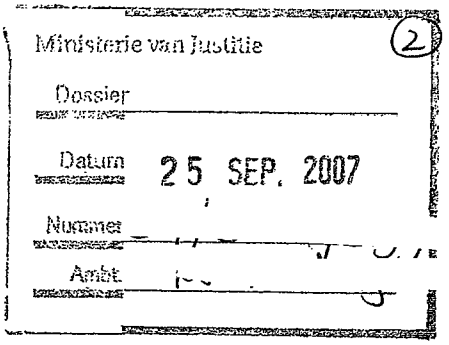
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Mr. E.M.H. Hirsch Ballin
Minister van Justitie

Directie Wetgeving
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG



Datum 18 september 2007 **Kenmerk**

Inzake: Voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten

Zeer geachte heer Hirsch Ballin,

Bij brief van 4 juni 2007 hebt u ons ter consultatie toegezonden het voorontwerp van wet tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met bepalingen over schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen alsmede met procedurele bepalingen inzake schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.

Gaarne bieden wij u hierbij ons advies aan.

Hoogachtend,

W.J.M. Davids
President

J.W. Fokkens
Procureur-Generaal

Bijlage: 1

Advies inzake voorontwerp schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad

(1) Het voorontwerp bevat een voorstel tot opneming van twee algemene regelingen in de Awb, titel 4.5 over nadeelcompensatie en titel 8.4 over schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten. De toelichting noemt hiervoor twee redenen. De eerste is dat een algemene wettelijke grondslag voor toekenning van nadeelcompensatie ontbreekt. Een nieuwe titel 4.5 in de Awb voorziet daarom in een algemene regeling. De tweede is dat de verdeling van bevoegdheden tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter thans (voor de rechtzoekende burger) onoverzichtelijk is. Het voorontwerp vereenvoudigt de toegang tot de rechter.
(2) Beide redenen kunnen worden onderschreven. Een algemene wettelijke grondslag voor en een regeling van nadeelcompensatie betekenen een stap voorwaarts. Het ontwerp laat de mogelijkheden voor verdere rechtsontwikkeling in zoverre open dat andere beginselen onder omstandigheden ook een grondslag kunnen vormen voor een verplichting tot schadevergoeding wegens rechtmatig overheidshandelen (p. 17), maar naar onze mening kan ook het tegendeel gebeuren: eenmaal in de wet neergelegd, verkrijgt het égalité-beginsel exclusiviteit.
(3) Wat de toegang tot de rechter betreft, zal met betrekking tot nadeelcompensatie de bestuursrechter in beginsel bevoegd zijn en wat schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen betreft, blijft het primaat bij de burgerlijke rechter. Ook deze keuze lijkt ons juist. De bestuursrechter is vertrouwd met de afwegingen die de overheid moet maken bij het nemen van besluiten met het oog op de belangen van betrokkenen en op het algemeen belang. De bestuursrechter kan dan ook het best beoordelen of de overheid voldoende rekening heeft gehouden met deze belangen en of een besluit voor een belanghebbende onevenredig nadeel oplevert als bedoeld in art. 4.5.1 lid 1. Tussen de belangenafweging ten aanzien van het besluit en het geleden nadeel zal in het algemeen een hoge mate van samenhang bestaan. De burgerlijke rechter is juist deskundig met betrekking tot aansprakelijkheid en is vertrouwd met de vaststelling van schadevergoeding op vele gebieden. De materie van de onrechtmatige daad en daaruit voortkomende schade behoort tot het domein van de burgerlijke rechter. Ook voor de rechtseenheid en rechtsontwikkeling is het goed dat hierop geen uitzondering gemaakt wordt.
(4) De bestuursrechtelijke procedure is niet toegesneden op vorderingen tot schadevergoeding, omdat in die procedure nu eenmaal het bestreden besluit centraal staat. Wat de nadeelcompensatie betreft, gaat de toelichting uit van de verwachting dat de bestuursrechter als regel bereid zal zijn met toepassing van art. 8:72 lid 4 Awb eventuele nadeelcompensatie zelf af te doen, doch deze verwachting lijkt in verband met de terughoudendheid van de

bestuursrechter op dit punt nog erg onzeker. Wat de schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad betreft kiest het ontwerp voor principiële bevoegdheid van de burgerlijke rechter, met uitzondering van schadevorderingen veroorzaakt door een besluit waarover de Centrale Raad van Beroep of de belastingkamer van de Hoge Raad als enige of hoogste rechter oordeelt, en van schadevorderingen tot en met € 5.000 waarvoor een afzonderlijke verzoekschriftprocedure is opgenomen in de Awb waarin de bestuursrechter beslist op een verzoek van de onrechtmatig benadeelde. De exclusieve bevoegdheid van de bestuursrechter in schadezaken als gevolg van een onrechtmatig besluit waarover de Centrale Raad van Beroep of de belastingkamer van de Hoge Raad als enige of hoogste rechter oordeelt, lijkt in verband met de aard van die zaken, die voorzover bekend ook niet talrijk zijn als gevolg van de reeds bestaande dwingend-wettelijke regelingen van rente- en proceskosten, gerechtvaardigd uit een oogpunt van zowel duidelijkheid voor de rechtzoekende als afdoeningsdoelmatigheid. Hoewel de voorgestelde regeling het nemen van een afzonderlijk schadebesluit, met alle daaraan verbonden bezwaren, overbodig maakt, roept zij wel een nieuwe soort procedure in het leven. De verzoekschriftprocedure komt bovendien voor kleine zaken niet exclusief in de plaats van doch staat naast de mogelijkheid van een dagvaardingsprocedure bij de kantonrechter. Beide procedures hebben een nogal verschillend karakter. Voor de (uitslag van de) kantonrechterprocedure geldt bovendien een appeldrempel (art. 332 lid 1 Rv).

(5) Op de voorgestelde toedeling van nadeelcompensatie aan de bestuursrechter en schadevergoeding bij onrechtmatige daad aan de burgerlijke rechter worden belangrijke uitzonderingen gemaakt. Wat de nadeelcompensatie betreft, blijft een aanvullende rol over voor de burgerlijke rechter, namelijk ingeval van schade bij rechtmatige wetgeving in formele zin en schade bij rechtmatig strafvorderlijk optreden, zij het dat op dat laatste punt separate en wellicht exclusieve strafvorderlijke wetgeving wordt voorbereid (zie het verslag van een schriftelijk overleg, vastgesteld op 21 maart 2006, Kamerstukken II 2005-2006, 29 271, nr. 4, blz. 3 en 5). Wat de bevoegdheid met betrekking tot schadevergoeding bij onrechtmatige daad betreft bevat het voorstel, zoals onder (4) reeds opgemerkt, twee uitzonderingen op de bevoegdheid van de burgerlijke rechter: in ontwerp-art. 8:89, lid 1, Awb wordt de bestuursrechter exclusief bevoegd voor het geval de schade wordt veroorzaakt door een besluit waarover de Centrale Raad van Beroep of de belastingkamer van de Hoge Raad in enige of hoogste instantie oordeelt, en in ontwerp-art. 8:89, lid 2, wordt de bestuursrechter naar keuze van de gelaedeerde naast de burgerlijke rechter bevoegd gemaakt ten aanzien van schadevorderingen tot ten hoogste € 5.000,--. In zoverre is de overzichtelijkheid nog steeds voor verbetering vatbaar.

(6) De in de toelichting breed uiteengezette bezwaren tegen het zelfstandig schadebesluit zijn overtuigend.

(7) Dat geldt niet zonder meer voor de motivering van de uitzondering voor kleine schadezaken. Kennelijk, zo valt ook wel enigermate uit de toelichting af te leiden, is het de bedoeling geweest dat de bestuursrechter gevallen van geringe schade gelijktijdig met de beoordeling van het bestuursrechtelijke deel van het geschil kan afdoen, hetgeen efficient zou zijn. Tot dit bedrag wordt een verplichte afzonderlijke gang naar de burgerlijke rechter – dat zou overigens de kantonrechter zijn, bij wie procesvertegenwoordiging niet verplicht is – kennelijk te bezwaarlijk gevonden. Hoewel het de eenvoud en duidelijkheid had gediend als de burgerlijke rechter op dit gebied exclusief bevoegd zou zijn gemaakt, valt voor deze keuze uit oogpunt van proceseconomie ook begrip op te brengen. Een motivering waarom, daarvan uitgaande, de bestuursrechter dan niet voor vorderingen/verzoeken tot en met € 5000 exclusief bevoegd is gemaakt, ontbreekt, hoewel een dergelijke exclusiviteit zou overeenstemmen met de wens dubbele bevoegdheden uit te bannen. Voordeel van een parallele bevoegdheid is dat degene die schade heeft geleden de keuze heeft en met name bij twijfel over de hoogte ervan dadelijk voor de burgerlijke rechter kan kiezen. Voordeel is ook dat als bij de bestuursrechter blijkt dat de schade hoger is dan € 5000, deze het verzoek tot en met dit bedrag toch mag behandelen en geen compententieprobleem ontstaat, zij het dat de belanghebbende vervolgens voor het meerdere de burgerlijke rechter zou moeten adiëren, hetgeen geen vereenvoudiging genoemd kan worden. Hiervoor is er al op gewezen dat beide procedures nogal verschillen van karakter. Wordt voor vorderingen/verzoeken beneden € 5.000 de gelaedeerde de keuze gelaten zoals voorgesteld, dan zou een *una via* stelsel overwogen kunnen worden, inhoudende dat vanaf een bepaalde proceshandeling (conclusie van antwoord? verweerschrift?) niet meer teruggekomen kan worden op de ingeslagen procedurele weg.

(8) Voor beide bestuursrechtelijke trajecten geldt dat zij een ander bewijsrechtelijk regiem hebben dan dat van de civiele procedure. De ontwerpers verwachten kennelijk dat de bestuursrechter zich in de kleine schadegevallen zal oriënteren op de regels van het bewijsrecht zoals dat in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering is geregeld (p. 49).

(9) Aan te nemen valt dat ook in de bestuursrechtelijke procedure van ontwerp-art. 8.88 de gewone regels met betrekking tot aansprakelijkheid en schade (en wat dit betreft vooral afdeling 6.1.10 BW) van toepassing zijn. Divergentie is hier in het algemeen al niet wenselijk. Dat geldt nog sterker in een stelsel waarin voor verzoeken beneden de € 5.000 zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter bevoegd zijn. Daarom ware te bepalen dat de bestuursrechter zich

richt op de jurisprudentie van de burgerlijke rechter met betrekking tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige (overheids)daad .

Voor de nadeelcompensatie is afdeling 6.1.10 niet van overeenkomstige toepassing verklaard (p. 21). Een deugdelijke motivering hiervoor ontbreekt. De algemene bepalingen van deze afdeling zijn juist van dien aard dat zij in het algemeen wel van overeenkomstige toepassing zouden kunnen en daarom zouden moeten zijn. Overeenkomstige toepassing laat voldoende ruimte voor uitzonderingen op grond van specifieke eigenaardigheden van de nadeelcompensatie. In het midden latend of de regel dat het bestuursorgaan de vorm van schadevergoeding bepaalt in alle gevallen wel zo nodig is, zou de hoofdregel van art. 6:103 BW dat schade in geld wordt vergoed, ook hier moeten gelden. Als het bestuursorgaan een redelijk aanbod heeft gedaan tot herstel van nadeel in een andere vorm dan geld, kan de rechter immers beslissen dat geen grond voor vergoeding in geld bestaat omdat in redelijkheid geen nadeel behoeft te worden geleden.

(10) In aansluiting op het vorenstaande kan ook een kanttekening worden geplaatst bij het tweede lid van ontwerp-art. 4.5.1. Daarin komen enkele algemene bepalingen van afdeling 6.1.10 BW in rudimentaire vorm terug. Het ware beter in plaats daarvan te verwijzen naar deze afdeling, althans dezelfde bewoordingen te gebruiken. Dan zou ook art. 4.5.4 goeddeels overbodig zijn en beter worden voldaan aan de gedachte van harmonisatie. Overigens verdient opmerking dat het leerstuk van de risicoaanvaarding, ook al moet daaraan in het kader van de nadeelcompensatie wellicht nog enige zelfstandige betekenis worden toegekend, als zodanig reeds geruime tijd uit het burgerlijk recht is verdwenen en thans onder het leerstuk van de eigen schuld van art. 6:101 BW valt en daarmee in een ruimer kader is geplaatst (vgl. HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 inz. Dekker/Van der Heide). Ook de verplichting om schade te beperken valt onder art. 6:101. Het lijkt niet heilzaam dat het bestuursrecht zich hier als gevolg van terminologische verschillen meer dan noodzakelijk zou verwijderen van het civiele recht.

(11) De mogelijkheid van verwijzing door de Raad van State naar een andere "hogerberoepsrechter" in een procedure over een nadeelcompensatiebesluit lijkt uit praktisch oogpunt een aantrekkelijke nieuwe ontwikkeling, maar wij zouden, zeker als het een verwijzing naar de belastingkamer betreft, in dit opzicht in verband met voor de hand liggende principiële bezwaren hier grote terughoudendheid willen bepleiten. Wij merken daarbij op dat wij geen geval van nadeelcompensatie bij rechtmatige belastingheffing kunnen bedenken. Deze twee overwegingen tesamen zouden aanleiding kunnen zijn om geen verwijzingsmogelijkheid naar de belastingrechter op te nemen.

(12) De suggestie van C.N.J. Kortmann (in zijn artikel in Overheid en Aansprakelijkheid van augustus 2007, p. 134) dat een schadeverzoek ook al tijdens de bezwaarprocedure kan worden ingediend, lijkt ons de moeite waard om in overweging te nemen.

(13) Ten slotte volgen hier nog enkele detailopmerkingen.

a) Art. 4.5.1 lid 3 en 4.5.2: het begrip schadeoorzaak lijkt ons minder gelukkig, vooral ook omdat hier kennelijk is bedoeld de gebeurtenis waaruit de schade voortvloeit. Het woord "schadeoorzaak" zou telkens kunnen worden vervangen door het (in art. 4.5.6 ook gebruikte) begrip "schadeveroorzakende gebeurtenis".

b) Art. 4.5.4 lid 2 onder c, dat voor de nadeelcompensatie een eigen regel geeft voor het ingangstijdstip van de wettelijke rente, regelt niet het geval waarin de schade reeds voor de aanvraag is geleden; dit dwingt ertoe de aanvraag zo vroeg mogelijk in te dienen. Het komt ongewenst voor dat de benadeelde louter om de aanspraak op vergoeding van wettelijke rente te doen ingaan reeds een aanvraag moet doen, waarop ingevolge art. 4.5.5 in beginsel binnen acht weken moet worden beslist. Ter voorkoming van onnodige procedures zou de bepaling kunnen luiden: "de wettelijke rente vanaf de ontvangst van de aanvraag dan wel een daaraan voorafgaande aanzegging van wettelijke rente, of indien ...".

c) Art. 4.5.6 lid 1 bevat een formulering waaruit volgt dat de verjaring in elk geval na 20 jaar plaatsvindt, maar uit de toelichting blijkt dat het de bedoeling is dat ook hier het bestuursorgaan van een beroep op verjaring mag afzien, althans dat de mogelijkheid daartoe open blijft. Enige verduidelijking zou hier wellicht nuttig zijn.

d) Art. 4.5.6 lid 2: is voldoende duidelijk wat wordt bedoeld met "in rechte onaantastbaar is geworden"? Is bedoeld dat geen gewoon rechtsmiddel, dat wil zeggen bezwaar of (hoger) beroep, meer open staat? Zo ja, waarom dan niet die termen gebruikt?

e) Art. 8:88: moet in de eerste regel achter "op verzoek" niet worden toegevoegd: "van de belanghebbende"?

f) Art. 8:91: duidelijk moet zijn dat ook in dit geval een schriftelijk verzoek gedaan moet worden en dat een afzonderlijke procedure wordt gevoerd, waarbij het risico bestaat dat een feitelijke instantie verloren gaat, als het verzoek pas in hoger beroep wordt ingediend.

Den Haag, 18 september 2007