreert overigens ook dat de mogelijkheid om formele wetgeving te toetsen aan artikel 1 Eerste Protocol EVRM, het door de Hoge Raad aangenomen verbod op toetsing van de gevolgen van formele wetgeving aan het *égalité*beginsel (zie 4.4) niet volledig kan compenseren.) In casu blijven slechts de fysieke bedrijfsmiddelen (grond, stallen, etc.) van de pelsdierhouders over als eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, ten aanzien waarvan de Wet een vorm van regulering inhoudt. Deze vorm van regulering passeert – niet verrassend – gemakkelijk de *fair balance*-test van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. De nertsfokkers beschikken slechts over een beperkte hoeveelheid relevante eigendommen, ten aanzien waarvan slechts regulering en geen ontneming plaatsvindt. Die regulering dient een algemeen belang, er is een ruime overgangstermijn zodat investeringen kunnen worden terugverdiend, er zijn enkele bescheiden flankerende maatregelen getroffen en, wellicht het belangrijkste, de nertsfokkerij is al jaren een omstreden bedrijfstak, ten aanzien waarvan al ruim een decennium voor inwerking-treding van de wet pogingen werden ondernomen om tot een wettelijk verbod te komen. Mede vanwege die laatste reden zou hier waarschijnlijk ook het ongeschreven, nationale *égalité*beginsel niet tot schadevergoeding verplichten. Weinig kansrijk bleken in de verslagperiode ook enkele pogingen om de overheid aansprakelijk te stellen voor regelgevingsfalen. Het gaat dan om het verwijt dat een groot, veel burgers bedreigend gevaar niet of niet eerder door overheidsregulering is ingetoomd. Zoals bekend is het al haast onbegonnen werk de overheid voor toezichts-falen aansprakelijk te stellen (zie ook 5.4 en 5.5 van deze kroniek). De rechter gunt de overheid – naar onze indruk overigens niet ten onrechte – de nodige beleidsvrijheid bij de uitoefening van toezichtsbevoegdheden. Zulke aansprakelijkheid is slechts denkbaar als er zeer concrete aanwij-zingen voor een groot gevaar zijn genegeerd terwijl er voldoende mogelijkheden waren tot ingrijpen. Het moge niet

verbazen dat het verwijt van regelgevingsfalen nog lastiger rond is te krijgen. De rechter ziet op dit punt een zeer ruime beleidsvrijheid voor de regelgever.<sup>111</sup> De rechter kan regelgevingsfalen normaal gesproken dan ook slechts toetsen aan een vaag, ongeschreven afwegingskader, ontleend aan positieve verdragsverplichtingen of wellicht aan een aangepaste toepassing van de *Kelderluik* criteria. Op grond daarvan zou dan de conclusie moeten zijn dat eerder had moeten worden ingegrepen. De gevaren moeten wel heel opzichtig genegeerd zijn, wil de overheid via deze weg met succes aansprakelijk gesteld kunnen worden. Dit wordt overigens anders als de overheid een concrete, geschreven plicht tot wetgeving heeft verzaakt, bijvoorbeeld door een Europese richtlijn niet om te zetten. In dat geval ligt er een voldoende duidelijke geschreven norm voor en zal de vordering veel kansrijker zijn.

## 5. Overig onrechtmatig overheidshandelen

In deze categorie trekt een drietal thema's de aandacht. In de eerste plaats gaat het om gevallen die als gevaarzet-ting plegen te worden aangeduid.<sup>112</sup> Dit leerstuk betreft niet enkel de op artikel 6:162 BW gebaseerde gevallen, maar raakt bijvoorbeeld ook artikel 6:174 BW (aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen). Dat zien we duidelijk terug in de rechtspraak met betrekking tot (water)wegbeheer. Veel aandacht gaat daarbij, nog steeds, uit naar de consequenties van het *Wilnis*-arrest. Hier lijkt, zo wordt in de literatuur althans wel gesuggereerd, in de rechtspraak van de Hoge Raad sprake van een zekere terughoudendheid bij het aannemen van overheidsaansprakelijkheid. Terughoudendheid beheerst ook het tweede thema dat in deze categorie om aandacht vraagt: de toezichthouders-aansprakelijkheid.<sup>113</sup> Hier heeft de rechtspraak onder meer met het *Duwbak Linda*-arrest en het *Vie d'Or*-arrest al een bepaalde toon gezet en die zien we terug in meer recente rechtspraak die zowel ziet op financieel toezicht als toezicht uit te oefenen door wat destijds nog de Arbeidsinspectie heette. Ook de wetgever heeft zich met de beperking van aansprakelijkheid van financiële toezichthouders in de Wft niet onbetuigd gelaten.

<sup>110</sup> Een andere visie wordt verdedigd door o.a. Barkhuysen & Van Emmerik, *AB* 2018/12, nr. 3.

<sup>111</sup> Vgl. Gerechtshof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:25, r.o. 3.3 en 3.4, (*Zalco*) (waar overigens ook het aspect van verjaring de eiser parten speelt) en Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, (*Q-koorts*), r.o. 5.3.

<sup>112</sup> Op het grensvlak tussen gevaarzetting en regelgevingsfalen bevindt zich de *Q-koorts*-problematiek. Een tegen de Staat gevoerde procedure met als inzet aansprakelijkheid voor schade van *Q-koorts*-patiënten, heeft hen in eerste instantie nul op het rekest opgeleverd. Zie Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, JA 2017/42, m.nt. J.H.G. Verweij-Hoogendijk; *GJ* 2017/97, m.nt. M.J.J. de Ridder en A.N.L. de Hoogh waarin de Staat niet alleen het verwijt wordt gemaakt eisers in de jaren 2007-2010 onvoldoende te hebben geïnformeerd over de hem bekende gevaren van *Q-koorts*, maar tevens dat hij te lang heeft gewacht adequate maatregelen te treffen om eisers tegen die gevaren te beschermen. De rechtbank komt in een uitvoerig gemotiveerd vonnis tot de conclusie dat er van onrechtmatig handelen in de zin van regelgevingsfalen geen sprake is en evenmin van schending van informatieplichten.

<sup>113</sup> Zie ook R.P. Wijne, 'Falend toezicht en afwenteling van schade op de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *O&A* 2014/80.

Het derde thema dat in dit verband aandacht verdient, heeft opnieuw te maken met ontwikkelingen in de financiële wereld: fouten die beweerdelijk zijn gemaakt door de overheid bij het redden van financiële instellingen in nood. En ook hier ligt de lat voor overheidsaansprakelijkheid bepaald hoog, hetgeen ongetwijfeld terug te voeren is op de grote belangen die op het spel staan en derhalve ook op de impact van mogelijke beslissingen die in soms zeer korte tijd genomen moeten worden. Op een enigszins vergelijkbare manier als bij toezichthoudersaansprakelijkheid geldt daarom ook hier dat achteraf praten vaak gemakkelijk is, maar dat reële verwijten ten aanzien van de op het *moment suprême* gemaakte keuzes niet snel te rechtvaardigen zijn.

### 5.1 **Gevaarzetting. Het Wilnis-arrest blijft de gemoederen bezighouden**

Het *Wilnis*-arrest is weliswaar in de vorige verslagperiode geweest en in de vorige kroniek al meegenomen, maar heeft duidelijk ook zijn weerslag op de huidige verslagperiode. Om meerdere redenen is het arrest richtinggevend.

In de eerste plaats lijkt in het arrest, en naar blijkt niet alleen in dat arrest, een zekere voorzichtigheid die ten voordele van de overheid uitpakt, troef. In het *Wilnis*-arrest schenkt de Hoge Raad, overigens onder verwijzing naar parlementaire geschiedenis en eerdere eigen rechtspraak, veel aandacht aan de begrenzing van artikel 6:174 BW en hij laat daarbij, onder meer door zijn aandacht voor de (beperkte) financiële armslag van het betrokken overheidslichaam, ruimte voor terughoudendheid in het geval de aansprakelijkheid zou rusten op een overheidslichaam.<sup>114</sup>

In de tweede plaats blijkt uit het arrest dat de meerwaarde van artikel 6:174 ten opzichte van artikel 6:162 BW beperkt is.<sup>115</sup> Een absolute aansprakelijkheid op de grondslag van artikel 6:174 BW, hoewel dogmatisch gezien van een 'risicoaansprakelijkheid' sprake is, is nooit de bedoeling geweest. Een garantienorm ten laste van de bezitter is niet aan de orde. Ook bij toepassing van artikel 6:174 BW zijn gedragsnormen en daarmee de *kelderluik*factoren van belang. Een relevant verschil treedt op bij (subjectieve) onbekendheid met het gevaar:<sup>116</sup> dat zou bij artikel 6:162 BW een bevrijdend verweer kunnen opleveren, bij artikel 6:174 BW echter niet. Daarin schuilt dus een belangrijk aspect van risicoaan-

sprakelijkheid. In het arrest gaat het echter niet om *subjectieve* onbekendheid met het gevaar, maar is de vraag of het aangesproken overheidslichaam vrijuit gaat vanwege *objectieve* onbekendheid van het gevaar: was extreme droogte naar de toenmalige stand van wetenschap en techniek een naar objectieve maatstaven kenbaar gevaar of niet? Bij een ontkennend antwoord ontbreekt aansprakelijkheid ex artikel 6:174 BW. Na verwijzing is aansprakelijkheid inderdaad op die grond afgewezen.<sup>117</sup>

In ieder geval wordt het *Wilnis*-arrest, juist ook vanwege de verwijzing naar beleidsvrijheid en financiële middelen, opgevat als een signaal op het punt van *overheidsaansprakelijkheid*: (extra) terughoudendheid zou aan de orde zijn wanneer het om een artikel 6:174 BW-claim tegen de overheid gaat.

In diverse meer recente arresten zijn in wezen door het *Wilnis*-arrest opgeworpen vervolgvragen in het geding. Zo betreft het arrest *Reaal/Deventer* de vraag welke betekenis toekomt aan de vingerwijzing omtrent de financiële armslag van het betrokken overheidslichaam, terwijl in het *Stroomkabel*-arrest, dat op de aansprakelijkheid van de wegbeheerder betrekking heeft, opnieuw de vraag is welke meerwaarde artikel 6:174 BW ten opzichte van artikel 6:162 BW heeft. In dat arrest is tevens de vraag aan de orde hoe in geval van voorwerpen op de weg de werkverdeling tussen beide aansprakelijkheden is.

### 5.2 **Financiële armslag van het betrokken overheidslichaam: het arrest Reaal/Deventer**

De verwijzing in het *Wilnis*-arrest naar de financiële armslag van het betrokken overheidslichaam wordt door aangesproken overheden soms zo begrepen dat concrete ruimte op hun begroting mede bepalend is voor de van hen te verwachten zorg en daarmee voor hun aansprakelijkheid. Uit het nadien gewezen arrest inzake *Reaal/Deventer* kan worden afgeleid dat ook de Hoge Raad worstelt met de juiste benadering op dit punt: in een al te soepele benadering immers zou de overheid wel heel snel vrijuit gaan vanwege haar beperkte financiële middelen.<sup>118</sup>

Centraal staat een geval van (mogelijke) wegbeheerdersaansprakelijkheid: een racefietser wordt ingehaald door een vrachtwagen op een vrij smalle weg en gaat dan zo ver naar rechts dat hij met zijn voorwiel in een spleet tussen wegdek en een strook grasbetonklinkers terecht komt, valt en wordt overreden door de vrachtwagencombinatie. De WAM-verzekeraar van de vrachtwagen zoekt vervolgens verhaal ex artikel 6:174 BW op de wegbeheerder: de gemeente Deventer. De centrale stelling van de WAM-verzekeraar is duidelijk: deze spleet of richel had moeten worden opgevuld. Het verweer van de gemeente houdt in dat zij daarvoor niet de capaciteit en middelen heeft, maar volgens de WAM-verze-

114 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief.

115 Sommige uitspraken suggereren dat artikel 6:174 BW eigenlijk geen enkele meerwaarde meer heeft ten opzichte van artikel 6:162 BW. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4196, JA 2014/2, m.nt. F.T. Oldenhuis (*Container in woonwijk*). In een enkel ander geval lijkt het *Wilnis*-arrest aanleiding voor een afwijzing van artikel 6:174/6:173 BW-claims in gevallen die voordien nog een toewijzing zouden hebben opgeleverd. Zo in het kader van artikel 6:173 BW bijvoorbeeld Hof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6992, JA 2012/3 (*Benelli 250*). De lagere rechtspraak lijkt meer in het arrest van de Hoge Raad te lezen dan ermee bedoeld is: waar de Hoge Raad in de *bijzondere Wilnis*-setting laat zien dat artikel 6:174 BW geen absolute aansprakelijkheid is, maakt de lagere rechtspraak ervan dat artikel 6:174 BW in de *reguliere* gevallen minder royaal moet worden toegepast dan in het verleden gebeurde.

116 Zie ook T.W. Franssen & D. van Tilborg, 'Wat niet weet, wat niet deert? De maatstaf voor de toetsing van de wetenschap van de overheid bij gesteld onrechtmatig (zuiver) nalaten', *O&A* 2014/79.

117 Zie Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1539, AB 2014/229, m.nt. H.K. Gilissen; *Gst.* 2014/97, m.nt. P.C.M. Heinen.

118 Zie HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, AB 2014/228, m.nt. A.H.J. Hofman; NJ 2014/368, m.nt. T. Hartlief; *Gst.* 2014/86, m.nt. P.C.M. Heinen; JA 2014/78, m.nt. J. Veninga en F.T. Oldenhuis; *O&A* 2015/4, m.nt. J.J. van der Helm (*Reaal/Deventer*) en het *verwijzings-arrest* Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022, *O&A* 2016/5, m.nt. J.J. van der Helm.

keraar hoeft dit alles niet veel te kosten. Het hof wijst de regresvordering echter af. In zijn overwegingen duikt het *Wilnis*-arrest op.

In cassatie geeft de Hoge Raad aan dat het aan eiser is om de feiten en omstandigheden die ten grondslag liggen aan zijn artikel 6:174 BW-vordering te stellen en zo nodig te bewijzen. Voert het betrokken overheidslichaam het verweer dat de financiële middelen te beperkt waren voor maatregelen dan is het aan hem om dat te onderbouwen. In dit verband is de enkele stelling dat zijn financiële middelen ontoereikend waren onvoldoende. In casu heeft de gemeente volgens de Hoge Raad echter volstaan met algemeenheden en de WAM-verzekeraar geen aanknopingspunt gegeven voor een meer specifieke onderbouwing van diens stelling dat van de gemeente maatregelen konden worden gevegd. De Hoge Raad casseert daarom. A-G Spier kwam tot een andere conclusie: volgens hem kon van de gemeente niet veel meer worden gevegd dan zij had gesteld.<sup>119</sup>

Het lijkt erop dat de Hoge Raad het overheden ook weer niet te gemakkelijk wil maken en daarom inderdaad meer van hen wil horen en/of zien dan een enkele verwijzing naar de beperkte financiële middelen. Onderbouwing is noodzakelijk, getalsmatige onderbouwing wellicht verstandig. Het is echter de vraag wat de Hoge Raad hiermee over rechters en ook over zichzelf afroept: moeten zij werkelijk gaan oordelen over de vraag welke ruimte op de begroting passend is, welke kosten in het licht van een bepaald budget aanvaardbaar zijn dan wel te veel gevraagd? Zitten zij daarop te wachten?

### 5.3 De werkverdeling tussen artikel 6:162 en 6:174 BW: het *Stroomkabel*-arrest

Omdat het *Wilnis*-arrest de verhouding tussen artikel 6:174 en 6:162 BW op scherp heeft gezet, is het van groot belang voor het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht. Beide bepalingen beheersen de aansprakelijkheid ter zake van wegbeheer. Tot '*Wilnis*' dachten velen in een eenvoudig schema: artikel 6:174 BW is een 'risicoaansprakelijkheid', artikel 6:162 BW een 'schuldaansprakelijkheid' en dat maakt een wereld van verschil. Zoals aangegeven heeft de Hoge Raad in het *Wilnis*-arrest echter gesuggereerd dat dit wel meevalt en dat artikel 6:174 BW, dat aangrijpt bij 'gebrekigheid', dichterbij artikel 6:162 BW zit dan werd gedacht: aan beide fronten spelen de *kelderluik*factoren immers een rol. Ook in het *Stroomkabel*-arrest<sup>120</sup> is de verhouding tussen beide aansprakelijkheidsgronden aan de orde.

Centraal staat een dame die is gestruikeld over een door marktkraamhouders gebruikte stroomkabel die van een gemeentelijke elektriciteitskast over de stoep naar de marktkramen liep. Zij spreekt vervolgens de gemeente Nijmegen aan ex artikel 6:174 en 6:162 BW, maar krijgt uiteindelijk in drie instanties nul op het rekest. In zijn arrest schenkt de Hoge Raad nadere aandacht aan de verhouding tussen artikel 6:174 en 6:162 BW als zodanig en meer specifiek aan de

vraag hoe zij zich tot elkaar verhouden waar het gaat om de zorgplicht van de wegbeheerder ter zake van voorwerpen op de weg.

De Hoge Raad neemt tot uitgangspunt de plicht van de wegbeheerder ervoor te zorgen dat de toestand van de weg de veiligheid van personen en zaken niet in gevaar brengt en verwijst daarbij naar het bekende, nog onder het regime van schuldaansprakelijkheid geweest, *Bussluis*-arrest.<sup>121</sup> Deze verplichting is in artikel 6:174 BW verwoord als een risicoaansprakelijkheid. Zij dient te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven die zijn ontwikkeld in het *Wilnis*-arrest. Dat betekent dat het bij het antwoord op de vraag of de weg voldoet aan de eisen die daaraan in de gegeven omstandigheden mogen worden gesteld, en dus niet gebrekkig is, aankomt op de – naar objectieve maatstaven te beantwoorden – vraag of de zaak, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn. De Hoge Raad voegt daar nu aan toe dat deze maatstaven overeenkomen met de *kelderluik*factoren die we kennen van artikel 6:162 BW en verwijst daarbij behalve naar het *Kelderluik*-arrest<sup>122</sup> ook naar het arrest waarin het Land Curaçao aansprakelijk werd geoordeeld voor een ernstig voetbalongeluk op de binnenplaats van gevangenis Bon Futuro.<sup>123</sup>

Vervolgens spitst de Hoge Raad zijn overwegingen toe op de aansprakelijkheid van de wegbeheerder voor voorwerpen op de weg. Hij begint opnieuw met artikel 6:174 BW. De aansprakelijkheid van de wegbeheerder op deze grondslag betreft (de toestand van) de openbare weg, waaronder ingevolge artikel 6:174 lid 6 BW mede zijn te verstaan het weglichaam en de weguitrusting. Die aansprakelijkheid is, zo stelt de Raad duidelijk, beperkt tot gebreken die samenhangen met de verkeersfunctie van de openbare weg. De aanwezigheid op een openbare weg van een voorwerp dat niet behoort tot de weg in de zin van artikel 6:174 BW en dat gevaar schept voor personen of zaken, is dus geen gebrek van de weg als bedoeld in artikel 6:174 BW. Verwezen wordt daarbij naar het arrest *Rook/Staat*<sup>124</sup> dat betrekking had op ijzel op de weg. Daarmee is de kous niet af. De wegbeheerder kan namelijk, mede uit hoofde van zijn algemene zorgplicht voor de veiligheid van weggebruikers, wel degelijk aansprakelijk zijn voor de aanwezigheid van – niet van weg, weglichaam of weguitrusting deel uitmakende – voorwerpen op de weg ex artikel 6:162 BW. Dan zal hem het verwijt moeten kunnen worden gemaakt dat hij in de nakoming van deze plicht is tekortgeschoten. Indien de wegbeheerder, zoals hier met de electriciteitskabels, bekend is met de aanwezig-

119 ECLI:NL:PHR:2014:16 onder 6.16 e.v.

120 HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, NJ 2017/73, m.nt. J. Spier; JA 2017/5, m.nt. F.T. Oldenhuis.

121 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, AB 1992/406, m.nt. F.H. van der Burg; NJ 1993/547, m.nt. C.J.H. Brunner.

122 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten.

123 HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47, NJ 2013/366.

124 HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2202, AB 2004/47, m.nt. G.A. van der Veen; NJ 2002/465.

heid van het voorwerp op de weg, is voor de beoordeling van zijn aansprakelijkheid van belang in hoeverre niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid waarschijnlijk is, hoe groot de kans is dat daaruit ongevallen ontstaan, hoe ernstig de gevolgen kunnen zijn, en in hoeverre het nemen van veiligheidsmaatregelen bezwaarlijk is (de *kelderluik*factoren). De Hoge Raad voegt nog toe dat herkomst, aard en functie van een dergelijk voorwerp alsmede de ligging, functie, fysieke toestand en het te verwachten gebruik van de weg ook een rol kunnen spelen. In casu had het hof de zaak eerst en vooral langs deze weg (artikel 6:162 BW) ingestoken en de vordering afgewezen. Ook in cassatie vangt het slachtoffer bot.

Het arrest levert een duidelijke werkverdeling op waar het gaat om voorwerpen op de weg: soms komt artikel 6:174 BW in beeld, soms artikel 6:162 BW. Steeds zijn echter de *kelderluik*factoren aan de orde, hetgeen, na het *Wilnis*-arrest dus opnieuw, de meerwaarde van de risicoaansprakelijkheid relativeert. Voorwaarde voor toepassing van artikel 6:162 BW is echter, anders dan bij artikel 6:174 BW, 'bekendheid' bij de wegbeheerder. Bovendien zal bij 'vreemde voorwerpen' toepassing van artikel 6:162 BW eerder leiden tot een nul op het rekest, omdat de wegbeheerder minder snel een verwijt kan worden gemaakt.

#### 5.4 *Is terughoudendheid troef in het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht?*

In de literatuur wordt wel gesuggereerd dat het *Wilnis*-arrest past in een bredere trend van terughoudendheid in het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht die, al is dat alleen al vanwege de herhaalde toepassing van artikel 81 RO in dit verband moeilijk hard te maken, wellicht te maken heeft met de crises van de afgelopen jaren:<sup>125</sup>

- in het *Paalrot*-arrest<sup>126</sup> gaat het om houten funderingspalen die droog zijn komen te staan (en zijn gaan schimmelen) als gevolg van lekkende riolering en daardoor verminderde draagkracht hebben. De gemeente Dordrecht wordt aansprakelijk gesteld ex artikel 6:174 en 6:162 BW. Het hof wijst de vorderingen af en heeft de gemeente daarbij de nodige tijd en ruimte gegeven om onderzoek te doen naar (de omvang van) de problemen en vervolgens beleid te ontwikkelen en prioriteiten te stellen. Het hof, dat naar het *Wilnis*-arrest verwijst, laat de gemeente vrijuit gaan en kent in dat verband betekenis toe aan de beperkte financiële middelen van de gemeente en aan de door haar af te wegen tegenstrijdige belangen (waar eigenaren van houten palen bijvoorbeeld baat zouden hebben bij een hoger waterpeil zou dat juist weer voor overlast kunnen zorgen bij wo-

ningen die op staal zijn gefundeerd). De Hoge Raad laat deze beslissing in stand.

- in het *Plakoksel*-arrest<sup>127</sup> raakt een inzittende van een auto zwaar gewond nadat tijdens een zomerstorm een beuketak afbreekt en op de auto die op dat moment op een provinciale weg rijdt valt. Het gaat hier om een zogeheten 'vergeten plakoksel': een plakoksel ontstaat wanneer een tak bijna evenwijdig aan de stam groeit met als gevolg dat er tussen stam en tak weinig hechting is en daarmee een groter risico van afbreken. Het is het beste om deze plakoksel al in een vroeg stadium te verwijderen, maar dat gebeurt niet altijd. Wanneer dat later alsnog zou moeten gebeuren, wordt de kroon van de boom te zeer aangetast. Daarom wordt daar meestal van afgezien. Met een zogeheten kroonverankering kan men de tak vastzetten, maar daar zijn kosten mee gemoeid. In de concrete zaak wordt door de provincie Gelderland becijferd dat het alleen in haar geval (bomenbestand langs wegen) om enkele miljoenen euro's zou gaan. Daarbij moet worden bedacht dat tijdens (zomer)stormen ook nog altijd gewone, gezonde takken afbreken. Het hof meent dat de provincie niet onzorgvuldig heeft gehandeld mede in het licht van de kosten van maatregelen tegen de achtergrond van de beperkte financiële middelen van de provincie. De Hoge Raad verwerpt het beroep met toepassing van artikel 81 RO.
- in het arrest inzake *de Fietzersbrug over de Dommel*<sup>128</sup> wijst het hof aansprakelijkheid af van een gemeente jegens een fietser die (naar verluidt niet als enige) op het als gevolg van de weersomstandigheden glad geworden houten brugdek is uitgegleden en letsel heeft opgelopen. Ook hier wordt artikel 81 RO toegepast.

In elk van deze zaken heeft A-G Spier steun betuigd aan de terughoudende benadering van de hoven en daarbij nadrukkelijk aandacht gevraagd voor de macro-effecten van eventuele overheidsaansprakelijkheid zoals ingrijpende consequenties voor het Nederlandse bomenbestand bijvoorbeeld, maar vooral overheidsbezuinigingen die het gevolg kunnen zijn van vergaande overheidsaansprakelijkheid. Het geld valt immers maar éénmaal uit te geven. De uiteindelijke rekening zou dan heel ergens anders terecht komen.

#### 5.5 *Beperkte toezichthoudersaansprakelijkheid in de rechtspraak*

Ook de ontwikkelingen aan het front van de toezichthoudersaansprakelijkheid staan eerder in het teken van terughoudendheid dan van verruiming van aansprakelijkheid. We zien dat duidelijk terug in de rechtspraak van de Hoge Raad.

Het bekende *Duwbak Linda*-arrest,<sup>129</sup> waarin de Hoge Raad aan de hand van het relativiteitsleerstuk staatsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van een onzorgvuldige keuring door de Scheepvaartinspectie voorkwam, riep de vraag

125 Zie onder meer J. Spier, 'Gedachten over een vastgelopen stelsel', *AV&S* 2014/6 (p. 33 e.v.), J. Veninga en F.T. Oldenhuis in hun noot bij het *Plakoksel*-arrest (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:102, *JA* 2013/162) en T. Hartlief, 'Opwinding in het actuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht: terughoudendheid in de Kazernestraat?', in: G.R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op Recht, Liber Amicorum Gerrit van Maanen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 201-212.

126 HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, *NJ* 2012/689.

127 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:102, *RvdW* 2013/955; *JA* 2013/162, m.nt. J. Veninga en F.T. Oldenhuis.

128 HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1091, *RvdW* 2014/691.

129 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *AB* 2005/127, m.nt. F.J. van Ommeren; *NJ* 2006/281, m.nt. J. Hijma.

op wat de betekenis hiervan zou zijn in andere gevallen waarin toezichthouders aangesproken zouden worden op hun handelen of nalaten. Zouden ook andere toezichthouders hiervan kunnen profiteren? In de *Vie d'Or*-zaak stond vervolgens aansprakelijkheid ter zake van te laat ingrijpen van de Verzekeringskamer jegens polishouders van *Vie d'Or* centraal: de Wet toezicht verzekeringsbedrijf beschermt hen echter wel degelijk tegen eventueel foutief toezicht waarbij de Hoge Raad anders dan in de *Linda*-zaak kennelijk niet bevreemd lijkt voor aansprakelijkheid jegens een onbeperkte of lastig af te bakenen groep getroffen. <sup>130</sup> Tegelijkertijd klinkt ook hier terughoudendheid door: de beleids- en beoordelingsvrijheid van de toezichthouder krijgen veel nadruk. Toezichthouders hebben zo niet veel te vrezen van het aansprakelijkheidsrecht.

Dat zien we terug in een tweetal meer recente arresten: het eerste arrest ziet op beweerdelijke aansprakelijkheid van de AFM die verband houdt met de deconfiture van de DSB-bank, het andere ziet op mogelijke aansprakelijkheid van de Staat in verband met onvoldoende toezicht op de naleving van het asbestverbod. In beide gevallen is aansprakelijkheid in feitelijke instantie afgewezen en wordt daartegen verzoeken in cassatie opgekomen.

In de zaak die te maken heeft met de ondergang van de DSB-Bank is de AFM aansprakelijk gesteld wegens tekortschieten als toezichthouder. Het gaat daarbij in eerste instantie om de informatievoorziening van DSB met betrekking tot deposito's met achterstelling. Was die eind 2007 en in de eerste helft van 2008, gelet op de situatie waarin de DSB-bank zich bevond, wel aan de maat van de Wft en had de AFM hier niet scherper moeten optreden? Het hof oordeelde dat destijds geen sprake was van een onmiskenbare overtreding van het bepaalde in de artikel 4:19 en 4:20 Wft en dat AFM niet onrechtmatig zou hebben gehandeld, indien zij na een onderzoek in de loop van 2008 met betrekking tot de deposito's met achterstelling ervan zou hebben afgezien om DSB te verplichten om in het kader van de informatieverstrekking aan potentiële depositohouders concrete mededelingen te doen omtrent haar bestuurlijke en financiële situatie. In cassatie wordt betoogd dat AFM DSB indirect had moeten verbieden om nog langer het product deposito met achterstelling te voeren zonder voorafgaand inlichtingen over de zorgwekkende situatie bij DSB te verstrekken. Het cassatieberoep wordt uiteindelijk verworpen en de AFM gaat hier dus vrijuit.

In het bestek van deze kroniek is van belang dat de Hoge Raad zijn in verband met *Vie d'Or* ontwikkelde toetsingskader (ter beoordeling van aansprakelijkheid van de Verzekeringskamer) min of meer volledig overneemt. <sup>131</sup> Daargelaten de verschillen die voortvloeien uit de onderscheidenlijk van toepassing (geweest) zijnde specifieke regelgeving (in *Vie d'Or* ging het om de Wtv, inmiddels geldt de Wft) en daargelaten de beperking van aansprakelijkheid die onder het huidige

recht voortvloeit uit artikel 1:25d Wft (daarover hierna meer) bestaat er volgens de Hoge Raad geen grond om over de (mogelijke) aansprakelijkheid van een wettelijke toezichthouder als AFM in algemene zin (onder oud recht) anders te oordelen dan over de aansprakelijkheid van de Verzekeringskamer. We zien ook in dit arrest, overigens niet verrassend, dat het relativiteitsleerstuk geen probleem oplevert. Net als in het *Vie d'Or*-arrest oordeelt de Hoge Raad namelijk dat het toezicht mede ertoe strekt het vermogensbelang van de (toekomstige) cliënten, welk belang de toezichthouder uit de aard van zijn toezicht kent of behoort te kennen, zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar van deconfiture van de aan toezicht onderworpen. Maar vervolgens komen we in de overwegingen van de Hoge Raad ook op andere punten vergelijkbare beschouwingen tegen als in het *Vie d'Or*-arrest. Dat geldt bijvoorbeeld het belang van de omstandigheden van het geval, de aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid, de verband daarmee houdende terughoudende toetsing door de rechter, het toezichthoudersdilemma en het voorkomen van een *hindsight bias*.

Ook buiten het financiële toezicht is terughoudendheid het sleutelbegrip. We zien dat duidelijk in de allereerste zaak waarin een mesotheliom-slachtoffer niet (alleen) zijn werkgever maar (ook) de Staat aanspreekt. Eén van de in dit verband gemaakte verwijten betreft het toezicht door de Staat, of beter: de Arbeidsinspectie. Kernvraag is of de Arbeidsinspectie is tekortgeschoten in haar taak om op grond van de Arbeidsomstandighedenwet toezicht te houden op onder meer de naleving van het verbod op het gebruik van asbest.

Centraal staat een voormalig werknemer van (voorgangers van) Zalco BV bij wie in 2009 mesotheliom wordt geconstateerd. Zalco heeft ook aansprakelijkheid jegens het slachtoffer erkend, maar is vervolgens failliet gegaan. Daarop heeft het slachtoffer ook de Staat aansprakelijk gesteld. De zaak komt niet helemaal uit de verf, omdat in cassatie uitgangspunt is dat de vordering in casu is verjaard voor zover zij betrekking heeft op de periode tot 20 februari 1993. Voorwerp van debat is daarmee nog slechts of het slachtoffer dat stelt ook in de periode vanaf 20 februari 1993 tot het einde van de jaren negentig van de vorige eeuw aan asbest te zijn blootgesteld met recht verwijten maakt aan het adres van de Staat ter zake van het door de Arbeidsinspectie uitgevoerde toezicht op de arbeidsomstandighedenregelgeving. Het hof heeft aansprakelijkheid afgewezen en dit oordeel blijft bij de Hoge Raad in stand. <sup>132</sup>

Ook in deze zaak stelt de Hoge Raad voorop dat de Arbeidsinspectie bij de uitvoering van haar taak en het gebruik van de daarbij behorende bevoegdheden gelet op de aard van die taak en bevoegdheden, in beginsel een grote mate van beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt. Dat neemt niet weg dat het toezicht door de Arbeidsinspectie strekt tot bescherming van (de gezondheid van) werknemers. Het onvol-

<sup>130</sup> HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam.

<sup>131</sup> Zie HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, NJ 2015/217, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; JOR 2015/11, m.nt. D. van Tilborg; *Ondernemingsrecht* 2015/23, m.nt. H.M. Vletter-van Dort (*Band/AFM*).

<sup>132</sup> HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier; JAR 2017/171, m.nt. B. Barentsen; JOR 2017/263, m.nt. S.A.L. van de Sande en D. van Tilborg; JB 2017/149, m.nt. L.J.M. Timmermans; Gst. 2017/187, m.nt. T. Barkhuysen en P.M.J.J. Swagemakers.

doende uitoefenen van dat toezicht kan dan ook onder omstandigheden onrechtmatig zijn jegens de werknemer die schade lijdt door de overtreding van regels op de naleving waarvan de Arbeidsinspectie toezicht dient te houden. De relativiteitshobbel is daarmee gemakkelijk genomen, maar daar liggen de problemen ook niet.<sup>133</sup> Bij de beoordeling of van deze onrechtmatigheid sprake is, moet echter rekening worden gehouden met de hiervoor genoemde beleids- en beoordelingsvrijheid. Zij brengt een terughoudende toetsing door de rechter mee. In beginsel staat, aldus de Hoge Raad, slechts ter beoordeling of de Arbeidsinspectie in redelijkheid tot haar beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen, gegeven het aan de orde zijnde risico en de haar bekende omstandigheden.

In de overwegingen van de Hoge Raad speelt het bekende onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen een rol. Algemeen toezichtsfalen, het niet plaatsvinden van toezicht of controle in gevallen waarin geen concrete aanwijzingen bestaan voor mogelijke overtredingen, kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot aansprakelijkheid leiden. Bij concreet toezichtsfalen is de kans op succes groter: van onrechtmatig handelen wegens onvoldoende toezicht door de Arbeidsinspectie kan met name sprake zijn indien de schade van de werknemer in een concreet geval voor de Arbeidsinspectie voorzienbaar was en haar in redelijkheid had moeten nopen tot het nemen van maatregelen waarmee de overtreding die heeft geleid tot die schade, zou zijn voorkomen. Aansprakelijkheid op deze grond kan in het bijzonder bestaan als er voldoende ernstige en concrete aanwijzingen voor de Arbeidsinspectie bestonden om (de mogelijkheid van) de overtreding van de betrokken regel en het daaruit voortvloeiende risico op schade aan te nemen, en dat risico en die schade ook naar aard en omvang voldoende ernstig waren.

Niet onbelangrijk is nog dat de Hoge Raad bevestigt dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot het tekortschieten van het toezicht in beginsel rusten bij de benadeelde; deze zal feiten en omstandigheden moeten aanvoeren waaruit het tekortschieten van het toezicht volgt. De enkele stelling dat sprake is geweest van een overtreding van het verbod op het gebruik van asbest en dat toezicht of controle die overtreding had kunnen verhinderen, volstaat dan ook niet. De Hoge Raad ziet daarbij geen grond om als regel op de Staat een verzwaarde motiveringsplicht te leggen met betrekking tot het door hem uitgevoerde toezicht. De mate waarin de Staat zijn verweer tegen het gestelde toezichtsfalen dient te motiveren, hangt af van de omstandigheden van het geval en van hetgeen de benadeelde omtrent het tekortschieten van het toezicht heeft gesteld.

<sup>133</sup> J. Spier wijst in zijn NJ-noot nog op reële causaliteitsproblemen voor het geval de Staat inderdaad onvoldoende toezicht zou kunnen worden verweeten. Het ligt voor de hand dat de Staat dan de stelling betreft dat de kans groot is dat het fatale asbestvezeltje in de periode voor 20 februari 1993 in het lichaam van betrokkene is terechtgekomen.

## 5.6 *Beperkte toezichthoudersaansprakelijkheid in wetgeving*

In de rechtspraak wordt de bijzondere positie van de toezichthouder dus duidelijk in diens voordeel in aanmerking genomen. Alsof dat nog niet genoeg is, staat het thema van de toezichthoudersaansprakelijkheid al enige tijd in het teken van de vraag of er reden is voor enige vorm van immuniteit van de toezichthouder.<sup>134</sup> Per 1 juli 2012 is daadwerkelijk voorzien in een beperking van de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders in artikel 1:25d Wft. De DNB en de AFM zijn niet aansprakelijk voor gemaakte fouten, tenzij de schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate is te wijten aan grove schuld. Deze ontwikkeling valt op, omdat diverse onderzoeken eerder hadden uitgewezen dat wettelijk ingrijpen niet nodig was<sup>135</sup> en de regering die conclusies steeds ook onderschreef.<sup>136</sup> Dat deze wettelijke beperking er nu is gekomen, valt waarschijnlijk te verklaren vanuit de angst voor enorme aansprakelijkheden die in het licht van de financiële crises en diverse affaires in de bancaire sfeer niet meer enkel denkbeeldig lijken.<sup>137</sup> Tegelijkertijd is dit staaltje 'turbowetgeving', zoals het wel wordt genoemd, niet zonder bezwaren.<sup>138</sup> Zo lijken tegenargumenten nauwelijks een rol te hebben gespeeld en dat terwijl er zeer grote belangen bij betrokken zijn. Verder rijst de vraag of andere toezichthouders niet ook aanspraak moeten kunnen maken op een vergelijkbare bescherming,<sup>139</sup> en is de verwachting uitgesproken dat juist toch geprocedeerd gaat

<sup>134</sup> Zie onder meer A.J. Verheij, *Immuniteten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2013, p. 74 e.v.

<sup>135</sup> Zie C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders*, British Institute of International and Comparative Law: London 2006 en E. de Kezel, C.C. van Dam, I. Giesen & C.E. du Perron, *Financieel toezicht en aansprakelijkheid in internationaal verband*, deLex: Amsterdam 2009 en A.A. van Rossum, 'De wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van DNB en AFM: een bijzondere regel in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', in: Van Ravels-bundel, p. 177 e.v. Ook V.H. Affourtit & A.C. Beck, 'Aansprakelijkheid van DNB: immuniteit in crisistijd?', *MvV* 2009/199, afl. 9, p. 199 e.v. en D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders* (oratie), Deventer: Kluwer 2011 zagen nog altijd geen reden voor een bijzonder wettelijk regime. Voorstanders waren onder meer R.J. Dijkstra & L.T. Visscher, 'Een pleidooi voor beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders wegens falend toezicht', *Tijdschrift voor Financieel recht* 2007, p. 140 e.v., R. Wibier, *Kredietcrisis en privaatrecht* (oratie), Tilburg University: Tilburg 2010 en R.H. Maatman & S. Azahaf, 'Financieel toezicht en schadelijk gedrag', *Ondernemingsrecht* 2010/60 (p. 296 e.v.) die betogen dat de toezichthouders juist de grenzen van hun bevoegdheden moeten opzoeken in het algemeen belang en daarbij gehinderd worden door aansprakelijkheidsrisico's.

<sup>136</sup> Vgl. C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank', *NTBR* 2010/30 (p. 224 e.v.).

<sup>137</sup> Met de regeling is uitvoering gegeven aan een aanbeveling van de Commissie De Wit (Parlementair Onderzoek Financieel Stelsel) om een beperking van aansprakelijkheid op te nemen in de wet. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 3, p. 1.

<sup>138</sup> Zie onder meer P.F. Slob, 'Preventie, een politieke wassen neus?', in W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek Privaatrecht*, Den Haag: Bju 2013, p. 119 e.v. en ook A.J. Verheij, *Immuniteten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2013, p. 97 e.v.

<sup>139</sup> R.J. Dijkstra & L.T. Visscher, 'Aansprakelijkheidsbeperking van (markt)toezichthouders: de weg naar beter toezicht?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2012, p. 22 e.v. zouden dat toejuichen. Zie ook R.J. Dijkstra, 'De wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van DNB en AFM', *O&A* 2014/25.

worden om de grenzen van de bepaling af te tasten.<sup>140</sup> Daar komt overigens bij dat de nieuwe regeling geen terugwerkende kracht heeft, zodat financiële toezichthouders onder meer in het kader van DSB, Fortis en SNS wel degelijk nog in beeld (kunnen) komen. Omdat de rechtspraak met betrekking tot toezichthouders, zoals hiervoor is aangegeven, nogal terughoudend is, is de vraag of zij in deze dossiers werkelijk veel te vrezen hebben. Inmiddels heeft de Hoge Raad voor het eerst mogen oordelen over artikel 1:25d Wft in een procedure waarin in de kern het bereik van deze beperking van aansprakelijkheid aan de orde is. Strekt zij zich ook uit tot een eventuele onbevoegde doorhaling van een pensioenfonds in het pensioenregister (omdat het betrokken pensioenfonds geen pensioenfonds in de zin van de Pensioenwet zou zijn) door DNB in het kader van het door haar uitgeoefende toezicht op pensioenfondsen? Het antwoord van de Hoge Raad luidt bevestigend.<sup>141</sup>

### 5.7 Een nieuwe loot aan de stam: fouten gemaakt tijdens reddingsoperaties?

Duidelijk in het verlengde van de problematiek van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder ligt die van de aansprakelijkheid van de Staat voor doen of nalaten in een financiële crisis-situatie. Het afgelopen decennium hebben we meegemaakt dat de Staat in zeer moeilijke omstandigheden drastische beslissingen heeft genomen waarmee niet alleen zeer veel geld gemoeid was maar waarbij ook de belangen van zeer velen in het geding waren.<sup>142</sup> Het verbaast niet dat sommigen of bepaalde groepen menen dat hun belangen te veel zijn ondergesneeuwd en dat zij de Staat aanspreken op fouten die deze zou hebben gemaakt bij het redden van een financiële instelling in nood. Een arrest van de Hoge Raad inzake de reddingsoperatie van Fortis biedt daarvan een eerste voorbeeld: uit het arrest blijkt opnieuw dat claimanten de Staat niet snel met succes kunnen aanspreken. Hiervoor is al aangegeven dat dit ongetwijfeld terug te voeren is op de grote belangen die op het spel staan en derhalve ook op de impact van mogelijke beslissingen die in soms zeer korte tijd genomen moeten worden.

In eerste instantie gaat het om de periode van 27 september tot 3 oktober 2008. Fortis was in problemen door de overname van ABN AMRO en kwam na de val van Lehman Brothers in liquiditeitsproblemen. De koers van Fortis daalde fors. Onder meer Nederland besloot om miljarden in Fortis te investeren tegen een minderheidsbelang van 49%. De regering, bij monde van minister van Financiën Wouter Bos, beweerde dat Fortis was gered, maar dat bleek een te rooskleurig beeld. De problemen hielden aan, klanten vertrokken en financiële toezichthouders roerden zich. Een tweede reddingsoperatie bleek nodig: in het weekend van 4 en

5 oktober 2008 nam de Staat de Nederlandse activiteiten van Fortis, inclusief het oude ABN AMRO, over voor € 16,8 miljard. De waarde van het aandeel Fortis daalde daarna fors.

Het debacle heeft tot verschillende procedures aanleiding gegeven. De Ondernemingskamer oordeelde dat tussen september 2007 en september 2008 bij Fortis sprake was geweest van wanbeleid, onder andere in de communicatie over de financiële positie waardoor het beleggende publiek werd misleid. Deze beslissing is vergeefs bij de Hoge Raad aangevochten.<sup>143</sup>

De gedupeerde aandeelhouders van Fortis, onder wie juist ook beleggers die in een laat stadium zijn ingestapt, hebben in diverse procedures gepoogd hun schade te verhalen. In dit verband springt de zaak van de Stichting FortisEffect c.s. in het oog. Zij richten zich niet alleen tegen Fortis en haar rechtsoptvolger Ageas, maar ook tegen de Staat. De zaak tegen Fortis en Ageas wordt in hoger beroep alsnog gewonnen.<sup>144</sup> De zaak tegen de Staat wordt echter in drie instanties verloren. In cassatie gaat het vooral om de vraag of de Staat ex artikel 6:162 BW aansprakelijk is wegens schending van het verbod op marktmanipulatie uit artikel 5:58 Wft. Die bepaling verbiedt eenieder en daarmee dus ook de Staat om informatie te verspreiden 'waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is' op de beurskoers 'terwijl de verspreider van die informatie weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend is'. In dit verband is niet vereist dat de verspreider opzet heeft op het beïnvloeden van de beurskoers. Evenmin is het noodzakelijk om aan te tonen dat de beleggers precies vanwege de misleidende informatie in een aandeel zijn gestapt. Het gaat om het effect van onjuiste of misleidende informatie op de maatman-belegger, de 'vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger tot wie de informatie is gericht of die zij bereikt', waarbij verwezen wordt naar het *World Online*-arrest.<sup>145</sup> De stelling van Stichting FortisEffect c.s. dat voor een minister of de Staat bij artikel 5:58 Wft in het algemeen een strengere maatstaf zou moeten gelden, wordt in cassatie verworpen. De hoedanigheid waarin de informatie wordt verspreid, is echter wel een van de omstandigheden die moeten worden meegewogen, net zoals de context waarin de informatie wordt verspreid en het medium waarmee dat gebeurt. In die zin kan dus wel meewegen dat het hier om een minister gaat. Uiteindelijk wordt aansprakelijkheid hier afgewezen,<sup>146</sup> waarbij de bijzondere context en de uiterst

140 V.H. Affourtit & R.D. Lubach, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid onder de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM', *O&A* 2012/84 (p. 179).

141 HR 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:309, *NJ* 2018/228, m.nt. V.P.G. de Serière (Stichting GSFS Pensionfund e.a./DNB).

142 Zie voor een kort overzicht van de ontwikkelingen tijdens en ook na de diverse crises T. Hartlief, *Privaatrecht in nood, preadvies NJV*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 14 e.v. waar ook aandacht wordt geschonken aan de vele initiatieven op het vlak van de regelgeving.

143 HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586, *NJ* 2014/167, m.nt. P. van Schilfgaarde (Fortis).

144 Hof Amsterdam 29 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3005, *JOR* 2014/300, m.nt. D.R. Doorenbos. Er loopt nog een WCAM-procedure met als inzet verbindendverklaring van de bereikte schikking. Zie Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, *JOR* 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann en Hof Amsterdam 5 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:368.

145 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. du Perron.

146 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2213, *AB* 2016/398, m.nt. G. Boogaard; *NJ* 2017/47, m.nt. P. van Schilfgaarde; *Ars Aequi* 2016, p. 867 e.v., m.nt. D. Busch; *JOR* 2017/8, m.nt. S.A.L. van de Sande en D. van Tilborg; *Ondernemingsrecht* 2017/89, m.nt. A.C.W. Pijls (reddingsoperatie Fortis).

lastige positie van de Staat die ook hier beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid verlangt een hoofdrol spelen.<sup>147</sup>

## 6. Aansprakelijkheid uit rechtmatige daad: nadeelcompensatie en planschade

### 6.1 *Nadeelcompensatie*

#### 6.1.1 *Er was eens ... een Wet nadeelcompensatie en een Omgevingswet*

In het vorige nummer konden we nog net melding maken van de publicatie in het *Staatsblad* van de Wet nadeelcompensatie op 29 januari 2013. We meldden toen ook dat de inwerkingtreding van de Wet nog even op zich zou laten wachten, maar spraken ook de hoop uit dat, 'als we over vijf jaar weer een update-artikel over overheidsaansprakelijkheid schrijven, dit onderdeel van de wet zal zijn ingevoerd'.<sup>148</sup> Die hoop is helaas niet uitgekomen. De burgerlijke rechter is weliswaar voor de belangrijkste onderdelen van het nadeelcompensatierecht buiten spel gezet als nadeelcompensatierechter, maar we kregen er een nieuw probleem voor terug. Want hoe verhoudt de Omgevingswet, waarin het grootste deel van de bijzondere formele wetten met een bepaling over nadeelcompensatie zullen opgaan, zich tot de algemene aanspraak die burgers op grond van artikel 4:126 Awb hebben op nadeelcompensatie? De gedachte om afstand te nemen van bijzondere wetten met eigen regimes is vanuit het algemeen bestuursrechtelijke Awb-perspectief altijd aantrekkelijk, maar bleek hier niet te realiseren. De gevolgen daarvan doen zich vooral gevoelen in het omgevingsrecht. De regering is van oordeel dat het terugvallen op de algemene nadeelcompensatieclausule uit de Awb totodeloze complicaties leidt, die zowel voor de burger als de overheid nadelig zijn. Aangezien de besluitvorming op grond van de Omgevingswet niet alleen plaatsvindt op één niveau, maar verspreid over verschillende niveaus (Rijk, provincies, gemeente), kunnen reeds aanvragen om nadeelcompensatie worden ingediend hoewel de besluitvorming voor een bepaald project nog niet in haar geheel is afgerond. Dit zou, zo vreest de regering, tot een verzwaring van bestuurslasten kunnen leiden en zou ook tot gevolg kunnen hebben dat overheden zich belemmerd zullen voelen om beleidsvoornemens kenbaar te maken. Voor burgers zou een nadeel kunnen zijn dat overheden naar elkaars besluiten en handelingen gaan verwijzen als het niveau waar de 'hoofdoorzaak' van de schade moet worden gezocht, met alle ingewikkelde vragen en procedures van dien.<sup>149</sup> Onder meer deze overwegingen en indachtig de bijzondere aard van de omgevingsrechtelijke nadeelcompensatie noopt blijkens een consultatieversie van de Omgevingswet in de visie van de Omgevingswetgever (toen nog ondergebracht bij het

Ministerie van IenM, thans bij Binnenlandse Zaken) tot een aantal bijzondere keuzes.<sup>150</sup>

Ten eerste meent de wetgever dat geen afscheid kan worden genomen van de limitatieve opsomming van schade-oorzaken. Op dit punt wijkt de Omgevingswet niet af van de Wro, die ook een limitatief lijstje van schade-oorzaken bevat. Hiermee wordt in de visie van de regering duidelijkheid geboden ten aanzien van de vraag wie voor welke oorzaak kan worden aangesproken. Voor de niet in de Omgevingswet opgesomde schade-oorzaken kan niet alsnog langs de weg van de Awb om schadevergoeding worden verzocht.<sup>151</sup>

Ten tweede kiest de wetgever voor een andere wijze van schadevaststelling. De Omgevingswet breekt met de welbekende vergelijking van planologische regimes, waarbij een bestemmingsplan reeds tot een aanspraak van planschadevergoeding leidt wanneer een bestemmingsplan onherroepelijk is geworden. Bepalend is in die visie niet alleen de feitelijke situatie maar de vraag wat een geobjectiveerde koper redelijkerwijs bereid is om te betalen voor een object dat in de toekomst mogelijk de nadelige gevolgen zal ondervinden van de in het bestemmingsplan besloten liggende besluitvorming. Onder de Omgevingswet zal een tegemoetkoming in planschade pas mogelijk zijn als met de uitvoering van de planologische mogelijkheden die een plan mogelijk maakt een begin is gemaakt. Wanneer een omgevingsplan de schade-oorzaak is, kan een verzoek om nadeelcompensatie dus pas worden ingediend als de activiteit wordt gemeld of uitgevoerd. De uitkering van vergoeding voor 'theoretische planschade', die moet worden vergoed ook al wordt de gecreëerde planologische mogelijkheid niet benut, zal onder de Omgevingswet niet langer mogelijk zijn.<sup>152</sup>

Een derde belangrijke wijziging ziet op de codificatie van een 'vast' forfait van 5% van de waarde van de onroerende zaak uit hoofde van het 'normaal maatschappelijk risico' bij indirecte planschade. Pas wanneer een waardevermindering (of een inkomenschade) groter is dan 5% van de waarde van dat object komt een mogelijk recht op planschadevergoeding om de hoek kijken. *Mogelijk*, want de wet zal, als de plannen van de wetgever doorgaan, bepalen dat 'in ieder geval' 5% voor eigen rekening blijft. De motivering voor deze verhoging is in de loop der tijd enkele keren gewijzigd. Doorslaggevend voor de regering is thans dat de verhoging aansluit op het feit dat planschadeverzoeken voornamelijk betrekking zouden hebben op woningbouw op inbreidings- en uitbreidingslocaties, kleinschalige naburige woninguitbreidingen en infrastructurele ingrepen. In die situaties, zo stelt de regering, wordt thans al vaak een 5% forfait toegepast. Voor directe planschade heeft de regering haar eer-

147 Vgl. de NJ-noot van P. van Schilfgaarde. Op andere aspecten wordt in het bijzonder ook ingegaan door G. Boogaard in zijn AB-noot.

148 O&A 2013/32 (p. 50).

149 Invoeringswet Omgevingswet, 30 juni 2017, p. 26 (MvT).

150 Brief van de Minister van Infrastructuur & Milieu aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 19 mei 2016, *Kamerstukken I 2015/16*, 33118, A (bijl.). De consultatieversie zelf is te raadplegen via: [www.internetconsultatie.nl/invvoering\\_omgevingswet/document/2684](http://www.internetconsultatie.nl/invvoering_omgevingswet/document/2684).

151 Invoeringswet Omgevingswet, 30 juni 2017, p. 26 (MvT). Zie nader B.P.M. van Ravels, 'De Wet nadeelcompensatie en de bijzondere wettelijke regeling van tegemoetkoming in planschade', O&A 2013/2.

152 Zie nader J.H.M. Huijts & C.W. Backes, 'Reden tot discussie over het Nederlandse planschadestelsel?', TO 2015/3, p. 45-54.

dere voornemen om ook dan met een vast minimumforfait van 5% te werken, geschrapt.<sup>153</sup>

Deze plannen van de wetgever hebben tot een veelheid aan reacties geleid, merendeels kritisch,<sup>154</sup> soms instemmend.<sup>155</sup> Een veel gehoord knelpunt is dat een limitatieve opsomming van schadeoorzaken het probleem van de schaduw schade laat bestaan. Wanneer immers de schadeoorzaken die aanleiding kunnen zijn tot het vergoeden van planschade limitatief in de wet zijn opgenomen, betekent dat dat voor de aan die schadeoorzaken voorafgaande handelingen in beginsel geen recht op schadevergoeding bestaat. Het schaduw schadeprobleem lijkt onder de Omgevingswet zelfs groter te worden, aangezien het moment waarop een aanspraak op vergoeding bestaat zal worden verlegd naar het moment waarop een omgevingsvergunning wordt verleend of (bij vergunningvrije activiteiten) het moment waarop met de uitvoering van een activiteit daadwerkelijk is aangevangen.<sup>156</sup> De in de literatuur gehouden pleidooien om een regeling voor de vergoeding van schaduw schade te treffen hebben de regering vooralsnog niet kunnen overtuigen.<sup>157</sup> Volgens de regering is een regeling voor de vergoeding van schaduw schade niet nodig omdat 'schrijnende gevallen in de praktijk vrijwel altijd [worden] opgelost' en omdat de minister vreest voor aanzuigende werking.<sup>158</sup> Met dit antwoord zullen justitiabelen het voorlopig moeten doen. Daarmee zal de problematiek van de schaduw schade, dat de afgelopen verslagperiode zonder meer een van de *hot topics* was in de literatuur, ook in de toekomst vermoedelijk een belangrijk punt van aandacht blijven.<sup>159</sup>

Ook de discussie over het normaal maatschappelijk risico zal de komende jaren vermoedelijk niet verstommen. Te verwachten is dat bij een wettelijke regeling van het minimumforfait de *jurisprudentiële* discussies over de hoogte van percentages aanzienlijk zullen worden verminderd. Waar tegenwoordig immers veel discussie mogelijk is over de vraag of een percentage van 2, 3, 4 of 5% moet worden gehanteerd, zal onder de Omgevingswet over die gevallen geen discussie meer bestaan. Ook dit is de regering op kritiek komen te staan. Waar de motivering voor deze verhoging aanvankelijk werd gezocht in het feit dat een percentage van 5% de jurisprudentie dienaangaande zou weerspiegelen, is erop gewezen dat dit percentage in wezen een modificatie van de huidige jurisprudentie zou inhouden.<sup>160</sup> Immers, een percentage van 5% heeft als 'hoog' te gelden en dient dan ook van een goede motivering te worden voorzien. Die motivering hoeft onder de Omgevingswet niet meer te worden geboden. Voor justitiabelen betekent de regeling op dit punt onmiskenbaar een achteruitgang in hun rechtspositie. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat Nederland in rechtsvergelijkend perspectief nog steeds een van de meer ruimhartige stelsels zal zijn.

### 6.1.2 Connexiteitsperikelen

Wanneer gaat de wet nadeelcompensatie nu in werking treden? De Omgevingswet heeft een niet mis te verstane remmende werking gehad op de inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie, en het is geen wenkend perspectief dat de Wet nadeelcompensatie ook zou moeten 'wachten' tot ook hoofdstuk 15 van de Omgevingswet het hele wetgevingsproces heeft doorlopen. Dat is ook niet nodig, aangezien de Wet nadeelcompensatie evident ook toegevoegde waarde heeft voor terreinen buiten het omgevingsrecht. Het besef dat het niet zinvol is om de inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie gelijk op te laten lopen met de inwerkingtreding van de (hele) Omgevingswet lijkt ook aanwezig te zijn bij de wetgever. Blijkens een op 17 januari 2018 gestarte internetconsultatie is de meest recente stand van zaken dat de wetgever voornemens is om artikel 4:126 Awb voor het hele nadeelcompensatie behalve het door de Omgevingswet bestreken terrein in werking te laten treden.<sup>161</sup> Het spreekt voor zich dat er voor een substantieel deel van het recht zo veel bij het oude blijft: zo zijn we voorlopig nog niet van de planschaderegeling uit de Wro af. Een spoedige inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie zou wel nuttig zijn voor alle besluiten die tot schade kunnen leiden maar die niet op een van de in de Omgevingswet op te gane wettelijke regelingen zijn gebaseerd. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan de gemeentelijke regelingen voor nadeelcompensatie bij grote infrastructurele projecten. Voor zover het daarbij gaat om schadeveroorzakende besluiten en handelingen zonder een omgevingsrechtelijk

153 Invoeringswet Omgevingswet, 30 juni 2017, p. 196 (MvT).

154 Zie bijv. M.A.E. Planken & R.J.R. Hazen, 'De planschadevergoedingsregeling in de Omgevingswet. Oplossing of probleem?', *O&A* 2017/5, F.A. Mulder, 'Normaal maatschappelijk risico bij nadeelcompensatie onder de Omgevingswet: nog steeds een ruimhartige regeling?', *O&A* 2017/3. Zie ook H.P. Wiersema & C.M.L. van der Lee, 'Nadeelcompensatie in de Omgevingswet, Een verkenning op basis van de internetconsultatie Invoeringswet', *TBR* 2017/95; T. ten Have & J.J. Thoonen, 'Nadeelcompensatie binnen de verbeterdoelen van de Omgevingswet', *BR* 2017/28 en H.J.M. Besselink & J.S. Procee, 'Een algemene nadeelcompensatieregeling, ook in het omgevingsrecht', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2015, p. 79.

155 Zie bijv. A.G.A. Nijmeijer, 'Globale omgevingsplanregels en planschaderisico: een nieuwe planschaderegeling nodig?', *O&A* 2017/63.

156 I.P.A. van Heijst, 'Schadeoorzaken en schaduw schade in de nieuwe Omgevingswet', *O&A* 2017/64 (p. 153), D.G.J. Sanderink, 'Schadevaststelling bij nadeelcompensatie onder de Omgevingswet: een deels nieuwe peildatum en vergelijkingsmaatstaf', *O&A* 2017/62 (p. 141) en G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, 'De nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet: geen aantrekkelijk alternatief voor het huidige planschadestelsel', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2017, 26.

157 Zie bijv. G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht 2015.

158 MvT, p. 27.

159 Zie in de verslagperiode onder meer D.G.J. Sanderink, 'Een recht op ont-eigening of schadevergoeding bij schaduw schade? Een voorstel mede in het licht van art. 1 EP', *TBR* 2013/124, D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiele omgevingsrecht* (diss. RU), Deventer: Wolters Kluwer 2015, C.N.J. Kortmann, 'Schaduw schade, een conceptuele verkenning', *O&A* 2017/90, C.N.J. Kortmann, 'Het omgevingsrecht als inspiratiebron voor de algemene nadeelcompensatieregeling van art 4:126 Awb – Enige beschouwingen naar aanleiding van het preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht', *O&A* 2016/78 en G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 43, 2015.

160 F.A. Mulder, 'Normaal maatschappelijk risico bij nadeelcompensatie onder de Omgevingswet: nog steeds een ruimhartige regeling?', *O&A* 2017/65 en M.A.E. Planken & R. Haazen, 'De planschadevergoedingsregeling onder de Omgevingswet: oplossing of probleem?', *O&A* 2017/5.

161 [www.internetconsultatie.nl/awbomgevingswet](http://www.internetconsultatie.nl/awbomgevingswet), publicatiedatum 17 januari 2018.

karakter – denk aan verkeersbesluiten en daarmee gepaard gaande werkzaamheden en afsluitingen – zou een vroegde inwerkingtreding van titel 4.5 Wet nadeelcompensatie van groot belang zijn. Het zou immers betekenen dat burgers voor het bestaan van bestuursrechtelijke rechtsbescherming niet meer afhankelijk zijn van een gemeentelijke verordening of een gepubliceerde beleidsregel over nadeelcompensatie.

Hoe welkom de inwerkingtreding van titel 4.5 Wet nadeelcompensatie zou zijn werd ook de afgelopen verslagperiode rijkelijk geïllustreerd, nu het nog steeds regelmatig voorkomt dat burgers er pas in hoogste bestuursrechtelijke instantie achter komen dat zij aan het verkeerde loket zijn en dat in hun geval een civiele rechtsgang is aangewezen. De hoofdregel waaraan de Afdeling ook thans nog vasthoudt is dat de bestuursrechter bij gebreke van een wettelijke grondslag of gepubliceerde beleidsregeling slechts bevoegd is tot kennisneming van beroepen tegen een zuiver schadebesluit, indien die rechter ook bevoegd is te oordelen over beroepen tegen de gestelde schadeveroorzakende uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid zelf.<sup>162</sup> Wanneer de gestelde schadeoorzaak geen appellabel besluit betreft, zal de bestuursrechter dus tot een niet-ontvankelijk verklaring moeten komen. Dat lot trof in de afgelopen periode de exploitant van een snackbar in Leusden (die stelde schade te lijden door uitvoeringshandelingen zonder duidelijk te maken of daaraan vergunningen ten grondslag lagen),<sup>163</sup> de exploitant van een tankstation in Sint-Oedenrode (die stelde schade te lijden door de fysieke afsluiting van een weg, een feitelijke handeling dus),<sup>164</sup> een bewoner van 's-Hertogenbosch (die stelde schade te lijden door een voornemen om handhavend op te treden)<sup>165</sup> en een inwoner van Zeist (die klaagde over verminderde bereikbaarheid van zijn woning door feitelijke werkzaamheden).<sup>166</sup>

Om de barrière die de connexiteitseisen opwerpen te slechten doen appellanten overigens geregeld een beroep op een *anticipatoire* toepassing van artikel 4:126 Awb. Hun betoog luidt dan dat, hoewel artikel 4:126 Awb nog niet in werking is getreden, de bestuursrechter soepeler zou moeten omgaan met verzoeken om nadeelcompensatie die niet zijn gebaseerd op een verordening of een gepubliceerde beleidsregel. Zij plegen daarin niet te slagen: tot artikel 4:126 Awb in werking is getreden gelden de connexiteitseisen onverkort. Toch zien we ook wel dat er onder invloed van artikel 4:126 Awb soms een versoepeling in de rechtspraak optreedt. Daarvoor is in het bijzonder aanleiding wanneer het bestuursorgaan een nadeelcompensatieregeling heeft opgesteld, maar appellanten toch, vanwege de beperkte (interpretatie van de) reikwijdte van die regeling, achter het net vissen. Zo stelde het college van burgemeester en wethouder van Haarlem dat een verordening over nadeelcompensatie niet van toepassing was op werkzaamheden in

het kader van de aanleg van een bergbezinkbassin nu deze werkzaamheden niet langer dan 'meerdere jaren' duurden. Het verzoek om nadeelcompensatie werd daarom niet-ontvankelijk verklaard. De Afdeling meende dat het college in het kader van een zorgvuldige besluitvorming had moeten bezien of de verordening van toepassing was. Zij overwoog ook dat 'een restrictieve uitleg van het toepassingsbereik van de nadeelcompensatieverordening met als gevolg, dat niet de bestuursrechter maar de civiele rechter dit geschil inhoudelijk zou moeten beslechten, niet in de rede gelet op de huidige rechtsontwikkeling' en wees in dat verband op de Wet nadeelcompensatie.<sup>167</sup>

### 6.1.3 Normaal maatschappelijk risico

#### *Omzetzempels en kortingen*

Een belangrijke ontwikkeling in de vorige verslagperiode was de nuancering die de uitspraak inzake *De Wouwse Tol* aanbracht in de jurisprudentie over zogenaamde 'omzetzempels', die bepalen welk deel van een omzetschade standaard voor rekening van ondernemers behoort te blijven uit hoofde van het normaal maatschappelijk risico. Uit de eerste uitspraak inzake *De Wouwse Tol* kon worden opgemaakt dat bestuursorganen niet langer, zoals zij in het verleden deden, ongemotiveerd een 15%-drempel kunnen toepassen, maar dat zij bij de keuze voor de drempel van een bepaalde hoogte in elk geval moeten bezien of het, in het licht van de kostenstructuur van de betreffende onderneming, redelijk is om een lager percentage toe te passen.<sup>168</sup> Uiteindelijk was een tweede uitspraak van de Afdeling nodig om uit te maken welk percentage op de casus van *De Wouwse Tol* zelf kon worden toegepast. Zoals bekend ging het hier om een aan de Rijksweg A58 gelegen wegrestaurant dat stelde in het bijzonder in de zomerperiode van 2006 door de volledige afsluiting van een weg wegens reconstructiewerkzaamheden een gevoelige inkomensdaling te ondervinden. De minister moest na de tussenuitspraak van 5 december 2012 opnieuw aan het werk en stelde zich op het standpunt dat hij pas gehouden zou zijn tot motivering van de drempel wanneer de omvang van de schade de drempel van 15% nadert. De Afdeling was het daarmee niet eens nu daarmee de vraag of uiteenlopende gevolgen voor verschillende typen ondernemingen ertoe zouden moeten leiden dat andere omzetzempels worden gehanteerd, nog niet was beantwoord. Uiteindelijk sloot de Afdeling, zelf in de zaak voorzien, aan bij het percentage van 10% dat *De Wouwse Tol* zelf had voorgesteld en dat de minister onvoldoende had bestreden.<sup>169</sup>

Het is niet goed mogelijk om op basis van deze ene uitspraak algemene uitspraken te doen over aanvaardbare drempels in concrete gevallen. Ook uit de jurisprudentie nadien zijn we weinig te weten gekomen. Uit de reeds genoemde uitspraak *Supermarkt Haarlem* kan worden afgeleid dat de

162 Zie onder meer de uitspraak van 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762, AB 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Van Vlodrop*).

163 ABRvS 14 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:480.

164 ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2241.

165 ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:321.

166 ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2153.

167 ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1652, AB 2016/365, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Supermarkt Haarlem*).

168 ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105, AB 2013/221, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*De Wouwse Tol I*).

169 ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1868, AB 2014/361, m.nt. M.K.G. Tjepkema, O&A 2014/81, m.nt. Roozendaal (*De Wouwse Tol II*).

Afdeling vooralsnog geen streep heeft gehaald door de beleidslijn van sommige gemeenten (waaronder Haarlem) om in beginsel uit te gaan van een omzeldrempel van 15%.<sup>170</sup> Wil een ondernemer betogen dat dit percentage in zijn geval niet redelijk uitpakt, dan is het aan hem om daarvoor bewijs aan te dragen.<sup>171</sup> De uitspraak inzake *AH Cassandraplein* heeft voorts geleerd dat bestuursorganen een (lage) omzeldrempel van 8% altijd mogen hanteren, althans wanneer de schadeoorzaak kan worden aangemerkt als een 'normale maatschappelijke ontwikkeling'. Daarvan was in deze zaak sprake: het ging om rioleringswerkzaamheden die werden uitgevoerd conform een gemeentelijk rioolplan en die noch naar hun aard, noch naar hun wijze van uitvoering als 'abnormaal' konden worden aangemerkt. Daarvan uitgaande zag de Afdeling niet in waarom het hanteren van een relatief lage omzeldrempel van 8% rechtens niet door de beugel zou kunnen. Dit percentage kunnen bestuursorganen zelf ongemotiveerd toepassen, en niet alleen in het eerste, maar ook in het tweede schadejaar.<sup>172</sup>

#### *De Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen*

Het bovenstaande is de niet bijster indrukwekkende oogst van vijf jaar bestuursrechtspraak van de Afdeling over de omzeldrempel. Verhoudingsgewijs is er veel meer rechtspraak over de te hanteren percentages bij tegemoetkoming in planschade, zoals hierna zal blijken. Mogelijk speelt de toepasselijke hoogte van de drempel in de praktijk vooralsnog geen grote rol, omdat bestuursorganen uit eigen beweging reeds overgaan tot lagere percentages. In die mogelijkheid voorziet bijvoorbeeld de in 2014 verschenen 'update' van de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer & Waterstaat 1999, thans geheten de Beleidsregel Nadeelcompensatie Infrastructuur & Milieu 2014.<sup>173</sup> Een andere verklaring zou kunnen zijn dat verzoeken om nadeelcompensatie stranden op andere criteria (schade, voorzienbaarheid, causaal verband). Ook speelt mogelijk een rol dat discussies over omzeldrempels vooral spelen bij infrastructurele projecten, waar verzoeken om nadeelcompensatie veelal stranden omdat een verordening of beleidsregeling ontbreekt en burgers het niet zien zitten een civiele procedure te moeten voeren. Immers, slechts een minderheid van de Nederlandse Gemeenten beschikt over een algemene nadeelcompensatiebeleidsregel of verordening. De grote gemeenten plegen er inmiddels wel een te hebben, maar in kleine of middelgrote steden is het beeld anders.<sup>174</sup> Bij een mogelijke spoedige inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie zal dit beeld echter veranderen en zullen bestuursorganen erop voorbereid moeten zijn dat zij in alle gevallen waarin scha-

de is veroorzaakt door de uitoefening van een 'publiekrechtelijke bevoegdheid of taak' verzoeken om nadeelcompensatie binnen zullen kunnen krijgen. Enig beleid ten aanzien van de wijze waarop men wenst om te gaan met de uit *De Wouwse Tol* ingezette koers is dan vermoedelijk geen overbodige luxe.

Mogelijk kunnen bestuursorganen hierbij profijt hebben van de op 14 juni 2018 aan Staatssecretaris Knops van BZK gepresenteerde Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen. Het initiatief daartoe is gestart door enkele transportondernemingen die toenmalig minister Opstelten in 2012 verzochten te komen met voorstellen om te komen tot meer rechtsgelijkheid en rechtszekerheid nadeelcompensatie bij rechtmatige infrastructurele maatregelen.<sup>175</sup> Daarop werd onder voorzitterschap van prof. mr. M. Scheltema een werkgroep ingesteld waarin vertegenwoordigers zitting hadden vanuit de Ministeries van BZK, (toen nog) Veiligheid & Justitie, Infrastructuur & Milieu en vanuit de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en het Inter Provinciaal Overleg. Ook het bedrijfsleven (VNO/NCW/Retail Nederland) had zitting in de werkgroep, terwijl vanuit de wetenschap M.K.G. Tjepkema (UL) en G.M. van den Broek (UU) aan het project deelnamen. De op 13 juni gepresenteerde en inmiddels aan de Tweede Kamer aangeboden Handleiding is het verslag van een breed gedeelde opvatting over de wijze waarop nadeelcompensatieclaims bij grote infrastructurele projecten zouden moeten worden afgehandeld. Daarbij zijn inzichten vanuit het project Passend contact met de overheid 'vertaald' naar de nadeelcompensatiepraktijk en is – mede op basis van input van financieel deskundigen – ook een voorstel gedaan voor de interpretatie van het normaal maatschappelijk risico die voor de praktijk werkbaar is, zou moeten leiden tot lagere transactiekosten en die de uitgangspunten van de rechtspraak inzake *De Wouwse Tol* zou moeten respecteren. Het zal spannend zijn of deze breed gedragen voorzet het tot landelijk (gemeente, provincie én rijk) beleid zal kunnen schoppen; wordt ongetwijfeld vervolgd.

#### *Overig*

Ook overigens raken wij over het normaal maatschappelijk risico niet snel uitgepraat. Interessant is bijvoorbeeld dat de bekende '5%-waardedrempel', die hierna in par. 6.2.5 zal worden besproken, thans vooral bekend is uit het planschaderecht maar in de afgelopen periode voor het eerst is toegepast in een geval van nadeelcompensatie. In de betreffende uitspraak uit 2014 was de vraag aan de orde of de besliscommissie van het Schadeschap Schiphol zich op het standpunt mocht stellen dat een waardevermindering van 5% van een woning als gevolg van de inwerkingtreding van het LvB 2008 en de wijziging van uitvliegroutes bij een van de vijf start- en landingsbanen, behoort tot het normaal maatschappelijk risico van een omwonende. De Afdeling beantwoordt die vraag bevestigend. Het wonen in de invloedssfeer van Schiphol en daarbinnen in de nabijheid van een start- en landingsbaan, brengt een risico met zich mee.

170 ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1652, AB 2016/365, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Supermarkt Haarlem*).

171 ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2865, AB 2014/362, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Audio Design/Utrecht*).

172 ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1650, AB 2016/263, m.nt. M.K.G. Tjepkema, O&A 2016/55, m.nt. Te Rijdt (*AH Cassandraplein*).

173 Zie nader M.A.E. Planken & M.K.G. Tjepkema, 'Drempels en kortingen bij nadeelcompensatie na *De Wouwse Tol*', O&A 2015/2.

174 Vgl. 'Schade zegt u? Eens even kijken...', *Binnenlands Bestuur*, 26 februari 2016.

175 *Handelingen I 2012/13*, 15, item 6, p. 53-57.

Een omwonende zal er rekening mee moeten houden dat er wijzigingen optreden in de regulering van het gebruik van de luchthaven, die ook gevolgen hebben voor de toegestane geluidsbelasting op woningen. Het LvB kon voorts worden beschouwd als een 'min of meer voorspelbare en uit het normale gebruik van Schiphol voortvloeiende ontwikkeling' en niet als een 'drastische en niet te verwachten wijziging van het gebruiksregime van de banen van Schiphol'.<sup>176</sup> Kortom, een 5% waardedrempel kan, mits stevig gemotiveerd, door de beugel, maar hogere percentages dan 5% zijn vooralsnog in de rechtspraak niet aanvaard.<sup>177</sup> Daarbij erkende de Afdeling nadrukkelijk dat deze drempel relatief hoog is in vergelijking tot de in artikel 6.2 lid 2 Wro neergelegde waardedrempel. Het duurde niet lang eer deze 5%-drempel ook in het planschaderecht zijn intrede deed, voor het eerst in de bekende uitspraak *Mook en Middelaar*.<sup>178</sup> Wat er ook zij van de kleine accentverschillen bij de toepassing van deze drempel, feit is dat de jurisprudentie goed laat zien hoezeer het nadeelcompensatie- en planschaderecht naar elkaar zijn toegesloegen.<sup>179</sup> Ook vanuit dat perspectief kan overigens een kanttekening worden geplaatst bij de standaard 5%-drempel die de wetgever in het omgevingsrecht wil toepassen, want hoe moet objectief worden gerechtvaardigd dat in gevallen van nadeelcompensatie alleen gemotiveerd een drempel van 5% kan worden toegepast (met inherente bestuursrechtelijke rechtsbescherming) en dit bij 'omgevingsrechtelijke nadeelcompensatie' zonder enige nadere motivering kan (en de bestuursrechtelijke rechtsbescherming dus pas begint bij schade groter dan een 5% waardevermindering)?

Overige vermeldenswaardig is dat de Afdeling haar lijn dat de drempel van het normaal maatschappelijk risico moet worden toegepast op de omzet of de brutowinst van het concern, en niet van de individuele vestiging. We wisten al dat dit in elk geval zo is bij juridische eenheden die een landelijk opererende keten zijn,<sup>180</sup> maar het geldt ook als het gaat om een regionaal bedrijf, zoals in dit geval *Pompeneiland BV*.<sup>181</sup> Ook zien we dat naast de drempelmethode in de praktijk nog steeds kortingen worden toegepast. Deze zijn in het bijzonder dienstig wanneer de schadeoorzaak niet, of niet geheel, als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden aangemerkt. In deze verslagperiode zagen we

bijvoorbeeld een korting van 50% op het schadebedrag in een zaak waarin een melkbedrijf door de reconstructie van een dijk te maken kreeg met een sterk toegenomen verkeersstroom, en het grasland tegenover zijn bedrijf niet meer kon beweiden. Het bestuursorgaan stelde zich in navolging van de adviescommissie op het standpunt dat dit slechts deels aangemerkt als een normale maatschappelijke ontwikkeling kon worden aangemerkt en paste daarom een korting van 50% op het schadebedrag toe, waarmee het college volgens de Afdeling aan haar motiveringsplicht had voldaan.<sup>182</sup> Bij maatregelen die de waterveiligheid beogen te waarborgen werd een korting van 30% redelijk geacht,<sup>183</sup> al zien we daar ook drempels:<sup>184</sup> de vraag wanneer voor de ene dan wel de andere methode moet worden gekozen kan nog aan scherpte winnen, zo wordt in de literatuur betoogd.<sup>185</sup> Van de overige hogerberoepscolleges is vermeldenswaard dat de Centrale Raad van Beroep nog immer geen ruimte ziet voor nadeelcompensatie in het ambtenarenrecht,<sup>186</sup> terwijl de jurisprudentie van het CBB onder meer een toepassing liet zien van het normale bedrijfsrisico bij maatregelen ter bestrijding van plantenziektes.<sup>187</sup>

#### 6.1.4 Causaal verband

Tot slot van dit blokje bestuursrechtelijk nadeelcompensatierecht maken wij vermelding van enkele uitspraken over causaal verband.<sup>188</sup> Interessant is dat de Afdeling enkele uitspraken heeft gedaan die een indicatie geven van wat bestuursorganen te wachten staat zodra titel 4.5 (Wet nadeelcompensatie) in werking is getreden. Uit de toepasselijkheid van een beleidsregel die op een bestuursorgaan de verplichting legt om onevenredige schade te vergoeden die is ontstaan 'als gevolg van de rechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid of taak' leidt de Afdeling dat wanneer een appelland stelt schade te lijden die binnen deze reikwijdte valt. In casu was daarover enige onduidelijkheid, nu appelland had gesteld schade te lijden door 'overlast van vluchtbewegingen'. De staatssecretaris stelde dat appelland niet had gesteld welke besluiten of met besluiten gelijk te stellen handelingen deze schade veroorzaakten, en verklaart het bezwaar niet-ontvankelijk. De rechtbank oordeelde dat de staatssecretaris dat terecht had gedaan, maar de Afdeling is het daarmee niet eens. De

176 ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:572, AB 2015/183, m.nt. M.K.G. Tjepkema. Zie over het Schadeschap Schiphol nader G.M. van den Broek, 'Lessen uit 15 jaar Schadeschap Luchthaven Schiphol', *Van Ravels*-bundel 2014, p. 21 e.v.

177 Een poging van het Hoogheemraadschap Rijnland een waardedrempel van 10% toe te passen strandde bij de Afdeling: ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198, AB 2015/184, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

178 ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071, AB 2016/214, m.nt. G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, *TBR* 2015/132, m.nt. Franssen, *BR* 2015/83, m.nt. I.P.A. van Heijst.

179 Zie voor overige jurisprudentie die wijst op uniformiteit in benadering ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2513, *Gst.* 2013/58, m.nt. L.J.M. Timmermans en ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:558, *JB* 2013/215, m.nt. I.C. Nijenhuis en T.E.P.A. Lam. Vgl. ook ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:336, *TBR* 2015/45, m.nt. F.A. Mulder en F.A. Linsen (een nadeelcompensatiezaak waarin aansluiting wordt gezocht bij het Wro-minimumforfait).

180 ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:122.

181 ABRvS 12 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2677, *O&A* 2016/81.

182 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2865, *BR* 2017/7, m.nt. J.W. van Zundert.

183 ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:226, AB 2014/394, m.nt. W.J. van Doorn-Hoekveld.

184 ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198, AB 2015/184, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

185 Zie de noot van Van Doorn-Hoekveld bij ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:226, AB 2014/394. Vgl. ook de kritiek die op het hantieren van de kortingsmethode bij indirecte planschade: G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht, p. 95 alsook Franssen & Van de Sande, 'Overheidsaansprakelijkheid', *NTB* 2017/8, par. 2.2.2.5.

186 CRvB 19 september 2013, AB 2014/421, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

187 CBB 15 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:60, CBB 29 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:49, *JB* 2016/113, m.nt. W.E.M. Klostermann en CBB 24 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:82.

188 Zie over de relatie tussen het specialiteitsbeginsel en het causaal verband K.J. de Graaf & H.D. Tolsma, 'Rechtmatige overheidsdaad: een rol voor het specialiteitsbeginsel?', *O&A* 2014/50.

staatssecretaris had het verzoek van appellant ten onrechte niet opgevat als een beroep op de regeling. In de omstandigheden van dit geval lag het, aldus de Afdeling, op de weg van de staatssecretaris zo nodig zelf nader te onderzoeken of een rechtmatige taak- of bevoegdheidsuitoefening tot de door [appellant] en anderen gestelde overlast kan hebben geleid, welke plicht voortvloeit uit artikel 3:2 Awb.<sup>189</sup>

In dit verband moet ook worden gewezen op een andere uitspraak waarin complexe causaliteitsrelaties aan de orde waren, in dit geval doordat meerdere betrokken bestuursorganen bij de aanleg van een geluidsscherm betrokken waren: niet alleen de colleges van burgemeester en wethouders uit twee gemeenten maar ook de minister. In hoger beroep is uitsluitend de vraag aan de orde of de schade van de exploitant van een reclamemast (die door het scherm minder goed zichtbaar is) het gevolg is van handelen van de minister. Voor het bevestigende antwoord op deze vraag wijst de Afdeling erop dat de Minister van IenM beschikt over een eigen nadeelcompensatiebeleidsregel, die een aanspraak op nadeelcompensatie geeft wanneer handelen in causaal verband staat met de uitoefening van een “publieke taak”. Vervolgens wijst de Afdeling op verschillende omstandigheden die laten zien dat de minister een ‘publieke taak’ uitoefenende met betrekking tot de aanleg van het scherm: Rijkswaterstaat had als wegbeheerder de taak om erop toe te zien dat het geluid binnen de wettelijk gestelde grenzen blijft, de minister had een overeenkomst gesloten inzake de eigendom, het onderhoud en beheer van het geluidsscherm en de minister had belang bij de plaatsing van het scherm, omdat dat betekende dat zij een eerder genomen wegaanpassingsbesluit niet hoefde aan te passen.<sup>190</sup> De uitspraak is niet alleen interessant voor de problematiek van samenloop van schadeoorzaken, maar ook omdat zij laat zien dat tal van handelingen een aanknopingspunt kunnen zijn om aanneemelijk te maken dat een bestuursorgaan een ‘publieke taak’ vervult in een bepaald schadecomplex. Dat zal ongetwijfeld nog tot interessante (causaliteits)rechtspraak leiden zodra titel 4.5 Awb in werking is getreden.

Het bovenstaande laat overigens onverlet dat in andere situaties een ‘rechtstreeks’ verband tussen een besluit en schade niet altijd gegeven is. Zo kan een handhavingsbesluit dat een reactie vormt op een overtreding die een gevaar oplevert (in casu instortingsgevaar), niet zonder meer als rechtstreekse oorzaak van schade worden aangemerkt (doordat een onderneming ter plekke is opgehouden te bestaan).<sup>191</sup> Ook sluit de Afdeling soms aan bij de leer van de redelijke toerekening, zoals in een zaak waarin een winkel in wit- en bruingoed nadeelcompensatie verlangde naar aanleiding van het uitlopen van werkzaamheden aan een weg. De Afdeling wees erop dat de aard van de aansprakelijkheid (op grond van het *égalité*beginsel) en de aard van de schade

(zuivere vermogensschade in de vorm van winstderving) met zich brengen dat er een te ver verwijderd verband bestaat tussen het verkeersbesluit en de schade. Dit verkeersbesluit had immers geen betrekking op de betreffende weg, terwijl die werkzaamheden voorts niet werden verricht in opdracht van het college maar in opdracht van de waterleidingbeheerder en het uitlopen van die werkzaamheden verband hield met een gesprongen waterleiding.<sup>192</sup>

#### 6.1.5 *Nadeelcompensatie bij strafvorderlijk overheidsoptreden*

Sporadisch verschijnt er nog weleens interessante jurisprudentie van de Hoge Raad over het *égalité*beginsel, maar de tijd dat er met enige regelmaat opzienbarende en spraakmakende arresten verschenen als *Leffers*, *Meiland*, *Lavrijsen* en *Harrida* ligt toch wel achter ons. Op dat algemene beeld is één uitzondering: de aansprakelijkheid voor rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden. Wij roepen de ‘regel’ uit het arrest *Staat/Lavrijsen* in herinnering: uit het *égalité*beginsel vloeit voort dat het toebrengen van onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatig overheidshandeling (zoals een huiszoeking) jegens derden (die zelf niet de aanleiding vormden voor het optreden) onrechtmatig is. Deze ‘onschuldige derden’ genieten, zeker wanneer dat wordt vergeleken met de wijze waarop het *égalité*beginsel wordt toegepast op andere terreinen, een relatief ruime bescherming. Indien de schade een ‘onschuldige derde’ treft wordt al heel snel aangenomen dat de schade uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico en komt (enige) vergoeding dus al snel in beeld. Gaat het daarentegen om een gewezen verdachte, dan geldt de lijn uit het arrest *Begaclaim* en dient uit de uitspraak van de strafrechter of anderszins uit de stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak te blijken van de onschuld van de verdachte en van het ongefundeerd zijn van de verdenking waarop het optreden van politie of justitie berustte.<sup>193</sup> Dit ‘gebleken onschuld’-criterium is een strikt criterium: hoewel de benadeelde die daarop een succesvol beroep doet op een volledige schadevergoeding aanspraak kan maken, wordt niet snel aangenomen dat die onschuld ‘blijkt’.

Gelet op de tamelijk ruimhartige bescherming die onschuldige derden van de *égalité*regel genieten, pogen personen die schade hebben geleden door strafvorderlijk overheids-optreden met enige regelmaat de *égalité*regel ook op hun situatie van toepassing te laten zijn. Daarin slaagde in elk geval niet de eiser in de zaak die leidde tot een arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013. Het ging hier om een persoon die pas als verdachte werd aangemerkt nadat bij hem hennepplanten waren inbeslaggenomen en vernietigd. Betekende het feit dat hij op het moment dat besloten werd tot het gebruik van het strafvorderlijke dwangmiddel nog geen verdachte was dat de Staat op grond van het *égalité*beginsel aansprakelijk was? Nee, aldus de Hoge Raad; ook hier was het regime van het *Begaclaim*-arrest van toepassing. De

189 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:963, AB 2016/364, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

190 ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3047, AB 2017/331, m.nt. J.H.M. Huijts en M.K.G. Tjepkema, *Gst.* 2017/40, m.nt. M. West. Zie ook J.H.M. Huijts & M.K.G. Tjepkema, ‘Meervoudige causaliteit bij nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade’, *JB Plus* 2017/4.

191 ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2300.

192 ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2340.

193 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/342, m.nt. Vranken (*Begaclaim*).

verdenking was immers gebaseerd op gedragingen van V. van vóór het gebruik van het strafvorderlijk dwangmiddel en die zijn aanleiding geweest tot toepassing daarvan. In dat geval behoren de gevolgen van dat strafvorderlijk optreden tot het normale maatschappelijke risico van de gewezen verdachte. Het égalitébeginsel biedt dan geen rechtvaardiging voor aansprakelijkheid van de Staat voor die gevolgen, aldus de Raad.<sup>194</sup>

Hoe zit het met de levenspartner en het inwonende kind van een verdachte. Zijn ook zij ‘verdachte’ of zijn zij ‘onschuldige derden’? De Hoge Raad meent dat eventuele wetenschap van en/of betrokkenheid van dergelijke ‘intimi’ moet worden verdisconteerd door toepassing van artikel 6:101 BW, uitgaande van de in beginsel op de Staat rustende aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel. De enkele omstandigheid dat de benadeelden de levenspartner respectievelijk het inwonende kind van de verdachte zijn, rechtvaardigt niet dat het égalitébeginsel hier geen opgeld zou doen, aldus de Raad.<sup>195</sup>

Tot slot verdient vermelding de toepassing van de regel van artikel 6:101 lid 2 BW. Dit artikel leverde blijkens het arrest *Wherestad* een potentieel belangrijke manier voor de Staat om aan aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel te ontsnappen. Bij de vaststelling van de omvang van de vergoedingsplicht zou volgens dit artikel betekenis komen aan de vraag of het gaat om schade, toegebracht aan een zaak die een derde voor de benadeelde in zijn macht had. In dat geval kunnen, aldus artikel 6:101 lid 2 BW, bij toepassing van het eerste lid omstandigheden die aan de derde toegerekend kunnen worden, worden toegerekend aan de benadeelde. Dit artikel zou aldus sterk afbreuk kunnen doen aan de aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel, die in beginsel snel wordt aangenomen: het komt niet vaak voor dat een beroep op het égalitébeginsel in deze context op het normaal maatschappelijk risico strandt. Zou artikel 6:101 lid 2 BW dan nog roet in het eten kunnen gooien? Die optie liet het arrest *Wherestad* open, maar het Hof Den Haag was daarover kritisch,<sup>196</sup> en ook de Hoge Raad is uiteindelijk ‘om’ gegaan en heeft op dit punt afstand genomen van het *Wherestad*-arrest. Uitgangspunt is dat schade die bij rechtmatig strafvorderlijk optreden is veroorzaakt aan zaken van een ander dan de verdachte, niet tot het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van die ander hoort, zodat de overheid in beginsel gehouden is die schade te vergoeden, aldus de Raad. Daarmee verdraagt zich niet de toerekeningsregel van artikel 6:101 lid 2 BW. Daarom moet in gevallen waarin de Staat wegens rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is voor schade aan zaken van een ander dan de verdachte, bij beoordeling van de vraag of de vergoedingsplicht van de Staat op de voet van artikel 6:101 lid 1 BW moet worden verminderd of zelfs geheel vervalt (op grond van de causaliteitsafweging dan wel

de billijkheidscorrectie), het tweede lid van die bepaling buiten toepassing blijven. Het arrest laat aldus wel de optie open dat met bijzondere ‘eigen schuld’-overwegingen rekening wordt gehouden, maar deze dienen dan te worden gebaseerd op het eerste lid, in het bijzonder op de billijkheidscorrectie. Zie nader de over dit arrest verschenen noten.<sup>197</sup>

## 6.2 Tegemoetkoming in planschade

Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is, zo wordt vaak gezegd, typisch rechtersrecht. Een nadeel daarvan is dat rechtspraak de praktijk slechts in beperkte mate houvast biedt. Rechterlijke oordelen met een zaak overstijgend karakter zijn immers slechts kenbaar uit verschillende rechterlijke uitspraken, zonder dat deze oordelen daarin in een min of meer systematisch verband worden gepresenteerd. Om aan de behoefte van de rechtspraak aan meer houvast tegemoet te komen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 28 september 2016 een overzichtsuitspraak planschade gegeven.<sup>198</sup> In deze overzichtsuitspraak, de eerste die de Afdeling in haar bestaan gegeven heeft, zijn, aan de hand van eerdere uitspraken van de Afdeling, algemeen toepasbare oordelen op het gebied van het planschaderecht weergegeven, of samengevat, en in een systematisch verband geplaatst. Een belangrijk voordeel van deze uitspraak is dat deze de rechtspraak houvast biedt. Een nadeel is echter dat degenen die een overzicht van de rechtsontwikkeling op het gebied van tegemoetkoming in planschade schrijven het gras voor de voeten wordt weggemaaid. Wij verwijzen de lezer naar deze uitspraak voor een overzicht van de stand van het planschaderecht en volstaan hierna met een signalering van de belangrijkste nieuwe ontwikkelingen.<sup>199</sup>

### 6.2.1 De toepassing van flexibiliteitsbepalingen

Weliswaar is het planschaderecht in belangrijke mate rechtersrecht, maar de invloed van de wetgever is de afgelopen jaren van niet te onderschatten betekenis geweest. In de per 1 juli 2008 ingevoerde nieuwe Wet ruimtelijke ordening heeft de wetgever een planschaderegeling opgenomen waarmee nadrukkelijk beoogd is de aansprakelijkheid van de overheid voor rechtmatig ruimtelijk bestuursoptreden te beperken. Afscheid is genomen van het uitgangspunt dat schade die een belanghebbende lijdt als gevolg van een planologische wijziging die hem in een nadeliger positie brengt, in beginsel niet voor diens rekening dient te worden gelaten. In lijn daarmee is de term “schadevergoeding” in de wettelijke regeling bewust vervangen door “tegemoetko-

194 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7397, AB 2013/392, m.nt. F.J. van Ommeren.

195 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7396, NJ 2014/467, m.nt. Vranken, AB 2013/393, m.nt. Van Ommeren.

196 Gerechtshof Den Haag, 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:294, JA 2016/64 m.nt. Brens.

197 HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2789, AB 2017/420, m.nt. Tjepkema, NJ 2018/179, m.nt. Spier, JA 2018/9, m.nt. Brens en JB 2018/2, m.nt. Ten Kate.

198 ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, O&A 2016/60, AB 2016/399, m.nt. G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema (hierna: Overzichtsuitspraak). Zie ook: B.P.M. van Ravels, ‘Jaap en de (overzichts-)uitspraak’, in: *De conclusie voorbij – Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 241-252.

199 Zie ook: G.M. van den Broek, ‘Planschadevergoeding: de omwenteling. Ontwikkelingen in de jaren 2012-2013’, O&A 2014/26; G.M. van den Broek, ‘Actualiteiten nadeelcompensatie in het omgevingsrecht 2017: een leerstuk in ontwikkeling’, *M en R* 2017/105 (p. 716-722), alsmede J.W. van Zundert, ‘Actuele planschadejurisprudentie’, *BR* 2017/100 (p. 669-678).

ming” en is de status aparte die het planschaderecht binnen het algemene nadeelcompensatierecht had in belangrijke mate komen te vervallen.<sup>200</sup>

De belangrijkste aansprakelijkheidsbeperkende wettelijke maatregelen zijn de wijziging van de lijst van planschadegevoelige “schadeorzaken” in artikel 6.1, lid 2 van de Wro en de regel dat binnen het normale maatschappelijk risico vallende schade voor rekening van de aanvrager blijft (artikel 6.2 Wro). Daarmee is een belangrijke rem gezet op de mogelijkheid voor de burger om planologisch nadeel vergoed te krijgen. In de afgelopen jaren is duidelijker geworden wat dit in de praktijk betekent.

Een belangrijke aanpassing van de lijst van “schadeorzaken” was, kort samengevat, het schrappen van zogenoemde flexibiliteitsbepalingen als mogelijke “schadeoorzaak”. Flexibiliteitsbepalingen zijn bepalingen in een bestemmingsplan die burgemeester en wethouders de bevoegdheid geven om een bestemmingsplan uit te werken, te wijzigen, bij omgevingsvergunning ervan af te wijken of om nadere eisen te stellen, dan wel een omgevingsvergunning te verlenen voor aanleg- of sloopactiviteiten, kunnen niet als schadeoorzaak worden aangemerkt.<sup>201</sup> De bedoeling van de wetgever met de regeling van artikel 6.1, tweede lid Wro is de flexibiliteitsbepaling zelf als schadeoorzaak af te schaffen: eerst de toepassing daarvan kan een aanspraak op een tegemoetkoming opleveren.<sup>202</sup> Met deze wijziging beoogde de wetgever te voorkomen dat nog langer louter theoretische schade vergoed zou worden. De afgelopen jaren is gebleken dat de op dit punt gewijzigde wettelijke regeling tal van lastig te beantwoorden vragen oproept.<sup>203</sup> De praktijk en dus ook de rechtspraak worstelde vooral met de vraag of en zo ja in hoeverre in de planvergelijking rekening mag worden gehouden met een uit te werken bestemming. Enerzijds kan geconstateerd worden dat bij een letterlijke lezing van artikel 6.1, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wro, een uitwerkingsplicht niet kan worden beschouwd als oorzaak van schade in de zin van die bepaling. Anderzijds kan er niet aan worden voorbij gegaan dat sinds de inwerkingtreding van een bestemmingsplan met daarin een uit te werken bestemming aannemelijk is dat de uit te werken bestemming vroeg of laat zal worden uitgewerkt. Het vaststellen van een uitwerkingsplan is immers, gelet op de uitwerkingsplicht, bedoeld in artikel 3.6, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wro, niet slechts een toekomstige onzekere gebeurtenis. Dit bracht de Afdeling ertoe te oordelen dat met een uit te werken bestemming in de vergelijking rekening

moest worden gehouden. Omdat een uitwerkingsplan een oorzaak van planschade is, als bedoeld in artikel 6.1, tweede lid, onder b, van de Wro, kan echter bij een vergelijking tussen een bestemmingsplan met een uit te werken bestemming en een uitwerkingsplan niet van de maximale mogelijkheden van de uitwerkingsregels van dat bestemmingsplan worden uitgegaan. Indien van de maximale mogelijkheden van die uitwerkingsregels wordt uitgegaan, zou dat immers tot de ongewenste situatie leiden dat een uitwerkingsplan nimmer tot een planologische verslechtering kan leiden, omdat dat uitwerkingsplan als oorzaak van planschade dan wegvalt tegen de maximale invulling van het bestemmingsplan met de uit te werken bestemming.<sup>204</sup> Met de mogelijkheden van de uit te werken bestemming diende volgens de Afdeling aldus rekening te worden gehouden dat nagegaan dient te worden wat ten tijde van de inwerkingtreding van het betrokken planologische besluit naar redelijke verwachting de invulling van de uit te werken bestemming zou zijn. In dat verband komt onder meer betekenis toe aan de uitwerkingsregels, de toelichting bij het bestemmingsplan en de mate waarin een en ander naar aard en omvang binnen de ruimtelijke kenmerken van de omgeving en het geldende planologische beleid past.<sup>205</sup> Deze lijn werd gevolgd in gevallen van indirecte en van directe schade.<sup>206</sup> Bovendien werd deze lijn gevolgd zowel in gevallen geval waarin de uit te werken bestemming onderdeel is van het oude planologische regime is, als in gevallen waarin de uit te werken bestemming onderdeel van het nieuwe planologische regime is.<sup>207</sup>

Deze lijn in de rechtspraak was slechts een korte tijd gegaan. Met ingang van 25 april 2013 trad immers een nieuwe wijziging van de planschaderegeling in de Wro in werking.<sup>208</sup> Aan artikel 6.1 van de Wro werd een nieuw zesde lid toegevoegd. Op grond daarvan wordt schade als gevolg van een bepaling als bedoeld in artikel 3.3 of artikel 3.6, eerste lid, onder c, of artikel 3.38, derde of vierde lid, van de Wro, eerst vastgesteld op grond van een krachtens die bepalingen genomen besluit. In een tussenuitspraak van 24 september 2014 schetste de Afdeling de consequenties die deze wetwijziging heeft.<sup>209</sup> De Afdeling overwoog dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 6.1, zesde lid, van de Wro valt af te leiden dat de wetgever heeft beoogd dat een uit te werken bestemming niet in de planvergelijking mag worden betrokken en geen grond voor een tegemoetkoming in planschade is, zolang geen uitwerkingsplan is vastgesteld en in werking getreden. De Afdeling voorzag in deze uitspraak ook in “overgangsrecht”. Voor het antwoord op de vraag of artikel 6.1, zesde lid, van de Wro van toe-

200 Zie hierover bijvoorbeeld: G.M. van den Broek, ‘Tracébesluiten: planschade of nadeelcompensatie?’, in: P. van Buuren e.a. (red.), *Toonbeelden – gedachten over provinciaal omgevingsrecht ter herinnering aan Toon de Gier*, Deventer: Kluwer 2013, p. 177-185; B.P.M. van Ravels, ‘Tracébesluit en nadeelcompensatie’, in: M. van der Heiden e.a. (red.), *Co & Co, Liber Amicorum, aangeboden aan dr. J.W. van Zundert*, 2013, p. 81-94 (Van Zundert-bundel).

201 ABRvS 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3485, *TBR* 2015/12, m.nt. J.C. Procee en M. Heerings; ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:326, *AB* 2017/292, *AB* 2017/293, m.nt. G.M. van den Broek.

202 *Kamerstukken II* 2011/12, 33135, 3, p. 13-14 en p. 44-45.

203 G.M. van den Broek, ‘Flexibiliteitsbepalingen en planschadevergoeding: het spanningsveld tussen flexibiliteit en rechtszekerheid’, in: Van Zundert-bundel, p. 81-94; C. Balandis-de Vroome, ‘De planvergelijking bij uitwerkingsregels’, *TBR* 2013, p. 848-851; B.P.M. van Ravels, ‘Kroniek Schadevergoeding’, *NTB* 2014/4.

204 ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2475, *AB* 2013/195, m.nt. G.M. van den Broek.

205 ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7707, *AB* 2013/194, m.nt. G.M. van den Broek; ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:529.

206 ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:529.

207 ABRvS 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3485, *TBR* 2015/12, m.nt. J.C. Procee en M. Heerings.

208 De Wet van 28 maart 2013 tot wijziging van de Crisis- en herstelwet en diverse andere wetten in verband met het permanent maken van de Crisis- en herstelwet en het aanbrengen van enkele verbeteringen op het terrein van het omgevingsrecht, *Stb.* 2013, 144.

209 ABRvS 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3485, *TBR* 2015/12, m.nt. J.C. Procee en M. Heerings.

passing is, is de datum van de aanvraag beslissend. Indien de aanvraag vóór de inwerkingtreding van die bepaling op 25 april 2013 is ingediend, is de hiervoor beschreven wijze van planvergelijking onverkort van toepassing.<sup>210</sup>

Voor aanvragen die van na 25 april 2013 dateerden heeft de wetwijziging echter consequenties. De vraag is echter welke. Heeft de wetwijziging consequenties voor de betekenis van alle uit te werken bestemmingen in de planvergelijking, of alleen voor uit te werken bestemmingen die deel uitmaken van het nieuwe planologische regime? De Afdeling leidt uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 6.1, zesde lid, van de Wro af dat de wetgever slechts oog heeft gehad voor de uit te werken bestemming als onderdeel van het nieuwe planologische regime. De wetgever ziet, volgens de Afdeling, het buiten beschouwing laten van een uit te werken bestemming niet als zelfstandig doel, maar als middel om te bewerkstelligen dat geen tegemoetkoming wordt verstrekt voor planschade die de aanvrager niet in die omvang zal lijden, indien de uitwerking van de uit te werken bestemming minder ongunstig uitvalt dan bij het benutten van de maximale mogelijkheden van de uit te werken bestemming. De wetgever heeft derhalve beoogd dat slechts voor werkelijke planschade en niet voor theoretische planschade een tegemoetkoming wordt toegekend, aldus de Afdeling. Daar van uitgaande oordeelt de Afdeling dat wanneer de uit te werken bestemming onderdeel is van het oude planologische regime, deze uit te werken bestemming wel mag worden betrokken in de vergelijking met het nieuwe planologische regime, indien de aanvraag om een tegemoetkoming in planschade na de inwerkingtreding van artikel 6.1, zesde lid, van de Wro is ingediend. De geschiedenis van de totstandkoming van artikel 6.1, zesde lid, van de Wro verzet zich niet tegen het betrekken van de uit te werken bestemming, als onderdeel van het oude planologische regime, in de vergelijking met het nieuwe planologische regime: er dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de maximale mogelijkheden van het nieuwe planologische regime de redelijke verwachting van de invulling van de uit te werken bestemming.

### 6.2.2 Peildatum

De datum waarop het gestelde schadeveroorzakende besluit in werking is getreden heeft volgens vaste rechtspraak te gelden als peildatum voor het antwoord op de vraag of ten gevolge van een onherroepelijk geworden besluit als bedoeld in artikel 6.1, tweede lid, van de Wro schade is geleden.<sup>211</sup> Geldt dat ook voor planschade in de vorm van inkomensderving? Of, moet voor dat soort schade een afwijkende peildatum worden gehanteerd, te weten de datum waarop deze inkomensderving zich feitelijk manifesteert? De Afdeling heeft geoordeeld dat de Wro geen aanknopingspunten biedt voor de stelling dat voor inkomensderving een andere peildatum zou moeten worden gehanteerd en dat alleen sprake kan zijn van inkomensderving in geval

van een feitelijke wijziging van de situatie.<sup>212</sup> Een dergelijke lezing is ook niet te verenigen met artikel 6.1, eerste lid, van de Wro, op basis waarvan niet alleen geleden, maar ook nog te lijden schade voor tegemoetkoming in aanmerking komt. Die lezing is ook niet te verenigen met het vierde lid van deze bepaling, waarin is neergelegd dat een aanvraag voor een tegemoetkoming in schade binnen vijf jaar na het onherroepelijk worden van de gestelde schadeoorzaak moet zijn ingediend. Bovendien past een dergelijke lezing niet bij het in de jurisprudentie van de Afdeling geformuleerde uitgangspunt dat bij berekening van de omvang van de inkomensschade mag worden betrokken dat een onderneming na de inwerkingtreding van de schadeveroorzakende planologische maatregel nog geruime tijd op dezelfde wijze geëxploiteerd kon worden en daarmee eenzelfde inkomen gegenereerd kon worden als voorafgaand aan de inwerkingtreding van die maatregel, aldus de Afdeling.<sup>213</sup> Het is de vraag, of deze lijn in de rechtspraak gehandhaafd blijft na in werking treden van titel 4.5 van de Awb. Die titel spreekt niet expliciet over “te lijden schade”, terwijl de “verjaringsregeling” van artikel 4:131 Awb op het te dezen relevante punt afwijkt van die van artikel 6.1, vierde lid Wro: verjaring vangt niet aan met onherroepelijk worden van het schadeveroorzakende besluit, maar – kort samengevat – met het bekend worden van de benadeelde met zowel de schade, als met het voor het schade veroorzakende besluit verantwoordelijke bestuursorgaan.

### 6.2.3 Vergelijking(smaatstaf)

Ten behoeve van de beoordeling van een verzoek om tegemoetkoming in planschade dient een planologische vergelijking te worden gemaakt.<sup>214</sup> Zo'n vergelijking heeft in hoge mate een abstract karakter, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak. Bij de vergelijking van planologische regimes is niet de feitelijke situatie relevant, maar hetgeen op grond van de planologische regimes maximaal kon worden gerealiseerd, ongeacht of verwezenlijking daadwerkelijke heeft plaatsgevonden. Eerder is in de rechtspraak verduidelijkt dat bij de beoordeling van een verzoek om tegemoetkoming in indirecte planschade dient te worden uitgegaan van de voor de aanvrager meest ongunstige invulling van de planologische mogelijkheden van die gronden. Dat kan voor de ene schadefactor, bijvoorbeeld de aantasting van privacy, een andere invulling zijn dan voor een andere schadefactor, bijvoorbeeld aantasting van het uitzicht.<sup>215</sup> Het bij de vergelijking abstraheren van de feitelijke situatie kent echter zijn grenzen. Het kan bijvoorbeeld niet zo ver gaan, dat bij de vergelijking wordt aangenomen dat in de oude situatie op dezelfde plaats en hetzelfde moment geluidschermen

210 ABRvS 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3485, TBR 2015/12, m.nt. J.C. Procee en M. Heerings.

211 Overzichtsuitspraak r.o. 4.2.

212 ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2553.

213 Vergelijk ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2580 en ABRvS 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3473. Zie dienaangaande: H.J.M. van Mierlo, ‘Van Kazernestraat naar Kneuterdijk, en retour’, in: T.W. Franssen, R.D. Harteman, B.J.P.G. Roozendaal, D. van Tilborg & G.A. van der Veen (red.), *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel), Den Haag: IBR 2014, p. 95-104.

214 Overzichtsuitspraak r.o. 2.1. Zie over de planologische vergelijking ook: J.A.M. van der Velden, ‘Maximale planologische mogelijkheden: één wet, twee doctrines?’, in: Van Ravels-bundel, p. 353-362.

215 Overzichtsuitspraak r.o. 2.2.

met verschillende bouwhoogten zouden hebben gestaan: dat wil zeggen de minimale bouwhoogte in verband met de schadefactor geluidshinder en de maximale bouwhoogte voor wat betreft de schadefactor aantasting van het uitzicht. Het bestuursorgaan mag bij de planologische vergelijking niet per schadefactor een andere invulling aan het oude planologische regime geven. Anders gezegd: het mag niet per schadefactor een andere bouwhoogte hanteren, maar het moet bij de invulling van het oude regime van dezelfde bouwhoogte voor alle schadefactoren uitgaan.<sup>216</sup>

#### 6.2.4 Causaal verband

Volgens vaste rechtspraak is een rechtstreeks oorzakelijk verband tussen het nieuwe planologische regime en de gestelde schade vereist.<sup>217</sup> Dat de schade niet zou zijn ontstaan zonder de planologische maatregel die als schadeoorzaak is gesteld, betekent nog niet dat voor toepassing van artikel 6.1 Wro relevant oorzakelijk verband kan worden aangenomen. De schade moet bovendien in een zodanig nauw verband met de planologische maatregel staan, dat de schade het bestuursorgaan, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg daarvan kan worden toegerekend. De enkele omstandigheid echter dat er een ruime afstand is gelegen tussen de onroerende zaak, die volgens de aanvrager benadeeld is, en de gronden waarop de planologische maatregelen betrekking hebben, is echter onvoldoende om een rechtstreeks verband tussen de planologische maatregel en de schade te ontkennen.<sup>218</sup>

#### 6.2.5 Normaal maatschappelijk risico bij planschade

De hoofdlijnen van de invulling van het normaal maatschappelijk risico in het planschaderecht zijn vanaf 2012, in lijn met de algemene nadeelcompensatierechtspraak, uitgezet. Zoals bekend moet de vraag of schade als gevolg van een planologische ontwikkeling als bedoeld in artikel 6.1 lid 2 Wro tot het normale maatschappelijke risico behoort, worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang is onder meer of de planologische ontwikkeling als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd waarmee de benadeelde rekening had kunnen houden in die zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. In dit verband komt betekenis toe aan de mate waarin de ontwikkeling naar haar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gevoerde planologische beleid past. Omstandigheden die verder van belang kunnen zijn, zijn de afstand van de locatie waar de ontwikkeling heeft plaatsgevonden tot de onroerende zaak van de aanvrager en de aard en de omvang van het door de

ontwikkeling veroorzaakte nadeel.<sup>219</sup> In de afgelopen vijf jaren zijn deze hoofdlijnen nader uitgewerkt.

De rechtspraak biedt meer aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag hoe moet worden omgegaan met de meest voorkomende vorm van planschade: indirecte planschade in de vorm van waardevermindering van een onroerende zaak.<sup>220</sup> Er ontstaat een globaal beeld dat bij de afbakening van het normaal maatschappelijk risico bij dit soort schades een drempel kan worden gehanteerd die, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, tussen de 2 en 5% bedraagt van de waarde van de betreffende onroerende zaak onmiddellijk voor het ontstaan van de schade.

Wanneer de schadeveroorzakende planologische ontwikkeling op de betreffende locatie in het geheel niet in de lijn der verwachtingen lag, betekent dit in beginsel dat het forfaitair normaal maatschappelijk risico van 2%, als bedoeld in artikel 6.2, tweede lid, van de Wro, op de door aanvrager geleden planschade van toepassing is.<sup>221</sup>

Wanneer de schadeveroorzakende planologische ontwikkeling op de betreffende locatie kan worden aangemerkt als een normale maatschappelijke ontwikkeling, die in de lijn der verwachtingen lag, is een waardevermindering tot 5% van de waarde van de onroerende zaak, in verhouding tot de waarde van de onroerende zaak onmiddellijk vóór het ontstaan van de schade, substantieel, maar niet zodanig zwaar dat deze schade niet voor rekening van de aanvrager kan worden gelaten, aldus de Afdeling. Dit betekent dat een waardevermindering tot 5% van de waarde van de onroerende zaak in deze categorie gevallen in beginsel tot het normale maatschappelijke risico van de aanvrager behoort.<sup>222</sup>

Een betrekkelijk veel voorkomende ontwikkeling die binnen deze categorie valt is een ontwikkeling die woningbouw mogelijk maakt op in een woonkern gelegen gronden die reeds door woningen omsloten zijn. Zo'n ontwikkeling wordt in beginsel gezien als inbreiding van woningen in een bestaande woonkern.<sup>223</sup> Dit soort ontwikkelingen doen zich voor in veel centra van steden en dorpen in Nederland en kunnen in beginsel als een normale maatschappelijke ontwikkeling worden beschouwd.<sup>224</sup> Dat betekent overigens nog niet zonder meer dat deze normale maatschappelijke ontwikkelingen ook in alle gevallen de lijn der verwach-

216 ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2802 en ECLI:NL:RVS:2017:2805, O&A 2017/95.

217 Overzichtsuitspraak r.o. 3.

218 ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2580; ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2428, O&A 2014/5; ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1727, O&A 2014/6.

219 Overzichtsuitspraak r.o. 5.9-5.19. B.P.M. van Ravels, 'Hoe groot is het normale maatschappelijke risico?', O&A 2014/2; T.W. Franssen & S.A.L. van de Sande, 'Overheidsaansprakelijkheid', NTB 2016/32 (p. 262).

220 Zie over het normaal maatschappelijk risico bij directe planschade ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1293, AB 2017/427, m.nt. J.H.M. Huijts en M.K.G. Tjepkema, TBR 2017/149, m.nt. G.M. van den Broek.

221 ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3608, O&A 2016/7; ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:349, O&A 2015/33.

222 Overzichtsuitspraak r.o. 5.14; ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071, AB 2016/214, m.nt. G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema; O&A 2015/66; BR 2015/83, m.nt. I.P.A. van Heijst; ABRvS 2 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:530, AB 2016/215, m.nt. Van den Broek en Tjepkema; ABRvS 21 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1653; ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2889. Vergelijk ABRvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:772, waarin de Afdeling in het kader van de finale geschilbeslechting een percentage van 3,5% hanteert bij een inbreiding die in de lijn der verwachtingen lag.

223 ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2828, O&A 2015/93.

224 ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2248; ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2828, O&A 2015/93; ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3851.

tingen liggen. Of dat zo is hangt af van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder is van belang de mate waarin de planologische ontwikkeling naar haar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gevoerde planologische beleid past. Wanneer de ontwikkeling daarin past kan in beginsel de hiervoor bedoelde drempel van 5% worden gehanteerd.

Wanneer een op zichzelf genomen normale maatschappelijke ontwikkeling niet binnen het gevoerde beleid past, betekent dat niet zonder meer dat de ontwikkeling in het geheel niet in de lijn der verwachtingen lag. Indien de ontwikkeling niet of niet geheel binnen het ruimtelijk beleid past, maar wel binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving, mag het bestuursorgaan een hogere drempel dan die van het minimumforfait hanteren, maar in beginsel niet een drempel van 5%. In zo'n geval is aanvaard dat een drempel wordt gehanteerd gelijk aan 3% van de waarde van de onroerende zaak onmiddellijk vóór de inwerkingtreding van het nieuwe bestemmingsplan.<sup>225</sup>

Wanneer de planologische ontwikkeling een normale maatschappelijke ontwikkeling is die in zoverre in de lijn der verwachtingen lag dat deze op de betreffende locatie te verwachten viel, maar de omvang daarvan, gezien de aard en omvang van de bestaande bebouwing rond de locatie, een ingrijpende ontwikkeling is, die op deze schaal niet was te verwachten, wordt eveneens hantering van een drempel van 3% toelaatbaar geacht.<sup>226</sup>

Ook een uitbreiding van een woonkern kan in het algemeen als een normale maatschappelijke ontwikkeling worden beschouwd. Ook dat betekent echter nog niet zonder meer dat de uitbreiding in de lijn der verwachtingen lag. Het betekent evenmin dat de in de rechtspraak aanvaarde drempel van 5% betreffende inbreidingen daarop zonder meer van toepassing is.<sup>227</sup> In een geval van een uitbreiding van een dorpskern, werd geoordeeld dat dit in beginsel een normale maatschappelijke ontwikkeling is, maar dat dit nog niet zonder meer betekende dat die planologische ontwikkeling ook in de lijn der verwachtingen lag. Deze ontwikkeling lag in zoverre in de lijn der verwachtingen dat ontwikkeling van het plangebied te verwachten viel. Het realiseren van – in dat geval – 55 woningen en een maatschappelijke voorziening met bijbehorende infrastructuur en parkeerruimte, was echter, gezien de aard en omvang van de bestaande bebouwing in het gebied, een ingrijpende ontwikkeling, die op deze schaal niet was te verwachten. De Afdeling zag daarin aanleiding voor het hanteren van een drempel die hoger was dan het minimumforfait, maar minder hoog dan bij een inbreiding die in de lijn der verwachtingen lag, te weten: 3%.<sup>228</sup>

De Afdeling heeft inmiddels ook enige uitspraken gedaan over de afbakening van het normaal maatschappelijk risico bij directe planschade. Er lijkt geen principieel onderscheid te worden gemaakt tussen de wijze waarop het normaal maat-

schappelijk risico wordt afgebakend in gevallen van directe planschade en in gevallen van indirecte planschade. Het gewicht dat aan de verschillende factoren bij de afbakening wordt toegekend, kan echter wel afhankelijk zijn van de beantwoording van de vraag, of sprake is van directe of indirecte planschade. Bij de beantwoording van de vraag of directe planschade in de vorm van waardevermindering van een onroerende zaak binnen het normaal maatschappelijk risico valt acht de Afdeling ook van belang dat de wetgever voor directe planschade geen forfaitaire drempel heeft geteld.<sup>229</sup> Daarvan uitgaande lijkt de Afdeling relatief – in vergelijking met indirecte schades – zwaardere eisen aan de motivering van de hoogte van een drempel te stellen. Bovendien kent de Afdeling betekenis toe aan mate van ingrijpendheid van de gebruiksbeperking die het nieuwe planologische regime oplevert. Onder omstandigheden oordeelt de Afdeling dat bij directe planschade geen drempel moet worden gehanteerd.<sup>230</sup>

#### 6.2.6 Beoordelingsruimte bestuursorgaan

Volgens inmiddels vaste rechtspraak is de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan, dat daarbij beoordelingsruimte toekomt.<sup>231</sup> Het bestuursorgaan dient deze vaststelling naar behoren te motiveren. Met name wanneer de partij op wie de planschade wordt afgewenteld rechtsmiddelen aanwendt tegen een positief planschadebesluit, komt het nogal eens voor dat de bestuursrechter tot het oordeel komt dat het bestuursorgaan zijn planschadebesluit niet goed heeft gemotiveerd.<sup>232</sup> De bestuursrechter kan dan, indien de gegeven motivering niet volstaat, in het kader van de definitieve beslechting van het geschil op grond van artikel 8:41a van de Awb de omvang van het normale maatschappelijke risico zelf vaststellen door in een concreet geval zelf te bepalen welke drempel of korting redelijk is, met inachtneming van het bepaalde in het tweede lid van artikel 6.2 van de Wro. De rechter toetst de beslissing over de afbakening van het normaal maatschappelijk risico, indien de beroepsgronden daartoe aanleiding geven, vanzelfsprekend aan het gelijkheidsbeginsel. Wanneer bijvoorbeeld het bestuursorgaan in vergelijkbare zaken het normaal maatschappelijk risico heeft bepaald op 2% van de waarde van de betrokken onroerende zaken en de relevante criteria geen aanleiding bieden tot toepassing van een hogere drempel wegens het normaal maatschappelijk risico dan in die andere zaken en ook overigens geen rechtvaardiging wordt gegeven voor het gemaakte onderscheid en het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling, wordt geoordeeld dat het bestuursorgaan in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelt door in het geval van een hogere aftrek dan het wettelijk forfait te hanteren.<sup>233</sup>

225 ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2248.

226 ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2903.

227 ABRvS 28 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1050.

228 ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2502, O&A 2016/80, AB 2016/440, m.nt. M.K.G. Tjepkema. Vergelijk ook: ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:888.

229 ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2598; ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1293, AB 2017/427, m.nt. J.H.M. Huijts en M.K.G. Tjepkema; TBR 2017/149, m.nt. G.M. van den Broek.

230 ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2598.

231 Overzichtsuitspraak r.o. 8.10.

232 Zie over afwenteling meer in het algemeen J.B. van Doorn, 'Naar een (Awb-)regeling voor afwenteling van nadeelcompensatie?', O&A 2013/87.

233 ABRvS 28 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1050; ABRvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:778.

Er moet overigens voor worden gewaakt dat aspecten die reeds in de taxatie van de waardevermindering zijn verdisconteerd, bijvoorbeeld afname van de privacy van een woning, ook nog eens zelfstandige betekenis krijgen bij de beantwoording van de vraag of de schade binnen het normaal maatschappelijk risico valt.<sup>234</sup>

### 6.2.7 Risicoaanvaarding

Onder de werking van de nieuwe Wro heeft het leerstuk van de risicoaanvaarding niet langer een monopoliepositie bij de beantwoording van de vraag, of planschade voor vergoeding in aanmerking komt. De eis dat schade buiten het normaal maatschappelijk risico moet vallen is daarbij immers minstens zo belangrijk geworden. Dat neemt niet weg dat ook onder het nieuwe planschaderecht risicoaanvaarding nog steeds van belang is<sup>235</sup> en dat dit leerstuk ook nog steeds mede bepalend is voor het probleem van de zogenoemde planologische schaduw schade.<sup>236</sup>

### 6.2.8 Tegemoetkoming anderszins verzekerd

In toenemende mate lijken bestuursorganen de mogelijkheden te onderzoeken om tegemoetkoming in planschade anderszins te verzekeren door compensatie in natura aan te bieden.<sup>237</sup> Die mogelijkheden zijn niet onbegrensd, maar gaan wel verder dan de mogelijkheden die het burgerrechtelijk schadevergoedingsrecht op dat punt kent. Zo neemt artikel 6:103 BW schadevergoeding in geld als uitgangspunt, maar kan de rechter schadevergoeding in natura toekennen op voorwaarde dat de benadeelde dat vordert. De voorkeur van degene die planschade lijdt voor een bepaalde wijze van compenseren is echter in het planschaderecht niet doorslaggevend. Het bestuursorgaan mag bij het tegemoetkomen in de schade uitgaan van de wijze van compenseren die de laagste kosten met zich brengt. De vergoeding wordt immers uit schaarse publieke middelen bekostigd, aldus de Afdeling.<sup>238</sup>

### 6.2.9 Advisering

Advisering door deskundigen is een onderwerp dat in de bestuursrechtspraak van de afgelopen vijf jaren en in de beschouwingen daarover een meer prominente rol heeft gespeeld dan voorheen.<sup>239</sup> Dat geldt ook voor het planscha-

derechtspraak.<sup>240</sup> Daarin is een ontwikkeling waar te nemen waarbij de eisen die worden gesteld aan de adviseur die het bestuursorgaan, op grond van het bepaalde in het Besluit ruimtelijke ordening, in beginsel moet inschakelen zijn aangescherpt.<sup>241</sup> Dat geldt in het bijzonder voor de eis van onpartijdigheid van de in te schakelen adviseur. Wanneer de schijn is gewekt dat de door het bestuursorgaan benoemde planschadeadviseur niet onpartijdig is, mag het bestuursorgaan het advies van deze adviseur niet aan zijn besluitvorming ten grondslag leggen. De schijn van partijdigheid kan worden gewekt door een deskundige die in het ene geval door een bestuursorgaan wordt ingeschakeld om een onafhankelijk advies uit te brengen, terwijl deze deskundige of anderen die van hetzelfde samenwerkingsverband deel uitmaken, gelijktijdig of betrekkelijk kort voorafgaande aan de verlening van de opdracht tot advisering als deskundige, in een of meer andere gevallen hetzelfde bestuursorgaan, de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort of andere organen die deel uitmaken van dezelfde rechtspersoon, als advocaat of gemachtigde heeft, respectievelijk hebben bijgestaan of geadviseerd.<sup>242</sup> De Afdeling heeft bovendien uitgesproken dat het op de weg van het bestuursorgaan ligt zich te vergewissen van de onpartijdigheid van de geraadpleegde deskundige, indien het zich ter onderbouwing van een besluit op een aanvraag om een tegemoetkoming in planschade beroept op een advies van een onafhankelijke deskundige. Een aanvrager mag er in beginsel op vertrouwen dat een bestuursorgaan hieraan voldoet. Hierbij is van belang dat een bestuursorgaan beter in staat is dan een aanvrager om na te gaan of de (beoogde) adviseur in het nabije verleden de belangen van het betrokken bestuursorgaan heeft behartigd, bijvoorbeeld als rechtshulpverlener. Tegen deze achtergrond lijken bestuursorganen er goed aan te doen om van een in te schakelen deskundige te verlangen dat hij openheid van zaken geeft, niet alleen over zijn opleiding en ervaring, maar – kort gezegd – ook over zijn zakelijke en persoonlijke betrokkenheid met belanghebbenden bij het besluit met het oog waarop geadviseerd wordt door middel van een zogenoemd “disclosure statement”.

## 7. Overheid en contractenrecht

### 7.1 Bevoegdhedenovereenkomst

In 2017 in het arrest *BMW/Bladel* heeft de Hoge Raad algemene overwegingen gewijd aan de vraag wat een bevoegd-

<sup>234</sup> ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2889.

<sup>235</sup> Overzichtsuitspraak r.o. 5.20-5.37. Zie: T.W. Franssen, ‘Grenzen van risicoaanvaarding’, in: Van Ravels-bundel, p. 177-186.

<sup>236</sup> Zie daarover: B.S. ten Kate, ‘De schaduwzijde van het aanvaard risico’, in: Van Zundert-bundel, p. 103-112.

<sup>237</sup> Overzichtsuitspraak r.o. 5.38-5.47. Zie ook: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1293, *O&A* 2017/72, alsmede: C.N.J. Kortmann, ‘Waak voor de opgedrongen verrijking’, *O&A* 2014/27, alsmede C.N.J. Kortmann & S.L. Boersen, ‘‘Voldoende anderszins verzekerd’’: Het voorkomen, beperken en afwentelen van planschadecosten’, *Gst.* 2013/46.

<sup>238</sup> ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3767.

<sup>239</sup> Zie bijvoorbeeld: B.J. van Ettehoven, ‘De deskundige deskundige over registers en de ‘disclosure statement’, *O&A* 2016/53; B.J. van Ettehoven, ‘De betekenis van de uitspraak Korošec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht’, *O&A* 2016/29.

<sup>240</sup> B.P.M. van Ravels, ‘Deskundigenadviesering bij nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade’, *O&A* 2015/88; D.A. Lubach, ‘Adviesering inzake nadeelcompensatie: wisselwerking tussen adviescommissie, bestuur en verzoeker’, in: Van Ravels-bundel, p. 73-83; T. ten Have & J.J. Thoonen, ‘De rol van de externe deskundige bij nadeelcompensatie in de Omgevingswet’, *O&A* 2017/66 en B.J. van Ettehoven, ‘De deskundige deskundige. Over registers en de ‘disclosure statement’’, *O&A* 2016/53.

<sup>241</sup> Overzichtsuitspraak r.o. 8.1-8.2.

<sup>242</sup> ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2893; ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1970, *AB* 2016/454, m.nt. J.H.M. Huijts, ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4570, *O&A* 2015/8, *JB* 2015/23, m.nt. J.H. Keinemans; ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4033.

heidsovereenkomst is.<sup>243</sup> Hoewel het voor velen om een vertrouwde rechtsfiguur gaat, is het toch nuttig om van deze overwegingen kennis te nemen. De Hoge Raad stelde voorop dat een bevoegdhedenovereenkomst een overeenkomst is “waarbij een bestuursorgaan, of het overheidslichaam waartoe dat orgaan behoort, zich bindt met betrekking tot de uitoefening van hem toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden”. Het arrest gaat verder over de vraag binnen welke grenzen een bevoegdhedenovereenkomst moet blijven:

“Een dergelijke overeenkomst kan door een bestuursorgaan of een overheidslichaam worden aangegaan indien en voor zover de wet daartoe de ruimte laat. Die ruimte is in beginsel aanwezig indien het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid toekomt bij de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid.”

Deze overweging impliceert dat niet gecontracteerd kan worden over de uitoefening van gebonden bevoegdheden. Het lijkt niet helemaal zeker hoe absoluut deze beperking is. De vraag rijst bijvoorbeeld of een bestuursorgaan, als de waarheid omtrent de feiten niet meer (geheel) boven water te krijgen is, bij vaststellingsovereenkomst mag afspreken van welke feiten het uitgaat bij de uitoefening van een gebonden bevoegdheid. Ook als sluitstuk van een mediation traject kan zich dat voordoen, bij zowel gebonden als ongebonden bevoegdheden.<sup>244</sup> Hoe dan ook, duidelijk is wel dat een bevoegdhedenovereenkomst moet blijven binnen de grenzen die de wet aan de bevoegdheidsuitoefening stelt. De Hoge Raad overwoog “dat de voorwaarden die bij een bevoegdhedenovereenkomst worden gesteld voor uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, door de wet moeten worden toegelaten”. En omdat publiekrechtelijke bevoegdheden met een bepaald doel zijn geattribueerd, bepaalt dit mede de ruimte voor de bevoegdheidsovereenkomst:

“indien het gaat om de uitoefening van een doelgebonden bevoegdheid, zoals de in deze zaak aan de orde zijnde planologische bevoegdheden van (organen van) een gemeente, zullen die voorwaarden dan ook het doel moeten (kunnen) dienen waarvoor de desbetreffende bevoegdheid door de wet is gegeven.”

Wie een bevoegdheidsovereenkomst met een gemeente sluit, krijgt te maken met de verdeling van bevoegdheden tussen de verschillende organen. Het is daarom niet ongebruikelijk om een instemmingsvoorbehoud op te nemen, bijvoorbeeld het voorbehoud dat de gemeenteraad instemt met de overeenkomst omdat dat het bevoegde orgaan is

voor de vaststelling van een bestemmingsplan. In de zaak over het Landgoed Hof van Twente heeft de Hoge Raad daar enkele principiële overwegingen aan gewijd.

“In het stelsel van de Gemeentewet komt groot gewicht toe aan de bevoegdheidsverdeling tussen het college van B&W en de gemeenteraad. De raad heeft een autonome positie, en grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van een gemeente zonder instemming van de raad in gevallen waar de raad een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt.”

In casu ging het om een samenwerkingsovereenkomst en een realisatieovereenkomst, waarbij de eerste het voorbehoud bevatte dat de gemeenteraad de tweede overeenkomst goedkeurde. De Hoge Raad overwoog dat het principe van grote terughoudendheid ook geldt “in gevallen waarin die formele positie wordt ontleend aan een contractueel voorbehoud van instemming, zoals in het onderhavige geval”. Het BW laat de mogelijkheid open dat een opschortende of ontbindende voorwaarde geacht wordt (wel of juist niet) te zijn vervuld op grond van overwegingen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:23 BW). Maar ook in dat kader komt wegens de publiekrechtelijke bevoegdheidsverdeling en een contractueel instemmingsvoorbehoud groot gewicht toe aan de positie van de gemeenteraad. De Hoge Raad overwoog:

“de zelfstandige beslissingsvrijheid van de raad brengt mee dat een wederpartij niet erop mag vertrouwen dat handelingen van het college de instemming van de raad hebben indien dat vertrouwen niet mede wordt ontleend aan toedoen van de raad zelf.”<sup>245</sup>

Annotator van Ommeren schrijft dat de Hoge Raad de autonome positie van de gemeenteraad tot uitgangspunt neemt, ook voor zover die positie wordt ontleend aan een contractueel instemmingsvoorbehoud. Dit laatste ligt volgens hem voor de hand omdat het instemmingsvoorbehoud ‘nu juist in de overeenkomst is opgenomen *teneinde* de wettelijke bevoegdheidsverdeling in acht te nemen’.<sup>246</sup> In het vorige overzicht in O&A (O&A 2013/2) is het voor de bevoegdheidsovereenkomst belangrijke arrest *Etam/Zoetermeer* besproken.<sup>247</sup> Daarin heeft de Hoge Raad regels geformuleerd voor de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter: eisen die ten volle in de bestuursrechtelijke rechtsgang aan de orde kunnen komen, zoals die tot nakoming van de verplichting tot het nemen van een besluit, behoren tot het exclusieve domein van de

243 HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, AB 2017/339, m.nt. G.A. van der Veen, F.J. van Ommeren; JB 2017/77 m.nt. E.J.M. van der Ploeg en S.A.L. van de Sande; BR 2017/47, m.nt. E.W.J. de Groot; TBR 2017/131, m.nt. A.G. Bregman (BMV/Bladel).

244 Bij een handhavingsbevoegdheid was het aan de orde in ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2499, AB 2017/121, m.nt. L.J.A. Damen; JB 2016/2016, m.nt. A.M.M.M. Bots; Gst. 2017/9, m.nt. S. Hillegers; JM 2016/151, m.nt. E.J.H. Plambeck.

245 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737, AB 2015/448, m.nt. F.J. van Ommeren; JB 2015/141, m.nt. C.N.J. Kortmann; JA 2015/133, m.nt. D. Sietses; Gst. 2015/84, m.nt. J.W. van Zundert; BR 2015/100, m.nt. E.W.J. de Groot en K. Meijering; O&A 2015/60, m.nt. J.H.A. van der Grinten; TBR 2016/161, m.nt. J.J. Hoekstra (Gemeente Hof van Twente/Landgoed Hof van Twente).

246 F.J. van Ommeren in AB 2015/448.

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

bestuursrechter en voor eisen die niet (in volle omvang) door de bestuursrechter kunnen worden beoordeeld, zoals een schadevergoedingsvordering wegens wanprestatie, kan de burgerlijke rechter worden geadieerd. Inmiddels zijn vragen aan de Hoge Raad voorgelegd die kunnen worden gezien als een vervolg op dit uitgangspunt van het arrest *Etam/Zoetermeer*.<sup>248</sup>

Een belangrijke vervolgvraag is welke betekenis toekomt aan de formele rechtskracht van een besluit dat is genomen op grond van de bevoegdheid waar de overeenkomst betrekking op had. In het arrest *CVZ/verzorgingshuizen* overwoog de Hoge Raad dat de vraag of het College voor Zorgverzekeringen op grond van een gesloten bevoegdheidsovereenkomst gehouden was om op enig moment (alsnog) een voor de verzorgingshuizen gunstig subsidiebesluit te nemen, ter beoordeling van de bestuursrechter staat. Dat deze vraag niet door de burgerlijke rechter kan worden beoordeeld, past in het systeem van het arrest *Etam/Zoetermeer*. In casu was bij overeenkomst afgesproken om investeringsbudgetten individueel aan de verzorgingshuizen toe te wijzen. Dit kon niet afdoen aan het uit titel 4.2 van de Awb voortvloeiende vereiste dat subsidieverlening en subsidievaststelling plaatsvinden bij een op een wettelijk voorschrift berustende beschikking. Het hof had niet vastgesteld dat door een bevoegd orgaan beschikkingen tot subsidieverlening of subsidievaststelling waren gegeven waaruit voor de verzorgingshuizen jegens CVZ een aanspraak op uitbetaling ter zake van de opgebouwde investeringsreserves voortvloeide. Toch had het hof CVZ veroordeeld tot betaling van het door de verzorgingshuizen gevorderde bedrag. Indien het hof had bedoeld dat de overeenkomst zo moest worden uitgelegd dat zij CVZ ertoe verplichtte de opgebouwde investeringsreserves te betrekken in de door CVZ te geven subsidiebeschikkingen, was sprake van een bevoegdheidsovereenkomst. Dat kon meebrengen dat CVZ ertoe gehouden was om op enig moment (alsnog) een voor de verzorgingshuizen gunstige subsidiebeschikking met betrekking tot de opgebouwde investeringsreserves te geven. Maar het stond ter beoordeling van de bestuursrechter, die de bevoegde rechter is met betrekking tot subsidiebeschikkingen, of CVZ op grond van de overeenkomst alsnog een subsidiebeschikking moest geven. De subsidiebesluiten die CVZ wel had genomen, maar zonder toekenning van investeringsreserves, hadden formele rechtskracht gekregen doordat er niet (tijdig) in bezwaar of beroep tegen opgekomen was. Volgens het hof moest op het beginsel van formele rechtskracht een uitzondering worden gemaakt omdat het aan CVZ was toe te rekenen dat de verzorgingshuizen niet in bezwaar en beroep waren gegaan. Maar dat vond de Hoge Raad zonder nadere motivering niet begrijpelijk.<sup>249</sup>

248 P.J. Huisman, 'De rechterlijke competentieverdeling van geschillen over bevoegdheidsovereenkomsten', en A.A. van Rossum, 'Overeenkomsten tussen (en met) de overheden. Wie is de bevoegde rechter?', beide in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 233-249.

249 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812, AB 2014/301, m.nt. F.J. van Ommeren; NJ 2015/476, m.nt. M.R. Mok.

Ook in het arrest *Bedrijfswoning Zoeterwoude* komt de formele rechtskracht aan de orde. De vraag was of de formele rechtskracht van een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan zich ertegen verzet dat het niet opnemen van een woning in het ter inzage gelegde ontwerp voor dat bestemmingsplan onrechtmatig is.<sup>250</sup> De vraag rees omdat burgemeester en wethouders hadden toegezegd dat een voormalige dienstwoning in het ontwerp zou worden opgenomen met een woonbestemming. De Hoge Raad oordeelde dat de formele rechtskracht van het door de gemeenteraad vastgestelde bestemmingsplan niet meebrengt dat het niet nakomen van deze toezegging ook geacht wordt rechtmatig te zijn. Annotator Van der Sande geeft een verklaring voor het verschil in uitkomst met het veelbesproken arrest *Kuipers/Valkenswaard*,<sup>251</sup> waarin kort gezegd voorbereidingshandelingen deelden in de formele rechtskracht van het besluit. Een verschil tussen beide zaken is, dat in de zaak *Bedrijfswoning Zoeterwoude* de voorafgaande handeling (de toezegging) was verricht door een ander bestuursorgaan dan dat waardoor het besluit was genomen.

Ook het belastingrecht kent een follow-up van het arrest *Etam/Zoetermeer*. In het arrest *G/Staat* werd met betrekking tot de nakoming van een fiscale bevoegdheidsovereenkomst geoordeeld dat indien een partij de naleving wenst van de door de inspecteur uit de overeenkomst voortvloeiende verplichting tot het opleggen van een belastingaanslag, zij zich – na een eventueel bezwaar – tot de bestuursrechter dient te wenden indien het toegezegde besluit niet wordt genomen maar ook indien het genomen besluit niet beantwoordt aan de overeenkomst.<sup>252</sup>

De rechtsmachtverdeling is dus duidelijk voor zover het gaat om de vraag aan welke rechter de nakoming (in de vorm van het toegezegde besluit) kan worden voorgelegd. Maar welke rechter oordeelt over de eventuele nietigheid van de overeenkomst? Op het terrein van het belastingrecht is daarover duidelijkheid aan het ontstaan.<sup>253</sup> In de zaak *Rederij Volendam Marken Express/Waterland*<sup>254</sup> ging het erom bij welke rechter een partij een verklaring voor recht kan vorderen dat een fiscale vaststellingsovereenkomst nietig is: de civiele rechter of de bestuursrechter (de belastingrechter). Het cassatiemiddel nam tot uitgangspunt dat de criteria van het arrest *Etam/Zoetermeer* ook van toepassing zijn in het onderhavige

250 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, AB 2016/58, m.nt. G.A. van der Veen en A.H.J. Hofman; NJ 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; JB 2015/140, m.nt. S.A.L. van de Sande; JIN 2015/188, m.nt. S.A.L. van de Sande; JOR 2015/320, m.nt. mr. D. van Tilborg; Gst. 2016/5, m.nt. H.J.S.M. Langbroek; O&A 2016/4, m.nt. mr. J.H.A. van der Grinten.

251 HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774, AB 2006/286, m.nt. F.J. van Ommeren; NJ 2006/93, m.nt. M.R. Mok; AB 2006/286, m.nt. F.J. van Ommeren; JB 2005/275, m.nt. R.J.N. Schlössels; Gst. 2006/61, m.nt. L.J.M. Timmermans.

252 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2049, AB 2014/435, m.nt. P.J. Huisman; NJ 2014/144, m.nt. J.W. Zwemmer; JOR 2014/120, m.nt. P.E. Ernst; JBPR 2014/18, m.nt. E. Schutte; FED 2014/28, m.nt. M.B.A. van Hout (*G/Staat*).

253 Zie P.J. Huisman, 'De competentieverdeling bij geschillen over fiscale vaststellingsovereenkomsten', *TFB 2014/08* en meer in het algemeen: P.J. Huisman, *De fiscale vaststellingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2013.

254 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1103, JBPR 2017/62, m.nt. C.N.J. Kortmann; *Belastingblad 2017/285*, m.nt. A.W. Schep, FED 2017/107, m.nt. C.J.A. Maas, BNB 2017/168, m.nt. A.J.H. van Suilen (*Rederij Volendam-Marken Express/Waterland*).

geval waar de rederij niet een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie van de gemeente heeft ingesteld bij de rechtbank maar een verklaring voor recht heeft gevorderd dat de met de gemeente gesloten fiscale vaststellingsovereenkomst nietig is wegens strijd met artikel 3:40 BW. Uit het arrest blijkt allereerst dat het niet ter vrije bepaling van partijen staat of de belastingrechter dan wel de burgerlijke rechter van een geschil zal kennismaken. Uitsluitend de belastingrechter is bevoegd tot beoordeling van de juistheid van de aan de rederij opgelegde, mede op bedoelde overeenkomsten berustende, aanslagen toeristenbelasting. Dat geldt ook, indien die aanslagen worden bestreden met de stelling dat de daaraan ten grondslag liggende overeenkomsten nietig zijn op gronden ontleend aan het burgerlijk recht. Daarbij merkt de Hoge Raad op “dat de belastingrechter in het kader van een beroep tegen een fiscaal besluit mede kan nagaan of een daaraan ten grondslag liggende overeenkomst met de belastingplichtige rechtsgeldig is, en in die toetsing ook art. 3:40 BW kan betrekken”. En ook al ontbreekt in de fiscale rechtsgang de mogelijkheid om een verklaring voor recht te vorderen, in het onderhavige geval levert dat geen grond op voor aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter.<sup>255</sup> Dat de belastingrechter een met de belastingdienst gesloten overeenkomst inderdaad aan artikel 3:40 BW toetst, blijkt uit jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad.<sup>256</sup> Andere bestuursrechters houden doorgaans meer afstand tot de beantwoording van civielrechtelijke vragen. Daarom is het interessant om te zijner tijd te vernemen of de civiele kamer van de Hoge Raad dezelfde of een andere benadering zal kiezen als het om de verhouding tot andere bestuursrechters gaat.

## 7.2 De aard van de gebondenheid: inspanningsverplichting, resultaatsverplichting belangenafweging?

Na het al veel genoemde arrest *Etam/Zoetermeer* zijn publicaties verschenen over aansprakelijkheid van overheidslichamen voor tekortkoming in de nakoming van bevoegdhedenovereenkomsten.<sup>257</sup> Als de overheid contracteert over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, rijst regelmatig

de vraag welke verplichting daaruit voortvloeit voor het bestuursorgaan dat die bevoegdheid uitoefent. Uiteraard hangt het af van de formulering van de overeenkomst, de bedoelingen van partijen en wat zij over en weer mochten verwachten. Maar daar komt bij dat de publiekrechtelijke verantwoordelijkheden van de bij de uitvoering van de overeenkomst betrokken bestuursorganen moeten worden gerespecteerd.

In het arrest *X/Wageningen* ging het om een beding in een koopovereenkomst waarbij de gemeente, de verkoper, zich had verplicht om X, de koper, “in staat te stellen dat op het verkochte de bouw mogelijk wordt gemaakt” van 12 woningen van een nader omschreven type. Bij het woord ‘verplichting’ was handgeschreven toegevoegd dat de gemeente “alles zal doen wat binnen haar vermogen ligt om het bestemmingsplan (vrijstelling) op voortvarende wijze tot stand te laten komen”. Vervolgens zijn veel zienswijzen binnengekomen tegen een ontwerp voor een nieuw bestemmingsplan en heeft de gemeenteraad besloten om het niet vast te stellen omdat een blok van 12 woningen te massaal werd gevonden. Daartegen ging X niet in beroep maar hij stelde wel dat de gemeente contractueel verplicht was een bestemmingsplan vast te stellen. De gemeente stelde zich op het standpunt dat er, kort gezegd, nog wel manieren waren om aan de inspanningsverplichting te voldoen op een wijze die tegemoetkwam aan de wensen van de gemeenteraad en dat daarover overlegd zou kunnen worden. Volgens het hof moest het beding in de overeenkomst worden uitgelegd als een inspanningsverplichting. Een gemeente moet bij de nakoming van een overeenkomst, waarbij afspraken over de wijziging van een bestemming worden gemaakt, haar volledige publiekrechtelijke verantwoordelijkheid voor de daarmee gemoeide procedures en besluitvorming behouden en daarbij het algemeen belang van een goede ruimtelijke ordening als leidraad aanhouden. Daarom lag het volgens het hof niet voor de hand dat de gemeente bij het aangaan van de overeenkomst een garantie heeft willen geven. Daarbij wordt ook betrokken dat X een professionele partij was, die geacht werd te weten dat er nog een planologische procedure nodig was. Volgens het hof was de gemeente niet tekortgeschoten in de nakoming van de inspanningsverplichting.<sup>258</sup> Het cassatieberoep werd door de Hoge Raad verworpen met toepassing van artikel 81 lid 1 RO. Maar gemeenten kunnen er niet zonder meer van uitgaan dat zij wel weggelaten met het verweer dat zij slechts een inspanningsverplichting zijn aangegaan. Want er zijn ook voorbeelden waarin die inspanningsverplichting wel geschonden werd geacht, met name omdat er onvoldoende voortvarendheid was betracht in het traject van vergunningverlening.<sup>259</sup>

255 De Hoge Raad wijst op dit punt op HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4548, AB 2007/106, m.nt. P.J. Huisman; NJ 2006/271 (*ABacus/De Staat*), r.o. 3.4.2.

256 HR 7 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3201, BNB 1997/221, m.nt. J. Hoogendoorn en HR 9 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU7728, BNB 2006/201, m.nt. R.H. Happé.

257 H.J.S.M. Langbroek & M.W. Scheltema, *Contracten met de overheid*, Nijmegen: AAL 2016; G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht: bijzonder deel*, Deventer: Wolters Kluwer 2016; C.N.J. Kortmann & P.M.J.J. Swagemakers, ‘De overheid als contractpartner bij ruimtelijke ontwikkelingen – verzwakt veel beloven het vertrouwen?’, *BR* 2016/9; R.J.J. Aerts, F. Sepmeijer & J.E. van der Werff, ‘Gemeenten en samenwerkingsovereenkomsten in crisistijd’, *Gst.* 2015/9; A. de Snoo, ‘Contracteren over planologie gaat vooral over aansprakelijkheid’, *Vastgoedrecht* 2015/4; P.J. Huisman, ‘De bevoegdhedenovereenkomst: hoe het niet nakomen van een inspanningsverplichting tot een schadevergoeding kan leiden’, *JBplus* 2013/1; B.J. Schueler, ‘De onberekenbare overheid. Aansprakelijkheid bij bevoegdhedenovereenkomsten’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, 2012, p. 186. Over het in dit verband belangrijke vertrouwensbeginsel: L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann & R.F.B. van Zutphen, *Vertrouwen in de overheid*, VAR-reeks 160, Den Haag: Bju 2018 en R.M. van Male, ‘Maatwerk bij de toepassing van het vertrouwensbeginsel’, in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Beoordeling bestuursrecht*, Den Haag: Bju 2015, p. 349–362.

258 Zie daarover de conclusie van advocaat-generaal J. Wuisman, die tot verwerving van het cassatieberoep strekt.

259 In de zaak HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2883, *BR* 2017/24, m.nt. C.A. Maat (*Almelo/X*), artikel 81 lid 1 RO na conclusie van advocaat-generaal L.A.D. Keus, komt ook ontbinding wegens tekortkoming van de gemeente aan de orde. Zie de r.o. 4.10–4.21 van het arrest van het hof (weergegeven in de conclusie) voor de toerekenbare tekortkoming van de gemeente. Zie over een inspanningsverplichting relatie tot publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van een gemeente ook Hof 's-Hertogenbosch 2 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1, *RVR* 2018/15.

Als het bestuursorgaan ter uitvoering van de overeenkomst wél een besluit heeft genomen, kan de vraag rijzen of met dat besluit voldoende uitvoering is gegeven aan de contractuele verplichting. In de zaak *Ruilovereenkomst Nuth* ging het om de vraag of het door de gemeenteraad vastgestelde bestemmingsplan relevante verschillen vertoonde met hetgeen partijen hadden afgesproken in de eerder gesloten ruilovereenkomst met bijbehorende tekening.<sup>260</sup>

Het komt ook voor dat ter uitvoering van een bevoegdheidsovereenkomst een besluit is genomen dat vervolgens naar aanleiding van een beroep van een derde-belanghebbende door de bestuursrechter wordt vernietigd. Dan kan de redenering zijn dat met de vernietiging is komen vast te staan dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld door het besluit te nemen. Maar de contractspartij kan er ook voor kiezen het overheidslichaam aan te spreken op schadevergoeding wegens een toerekenbare tekortkoming bij de nakoming van zijn contractuele verplichting. In de zaak *Goeree-Overflakkee/De Eylanden* had het hof geoordeeld “dat de gemeente jegens De Eylanden toerekenbaar te kort geschoten is in haar verplichtingen uit hoofde van de door partijen gesloten overeenkomst door de vaststelling van het bestemmingsplan ‘Spuikolk’ op zodanige wijze dat de Afdeling grond heeft gezien het desbetreffende besluit te vernietigen”. Hierbij oordeelde het hof dat de gemeente de inspanningsverplichting zorgvuldig diende uit te voeren, in die zin dat zij geen eenvoudig te vermijden fouten zou maken. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.<sup>261</sup>

De hier besproken jurisprudentie van de burgerlijke rechter laat zien dat een contractspartij bij de bestuursrechter moet zijn indien zij erop uit is om het beloofde besluit te verkrijgen, ook al beroept zij zich daarbij mede op de bevoegdheidsovereenkomst. Uiteraard geldt dit niet indien het gaat om een besluit waartegen helemaal geen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Komt men bij de bestuursrechter, dan is het uiteraard van cruciaal belang hoeveel gewicht die kan toekennen aan de bevoegdheidsovereenkomst. In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak over met betrekking tot bestemmingsplannen gesloten overeenkomsten staat voorop dat de overeenkomst de bevoegdheid en publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de gemeenteraad als zodanig onverlet laat. Maar dit doet niet af aan de verplichting van de raad duidelijk te maken welk gewicht aan de uit de overeenkomst voortvloeiende afspraken bij het nemen van het bestreden besluit is toegekend.<sup>262</sup> Ook bij andere soorten besluiten ziet men dat (de gebondenheid aan) de overeenkomst wordt geplaatst in het kader van de

verplichting om belangen af te wegen alvorens een besluit te nemen.<sup>263</sup>

### 7.3 Onvoorziene omstandigheden

Een van de meest bekende vraagstukken bij overheidscontracten is dat van de gebondenheid bij onvoorziene omstandigheden. Het heeft geleid tot befaamde arresten als de *Landsmeer*-arresten, *GCN/Nieuwegein* en *Den Dulk/Curaçao*.<sup>264</sup> De jurisprudentie komt er, kort gezegd, op neer dat het niet is uitgesloten dat een vordering tot nakoming moet worden afgewezen, en de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Dit zal in het bijzonder kunnen worden aangenomen, wanneer voor deze uitkomst in het licht van die omstandigheden – waaronder ook nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die tot een beleidswijziging nopen, kunnen zijn begrepen – voldoende rechtvaardiging bestaat. In het BW is het aanknopingspunt artikel 6:258.

In het arrest *X/Bronckhorst* kwam de vraag aan de orde of de gemeente, met een beroep op beleidswijzigingen die verband hielden met bevolkingskrimp, zich kon onttrekken aan een samenwerkingsovereenkomst.<sup>265</sup> De gemeente had een samenwerkingsovereenkomst gesloten met betrekking tot de bouw van 27 woningen.

Het hof had overwogen dat nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die tot een beleidswijziging nopen weliswaar kunnen worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid, maar dat voor een beroep daarop tevens nodig is dat er in het licht van de onvoorziene omstandigheden voldoende rechtvaardiging bestaat de verplichting uit de overeenkomst niet (ongewijzigd) na te komen. Die rechtvaardiging ontbrak volgens het hof omdat de bevolkingskrimp al bestond bij het aangaan van de overeenkomst en de gemeente wist dat deze krimp gevolgen had voor het aantal te bouwen woningen. De gemeente had informatie daarover onthouden aan haar wederpartij bij het aangaan van de overeenkomst en ook daarna. Het hof oordeelt dat de gemeente onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de wederpartij, waartoe zij op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gehouden was. Interessant is de overweging dat het zorgvuldigheidsbeginsel meebrengt dat naarmate de wederpartij zich op meer concrete verwachtingen kan beroepen, de overheid meer van haar beleidsvrijheid en dus van haar mogelijkheden om het beleid te wijzigen verliest. De Hoge Raad oordeelt dat het hof, “mede gelet op de terughoudendheid die is geboden bij de toepassing van

260 HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2522 (*Ruilovereenkomst Nuth*).

261 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2632 (*Goeree-Overflakkee/De Eylanden*).

262 ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1372, AB 2015/384, m.nt. P.J. Huisman. De annotator wijst op de lijn in de jurisprudentie: ABRvS 27 juni 2012, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen; ABRvS 6 februari 2013, AB 2013/210, m.nt. A.R. Neerhof; ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:986, ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1052 en ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2416. Deze lijn gaat terug op ABRvS 1 september 1992, AB 1993/400, m.nt. Th.G. Drupsteen (*Hydro Agri*).

263 Zie voor een voorbeeld over een subsidiegeschil: ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1507, AB 2016/6, m.nt. M.J. Jacobs (*Jachthuis Sint Hubertus*). Zie Kortmann in: L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann & R.F.B. van Zutphen, *Vertrouwen in de overheid*, VAR-reeks 160, Den Haag: Bju 2018, i.h.b. par. 3.5.

264 Zie daarover G.A. van der Veen, ‘GCN/Nieuwegein II. Overheidscontracten en PPS’, in: *AB Klassiek*, p. 187-200.

265 HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615, AB 2018/37, m.nt. G.A. van der Veen; *JIN* 2018/39, *JB* 2017/190, m.nt. E.J.M. van der Ploeg en S.A.L. van de Sande (*X/Bronckhorst*).

art. 6:258 BW”, geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het beroep van de gemeente op de bij artikel 6:258 BW aansluitende artikelen uit de overeenkomst niet opgaat.

#### 7.4 Doorkruising

Een andere klassieker uit het overheidsprivaatrecht is die van de doorkruisingsleer, ooit in gang gezet door het *Windmill*-arrest.<sup>266</sup> Deze leer beoogt onder meer te voorkomen dat de overheid privaatrechtelijk bereikt wat haar publiekrechtelijk niet is toegestaan.

In de zaak *BMV/Bladel* had de gemeente zich beroepen op de niet-nakoming door BMV van een bevoegdheidsovereenkomst die tot stand was gekomen in het kader van de zogenoemde Ruimte voor Ruimte-regeling.<sup>267</sup> Deze provinciale regeling kwam erop neer dat, in afwijking van vast beleid tot tegengaan van woningbouw in het buitengebied, voor een woningbouwproject toch instemming kon worden verkregen wanneer de initiatiefnemer een bijdrage leverde aan beperking van intensieve veehouderij door elders voldoende sloop van stallen en intrekking van vergunde milieurechten te bewerkstelligen. Voor de initiatiefnemer betekende de noodzaak om de verlangde beperking van intensieve veehouderij te bewerkstelligen dat hij kosten moest maken, want eigenaren van stallen en houders van milieuvergunningen waren slechts tegen betaling bereid afstand van hun stallen en rechten te doen. De Hoge Raad overwoog dat een gemeente voor haar medewerking aan een planologische wijziging deze voorwaarden in beginsel mag stellen, hetgeen ook bleek uit vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak. Een gemeente kan die voorwaarden daarom ook bedingen in een bevoegdheidsovereenkomst. Voorts was in cassatie aan de orde of deze bevoegdheidsovereenkomst in strijd was met het gesloten systeem van kostenverhaal in de ruimtelijke ordening. Uit het eerdere arrest *Horst aan de Maas/Wijnen* werd afgeleid dat dit gesloten systeem niet toeliet om een financiële bijdrage te vragen voor de behartiging van publieke belangen die – kort gezegd – te ver verwijderd waren van het perceel waarop de planologische toestemming betrekking had.<sup>268</sup> Maar in de zaak *BMV/Bladel* oordeelde de Hoge Raad dat daar geen sprake was van kostenverhaal of van een onaan-

vaardbare doorkruising van de Wro en de Gemeentewet. Deze gemeente had voor de medewerking ook geen bijdrage gevraagd. Dat de gemeente wel heeft verlangd dat BMV zich verbond tot nakoming van de voorwaarden van de Ruimte voor Ruimte-regeling, waaraan voor BMV omvangrijke kosten waren verbonden, valt volgens de Hoge Raad niet gelijk te stellen met het verlangen van een financiële bijdrage.

#### 7.5 Overeenkomst met een publiekrechtelijk verboden inhoud of strekking

In de zaak *Wijnen Bouw Horst B.V./Muller Complete Afbouw B.V.* was een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad gesteld over een contractueel beding in een (onder)aannemingsovereenkomst op grond waarvan de partij aan wie als werkgever in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV) een bestuurlijke boete is opgelegd, het bedrag van die boete mag verhalen op zijn contractuele wederpartij die de opvolgende schakel is in de keten van werkgevers. De prejudiciële vraag stelt aan de orde of een dergelijk verhaalsbeding nietig is wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in artikel 3:40 BW. De Hoge Raad overweegt dat, om te oordelen dat het verhaalsbeding nietig is op de grond dat zijn inhoud of strekking in strijd is met de openbare orde, sprake moet zijn van strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard. Het antwoord op de prejudiciële vraag komt erop neer dat het verhaalsbeding niet onaanvaardbaar afbreuk doet aan het doel of de strekking van de WAV en de daarin opgenomen bestuursrechtelijke handhaving door middel van het opleggen van bestuurlijke boeten en dat daarom van nietigheid als bedoeld in artikel 3:30 BW geen sprake is. In dit geval was sprake van een keten van (onder)aannemingsovereenkomsten waarbij er in het kader van de WAV meer ‘werkgevers’ zijn aan te wijzen met ieder een eigen verplichting tot naleving van de WAV. Het verhaalsbeding was bedoeld voor de situatie dat het personeel feitelijk door de lagere schakel in de keten wordt tewerkgesteld. Daarbij kon nog de vraag worden gesteld of de hogere schakel in de keten van werkgevers het bedrag van de boete ook kan verhalen als hem zelf een verwijt treft ter zake van het zonder vergunning tewerkstellen van een vreemdeling. De Hoge Raad overweegt dat de ernst van een aan de verhaal zoekende partij te maken verwijt gewicht in de schaal legt bij beantwoording van de vraag in hoeverre haar beroep op het verhaalsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. En voorts kan het beding nietig zijn indien bij het aangaan ervan partijen de bedoeling hadden om het incasseren van boetes door het bestuursorgaan te frustreren of voor zover het beding inhoudt dat de hogere schakel wordt gevrijwaard door de lagere voor boeten die zijn opgelegd wegens het met opzet of grove schuld niet naleven van de WAV. Dat kan in strijd zijn met de openbare orde of goede zeden.<sup>269</sup>

266 Zie H. Hennekens, ‘WINDMILL. Tweewegenleer. Publiek- en/of privaatrecht. Onaanvaardbare doorkruising’, in: *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 201-216; F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, ‘De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht’, in: S. Lierman e.a. (red.), *Preadviezen voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Bju 2015 en E. Brans & K. Winterink, ‘Bestuursrechtelijk en privaatrechtelijk kostenverhaal bij asbestbranden. Wat is de stand van zaken?’, *O&A* 2016/76 (naar aanleiding van Rb. Noord-Nederland 9 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:998) alsook W. Bosma & J.L. Snijders, ‘Bestuursrechtelijke handhaving en faillissement’, *O&A* 2016/77 (naar aanleiding van HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*)).

267 HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, AB 2017/339, m.nt. G.A. van der Veen en F.J. van Ommeren; *JB* 2017/77, m.nt. E.J.M. van der Ploeg en S.A.L. van de Sande; *BR* 2017/47, m.nt. E.W.J. de Groot; *TBR* 2017/131, m.nt. A.G. Bregman, (*BMV/Bladel*).

268 HR 14 juni 2013 ECLI:NL:HR:2013:BZ0520, AB 2013/273, m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen (*Horst aan de Maas/Wijnen*).

269 HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59, m.nt. J. Hijma; *AR* 2016/16, m.nt. Y. Konijn; *JV* 2016/50, m.nt. T. de Lange; *JOR* 2016/85, m.nt. M.H.S. Berghuijs; *TBR* 2016/75, m.nt. J.O. Berlage en N. Koene; *NTBR* 2016/52, m.nt. H.A. ten Oever en G.M. Veldt.

## 8. Invloed vanuit Europa: EU en EVRM

### 8.1 Formele wetgeving in strijd met Unie- en internationaal recht

Hoewel het Nederlands overheidsaansprakelijkheidsrecht in het geval van schendingen van het Unierecht al sinds de zaak *Francovich* uit 1991 wordt ingekaderd door het Unierecht,<sup>270</sup> was de daadwerkelijke invloed ervan tot zo'n vijf jaar geleden beperkt. De belangrijkste reden was dat de door het Unierecht voorgeschreven voorwaarden voor het ontstaan van aansprakelijkheid – een voldoende gekwalificeerde schending (a) van een regel van Unierecht die ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen; (b) direct causaal verband tussen de schending; en de schade (c) – minimumvereisten zijn en er niet aan in de weg staan dat een lidstaat minder beperkende voorwaarden toepast.<sup>271</sup> Hanteert een lidstaat een minder beperkende voorwaarden in louter nationale zaken, dan moet dat regime op grond van het Unierechtelijke beginsel van gelijkwaardigheid ook worden toegepast in Unierechtelijke zaken. Naar Nederlands recht is sinds jaar en dag de enkele schending van (hoger) recht – inclusief het Unierecht – bij het nemen van besluiten of het uitvaardigen en handhaven van een algemeen verbindende voorschrift (niet zijnde een wet in formele zin) al onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW, en vond en vindt de striktere Europese voorwaarde van de voldoende gekwalificeerde schending geen toepassing. Bovendien was met de onrechtmatigheid van het besluit of algemeen verbindend voorschrift de toerekening aan het orgaan/de rechtspersoon die het besluit heeft genomen, casu quo het voorschrift heeft vastgesteld, gegeven.<sup>272</sup> Een vraag die vijf jaar geleden boven de markt hing, was of deze ruime Nederlandse overheidsaansprakelijk ook zou gelden voor wetgeving in formele zin in strijd met hoger recht, zoals het Unierecht.

In zijn arrest van 18 september 2015 inzake *Staat/Habing* heeft de Hoge Raad deze vraag beantwoord (zie ook par. 4.5

hierboven).<sup>273</sup> Opmerkelijk is dat hij de kwestie 'aanvliegt' via artikel 94 Grondwet. Volgens de Hoge Raad heeft de strijdigheid van een formele wet met een 'een ieder verbindende bepaling' van internationaal recht als bedoeld in artikel 94 Grondwet niet alleen tot gevolg dat de desbetreffende wet buiten toepassing moet blijven, maar ook 'dat het uitvaardigen en handhaven van die wetgeving onrechtmatig is en daarom op grond van artikel 6:162 BW de Staat verplicht tot schadevergoeding, mits aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad is voldaan'. De verplichting tot vergoeding van schade vormt immers – aldus de Hoge Raad – 'bij uitstek een effectieve en adequate remedie bij de niet-naleving van die bepalingen door de Staat'. Het hier geformuleerde uitgangspunt heeft ook te gelden voor formele wetgeving in strijd met rechtstreeks werkend Unierecht, omdat een ander standpunt in strijd zou zijn met het EU-beginsel van gelijkwaardigheid. De aanvliegroute van de Hoge Raad heeft als voordeel dat thans vaststaat dat het oordeel van de Hoge Raad, dat de vaststelling van formele wetten in strijd met hoger recht onrechtmatig is in de zin van artikel 6:162 BW, zowel geldt voor het Unierecht als voor een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht.

Deze afstemming tussen internationaal en Unierecht ziet men overigens ook bij het begrip 'een ieder verbindende bepaling' van artikel 93 en 94 Grondwet. Niet alleen hanteert de Hoge Raad sinds 2011 in plaats van dat begrip doorgaans het aan met het aan het Unierecht ontleende begrip 'rechtstreeks werkende bepaling',<sup>274</sup> bovendien acht hij in de zaak *Rookverbod* (2014) een bepaling van internationaal recht – in lijn met de Unierechtelijke definitie van het Hof van Justitie – rechtstreeks werkend als zij 'onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast'.<sup>275</sup> In die laatste zaak stelt de Hoge Raad bovendien dat, indien het op grond van internationaal recht te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is omschreven, 'de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuzevrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet belet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft'. Of van die werking sprake is, 'hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen als objectief recht kan functioneren'. Deze verruiming van de categorie 'een ieder verbindende/rechtstreeks werkende bepalingen' lijkt geïnspireerd door de vergelijkbare verrui-

270 Nrs. C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*). Hierover in algemene zin: R.J.N. Schlössels, 'Francovich in een versnipperd rechtscultureel landschap. Harmonisatie van overheidsaansprakelijkheid aan de Europese horizon?', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, 2014, p. 199-214; R.J.G.M. Widdershoven, 'Twee bevoegdheidssystemen, twee aansprakelijkheidsregimes? Tussen objectum litis en *Francovich*', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 705-726, A.P.W. Duijkersloot, R.J.G.M. Widdershoven & J.H. Jans, 'Hoofdstuk VII – Overheidsaansprakelijkheid', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017 (4<sup>de</sup> druk), p. 433-468. Zie voor rechtsvergelijkende beschouwingen over overheidsaansprakelijkheid mede in het licht van *Francovich*. Zie voorts in dit blad over EU-aspecten van overheidsaansprakelijkheid E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid overheid voor pensioentekorten?', *O&A* 2013/88, A.C.M. Fischer-Braams & A. Stellingwerff Beintema, 'Aansprakelijkheid bij (ontbreken) overheidsaanbesteding', *O&A* 2013/59 en J.C.A. Houdijk & C. de Ruiter, noot bij HvJ EU 5 juni 2014, ECLI:EU:C:2014:1317, *O&A* 2014/83.

271 Vergelijk voor deze voorwaarden en de regel dat zij slechts minimumeisen zijn, HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur*).

272 Zie voor wat betreft algemeen verbindende voorschriften, HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, AB 1986/429, m.nt. F.H. van der Burg; NJ 1987/252, m.nt. M. van der Scheltema (*Van Gelder*).

273 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, AB 2016/30, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven; NJ 2016/166, m.nt. S.D. Lindenbergh; *O&A* 2015/90, m.nt. Uzman (*Staat/Habing*) en voor een bespreking van het Hof-arrest Gerechtshof Den Haag 15 oktober 2013, *O&A* 2014/54, AB 2014/103, m.nt. Widdershoven. Zie voor de aansprakelijkheid voor wetgevend handelen in strijd met het staatssteunrecht, A. Al Khatib, 'Marktregulering en aansprakelijkheid voor schending van het staatssteunrecht door wetgevend handelen', *O&A* 2015/56 (p. 95-106).

274 HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, AB 2011/370, m.nt. E. Geurink; NJ 2011/354, m.nt. M.R. Mok (*SGP*).

275 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, AB 2015/21, m.nt. S. Philipsen en J.C. de Wit; NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (*Rookverbod*).

ming van het begrip ‘rechtstreekse werking’ door het Hof van Justitie in de zaak *Kraaijeveld*.<sup>276</sup>

Terug naar *Staat/Habing*. In die zaak heeft de Hoge Raad, de strenge EU-voorwaarde van de voldoende gekwalificeerde schending buiten de Nederlandse deur gehouden, maar heeft hij wel een andere beperking geïntroduceerd. In de zaak overweegt de Hoge Raad namelijk dat met de onrechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften of formele wetten wegens strijd met hoger recht de toerekening – anders dan veelal werd verondersteld op grond van de zaak *Van Gelder*<sup>277</sup> – niet automatisch gegeven is, maar ‘in beginsel’ en dat een uitzondering op dat beginsel mogelijk is. In de zaak suggereert de Hoge Raad vervolgens dat in een geval als aan de orde in de *Staat/Habing*, waarin Nederland een richtlijn incorrect had omgezet, deze schending wellicht niet al kan worden toegerekend aan de Staat vanaf het einde van de omzettingstermijn, maar pas vanaf het moment dat het de Staat op grond van een uitspraak van Hof van Justitie in de Engelse zaak *Bectu* (vijf jaar na het einde van die termijn) duidelijk had moeten zijn dat Nederland de richtlijn in kwestie incorrect had omgezet.<sup>278</sup> Als dit werkelijk de bedoeling is van de Hoge Raad, dan past hij via het criterium van toerekenbaarheid een voorwaarde toe die het Hof van Justitie toepast om te bepalen of een schending van het Unierecht ‘voldoende gekwalificeerd’ is. Immers, volgens vaste rechtspraak van het Hof is het feit dat een lidstaat een schending van Unierecht laat voortbestaan in weerwil van een uitspraak van het Hof waaruit die schending blijkt, een belangrijke reden om de schending voldoende gekwalificeerd te achten.<sup>279</sup>

Of dit werkelijk de bedoeling is van de Hoge Raad staat overigens niet vast, omdat de schadevordering in *Staat/Habing* geen betrekking had op de incorrecte omzetting van de richtlijn in de periode voorafgaande aan de zaak *Bectu*. Wel is het de vraag welke (andere) uitzonderingen op de toerekening in het geval van algemeen verbindende voorschriften of formele wetten in strijd met het niet alleen het Unierecht, maar ook ander hoger recht, in de rechtspraak zullen worden geaccepteerd.<sup>280</sup> Het oordeel van de Hoge Raad dat met de onrechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift of formele wet de toerekening ‘in beginsel’ (en niet automatisch) is gegeven, geldt immers voor alle schendingen van hoger recht. In zoverre is *Staat/Habing* het begin van een nieuwe discussie.

## 8.2 Rechtspraak van hoogste rechters in strijd met het Unierecht

De door het Hof van Justitie voorgeschreven lidstaataansprakelijkheid voor schendingen van Unierecht geldt vol-

gens het standaardarrest *Köbler* (2003) ook voor schendingen door een rechter in hoogste instantie, zij het dat in dat geval de schending ‘kennelijk’ moet zijn om te kunnen worden aangemerkt als voldoende gekwalificeerd.<sup>281</sup> Ook bij deze schending is het feit dat die hoogste rechter voorbij is gegaan aan relevante rechtspraak van het Hof van Justitie een belangrijke reden om deze ‘kennelijk’ te achten. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de zaak *Tomášová*,<sup>282</sup> waarin het Hof van Justitie oordeelt dat de nationale rechter in een uitspraak van december 2008 het Unierecht niet kennelijk had geschonden, ook al had hij de mogelijke strijdigheid van een beding in een consumentenovereenkomst met Richtlijn 93/13/EEG niet ambtshalve onderzocht, omdat het Hof van Justitie pas een half jaar na de nationale uitspraak, in zijn arrest van 4 juni 2009 in de zaak *Pannon, klip en klaar* had bepaald dat de nationale rechter verplicht is deze kwestie ambtshalve te onderzoeken.<sup>283</sup>

Het heeft een ruime tien jaar geduurd voordat de Nederlandse rechtspraak de mogelijkheden van *Köbler* heeft ontdekt, maar sinds 2015 loopt het aantal schadevorderingen wegens schending van het Unierecht door een hoogste Nederlandse rechter gestaag op. Veel succes hebben deze acties tot nu toe overigens niet. Het procedureel verst gevorderd is de claim van de KLM-piloten tegen de Staat vanwege de schade die zij zouden hebben geleden doordat de Hoge Raad in een arrest uit 2012,<sup>284</sup> het tegen hun vervroegde pensionering gerichte cassatieberoep heeft verworpen zonder aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen over de mogelijke onverenigbaarheid van die vervroegde pensionering met de Unierechtelijke codificatie van het gelijkheidsbeginsel. In deze zaak is, nadat de Rechtbank Den Haag en het Gerechtshof Den Haag de vordering hebben afgewezen,<sup>285</sup> cassatieberoep ingesteld, waarin inmiddels conclusie is genomen door advocaat-generaal Wissink.<sup>286</sup> In het bestreden arrest gaat het gerechtshof ervan uit dat de vordering van de piloten is gebaseerd op de stelling dat de Hoge Raad de mogelijke onverenigbaarheid met het Unierecht – in strijd met zijn verwijzingsplicht van artikel 267, derde lid, VWEU en met artikel 6 EVRM<sup>287</sup> – zonder

276 HvJ 24 oktober 1996, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404, AB 1997/133, m.nt. Ch. Backes (*Kraaijeveld*).

277 HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, AB 1986/429, m.nt. F.H. van der Burg; NJ 1987/252, m.nt. M. van der Scheltema (*Van Gelder*).

278 HvJ 26 juni 2001, C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356 (*Bectu*).

279 Zie reeds HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur*).

280 Vgl. R. Schutgens, ‘Automatische toerekening revisited’, in: C.J.H. Jansen e.a. (red.), *Nijmeegs Europees privaatrecht (Sieburgh-bundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 95-122.

281 HvJ 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, AB 2003/429, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven; NJ 2004/160, m.nt. M.R. Mok (*Köbler*).

282 HvJ 28 juli 2016, C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602, AB 2016/296, m.nt. Ortlep (*Tomášová*).

283 HvJ 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, NJ 2009/395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon*).

284 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, NJ 2012/547, m.nt. M.R. Mok.

285 Rb. Den Haag 3 juni 2015 ECLI:NL:RBDHA:2015:6222, AB 2016/26, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven; O&A 2016/3 (p. 15), m.nt. R. Meijer; Gerechtshof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2984, AB 2017/71, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

286 Conclusie van 19 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:54.

287 De mogelijke strijd met artikel 6 EVRM is gebaseerd op rechtspraak van het EHRM, onder meer EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09, AB 2015/44, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Dhabbi/Italië*), waarin is geoordeeld dat het in strijd is met artikel 6 EVRM als een nationale hoogste rechter een verzoek van een partij om prejudicieel te verwijzen (ongemotiveerd) afwijst zonder te verwijzen naar de uitzondering die het Hof van Justitie heeft erkend in het arrest *Cifit*. Hierover onder meer: R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, ‘Hoofdstuk VI. Rechtsbescherming’, in: Prechal en Widdershoven (red.) 2017, p. 346-347, met verwijzingen naar andere relevante literatuur.

nadere motivering niet prejudicieel heeft verwezen naar het Hof van Justitie. Volgens het gerechtshof heeft de Hoge Raad artikel 267, derde lid, VWEU niet (gekwalificeerd) geschonden, omdat er gelet op de grieven van de piloten en de rechtspraak van het Hof van Justitie over het Unierecht in kwestie geen aanleiding bestond om de zaak te verwijzen. Dat de Hoge Raad de niet-verwijzing niet heeft gemotiveerd acht het gerechtshof evenmin reden voor toewijzing van de claim, omdat deze plicht niet kennelijk is geschonden, aangezien uit het arrest 'volkomen duidelijk' is dat de Hoge Raad van mening was dat hij de voorgelegde vraag kon beslissen aan de hand van bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie, en dat er dus geen reden was om de zaak te verwijzen, ook al heeft hij die niet-verwijzing niet expliciet gemotiveerd. Advocaat-generaal Wissink heeft in zijn hiervoor genoemde conclusie geadviseerd om het cassatieberoep te verwerpen. Hoe de Hoge Raad zal oordelen, was ten tijde van het schrijven van dit artikel niet bekend.

In andere zaken heeft een op *Köbler* gebaseerde schadevorderingen geen succes, omdat niet sprake is van een (voldoende gekwalificeerde) rechterlijke schending van het Unierecht. In dit verband kan worden gewezen op een vonnis van de Rechtbank Den Haag van 23 november 2016,<sup>288</sup> waarin zij de schadevordering wegens overschrijding door de rechtbank van de beslistermijn van artikel 7 Europese Verordening voor Geringe Vorderingen afwijst, omdat de enkele overschrijding van die termijn onvoldoende is om te kunnen spreken van een voldoende gekwalificeerde schending in de zin van het *Köbler*-arrest. Hetzelfde lot treft in een vonnis van de Rechtbank Den Haag van 6 september 2017 een tegen de Staat gerichte schadevordering wegens schending van de zesde BTW-richtlijn door de Hoge Raad (belastingkamer) in een arrest uit 2014, omdat het arrest volgens de rechtbank deels geheel in overeenstemming is met de richtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie en voor een ander deel in elk geval zeker geen manifeste schending van het EU-recht oplevert.<sup>289</sup>

Ten slotte wijst de Rechtbank Den Haag in een vonnis van 18 oktober 2017 de vordering die het NJCM en een Afghaanse 1F-vreemdeling tegen de Staat hebben ingediend wegens schending van het Unierecht door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State om procedurele redenen af.<sup>290</sup> 1F-ers zijn asielzoekers, die op grond van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag geen status kunnen krijgen omdat er sterke vermoedens zijn dat zij in het land van herkomst mensenrechten hebben geschonden. Volgens eisers zou de Afdeling het EU-recht schenden, omdat zij geen individueel onderzoek zou doen naar de positie van 1F-ers, en bovendien heeft nagelaten hierover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. In de uitspraak komt de rechtbank aan deze punten niet toe, omdat de Afghaanse 1F-er in kwestie tegen de uitspraak van de rechtbank (sector bestuursrecht) van 13 mei 2008, waarbij de rechtbank heeft geoordeeld dat artikel 1F terecht aan hem is tegen-

geworpen, geen hoger beroep heeft ingesteld, waardoor die uitspraak gezag van gewijsde heeft gekregen. Omdat de mogelijke schending van het Unierecht geen reden is om dat gezag te doorbreken, kan de schadevordering in zoverre niet slagen.<sup>291</sup> Na de uitspraak van 13 mei 2008, heeft de 1F-er, naar aanleiding van een uitspraak van het Hof van Justitie uit 2012, een verzoek tot heroverweging van het initiële besluit ingediend, een verzoek dat door de IND is afgewezen. Omdat de uitspraak van het Hof geen – zoals noodzakelijk in het *ne-bis-in-idem*-beoordelingskader voor herhaalde aanvragen – feitelijk novum is, is het daartegen ingestelde beroep in hoogste instantie door de Afdeling verworpen in haar uitspraak 16 november 2015. Deze uitspraak heeft als zodanig echter geen betrekking op het tegenwerpen van artikel 1F aan de vreemdeling en kan dus evenmin een basis bieden voor de op schending van die bepaling gebaseerde schadevordering.

### 8.3 Vrijwillige adoptie van het *Köbler*-criterium in nationale situaties?

In een opmerkelijke arrest van 30 juni 2014 in de zaak *Schaarbeek* oordeelt het Grondwettelijke Hof van België dat de Belgische Staat op grond van het constitutionele gelijkheidsbeginsel van artikel 10 en 11 Grondwet ook buiten de toepassings sfeer van het Unierecht aansprakelijk is voor voldoende gekwalificeerde schendingen van alle (ook nationale) rechtsregels door de rechter.<sup>292</sup> Aldus past het Grondwettelijk Hof het door het Hof van Justitie voorgeschreven *Köbler*-criterium voor staatsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van een schending van Unierecht door een hoogste nationale rechter vrijwillig toe in een louter nationale zaak. Deze stap heeft te maken met de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Ferreira da Silva e Brito*,<sup>293</sup> waarin het Hof oordeelde dat de *Köbler*-aansprakelijkheid voor de schending van het Unierecht door een hoogste nationale rechter niet afhankelijk mag worden gesteld van de voorafgaande vernietiging van de beslissing waardoor die schade is veroorzaakt, omdat deze eis een te ernstige belemmering van de effectieve toepassing van het fundamentele beginsel van lidstaataansprakelijkheid wegens schending van Unierecht zou impliceren. In de aan de zaak *Schaarbeek* voorafgaande *Anca*-rechtspraak combineerde het Belgische recht betreffende de staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak de ruime voorwaarden van – het met artikel 6:162 BW vergelijkbare – artikel 1382 Belgisch BW, met de eis dat de foutieve rechterlijke uitspraak wel eerst 'uitgewist' moest worden. Vanwege de zaak *Ferreira da Silva e Brito* kon die laatste eis bij schendingen van het Unie-

288 Rb. Den Haag van 23 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14190.

289 Rb. Den Haag 6 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10316 (*Yin Yang*).

290 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11809 (*1F*).

291 Onder verwijzing naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals HvJ 16 maart 2006, C-234/04, ECLI:EU:C:2006:178 (*Kapferer*) en HvJ 16 maart 2006, C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662 (*Tarsia*). Zie hierover Ortlep en Widdershoven, in: Prechal en Widdershoven (red.) 2017, p. 393-397.

292 Grondwettelijk Hof 30 juni 2014, AB 2016/157, m.nt. Ortlep.

293 HvJ 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565, AB 2016/1, m.nt. Ortlep; JB 2015/168, m.nt. Beijer en Krommendijk (*Ferreira da Silva e Brito*). Zie voor dit verband tussen deze uitspraak van het Hof van Justitie en het *Schaarbeek*-arrest, A. Carton & S. Lierman, 'Lessen uit België: aansprakelijkheid voor rechterlijk optreden', O&A 2017/33 (themanummer onrechtmatige rechtspraak) (p. 101-107).

recht niet langer worden toegepast. Om te voorkomen dat de aansprakelijkheidslat voor 'niet-uitgewiste' rechterlijke schendingen van het Unierecht wel erg laag zou komen te liggen, was het Grondwettelijk Hof daarom min of meer gedwongen om bij schending van het Unierecht de ruime voorwaarden van artikel 1382 Belgische BW te vervangen door de – aan het *Köbler*-arrest ontleende – strikte voorwaarde van de voldoende gekwalificeerde schending; een voorwaarde die op grond van het Belgische constitutionele gelijkheidsbeginsel dan ook heeft te gelden voor de niet eerst 'uitgewiste' rechterlijke uitspraken die in strijd zijn met ander recht dan het Unierecht.

Mede naar aanleiding van het Belgische *Schaarbeek*-arrest, is ook in Nederland de vraag opgeworpen of de *Köbler*-maatstaf zou moeten gelden voor alle schendingen van recht door een hoogste rechter, dus ook voor schending van nationaal en internationaal recht. Thans kent Nederland twee of wellicht drie maatstaven voor deze aansprakelijkheid. Behalve de *Köbler*-maatstaf van de voldoende gekwalificeerde schending in Unierechtelijke zaken, zijn dat de aloude *Jan Luyken*-maatstaf,<sup>294</sup> dat bij de 'voorbereiding van de rechterlijke uitspraak zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak', en wellicht de *Greenworld*-maatstaf van de 'kenmerklijk grove miskennis van hetgeen een behoorlijk taakvervulling meebrengt'.<sup>295</sup> 'Wellicht', omdat de Rechtbank Den Haag – anders dan veel literatuur<sup>296</sup> – in een constante rechtspraak van oordeel is dat de *Greenworld*-maatstaf uitsluitend betrekking heeft op de aansprakelijkheid van arbiters en niet op die van rechterlijke colleges of rechters.<sup>297</sup> In hun bijdrage aan het *O&A*-themanummer over onrechtmatige rechtspraak 2017 betogen Ortlep en Widdershoven dat de Hoge Raad één geharmoniseerd criterium zou moeten toepassen voor de aansprakelijkheid voor *alle* schendingen van recht door hoogste Nederlandse rechter en wel – in navolging van het Belgische Grondwettelijke Hof – het aan het Unierecht ontleende criterium van de voldoende gekwalificeerde (kennelijke) schending van recht.<sup>298</sup> Aldus zou dit criterium ook gelden voor schendingen van nationaal en in-

ternationaal recht. Of de Hoge Raad hun pleidooi zal volgen, moet worden afgewacht.

#### 8.4 Relativiteit

Zoals in par. 5.1.1 al aangegeven, geldt als een van de voorwaarden voor de op het Unierecht gebaseerde lidstaataansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht, dat de geschonden Unieregel 'ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen' (relativiteit).<sup>299</sup> Vijf jaar geleden signaleerden wij, onder verwijzing naar onder meer de zaak *Juta Leth*,<sup>300</sup> dat het Hof van Justitie deze voorwaarde veelal ruim invult. In die zaak oordeelde het Hof dat de vermogensschade door vermindering van de waarde van een woning als gevolg van de uitbreiding van een vliegveld zonder dat de door Richtlijn 85/337/EEG voorgeschreven milieueffectbeoordeling had plaatsgevonden, onder de beschermingsdoelstelling van die richtlijn valt, voor zover de schade het rechtstreeks economisch gevolg is van de milieueffecten van dat project, zoals geluidhinder. Daaraan voegde het Hof toe dat economische schade die niet rechtstreeks voortvloeit uit die milieueffecten, zoals concurrentienadelen, niet onder die doelstelling valt.

De afgelopen jaren was de relativiteitsvraag op Europees niveau alleen aan de orde in de zaak *Berlington*.<sup>301</sup> Daarin oordeelde het Hof van Justitie dat de verdragsbepalingen betreffende de fundamentele verkeersvrijheden, zoals artikel 56 VWEU, ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen. Dat geldt echter niet voor de notificatieverplichting van artikel 8 en 9 van Richtlijn 98/34/EG (Notificatierechtlijn I). Deze bepalingen hebben weliswaar rechtstreekse werking, zodat een nationaal technisch voorschrift dat in strijd ermee niet is aangemeld bij de Commissie in een geding tussen particulieren buiten toepassing moet worden gelaten. Omdat zij echter geenszins de materiële inhoud bepalen van de rechtsregel op basis waarvan de nationale rechter het bij hem aanhangige geschil moet beslechten, creëren zij geen rechten (of plichten) voor particulieren. Deze zaak maakt duidelijk dat 'rechtstreekse werking' en de aansprakelijkheidsvoorwaarde 'rechten toekennen' geen onderling inwisselbare concepten zijn. Dat bleek overigens ook al uit de zaak *Francovich*.

De Europese relativiteitsvoorwaarde wordt in Nederland toegepast door het Gerechtshof Den Haag in de zaak *EnergyClaim*.<sup>302</sup> In die zaak bekrachtigt het gerechtshof het vonnis van de rechtbank, waarin deze de door Stichting EnergyClaim (een stichting die de belangen van bedrijven in de energiebesparingsbranche behartigt) en diverse individuele bedrijven in die branche de tegen de Staat gerichte schadevordering wegens de niet (correcte) omzetting van de zogenoemde EPB-richtlijnen, betreffende de energieprestaties van gebouwen, had afgewezen wegens onder meer het ontbreken van Unie-

294 HR 3 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6788, NJ 1972/137, m.nt. G.J. Scholten (*Jan Luyken*).

295 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld*), zoals nader ingevuld in HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, NJ 2017/141, m.nt. J.B.M. Vranken (*QNOW*).

296 Vgl. voor dit standpunt met verwijzingen naar andere literatuur, I. Giesen, 'Greenworld en QNOW: staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak', *O&A* 2017/31 (themanummer onrechtmatige rechtspraak) (p. 71-80).

297 Zie onder meer Rb. Den Haag (vzr.) 5 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL6948; Rb. Den Haag 13 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:386; Rb. Den Haag 1 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2111.

298 R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Slotbeschouwing: naar een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak?', *O&A* 2017/35 (p. 107-118). In dit themanummer zijn behalve hun bijdrage en de hiervoor al genoemde bijdragen van Carton en Lierman en Giessen, verder opgenomen: J. Uzman & G. Boogaard, 'Onrechtmatige rechtspraak en de rechtsstaat', *O&A* 2017/30 (p. 63-70), A.L.M. Keirse, 'Rechtsvergelijkend perspectief: staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in de lidstaten', *O&A* 2017/32 (p. 81-90), en T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke optreden vanwege schending van het EVRM', *O&A* 2017/34 (p. 101-106).

299 Vgl. L. Di Bella, 'Vragen over de toepassing van het relativiteitsvereiste in het licht van de interactie tussen de burgerlijke rechter, de bestuursrechter en het Hof van Justitie', *O&A* 2015/32 (p. 73-76).

300 HvJ 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:EU:C:2013:717, AB 2013/139, m.nt. Widdershoven (*Leth*).

301 HvJ 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*).

302 Gerechtshof Den Haag 11 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1251 (*EnergyClaim*).

rechtelijke relativiteit. Volgens het gerechtshof hebben de EPB-richtlijnen in de eerste plaats de bescherming van milieubelangen tot doel, dienen zij bovendien de belangen van eigenaars en gebruikers van gebouwen die baat hebben bij duidelijkheid over de energieprestaties van hun gebouwen, maar zijn zij niet bedoeld om de belangen te dienen van de bedrijven waarvoor EnergyClaim opkomt. De richtlijnen zijn immers niet in het leven geroepen om deze bedrijven in staat te stellen om omzet te genereren. Het beroep dat Energy-Claim heeft gedaan op de ruime toepassing van het relativiteitsvereiste door het Hof in onder meer de zaak *Leth* wordt door het gerechtshof niet gehonoreerd, omdat – anders dan in die zaak – geen sprake is van een nauwe samenhang tussen de belangen van de bedrijven en de doelstelling van de EPB-richtlijnen om de energieprestaties van gebouwen te verbeteren. Het gaat – aldus het hof – veeleer om indirecte economische gevolgen, die op één lijn kunnen worden gesteld met de concurrentienadelen die door het Hof van Justitie worden genoemd in de zaak *Leth*.

Het Europese relativiteitsvereiste speelt ook een rol in de discussie die in de literatuur wordt gevoerd over de EU-rechtconformiteit van de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM, die de aansprakelijkheid van beide *financiële* toezichthouders beperkt tot opzet of grove schuld. Unierechtelijk wordt deze beperking verdedigd onder verwijzing naar de zaak *Peter Paul*,<sup>303</sup> waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de Europese richtlijnen betreffende het financieel toezicht niet ertoe strekken rechten toe te kennen aan depositohouders die schade hebben geleden doordat de Duitse banktoezichthouder in strijd met het Unierecht onvoldoende toezicht heeft gehouden op een bank die vervolgens is gefailleerd. Omdat volgens deze uitspraak volledige immuniteit van financiële toezichthouders ook Unierechtelijke mogelijk zou zijn geweest, acht Dijkstra de Nederlandse aansprakelijkheidsbeperking voor DNB en AFM Unierecht-proof.<sup>304</sup> Van Praag en Tegelaar stellen daarentegen dat *Peter Paul* uitsluitend betrekking had op het prudentieel toezicht op banken en niet op het gedragstoezicht van AFM op grond van de MiFID-richtlijn.<sup>305</sup> Die laatste richtlijn strekt volgens hen onmiskenbaar tot bescherming van de rechten van beleggers. Daarom is de Staat op grond van Unierecht aansprakelijk voor voldoende gekwalificeerde schendingen ervan en is – aldus beide auteurs – de verdergaande beperking van die aansprakelijkheid op grond van de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM, voor wat betreft het gedragstoezicht in strijd met Unierecht.

### 8.5 Algemene en collectieve belangacties

Algemene of collectieve belangacties bij de burgerlijke rechter zijn vaak gebaseerd op de (mogelijke) schending van het

Unierecht of internationaal recht, onder meer het EVRM.<sup>306</sup> Een schending van het Unierecht is aan de orde in het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 27 december 2017 in de zaak *Schone lucht*.<sup>307</sup> In het vonnis oordeelt de Rechtbank Den Haag dat de Staat in strijd met Richtlijn 2000/50/EG de verplichting om op bepaalde data de grenswaarden voor PM10 en NO2 te bereiken weliswaar heeft geschonden, maar wijst zij de geëiste verklaring voor recht af, omdat deze is gevraagd met het oog op het instellen van een schadevordering en niet aannemelijk is gemaakt dat eisers door die schending daadwerkelijk schade hebben geleden. Op grond van de richtlijn moeten lidstaten in geval van overschrijding 'passende maatregelen' nemen om de periode van overschrijding 'zo kort mogelijk te houden'. Hoewel vaststaat dat er op sommige plekken in Nederland hardnekkige overschrijdingen van de grenswaarden zijn die nog wel even zullen voortduren, is de rechtbank van oordeel dat de Staat, gelet op de feiten en hetgeen door eisers is gesteld, deze verplichting niet heeft geschonden. Daarbij is van belang dat de resterende problematiek complex is en het mede in het licht van de vele betrokken belangen onduidelijk is welke concrete maatregelen de Staat zou moeten nemen om deze problemen effectief op te lossen. Op dit punt wijkt het vonnis van de rechtbank nogal af van die van de Haagse voorzieningenrechter van 7 september 2017,<sup>308</sup> die had geoordeeld dat de Staat de genoemde verplichting wel had geschonden en de Staat had bevolen om alles te doen wat nodig is om op de kortst mogelijke termijn daadwerkelijk tot vaststelling van een luchtkwaliteitsplan te komen dat zodanig maatregelen bevat dat 'voorspelbaar en aantoonbaar aan de grenswaarden voor NO2 en PM10 zal worden voldaan op de kortst mogelijke termijn'.

De terughoudende opstelling van de Rechtbank Den Haag in haar vonnis van 27 december 2017 contrasteert ook nogal met de revolutionaire aanpak van diezelfde rechtbank in de *Urgenda*-zaak.<sup>309</sup> In dat vonnis laat de rechtbank internationale verdragen (waaronder het Klimaatverdrag) en EU-regelgeving, waarvan vaststaat dat zij niet rechtstreekse werkend zijn, met behulp van de *Kelderluik*-criteria doorwerken via de zorgplicht van artikel 6:162 BW (reflexwerking) en oordeelt zij dat de Staat door onvoldoende mitigerende

303 Hvj 12 oktober 2004, C-222/02, ECLI:EU:C:2004:606, AB 2005/17, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven; NJ 2005/323, m.nt. M.R. Mok (*Peter Paul*).

304 R.J. Dijkstra, 'De wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van DNB en AFM. In lijn met Europees gebruik?', *O&A* 2014/25 (p. 38-44).

305 E.J. van Praag, 'Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders naar Europees recht', *SEW* 2014/80, afl. 5, p. 214-231, J. Tegelaar, 'Immuun voor de Unie? (Semi-)immuniteit van nationale toezichthouders onder nieuw recht', *AAe* 2016/10, p. 705-715.

306 Vgl. in algemene zin, J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schendingen van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk absteren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, Deventer: Kluwer 2013.

307 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:10171 (*Vereniging Milieudefensie, Stichting Adem e.a./Staat*). De ook in de zaak aan de orde zijnde rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter is al besproken in par. 4.1.

308 Rb. Den Haag (vzr.) 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171. AB 2017/335, m.nt. Ch.W. Backes.

309 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336, m.nt. Backes; *O&A* 2015/58 (p. 113), m.nt. T.G. Öztürk en G.A. van der Veen (*Urgenda/Staat*). Hierover onder (veel) meer, R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de trias', *NJB* 2015/1675, L. Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis', *NJB* 2015/1674, S.M.N. Fikkers, 'Urgenda, de zorgplicht en toekomstige generaties', *NJB* 2015/1677, M.A. Loth & R.A.J. van Gestel, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0', *NJB* 2015/1849 (p. 2598-2605), G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter'. Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *AAe* 2016, p. 26-33, R. Ortlep, 'De Urgenda-uitspraak: wetgever en regering onder verscherpt rechterlijk toezicht', *TvT* 2016/1, p. 29-32; A.G. Castermans, 'Het klimaatgevaar en het houten kelderluik', *AAe* 2016, p. 34-40.

maatregelen op kort termijn te nemen in strijd met die zorgplicht heeft gehandeld. Vervolgens beveelt zij de Staat om de jaarlijkse emissies van broeikasgassen in het jaar 2020 met ten minste 25% te beperken vergeleken met het niveau van het jaar 1990. De rechtbank acht dit bevel niet in strijd met het *Waterpakt*-arrest van de Hoge Raad omdat het zich niet zou richten tot de wetgever, maar tegen het bestuur. Hoewel het kabinet Rutte II ervoor heeft gekozen om het vonnis feitelijk na te leven, heeft de Staat hiertegen om principiële redenen wel hoger beroep ingesteld. Of *Urgenda* overeind zal blijven, zal moeten blijken.

In zijn arrest van 16 december 2016 in de zaak *Staat/NFE c.s.* oordeelt de Hoge Raad dat de Staat met de invoering van de Wet verbod pelsdierhouderij niet onrechtmatig heeft gehandeld in het licht van het in artikel 1 Eerste Protocol EVRM gewaarborgde recht op eigendom.<sup>310</sup> Bij dit oordeel is van belang dat NFE c.s. de waarde en goodwill van de hun ondernemingen vrijwel volledig, zo niet uitsluitend, baseren op toekomstige inkomsten die zij hopen te genereren, en niet op bestaande eigenschappen of verworvenheden ('assets'), en deze toekomstige inkomsten – gelet op de rechtspraak van het EHRM – niet binnen de reikwijdte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM vallen. Verder kan het verbod volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als een (de facto) ontneming van eigendom, maar betreft het de regulering van eigendom. Gelet op de overgangperiode die de pelsdierhouders door de wet wordt gegund, is – aldus de Hoge Raad – sprake van een *fair balance* (redelijk evenwicht) tussen de eisen van het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds. Van algemeen belang is dat de Hoge Raad uitdrukkelijk stelt dat de Nederlandse rechter zich bij de uitleg van bepalingen van het EHRM moet richten naar de gevestigde rechtspraak van het EHRM. In het licht van artikel 94 en 120 Grondwet kan de rechter een wet in formele zin buiten toepassing laten als deze onverenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht, maar – zo stelt de Hoge Raad – zodanige onverenigbaarheid kan niet worden aangenomen op grond van een uitleg door de Nederlandse rechter van het EVRM, die afwijkt van de gevestigde EHRM-rechtspraak. Aldus geldt artikel 53 EVRM, dat de staten de vrijheid laat om verdergaande bescherming te bieden dan het EVRM, niet voor de rechter.

### 8.6 *Positieve verplichtingen op grond van het EVRM en schadevergoeding*

Zoals bekend leidt het EHRM uit artikel 2 en 8 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol EVRM ook diverse positieve verplichtingen voor de Staat af, die in algemene zin moeten bijdragen aan het voorkomen van aantastingen van de door deze EVRM-rechten beschermde belangen. Een belangrijke

positieve verplichting, namelijk dat de overheid beschermende regelgeving moet vaststellen ten aanzien van activiteiten waarvan zij weet of behoort te weten dat zij objectief een aantasting van de belangen tot gevolg kunnen hebben, wordt door Sanderink besproken in een *O&A*-artikel uit 2016.<sup>311</sup> Volgens hem pleegt een overheid die in strijd met deze verplichting niet of niet tijdig adequate regelgeving vaststelt een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW en is de overheid als deze schending een aantasting van de door de genoemde EVRM-rechten beschermde belangen tot gevolg heeft, verplicht om de uit die schending voortvloeiende materiële en immateriële schade te vergoeden.

Dat de overheid adequate regelgeving heeft vastgesteld, betekent niet dat zij geen andere positieve verplichting kan hebben geschonden, bijvoorbeeld de op artikel 8 EVRM gebaseerde positieve verplichting om toegang te bieden tot essentiële informatie teneinde het voor individuen mogelijk te maken om hun gezondheids- en veiligheidsrisico's te onderzoeken. Deze verplichting is aan de orde in de EHRM-zaak *Vilnes e.a./Noorwegen*.<sup>312</sup> In de zaak wordt Noorwegen veroordeeld wegens schending van artikel 8 EVRM, omdat de Noorse autoriteiten duikbedrijven niet hebben verplicht om essentiële decompressietabellen openbaar te maken, waaruit de 'klagende' duikers die actief zijn geweest in de olie-industrie hadden kunnen afleiden dat de door de duikbedrijven toegepaste decompressietijden te kort waren. Doordat zij gedurende hun werkzaam leven onderworpen zijn geweest aan die te korte tijden hebben zij serieuze gezondheidsklachten en zijn sommigen gehandicapt. Vanwege de schending van deze positieve verplichting wordt Noorwegen veroordeeld tot vergoeding van de kosten van de procedure en tot een immateriële schadevergoeding van € 8000 voor elke klager. Bij de hoogte van dit bedrag speelt mee dat de duikers in Noorwegen al een vergoeding van immateriële schade van € 26.000 hebben ontvangen.

Op grond van artikel 2 EVRM (recht op leven) hebben Staten de positieve verplichting om adequate stappen te nemen om de levens van hun burgers te waarborgen. Daartoe behoort het nemen van wettelijke en bestuurlijke maatregelen gericht op effectieve preventie, maar ook het nemen van redelijke maatregelen om de veiligheid van burgers in de publieke ruimte te verzekeren, alsmede in het geval van een ernstige verwonding of moord, de beschikbaarheid van juridische middelen om de feiten vast te stellen, de verantwoordelijken aansprakelijk te kunnen stellen en om adequaat herstel te kunnen krijgen. Deze positieve verplichting is aan de orde in de EHRM-zaak *Gerasimenko e.a./Rusland*.<sup>313</sup> De klagers zijn ernstig gewond geraakt doordat D.E. (een 'doorgedraaide' politieagent) hen met 'overheidsmunitie' in de publieke ruimte heeft neergeschoten. Hoewel D.E. zelf natuurlijk schuldig is aan deze misdrijven, is het

310 HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, AB 2018/12, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik; NJ 2017/132, m.nt. E.A. Alkema (*Staat/Nederlandse Federatie van Edelpelsdierenhouders c.s.*). Met dit arrest bevestigt de Hoge Raad het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 9 september 2014, waarbij de andersluidende vonnissen in deze kwestie van de Rechtbank Den Haag – onder meer Rb. Den Haag 21 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6161, O&A 2014/82, afl. 4, m.nt. Sanderink – waren vernietigd.

311 D.G.J. Sanderink, 'Overheidsaansprakelijkheid voor schending van positieve verplichting om regelgeving uit te vaardigen', *O&A* 2016/2 (p. 3-14). Deze bijdrage is deels gebaseerd op D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

312 EHRM 5 december 2013, nr. 52806/09, AB 2014/105, m.nt. De Jong; NJ 2015/129, m.nt. E.A. Alkema (*Vilnes e.a./Noorwegen*).

313 EHRM 1 december 2016, nr. 5821/10, nr. 65523/12 (*Gerasimenko*).

EHRM van oordeel dat Rusland de hiervoor genoemde positieve verplichting heeft geschonden, omdat de superieuren van D.E. diens persoonlijkheid niet afdoende hebben onderzocht en hem, ondanks zijn voorgeschiedenis van mentale klachten, toegang hebben gegeven tot de munitie. Vanwege deze schending kent het EHRM aan klagers een immateriële schadevergoeding van € 12.000 toe.

### 8.7 *Varia Unierecht en EVRM*

Ten slotte kunnen uit de afgelopen vijf jaar nog de volgende invloeden van het Unierecht of het EVRM op overheidsaansprakelijkheid worden vermeld.

Richtlijn 2004/35/EG, betreffende milieuaansprakelijkheid, leidt nu en dan tot interessante rechtspraak van het Hof van Justitie. Het meest interessant is de zaak *Gert Folk*,<sup>314</sup> waarin het Hof – enigszins vergelijkbaar met *Lekkerkerk/Vermeulen* – oordeelt dat artikel 2, punt 1, onder b, van de richtlijn zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht die op algemene wijze en automatisch uitsluit dat schade die aanmerkelijk invloed heeft op de toestand van bepaalde wateren wordt aangemerkt als ‘milieuschade’ in de zin van die richtlijn, als die uitsluiting geschiedt op de enkele grond dat die schade is gedekt door een krachtens het nationale recht afgegeven vergunning. Verder kan worden gewezen op de zaak *Türkevei Tejtermelö*,<sup>315</sup> waarin het Hof van Justitie stelt dat artikel 8, derde lid, onder a, van de richtlijn, op grond waarvan aan de *exploitant* bij milieuschade preventie- en herstelverplichtingen moeten worden opgelegd, niet eraan in de weg staat dat op grond van het nationale recht daarnaast de *eigenaar* aansprakelijk kan worden gesteld voor die milieuschade en deze een bestuurlijke boete kan worden opgelegd als hij de illegale verontreiniging niet heeft voorkomen. Het Hof beschouwt deze aansprakelijkstelling als een strengere nationale bepaling dan de richtlijn, hetgeen op grond van artikel 16 van de richtlijn – in samenhang met artikel 193 VWEU – toelaatbaar is, mits de bepaling verenigbaar is met het VWEU en ter kennis van de Commissie is gebracht. Voor die verenigbaarheid is van belang dat die strengere regels dienstig zijn aan het doel van de richtlijn, het voorkomen en herstellen van milieuschade, en niet mogen indruisen tegen het evenredigheidsbeginsel.

De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Ruijsseenaars e.a.* is van belang voor de afbakening van de bevoegdheid tussen de burgerlijke en bestuursrechter in verband met de compensatie die luchtreizigers op grond van Verordening (EG) 261/2004, moeten kunnen krijgen bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten.<sup>316</sup>

Volgens het Hof is de Staatssecretaris van IenM, als aangewezen handhavingsinstantie in de zin van artikel 16 van de verordening, niet verplicht om in elke individuele zaak handhavend op te treden tegen de luchtvaartmaatschappij ten einde deze ertoe te bewegen die compensatie te betalen (een optreden waartegen naar Nederlands recht beroep

zou kunnen worden ingesteld bij de bestuursrechter). Bij dit oordeel acht het Hof van belang dat de doeltreffende rechtsbescherming van vliegtuigpassagiers is gewaarborgd, omdat zij hun rechtstreeks werkend compensatierecht kunnen effectueren bij de civiele rechter tegen de betrokken luchtvaartmaatschappij. Bij de afdoening van de zaak in haar uitspraak van 22 juni 2016 acht de Afdeling bestuursrecht-spraak de staatssecretaris niet langer bevoegd om individuele verzoeken in verband met compensaties in te willigen,<sup>317</sup> hetgeen tevens impliceert dat de weg naar de bestuursrechter is afgesloten

Zoals wij vijf jaar geleden signaleerden naar aanleiding van de zaak *FIAMM*,<sup>318</sup> erkent het Hof van Justitie geen algemeen beginsel van Unierecht op grond waarvan de *Unie* aansprakelijk is voor schade als gevolg van rechtmatige Unieregeling. In *Érsekcsanádi Mezőgazdasági* bevestigt het Hof dat het Unierecht dan evenmin een algemeen beginsel kent dat de *lidstaten* verplicht om de schade te vergoeden van (rechtmatige) Europese maatregelen, inhoudende de verplichting om dieren te vernietigen of te slachten wegens een dierziekte.<sup>319</sup> De consequentie hiervan is dat de door Hongarije vrijwillig ingevoerde schaderegeling, op grond waarvan gederfde winst niet werd vergoed, niet valt binnen het werkingssfeer van het Unierecht en dus ook niet onder de bescherming van het Handvest van de grondrechten van de EU. Het Hof is daarom niet bevoegd om de schaderegeling te toetsen aan artikel 16 (vrijheid van ondernemerschap), 17 (recht op eigendom) en 47 (recht op een doeltreffende voorziening in rechte) van het Handvest.<sup>320</sup>

Ten slotte oordeelt de Centrale Raad van Beroep in een uitspraak van 13 december 2016 over een verzoek om schadevergoeding wegens twee met artikel 8 EVRM strijdige huisbezoeken,<sup>321</sup> die hebben geleid tot de intrekking van een bijstandsuitkering. Voor het eerste huisbezoek van 12 december 2012 bestond naar het oordeel van de Raad geen redelijke grond en heeft appellant geen ‘informed consent’ gegeven, zodat de intrekking van de uitkering voor de periode van 12 november 2012 tot 25 februari 2013 daarop niet kan worden gebaseerd en dus wordt vernietigd. Voor deze ‘ernstige inbreuk op artikel 8 EVRM’ kent de Raad – in lijn met een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 12 januari 2010<sup>322</sup> – een vergoeding voor immateriële schade toe van € 200 wegens de onrust, spanning en frustratie die dit bezoek heeft te weeg gebracht. Bij dit niet al te hoge be-

314 HvJ 1 juni 2017, C-529/15, ECLI:EU:C:2017:419 (*Gert Folk*).

315 HvJ 13 juli 2017, C-129/16, ECLI:EU:C:2017:547, JM 2017/99, m.nt. Douma en Van Geel (*Türkevei Tejtermelö*).

316 HvJ 17 maart 2016, C-145/15 en C-146/15, ECLI:EU:C:2016:187 (*Ruijsseenaars, Jansen & Dees-Erf*).

317 ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1732 en 1733, AB 2016/345, m.nt. C.N.J. Kortmann. Zie (kritisch) over deze rechtspraak, A.J.C. de Moor-van Vugt, ‘Blurred lines: vervaging van de magische lijn bij de handhaving van het Unierecht’, *NTB* 2017/6 (p. 45-55).

318 HvJ 9 september 2008, C-120/06P en C-121/06P, ECLI:EU:C:2008:476, AB 2008/311, m.nt. Tjepkema (*FIAMM*).

319 HvJ 22 mei 2015, C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352, AB 2014/444, m.nt. Houdijker en Tjepkema (*Érsekcsanádi Mezőgazdasági*).

320 Zie in algemene zin over de Europese (EU-recht en EVRM) boven- en ondergrenzen voor nadeelcompensatie, M.K.G. Tjepkema, ‘Tussen de Straatsburgse kat en de Brusselse hond’, in: Schueler en Widdershoven (red.), 2014, p. 181-197.

321 CRvB 13 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4756.

322 Gerechtshof Amsterdam 12 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL0984. Zie voor eenzelfde standpunt CRvB 8 juni 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM8044, AB 2011/45, AB 2011/45, m.nt. H.E. Bröring.

drag speelt mee dat de appellante niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij psychische schade heeft geleden als gevolg van het onrechtmatige huisbezoek. Voor het tweede huisbezoek van 25 februari 2013, waarvoor appellant evenmin 'informed consent' had gegeven en dat in zoverre dus ook onrechtmatig is, bestond wel een redelijke grond. Omdat vanwege die redelijke grond een eventuele weigering van appellante om aan het huisbezoek mee te werken (ook) ertoe zou hebben geleid dat de uitkering zou zijn ingetrokken, hoeft het ontbreken van 'informed consent' er in dit geval echter niet toe te leiden dat wat tijdens het huisbezoek is waargenomen buiten beschouwing moet blijven bij de beoordeling van het recht op bijstand. Voor de periode van 25 februari 2013 tot en met 5 maart 2013 blijft de intrekking van de uitkering daarom in stand. Omdat het intrekingsbesluit in zoverre niet onrechtmatig is, komt de schade wegens het op zich wel onrechtmatige huisbezoek voor deze periode niet voor vergoeding op grond van artikel 8:73 Awb in aanmerking.

## 9. Overige thema's: redelijke termijn en Korošec-rechtspraak

### 9.1 Redelijke termijn: nationale rechtspraak

In het vorige overzichtsnummer uit 2013 (par. 4) is uitvoerig aandacht besteed aan de stand van de rechtspraak over aansprakelijkheid wegens schending van de redelijke termijn. Daarbij kwamen aan de orde de arresten van de Hoge Raad in strafzaken en punitieve belastingzaken van 2005 en 2008.<sup>323</sup> Ook passeerde de revue het overzichtsarrest uit 2011 van de belastingkamer van de Hoge Raad over de vergoeding van immateriële schade bij overschrijding van de redelijke termijn in belastinggeschillen<sup>324</sup> en de arresten van de civiele kamer van de Hoge Raad uit begin 2013 over de vraag in hoeverre compensatie voor geleden immateriële schade kan worden verkregen als gevolg van schending van de redelijke termijn door de bestuursrechter (vreemdelingenrechter).<sup>325</sup> Uit dit arrest kon al worden afgeleid dat het dagvaarden van de Staat wegens het overschrijden van de redelijke termijn tot de mogelijkheden behoort.

De hoogste bestuursrechters hebben in de verslagperiode 'orde op zaken' gesteld met de overzichtsuitspraak van 29 januari 2014<sup>326</sup> gewezen door de grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak, na een conclusie van de staatsraad advocaat-generaal R.J.G.M. Widdershoven van 23 oktober 2013.<sup>327</sup> In deze uitspraak heeft de Afdeling wat betreft de termijnen aansluiting gezocht bij de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad, ook als strafrechter. Sindsdien heeft als uitgangspunt te gelden dat de redelijke termijn is overschreden als de procedure in zijn

totaliteit meer dan vier jaar heeft geduurd; voordien gingen ABRvS en CBb uit van een termijn van vijf jaren en HR en CRvB van een maximale periode van vier jaren. Daarbij mag de eerste aanleg niet langer duren dan twee jaren,<sup>328</sup> waarbij een eventuele bezwaarprocedure is inbegrepen. Indien de tweejaarstermijn is overschreden moet in verband met de toerekening aan het bestuursorgaan en/of de bestuursrechter worden beoordeeld hoelang de bezwaaren beroepsprocedure afzonderlijk hebben geduurd. Daarbij mag de bezwaarprocedure maximaal zes maanden duren, de procedure in eerste aanleg (rechtbank) 18 maanden. Indien een bestuurlijke lus is toegepast en tussenuitspraak is gedaan, is de redelijke termijn niet overschreden als de tussenuitspraak – in hoger beroep – binnen twee jaar is gedaan en einduitspraak wordt gedaan binnen één jaar nadat van het bestuursorgaan het herstelbesluit is ontvangen dan wel de herstellpoging.<sup>329</sup> De hogerberoepsrechter moet oordelen binnen 24 maanden na binnenkomst van het hoger beroepsschrift. Vertraging bij de afhandeling van bezwaar en beroep kan worden gecompenseerd door voortvarendheid in de rest van de procedure.<sup>330</sup> Daarbij maakt het wel verschil of al bij de rechtbank is geklaagd over overschrijding van de redelijke termijn of pas in hoger beroep.<sup>331</sup> Indien bij de rechtbank terecht wordt geklaagd over een schending van de redelijke termijn, dan wordt die schending niet gecompenseerd door een snelle afwikkeling van hoger beroep en/of cassatie, en moet compensatie volgen.

De grote kamer heeft daarnaast verduidelijkt (r.o. 4.7) hoe moet worden omgegaan met vertragingen die ontstaan door het stellen van prejudiciële vragen aan het EU-hof in Luxemburg.<sup>332</sup> Volgens vaste rechtspraak<sup>333</sup> wordt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van overschrijding van de redelijke termijn de tijd gemoeid met het afwachten van een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie buiten beschouwing gelaten, indien het afwachten van die beslissing redelijk is. Dit geldt zowel in zaken waarin prejudiciële vragen zijn gesteld als in zaken die zijn aangehouden in afwachting van de beantwoording van prejudiciële vragen die in een vergelijkbare andere zaak zijn gesteld. De buiten beschouwing te laten termijn die gemoeid is geweest met het verkrijgen van een prejudiciële beslissing in die zaak zelf begint op de dag na verzending van de verwijzingsuitspraak door de nationale rechter en eindigt op de dag van

323 HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4483, AB 2006/1, en HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0191, AB 2009/230, m.nt. A.M.L. Jansen.

324 HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5046.

325 HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX8360, AB 2013/149, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik; JB 2013/59, m.nt. B. Kaya.

326 ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188, AB 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik; JB 2014/48, m.nt. D.G.J. Sanderink en L.J.M. Timmermans.

327 ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1586 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven).

328 Het CBb gunt zichzelf een termijn van 2,5 jaar in complexe zaken; vgl. CBb 10 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:55, AB 2017/122, m.nt. A.C. Hendriks.

329 CRvB 24 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1239 en ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1289.

330 CBb 16 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3169.

331 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3562, AB 2015/227, m.nt. A.M.L. Jansen.

332 Nadat Nederland protocol 16 bij het EVRM heeft geratificeerd zullen genoemde regels naar verwachting ook gelden voor vertragingen in de afdoening vanwege het stellen van een prejudiciële vraag door de hoogste rechters aan het EHRM in Straatsburg.

333 Zie bijvoorbeeld de uitspraken van de Afdeling van 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5887; het CBb van 25 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ2560, AB 2009/323, m.nt. I. Sewandono; het CBb 5 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ4277; de CRvB van 14 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY6202, AB 2013/34, m.nt. A.M.L. Jansen en de Hoge Raad van 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ8465, AB 2010/266, m.nt. A.M.L. Jansen.

openbaarmaking van de prejudiciële beslissing door het Hof van Justitie. Dat is anders in vergelijkbare zaken die zijn aangehouden in afwachting van de prejudiciële beslissing. In dergelijke aangehouden zaken begint de periode die buiten beschouwing wordt gelaten niet eerder aan dan op het moment dat de aanhoudende rechter partijen schriftelijk in kennis heeft gesteld van zijn beslissing om de zaak aan te houden in afwachting van de beantwoording van de gestelde vragen door het Hof van Justitie. Het gebeurt wel dat zaken – achteraf – ten onrechte belanden op de stapel met aangehouden zaken. Om die reden komt de grote kamer met een andere spelregel. Als de rechter partijen bij zijn schriftelijke kennisgeving over de aanhouding van de zaak niet in de gelegenheid stelt hun opvatting daarover binnen een bepaalde termijn kenbaar te maken, dan zal bij de beslissing op een verzoek om immateriële schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn moeten worden beoordeeld of de beslissing van die rechter om de behandeling van de zaak aan te houden, gelet op de stand van de procedure en de jurisprudentie ten tijde van die schriftelijke kennisgeving, redelijk was. Zo ja, dan laat de rechter de periode tussen het moment waarop de rechter partijen schriftelijk in kennis heeft gesteld van zijn beslissing tot aanhouding en de openbaarmaking van de prejudiciële beslissing door het Hof van Justitie buiten beschouwing.<sup>334</sup>

Van genoemde standaardtermijnen (6, 18 en 24 maanden) kan worden afgeweken als sprake is van bijzondere omstandigheden. Vertraging door een verzoek tot wraking,<sup>335</sup> een eerste uitstel van de zitting op verzoek van een partij<sup>336</sup> of een te late motivering van het (hoger) beroep, mits het herstel van het verzuim niet langer heeft geduurd dan vier weken,<sup>337</sup> worden niet gezien als bijzondere omstandigheden.<sup>338</sup> De grote kamer heeft in deze standaarduitspraak – waarnaar sedertdien talloze malen is verwezen<sup>339</sup> – ook voorzien in overgangsrecht; de nieuwe lijn geldt alleen voor procedures waarin het primaire besluit is bekendgemaakt voor 1 februari 2014.<sup>340</sup>

In zijn arrest van 28 maart 2014 heeft de civiele kamer van de Hoge Raad een volgende stap gezet die moet bijdragen aan een 'effective remedy' bij schending van de redelijke termijn in civiele zaken.<sup>341</sup> De Hoge Raad oordeelt – in aansluiting op het oordeel van de hoogste bestuursrechters – dat voor toekenning van een vergoeding van immateriële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn niet is vereist dat de zaak zelf onder het bereik valt van artikel 6

EVRM; in dat geval – zoals in het vreemdelingen- en belastingrecht – is de grondslag voor vergoeding gelegen in het rechtszekerheidsbeginsel. De Staat kan in een civiele dagvaardingsprocedure aansprakelijk worden gehouden voor schending van de redelijke termijn door de burgerlijke rechter. Met dit arrest is de terughoudende lijn over onrechtmatige rechtspraak bijgesteld, althans voor zover het gaat over vergoeding van immateriële schade door overschrijding van de redelijke termijn. Anders dan de bestuursrechter, die bereid is het verzoek om schadevergoeding mee te nemen in het vernietigingsberoep, vereist de Hoge Raad dat de vordering moet worden ingesteld in een afzonderlijke procedure tegen de Staat. Die procedure moet worden aangebracht bij de kantonrechter. Er is geen griffierecht voor verschuldigd en rechtsbijstand is niet verplicht. Voor de hoogte van de schadevergoeding sluit de Hoge Raad aan bij de forfaitaire bedragen die de bestuursrechters hanteren, te weten € 500 per zes maanden overschrijding. Anders dan de bestuursrechters wil de Hoge Raad geen vaste (deel)termijnen hanteren. De procedures bij de burgerlijke rechter lopen daarvoor wat betreft aard, ingewikkeldheid, belang van de zaak en (proces)gedrag van partijen, te zeer uiteen, aldus de Hoge Raad. Het gevolg is dat de kantonrechter van geval tot geval zal moeten beoordelen wanneer de termijn is aangevangen en geëindigd, en of die in het voorliggende geval – gelet op alle omstandigheden – is overschreden. Dat maakt het lastig(er) de rechtseenheid te bewaken.

De belastingkamer van de Hoge Raad heeft op 19 februari 2016<sup>342</sup> een overzichtsarrest gewezen, waarbij enerzijds de staande jurisprudentie in kaart wordt gebracht over schending van de redelijke termijn in – niet-punitieve – belastingzaken, en anderzijds wordt geoordeeld over een aantal kwesties die zich met regelmaat in de praktijk voordoen, maar waarover de Hoge Raad zich nog niet had uitgesproken. De Hoge Raad besteedt daarin o.a. aandacht aan de grondslag voor de aansprakelijkheid, gelegen in het algemeen rechtsbeginsel van rechtszekerheid, dat aan artikel 6 EVRM mede ten grondslag ligt. Verder komen een aantal rubrieken aan bod. Allereerst de in aanmerking te nemen termijn en uitgangspunten voor de vaststelling van de redelijke termijn. De Hoge Raad komt tot de slotsom dat – behoudens bijzondere omstandigheden – een totale duur van de belastingprocedure van zeven jaar redelijk kan zijn. De in acht te nemen deeltermijn zijn: twee jaar voor de bezwaarfase en rechtbankprocedure als geheel (waarvan zes maanden voor bezwaar, ook als de inspecteur op grond van artikel 25, lid 1 AWR binnen één jaar uitspraak moet doen op het bezwaar), twee jaar voor de behandeling in hoger beroep, twee jaar voor de cassatieprocedure, en één jaar voor het gerechtshof na verwijzing door de Hoge Raad. De duur van een verzet-procedure wordt geacht te zijn begrepen in de termijn voor afdoening van het beroep of hoger beroep.<sup>343</sup>

334 Zie voor de toepassing van deze regels over kennisgeving van het stellen prejudiciële vragen HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:636 en CRvB 1 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3318.

335 HR 7 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3119.

336 HR 20 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1461.

337 HR 7 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3119.

338 HR 20 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1461; HR 7 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3119; HR 7 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3117; HR 21 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3321.

339 Zie recentelijk CRvB 5 april 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1134; CbB 19 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:116; ABRvS 28 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1041.

340 Zie ook CbB 25 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:71.

341 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, AB 2014/190, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik; NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, O&A 2014/53, m.nt. Sluysmans.

342 HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252, AB 2017/266, m.nt. R. Stijnen; JB 2016/74, m.nt. L.J.M. Timmermans.

343 HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252, AB 2017/266, m.nt. R. Stijnen; JB 2016/74, m.nt. L.J.M. Timmermans en CRvB 6 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3682, AB 2017/115, m.nt. A.M.L. Jansen.

Voor het afdoen van een nevenvordering op grond van artikel 8:73, lid 2 Awb (oud) of een verzoek ex artikel 8:91 Awb geldt een termijn van maximaal één jaar, ook in hoger beroep. Bij de vraag of bijzondere omstandigheden reden geven van genoemde standaardtermijnen af te wijken spelen een aantal factoren een rol, waaronder de ingewikkeldheid van de zaak, de omvang van het te verrichten onderzoek, de verknoptheid met aanverwante procedures, het procesgedrag van partijen en hun gemachtigden, en het belang dat voor de rechtzoekende op het spel staat ('what's at stake'). Onder verwijzing naar de uitspraak van de ABRvS van 29 januari 2014 laat ook de Hoge Raad de vertraging als gevolg van een prejudiciële procedure buiten beschouwing. Bij samenloop van een aanslag en een boete kan in geval van schending van de redelijke termijn compensatie in geld samengaan met een vermindering van de hoogte van de boete. Het recht op compensatie staat los van de inhoudelijke beoordeling van het vernietigingsberoep; ook indien dat beroep zelf – kennelijk – ongegrond is, heeft de betrokkene recht op schadevergoeding als de procedure onredelijk lang heeft geduurd. Wat betreft de hoogte van de schadevergoeding hanteert ook de belastingkamer € 500 per half jaar overschrijding als standaardvergoeding. Dat bedrag geldt ook indien deze forfaitaire berekeningswijze leidt tot een schadevergoeding die hoger is dan het bedrag aan belasting waarop het geschil betrekking heeft. Naast natuurlijke personen kunnen ook rechtspersonen en andere entiteiten in aanmerking komen voor vergoeding van immateriële schade door schending van de redelijke termijn.

Hieronder volgen eerst nog wat losse items, waarna wordt ingegaan op de vraag of de wetgever alsnog met een regeling moet komen. Voor de rechtspraak was een probleem dat schending van de redelijke termijn niet wordt genoemd als schadeveroorzakende handeling in artikel 8:88, lid 1 Awb. Voor zover het bestuursorgaan handelt in strijd met de redelijke termijn kan dat worden geschaard onder artikel 8:88, lid 1 onder c: het niet tijdig nemen van een besluit. Maar handelen of nalaten door de (bestuurs)rechter komt in artikel 8:88 Awb niet voor, zodat kan worden betoogd dat de wettelijke grondslag mist om titel 8.4 Awb toe te passen op verzoeken om schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn door de bestuursrechter. Om adequate rechtsbescherming te kunnen bieden, hebben de bestuursrechters dit "gat" snel gedicht. De bestuursrechters hebben aangenomen dat artikel 8:88 Awb analoog kan en moet worden toegepast bij verzoeken om schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn (net zoals dat is gebeurd met 8:73 Awb).<sup>344</sup>

Een verzoek om schadevergoeding behoeft geen (nadere) motivering indien de redelijke termijn is geschonden; behoudens bijzondere omstandigheden – die het bestuursorgaan dan moet stellen en aannemelijk maken – wordt de belanghebbende verondersteld immateriële schade te hebben geleden in de vorm van spanning en frustratie.<sup>345</sup>

344 ABRvS 15 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:364, AB 2015/165, m.nt. H.P. Wiersema.

345 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2628.

De bestuursrechter hoeft slechts onderzoek te doen naar die bijzondere omstandigheden indien het bestuursorgaan concrete omstandigheden aandraagt die aanleiding vormen te twifelen aan de aanwezigheid van spanning en frustratie, of wanneer de bestuursrechter zelf zulke omstandigheden onderkent.<sup>346</sup> Daarvoor is overigens onvoldoende dat de bestuursrechter het ingestelde beroep kansloos acht. Er is discussie geweest over de vraag of in zaken met een gering financieel belang kan worden volstaan met de constatering dat de redelijke termijn is geschonden. Het gerechtshof had die grens gelegd op zaken met een financieel belang tot € 200. De Hoge Raad is echter van oordeel dat pas sprake is van zaken met een "zeer gering financieel belang" indien de som van de door of aan een bestuursorgaan te betalen bedragen niet meer bedraagt dan € 15.<sup>347</sup> De Hoge Raad toont zich ook van zijn soepele kant door te oordelen dat aan de toekenning van vergoeding van immateriële schade niet in de weg staat dat aan de belanghebbende bijstand wordt verleend op "no cure no pay"-basis, ook niet als die belanghebbende er mee heeft ingestemd dat de vergoeding integraal wordt uitbetaald aan de rechtsbijstandverlener.<sup>348</sup>

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de vraag of ook derde-belanghebbenden, die op de voet van artikel 8:26 Awb als partij tot de procedure zijn toegelaten, in aanmerking komen voor compensatie wegens schending van de redelijke termijn bevestigend beantwoord.<sup>349</sup> Daarbij start de termijn op de dag waarop betrokkene in zijn hoedanigheid van derde-belanghebbende aan het geding deelneemt en eindigt deze met de (eind)uitspraak.

De Centrale Raad van Beroep heeft begin 2014 geoordeeld dat benadeelden in aanmerking kunnen komen voor de wettelijke rente over het (forfaitaire) bedrag aan schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn.<sup>350</sup> Dat de bestuursrechters er voor waken dat de vergoedingen te hoog oplopen, komt naar voren in de uitspraak van de Centrale Raad waarin overschrijding in drie afzonderlijke procedures slechts leidt tot toekenning van één vergoeding, omdat de procedures betrekking hadden op samenhangende besluiten en gelijktijdig gevoerde procedures, zodat van extra spanning en frustratie door de tweede en derde procedure geen sprake was.<sup>351</sup> Dezelfde benadering zien we als benadeelden samen zijn opgetrokken tegen een besluit en in die procedure de redelijke termijn wordt overschreden. De bestuursrechter oordeelt dan dat de totale vergoeding gelijkmatig over de appellanten moet worden verdeeld.<sup>352</sup>

Vergoeding voor schending van de redelijke termijn wordt als hoofdregel alleen op verzoek van de benadeelde toege-

346 CRvB 22 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4478, AB 2017/131, m.nt. A.M.L. Jansen.

347 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:292 en ECLI:NL:HR:2017:293.

348 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:965.

349 ABRvS 1 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:246, AB 2017/267, m.nt. R. Stijnen en ECLI:NL:RVS:2017:270, JB 2017/78, m.nt. J.H. Keinemans.

350 CRvB 30 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:296.

351 CRvB 11 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2999.

352 CBb 5 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ4277 en HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:147. Vgl. ook CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:299. Zie hierover ook de rubriek 'Gedeelde smart is...?' in het overzichtsnummer 2013.

kend. Uitzonderingen kunnen zich voordoen als de rechtbank het tijdig doen van zo'n verzoek onmogelijk heeft gemaakt, bijvoorbeeld door het onderzoek te sluiten en uitspraak te doen zonder de vereiste toestemming van partijen als bedoeld in artikel 8:57 Awb.<sup>353</sup> In een dergelijk geval moet de bestuursrechter ambtshalve beoordelen of sprake is van schending van de redelijke termijn. Volgens de Hoge Raad speelt een concrete aantasting van de persoon (artikel 6:106 BW) in het stelsel van compensatie voor schending van de redelijke termijn geen rol van betekenis meer, omdat wordt geabstraheerd van de vraag of daadwerkelijk spanning en frustratie is ondervonden.<sup>354</sup> Daaruit volgt tevens dat het recht op (immateriële) schadevergoeding kan overgaan op erfgenamen. In een uitspraak van 10 februari 2017 zet het CBB nogmaals uiteen hoe lang een procedure mag duren voordat sprake is van schending van de redelijke termijn. Het CBB maakt daarbij onderscheid tussen punitieve en niet-punitieve zaken, tussen eenvoudige en meer complexe zaken, tussen zaken in een of in twee instanties en acht van belang in welk stadium het verzoek is gedaan. Voor een eenvoudige zaak in eerste en enige aanleg geldt dat de bezwaar- en beroepsprocedure niet langer dan twee jaar mogen duren, voor complexe zaken – zoals tegen een NZa-tariefbesluit – acht het CBB een termijn van twee jaar en zes maanden redelijk.<sup>355</sup>

#### *Op weg naar een wettelijke regeling?*

In het vorige overzichtsnummer is in par. 4.2 ingegaan op de vraag of er behoefte is aan een wettelijke regeling voor compensatie bij schending van de redelijke termijn. De regering heeft een concept-wetsvoorstel uit 2010 hierover ingetrokken en bij gelegenheid van de invoering van titel 8.4 Awb laten weten dat er geen regeling in de maak is, omdat de rechtspraak zich prima blijkt te redden zonder wettelijke regeling. Vastgesteld kan worden dat ook na de standaardarresten van de Hoge Raad en de uitspraak van de grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van 29 januari 2018 de roep om een wettelijke regeling niet is verstomd. De advocaat-generaal Vellinga heeft in zijn conclusie van 6 maart 2018<sup>356</sup> de wetgever opgeroepen nu eindelijk een wettelijke regeling te maken, gelet op tal van niet uit te leggen onbillijke situaties die zich voordoen bij toepassing van de huidige spelregels binnen het strafrecht. Hij pleit er voor die regeling mee te nemen bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Mede in het licht van de ongelijkheid die optreedt bij een overschrijding van de redelijke termijn in de positie van de verdachte enerzijds en het slachtoffer anderzijds meent Vellinga dat de rechter er goed aan zou doen niet meer te overwegen dat de termijnoverschrijding door de enkele constatering daarvan is ver-

effend. Vergoeding van die schade kan immers bij de civiele rechter worden gevorderd. Juist die omstandigheid brengt mee dat die constatering achterwege moet blijven, omdat daardoor het indienen van een vordering in civilibus wordt doorkruist. Die constatering betekent immers dat is vastgesteld dat daarmee de schade is vergoed. Verder bepleit Vellinga de hoogte van de compensatie voor overschrijding van de redelijke termijn te differentiëren in het licht van het oordeel van de strafrechter en de opgelegde straf (levenslang of boete van geringe hoogte, het maakt nog al een verschil). Ongetwijfeld tot teleurstelling van de advocaat-generaal Vellinga is de Hoge Raad niet in zijn betoog meegegaan. De Hoge Raad erkent in zijn recente arrest van 17 april 2018<sup>357</sup> dat toepassing van de rechterlijke spelregels een zekere ruwheid heeft en tot onvolkomenheden kan leiden, maar wil vanwege de praktische hanteerbaarheid van die spelregels niet tot een verdere verfijning overgaan. De Hoge Raad verwijst naar zijn eerdere standaardarresten van 3 oktober 2000<sup>358</sup> en HR 17 juni 2008<sup>359</sup> en memoreert de advocaat-generaal eerder – in 2011 – niet te zijn gevolgd naar aanleiding van zijn pleidooi het geformuleerde beoordelingskader te wijzigen. Na te hebben vastgesteld dat de in 2008 herijkte vuistregels in de praktijk nog steeds voldoen, overweegt de Hoge Raad dat het “op de weg van de wetgever (ligt) de afweging te maken of de huidige wijze van compensatie, waarin het verdisconteren van verdragsschendingen betreffende de redelijke termijn zoveel mogelijk door middel van matiging van de sanctieoplegging geschiedt, geheel of ten dele dient te worden vervangen door een andersoortig stelsel van compensatie, bijvoorbeeld bestaande in een met de straf- of ontnemingszaak samenhangende, laagdrempelige procedure strekkende tot financiële genoegdoening van degenen die door die verdragsschendingen zijn getroffen, al dan niet als onderdeel van of aanvulling op de in het verband van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering voorziene procedure voor schadevergoeding na strafvorderlijk optreden.”

Het oordeel van de Hoge Raad raakt aan de mogelijkheden de Staat voor de burgerlijke rechter aansprakelijk te stellen wegens schending van de redelijke termijn in de strafprocedure, net zoals bij een schending in een civiele procedure. Verder raakt het oordeel van de Hoge Raad aan compensatie door de bestuursrechter bij schending van redelijke termijn in procedures over punitieve besluiten.

#### **9.2 Korošec-aansprakelijkheid**

Voor de overheidsaansprakelijkheid is relevant het arrest *Korošec/Slovenië* van 8 oktober 2015.<sup>360</sup> In de kern gaat het arrest over de vraag of de rechtzoekende in de procedure een faire kans heeft om besluitvorming gebaseerd op medische advisering te betwisten. De Afdeling bestuursrechtspraak

353 Zie HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252, AB 2017/266, m.nt. R. Stijnen; JB 2016/74, m.nt. L.J.M. Timmermans en CRvB 6 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3743, AB 2016/456, m.nt. A.M.L. Jansen. Zie ook CRvB 24 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4533 en CBB 15 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:211.

354 HR 17 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2981.

355 CBB 10 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:55, AB 2017/122, m.nt. A.C. Hendriks; O&A 2017/42.

356 Conclusie PG 6 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:170.

357 HR 17 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:558.

358 HR 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7309, NJ 2000/721.

359 HR 17 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2578, NJ 2008/358.

360 EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. Zie B.J. van Eetkoven, 'De betekenis van de uitspraak Korošec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht', O&A 2016/29.

en de Centrale Raad van Beroep hebben op 30 juni 2017 ge-coördineerde uitspraken gedaan over de betekenis van het arrest voor de Nederlandse bestuursrechtpraktijk.<sup>361</sup> In die uitspraken komt de ‘neutraliteit’ van de door het bestuur ingeschakelde deskundige aan bod. Het begrip “neutrality” heeft betrekking op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een deskundige. Uit de arresten *Korošec*, *Letinčič*, *Spycher* en het arrest van het EHRM van 23 mei 2017 (*Zovko*) leiden de bestuursrechters af dat de omstandigheid dat een deskundige in dienst of in opdracht van een bestuursorgaan adviseert, twijfel aan diens onpartijdigheid kan oproepen, maar dat deze twijfel niet leidt tot een schending van artikel 6 van het EVRM als deze twijfel niet objectief kan worden gestaafd. Daarbij is volgens het EHRM van belang of aan de informatie van de door het bestuursorgaan ingeschakelde deskundige een beslissend gewicht is toegekend en of elke partij een redelijke kans of gelegenheid krijgt om haar zaak te bepleiten zonder dat er sprake is van een substantieel nadeliger positie ten opzichte van de wederpartij. De toetsing van de bestuursrechter kent drie stappen. Stap 1 houdt in dat het bestuursorgaan, indien hij een medisch advies aan zijn besluitvorming ten grondslag legt, ingevolge artikel 3:2 van de Awb zich ervan dient te vergewissen dat dit – naar wijze van totstandkoming – zorgvuldig en – naar inhoud – inzichtelijk en concludent is. Indien het advies niet aan deze eisen voldoet, zal het daarop gebaseerde besluit reeds daarom in rechte geen stand kunnen houden. In stap 2 wordt de gelijkwaardigheid van partijen beoordeeld. De kern van het beginsel van ‘equality of arms’ is daarin gelegen dat tussen partijen evenwicht moet bestaan met betrekking tot de mogelijkheid om bewijsmateriaal aan te dragen. Dit stelt de bestuursrechter in staat om een onafhankelijk en onpartijdig oordeel te geven. In verband met mogelijke twijfel aan de onpartijdigheid van de medisch adviseur van het bestuursorgaan moet de rechter de vraag beantwoorden of een belanghebbende voldoende ruimte heeft gehad tot betwisting van de medische bevindingen van die deskundige, bijvoorbeeld door zelf medische stukken over te leggen. Indien op grond van het geheel aan gegevens wordt vastgesteld dat geen ‘equality of arms’ tussen het bestuursorgaan en de belanghebbende bestaat, zal de bestuursrechter moeten waarborgen dat dit evenwicht wordt hersteld. Als een belanghebbende (medische) stukken overlegt, moet de bestuursrechter beoordelen of deze stukken een redelijke mogelijkheid voor die belanghebbende vormen om hem van zijn standpunt te overtuigen. Is dit niet het geval of als het de belanghebbende in redelijkheid niet kan worden tegengeworpen geen nadere medische stukken ter onderbouwing van zijn beroep te hebben ingediend, dan ligt het op de weg van de bestuursrechter aan de belanghebbende zo nodig compensatie voor deze bewijsnood te bieden, bijvoorbeeld in de vorm van de benoeming van een onafhankelijke medisch deskundige. Het voorgaande betekent niet dat de bestuursrechter in zaken waarin een medisch advies,

afkomstig van een aan het bestuursorgaan verbonden deskundige, aan de besluitvorming ten grondslag is gelegd en waarin dat advies voor de rechter van doorslaggevend belang is voor de beoordeling van het geschil, steeds een onafhankelijke deskundige moet benoemen. Als een belanghebbende een rapport in de procedure inbrengt dat is opgesteld door een door hem ingeschakelde medisch deskundige, is in het algemeen voldaan aan het vereiste van gelijke procespositie. Dit kan onder omstandigheden een rapport of een verklaring van een behandelaar zijn. Als de bestuursrechter niet ingaat op een verzoek om een deskundige te benoemen, om de belanghebbende compensatie te bieden voor de gestelde bewijsnood, zal die afwijzing gemotiveerd moeten worden. Daarbij is niet zozeer beslissend de vraag of de bestuursrechter in de kwaliteit en de wijze van totstandkoming van de medische adviezen aan het bestuursorgaan aanleiding moet zien een medisch deskundige te raadplegen, maar of de belanghebbende voldoende gelegenheid heeft gehad om in voldoende mate weerwoord te bieden aan die adviezen. Stap 3 betreft de inhoudelijke beoordeling. De belanghebbende kan met een contra-expertise de inhoudelijke juistheid van een medisch advies aan het bestuursorgaan betwisten. Met stukken van zijn behandelaars kan hij de zorgvuldigheid, inzichtelijkheid en concludentie van zo'n advies aan de orde stellen dan wel in het kader van artikel 8:47 van de Awb concrete aanknopingspunten aanvoeren voor twijfel aan de inhoud daarvan. Dit kan voor de rechter aanleiding zijn om een deskundige te benoemen. Bij afwijzing van het verzoek om een deskundige in te schakelen, moet de bestuursrechter motiveren waarom hij zich op basis van de door partijen ingebrachte medische informatie voldoende in staat acht het tussen hen bestaande geschil te beslechten.

Sinds het verschijnen van het arrest *Korošec* in 2015 is daarop talloze malen een beroep gedaan voor de bestuursrechter, met name in arbeidsongeschiktheidsgeschillen, maar ook daarbuiten.<sup>362</sup> Dat beroep slaagt overigens zelden. Dat neemt niet weg dat de toetsing door de bestuursrechter van op medische adviezen gebaseerde besluiten van bestuursorganen moet voldoen aan de eisen geformuleerd door het EHRM in o.a. het arrest *Korošec*. Voldoet die besluitvorming daar niet aan dan zal dat doorgaans leiden tot vernietiging van het besluit en staat de weg open voor vergoeding van schade. Die schade zal dan moeten worden vergoed door het bestuursorgaan dat het onrechtmatige besluit heeft genomen. Schadevergoeding kan ook aan de orde zijn als de bestuursrechter ten onrechte geen ongelijkheidscompensatie heeft geboden door zelf een deskundige in te schakelen. Dan gaat het om staatsaansprakelijkheid. Bij de vraag of er aanleiding is materiële schade te vergoeden is van belang de vraag of het gebrek in de besluitvorming (de schending van artikel 6 EVRM) kan worden hersteld en, zo ja, wat daarvan de uitkomst is. Indien het bestuur bij het voorbereiden van het nieuw te nemen besluit alsnog een neutrale medisch adviseur inschakelt of de bestuursrechter benoemt alsnog

361 ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674, AB 2017/365, m.nt. L.M. Koenraad en A.M.L. Jansen en CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, AB 2017/367, m.nt. A.M.L. Jansen.

362 Zie bijv. CRvB 3 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1335, ABRvS 25 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1415, Rb. Rotterdam 30 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2576.

een medisch deskundige en die adviseur/deskundige komt inhoudelijk tot eenzelfde conclusie als de eerder geraadpleegde medische deskundige(n), dan zal er doorgaans geen reden zijn voor materiële schadevergoeding. De schending van de beginselen van 'fair trial' en 'equality of arms' kan wel reden zijn voor vergoeding van geleden immateriële schade. In het arrest *Korošec* is de staat Slovenië door het EHRM veroordeeld tot vergoeding van immateriële schade, naar billijkheid vastgesteld op € 5.000.

## 10. Afronding

Net als vijf jaar geleden stellen wij ons opnieuw de vraag wat de koers is van het aansprakelijkheidsrecht. Wordt gekozen voor een koers in de richting van het adagium 'ieder wordt geacht zijn eigen schade te dragen', of wordt gekoerst in de richting van 'de overheid wordt geacht ieders schade te dragen'?<sup>363</sup> Toen signaleerden wij dat op hoofdlijnen de tendens een terughoudende is. Dat beeld behoeft nog immer geen correctie. Wat de precieze invloed op deze tendens is van de Awb-titels over overheidsaansprakelijkheid valt in dit stadium nog niet goed te zeggen. Over vijf jaar, als er veel meer rechtspraak over titel 8.4 is en de Wet na-deelcompensatie in werking is getreden, zal dat anders zijn. Ook valt dan wellicht meer te zeggen over de gevolgen op de omvang van de overheidsaansprakelijkheid van een andere wet, namelijk de Omgevingswet. Die wet laat goed zien hoezeer het kan verkeren in het land van de overheidsaansprakelijkheid: waar het Nederlandse planschadestelsel onder artikel 49 Wro tot de meest ruimhartige ter wereld behoorde, is zij thans, onder de Wro, meer in lijn met het na-deelcompensatierecht gebracht, maar onder de Omgevingswet zal het planschaderecht – als alle plannen ongewijzigd doorgaan – substantieel worden versoerd. Voor het overige bleven grote ontwikkelingen in de wetgeving uit.

Wij durven de stelling niet aan dat met de inwerkingtreding van titel 8.4 en titel 4.5 Awb het overheidsaansprakelijkheidsrecht niet langer een doolhof zou zijn. De 'taartverdeling' waarvoor titel 8.4 Awb heeft gekozen zal voor een leek niet eenvoudig te doorgronden zijn. De handhaving van een stelsel van limitatieve opsommingen in de Omgevingswet houdt het planschaderecht ook in procedureel opzicht gecompliceerd. Ook de leer van de formele rechtskracht blijft een terrein vol voetangels en klemmen. De vraag wanneer een burger nu bij de bestuursrechter of bij de burgerlijke rechter moet procederen is, zo blijkt uit de in par. 4.1 opgenomen taakverdelingsregels, nog immer niet uitgekristalliseerd, al is er juist in de afgelopen periode ook veel verduidelijkt.

Toch is er ook wel iets positiefs te melden. Zo moet het worden gewaardeerd dat er veel aandacht is voor afstemming van rechtspraak tussen de civiele rechter en de bestuursrechter. Interessant is bijvoorbeeld dat, na jarenlange niet volledig op elkaar aansluitende rechtspraak van de civie-

le rechter en de bestuursrechter inzake het causaal verband bij vernietigde besluiten, de Afdeling in 2015 met de *Biolicious*-uitspraak heeft getracht het gat tussen beide rechters te dichten. Uit par. 2.2 is naar voren gekomen dat er nog wel verschillen zijn, maar het is evident dat het nastreven van rechtseenheid bij Afdeling en de Hoge Raad hoog op de agenda staat. Daarvan zagen we in de afgelopen periode nog een voorbeeld in de vorm van de 'knip'-uitspraak, waarin een grote kamer (waarin ook een lid van de Hoge Raad zitting had) uitspraak deed over de vraag hoe moet worden omgegaan met de € 25.000-grens uit artikel 8:89 lid 2 Awb. Ook hier hadden de beide colleges nadrukkelijk oog voor het bewaken van de rechtseenheid: de burgerlijke rechter kan niet meer oordelen over de vergoeding van schade waarover de bestuursrechter binnen zijn bevoegdheid heeft beslist. Aan de andere kant houdt de burgerlijke rechter een eigen bevoegdheid voor wat betreft de schade die het geclaimde bedrag van € 25 000 te boven gaat. Een laatste voorbeeld van een ontwikkeling die in dit verband moet worden genoemd is de overzichtsuitspraak over planschade, die in de praktijk zeer gunstig is ontvangen. Dit soort instrumenten – al dan niet uitdrukkelijke afstemming van rechtspraak, de instelling van een grote kamer, overzichtsuitspraken – kunnen zeker op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht een zinvolle bijdrage aan de rechtsontwikkeling leveren. We kijken met spanning uit naar wat de komende vijf jaar ons gaan brengen.

<sup>363</sup> Zie over dit soort vragen ook de bijdragen in: M. Faure & T. Hartlief (red.), *De Spier bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Wolters Kluwer 2016.