



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Going Dutch in het bestuursrecht: ontwikkelingen in nadeelcompensatie onder de Awb

Voermans, W.J.M.

Citation

Voermans, W. J. M. (1997). Going Dutch in het bestuursrecht: ontwikkelingen in nadeelcompensatie onder de Awb. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3666>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3666>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Going Dutch in het bestuursrecht: ontwikkelingen in nadeelcompensatie onder de Awb

1 Via de varkenspest naar de basis van het bestuursrecht

In de tijd dat deze bijdrage wordt geschreven is Nederland in de ban van de varkenspest. Als een hooibrand verspreidt de ziekte zich vanaf 4 februari 1997 door de provincie Noord-Brabant: van Odiliapeel, via Venhorst en Mill, naar Rijsbergen en later verder door Brabant, Overijssel, Limburg en zelfs Zeeland. Op basis van de Veewet worden ruimuitgezette vervoersverboden voor de besmette gebieden afgekondigd. Duizenden dieren worden in een ware varkensapocalyps — preventief — vernietigd om verdere verspreiding van de uiterst besmettelijke ziekte te voorkomen. Dat lijkt op het eerste gezicht allemaal ver verwijderd van de fundamenteën van het bestuursrecht, echter niets is minder waar.

Al snel na de afkondiging van de eerste vervoersverboden en de groot-scheepse destructie van de varkens doet zich de vraag voor wie de directe en indirecte schade, die tengevolge van de varkenspestmaatregelen optreedt, moet gaan vergoeden. De overheid? Vanzelfsprekend is dit niet. De varkenspestmaatregelen vormen op het eerste gezicht rechtmatige vormen van overheidsoptreden.

En als toch aangenomen moet worden dat de overheid het geleden nadeel moet compenseren,¹ waarin vindt die gehoudenheid dan zijn juridische basis en tot hoever strekt die gehoudenheid van de overheid in zo'n geval? In welke mate wordt bijvoorbeeld die gehoudenheid begrensd door de eigen schuld of het toerekenbare risico van de nadeel ondervindende burger? En als die gehoudenheid inderdaad begrensd is: welke schade dient dan — als normaal maatschappelijk of normaal bedrijfsrisico — voor rekening van de ondernemers te blijven?

* Wim Voermans is onderzoeker bij het Centrum voor wetgevingsvraagstukken en universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht bij de vakgroep staatsrecht, bestuursrecht en bestuurskunde van de KU Brabant.

1 Hetgeen in het geval van deze varkenspestmaatregelen geschiedt door middel van een op de art. 36-38 Veewet steunende — gedeeltelijke — schadeloosstellingsregeling van de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij.

1.1 *Inhoud van deze bijdrage*

In deze bijdrage zal ik op basis van een verkenning van de grondslag en reikwijdte van het recht op schadevergoeding bij — in beginsel — rechtmatig overheidsoptreden trachten de huidige stand van zaken ten aanzien van aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaden te schetsen en een beeld te geven van de rol die de eigen risicosfeer van de burger hierin speelt. Die bespreking zal een momentopname zijn, want juist op dit ogenblik doen zich belangwekkende ontwikkelingen voor op het terrein van het vraagstuk van de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaden. Zo lijkt het er sterk op dat zich — gezien de zelfstandige schadebesluit-jurisprudentie van de meeste bestuursrechters — op dit ogenblik in de breedte van het bestuursrecht een zelfstandig bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht aan het ontwikkelen is, waarbij de bestuursrechter meer en meer zelfstandig de schade-aspecten van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking beoordeelt.² De accentverschuiving van de rechterlijke beoordeling van tot nadeelcompensatie verplichtende besluiten, naar een stelsel waarin de bestuursrechter de basis voor de aansprakelijkheid en de reikwijdte van de schadeplichtigheid zoekt in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, heeft ook grote betekenis voor de positie en de gehoudenheden van de burger. De betekenis en mogelijke ontwikkelingsrichting van dit nieuwe bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsstelsel-in-wording zullen in deze bijdrage worden verkend, evenals de vraag of er een wettelijke regeling moet komen waarin het recht op schadevergoeding ten gevolge van rechtmatig overheids-optreden voor het gehele bestuursrecht als zelfstandig recht wordt vastgelegd.

2 **De geïntensiveerde discussie rondom het leerstuk van de nadeelcompensatie**

De vragen naar de aansprakelijkheid en omvang van de schadevergoeding ten aanzien van — in beginsel — rechtmatige overheidsdaden, ook wel aangeduid als het leerstuk van de nadeelcompensatie,³ staan in bestuurs-

2 Een en ander ook onder invloed van de ruimere mogelijkheden die de Algemene wet bestuursrecht de bestuursrechter biedt om gedingen tussen bestuursorganen en burgers waarin schade-aspecten aan de orde zijn te ontvangen (onder andere via art. 1:3 *jis.* 8:1 e.v. Awb) en af te handelen via de accessoire uitspraakbevoegdheid van art. 8:73 Awb.

3 Dit leerstuk wordt ook wel aangeduid als het leerstuk van de 'bestuurscompensatie'. De aanduiding 'nadeelcompensatie' wordt tegenwoordig meer gebruikt, nu die beter uitdrukt

rechtelijk Nederland de laatste jaren meer dan gebruikelijk in de belangstelling. Verantwoordelijk voor de stroomversnelling in de discussie is in de eerste plaats een uitspraak die de Hoge Raad op 18 januari 1991 deed inzake het geding *Staat/Leffers*.⁴ In deze uitspraak — die ook een varkenspestcasus betrof — bleek de Hoge Raad geneigd de gehoudenheid van de overheid tot nadeelcompensatie op te trekken tot besluitvorming via regelgeving en bovendien tot over de grens van wat voorheen in de jurisprudentie als normaal ondernemersrisico gold. De op basis van deze uitspraak reeds zeer geanimeerde discussie over de gehoudenheid tot en reikwijdte van nadeelcompensatie⁵ kreeg een nadere nieuwe impuls bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Art. 3:4, tweede lid, van die Awb bepaalt namelijk dat de voor een of meer belanghebbende nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Met deze bepaling — die net als het hele stelsel van de Awb erg ‘besluit’-gericht is⁶ — vestigde de Awb nog steeds geen zelfstandig en algemeen recht op nadeelcompensatie. Al net na de inwerkingtreding van het artikel gingen er daarom stemmen op om op het vlak van de gehoudenheid tot bestuurscompensatie de norm van art. 3:4 Awb verder te concretiseren in de vorm van een wettelijke regeling die wel zelfstandig een dergelijk recht tot nadeelcompensatie constitueert.⁷ Deze laatste discussie intensiveert zich momenteel onder invloed van wat inmiddels wel het jurisprudentieconcordaat ‘zelfstandig schadebesluit’ kan worden genoemd. Na de inwerkingtreding van de Awb ontvingen inmiddels zowel de Centrale Raad van Beroep⁸ als de Afdeling bestuursrechtspraak

dat het gaat om de compensatie van enig geleden nadeel

- 4 HR 18 januari 1991, AB 1991, 241, nt FHvdB en RegelMaat 1991, 109, nt R M van Male. Dit arrest wordt ook wel als het *Varkensmesters*-arrest of het *Swill*-arrest aangeduid.
- 5 Zie uit de stroom van publicaties naar aanleiding van deze uitspraak het hartgrondige ‘oneens’ van het bezorgde hoofd Juridische en Bestuurlijke Zaken van Rijkswaterstaat, Directie Zuid-Holland, H A B van Dorst-Tatomir, *Normaal maatschappelijk risico een remedie!*, NTB 1992, afl 9/10, p 307 e v.
- 6 Zie voor fundamentele kritiek op de ‘besluit’-gerichtheid van het bestuursrecht van de Awb, A Q C Tak, *Een volwaardig bestuursrecht*, NTB 1996, afl 9, p 299-300.
- 7 Zie voor enkele geprofileerde stemmen in dit opzicht J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid*, diss. RU Utrecht, Zwolle 1991, p 244-249, J.A.M. van den Berk, *Bestuurschaderecht*, Deventer 1997, p 191 e v., P.J.J. van Buuren, *Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht*, in J.L. Boxum e a (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer 1993, p 92-109, en laatstelijk B van den Berg, *Nadeelcompensatie in natura*, NTB 1996, afl 10, p 336-337.
- 8 Zie CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 40 en AB 1995, 133 nt RMvM, JB 1994, 221. Zie ook B.P.M. van Ravels, *Denk mee met van B!*, in *Rechtspraak bestuursrecht 1994-1995, De annotaties*, Den Haag 1995, p. 59-78.

van de Raad van State⁹ beroepen tegen zelfstandige schadebesluiten, waaraan geen aanwijsbare publiekrechtelijke titel in een wettelijke — of daarmee vergelijkbaar titelverschaffende¹⁰ — regeling ten grondslag lag. Ten opzichte van eerdere jurisprudentie, zeker die van de Afdeling bestuursrechtspraak, vormen deze uitspraken een ommakeer.¹¹ Terecht onderkent Van Buuren in deze jurisprudentielijn een aanzienlijke verschuiving tussen het bestuursrecht en het privaatrecht.¹² Door het verlenen van rechtstoegang ten aanzien van zelfstandige schadebesluiten behoeven de schade-aspecten van bestuursrechtelijke beroepen niet langer nu weer eens wel¹³ dan weer eens niet¹⁴ via de bestuursrechter te lopen. De gang naar de bestuursrechter wordt, enkele uitzonderingen daargelaten,¹⁵ in schadegevallen ten gevolge van overheidsoptreden de regel. Voor de ontwikkelingen op het terrein van de nadeelcompensatie ten aanzien van rechtmatig overheidsoptreden is dat van groot belang. Doordat niet langer in alle gevallen waarin schade is geleden tengevolge van gepretendeerd rechtmatig of onrechtmatig overheidsoptreden een specifieke publiekrechtelijke titel nodig is¹⁶ om de

-
- 9 ABRRS 29 november 1996, AB 1997, 66, nt PvB en ABRRS 18 februari 1997 AB 1997, 143, nt PvB
- 10 Zo kunnen ook beleidsnota's, bestendig beleid en/of beleidsregels een afdoende publiekrechtelijke titel verschaffen voor beroepbare besluiten waarbij nadeel wordt gecompenseerd. Zie onder andere ARRS 9 juli 1990, AB 1991, 229, nt P C E van Wijmen (Metroschade Rotterdam), ARRS 18 november 1987, AB 1987, 554, nt P C E van Wijmen (Kromhout/Rijkswaterstaat), ARRS 5 januari 1988, AB 1988, 230, nt P C E van Wijmen (Toonen/Rijkswaterstaat)
- 11 Ook andere bestuursrechtelijke colleges houden deze lijn inzake de beroepbaarheid van zuivere schadebesluiten aan. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven kende deze lijn al — veel — langer (zie CBb 20 oktober 1972, SEW 1973, p. 53 en CBb 19 juni 1973, AB 1973, 215) en het College van beroep voor de studiefinanciering omarmde deze lijn in 1996 (CBStf 23 mei 1996, JB 1996, 177)
- 12 Noot onder de uitspraak ABRRS 29 november 1996, AB 1997, 66
- 13 Als de reactie op een verzoek tot schadevergoeding een besluit in de zin van de Awb opleverde
- 14 Als de reactie van een bestuursorgaan op een verzoek geen besluit in de zin van de Awb opleverde omdat bijvoorbeeld die reactie vanwege het gebrek aan een publiekrechtelijke titel geen publiekrechtelijk rechtsgevolg in het leven riep
- 15 Er moet bijvoorbeeld wel sprake zijn van connexiteit tussen de beschissing op een schadeverzoek en een appellabel besluit. Indien dit niet zo is zal een beslissing op het verzoek onder de huidige jurisprudentie nog niet worden ontvangen. Zie ook R M van Male, *Het zuivere schadebesluit*, in C P M Cleiren e a (red.), *Voor risico van de overheid?*, Gouda Quint 1996, p. 48-52 over de uiterst fragiele theoretische basis van deze connexiteitsleer. Zie ook B J Schueller, *Schadevergoeding onder de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer 1997, p. 8 e v
- 16 Die titel kan ingevolge de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State al worden gevonden in de omstandigheid dat verzoeker stelt dat het schadeveroorzakende besluit ten gevolge waarvan hij schadevergoeding verzoekt, onrechtmatig is. Een inhoudelijke reactie op zo'n verzoek wordt hierdoor reeds een besluit in de zin van art. 1:3 Awb volgens de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State. Zie de eerdergenoemde uitspraak ABRRS

bestuursrechter te kunnen adieren, verschuift het accent van de oordeelsvorming van de bestuursrechter over schadeveroorzakend overheidsoptreden meer en meer van een loutere beoordeling van een besluit naar een beoordeling van de door het publiekrecht genormeerde rechtsbetrekking tussen overheid en burger zelf.¹⁷ In zekere zin wordt hiermee het bestuursrechtelijke stelsel dogmatisch gecomplementeerd doordat de publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuursorgaan en burger niet langer bij uitsluiting via de gestolde vorm van het Awb-besluit aan de rechter kan worden voorgelegd.¹⁸ Anderzijds wordt al doende wel de bijl aan de wortel

29 november 1996, AB 1997, 66, nt PvB Het publiekrechtelijke rechtsgevolg van zo'n besluit vloeit volgens de Afdeling voort uit het beginsel van het in art 3 4, tweede lid, Awb vervatte beginsel van de 'egalite devant les charges publiques' Zie ABRRS 18 februari 1997, AB 1997, 143, nt PvB Het College van Beroep voor het bedrijfsleven houdt het er op, in aansluiting op deze jurisprudentie van de Afdeling maar met een nog wat traditionelere dogmatische onderbouwing in een recente uitspraak, dat de samenhang — de connexiteit — tussen een publiekrechtelijk schadeveroorzakend besluit en een daaruit resulterend zuivere schadebesluit — in beginsel zonder publiekrechtelijke titel — zelf reden kan zijn om een publiekrechtelijke rechtstoegangverschaffende titel aan te nemen De besluitvorming (en mitsdien beoordeling) omtrent de schade-aspecten van een bestaande publiekrechtelijke rechtsbetrekking maken in deze lijn van redeneren onderdeel uit van de (schadeveroorzakende) publiekrechtelijke rechtsbetrekking zelf Zie ook CBb 19 februari 1997, AB 1997, 144

17 Simon en Schlossels nemen zelfs aan dat — in het verlengde van deze jurisprudentie — weigeringen tot vergoeding van schade tengevolge van *feitelijk* handelen van bestuursorganen aan de bestuursrechter (moeten) kunnen worden voorgelegd Zie H J Simon en R J W Schlossels, Het zelfstandige schadebesluit, nieuwe kansen?, in *Jurisprudentie bestuursrecht 1996*, p 1119 1126 Deze extrapolatie gaat Van Buuren te ver hij meent dat de rechtstoegangsgrens voor de schadebeoordeling bij 'besluiten' zou moeten worden getrokken Schade-aspecten en -beoordeling tengevolge van feitelijk handelen horen volgens hem niet bij de bestuursrechter thuis Voor de schadebeoordeling werken met het criterium van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking is volgens hem (nog) niet — buiten het ambtenarenrecht — te operationaliseren Zie de annotatie van Van Buuren onder ABRRS 29 november 1996, AB 1997, 66 Ik zelf ben geneigd de denkrichting van Simon en Schlossels te volgen Van Buuren's bezwaar snijdt namelijk in zoverre geen hout dat bijvoorbeeld onder de Ambtenarenwet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie al veel langer door verschillende bestuursrechters ervaring is opgedaan met de beoordeling van schade-aansprakelijkheid en schade tengevolge van feitelijke handelingen Het CBb en de CRvB hebben zelfs genuanceerde jurisprudentiecriteria op dit terrein ontwikkeld om te bepalen wanneer feitelijke handelingen wel en wanneer niet ter uitvoering van een publieke taak geschieden Zie onder andere CBb 17 mei 1963, SEW 1963, p 531 en (bijvoorbeeld) CRvB 30 mei 1984, TAR 1984, 177 en CRvB 19 juni 1986 TAR 1986, 213

18 In Nederland is het vooral Tak geweest die zich al meermalen heeft uitgelaten ten faveure van een bestuursprocesrechtelijk geding dat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zelf en niet het Awb besluit tot object heeft Zo stelde hij onlangs nog in een discussie met Scheltema in het NTB 'het bestuursrechtelijke geding zou niet tot een bepaald *besluit* beperkt moeten zijn, maar de gehele *rechtsbetrekking* tot voorwerp moeten hebben, waarbij overigens niet alleen het bestuur, maar ook de burger door de rechter tot de orde geroepen kan worden ()', zie Tak, a w (noot 6), p 299 In dezelfde zin heeft ook Van Male zich in zijn oratie uitgelaten een heldere regeling van de rechtsmacht van de administratieve rechter brengt mee dat alle geschillen over bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen door dezelfde rechter worden afgedaan ' R M van Male, *Onvoltooid recht*, oratie Rotterdam, Zwolle 1993, met

gelegd van het stelsel van de Awb, waarin het besluit-begrip een van de belangrijkste peilers voor de bestuursrechtelijke normering is. Een en ander heeft ook grote betekenis voor de toekomstige ontwikkeling van het leerstuk van de nadeelcompensatie dat zich op grond van deze nieuwste kiemen in de jurisprudentie in een nieuwe richting kan gaan ontwikkelen tot een zelfstandig bestuursrechtelijke aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Zowel de basis voor de aansprakelijkheid als ook de gehoudenheid van de burger behoeven in een compensatiestelsel dat zich baseert op de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking opnieuw doordiening.¹⁹ Vooraleer op die nieuwe ontwikkelingen verder in te gaan, zal ik eerst kort de huidige stand van zaken met betrekking tot het leerstuk van de nadeelcompensatie behandelen.

3 De gehoudenheid tot nadeelcompensatie

In Nederland is er — om met de Afdeling rechtspraak van de Raad van State te spreken — op dit ogenblik nog geen algemene rechtsregel aan te wijzen op grond waarvan de overheid steeds gehouden is tot gehele of gedeeltelijke vergoeding van nadelen ontstaan als gevolg van rechtmatig overheidshandelen.²⁰ Art. 3.4, tweede lid, Awb draagt bestuursorganen weliswaar op onevenredige nadelige gevolgen van besluitvorming zoveel mogelijk te voorkomen, algemene bestuursrechtelijke aansprakelijkheid wordt hiermee nog niet gevestigd. Aanspraken tot vergoeding van geleden schade tengevolge van — vooralsnog — rechtmatig overheidsoptreden kunnen in het bestuursrecht slechts ontstaan indien

- (a) er een bijzondere wettelijke regeling is getroffen die een aanspraak op vergoeding van geleden nadeel vestigt (binnenwettelijke nadeelcompensatieplicht),
- (b) er sprake is van voor een belanghebbende — in vergelijking met anderen — onevenredig nadeel veroorzakend overheidsoptreden dat krachtens het ongeschreven bestuursrecht (in casu het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel) noodzaakt tot compenserende maatregelen (buitenwettelijke nadeelcompensatieplicht).

name p. 36 e v

19 Vergelijk Tak, a.w. (noot 6), p. 302.

20 ARRS 9 juli 1990, AB 1991, 229, nt. P.C.E. van Wijnen (Metroschade Rotterdam).

3.1 De binnenwettelijke nadeelcompensatie

Verschillende bijzondere wettelijke regelingen verplichten de overheid tot het remediëren van schade of nadeel dat door burgers wordt ondervonden ten gevolge van — in beginsel rechtmatig — overheidsop treden. Binnen die tot nadeelcompensatie verplichtende regelingen zijn twee families te onderkennen. Ten eerste is er de Onteigeningswet *cum annexis*.²¹ Deze familie schadeloosstellingsregelingen kenmerkt zich door een bestuurlijke voorprocedure (bijvoorbeeld een aanwijzing ter onteigening of aanwijzingen ten behoeve van een gedoogplicht) gevolgd door een procedure gericht op een in beginsel volledige schadeloosstelling, zo nodig vast te stellen door de gewone rechter. Een andere familie schadeloosstellingsregelingen is ingericht volgens het model van (art. 49 van) de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Wettelijke nadeelcompensatieregelingen van deze soort dragen als gemeenschappelijk kenmerk dat slechts schade of nadeel wordt gecompenseerd, indien en voor zover die schade of dat nadeel redelijkerwijs niet ten laste van de gelaedeerde hoeft te blijven en voorzover in de vergoeding van die schade niet anderszins is voorzien.²² Ook de art. 15.20 en 15.21 van de Wet milieubeheer behoren tot deze familie van schadevergoedingsbepalingen²³ die voorzien in een soort billijkheidscorrectie bij de schadevaststelling in vergelijking met de op totale schadeloosstelling gerichte stelsels van de eerste familie. Zo zal schade ten gevolge van normaal maatschappelijk risico — bijvoorbeeld de intensivering van het verkeer en de daarvoor noodzakelijk verkeersveiligheidsvoorzieningen — of de normale maatschappelijke ontwikkelingen — zoals economische ontwikkelingen — meestal niet voor vergoeding in aanmerking komen op grond van dergelijke bepalingen.

Het verdient opgemerkt dat de wettelijke bevoegdheden tot schadevergoeding op zichzelf geen aansprakelijkheden voor rechtmatig overheidshandelen

21 Tot deze familie behoren bijvoorbeeld ook de Belemmeringenwet Privaatrecht (art. 1), de Rivierenwet (art. 16), de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (art. 32), de Landinrichtingswet (art. 129), de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing (art. 29), e a

22 Art. 49 WRO luidt. 'Voorzover blijkt dat een belanghebbende ten gevolge van a de bepalingen van een bestemmingsplan (), schade lijdt of zal lijden, welke redelijkerwijs met of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven, en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd, kent de gemeenteraad hem op verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toe'

23 Verder behoren onder andere tot deze familie wetten als de Spoorwegwet (art. 68), de Boswet (art. 13), de Monumentenwet 1988 (art. 22), de Ontgrondingenwet (art. 26), de Natuurbeschermingswet (art. 18), de Luchtvaartwet (art. 50), e a

in het leven roepen.²⁴ Deze bepalingen scheppen slechts een — relatieve — verplichting tot schadeloosstelling, die niet gelijk kan worden gesteld met de aansprakelijkheid voor door de overheid veroorzaakt nadeel tengevolge van in beginsel rechtmatig overheidshandelen.²⁵ Die aansprakelijkheid — die wel het gevolg kan zijn van het niet voldoen aan de wettelijk gegeven rechtsplicht tot vergoeding van onevenredig groot nadeel tengevolge van rechtmatig overheidsoptreden — kent echter een andere rechtsgrondslag, namelijk, naar wel wordt aangenomen, in de beginselen van behoorlijk bestuur.²⁶ Deze ongeschreven bestuursrechtelijke rechtsbeginselen, die gedeeltelijk zijn gecodificeerd in art. 3:4, tweede lid, van de Awb, hebben zelfs betekenis voor de bepaling van de aansprakelijkheid in die gevallen waarin is voorzien in een wettelijke schadevergoedingsregeling.²⁷

3.2 *Buitenwettelijke nadeelcompensatie*

Ook uit het ongeschreven bestuursrecht kunnen dus, zoals bleek uit de vorige paragraaf, gehoudenheden tot nadeelcompensatie van overheidsoptreden voortvloeien. Indien bijvoorbeeld door overheidsoptreden, in vergelijking met anderen, onevenredig nadeel aan de positie van belanghebbenden wordt toegebracht, dan vloeit daar op basis van de beginselen van behoorlijk bestuur — met name *het evenredigheidsbeginsel* en het beginsel van de ‘*égalité devant les charges publiques*’ —²⁸ een gehoudenheid tot een billijke nadeelcompensatie uit voort. In de bestuursrechtelijke jurisprudentie en literatuur is nogal geworsteld met de vraag naar de precieze rechtsgrondslag, die ten basis ligt aan de buitenwettelijke gehoudenheid tot nadeelcompensatie.

24 Zie hiervoor ook J.W. van Zundert, *Bestuurschaderecht, vergoeding van schade door planologisch overheidshandelen*, Zwolle 1993, p. 7

25 Vergelijk voor dit onderscheid tussen aansprakelijkheid voor schade en de vraag naar de omvang van de schadevergoeding, zoals dat ook in het BW is doorgevoerd, ook G.J. de Groot, *Vergoeding van planschade*, Deventer 1982, p. 141. Zie ook hierna 3.2

26 Genoemd worden hier meestal het beginsel van de ‘*égalité devant les charges publiques*’ en het *evenredigheidsbeginsel*, soms in combinatie met andere beginselen van behoorlijk bestuur. Zie A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten*, diss. KU Brabant, Zwolle 1995, p. 245. Zie ook J.B.J.M. ten Berge, *Besturen door de overheid*, Nederlands algemeen bestuursrecht 1, Deventer 1996, p. 326-327. Zie ook hierna 3.2

27 Zie onder andere CRvB 26 mei 1987, TAR 1987, 166 en het al eerder genoemde arrest van de HR van 18 januari 1991, AB 241

28 Deze beide beginselen zijn gedeeltelijk gecodificeerd in art. 3:4, tweede lid, Awb. Ook het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel worden wel als subsidiäre rechtsbases genoemd. Zie ook De Moor van Vugt, a.w. (noot 26), p. 245-246 en Ten Berge, a.w. (noot 26), p. 326-327.

tie.²⁹ Overeenstemming over de precieze rechtsgrondslag is er op dit punt nog niet.³⁰

Die last bij het vinden van een eenduidig rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie bij — in beginsel — rechtmatige overheidsdaden heeft ook te maken met het feit dat er bij de beoordeling van de schadevergoeding ten gevolge van overheidsoptreden meestal verschillende juridische vraagstukken tegelijkertijd een rol spelen. Enerzijds speelt de vraag naar de aansprakelijkheid voor het al dan niet rechtmatige overheidsoptreden, anderzijds speelt de vraag naar de omvang van de schadevergoeding. De Groot heeft er onder andere in zijn dissertatie *Vergoeding van planschade*³¹ al in 1982 op gewezen dat in het bestuursrecht nauwelijks onderscheid wordt gemaakt tussen de vraag van de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door de overheid en het vraagstuk van de bepaling van de omvang van de schadevergoeding.³²

3.2.1 De constructie van de overheidsaansprakelijkheid

Zowel in bestuursrechtelijke jurisprudentie als literatuur wordt de rechtmatigheidsvraag ten aanzien van schadeveroorzakend overheidsoptreden vaak op de een of andere manier afhankelijk gemaakt van de vraag of het nadeel dat belanghebbende(n) bij dat overheidsoptreden ondervindt, (voldoende) wordt gecompenseerd.³³ Deze vermenging van vragen heeft tot een aantal debatten en polemieken in de literatuur aanleiding gegeven. Vooral die tussen Bregstein en Van den Bergh naar aanleiding van het zesde *Voorste Stroom*-arrest³⁴ is klassiek geworden.³⁵ In die discussie zag

29 Vergelijk Van den Berk 1991, a w (noot 7), p 13

30 Voor verschillende opvattingen op dit punt J H W de Planque, *Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter*, VAR-reeks 102, Alphen aan den Rijn 1989, p 14; J E M Polak, *Ontwikkelingen in het administratieve schadevergoedingsrecht*, NTB 1993, afl 7, p 249-256 en A J C de Moor-van Vugt, Commentaar bij art 3.4 Awb, in J B J M ten Berge, *Commentaar op de Algemene wet bestuursrecht e a*, losbl 's-Gravenhage

31 De Groot, a w (noot 25), p 141

32 Zie voor deze analyse ook P. de Haan, Th G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 2, bestuurshandelingen en waarborgen, Deventer 1986, p 372-373

33 Zie voor voorbeelden van deze jurisprudentie (in willekeurige voorbeeldreeks en volgorde die illustratief is voor de teneur in de bestuursrechtelijke jurisprudentie) HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 (Voorste Stroom VII), en (recenter) HR 18 januari 1991, AB 1991, 241 (Staat/Leffers), ARRS 20 december 1982, AB 1983, 409 (Paul Krugerbrug II), KB 11 mei 1989, AB 1990, 20 (Baggerspecie de Aarlanden)

34 HR 19 maart 1943, NJ 1943, 312

35 Zie voor een diepgravend commentaar op dit debat H C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht*, rede KU Brabant 1984, waarin hij stelling neemt tegen het 'alles of niets'-denken

Bregstein bij onrechtmatige daden in het algemeen belang een rechtvaardigingsgrond in wording.³⁶ Van den Bergh aan de andere kant vond dat een (overheids)daad niet een 'beetje onrechtmatig' kon zijn, bijvoorbeeld doordat vooralsnog geen nadeelcompensatie is geboden. Hij hield het er op dat een daad óf gerechtvaardigd (is) óf zij is dat niet.³⁷ Zonder te willen vervallen in zwart-wit-denken ten aanzien van het onrechtmatigheidsvraagstuk denk ik dat de positie van Van den Bergh — althans op het punt van de door hem gevolgde redenering³⁸ — bij de huidige stand van inzichten herwaardering behoeft. Een overheidsdaad is, als het gaat om het vaststellen van aansprakelijkheid, onrechtmatig of niet, net zoals daden van natuurlijke personen en rechtspersonen dat al dan niet kunnen zijn.³⁹

3.2.2 De (on)rechtmatigheid van overheidsdaden

De al dan niet onrechtmatigheid van een overheidsdaad valt vast te stellen door na te gaan of in een voorkomend geval de overheid al dan niet zijn wettelijke plicht heeft geschonden of in strijd heeft gehandeld met hetgeen het ongeschreven recht vordert, zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestond. Indien een overheidsinstantie binnen de grenzen van zijn taakstelling, de daarmee samenhangende bevoegdheid, en overigens binnen de grenzen die het geschreven en ongeschreven recht stelt aan de taakuitoefening blijft, dan is een daad rechtmatig te noemen. Druist het handelen van de overheid echter in tegen hetgeen het recht vordert, doordat

van Van den Bergh in de genoemde polemiek, onder verwijzing naar Eggens. Zie verder — in gelijke zin — H C F Schoordijk, *Het (privaatrechtelijk) dogmatisch tekort*, NJB 1996, p. 1005-1006.

36 M H Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad*, RMTh 1951, p. 273 e v.

37 G van den Bergh, *De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad*, RMTh 1952, p. 598 e v.

38 Niet waar het betreft zijn conclusie dat het optreden van de gemeente Tilburg in de *Vle Voorste Stroom*-casus plichtmatig, dus rechtmatig was, want dat was het mijns inziens niet, ook niet onder de toenmalige inzichten in het ongeschreven recht.

39 In deze zin heeft ook Nieuwenhuis zich recentelijk, naar aanleiding van het al meermalen genoemde arrest HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (Staat/Leffers) uitgelaten. Ook hij acht voor het vaststellen en verklaren van de gehoudenheid tot betaling van schadevergoeding de constructie verkieslijk waarbij wordt uitgegaan van de onrechtmatigheid van het overheidsoptreden indien is verzuimd in weerwil van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onevenredig geleden nadeel te compenseren. Nieuwenhuis laat echter nog wel de deur open voor diegenen, die, net als waarnemend A-G Bloembergen in het *Staat/Leffers*-geval, de mogelijkheid open willen houden vanuit de rechtmatigheid van het overheidsoptreden de gehoudenheid tot schadevergoeding te construeren. Zie J H Nieuwenhuis, *De constructie van overheidsaansprakelijkheid*, in C P M Clerrenne a (red.), *Voor risico van de overheid*, Gouda/Quint, p. 11-16.

bijvoorbeeld in weerwil van het evenredigheidsbeginsel onevenredig nadelige gevolgen die aan het optreden zijn verbonden niet worden gecompenseerd dan is *daardoor* de onrechtmatigheid, en daarmee ook — indien zich geen rechtvaardigingsgrond voordoet — de mogelijke aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW gegeven. Redeneringen en argumentaties die er toe strekken de bijzondere positie van de overheid in het recht te benadrukken door er op te wijzen dat — overigens — rechtmatig overheidsoptreden onder het ongeschreven bestuursrecht rechtmatigheidsgebreken kan vertonen die geremedieerd kunnen worden door nadeelcompensatie of een andersoortige behartiging van het algemene belang, zijn in het Awb en Nieuw BW-tijdperk wat uit de tijd.⁴⁰ Onder de Awb wordt overheidshandelen altijd en principieel begrensd door het recht, dat in het geval van overheidsoptreden voor het grootste gedeelte bestaat uit de geschreven en ongeschreven bestuursrechtelijke normen.⁴¹ Noch het algemeen belang, noch de bijzondere positie en verantwoordelijkheid van de overheid in het recht kunnen aan die rechtsbinding van de overheid zelf af doen.⁴² Spreken over schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaden, of aansprakelijkheid uit (de hypothetisch) rechtmatige overheidsdaad, past niet in deze constructie. Dit doet echter niet af aan de omstandigheid dat de overheid in een aantal gevallen een goede reden, of zelfs een rechtvaardigingsgrond (ex art. 6:162, tweede lid, BW) kan hebben, voor schadetoebrengend handelen.⁴³ Indien een valide rechtvaardigingsgrond aanwezig is, dan kan daarmee het onrechtmatige karakter aan een schadetoebrengende handeling ontvallen.

3.2.3 De asymmetrische beoordeling van (on)rechtmatig overheidsdaden

Rechtmatig handelen kan nooit aanleiding geven tot het ontstaan van een juridische aansprakelijkheid. Dat zou, om met Van den Bergh te spreken,

40 Vergelijk ook art 3 1, tweede lid, Awb en art 3 14 BW

41 Zie voor een onderzoek waarin op overtuigende wijze wordt aangetoond dat de bijzondere (maar niet exclusieve) verantwoordelijkheid van de overheid nog niet automatisch tot gevolgen voor de rechtsbinding van overheidsdaden aan — met name — civiele recht hoeft te leiden, H L E. van Dijk, *De aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde beschikkingen*, diss. KU Brabant, Deventer 1990, met name hoofdstukken 1 en 2

42 Vergelijk ook het commentaar van de regering bij 3 41, tweede lid, Awb Zie hierover E J Daalder, e a., *Parlementaire Geschiedenis Awb I*, Memorie van Antwoord II (2 54), p 191

43 Verder wordt de bijzondere positie van de overheid bediend door art 6 168, lid 1, BW dat bepaalt dat de rechter een vordering inhoudende een verbod van een onrechtmatige gedraging kan afwijzen, op grond van het feit dat die gedraging behoort te worden geduld op grond van maatschappelijke zwaarwegende belangen Een benadeelde behoudt in zulke gevallen wel het recht op schadevergoeding

een logische contradictie zijn.⁴⁴ Zowel in het civiele recht als in het bestuursrecht is de wederrechtelijkheid van een daad of besluit de primaire ingang tot de aansprakelijkheid en mitsdien de plicht tot schadevergoeding, al is het in de bestuursrechtelijke procedure ook mogelijk via de rechter een schadevergoeding te krijgen die niet per se het gevolg hoeft te zijn van de onrechtmatigheid van een aangevochten besluit.⁴⁵

Indien aan een besluit rechtmatigheidsgebreken kleven, dan kan de bestuursrechter op basis daarvan een besluit geheel of gedeeltelijk vernietigen (al dan niet met het in stand laten van bepaalde gevolgen), zelf in de zaak voorzien, een en ander mogelijk te flankeren met een dwangsom of een voorlopige voorziening.⁴⁶ Verder kan de onrechtmatigheid van een besluit de bestuursrechter aanleiding geven tot een veroordeling in de door de wederpartij ten gevolge van die onrechtmatigheid geleden schade.⁴⁷ Dat de door de bestuursrechter geconstateerde onrechtmatigheid van een besluit of handeling evenzeer constitutief is voor het ontstaan van aansprakelijkheid voor eventuele schadevergoeding, blijkt ook wel uit het feit dat het oordeel van de bestuursrechter over de al dan niet rechtmatigheid van overheidshandelen in de ogen van de burgerlijke rechter maatgevend is.⁴⁸

Waar de gevolgen elkaar naderen zijn er echter inhoudelijk wel verschillen tussen het burgerlijke en civiele recht op het punt van de schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen. In het systeem van de Awb is de consequentie van de relatie onrechtmatigheid, aansprakelijkheid en verplichting tot schadevergoeding niet op dezelfde manier getrokken als in het civiele recht. De Awb geeft aan belanghebbenden bij besluiten of overheidshandelen geen zelfstandig recht op schadevergoeding. Slechts via het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' bestaat er — om het wat gechargeerd te zeggen — een waarborg voor burgers om niet (althans niet zonder enige compensatie van geleden nadeel) onevenredig hard te worden aangepakt door bestuursorganen.

44 G. van den Bergh, t.a.p. (noot 37), p. 598 e.v.

45 Art. 8:73 Awb maakt het de bestuursrechter namelijk mogelijk om een schadeveroordeling uit te spreken in geval *het beroep* gegrond wordt verklaard. Het bestaan van die mogelijkheid levert echter geen aansprakelijkheid op wegens onrechtmatig handelen, maar verplicht tot schadevergoeding wegens een rechterlijke uitspraak.

46 Zie de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter van art. 8:72 Awb.

47 Zie art. 8:73 Awb.

48 Vergelijk HR 16 mei 1986, AB 1986, 573 (Heesch/Van de Akker). Wordt de onrechtmatigheid door de bestuursrechter uitgesproken wegens strijd met de wet of het ongeschreven recht, dan is daarmee in beginsel ook de schuld aan de onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW gegeven. Zie HR 26 september 1986, AB 1987, 70 (Hoffmann-La Roche) en HR 31 mei 1991, AB 1992, 290 (Van Gog/Nederweert).

Een aanspraak op schadevergoeding wordt in de Awb nergens gegeven: de al dan niet toekenning van schadevergoeding wegens een onrechtmatige overheidsdaad in het bestuursrecht hangt af van de vraag of de rechter zijn schadeveroordelingsbevoegdheid ex art. 8:73 Awb wil toepassen. Het feit dat het bestuursrecht niet zelfstandig op enigerlei wijze de aansprakelijkheid voor onrechtmatig overheidshandelen vestigt, betekent dat voor de vaststelling van de aansprakelijkheid en de mogelijk daaruit voortvloeiende gehoudenheid tot schadevergoeding — binnen het huidige systeem — altijd via de civielrechtelijke weg zal moeten worden vastgesteld. Hierdoor bestaat een merkwaardige asymmetrie: het rechtmatigheidsvraagstuk ten aanzien van overheidshandelen wordt goeddeels door bestuursrechtelijke normen beheerst, terwijl het aansprakelijkheidsvraagstuk voor eventuele onrechtmatigheid voornamelijk wordt beheerst door het civiele recht. Dat verschil in materieelrechtelijk regime is op zich geen probleem, ware het niet dat er ten aanzien van deze twee rechtsgebieden ook twee rechters competent zijn. Voor het rechtmatigheidsvraagstuk is, zeker in het geval het overheidshandelen in de vorm van besluitvorming betreft, de bestuursrechter onder de Awb competent, voor het aansprakelijkheidsvraagstuk en de schadevergoeding nog in veel gevallen de civiele rechter.⁴⁹

3.3 *De wens tot zelfstandig bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht*

In de bestuursrechtelijke literatuur vraagt men zich op het ogenblik steeds meer (en meer in den brede) af of het nog wel gewenst is om voor het vaststellen van de aansprakelijkheid en de mogelijkheid tot schadevergoeding zowel de civiele als de bestuursrechtelijke procedure in de huidige vorm te behouden.⁵⁰ Tot vóór 1993 kon het antwoord alleen maar ten faveure

49 Een probleem is dat art. 8:73 Awb *cum annexis* geen materiele criteria bevat ter bepaling van de schade. Bestuursrechters zoeken hiervoor, in de gevallen waarin ze zelf overgaan tot schadevergoeding, in praktijk zo veel mogelijk aansluiting bij het civiele schadevergoedingsrecht. Op het ogenblik is nog niet geheel duidelijk, zo blijkt uit de evaluatie van de Awb, of er onder de Awb nog veel zaken civielrechtelijk voortgezet worden nadat de procedure voor de burgerlijke rechter is afgerond. Er komen in ieder geval weinig doorverwijzingen ex art. 8:71 Awb voor. Aan de andere kant geven de bestuursrechtelijke colleges weinig actieve voorlichting omtrent de mogelijkheden tot schadevergoeding onder de Awb. Schadevergoedingen komen vooral voor in sociale zekerheidszaken en ambtenarenzaken. Zie voor deze informatie J. B. J. M. ten Berge e. a., *Ervaringen met de Awb het bestuursprocesrecht*, Deventer 1996, p. 257-269.

50 Er is op het ogenblik zelfs een brede roep om te komen tot een algemene uniforme wettelijke regeling op het terrein van de aansprakelijkheid en schadevergoeding in het bestuursrecht. Zie onder andere J. K. Moltmaker, *Schadeveroorzakend overheidshandelen*, 1991, J. A. M. van den Berk 1991, a. w. (noot 7), p. 239 e. v., Van Buuren, a. w. (noot 7), p. 102, Van Male, a. w. (noot 18), met name p. 36 e. v., B. P. M. van Ravels, *Schadevergoeding de*

van die dubbele rechtsgang luiden. Voor de inwerkingtreding van de Awb was de bestuursrechter niet of onvoldoende geëquipeerd om naar aanleiding van geconstateerde onrechtmatigheid ook de daardoor optredende aansprakelijkheid afdoende te doen volgen door vaststelling van de schade-omvang en schade-veroordeling. Verder kende de bestuursrechter niet de uitspraakmogelijkheden die de burgerlijke rechter — zo gevorderd — aan een onrechtmatige daadsactie kan verbinden, kwamen feitelijke overheids-handelingen veelal niet door het bestuursrechtelijke ontvankelijkheidsnet en miste de bestuursrechter daarenboven de expertise om als schaderechter op te treden. De burgerlijke rechter moest binnen dit systeem als reserve-rechter op blijven treden.

Inmiddels is er echter veel veranderd. De bestuursrechter heeft onder de Awb meer mogelijkheden tot schadeveroordeling gekregen, de expertise bij schadevaststelling groeit⁵¹ en, via de jurisprudentie inzake het zelfstandige schadebesluiten, kunnen steeds meer — zo niet alle — beroepen tegen schadeveroorzakend overheidshandelen door de bestuursrechter zelf worden ontvangen en behandeld. Toch zijn er nog zodanige lacunes in het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht en is de coördinatie ten opzichte van de civiele rechtsgang nog zó onvolkomen dat met Van Male terecht gesproken kan worden over de ‘onvoltooide schadevergoedingsregeling’ van de Awb. Zo is de schadevergoedingsregeling van 8:73 Awb — zoals al werd opgemerkt — als bevoegdheid voor de rechter geregeld, is het mogelijk voor zowel partijen als de rechter om in een zaak van rechter te wisselen, of een zaak naar een andere rechter te verwijzen (het zogenaamde dubbele facultatieve systeem), materiële normen voor schadevergoeding ontbreken, etc. etc.⁵² Dat de behoefte aan een geüniformeerde wettelijke regeling op het vlak van het bestuursrechtelijke aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht geen opgeklopt eierschuim is van feestbundelende en orerende bestuursrechtsgeleerden kan eigenlijk wel worden afgeleid uit de jurisprudentie-lijn inzake de zelfstandige schadebesluiten. Bestuursrechters hebben daarmee in ieder geval al voor veel rente- en vertragingsschades een einde gemaakt aan ‘omweggetjes’ via de burgerlijke rechter.⁵³ Van Buuren acht het zelfs heel goed mogelijk dat, indien de rechtsontwikkeling zo doorgaat, voor de burgerlijke rechter straks geen taak meer zal of mag

rechtsmachtverdeling na de invoering van de Awb, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid*, Gouda Quint 1996, p. 61-79 e.v.

51 Zie Ten Berge, a.w. (noot 49), p. 263-269.

52 Van Male, a.w. (noot 18), p. 39-40.

53 Zie onder andere CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 40 en AB 1995, 133, nt. RMvM.

zijn neergelegd als het gaat om de toekenning van nadeelcompensatie.⁵⁴ Dat is wellicht een goed iets voor de rechtzoekende burger die geen dubbele rechtsgangen behoeft te bewandelen. Echter, die ten aanzien van kwestieus overheidshandelen gerechtigheid zoekende burger zou nog veel meer vooruit geholpen zijn indien hij kon voorzien in welke gevallen, en tot welke omvang de overheid aansprakelijk is voor veroorzaakte schade. Het is vooral op dit punt waar de 'onvoltooidheid' van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht zich momenteel, maar zeker in de nabije toekomst, nog het meest doet gevoelen. In welke gevallen kan de overheid nu — tegen de achtergrond van de door de jurisprudentie inzake het zelfstandige schadebesluit veroorzaakte verschuivingen tussen het bestuurs- en privaatrecht — worden aangesproken tot vergoeding van door een belanghebbende geleden nadeel? Welke schade kan op welke manier tot welke hoogte worden verhaald op de overheid? Tot nu konden de antwoorden op deze vragen worden gevonden in het Burgerlijk Wetboek en in civielrechtelijke schadevergoedingsjurisprudentie. Voordat de Algemene wet bestuursrecht in werking trad werd het publiekrechtelijke schadevergoedingsrecht grotendeels geregeerd door de civielrechtelijke onrechtmatige daadsactie en de beoordeling van aansprakelijkheid en schade-omvang door de burgerlijke rechter. In de volgende paragraaf zal ik kort trachten te schetsen welke criteria door de burgerlijke rechter bij de bepaling van aansprakelijkheid en schade-omvang in bestuursrechtelijke zaken werden en worden gehanteerd.

54 Zie ABRRS 29 november 1996, AB 1997, 66, nt PvB, P J J van Buuren, *Grenscorrectie tussen bestuursrecht en privaatrecht via het zelfstandige schadebesluit*, NJB 1997, p 759-764. Van Buuren onderscheidt in zijn laatstgenoemde artikel twee scenario's. In het eerste — mede door van Ravels bepleite — scenario is er geen ruimte meer voor een beoordeling door de burgerlijke rechter indien de bestuursrechter enige mogelijkheid heeft om de schadeaspecten verbonden aan een besluit te beoordelen, in het tweede — mede door Schueller voorgestane — scenario heeft een burger de keuze om bij de bestuursrechter (via bijvoorbeeld een zelfstandig schadebesluit verzoek) of bij de burgerlijke rechter (via een actie ex art 6:162 BW) te adieren. Van Buuren omarmt de eerste optie nu die volgens hem beter bij ons rechtssysteem past en forumshopping en rechtsongelijkheid voorkomt.

4 Aansprakelijkheid in wederzijdse rechtsbetrekkingen en de risicosfeer van de burger

4.1 Criteria voor aansprakelijkheid

In zijn noot bij het arrest *Staat/Leffers* geeft Van Buuren⁵⁵ een aantal criteria die bij de bepaling van de aansprakelijkheid voor en de omvang van de schadevergoeding van — voorsnog — rechtmatige overheids-handelen een rol (moeten) spelen:

- (a) het moet gaan om schade die een gelijke behandeling van rechtsgenoten verstoort doordat de schade bij een of enkele personen of een kleine groep van personen terecht komt, terwijl anderen in een min of meer gelijke positie niet getroffen worden;
- (b) het moet schade betreffen die niet geacht kan worden te behoren tot het normaal maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico;
- (c) hierop aansluitend: niet voor vergoeding in aanmerking komt een schade die veeleer het gevolg is van voorzienbare maatschappelijke ontwikkelingen (denk aan de ontwikkelingen van het verkeer) dan van daarop volgende overheidsbesluiten;
- (d) de schade mag niet toegerekend kunnen worden aan eigen handelen of nalaten van de gedupeerde;
- (e) de schade mag niet gerekend kunnen worden tot een risico dat de gedupeerde uitdrukkelijk heeft of geacht moet worden te hebben aanvaard.

Met deze criteria geeft Van Buuren — mede op basis van Van den Berk's analyses⁵⁶ — de huidige stand van zaken in de jurisprudentie ten aanzien van het bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsrecht grotendeels weer.

4.1.1 Slechts directe schade

Van Buuren's criteria laten zien dat in de jurisprudentie de overheid niet voor alle schade⁵⁷ tengevolge van — voorsnog — rechtmatig, maar bijzondere personen of groepen onevenredig zwaar belastend, overheidsop-treden aansprakelijk wordt geacht. De aansprakelijkheid die ontstaat uit

55 Zie P J J van Buuren, Varkensmester, Hoge Raad 18 januari 1991, in F H van der Burg e a. (red.), *AB Klassiek*, tweede druk, Zwolle 1994, p 238

56 Vergelijk Van den Berk 1991, a w (noot 7), p 66-133

57 In beginsel komen alle civielrechtelijk bekende schade-soorten voor vergoeding in aanmerking (ook immateriele schade, letselschade, renteschade, belastingschade, planschade, etc.) Zie voor een overzicht H J. Simon, *Handleiding Awb-praktijk*, Den Haag 1995, p. 297-299.

de onevenredigheid heeft slechts betrekking op de directe gevolgen van het overheidshandelen zelf. De draagkracht van de gelaedeerde, bijvoorbeeld, speelt, buiten enkele gevallen in het milieurecht, nauwelijks een rol.⁵⁸

4.1.2 *Risico-toerekening*

Niet aansprakelijk is de overheid voor schade die het gevolg is van normaal maatschappelijk of normaal bedrijfsrisico (sommige veeziekten worden daartoe wel gerekend)⁵⁹ of die het gevolg is van *een normale maatschappelijke ontwikkelingen* (denk aan de normale bevolkings-, bebouwings- of verkeersontwikkeling⁶⁰). In de bestuursrechtelijke schadevergoedingsjurisprudentie is in het verleden op tal van terreinen door rechters uitgesproken dat schade ten gevolge van overheidsoptreden ten laste behoorde te blijven van de benadeelde omdat het schade betrof ten gevolge van normale maatschappelijke ontwikkelingen of risico's. Uit deze jurisprudentielijn blijkt de letterlijke werking van het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques': slechts de schade ten gevolge van overheidsoptreden die onevenredig en in het bijzonder één benadeelde treft komt voor compensatie in aanmerking. Het nadeel van een gelaedeerde moet worden gezien in het perspectief van het nadeel dat andere betrokkenen lijden ten gevolge van overheidsacties. Dit beginsel maakt ook duidelijk dat het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht een geheel ander fundament kent dan het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht.

4.1.3 *Eigen schuld*

Verder is de overheid niet aansprakelijk voor de schade die door een ander wordt teweeggebracht, of door het eigen handelen of nalaten van de

58 Zie onder andere AGRvS 12 oktober 1988, AB 1989, 234, nt JvdB (Gemeente Barendrecht) en ARRS 22 november 1983, AB 1984, 154. Zie voor verdere voorbeelden Van den Berk 1991, a w (noot 7), p 102 e.v.

59 Schade ten gevolge van varkenspestepidemieën en de daarbij horende minder ingrijpende overheidsmaatregelen zoals vervoersverboden, worden in beginsel gerekend tot het normale bedrijfsrisico van varkenshouders, zie ABRRS 30 maart 1995, AB 1995, 375. Zie voor de grenzen van dit normale bedrijfsrisico ook de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest 18 januari 1991, AB 1991, 241, nt. F.H. van der Burg (Staat/Leffers) op dit punt. Volgens Van Dorst-Tatomir interpreteert de Hoge Raad het normale bedrijfsrisico erg eng waardoor via onrechtmatige daadsacties tegen de overheid (te) veel ondernemingskosten op de maatschappij worden afgewenteld. Zie Van Dorst-Tatomir, a w. (noot 5), p 312-313.

60 Zie voor een voorbeeld KB 15 juni 1983, AB 1983, 467, nt BldvN (Omzetderving Hellevoetsluis).

gedupeerden zelf is ontstaan. Onder deze vormen van door bijvoorbeeld door *eigen schuld* ontstane schade vallen ook die vormen waarbij gedupeerden hebben verzuimd schadebeperkend te handelen.⁶¹ De basis voor deze eigen schuldverrekening in het nadeelcompensatierecht wordt gevonden in art. 6:101 BW en de jurisprudentie op het terrein van de eigen schuld bij (on)rechtmatige overheidsdaden is vergelijkbaar met die op het terrein van de 'gewone' onrechtmatige daad.

Uit de bestuursrechtelijke schadevergoedingsjurisprudentie blijkt dat verwerende overheidsinstanties zich in schadevergoedingsinstanties steeds meer een beroep doen op de eigen schuld van de door een overheidshandelen gedupeerde.⁶² In de zaak *Leffers/Staat* die door de Hoge Raad werd doorverwezen naar de rechtbank Den Haag werd, in kort geding, met succes door de overheid een dergelijk beroep op eigen schuld van Leffers gedaan.⁶³ De druiven waren zuur voor de, inmiddels failliete, varkenshouder Leffers, die zijn cassatieberoep gegrond verklaard zag worden, maar de erop volgende kort geding-procedure verloor omdat de president vooralsnog het eigen-schuld-verweer van de overheid honoreerde.

4.1.4 *Eigen schuld: de schadebeperkingsplicht*

Tot de eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW wordt ook wel de schade gerekend die redelijkerwijs door preventief of schadebeperkend handelen van de benadeelde zelf te voorkomen was geweest. Schueler onderscheidt hier van een aparte van de 'eigen schuld' te onderscheiden categorie: de 'schadebeperkingsplicht'.⁶⁴ In het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht wordt van de benadeelde verwacht dat hij zelfstandig de redelijkerwijs van hem te verwachten maatregelen neemt die de schade kunnen beperken.⁶⁵ Laat een benadeelde dit na dan kan dat aanleiding zijn de uit dat nalaten voortvloeiende schade geheel of gedeeltelijk voor zijn rekening te laten. De kosten voor de schadebeperkende maatregelen kunnen op hun beurt weer wel zelf deel uitmaken van een eventueel toe te kennen schadevergoeding.⁶⁶ Een bijzondere vorm van het voorkomen van eigen

61 Zie voor een voorbeeld CRvB 28 april 1994, JB 1994, 150 en TAR 1994, 135.

62 Zie voor een voorbeeld in een in essentie bestuursrechtelijk geding: HR 22 december 1995, NJ 1996, 301, A&V 1996, p. 35 nt. W.H. van Boom (Mr Osse q.q./Staat). Zie ook ABRRS 3 november 1994, AB Kort 1994, 984.

63 Pres. Rechtbank 's-Gravenhage 7 april 1993, KG 1993, 162, NJ 1993, 479.

64 Zie Schueler, a.w. (noot 15), p. 77-78.

65 CRvB 14 december 1994, AB 1995, 254; CBb 12 april 1988, UVB 1988, 20, nt. HZ.

66 CBb 11 april 1989, UCB 1989, 24, nt. HJS.

schuld door schadebeperking wordt wel eens gezocht in de omstandigheid waarin de benadeelde schade had kunnen voorkomen door tijdig een voorlopige voorziening aan te vragen op grond van art 8 81 Awb. De jurisprudentie is echter nog sterk verdeeld op dit punt. Slechts in een enkele uitspraak wordt dit beroep op eigen schuld van de benadeelde door het niet tijdig aanvragen van een voorlopige voorziening gehonoreerd.⁶⁷ De niet verplichte juridische bijstand en procesvertegenwoordiging in het bestuursprocesrecht lijken mij ook in de weg te staan aan verdere stappen in deze lijn van rechtspraakontwikkeling.

4 1 5 *Quasi eigen schuld*

Naast de genoemde vormen van eigen schuld ex art 6 101 BW bestaan er nog andere vormen van *quasi eigen schuld* die in de jurisprudentie aanleiding geven tot een beperking van de aansprakelijkheid van de overheid. Bij de bepaling van de aansprakelijkheid moet de schade bijvoorbeeld ook niet liggen in door de gedupeerde al *dan niet uitdrukkelijk aanvaarde risico's*, wil ze voor vergoeding in aanmerking komen. Van een dergelijke aanvaarding is sprake indien een bouwvergunninghouder, voordat een vergunningbesluit formele rechtskracht heeft verkregen, toch begint met bouwen. Zowel de Hoge Raad als de Afdeling bestuursrechtspraak nemen aan dat, in gevallen waarin bouwvergunninghouders beginnen met bouwen voordat een beslissing onherroepelijk is, daardoor ontstane schade als aanvaarde risico's en derhalve als eigen schuld in de zin van art 6 101 BW voor rekening van de benadeelden moeten blijven.⁶⁸

Enkele omstandigheden, die ook tot mitigatie van de aansprakelijkheid van de overheid kunnen leiden, bleven in de hierboven opgenomen opsomming van Van Buuren nog onvermeld.

4 1 6 *Voordeelstoerekening en 'behoorlijk burgermanschap'*

De eerste omstandigheid betreft de omstandigheid van de *voordeelstoerekening*, in de zin van art 6 100 BW. Levert een gebeurtenis naast schade tevens voordeel op dan dient dat voordeel, voorzover dit redelijk is te

67 CBB 26 februari 1988 no 87/1367/91/164, ARRS 27 februari 1981, Gemeentestem 6678, nr 2, ARRS 31 juli 1979, AB 1980, 398, Rb 's Gravenhage 4 december 1996, nr 94/12474. Zie verder de literatuur vermeld door Schueler, a w (noot 15), p 79-80.

68 Zie HR 29 april 1994, AB 1994 530, nt FHvdB (Gemeenschappelijke Eigendom's Gravenhage) en Vz ABRRS 11 februari 1994 AB 1994, 386, nt PvB en ABRRS 16 juni 1995, AB 1996, 85.

worden verrekend met de schade, ook in het bestuursrecht.⁶⁹ Verder komt schade waarvan de vergoeding reeds *anderszins* is *verzekerd* ook niet voor vergoeding in aanmerking.⁷⁰

Een laatste groep van omstandigheden die kan leiden tot uitsluiting van aansprakelijkheid wordt gevormd door handelen van de gelaedeerde in *strijd met* wat Van Wijmen de *algemene beginselen van behoorlijk burgersmanschap noemt*.⁷¹ Van Wijmen doelt hiermee op gedrag van burgers dat, in de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen overheid en burger, als (maatschappelijk) onzorgvuldig aangemerkt moet worden. Als voorbeeld noemt van Wijmen de *eis van adequate informatieverschaffing*⁷² en de *eis van — in beginsel — behoorlijke naleving*. Deze verzamelcategorie van onbetamelijk overheidsaansprakelijkheidsbeperkend gedrag wordt nu veelal nog onder de categorie eigen schuld, of eigen risico gebracht, maar ik vind, met alle aandacht die er voor de tweezijdigheid van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is, veel voor Van Wijmen's nieuwe rubricering te zeggen.

4.2 6:100 tot en met 6:102 BW het geëigende kader?

Uit dit overzicht blijkt duidelijk dat bij het vaststellen van en de uitzonderingen op de aansprakelijkheid voor ten gevolge van onevenredig zwaar ingrijpend overheidsoptreden nadrukkelijk, zij het vaak impliciet, wordt gekeken naar afdeling 10 van boek 6 BW. De art. 100 tot en met 102 van boek 6 BW worden toegepast op de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. De vraag is echter of die artikelen wel het geëigende kader vormen voor een beoordeling van de gehoudenheden tot schadevergoeding in de relatie tussen burger en overheid. Het vergt bijvoorbeeld een vertaalslag om te zien op welke manier een burger eigen schuld kan hebben aan schade die wordt veroorzaakt door overheidshandelen. Het handelen van een burger is namelijk van een andere orde dan dat van de overheid. Zo zijn burgers vaak niet eens bevoegd tot het stellen van veel van de daden waarvoor de overheid aansprakelijkheid kan zijn, en is het (mede daardoor) voor gewone burgers veelal onmogelijk om schade te voorkomen. Van letterlijke 'mede-

69 Zie voor een door Van den Berk genoemd voorbeeld KB 27 februari 1984, AB 1984, 443, nt BJvdN

70 Vergelijk ARRS 19 juni 1986, AB 1987, 360 (Mommers/GS Noord-Brabant)

71 Vergelijk P C E van Wijmen, Samenloop van bestuursrecht en burgerlijk recht bij onrechtmatige daad, in H J A M van Geest e a , *Bestuursrecht aan de horizon*, Zwolle 1994, p 145-146

72 Zie ook Schueler, a w (noot 15), p 69 e v

veroorzaking' kan natuurlijk geen sprake zijn ten aanzien van handelingen die een benadeelde zelf niet eens zou kunnen verrichten. Ook de voordeelsverrekening van art. 6:100 BW is niet zonder vertaling toe te passen in de verhouding tussen overheid en burger. Moet het voordeel dat een burger van — in beginsel — onrechtmatig handelen van de overheid kan hebben, niet net als in het geval van het ondervonden 'nadeel' worden afgemeten tegen het voordeel dat andere rechtsgenoten van vergelijkbaar overheidshandelen ondervinden? Het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' speelt, naar mijn indruk, ook hier een rol, zij het dat die in de voordeelstoerekeningsjurisprudentie nauwelijks aan de orde komt

De art. 6:100 tot en met 6:102 BW lijken in het Awb-tijdperk, nog minder dan in het geval was dan in het pre-Awb tijdperk, het aangewezen kader voor het filigrijn van de verrekening van gehoudenheden in geval van schadevergoeding door de overheid bij (on)rechtmatige overheidsdaad. De ongelijkheid in de positie van de burger enerzijds en de overheid anderzijds staan hier in toenemende mate aan in de weg. Binnen het bestuursrecht, maar ook in het civiele recht is sprake van een groeiend besef voor de bijzondere positie van de overheid, ook waar die overheid privaatrechtelijk optreedt. Zo is de overheid ook in het privaatrechtelijke verkeer gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waar een burger dat niet is.

Een — zij het niet direct zichtbare — uitdrukking van die vergrote aandacht en bewustwording van de bijzondere positie die de overheid enerzijds en de burger anderzijds jegens elkaar ook in het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht innemen is de toenemende jurisprudentiële aandacht voor de gehoudenheid van de burger jegens de overheid. In de jurisprudentie onder de Awb bestaat meer en meer aandacht voor wederkerigheid van de rechtsbetrekking tussen overheid en burger bij de vaststelling van de gehoudenheid tot nadeelcompensatie, hetgeen onder andere uit de verscherpte eigen risico- en eigen schuld-jurisprudentie blijkt.

4.3 Afwenteling van nadeel door de overheid

Een van de nieuwste ontwikkelingen op dit punt betreft de discussie rond de bevoegdheid van bestuursorganen tot het afwentelen van onevenredig en daarom — in beginsel te compenseren — nadeel op andere overheden of op burgers.⁷³ Van Male heeft ten aanzien van die in praktijk wel

⁷³ Vergelijk R.M. van Male, Marionette, in: T. Hoogenboom e.a. (red.), *In de sfeer van het administratiefrecht*, (opstellen aangeboden aan W. Konijnenbelt), Utrecht 1994, p. 295-315.

gebezigde vormen van afwenteling van de gehoudenheid tot nadeelcompensatie de stormbal gehesen. Volgens hem worden met een dergelijke manier van doen de grenzen van het legaliteitsbeginsel, en met name het specialiteitsbeginsel, overschreden. Inmiddels is er echter al wel jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State waarin, met de zegen van de Afdeling, een vergunninghouder bij vergunningvoorschrift wordt verplicht de nadelen die derden kunnen ondervinden van het hem vergunde handelen (in casu het plaatsen van een telefooncel) te compenseren.⁷⁴ De rechtbank 's-Gravenhage kon een dergelijke praktijk in een soortgelijk geval evenwel nog niet billijken.⁷⁵ Wat de toekomst brengt op dit punt moet worden afgewacht.

5 Een wettelijke regeling?

Moet er nu een uniforme regeling komen inzake de bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht?⁷⁶ Alom zijn vurige pleidooien gevoerd om tot zo'n regeling te komen.⁷⁷ Die discussies over het wel of niet van zo'n regeling zijn onder invloed van de 'zelfstandig schadebesluitjurisprudentie' van — inmiddels — de meeste bestuursrechters alleen nog maar indringender geworden. Door via de constructie van het — titelloze — zuivere schadebesluit rechtsingang te verschaffen voor beroepen tegen bijna alle vormen van schadeveroorzakend overheidsoptreden heeft de bestuursrechter in feite in zijn algemeenheid de mogelijkheid aan zich getrokken recht te spreken op het gehele terrein van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht. Het enige wat ontbreekt is jurisprudentie of een wettelijke regeling die deze bestuursrechtelijke weg van schadebeoordeling ook tot de exclusieve

74 ABRRS 10 mei 1995, RAwb 1995, nr 72, nt BdeW

75 Rb Den Haag 12 juni 1996, RAwb 1996, nr 82, nt BdeW

76 Van Buuren heeft zelfs in 1993 reeds een concreet voorstel tot een in de Awb op te nemen regeling gedaan, waarvan de kernbepaling luidt Art 4 l

1 Indien een besluit of een handeling van een bestuursorgaan schade tot gevolg heeft die een of meer natuurlijke of rechtspersonen in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan op verzoek van getroffene op zijn verzoek een schadevergoeding toe

2 Geen vergoeding wordt toegekend voor schade die moet worden beschouwd als het gevolg van een normale maatschappelijke ontwikkeling of die behoort tot het normaal maatschappelijk risico van de getroffene

3 Geen vergoeding wordt toegekend voor zover de schade moet worden toegerekend aan het eigen handelen of nalaten van de getroffene

4 Geen vergoeding wordt toegekend voorzover een vergoeding uit andere hoofde voldoende is verzekerd. Vergelijk P van Buuren, a w (noot 6)

77 Zie onder andere de schrijvers vermeld in noot 51

weg bestempelt⁷⁸ De nieuwe mogelijkheden die de Awb — onder andere in art 8:73 — biedt voor de bestuursrechter om de schade-aspecten van bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen te beoordelen en de zuivere schadebesluitjurisprudentie, hebben grote betekenis voor het leerstuk van de nadeelcompensatie. De jurisprudentiele ontwikkelingen rondom het zuivere schadebesluit hebben niet louter betekenis voor de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke en bestuursrechter, ze raken ook aan de fundamentele van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht, zoals ook uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 18 februari 1997 blijkt; de basis voor de aansprakelijkheid van de overheid ten gevolge van (in het aan de orde zijnde geval) rechtmatig overheidsoptreden wordt door de Afdeling gevonden in het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques', een geheel andere basis dus dan die in de gehoudenheid die art. 6:162 BW formuleert ten aanzien van de burgerlijke rechtsverhouding. Verschillende schrijvers, zoals Van Buuren en Polak,⁷⁹ verbinden hier de, door mij onderschreven, conclusie aan dat — gezien deze fundamentele jurisprudentie-ontwikkelingen — de verdere ontwikkeling op het terrein van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht niet langer verder aan de jurisprudentie kan worden overgelaten. Zowel het vraagstuk van de rechtsmachtsverdeling bij de beoordeling van schadevergoeding bij (on)rechtmatige overheidsdaad, als ook het vraagstuk van de fundering van schadeplicht behoeven volgens mij optreden van de wetgever.

Dat het nog niet tot zo'n regeling is gekomen heeft, volgens Van Buuren, te maken met de vrees, die ook de regering tot op dit moment heeft gehad, voor de aanzuigende werking van zo'n regeling.⁸⁰ Ook de vrees voor een ongecoördineerde samenloop met onrechtmatige daadsacties tegen overheidshandelen dat uit anderen hoofde dan onevenredigheid onrechtmatig is, heeft de regeldrift op dit punt tot nog toe getemperd.⁸¹

Het minst dringend lijkt mij de oplossing van het rechtsmachtsverdelingsvraagstuk. In het — recente — verleden hebben bestuursrechter en

78 Zie onder andere Van Buuren, t a p (noot 54), p 763 en B P M van Ravels, *De Afdeling bestuursrechtspraak en het zuivere schadebesluit geen schoonheidsprys*, NTB 1997, p 55-65. Van den Berk zou het echter betreuren indien de bestuursrechtelijke weg exclusief werd. In haar ogen heeft de wetgever juist nadrukkelijk de weg naar de burgerlijke rechter open willen houden die mogelijkheid moet volgens haar ook blijven bestaan. Zie Van den Berk 1997, a w (noot 7), p 207-209.

79 Zie Van Buuren, t a p (noot 54), p 761 en J M Polak, *Het zelfstandig schadebesluit, een zaak voor de wetgever*, in NJB 1997, p 1326.

80 Zie P J J van Buuren, t a p (noot 54) en W Konijnenbelt, 'De laatste loodjes', in J L Boxum e a (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer 1993, p 61-89.

81 Zie P J J van Buuren, t a p (noot 54).

burgerlijke rechter bewezen jurisprudentieel tot sluitende competentieverdelingen te kunnen komen waarbij de burgerlijke rechter steeds op een adequate manier een rest- of reservefunctie wist te vervullen.⁸² Dringender lijkt mij de oplossing van de op tal van fronten nog openliggende rechtspolitiieke vraag naar de grondslag van de gehoudenheid tot schadevergoeding. Voor die grondslag kunnen we inmiddels, zoveel mag duidelijk zijn, niet meer klakkeloos varen op art. 6:162 BW of art. 3:4, tweede lid, Awb. Waar het BW-artikel is geschreven voor de bepaling van de aansprakelijkheid en schadevergoedingsplicht ten aanzien van onrechtmatige daden gepleegd tussen in *beginsel gelijkwaardige partijen*, is de Awb voorziening van 3:4, tweede lid, slechts een onderdeel van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsplicht vestigende rechtsbeginsel 'égalité devant les charges publiques'. Dit beginsel maakt duidelijk dat aansprakelijkheid en schadevergoedingsplicht van de overheid bij het uitvoeren van publieke taken een geheel andere basis kennen dan de aansprakelijkheid en schadeverplichtingen ten gevolge van onrechtmatige daden in het gewone privaatrechtelijke verkeer. Ook de aan art. 6:162 BW annexe regelingen van art. 6:100 tot en met 6:102 BW, betreffende de voordeelstoerekening, eigen schuld en mede-schuld, zijn door die fundamenteel andere basis van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht minder geëigend als kader bij de beoordeling van de schade-omvang ten aanzien van schadeveroorzakend overheidsoptreden. Een wettelijke regeling op dit vlak lijkt mij dan ook ten zeerste gewenst omdat er nu grote onduidelijkheid dreigt op het punt van de aansprakelijkheid van de overheid. Dat is niet alleen nodig voor de evenwichtige ontwikkeling van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht,⁸³ maar zeker ook vanuit de rechtszekerheidsgedachte. Momenteel is dat bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht — toch een van de meer wezenlijke bestuursrechtelijke normen waarmee de inhoud van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking wordt bepaald — nagenoeg geheel door het ongeschreven recht en jurisprudentieel bepaald. Over de basis en de inhoud van dat ongeschreven recht bestaat geen eenstemmigheid en de jurisprudentie is verspreid, vol van constructies, en niet geüniformeerd. Die stand van zaken staat zowat haaks op alle uitgangspunten van de Awb dunkt me, maar verhoudt zich in ieder geval niet met de codificatie- en uniformiteitsgedachte. En zo moet het verhaal over de gedeelde lasten, na een analyse van de manier waarop in het zich tumultueus ontwikkelende

82 Zie voor een van de recente voorbeelden hiervan op het terrein van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht HR 28 februari 1992 NJ 1992, 678, nt. MS, AB 1992, 301, nt. FHvdB (Changoe-arrest).

83 Zie Van den Berk 1991, a.w. (noot 7), p. 246.

bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht tegen de gehoudenheden van schadeveroorzaker en benadeelde wordt aangekeken, eindigen met een aanbeveling om de last en zorg voor de ontwikkeling van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht niet langer voor rekening te laten van de rechter, maar die last te laten delen door de wetgever.