



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Inleiding: coulant compenseren?

Barkhuysen, T.; Ouden, W. den; Tjepkema, M.K.G.

Citation

Barkhuysen, T., Ouden, W. den, & Tjepkema, M. K. G. (2012). Inleiding: coulant compenseren? In *Meijers-reeks* (p. xiii-xxxiii). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19760>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19760>

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

Inleiding: coulant compenseren?

T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema ■

1 INTRODUCTIE VAN HET THEMA VAN DE BUNDEL

Het centrale thema van deze bundel is de wijze waarop rechtspolitieke afwegingen van overheden, rechters en wetgevers de grenzen van de overheidsaansprakelijkheid beïnvloeden. Dat rechtspolitieke afwegingen regelmatig bepalend zijn om de overheidsaansprakelijkheid te begrenzen of uit te breiden, is een feit. De vrees voor een stortvloed aan schadeclaims (het *floodgate*-argument) is verreweg het bekendste rechtspolitieke argument in het aansprakelijkheidsrecht, maar er zijn er veel meer. Ter illustratie kan worden gewezen op de discussie over de aanvaarding van aansprakelijkheid voor falend toezicht. Voorstanders wijzen op de preventieve werking die daarvan zou uitgaan; de mogelijkheid tot aansprakelijkheid zou leiden tot beter toezicht. Ook zou de aanvaarding van aansprakelijkheid van toezichthouders voor falend toezicht goed zijn voor het vertrouwen, en een waarborg bieden dat de belangen van burgers en ondernemingen goed worden beschermd. Tegenstanders van aansprakelijkheid wijzen juist op de potentiële chaos en ontwrichting die zal ontstaan bij de aanvaarding van aansprakelijkheid, zeker bij financieel toezicht. Aansprakelijkheid zou voorts leiden tot defensief, overvoorzichtig gedrag. Feitelijke bewijzen of harde data ter onderbouwing van deze en andere argumenten ontbreken veelal; de discussie is er soms een tussen ‘believers’ en ‘non-believers’.¹

Dat juridische argumentatie vaak politiek geladen is, is niets nieuws. Waar het recht interpretatieruimte laat, bestaat al snel ook ruimte voor rechtspolitieke overwegingen. Dat geldt zeker voor het aansprakelijkheidsrecht, dat wordt gekenmerkt door het gebruik van veel open normen, waarbij het onvermijdelijk

■ Prof. mr. T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam bij Stibbe. Prof. mr. drs. W. den Ouden en mr. dr. M.K.G. Tjepkema zijn hoogleraar staats- en bestuursrecht respectievelijk universitair docent aan diezelfde universiteit. Zij danken – behalve natuurlijk de auteurs van de deelbijdragen – Anne-Marie Krens voor de voortreffelijke lay-outwerkzaamheden en Matthijs Timmer voor zijn onmisbare ondersteuning als student-assistent bij het redigeren van de bijdragen en het maken van het register.

1 B.P.M. van Ravels, ‘Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)’, *NTB* 2011, p. 101.

is dat de concrete invulling daarvan soms vooral een kwestie van politieke voorkeur is.² Het wetgevingsproces is idealiter het forum waarin rechtspolitieke knopen worden doorgehakt en keuzes worden geëxpliciteerd en beargumenteerd. Maar meestal laat de wetgever zich niet uit over de wenselijke richting van het aansprakelijkheidsrecht en belandt deze keuze op het bordje van de rechter, tot frustratie van sommigen.³ Diens uitspraken en arresten bepalen sinds jaar en dag waar de grenzen van de aansprakelijkheid van de overheid worden getrokken.

Soms leidt dat tot (bekritiseerde) uitspraken die getuigen van de wens om de overheid niet te makkelijk onder aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten uit te laten komen, zoals de Afdelingsuitspraak inzake de Amelandse benzinestations.⁴ Rechtspolitieke argumentatie valt echter vaker in het nadeel van de getroffene uit, zoals met name de rechtspraak van Hoge Raad, laat zien. In de jaren '90 overwoog de Hoge Raad nog, op grond van een (al evenzeer bekritiseerde) rechtspolitieke overweging, dat het redelijker is om schade die voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te laten van de collectiviteit dan voor de burger jegens wie dat besluit is genomen.⁵ Of de onrechtmatigheid verwijtbaar was, maakte daarbij geen verschil. Maar recente arresten als *Duwbak Linda* en *Iraanse Vluchteling* hebben een einde gemaakt aan de illusie dat de aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige besluiten een risicoaansprakelijkheid is. Met name de criteria van causaliteit en relativiteit zijn geregeld zo 'geplooid' dat aansprakelijkheid wel of juist niet in beeld kwam. In commentaren op deze arresten krijgt 'rechtspolitiek bedrijven' een pejoratieve bijklank. Het verwijt is dat de Hoge Raad zich bovenal laat leiden

2 Van Dam relateert in dit verband de waarde van aansprakelijkheidsnormen: '[D]e zelfde norm kan leiden tot verschillende uitkomsten, terwijl verschillende normen tot dezelfde uitkomst kunnen leiden. In die zin is de norm eerder een rechtspolitieke geloofsbelijdenis dan een concreet richtsnoer waar de praktijk houvast aan heeft.' Zie C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank', *NTBR* 2010, 30, p. 233.

3 Vgl. de verzuchting van advocaat-generaal Spier in HR 18 april 1998, *NJ* 1998, 726 (*Meiland*): 'De wetgever laat ons in de steek'. Diens conclusies zijn meer in het algemeen een goede illustratie van het feit dat de vraag of een aansprakelijkheid (van de overheid) moet worden aanvaard, niet door strikt juridische argumenten wordt gedictieerd maar in wezen rechtspolitiek van aard is. Zie zijn conclusies bij onder meer HR 17 december 2010, *JB* 2011, 93, m.nt. Schutgens (*Wilnis*), HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430 (*TBS*), HR 20 juni 2003, *NJ* 2005, 289, m.nt. MRM (*Harrida*) en HR 9 november 2011, *NJ* 2002, 446, m.nt. Brunner (*Waterschap de Oude Rijnstromen*).

4 ABRvS 24 december 2008, *LJN* BG8294. Vgl. het commentaar van B.P.M. van Ravels, 'De Amelandse benzinestations – de koers van de Afdeling in het besluitenansprakelijkheidsrecht', *O&A* 2009, p. 37: 'Uiteindelijk komt het er in vergaande mate op neer, dat in dit geval aan het relativiteitsvereiste is voldaan, omdat de Afdeling zegt dat het zo is.'

5 HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113, m.nt. CJHB (*Bedrijfsvereniging Boulogne*). Zie voor kritiek bijv. B.J. Schueler, 'Tussen pech en onrecht', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille en H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: BJu 2006, p. 205 e.v.

door de wens een uitdijende aansprakelijkheid te voorkomen, en zijn juridische onderbouwing op die wens afstemt.⁶ Soms is de kritiek op de Hoge Raad overigens niet zozeer *dat* hij zich van rechtspolitieke argumentatie bedient, maar de wijze waarop dat gebeurt. De werkelijk doorslaggevende argumenten komen uit de uitspraken vaak niet naar voren.⁷ In plaats daarvan worden schijnbaar objectieve juridische argumenten gepresenteerd, die bij nadere beschouwing niet altijd even sterk blijken te zijn of slecht aansluiten op eerdere rechtspraak.⁸

Zoals gesteld lijkt de uitkomst van rechtspolitieke keuzes de laatste tijd te tenderen in de richting van een beperking van de aansprakelijkheid van de overheid.⁹ Maar dit is slechts een deel van het verhaal. De aansprakelijkheid bij rechtmatige overheidsdaad heeft een hoge vlucht genomen; de verstreking van nadeelcompensatie, al dan niet op grond van bijzondere nadeelcompensatieregelingen, is in de overheidspraktijk aan de orde van de dag. Daarnaast gaat de overheid vaker dan in het verleden over tot (ad hoc) onverplichte vergoedingen bij schade ten gevolge van rechtmatig handelen. Ook hier bepalen rechtspolitieke overwegingen de grenzen van de aansprakelijkheid, maar dan in de richting van een ruime, zij het meestal op één bepaalde situatie toegesneden, aansprakelijkheid.

Deze ogenschijnlijk paradoxale situatie – kort gezegd: de verminderde kans om de overheid succesvol uit onrechtmatige daad aansprakelijk te stellen, versus de vergrote kans om een compensatie te krijgen *zonder* het bewijs van onrechtmatigheid te hoeven leveren – is niet nieuw. In het burgerlijk recht is de verschuiving van het ‘schulddenken’ ten faveure van ‘risicocollectivisering’ al jarenlang voorwerp van studie. De onverminderde relevantie van dit fenomeen, dat zich de laatste jaren versterkt lijkt door te zetten, is niettemin een goede aanleiding om dit onderwerp opnieuw op de agenda te plaatsen.¹⁰ Een focus op de relevantie van rechtspolitieke afwegingen bij het ‘collectivi-

6 Zie bijv. C.L.G.F.H. Albers & P.C.E. Heinen, ‘Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend toezicht (I)’, *Gst.* 2008, 138.

7 Zie over ‘verhullend argumenteren’ in dit verband Asser-Vranken, *Algemeen Deel*, p. 28 e.v.

8 Zie voor dergelijke systeemkritiek bijvoorbeeld de noot van Vranken bij HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430 (*TBS*) of de commentaren bij het arrest waarin de Hoge Raad aansprakelijkheid voor rechtmatige formele wetgeving heeft afgewezen (HR 20 maart 2009, *AB* 2011, 224, m.nt. FvO (*Meststoffenwet*)).

9 Zie ook J.E.M. Polak, ‘Ontwikkelingen op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid; over grenzen van privaatrecht en bestuursrecht heen’, *NTB* 2010, p. 323.

10 Zie al eerder C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid. Vooruitzichten van de aansprakelijkheid van de overheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 1995, N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Wie draagt de schade? De allocatie van risico's in het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998 en N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid. Schadevergoeding bij rechtmatige daad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999. Zie voorts het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Evenwichtskunst. Over de verdeling van verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid*, Den Haag 2011.

seren' van risico's leek daarbij een goede invalshoek. Waar wordt bepleit dat risico's ten laste van de *overheid* moeten komen, speelt de rechtspolitieke factor wellicht nog sterker dan in civiele verhoudingen. Au fond komt het daarbij immers aan op de vraag of het redelijk is om de gemeenschap (zoals vertegenwoordigd door de overheid) te laten dragen in de schade van de enkeling. Deze risicoverdeling wordt in belangrijke mate beïnvloed door bestuurlijke en politieke afwegingen. Tal van vragen dringen zich in dit verband op, waarvan we er slechts enkele noemen. Wie dient de leiding te nemen bij de allocatie van risico's: de rechter of de wetgever of – in de context van de rechtmatige daad – het bestuur? Wat is de relevantie van de speciale positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht? Pleit bijvoorbeeld de draagkracht van de overheid vóór of tegen het afwentelen van de schade op de overheid? Verdient het aanbeveling om meer en vaker vormen van immuniteit van aansprakelijkheid in te voeren? Hoe verhouden onverplichte *ad hoc*-compensaties zich tot het legaliteitsbeginsel?

Dit zijn slechts enkele van de vragen waarop de lezer in deze bundel een antwoord kan vinden. Doelstelling is het verkrijgen van meer inzicht in de genoemde paradox en de daarmee verband houdende rechtspolitieke afwegingen van betrokken organen. Hoe kan het rechtspolitieke karakter van het aansprakelijkheidsrecht worden geanalyseerd en gewaardeerd? Op grond van (ver)nieuw(d)e inzichten kan het debat over de invulling van de overheidsaansprakelijkheid naar een hoger niveau worden getild en kunnen de echte (meer principiële) vragen die daarbij aan de orde zijn expliciet centraal staan. Om dit te kunnen bereiken is een brede aanpak gekozen. Niet alleen de onrechtmatige overheidsdaad, maar ook de rechtmatige overheidsdaad, het terrein van de onverplichte compensaties en tendensen op het Europese vlak, zullen de revue passeren. Verder zullen naast juridische ook invalshoeken vanuit de rechtseconomie, bestuurskunde en rechtspsychologie worden gepresenteerd.

Het voorgaande, meer abstracte doel van deze bundel laat onverlet dat de bijdragen daaraan ook zeer bruikbaar zijn voor de (praktijk)jurist die op zoek is naar een stand van zaken van het positieve recht op de verschillende deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht. Dat blijkt ook uit de navolgende bespreking van deze bijdragen, die wordt afgesloten met een vooruitblik in de slotbeschouwing.

2 ALGEMEEN DEEL

In 2006 stelde Schueler de vraag:

'Weten we nog wel goed waarom in het ene geval de overheid de schade moet vergoeden omdat zij aansprakelijk is, in andere gevallen de overheid er zelf voor

kiest om de burger tegemoet te komen zonder dat zij daar rechtens toe verplicht is en in weer andere gevallen de pech bij burgers wordt gelaten?’¹¹

Deze vraag beantwoordt *Damen* in 2012 met een duidelijk ‘nee’. Hij geeft een bont overzicht van min of meer recente gevallen van incidentele tegenslag of pech waarvoor een regeling werd gemaakt of waarin de kwestie aan de bestuursrechter werd voorgelegd. Zo wijst hij op bekende, dramatische casus als de vuurwerkcramp in Enschede en het schietincident in Alphen aan den Rijn, maar ook op klein(er) leed in de vorm van valpartijen op gladde wegen en een ingetrokken vergunning voor een snackkar. *Damen* signaleert een ‘onbedwingbare neiging om hier en daar geld uit te geven’, aan meer of minder zielige gevallen. Opvallend is dat rechtsgrondslag daarvoor vaak onduidelijk is. Ook signaleert *Damen* een gebrek aan consistentie; de vraag waarom de overheid in het ene geval veel coulanter is dan in het andere blijkt lastig te beantwoorden. Veel, zo niet alles lijkt af te hangen van de politieke prioriteiten bij het trekken van de publieke portemonnee. Volgens hem blijft het niettemin zaak dat de keuze om ‘pech’ te compenseren op zijn minst expliciet en draagkrachtig wordt gemotiveerd.

Een belangrijke eigenschap van ons overheidsaansprakelijkheidsrecht is nog altijd dat het *bestuur* een belangrijke stem heeft in het beoordelen van zijn eigen aansprakelijkheid. Daarin komt goed naar voren hoe politiek geladen het overheidsaansprakelijkheidsrecht naar huidig recht soms is. Dit is in de ogen van velen een anomalie, die geen recht doet aan het feit dat de vraag of aansprakelijkheid bestaat in eerste instantie een rechtsvraag is, waarover de rechter het eerste en in elk geval het laatste woord heeft. Deze visie heeft er al toe geleid dat in het voorstel voor een Awb-regeling voor schade ten gevolge van onrechtmatige overheidsbesluiten afscheid is genomen van het zelfstandig schadebesluit, dat plaats heeft gemaakt voor een schadeverzoekschriftprocedure. Bij nadeelcompensatie wordt aan het zelfstandig schadebesluit echter vastgehouden. Op die keuze richt *Schlössels* zijn pijlen. De keuze om bij nadeelcompensatie niet de rechter, maar primair het bestuursorgaan over het bestaan van aansprakelijkheid te laten oordelen, wordt mede gerechtvaardigd door de overweging dat de vraag of en zo ja in hoeverre de schade ten gevolge van rechtmatig overheidshandelen tot het ‘normaal maatschappelijk risico’ behoort, (mede) politiek van aard is. In essentie zou het daarbij immers gaan om de vraag hoever het bestuur mag ingrijpen in de individuele belangen van een burger. Het zou de rechter aan legitimiteit ontbreken om zijn oordeel in dezen in de plaats van dat van het bestuur te plaatsen. Deze in de literatuur gangbare visie wordt door *Schlössels* bestreden. Volgens hem is de gedachte dat bestuursorganen op juridisch bindende wijze invloed kunnen uitoefenen op (vermogensrechtelijke) overheidsaansprakelijkheid vreemd aan ons recht. Bovendien staat zij op gespannen voet met de rechtsstaatgedachte. De vraag

11 Schueler 2006, p. 205 (zie noot 2).

of een vermogensrechtelijke inbreuk in financiële zin moet worden gecompenseerd, is er een die de rechter uiteindelijk moet beantwoorden – en die, zoals zijn bijdrage laat zien, feitelijk ook vaak in de rechtspraak beantwoord wordt. De invoering van een verzoekschriftprocedure, óók in het nadeelcompensatierecht, gooit zijns inziens hoge ogen. In de bijdragen uit het derde deel van deze bundel wordt op deze kwestie ook door andere auteurs ingegaan.

Kwantitatief onderzoek naar overheidsaansprakelijkheid is schaars, zodat de bijdrage van *Marseille en Harryvan* over de afwikkeling van schadege schillen over overheidshandelen in de praktijk in een duidelijke leemte voorziet. Op basis van een exploratief onderzoek gericht op veertig gemeenten brengen zij onder meer in kaart met wat voor soort schadeclaims decentrale overheden nu vooral worden geconfronteerd. De overgrote meerderheid (zo'n 90 procent) van claims die bij gemeenten binnenkomen heeft te maken met schade als gevolg van feitelijk handelen of nalaten, terwijl slechts enkele procenten van die claims betrekking hebben op onrechtmatige besluiten. Een belangrijke bevinding uit hun onderzoek is dat gemeenten zich geheel anders opstellen al naar gelang het om een vergoeding uit onrechtmatige daad of een nadeelcompensatieclaim gaat. Wordt de overheid uit onrechtmatige daad aangesproken, dan verzet zij zich met hand en tand, heel consistent, zelfs bij kleine bedragen. Bij nadeelcompensatie stelt zij zich veel coöperatiever op, door te hechten aan een zorgvuldige vaststelling van feiten en waar nodig deskundigen in te schakelen. De auteurs pleiten voor een minder grote discrepantie tussen beide werelden, door complexe geschillen over onrechtmatige daad eveneens in eerste instantie af te laten doen door een gemeentelijke schadeadviescommissie en de claim niet, zoals thans meestal het geval is, door te schuiven naar de verzekeraar. In de praktijk, zo hebben zij vastgesteld, zit de getroffen partij feitelijk namelijk niet met de gemeente, de tegenpartij, aan tafel, maar spreekt zij vaak alleen met diens verzekeraar over de schade ten gevolge van onrechtmatig overheidsoptreden.

De Mot en Faure voorzien in een rechtseconomische analyse van het fenomeen overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, ook een onderwerp waarover in de Nederlandse literatuur weinig wordt geschreven. De auteurs gaan in het bijzonder in op de doelen van en alternatieven voor overheidsaansprakelijkheid. Een bekend doel, dat vaak ook wordt aangehaald als argument *pro* aansprakelijkheid, is dat aansprakelijkheid prikkels kan genereren voor gewenst gedrag. De voornoemde tendens waarbij overheden hun schade verzekeren kan aan deze preventieve functie van aansprakelijkheid afbreuk doen, nu overheden de schadelast niet direct in hun portemonnee voelen.¹² Schrijvers wijzen erop dat de preventieve functie van aansprakelijkheid ook om andere redenen niet volledig tot haar recht komt wanneer de overheid

12 Vgl. Van Manen & Stutterheim 1998, p. 115: 'Preventie werkt bovendien alleen wanneer de "dader" de schadevergoeding in eigen knip voelt, terwijl verzekeringen in de praktijk de eigen knip buiten schot laten.'

de aangesproken partij is. Waar politici inschatten dat de gevolgen van hun gedrag niet tijdens hun politieke termijn zullen worden gevoeld, zou dit kunnen betekenen dat aansprakelijkheid een weinig efficiënte prikkel vormt. Ook plaatsen zij als kanttekening dat bij de overheid, net als bij andere organisaties, een pervers effect van aansprakelijkheid zou kunnen zijn dat dit de prikkels om wangedrag van ambtenaren op te sporen *reduceert*, aangezien zij dan ook eerder zelf aansprakelijk zal kunnen zijn (verondersteld dat niet de individuele ambtenaar zelf voor fouten opdraait, maar de overheidsrechtspersoon waar deze werkzaam is). Ten aanzien van de alternatieven voor overheidsaansprakelijkheid zien zij slechts een beperkte toegevoegde waarde voor fondsvorming. Voor verzekering van aansprakelijkheid – strikt genomen geen alternatief overigens – zien zij vooral een rol weggelegd voor kleinere overheden, in het licht van hun mogelijk geringere reserves.

Geschillen over aansprakelijkheid dreigen al snel te verworden tot een harde juridische strijd, waarbij beide partijen de hakken in het zand zetten. Brenninkmeijer, Van der Bijl en Van der Vlugt bepleiten een meer welwillende en oplossingsgerichte benadering in schadevergoedingsgeschillen. Die kan eraan bijdragen dat het geschil niet juridiseert en er dus geen rechtspolitieke ‘oplossingen’ aan te pas hoeven te komen. Als Nationale ombudsman heeft Brenninkmeijer al rapporten opgesteld over het schadevergoedingsbeleid bij het Rijk (*Behoorlijk omgaan met schadeclaims*, 2009) en bij gemeenten (*Behoorlijk omgaan met schadeclaims bij gemeenten*, 2011). In deze rapporten vraagt de ombudsman aandacht voor een andere houding van de overheid dan de ‘rechtmatigheidsreflex’, die inhoudt dat de overheid zich beperkt tot wat volgens de regel moet en niet meer dan dat. In hun bijdrage diepen de auteurs één element nader uit: het aanbieden van excuses. Mede op basis van (rechts)-sociologisch onderzoek concluderen zij dat de overheid er goed aan zou doen om in haar bejegening van burgers te kijken wat de geschade burger nodig heeft (de ‘self-other-focus’). Dit kunnen soms excuses zijn, soms een schadevergoeding, en soms een combinatie van beiden, zolang het gekozen ‘instrument’ het vertrouwen tussen burger en overheid maar herstelt. In de bijdrage van Desmet wordt vanuit rechtspsychologische hoek een verdere onderbouwing gegeven van de toegevoegde waarde van excuses om beschaamd vertrouwen te herstellen.

Een politiek-filosofische en bestuurskundige blik op het fenomeen ‘compensatie’ als beleidsinstrument wordt geboden in de bijdrage door Monnikhof. Hij staat onder meer stil bij enkele principiële argumenten die in de beleidspraktijk van belang blijken te zijn om te compenseren, los van de vraag of een rechtsplicht daartoe voortvloeit uit wet- of regelgeving. Compensatie kan als *rechtvaardig* worden ervaren, kan de *weerstand* tegen besluiten verminderen, kan als *stok achter de deur* leiden tot betere besluiten (vgl. de prikkelfunctie) en kan worden gebruikt om de wenselijkheid van een voorgenomen besluit te bepalen. De auteur staat verder stil bij enkele haken en ogen die in de praktijk met compensatie worden ervaren, waaronder precedentwerking, transactiekosten

en de averechtse werking ervan, omdat slachtoffers het soms als *omkoping* zien. Monnikhof stelt in zijn bijdrage ook aan de orde dat er in de praktijk soms coulant wordt gecompenseerd, wellicht zelfs overcompensatie plaatsvindt, omdat de handelende ambtenaren niet precies weten waartoe het bestuursorgaan rechtens verplicht is. Aan de hand van een casus in zijn eigen provincie (Fryslân) laat de auteur zien hoe de genoemde pro's en contra's van argument in een praktijkcasus uitwerken.

3 DE ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD

In haar historische beschouwing laat *Di Bella* zien dat de prominente rol van rechtspolitieke afwegingen een logisch gevolg is van het feit dat de wetgever zich altijd terughoudend heeft opgesteld bij de regeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Toch heeft de wetgever zich in het verleden wel degelijk afgevraagd of er een bijzondere wettelijke regeling van overheidsaansprakelijkheid zou moeten komen. Het ontwerp daartoe, het wetsvoorstel Onrechtmatige Daden Openbare Lichamen (ODOL) heeft de status van wet echter nooit gehaald. Dit voorstel kwam tot stand in een periode (ca. 1950) waarin het grootste deel van de auteurs van oordeel waren dat de aansprakelijkheid van de overheid ('publiekrechtelijke onrechtmatige daden') niet naar dezelfde maatstaven kon worden beoordeeld als de aansprakelijkheid tussen particulieren onderling. In het bijzonder de beleidsvrijheid van de overheid zou haar een bijzondere positie verlenen. Het uitblijven van ingrijpen van de wetgever heeft het 'probleem' van de bijzondere positie van de overheid uiteindelijk op het bord van de rechter gelegd, die eventuele beleidsvrijheid toch een plek heeft weten te geven bij de toets aan de maatschappelijke zorgvuldigheid ex art. 6:162 BW. *Di Bella* betoogt dat daarmee de deur was geopend naar een meer casuïstische en rechtspolitieke invulling van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad.

Dat het thans niet meer, anders dan rond 1950, de vraag is of art. 6:162 BW van toepassing kan zijn op overheidshandelen, laat onverlet dat een vergelijking tussen overheidsaansprakelijkheid en de 'gewone' civiele aansprakelijkheid een hachelijke onderneming blijft, zoals *Polak* laat zien. *Polak* nuanceert daarin het beeld dat de bijzondere positie van de overheid altijd zou leiden tot het *minder* snel aanvaarden van aansprakelijkheid. Zo dient de overheid bij haar handelen niet alleen de voorschriften die van toepassing zijn op specifieke bestuursbevoegdheden te respecteren, maar ook altijd de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Waar bevoegdheden worden genormeerd door beleidsregels, dient zij zich ook daaraan te houden. Dat op sommige terreinen, zoals de toezichthoudersaansprakelijkheid, het bestaan van beleidsvrijheid wel tot een hogere drempel voor overheidsaansprakelijkheid leidt, is zijns inziens verklaarbaar door het feit dat toezicht wettelijk betrekkelijk ongenormeerd is gebleven. De andere kant van het verhaal is dat

via de leer van de formele rechtskracht en de relativiteit correcties kunnen worden aangebracht op een uitgebreide aansprakelijkheid. Het beeld is dan ook genuanceerd: de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad is duidelijk rechtersrecht, waarbij een evenwichtige benadering wordt gezocht die volgens Polak altijd min of meer rechtspolitiek van aard is.

Dat bij een niet wettelijk gereguleerde taak de aansprakelijkheid van de overheid minder snel in beeld zal komen, wordt bevestigd door het arrest over de dijkdoorbraak te Wilnis, die centraal staat in de bijdrage van *Hartlief*. Dit arrest illustreert goed dat de bijzondere positie van de overheid soms een hogere drempel voor aansprakelijkheid kan opwerpen, in casu op het terrein van het water(weg)beheer. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat het te eenvoudig is om de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW zo te interpreteren dat de overheid zich niet op de onbekendheid van een bepaald gevaar kan beroepen om onder aansprakelijkheid uit te komen. De onbekendheid met de gebreken in de dijk zijn wel degelijk van belang bij de vraag of ingrijpen van de dijkbeheerder had mogen worden verwacht. Dat geldt zowel ten aanzien van een beroep op art. 6:162 BW als bij art. 6:174 BW. Minder duidelijk is de Hoge Raad over de precieze relevantie die in dit kader toekomt aan de bijzondere positie van de overheid, reden waarom *Hartlief* daar in zijn bijdrage uitvoerig op ingaat. Ook hier komt de beleidsvrijheid van de overheid weer om de hoek kijken. Daaraan zal volgens schrijver in casu echter, in het licht van het belang van de veiligheid van omwonenden van de dijk, geen al te grote betekenis toekomen. De verwijzing naar de financiële middelen van de overheid betekent volgens schrijver vooral dat eventuele *deep pockets* van een overheid niet met zich brengen dat de overheid zoveel maatregelen zou moeten nemen dat absolute veiligheid kan worden gegarandeerd; over *onbeperkte* financiële middelen beschikt de overheid immers niet.

De bijzondere positie van de overheid is al evenzeer voelbaar in het contractenrecht, waarover de bijdrage van *Schueler* gaat. Hij laat zien dat de contractsvrijheid van de overheid door publiekrechtelijke regels veel meer wordt beperkt dan die van andere contractanten. Dwingende wettelijke bepalingen en 'het algemeen belang' kunnen ertoe leiden dat de overheid een publiekrechtelijke bevoegdheid op een andere wijze wil of moet uitoefenen dan zij bij de overeenkomst heeft afgesproken. Het gevaar dat hier opdoemt is dat van de onbetrouwbare overheid, die van alles afsprekt maar van wie geen nakoming kan worden geëist als dat publiekrechtelijk niet is toegestaan. Het toekennen van schadevergoeding kan de harde randjes van de niet nagekomen overeenkomst echter wegnemen. Daarvoor is wel een voorwaarde dat de overheid jegens haar contractant de grenzen van haar bevoegdheden en mogelijkheden niet duidelijk heeft aangegeven en de wederpartij daarvan ook niet *behoorde* te weten. Van de omvang van deze aansprakelijkheid moeten we ons – ook blijkens de zeer schaarse jurisprudentie op dit vlak – overigens niet teveel voorstellen.

Moet er bij onrechtmatige rechtspraak coulanter worden gecompenseerd? Een bevestigend antwoord is te vinden in de analyse die *Barkhuysen, Van Emmerik en Van der Hulle* maakten van verschillende ontwikkelingen op dit terrein. Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht houdt al sinds 1971 vast aan een zeer stringente lijn, die kort gezegd inhoudt dat alleen aansprakelijkheid voor rechterlijke fouten kan bestaan bij schending van fundamentele procedurele normen. Behalve rechtszekerheidsargumenten spelen bij deze terughoudende jurisprudentie ook (andere) rechtspolitieke argumenten een rol. Europese ontwikkelingen – ondersteund door voortschrijdend inzicht in het nationale discours – hebben deze rechtspraak ingehaald, zo betogen de auteurs onder verwijzing naar de bekende *Köbler*- en *Kudla*-jurisprudentie. Schrijvers realiseren zich dat het verlaten van de restrictieve lijn uit '71 potentieel verstrekkende gevolgen kan hebben. Zij schetsen de contouren van een toekomstige aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, waarin elementen uit de Europese jurisprudentie worden geïncorporeerd, wat onder meer betekent dat de rechter een serieus verwijt moet kunnen worden gemaakt met betrekking tot de rechtsschending. Een onderscheid tussen schending van materiële danwel procedurele normen zou evenwel niet moeten worden gemaakt, noch zou relevant moeten zijn of het gaat om de schending van een al dan niet 'fundamenteel' recht of belang.

Na dit pleidooi voor meer (ruimte voor) aansprakelijkheid, staat *Daalder* stil bij de keerzijde hiervan. Dat doet hij mede aan de hand van de aanstaande wettelijke regeling voor een beperking van de aansprakelijkheid van de overheid voor falend financieel toezicht. *Daalder* constateert dat de 'redelijkheid' als beoordelingsmaatstaf in de rechtspraak geen rol van betekenis meer speelt. Dit heeft zijn instemming, omdat achter deze maatstaf vaak rechtspolitieke afwegingen schuil gingen die niet uit de uitspraak naar voren kwamen. Meer en meer beoordeelt de rechter de aansprakelijkheid van de overheid zoals hij dat in 'gewone' aansprakelijkheidszaken pleegt te doen. Daaruit blijkt reeds dat de rechter oog heeft voor de bijzondere positie waarin de overheid verkeert. Maar de positie van de rechter als 'wetgever-plaatsvervanger' is wat de auteur betreft geen ideale situatie. De wetgever zou er in nauwkeurig omschreven gevallen voor kunnen kiezen om aansprakelijkheid te beperken of zelfs uit te sluiten (en dus een immuniteit te creëren). Waar de wetgever nalaat in te grijpen, zou moeten worden onderzocht of een beperking van de aansprakelijkheid kan worden gezocht in het verlaten van de Van Gog/Nederweert-lijn, door alleen aansprakelijkheid aan te nemen bij opzet of bewuste roekeloosheid. Het wetsvoorstel voor een beperking van de aansprakelijkheid van de DNB en de AFM bevat reeds een vergelijkbare clause, zodat daarbij aansluiting zou kunnen worden gezocht.

Met name bij de invulling van de eis van relativiteit wordt de rechter nogal eens verweten rechtspolitiek te bedrijven. *Kortmann en Van der Grinten* voeren een interessant gedachte-experiment uit door te verkennen of art. 6:98 BW, de toerekening naar redelijkheid, een goed alternatief zou kunnen zijn voor de

relativiteitsleer. Waar de wetgever zwijgt, is de toetsing aan de relativiteitseis vaak ongewis. Voorts biedt art. 6:98 BW de rechter mogelijk de kans om een nuancering in zijn aansprakelijkheidsoordeel aan te brengen die met de – eerder tot een ‘alles-of-niets’-oordeel leidende – eis van relativiteit minder makkelijk zou kunnen worden bereikt. Terugkerend naar het bekende lijstje met toerekeningsfactoren van Brunner gaan de auteurs voor verschillende causaliteitsmaatstaven na hoe deze een invulling zouden kunnen krijgen in de context van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten. In het bijzonder de eisen van voorzienbaarheid en verwijderdheid bieden in hun visie een goed aanknopingspunt voor rechterlijke causaliteitsoordelen, zonder dat de mogelijkheid om rechtspolitiek te bedrijven daarbij uit beeld verdwijnt.

De eis van relativiteit tot slot, staat centraal in de bijdrage van *Den Hollander*. Ook hij grijpt terug op de civielrechtelijke doctrine, te weten het proefschrift van Lankhorst over relativiteit bij onrechtmatige daad. De veronderstelling van Den Hollander is dat het verschil in uitkomst bij toepassing van de relativiteitsleer in *Duwbak Linda*, *Vie d’Or*, *Iraanse vluchteling* en *Gemeente Barneveld/Gasunie* mogelijk moet worden verklaard door de positie die de Hoge Raad kiest in zijn verhouding tot de wetgever. De auteur suggereert dat de afweging een rol zou kunnen spelen of de rechter zich in zijn verhouding tot de wetgever actief opstelt en de ruimte die hij bij het relativiteitsoordeel heeft, gebruikt, door met een eigen redelijkheidsoordeel relativiteit aan te nemen, of zich terughoudend opstelt door te oordelen dat relativiteit ontbreekt omdat de wetgever daarover zwijgt. In zoverre is het oordeel over relativiteit van de civiele rechter mogelijk niet, of althans niet alleen, rechtspolitiek bepaald in de zin dat het al dan niet aannemen van relativiteit is ingegeven door de daarmee gemoeide overheidsaansprakelijkheidslast. Den Hollander laat echter tevens zien dat de Afdeling bestuursrechtspraak ten opzichte van de civiele rechter een eigen koers lijkt te varen, die mogelijk voortkomt uit de wens om aan te sluiten bij haar jurisprudentie over het belanghebbendebegrip.

4 DE RECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD

Het leerstuk van de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad is inmiddels uitgegroeid tot een belangrijke tweede pijler van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Bij dit leerstuk gaat het erom dat aan de onevenredig nadelige gevolgen van overheidsgedragingen een prijskaartje komt te hangen: de overheid is verplicht om voor speciale en abnormale schade een compensatie te verstrekken.¹³ Hoewel oorspronkelijk bedoeld voor uitzonderlijke ‘zielige

13 Vgl. de Franse auteur Lochak, die de aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel kwalificeert als een ‘responsabilité-prix’. Zie D. Lochak, ‘Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative’, in: J. Chevalier e.a., *Le droit administratif en mutation*, Presses universitaires de France 1993, p. 275-316 (p. 306).

gevallen', kan worden geconstateerd dat de overheid de afgelopen jaren op grote schaal is overgegaan tot het uitkeren van nadeelcompensatie, al dan niet op basis van bijzondere, op bepaalde projecten toegesneden regelingen. Daarbij is gebleken dat ook zeer omvangrijke groepen burgers of ondernemingen soms kunnen claimen 'speciaal en abnormaal' getroffen te zijn. Deze ontwikkeling is een voorbeeld bij uitstek van de 'collectivering' of 'vermaatschappelijking' van schade: waar de overheid in het algemeen belang maatregelen neemt die enkelen duperen, gaat zij steeds vaker over tot het compenseren van die enkelingen, zodat de schade door 'allen' wordt gedragen. Daarbij wordt meestal verwezen naar het beginsel *égalité devant les charges publiques*, dat er in de kern op neerkomt dat het een eis van gelijkheid is dat één of enkelen niet zeer zwaar lijden onder maatregelen waarvan grote groepen burgers het profijt trekken.

De bijdrage van *Sluysmans* vormt een goede illustratie van een probleem dat in meerdere bijdragen aan de orde komt, namelijk het gebrekkige voorspelende vermogen dat van het huidige nadeelcompensatierecht uitgaat. Schrijver zet dit af tegen het onteigeningsrecht, dat met zijn heldere regel van een in beginsel volledige schadevergoeding (*restitutio in integrum*) afwijkt van het stelsel van nadeelcompensatie, waar in beginsel *geen* recht op een volledige vergoeding bestaat. Hier zien we dat het afwijken van een klassiek juridisch, grondwettelijk geregeld uitgangspunt ('bij ontneming van eigendom bestaat een recht op een volledige vergoeding' (art. 14 lid 1 Gw)) al snel leidt tot een schimmig, grotendeels rechtspolitiek bepaald speelveld, waarin vooral het beleid van bestuursorganen de dienst uitmaakt. De vraag *hoe* een minder dan volledig recht op vergoeding wordt gemotiveerd, verschilt in de praktijk sterk: soms oordeelt het bestuur zuiver op basis van zijn intuïtie dat geen of een minder hoge vergoeding behoort te worden gegeven, soms is er sprake van een korting, soms van een drempel, en soms van een combinatie van beiden. Dit 'gegoochel' met factoren die in een minder dan volledige vergoeding resulteert, leidt geregeld tot scheve gezichten van de 'consumenten' van nadeelcompensatie, terwijl de tevredenheid over het verloop van onteigeningsprocedures in het algemeen groot is. *Sluysmans* ziet bij het totstandbrengen van meer uniformiteit in nadeelcompensatiezaken een belangrijke rol voor de rechter weggelegd.

De gebrekkige rechtseenheid in het nadeelcompensatierecht staat centraal in de bijdrage van *Van Ettekoven*. Door de belangrijke stem die het bestuur nog altijd heeft bij het oordeel over de vraag wanneer nadeel onevenredig is, is het gevaar dat compensatieregimes (sterk) uiteen gaan lopen, reëel gebleken. Dit probleem vormt het vertrekpunt van een bijdrage waarin de auteur analyseert wat de bijdrage van de (algemene en bijzondere) wetgever, de rechter en het bestuur kan zijn bij het streven naar meer materiële en procedurele rechtseenheid in nadeelcompensatiezaken. Dat leidt tot een genuanceerd beeld. Het bewerkstelligen van landelijke rechtsgelijkheid en -eenheid klinkt aantrekkelijk, maar valt moeilijk te verenigen met het feit dat lokale

besturen – terecht, volgens Van Ettekoven – eigen bestuurlijke keuzen kunnen maken bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico. Ook de aard van rechtmatige schadeveroorzakende maatregelen vergt maatwerk: een verkeersmaatregel is niet hetzelfde als de intrekking van een vergunning. Landelijke rechtsgelijkheid lijkt dan ook een brug te ver. Van Ettekoven ziet op dit punt geen rol weggelegd voor de Awb-wetgever, die slechts de algemene kaders kan schetsen. De Awb lijkt niet de juiste plek voor harde ‘NMR-percentages’. Toespitsingen van het normaal maatschappelijk risico in bijzondere beleidsregelingen en –verordeningen blijven ook na een Awb-regeling echter van belang, aldus Van Ettekoven. Bij het markeren van de speelruimte van het bestuur is ook volgens hem een belangrijke rol voor de rechter weggelegd, die met duidelijke oordelen over de bandbreedte van drempel- en kortingspercentages kan bijdragen aan de individuele gerechtigheid maar ook aan de rechtseenheid, nu rechterlijke oordelen een reflexwerking kunnen hebben op verordeningen en beleidsregels.

Een verwant, maar toch te onderscheiden thema wordt besproken door *Van Ravels*. In de literatuur klinkt soms de roep om het normaal maatschappelijk risico veel meer dan thans gebruikelijk te fixeren in ‘harde en snelle’ regels.¹⁴ Dit zou de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid dienen. Dit zou voorts een oplossing kunnen zijn voor het onder meer door Monnikhof gesignaleerde probleem van de transactiekosten. De kosten die met advisering over nadeelcompensatie gemoeid zijn, lopen zonder een wettelijke fixering van het normaal maatschappelijk risico, al snel op en overtreffen soms zelfs de omvang van het bedrag dat werd geclaimd. Van Ravels richt zich op de vraag of een brede invoering van een wettelijke (of in beleidsregels neergelegde) fixering van het normaal maatschappelijk risico werkelijk de te bewandelen weg is. Die vraag beantwoordt hij uiteindelijk ontkennend. Ruimte voor concrete criteria, die zouden kunnen worden neergelegd in een beleidsregel, ziet hij vooral voor zover groepen van gelaedeerden betrekkelijk eenvoudig zijn af te bakenen. In zoverre kenmerkt het nadeelcompensatierecht zich volgens hem overigens niet van andere vormen van schadevergoedingsrecht, waarin de wetgever het hanteren van vage begrippen onvermijdelijk heeft geacht.

Een (betrekkelijke) ‘hard and fast rule’ ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico is de 2%-drempel uit art. 6.2 Wet op de ruimtelijke ordening: bij indirecte planschade behoort 2% van de waarde van de onroerende zaak ‘in ieder geval’ tot het normaal maatschappelijk risico. Met dit wettelijke forfait heeft de wetgever beoogd de praktijk enig houvast te bieden, welk houvast een belangrijk kenmerk was van het planschaderegime onder art. 49 WRO. Nu de wetgever in gebreke is gebleven bij het geven van houvast bij de vraag

14 Zie vooral B.J. van Ettekoven, *Wat is normaal?* (rede UvA), Amsterdam: Vossius Pers 2011, p. 20. Typerend is ook de reactie op de Belgische forfaitaire regeling van planschade door A.T. Marseille en K.J. de Graaf, ‘Bestuursprocesrecht’, *Ars Aequi Katern* 2011, 119, p. 6696: ‘Onze primaire reactie: direct kopiëren.’

hoe moet worden bepaald of boven het forfait uitstijgende schade tot het normaal maatschappelijk risico moet worden gerekend, is *Tjepkema* in zijn bijdrage nagegaan welke factoren hierbij van belang zouden kunnen zijn. Hij meent dat een overgang van het veel rechtszekerheid biedende regime onder art. 49 WRO naar een praktijk waarin vrijwel 'anything goes', niet aantrekkelijk is. Bij gebrek aan verdere sturing door de wetgever, meent hij dat het primair aan de bestuursrechter, in het bijzonder de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, is om richtinggevende uitspraken te doen, opdat bestuursorganen weten hoe zij moeten omgaan met de 'in ieder geval'-clausule. De oproep van (onder meer) Schlössels en Van Ettekoven tot de rechter om duidelijkheid te bieden teneinde rechtsongelijkheid te voorkomen, wordt door hem dus ondersteund. Kritischer over het forfait in de Wro is *Dijkshoorn*, die meent dat de wetgever slechts over zou moeten gaan tot het toepassen van percentages als eerst de maatschappelijke gevolgen daarvan in kaart zijn gebracht. Op basis van een vergelijking met het privaatrecht formuleert hij vijf vuistregels die de wetgever kan volgen wanneer hij overweegt een forfait op te nemen: denk na over het doel dat daarmee moet worden bereikt, baken af wat wel en niet onder het forfait valt, zorg voor een wettelijke regeling van de normering, controleer of het beoogde doel wordt bereikt en pas bedragen en percentages indien nodig aan.

De bijdrage van *Tieman* richt zich op de vraag hoe een eventuele regeling van nadeelcompensatie in de Awb moet worden gewaardeerd vanuit het perspectief van de overheid. Zoals bekend vormt het schrappen van de eis van processuele connexiteit, die er de bestuursrechter nog steeds in veel gevallen van weerhoudt om geschillen te beoordelen die zien op schade door rechtmatige feitelijke handelingen, beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften, volgens velen een groot voordeel van een Awb-regeling. Tieman laat een ander geluid horen en meent dat de connexiteitseis belangrijke voordelen biedt, die haar tegenstanders niet of onvoldoende onder ogen zouden hebben gezien. Hij signaleert onder meer het probleem dat bestuursorganen geconfronteerd zullen worden met 'burgerbriefjes' waarvan zal moeten worden beoordeeld of zij verzoek om nadeelcompensatie behelzen. Het niet verder uitbreiden van de rechtsmacht van de bestuursrechter acht hij voorts inherent aan het systeem van de Awb. Zijn mening – die ertoe leidt dat 'individuele crepeergevallen' nog altijd de gang naar de burgerlijke rechter moeten maken – zal vast niet door iedereen worden gedeeld, maar Tieman laat wel zien tot welke nieuwe dilemma's het mogelijk bij amendement schrappen van art. 8:2a Awb (dat de processuele connexiteit zou codificeren) uit het wetsvoorstel zal leiden.

Van den Broek richt zich niet zozeer op 'hard and fast rules' bij de afbakening van het normaal maatschappelijk risico, maar bij de daaraan voorafgaande vraag naar het bestaan van schade en de begroting daarvan. Zij richt zich op de forfaitaire vergoeding van waardevermindering door aantasting van woon- genot, in het bijzonder door geluidsoverlast. Ook hier geldt dat kosten van

deskundigen aldus zouden worden beperkt en meer transparantie zou kunnen worden bereikt. Maar Van den Broek laat zien dat het klakkeloos toepassen van algemene gemiddelden, zonder een goede planologische vergelijking, en zonder aandacht te besteden aan de individuele omstandigheden van het geval (type woning, omgevingskenmerken), de rechterlijke toets waarschijnlijk niet zal kunnen doorstaan. Het hanteren van ondergrenzen en gemiddelde percentages zal voorts goed gemotiveerd moeten worden aan de hand van specifiek onderzoek.

De vraag of het rechtens relevant zou moeten zijn wat de *draagkracht* van een benadeelde is voor het al dan niet bestaan van een recht op schadevergoeding staat centraal in de bijdrage van *Van Viegen*. Het rekening houden met draagkracht kan worden gezien als een bij uitstek politiek criterium, dat bovenal associaties oproept met het progressieve belastingrecht. En hoewel de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak in het verleden in ferme bewoordingen de toepassing van het draagkrachtbeginsel van de hand hebben gewezen, betoogt Van Viegen dat dit beginsel via andere wegen toch zijn weg naar het nadeelcompensatierecht heeft gevonden: denk aan het al genoemde ‘objectgerichte’ draagkrachtbeginsel in de Wro. Uiteindelijk meent de auteur dat een dergelijke (indirecte) toepassing van het draagkrachtbeginsel verdedigbaar is. Dit leidt volgens hem in elk geval tot een bevredigender resultaat dan wanneer bij het evenredigheidsoordeel telkens rekening zou moeten worden gehouden met de vraag of er andere ondernemingen zijn die ook zijn getroffen door het litigieuze overheidshandelen (de speciale last van het *égalité*beginsel). Een met het draagkrachtbeginsel ingevulde abnormale last dus, zodat de sterkste schouders de zwaarste lasten dragen.

5 ONVERPLICHTE COMPENSATIES

De in de vorige paragraaf geconstateerde ‘collectivering’ van schade gaat in het overheidsaansprakelijkheidsrecht nog een stapje verder. Niet alleen wanneer de overheid rechtens verplicht is tot compensatie (op basis van het *égalité*beginsel, art. 1 EP EVRM of art. 3:4 lid 2 Awb) wordt schade over het collectief gespreid, ook wanneer daartoe *geen* plicht bestaat, worden individuele schades geregeld voor rekening van de collectiviteit gebracht. Het gaat hier dus om ‘onverplichte nadeelcompensatie’ (Den Ouden & Tjepkema) of ‘pseudo-nadeelcompensatie’ (Damen). Daarmee kunnen verschillende doelen gediend zijn, zoals het creëren van draagvlak voor maatschappelijk ongewenste besluiten of het steunen van ondernemingen in moeilijkheden; soms is onverplichte nadeelcompensatie gewoon een kwestie van politieke opportuniteit. Het gaat hier om een belangrijk, maar enigszins onontgonnen terrein, dat aan belangstelling lijkt te winnen en waar de compensaties soms in de miljoenen lopen. Zij staat centraal in het vierde deel.

De Graaf buigt zich over de vraag welke rol de wetgever heeft bij onverplichte nadeelcompensatie en tegemoetkomingen voor 'pech'. In navolging van Zijlstra en Schlössels kwalificeert hij het vergoeden van tegenslag door de overheid als een vorm van presterend (positief) overheidsoptreden in publiekrechtelijke vorm. Voor dergelijke uitkeringen zijn geen specifieke normen geformuleerd in de Awb, wat vreemd is in het licht van het financiële en maatschappelijke belang dat met dit type financiële verstrekkingen gemoeid is. De Graaf pleit voor een op de subsidietitel gelijkende algemene regeling voor uitkeringen, waarmee een rechtsstatelijk gemis kan worden weggenomen. Net als de subsidie verdient de onverplichte schadevergoeding van overheidswege volgens de auteur een algemene regeling in de Awb teneinde de transparantie en de controleerbaarheid van het overheidshandelen op dit vlak te vergroten.

Den Ouden verkent in haar bijdrage de stand van zaken rond de nadeelcompensatie in het subsidierecht. De bepalingen in de subsidietitel over schadevergoeding in subsidierelaties zijn belangrijk, alleen al omdat deze reeds geldende Awb-bepalingen over nadeelcompensatie nogal eens over het hoofd worden gezien. Met name artikel 4:51 speelt in de rechtspraktijk een belangrijke rol. Deze bepaling verplicht bestuursorganen op basis van het vertrouwensbeginsel om langdurige subsidierelaties af te bouwen met inachtneming van een redelijke termijn. Uitgaande van een beoordelingsbevoegdheid van het bestuursorgaan gunt de bestuursrechter veel ruimte aan de overheid bij de invulling van deze rechtsplicht. Echter, een paar belangrijke piketpaaltjes zijn wel geslagen door de Afdeling bestuursrechtspraak en de rechtspraktijk lijkt daarmee aardig uit de voeten te kunnen. Tegelijkertijd blijkt uit de jurisprudentie dat de 'overgangssubsidie' door bestuursorganen soms zeer coulant wordt vormgegeven, waarmee deze smeermiddel-achtige trekken krijgt. Ruime compensaties kunnen de gewenste beleidswijzigingen versnellen. Daarmee is geïllustreerd dat de scheidslijn tussen verplichte en onverplichte nadeelcompensatie in de rechtspraktijk vaak lastig valt te trekken.

Dat ook het procesrecht niet vreemd is van rechtspolitieke keuzes, laten *Bosdriesz & Schuurmans* zien in hun bijdrage over feitenvaststelling en belangenbehartiging bij de compensatie van slachtoffers van geweld. Dergelijke uitkeringen worden verstrekt op basis van solidariteit en verantwoordelijkheid voor het falen van de rechtsstaat die de getroffen personen niet heeft behoed voor het lijden. De compensaties op basis van deze regelingen zijn voor ontvangers niet alleen van belang omdat hun schade wordt vergoed, maar ook als psychische genoegdoening c.q. erkenning van hun slachtofferschap. Het primaire doel van slachtofferbescherming kan makkelijker of minder makkelijk worden gerealiseerd afhankelijk van de bewijsverplichtingen die op het slachtoffer rusten. De auteurs laten zien hoe de bewijsmaatstaf, de bewijslastverdeling en vermoedens worden ingezet om de belangen van slachtoffers van geweld te dienen. Zij doen dit aan de hand van twee regelingen, de Wet Schadefonds Geweldsmisdrijven en de Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers 1940-1945, en tonen

aan hoe de cultuur bij de relevante bestuursorganen en de uitvoeringspraktijk in hoge mate het bewijsregime bepalen. Zozeer zelfs dat deze praktijk soms vrij sterk afwijkt van de intenties van de wetgever.

Ook *Desmet* buigt zich over de effecten van onverplichte nadeelcompensatie op de ontvangers daarvan. Bij onverplichte nadeelcompensatie en andere tegemoetkomingen is de beslissing daartoe over te gaan immers (ook) onderdeel van een beleidstrategie. Daarmee dringt zich voor beleidsmakers de vraag op naar de gewenste effecten en de daadwerkelijke resultaten van deze schadevergoedingen. Uit experimenten is gebleken dat wanneer een belangrijk doel van schadevergoedingen eruit bestaat het vertrouwen van ‘slachtoffers’ van overheidshandelen in de overheid te vergroten, dit doel gemakkelijker kan worden bereikt wanneer (ook) goed wordt gelet op immateriële omstandigheden. De manier waarop de compensatie wordt verkregen (snel, op eigen initiatief van de overheid) en of er al dan niet verontschuldiging bij worden gegeven, blijkt voor de doeltreffendheid van groot belang. Ook wordt het vertrouwen van de burger in de overheid sneller hersteld wanneer de compensatie op onverplichte gronden geschiedt dan wanneer zij voortvloeit uit een juridische plicht.

Om het Nederlandse stelsel van nadeelcompensatie in perspectief te plaatsen, gaat *Van Roosmalen* in op het Engelse aansprakelijkheidsrecht. Het Engelse schadevergoedingsrecht draait grotendeels rond het *tort law* (het onrechtmatigedaadsrecht). *Policy*-argumenten – zoals de vrees voor *floodgates* of voor een defensieve taakuitoefening – staan in Engeland vaak aan overheidsaansprakelijkheid in de weg. Opmerkelijk is dat nadeelcompensatierecht in Engeland nauwelijks, behalve wellicht over de band van een eigendomsclaim op grond van de *Human Rights Act*, van de grond is gekomen. Een buitenwettelijke aansprakelijkheid uit rechtmatige daad zoals wij die kennen past slecht in de Engelse rechtscultuur. Wellicht juist daardoor bestaan buiten het *tort law* om verschillende compensatiemogelijkheden. De aansprakelijkheid van de overheid buiten het *tort law* is vrijwel geheel het domein van wetgever, bestuur en Ombudsman; de rechter heeft hier tot op heden weinig te zoeken. In een dergelijk stelsel zullen *ex gratia*-betalingen goed gedijen. Bij de discussie over compensatiemechanismen buiten het *tort law* om kan mogelijk ook inspiratie worden geput uit de ervaringen die in Australië zijn opgedaan met buitenwettelijk compensatiebeleid. In Engeland zelf hanteert het Britse Ministerie van Financiën het handboek *Managing Public Money* als beleidsmatig kader bij het toekennen van buitenwettelijke schadevergoedingen. Op dit handboek wijzen Brenninkmeijer, Van der Bijl en Van der Vlugt als voorbeeld van hoe een minder juridische aanpak van schadevergoedingsclaims tot positieve resultaten kan leiden.

6 EUROPESE PERSPECTIEVEN

Dat het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (VWEU) geregeld de basis vormen van aansprakelijkheid van de nationale overheid, is bekend. Te denken valt aan de belangrijke rol van art. 1 Eerste Protocol EVRM in nationale schadevergoedingsprocedures en, voor wat betreft de EU, de figuur van de lidstaat-aansprakelijkheid. In zijn bijdrage verkent *Alkema* welke verschillen er zijn tussen het nationale aansprakelijkheidsrecht en het EVRM. Daarbij richt hij zich in het bijzonder op de vraag wanneer de overheid aansprakelijk kan zijn voor schending van EVRM-rechten en hoe dat uitwerkt voor de belangrijkste staatsorganen. Zijn bijdrage levert een bont palet aan casuïstiek op waarin het EVRM zijn invloed heeft doen gelden, maar een heel harde invloed is dit niet. Het EVRM vormt niet meer dan (of: vooral) een ondergrens voor de rechten van de mens; toekenning van een genoegdoening door het EHRM bij schending van die rechten is slechts een afgeleide. Bieden de staten zelf een vorm van herstel, dan laat het Hof hun daarbij bovendien grote vrijheid. Kortom de Europese schadevergoedingspraktijk is weinig normerend.

Is de 'ondergrens' die het EVRM biedt derhalve niet erg hard, anders ligt dat met de 'bovengrens' van het staatssteunrecht uit de artikelen 107 e.v. VWEU. Deze staat centraal in de bijdrage van *Adriaanse*, die ingaat op de spanning tussen door de overheid verstrekte schadevergoedingen en het staatssteunverbod. Het *Asteris*- en het recente *ThyssenKrupp*-arrest leggen als hoofdregel neer dat op grond van een rechtsplicht (art. 6:162 BW, het eigendomsrecht etc.) verstrekte vergoedingen geen staatssteun opleveren. Dit soort vergoedingen heeft een primair 'compensatoir' karakter. *Adriaanse* betoogt dat dat niet zonder meer geldt voor *buiten* onrechtmatigheid verstrekte vergoedingen, zoals nadeelcompensaties en coulancebetalingen. Het risico staatssteun te verlenen is hier sterk aanwezig, zoals hij illustreert aan de hand van de casus over (rechtmatige) maatregelen die beogen om de marktwerking in de zorg te bevorderen. Door deze maatregelen is niet langer de overheid, maar zijn ziekenhuizen zelf verantwoordelijk voor investeringsbeslissingen aangaande hun vastgoed en de financiële consequenties daarvan. Ondanks het niet doorvoeren van het eerdere voornemen om de ziekenhuizen hiervoor financieel te compenseren, is het staatssteunrisico volgens *Adriaanse* nog steeds niet helemaal verdwenen.

Net als in Nederland is ook de aansprakelijkheid van de Europese Unie uit onrechtmatige daad een vooral rechterlijke aangelegenheid. De verschillende aansprakelijkheidsvoorwaarden – schade, causaliteit, relativiteit (*Schutznorm*) – zijn vooral in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen. In afwijking van Nederland kent het EU-recht een *gekwalificeerde* onrechtmatigheid. Bij de invulling daarvan is vooral de beoordelingsmarge op het betreffende EU-terrein bepalend; is die ruim, dan zal een schending van een rechtsnorm op dat terrein niet snel 'voldoende gekwalificeerd' zijn. Niettemin zijn de verschillen met

het Nederlandse recht volgens de auteur minder groot dan ze lijken, aangezien ook de Nederlandse bestuursrechter bij zijn rechtmatigheidsoordeel over een besluit zal kijken hoe groot de beoordelingsruimte was. Typerend voor het Unie-recht is wel dat rechtspolitieke argumenten daar vooral economisch en utilistisch van aard zijn: de reden om geen aansprakelijkheid aan te nemen is veelal dat dit aan effectieve doorwerking (*effet utile*) van EU-recht in de lidstaten in de weg zou kunnen staan.

De invloed van rechtspolitieke overwegingen is op EU-niveau eveneens duidelijk aanwezig bij de vormgeving van de aansprakelijkheid uit *rechtmatige* daad. Dat blijkt uit de bijdrage van *Bronckers en Goelen* over de vraag of de EU aansprakelijk zou moeten zijn indien zij WTO-regels schendt en derde landen als vergelding hiervoor de export van onschuldige ondernemers weren, om zo druk uit te oefenen op de EU om zich alsnog WTO-conform te gaan gedragen. Een eventuele aansprakelijkheid kan dan niet worden gebaseerd op onrechtmatig EU-handelen. Toch heeft het *FIAMM*-arrest uit 2008 de deur dicht gedaan voor een eventueel op de rechtmatige daad te baseren vordering tot schadevergoeding. Bronckers en Goelen kritiseren de door het Hof aangedragen argumenten en betogen dat de vrees voor een sterk uitdijende aansprakelijkheid op dit terrein niet reëel is, aangezien de voorwaarden voor aansprakelijkheid bijzonder hoog zijn. Wat hiervan zij, het uitblijven van rechterlijk ingrijpen betekent dat een eventueel recht op nadeelcompensatie primair afhankelijk zal zijn van de politieke wil van de wetgever. De auteurs dragen verschillende argumenten aan waarom er alle reden is voor een wettelijke regeling van de vergoeding van schade van onschuldige slachtoffers van retaliatiemaatregelen. Een voordeel daarvan zou onder meer zijn dat de regeling is toegesneden op de WTO-constellatie, zodat niet op het hele terrein van de EU voor aansprakelijkheidsclaims hoeft te worden gevreesd. Het feit dat de wetgever hier primair aan zet is, markeert hoe dan ook een belangrijk verschil met de situatie in Nederland, waar de rechter niet heeft geschroomd om een buitenwettelijke aansprakelijkheid uit rechtmatige daad te aanvaarden.

7 TOT SLOT

De hiervoor geschetste paradox dat de drempels voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad hoger lijken te zijn geworden, terwijl die voor de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad lijken te zijn verlaagd, maakt dat het moeilijk is om op de vraag 'moet pech anno 2012 nog weg' een eenduidig antwoord te geven. De rechter lijkt op het terrein van de onrechtmatige daad inderdaad terughoudender te zijn geworden. Het is moeilijk hiervoor een algemene verklaring te vinden. Polak speculeert dat de aanzetten tot een in potentie ruime overheidsaansprakelijkheid paste in het tijdsgewricht van de jaren '80 en '90, en een voortvloeiende was op de grote verandering in onze kijk op overheidsgezag in de jaren '60 en '70. De uitbreiding van de rechtsbescherming

door de ontwikkeling van algemene rechtsbeginselen als de beginselen van behoorlijk bestuur sloot daar goed op aan. Dat de rechtspraak zich vervolgens 'heroriënteert' op de vraag waar en hoe ruim de grenzen van aansprakelijkheid werkelijk moeten worden getrokken, is een logische volgende ontwikkeling, die zich thans lijkt te voltrekken.¹⁵

Dat toekomstige rechtspolitieke keuzes nog steeds grotendeels door de rechter zullen worden gemaakt, staat voor ons buiten kijf. Het zou goed zijn als deze, meer dan thans het geval is, zijn rechtspolitieke keuzes expliciteert en minder 'verhullend' argumenteert. Daarbij moet zelfs niet worden uitgesloten dat de rechter expliciet zal abtineren en de keuze aan de wetgever zal laten – een fenomeen dat we in het overheidsaansprakelijkheidsrecht opmerkelijk genoeg weinig zien.¹⁶ Een principiële standpunt over de reikwijdte van de rechtsvormende taak van de rechter in aansprakelijkheidszaken draagt immers meer bij aan het debat dan het presenteren van argumenten die vermoedelijk niet écht doorslaggevend zijn geweest.

Er zijn enkele eerste aanzetten waarbij de wetgever op bijzondere terreinen interveniërend optreedt, in het bijzonder gericht op beperking van aansprakelijkheid. We wijzen bijvoorbeeld op het Wetsvoorstel beperking aansprakelijkheid financiële toezichthouders. Een ander voorbeeld is de Wet op de ruimtelijke ordening, waar de ruimhartige lijn van de bestuursrechter in planschade is gecorrigeerd door introductie van het normaal maatschappelijk risico, dat door de rechter uit het planschaderecht was 'verbannen'.

Maar los van deze wettelijke initiatieven blijft er dus een belangrijke rol voor de rechter weggelegd als grensbewaker. Dat geldt ook voor de verdere ontwikkeling van de formele rechtskracht en de daarop te aanvaarden uitzonderingen. Een ingrijpen van de wetgever op het terrein van de competentieverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter hoeft binnen afzienbare tijd niet te worden verwacht. Het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten houdt het leerstuk van de formele rechtskracht immers volop in stand. Een 'herverkaveling' van de competentieverdeling naar buitenlands model zal dan ook op het wenselijkste blijven staan. Dat zou ook als voordeel hebben dat de competentieverdeling minder vaak in de weg zal staan aan het beantwoorden van principiële (materieelrechtelijke) aansprakelijkheidsvragen.

Of de uitdijning van de aansprakelijkheid uit *rechtmatige* daad zich verder zal doorzetten, valt moeilijk te voorspellen, maar aannemelijk vinden wij het wel, zij het dat daarop de begrotingspositie van de staat een matigende invloed kan hebben. Zeker rond grote infrastructurele projecten, die in ons land altijd wel ergens plaats vinden, zullen in de toekomst ongetwijfeld grote sommen aan nadeelcompensatie worden uitgekeerd. Het zal interessant zijn om te bezien of de in deze bundel gehouden pleidooien tot een intensieve(re) toets

15 Polak 2010, p. 323.

16 Zie voor een uitzondering ABRvS 14 juli 2010, *L/JN* BN1157 (schaduwshade).

van de bestuursrechter van verzoeken om nadeelcompensatie en planschade (Schlössels, Van Ettekoven, Tjepkema, Sluysmans) zullen worden opgevolgd. De aard van dit type aansprakelijkheid brengt met zich dat ook voor het bestuur een belangrijke rol blijft weggelegd, maar wellicht komt het bestuur onder ‘verscherpt toezicht’ van de bestuursrechter te staan. Daarbij valt evenmin uit te sluiten dat, los van deze pleidooien, bestuursorganen hun compensatiebeleid vaker onderling zullen afstemmen. Een veel verdergaande ‘forfaitering’ van het nadeelcompensatierecht (bijv. in de vorm van vaste schadedrempels bij verschillende typen rechtmatige maatregelen) verwachten wij evenwel niet. Daaraan zitten te veel haken en ogen, onder meer omdat maatwerk niet mogelijk is.

Het leerstuk van de onverplichte compensaties krijgt, zeker in vergelijking met de ruime aandacht die nadeelcompensatie en planschade genieten, relatief weinig aandacht. Wij hebben dit type compensaties bewust wel een belangrijke plaats in deze bundel gegeven, in de hoop dat dit een impuls zal betekenen voor de studie van dit onderbelichte onderdeel van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Over de grondslagen van dit type compensaties is weinig duidelijk, al kan een stevigere wettelijke basis voor dit type financiële verstrekkingen ons inziens beslist geen kwaad. Ook hier is meer afstemming op haar plaats aangezien de ongelijkheden in rechtsbescherming op dit terrein groot zijn. Waarom bepaalde beroepsgroepen wel (kokkelvisseren) en andere niet (nertsenhouders) op een financiële tegemoetkoming kunnen rekenen is lang niet altijd duidelijk. Wij realiseren ons dat juist de sterke politieke geladenheid van dit type vergoedingen op gespannen voet staat met de wil om bij wettelijk voorschrift of beleidsregel strak te normeren wie wanneer op een tegemoetkoming aanspraak kan maken. Dat neemt niet weg dat het een uitdaging blijft om na te denken over de vraag hoe ook op dit terrein meer eenheid kan worden bereikt en opportunisme kan worden voorkomen. Daarbij tekenen wij aan dat de figuur van onverplichte compensatie ook kritische aandacht verdient, en dit niet zeker alleen vanwege de spanning met het staatssteunrecht. Het valt immers niet altijd goed in te zien waarom het algemeen belang werkelijk gebaat zou zijn bij het onverplicht compenseren van afgebakende groepen burgers en ondernemingen, al dan niet na een stevige lobby. Deze waarschuwing moet, tot slot, niet worden verward met de coulante *houding* van de overheid in aansprakelijkheidsgeschillen. In verschillende bijdragen is gesignaleerd dat de opstelling van de overheid vaak te wensen overlaat en zich kenmerkt door een harde ‘hakken in het zand’-opstelling met te weinig oog voor de vaak niet al te stevige positie van de individuele gelaedeerde.

Leiden/Scheveningen, 1 maart 2012