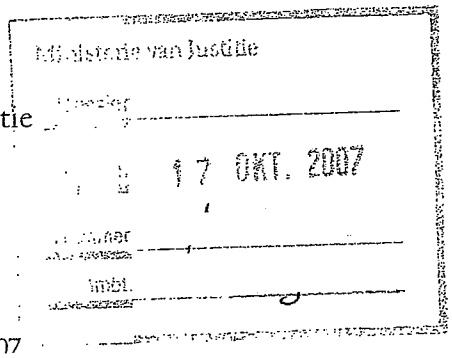
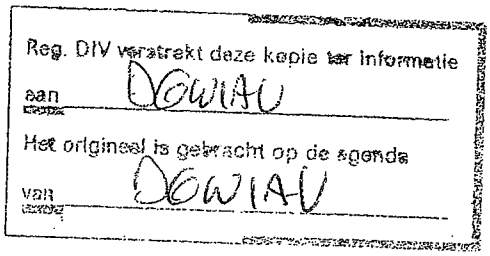
NEDERLANDSE
ORDE VAN
ADVOCATEN





De Minister van Justitie
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Den Haag, 16 oktober 2007
Uw kenmerk:
Doorkiesnummer:
E-mail:
Dossiernummer:

CDW

Voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten

Mijnheer de Minister,

Bij brief van 4 juni 2007 verzocht u mede namens uw ambtgenote van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de Nederlandse Orde van Advocaten om commentaar op 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.

Het hoofdbestuur van de Orde, de Algemene Raad, heeft het wetsvoorstel voorgelegd aan zijn Adviescommissie Bestuursrecht. De Algemene Raad sluit zich aan bij de opmerkingen en aanbevelingen van de Adviescommissie, en verwijst u daarvoor naar het bijgevoegde advies.

De Algemene Raad verzoekt u het advies bij uw overwegingen te betrekken.

Deze brief met het preadvies stuur ik per gelijke post aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

Met de meeste hoogachting,
namens de Algemene Raad,

A.C.M.J. van Eekelen,
hoofd beleidsontwikkeling

Bijlage

NEUHUYSKADE 94 2596 XM DEN HAAG POSTBUS 30851 2500 GW DEN HAAG
TELEFOON 070 335 35 35 FAX 070 335 35 31 HTTP://WWW.ADVOCATENORDE.NL
POSTBANK 79000

PREADVIES

van de

Adviescommissie Bestuursrecht

van de Nederlandse Orde van Advocaten

inzake

het voorontwerp schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad

I. Inleiding

Bij brief van 4 juni 2007 heeft de Minister van Justitie ondermeer aan de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten het genoemde voorontwerp voor advies toegezonden. Het belang van het onderwerp waarop het voorontwerp ziet is groot, zowel voor de rechtszoekende als voor diens rechtshelper. Er is dan ook alle aanleiding op het ontwerp te reageren.

Eerst zal een samenvatting van de hoofdpunten van het advies worden gegeven.
Bij de bespreking van het voorontwerp zal eerst in algemene lijnen op het ontwerp worden ingegaan. Daarna wordt dieper ingegaan op de diverse onderdelen en de daarbij aan de orde zijnde problematiek.

II. Samenvatting advies

1. Schade bij rechtmatig handelen

a. materiele recht

Het wetsontwerp codificeert het egalité beginsel. De Commissie ziet dit als een versmalling van de grondslag die niet wenselijk is. Het ware beter te zoeken naar een bredere algemene grondslag. Deze zou naar het oordeel van de Commissie gevonden kunnen worden in de tekst van (bijvoorbeeld) art. 49 WRO. Dat zou betekenen dat de formule "schade lijdt of zal lijden, welke redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven" als grondslag voor bestuurcompensatie zou kunnen dienen.

b. formele recht

De inleiding van het geschil door middel van een verzoek aan de rechter heeft zijn voordelen. Maar de commissie is alles wegende tot het oordeel gekomen, dat dit in deze zaken, waarbij de grondslag van het verzoek niet ligt in de vernietiging van een welomschreven besluit, toch

problemen kan opleveren bij de rechtsingang. De weg van een aanvraag om schadevergoeding, leidende tot een besluit waartegen bezwaar en beroep open staat, heeft het voordeel dat het geschil kan uitkristalliseren.

De Commissie meent echter dat een snelle afdoening gezien de voorprocedure in de rede ligt. Bevorderd zou moeten worden, hetzij door een daarop gerichte bepaling, dan wel door een uitdrukkelijke uiteenzetting op dit punt in de memorie van toelichting, dat zelf in de zaak te voorzien wenselijk is.

2. Schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten

De keuze van het ontwerp voor de verdeling van de rechtsmacht is naar het oordeel van de Commissie niet zonder meer een verbetering. Aansluiting zoekend bij de overweging van de Hoge Raad in Staat / Zevenbergen (Hoge Raad 15 november 2002, AB 2003/59) is de Commissie is van oordeel, dat er niet voldoende aanleiding is om op het thans bestaande systeem van de keuzemogelijkheden terug te komen. Wellicht is er ruimte voor een uitdrukkelijker regeling met betrekking tot de wisseling van het ene spoor naar het andere (civiel rechterlijk of bestuursrechterlijk), maar de principiële keuzevrijheid dient naar het oordeel van de commissie te blijven bestaan.

III. Uitgangspunten voorontwerp

De overheid veroorzaakt bij de uitvoering van haar beleid soms schade bij burgers.
De nagestreefde doelen zijn echter legitiem en het overheidshandelen is rechtmatig.
Moet de burger dan toch met de schade blijven zitten? Zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter hebben voor dit probleem oplossingen gezocht. Dat heeft geleid tot een diversiteit aan bestaande nadeelcompensatieregelingen. Ook de manier waarop de rechtsbescherming tegen beslissingen van de overheid over schade vorm heeft gekregen, is ingewikkeld. Dat is aanleiding geweest om voor het nadeelcompensatierecht te streven naar harmonisatie. Daartoe is het thans aan de orde zijnde voorontwerp gepubliceerd.

Uitgangspunt daarbij is dat er tot op heden een algemene wettelijke grondslag voor de vergoeding van bestuurscompensatie ontbreekt. Er is weliswaar een aantal wetten met een bepaling op grond waarvan onevenredige schade veroorzaakt door overheidsbesluiten of handelingen voor vergoeding in aanmerking komt. Men noemt artt. 5.20 en 5.21 Wet milieubeheer, art. 41 Grondwaterwet en art. 49 WRO (Planschade). Daarnaast zijn er diverse beleidsregels te noemen, zoals de Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute en de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat. Plaatselijke regelingen zin hierbij niet in de beschouwing betrokken.

Voor al deze nadeelcompensatieregelingen geldt dat een besluit dat op grond daarvan is genomen, een besluit is waarbij bezwaar en beroep ingevolge de Algemene wet bestuursrecht. openstaat. Niet van belang is of de nadeelcompensatieregeling moet worden aangemerkt als een wettelijk voorschrift of een beleidsregel.

Ook indien een specifieke nadeelcompensatieregel ontbreekt, kan een benadeelde soms aanspraak maken op schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen.
Art. 3:4 lid 2 van de Awb kan basis zijn voor de beoordeling van een verzoek om schadevergoeding. Uitgangspunt van een dergelijk besluit is dat de evenredigheid tussen het te bereiken doel (bijv. de aanleg van een nieuwe weg) en de gekozen middelen (het opbreken van de weg met daardoor schade voor aanwonenden) slechts kan worden bereikt indien schadevergoeding wordt aangeboden. Gebeurt dat niet, dan kan het besluit de toets der kritiek niet doorstaan.

Dat geeft aanleiding tot veel verwikkelingen en rechtsvragen die niet dienstig zijn voor een spoedige en eenvoudige afwikkeling van de vergoeding van het geleden nadeel. Onder deze omstandigheden ligt het zoeken naar een algemene regeling, zoals de studiegroep voorstelt, voor de hand. De concept-memorie noemt een aantal voordelen van de voorgestelde regeling:

- De veelheid aan (deels buitenwettelijke regelingen) wordt geüniformeerd.
- De eenvoud en overzichtelijkheid van ons rechtsstelsel neemt toe.
- Het schadeaspect kan in een afzonderlijk besluitvormingsproces en (zonodig) in een afzonderlijke uniforme bestuursrechtelijke rechtsgang aan de orde komen.
- De discussie over de vergoeding van schade leidt niet tot oponthoud van de besluitvorming over een op zichzelf gewenste ontwikkeling (bijv. de aanleg van een weg).

Zoals blijkt uit een aantal artikelen in diverse tijdschriften (G.M. van den Broek, resp. C.N.J. Kortman, Overheid en Aansprakelijkheid augustus 2007, blz. 119 t/m 135 en K. de Graaf en A.M. Marseille, J.E.M. Polak en T. Barkhuysen, NJB 2007 / nummer 32) onderschrijft men dat er aanleiding is voor een aanpak van de breed ervaren knelpunten bij de verkrijging van schadevergoeding voor rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad, maar tevreden is men niet.

1. Schade bij rechtmatig handelen

a. materiele recht

Het wetsontwerp codificeert het in de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State d.d. 18 februari 1997 (AB 1997, 143) geïntroduceerde egalité beginsel. Deze keuze sluit aan bij de huidige lijn van de Afdeling Bestuursrechtspraak, zoals deze recentelijk werd bevestigd in de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State d.d 8 november 2006 (AB

2007/252). Het is echter de vraag of de tekst hier bevredigt. Ook in de toelichting op het ontwerp wordt gesignaleerd dat andere grondslagen voor vergoeding van onevenredige schade bij rechtmatig handelen zijn aan te wijzen. Men noemt in de literatuur ondermeer het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel van art. 1 eerste protocol bij het EVRM

Gezien de voorgestelde tekst van het ontwerp bestaat de kans dat er een versmalling van de basis voor bestuurscompensatie zal optreden. Dat is blijkens de toelichting niet de bedoeling. Naar het oordeel van de Commissie is er bij een veralgemening van de grondslag dan ook aanleiding naar een algemenere grondslag te zoeken. Deze zou naar het oordeel van de Commissie gevonden kunnen worden in de tekst van (bijvoorbeeld) art. 49 WRO.
Dat zou betekenen dat de formule "schade lijdt of zal lijden, welke redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven" als grondslag voor bestuurcompensatie zou kunnen dienen. Aan de hand van de daarover gevormde jurisprudentie is een afgewogen stelsel ontstaan, dat door zijn open karakter over de hele linie toepasbaar is.

b. formele recht

Bij de termijn voor indiening wordt aangesloten bij de regeling van art. 3:310 BW. De aanvraag moet worden ingediend binnen vijf jaar, nadat de benadeelde bekend is geworden met de schade en met het voor de schade verantwoordelijke bestuursorgaan.

Praktisch gesproken strekt het voorstel tot verduidelijking en stroomlijning van de procedures met betrekking tot bestuurscompensatie. Dat doel wordt op zichzelf bereikt.
De vraag rijst waarom dan niet wordt gekozen voor de hierna te bespreken procedure voor schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten. Daar kan immers rechtstreeks een verzoek om schadevergoeding bij de rechter worden ingediend. Geconstateerd moet worden dat het voorstel een duidelijke scheidslijn aanbrengt tussen de procedure schadevergoeding wegens rechtmatig handelen en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten.

De vraag is of die scheiding terecht is. De inleiding van het geschil door middel van een verzoek aan de rechter heeft zijn voordelen. Maar de commissie is alles wegende tot het oordeel gekomen, dat er in deze zaken, waarbij de grondslag van het verzoek niet ligt in de vernietiging van een welomschreven besluit, toch problemen kunnen ontstaan bij de rechtsingang. De weg van een aanvraag om schadevergoeding, leidende tot een besluit waartegen bezwaar en beroep open staat, heeft het voordeel dat het geschil kan uitkristalliseren. De rechter kan dan ook makkelijker tot een beoordeling van de aanspraak komen. Dat lijkt ook daarom zinvol, omdat een snelle afdoening gezien de voorprocedure in de rede ligt. Bevorderd zou moeten worden, hetzij door een daarop gerichte bepaling, dan wel door een uitdrukkelijke uiteenzetting op dit punt in de

memorie van toelichting, dat het dan wel op de weg ligt van de rechter om zelf in de zaak te voorzien en niet de zaak voor hernieuwde beoordeling na vernietiging terug te zenden.

2. Schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten

Het materiële recht wijzigt daarbij niet. Centraal staat hier de verdeling van de rechtsmacht en de gerechtvaardigdheid van de keuze die daarbij is gemaakt. Kort gezegd komt het erop neer dat de bestuursrechter bevoegd is op verzoek een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade die de belanghebbende lijdt als gevolg van:

A. een onrechtmatig besluit;
B. een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit of
C. het niet tijdig nemen van het besluit.

Deze regeling beperkt zich echter tot de belastingkamer van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep, omdat alleen daar sprake is van een twee-partijen relatie, die in zijn algemeenheid uitkristalliseert in een beschikking die zich richt tot één geadresseerde. Kern van de problematiek is daar dan ook het besluit dat de schade heeft veroorzaakt.

Voor de besluiten waarbij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven bevoegd zijn, wordt in zijn algemeenheid de burgerlijke rechter de bevoegdheid gegeven om te oordelen over verzoeken om schadevergoeding. Daarbij is echter wel uitgezonderd een verzoek met schadevergoeding tot ten hoogste € 5.000,=, met inbegrip van de wettelijke rente. Tot dat bedrag blijft de thans bestaande mogelijkheid om te kiezen in stand.

De vraag rijst of dit nu de vereenvoudiging is, waar de memorie van toelichting op ziet. De vraag is ook, of de keuze die thans wordt gemaakt de zaak beter oplost. Weliswaar is Staat / Zevenbergen (Hoge Raad 15 november 2002, AB 2003/59) geënt op artikel 8: 73 AWB, dat in het voorontwerp vervalt. Maar in dat arrest wordt nog eens onderstreept dat de keuzevrijheid die men heeft om voor de bestuursrechterlijke, dan wel voor de civiel rechterlijke weg te kiezen, past in het streven naar een zo volledig mogelijke rechtsbescherming. Ook onderstreept de Hoge Raad in dit arrest dat het met het oog op de rechtseenheid op het gebied van het schadevergoedingsrecht gewenst is dat de regels betreffende de toegang tot de rechter niet uiteen lopen. De commissie is dan ook van oordeel, dat er niet voldoende aanleiding is om op het thans bestaande systeem van de keuzemogelijkheden terug te komen. Wellicht is er ruimte voor een uitdrukkelijker regeling met betrekking tot de wisseling van het ene spoor naar het andere (civiel rechterlijk of bestuursrechterlijk), maar de principiële keuzevrijheid dient naar het oordeel van de commissie te blijven bestaan.

De commissie roept in herinnering dat zij indertijd al heeft gepleit voor concentratie van de rechtsbescherming bij de gewone rechter. De verdeling over een groot aantal bestuursrechters heeft nadelen. De leerstukken die de scheiding tussen de verschillende kolommen moeten schragen blijven met dit voorstel noodzakelijk. In zoverre is het eerder het wegnemen van een aantal symptomen van de problematiek, dan dat de kwaal van het diffuse beeld wordt bestreden.

In zoverre kan de commissie instemmen met de stellingname van Polak (l.c.) dat het voorstel zeker goede elementen bevat, maar dat het de rechtsontwikkeling in het bestuursrecht niet verder helpt.

Zwolle, 10 oktober 2007
Adviescommissie Bestuursrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten