



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Nadeelcompensatie in het schemergebied tussen rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad

Tjepkema, M.K.G.; Huijts, J.H.M.; Barkhuysen, T.; Marseille, A.T.; Ouden, W. den; Peters, J.A.F.; Schlössels, R.J.N.

### Citation

Tjepkema, M. K. G., & Huijts, J. H. M. (2019). Nadeelcompensatie in het schemergebied tussen rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad. In T. Barkhuysen, A. T. Marseille, W. den Ouden, J. A. F. Peters, & R. J. N. Schlössels (Eds.), *25 jaar Awb: in eenheid en verscheidenheid* (pp. 193-202). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/138486>

Version: Publisher's Version  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/138486>

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

Michiel Tjepkema & Jonathan Huijts\*

## 18 | Nadeelcompensatie in het schemergebied tussen rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad

@M\_Tjepkema/J\_Huijts – Titel 4.5 Awb bevestigt de status van de bestuursrechter als dé nadeelcompensatierechter. Maar is de competentieverdeling tussen civiele rechter en bestuursrechter wel zo helder? Auteurs wijzen de weg in het schemergebied tussen rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad #nadeelcompensatie#evenredigheid#competentieverdeling

### 1. Inleiding

Op 31 januari 2013 verscheen in het Staatsblad de tekst van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.<sup>1</sup> Na inwerkingtreding<sup>2</sup> van titel 4.5 Awb (het deel van de wet dat op nadeelcompensatie ziet) zal een aanzienlijke competentieverschuiving plaatsvinden, waardoor de bestuursrechter in de meeste gevallen bevoegd zal zijn over nadeelcompensatiegeschillen te oordelen. Veel gehoorde argumenten voor die concentratie van nadeelcompensatiegeschillen bij de bestuursrechter zijn het streven naar het voorkomen van onnodige juridisering, rechtsongelijkheid en een gebrek aan rechtseenheid<sup>3</sup> én de ruime expertise van de bestuursrechter op het terrein van nadeelcompensatie. Ook is relevant dat de bestuursrechter, anders dan de civiele rechter, zich niet op artikel 6:162 BW hoeft te baseren als ‘toegangspoort’ tot het recht op nadeelcompensatie. Hij kan een ‘zuivere’ aanspraak op nadeelcompensatie uit *rechtmatige* daad aanvaarden en hoeft zich van het gesloten stelsel van verbintenissen niets aan te trekken.

Dat het recht op nadeelcompensatie zich in de toekomst vooral binnen het bestuursrecht zal afspelen, staat buiten kijf. Titel 4.5 Awb bevestigt de status van de bestuursrechter als *de* nadeelcompensatierechter, zodat conform de wil van de

---

\* Mr. dr. M.K.G. Tjepkema is hoofd van de kennisunit van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State, universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Den Haag. Mr. J.H.M. Huijts is docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en bereidt een aan de Universiteit Maastricht te verdedigen proefschrift voor over planschade en nadeelcompensatie.

<sup>1</sup> *Stb.* 2013, 50.

<sup>2</sup> Het leek er lange tijd op dat de inwerkingtreding van deze titel zou worden uitgesteld tot de inwerkingtreding van de Omgevingswet in 2021. Op 17 januari 2018 is echter een voorstel voor de Wet wijziging Awb stroomlijning omgevingsrecht ter consultatie gelegd, die eerdere inwerkingtreding van titel 4.5 Awb mogelijk zou moeten maken.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 32621, II.

wetgever de rol van de civiele rechter als restrechter zal afnemen.<sup>4</sup> Toch past hierbij ook een kanttekening. Want net zoals bij de aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten tot op enige hoogte keuzevrijheid bestaat, zo hebben justitiabelen ook bij nadeelcompensatie meerdere wegen waarlangs zij het recht op nadeelcompensatie kunnen trachten te effectueren. Naast de route van artikel 4:126 Awb kunnen zij namelijk ook een beroep doen op het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb of het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol EVRM (hierna: artikel 1 EP). De aanstaande inwerkingtreding van titel 4.5 Awb is voor ons aanleiding om in deze korte verkennende bijdrage nog eens stil te staan bij de vraag naar de verhouding tussen deze alternatieve grondslagen en titel 4.5 Awb, en daarmee ook bij de resterende bevoegdheid van de civiele rechter in nadeelcompensatiezaken.

## **2. Eerste akte: het onzuiver schadebesluit bij de bestuursrechter**

De inwerkingtreding van titel 4.5 Awb zal, om te beginnen, niets veranderen aan de bevoegdheid van de bestuursrechter om kennis te nemen van beroepen tegen appellabele schadeoorzaken. Heeft deze inwerkingtreding wel gevolgen voor de inhoudelijke behandeling van beroepen op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb? Deze vraag lijkt in ieder geval ontkennend te moeten beantwoord ten aanzien van beroepen waarin ‘kennelijke onevenredigheid’ wordt aangevoerd. De strekking van het betoog is dan dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit – ongeacht het al dan niet toekennen van schadevergoeding – onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.<sup>5</sup>

Een beroep op artikel 3:4, tweede lid, Awb kan echter ook worden ingestoken volgens de constructie van het zogenoemde ‘onzuiver schadebesluit’. De burger voert dan aan dat de onrechtmatigheid van het bestreden besluit is gelegen in de belangenafweging, waarin geen of onvoldoende belang is toegekend aan (de vergoeding van) zijn schade. Zeker wanneer titel 4.5 Awb in werking treedt, zullen bestuursorganen genegen zijn om betogen in het kader van een zorgvuldige en evenredige belangenafweging die strekken tot de vergoeding van schade, door te schuiven naar de in deze titel vervatte nadeelcompensatieregeling. Doorschuiven behoort echter niet altijd tot de mogelijkheden. Wij menen dat de lijnen in de jurisprudentie als volgt kunnen worden samengevat.

1. Elk besluit is pas rechtmatig als daaraan een rechtmatige afweging van belangen vooraf is gegaan. Deze afweging heeft een formele component: de betrokken belangen moeten krachtens artikel 3:2 jo. artikel 3:4, eerste lid, Awb in kaart

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 2010/11, 32621, 3, p. 12 (MvT).*

<sup>5</sup> Zie bijv. ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2256, r.o. 3 en 7.2 waarin het bestuur slechts rekening had gehouden met natuur- en milieubelangen en daarmee onvoldoende aandacht aan bedrijfsmatige belangen had geschonken.

worden gebracht. De materiële component is erin gelegen dat het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb eist dat het besluit ook noodzakelijk en geschikt moet zijn om het beoogde doel te bereiken. Bovendien moet er een redelijk evenwicht zijn tussen de belangen die het besluit beoogt te dienen en de daardoor geschade belangen (evenredigheid in concreto).

2. Betoogt appelland met succes dat het besluit niet noodzakelijk of geschikt is, dan is het besluit zonder meer onrechtmatig en vernietigbaar.

3. De enkele stelling dat de evenredigheid in concreto is geschonden doordat het besluit schade heeft veroorzaakt, is niet voldoende om het bestuursorgaan te verplichten om in een herziene versie van het bestreden besluit eveneens schadevergoeding toe te kennen. Wel zal het bestuur, als het betoog van appelland daartoe voldoende aanleiding geeft, moeten onderzoeken of er sprake is van een zogenaamd 'twijfelgeval', waarin het bestreden besluit niet in overeenstemming met artikel 3:4, tweede lid, Awb kan worden geacht zonder de toekenning van schadevergoeding. Daarvan is blijkens de jurisprudentie sprake als een besluit tot 'ernstige schade' leidt.<sup>6</sup> Verder neemt de bestuursrechter soms zijn toevlucht tot het onzuiver schadebesluit wanneer schade ontstaat doordat de burger heeft gehandeld naar aanleiding van door de overheid gewekt vertrouwen, dat er bijvoorbeeld toe heeft geleid dat de fidens omvangrijke investeringen heeft gedaan. Ook dan is de juridische redenering dat materieel gezien slechts rechtmatig hetzelfde besluit kan worden genomen als (meer) aandacht wordt besteed aan de schade van appelland.<sup>7</sup>

4. Vervolgens zijn er twee opties:

a. Het bestuursorgaan kan concluderen dat sprake is van een twijfelgeval. In dat geval kan het bestuur het bestreden besluit niet rechtmatig nemen zonder ofwel de schade te vergoeden, dan wel zich ertoe te verbinden dat de (door deskundigen vast te stellen) schade zal worden vergoed.

b. Het bestuursorgaan concludeert – uiteraard voldoende gemotiveerd – dat geen sprake is van een twijfelgeval.<sup>8</sup> Het kan het bezwaar tegen het bestreden besluit dan ongegrond verklaren onder verwijzing naar een zelfstandige

<sup>6</sup> Zie het meest recent ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3097, r.o. 5.1. Zie ook ABRvS 9 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AS3528, r.o. 2.4.2.1; ABRvS 8 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7061 (evenals AR7064 en AR7059), r.o. 2.4.2; ABRvS 21 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ9047, r.o. 2.5.2; ABRvS 29 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0757, r.o. 2.7.

<sup>7</sup> Zie ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4425, AB 2013/46, m.nt. M.K.G. Tjepkema & F.R. Vermeer, en de verwijzingen in de noot van Tjepkema bij ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3683, AB 2016/415. Zie ook M.K.G. Tjepkema, 'Het normaal maatschappelijk risico: de allesreiner van het nadeelcompensatierecht?', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak*, Den Haag: IBR 2014, p. 125-129.

<sup>8</sup> Is de conclusie dat de schade niet door *gerechtvaardigd* vertrouwen is gewekt (bijv. omdat de toezegging niet bevoegd is gedaan of niet kan worden bewezen), dan is aannemelijk dat die schade in beginsel (in zijn geheel) niet vergoedbaar is. Zie bijv. ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:470, r.o. 4.

nadeelcompensatieprocedure op grond van het ongeschreven *égalité*beginsel of een nadeelcompensatieregeling (het zogenoemde ‘doorschuiven’).<sup>9</sup>

5. Naar huidig recht overweegt de Afdeling in uitspraken waarin wordt doorgeschoven naar een nadeelcompensatieregeling dat voor de benadeelde belanghebbende een reële mogelijkheid moet bestaan om nadeelcompensatie te krijgen. Die ‘reële mogelijkheid’ staat niet gelijk aan de zekerheid dat de gestelde schade ook daadwerkelijk zal worden vergoed, aldus de Afdeling.<sup>10</sup> Een reële mogelijkheid bestaat ook indien de betrokken regeling geen volledige vergoedingsmogelijkheid biedt, nu in dit soort *égalité*gevallen een normaal maatschappelijk risico geldt. Het bestuursorgaan hoeft zich in het kader van de overweging waarbij wordt doorgeschoven geen rekenschap te geven van de vraag of de invulling van het normaal maatschappelijk risico redelijk is. Die vraag kan de gelaedeerde zelf in de separate nadeelcompensatieprocedure – zo nodig bij wege van exceptieve toetsing van de nadeelcompensatieregeling – aan de orde stellen.<sup>11</sup> Gelet op deze jurisprudentie zal naar onze verwachting in beroepsprocedures tegen appellabele besluiten waarin geen sprake is van een twijfelgeval steeds kunnen worden doorgeschoven naar titel 4.5 Awb, omdat deze regeling een reële kans op nadeelcompensatie biedt.

Wanneer de bestuursrechter een besluit vernietigt omdat met het schadeaspect onvoldoende rekening is gehouden, is dat besluit vanzelfsprekend onrechtmatig. Kan de gelaedeerde daardoor ook via de verzoekschriftprocedure van artikel 8:88 Awb trachten schadevergoeding te verkrijgen? Eén van de voorwaarden die deze bepaling aan de toekenning van schadevergoeding stelt, is immers dat er sprake is van een onrechtmatig besluit (door vernietiging of erkenning van onrechtmatigheid). Wij menen dat dit doorgaans slechts een theoretische optie zal zijn.<sup>12</sup> Immers zal de vraag of, en zo ja, hoeveel schade zal worden geleden namelijk veelal slechts kunnen worden beantwoord op het moment dat het bestuur een nieuw besluit op bezwaar heeft genomen. Omdat de onrechtmatigheid ‘slechts’ wordt veroorzaakt door het niet toekennen van schadevergoeding, kan het bestuur drie rechtmatige besluiten nemen:

<sup>9</sup> Zie voor doorschuiven naar ongeschreven *égalité*: ABRvS 17 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF0973, r.o. 2.3.

<sup>10</sup> ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2943, r.o. 16; ABRvS 16 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1620, r.o. 8.2 en 8.4; ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3516, r.o. 6.2.

<sup>11</sup> ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3516, r.o. 6.2. Zie voor een vreemde eend in de bijt: ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5135, 9.1. In deze zaak conflicteerde gerechtvaardigd vertrouwen met de inhoud van de nadeelcompensatieregeling waarnaar werd verwezen.

<sup>12</sup> Een uitzonderingssituatie zou zich bijv. kunnen voordoen als reeds voorafgaand aan het moment van onherroepelijkheid uitvoering aan een besluit is gegeven en na de vernietiging van het besluit wegens strijd met art. 3:4, tweede lid, Awb alsnog van het besluit wordt afgezien zonder gelijktijdige toekenning van schadevergoeding.

- (1) Het ziet geheel af van de desbetreffende maatregel waardoor geen schade ontstaat.
- (2) Het ziet deels af van de desbetreffende maatregel en gaat na of de resterende maatregel noopt tot nadeelcompensatie.
- (3) Het zet de desbetreffende maatregel door, maar kent een passende hoeveelheid nadeelcompensatie toe.

In situatie (1) is er geen vergoedbare schade, terwijl de schadevraag zich in de situaties (2) en (3) oplost binnen de kaders van het nadeelcompensatierecht. En er rijst nog een probleem. Het onder titel 8.4 Awb gehanteerde causaliteitscriterium leent zich niet voor toepassing op de (vernietigde) onzuivere schadebesluiten. Dit criterium houdt immers in dat geen causaal verband bestaat indien aannemelijk is dat het algemeen bestuur een rechtmatig besluit zou hebben genomen dat naar aard en omvang dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad.<sup>13</sup> Problematisch daaraan is dat slechts een rechtmatig besluit kan worden genomen door de strijd met artikel 3:4, tweede lid, Awb op te heffen. Uit het voorafgaande volgde echter dat de onrechtmatigheid van het besluit op bezwaar slechts kan worden weggenomen door een besluit te nemen dat geen schade veroorzaakt of schade veroorzaakt waarvoor tegelijkertijd compensatie wordt toegekend. De facto is dan ook geen besluit denkbaar dat én rechtmatig is én naar aard en omvang dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad.

### 3 Tweede akte: toch nadeelcompensatie bij de burgerlijke rechter bij niet-appellabele besluiten en handelingen?

Is het na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb nog mogelijk om nadeelcompensatie bij de burgerlijke rechter te verkrijgen? Zal het na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb nog steeds mogelijk zijn om bij de civiele rechter een beroep te doen op de ‘Harrida-formule’? Met die formule wordt artikel 6:162 BW ingekleurd met het égalitébeginsel door te stellen dat de niet appellabele schadeoorzaak ‘op zichzelf rechtmatig’ is, maar onrechtmatig jegens de getroffene aangezien hem onevenredige schade wordt toegebracht. Uit het *Asha*-arrest volgt dat de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter meebrengt dat de burgerlijke rechter het oordeel of een belanghebbende op grond van het égalitébeginsel recht heeft op vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van een of meer *appellabele* besluiten, dient over te laten aan de bestuursrechter. Daarbij lijkt doorslaggevend te zijn dat – vanwege het voldaan zijn van de eisen van materiële en processuele connexiteit – een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang, namelijk het uitlokken en eventueel aanvechten van een zelfstandig schadebesluit, openstaat om nadeelcompensatie op grond van het

<sup>13</sup> ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, r.o. 8.1, O&A 2017/6, m.nt. L. Di Bella & J.H.A. van der Grinten (*Biolicious*).

égalitébeginsel te verkrijgen.<sup>14</sup> Opmerkelijk genoeg is nergens in de parlementaire stukken bij de Wet nadeelcompensatie, noch in de wet zelf, bepaald dat de bestuursrechtelijke route exclusief is. Het is echter te verwachten dat de Hoge Raad deze jurisprudentielijn zal doorzetten door titel 4.5 Awb als een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang aan te merken en daarom burgers die de Harrida-formule inroepen onder doorverwijzing naar deze titel niet-ontvankelijk te verklaren.<sup>15</sup>

Nu een andere situatie. Wat is rechtens wanneer burgers in een civiel geding – dus in beroep tegen een niet-appellabele overheidshandeling – betogen dat in de afweging die aan de betreffende handeling voorafgaat<sup>16</sup> ten onrechte geen schadevergoeding is toegekend, zodat het besluit in strijd is met artikel 3:4, tweede lid, Awb?<sup>17</sup> De stelling is dan dus niet dat er sprake is van een ‘op zichzelf rechtmatige’ handeling die op grond van het égalitébeginsel niettemin tot nadeelcompensatie noopt, maar van een onrechtmatige handeling omdat er geen redelijk evenwicht bestaat tussen het algemeen belang en de geschade belangen.<sup>18</sup> Kan de burgerlijke rechter ook een dergelijk betoog pareren met de stelling dat de burger de mogelijkheid heeft een beroep op titel 4.5 Awb te doen?

In dergelijke gevallen kan de eiser vanwege artikel 8:3 Awb in ieder geval niet niet-ontvankelijk worden verklaard omdat hij het desbetreffende overheidshandelen bij de bestuursrechter had kunnen aanvechten.<sup>19</sup> De civiele rechter zal dus een inhoudelijk oordeel moeten vellen over de vordering. Wij pleiten ervoor dat de burgerlijke rechter daarbij aansluit op de onder 2 besproken bestuursrechtelijke doorschuifjurisprudentie. Dat zou betekenen dat hij de beantwoording van de schadevergoedingsvraag doorschuift naar een zelfstandig op titel 4.5 Awb gebaseerde nadeelcompensatieprocedure, tenzij hij tot de conclusie komt dat er sprake is van een geval waarin de rechtmatigheid van het overheidshandelen niet

<sup>14</sup> HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0256, r.o. 3.4.2 (*Asha*).

<sup>15</sup> Zie in andere zin B.P.M. van Ravels, ‘Het nadeelcompensatiedoolhof’, *JBplus* 2009, afl. 3, p. 148-149 en 155-156.

<sup>16</sup> Vanwege art. 3:1, eerste lid, aanhef en onder a, Awb dient aan feitelijke handelingen in beginsel ook een belangenafweging ten grondslag te liggen.

<sup>17</sup> Dat de burgerlijke rechter feitelijk handelen aan art. 3:4, tweede lid, Awb kan toetsen wordt geïllustreerd door Rb. Leeuwarden 21 maart 2001, ECLI:NL:RBLEE:2001:AB0916, r.o. 5.3.2. Zie HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, r.o. 3.9.1 e.v. voor een voorbeeld van toetsing van een a.v.v. aan art. 3:4, tweede lid, Awb.

<sup>18</sup> Hof Leeuwarden 15 september 2004, ECLI:GHLEE:2004:AT6858, r.o. 11-16 laat goed zien dat een schending van art. 3:4, tweede lid, Awb, mede gelet op de aan het bestuur toekomende beleidsvrijheid, niet snel wordt aangenomen. Zie voor andere voorbeelden van een toets aan 3:4 Awb Rb. Leeuwarden 21 maart 2001, ECLI:NL:RBLEE:2001:AB0916, r.o. 5.3.2 en HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, r.o. 3.9.1.

<sup>19</sup> Vgl. art. 70 Rv, HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0527, r.o. 3.2-3.3 (*Changoel/Staat*) en HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, r.o. 4.1.5 (*Universiteiten/SCAU*).

los kan worden gezien van het al dan niet toekennen van schadevergoeding. Er is dan dus sprake van een echt ‘twijfelgeval’: denk aan een algemeen verbindend voorschrift dat ernstige bedrijfseconomische gevolgen heeft voor een onderneming, of een beleidswijziging die een inbreuk maakt op gerechtvaardigde verwachtingen. Een andere uitkomst zou strijdig zijn met de wens van de wetgever naar meer overzichtelijkheid en zou de betekenis van de civiele rechter als rest-rechter niet doen afnemen, terwijl de wetgever dat wel beoogt.<sup>20</sup>

#### 4 Derde akte: artikel 1 EP als verkapte grondslag voor nadeelcompensatie?

Ten slotte zullen wij ingaan op een derde grondslag voor aansprakelijkheid, namelijk artikel 1 EP. De jurisprudentie laat vrij geregeld gevallen zien waarin burgers een beroep doen op artikel 1 EP, ook wanneer zij zich op het *égalité*-beginsel hadden kunnen beroepen. Hoewel er nogal wat licht schijnt tussen beide grondslagen,<sup>21</sup> zijn er onmiskenbaar gevallen waarin zowel langs de weg van het *égalité*-beginsel als die van artikel 1 EP tot eenzelfde resultaat kan worden gekomen. In bestuursrechtelijke nadeelcompensatiezaken baseren appellanten zich soms op artikel 1 EP,<sup>22</sup> en ook in civielrechtelijke zaken, met name waarin het gaat om onrechtmatige wetgeving, wordt met enige regelmaat een beroep op artikel 1 EP gedaan. Bij de toets aan artikel 1 EP wordt in dat verband onder de noemer van de *fair balance*-toets veelal aan min of meer dezelfde criteria getoetst als wanneer rechtstreeks een beroep op het *égalité*-beginsel zou zijn gedaan.<sup>23</sup> Wij sluiten niet uit dat die overlap, naast het toetsingsverbod van artikel 120 GW, aanleiding vormde voor de Hoge Raad om – in navolging van AG Spier – te oordelen dat bij schade door rechtmatige formele wetgeving niet aan het *égalité*-beginsel mag worden getoetst.<sup>24</sup>

Hoe verhoudt een toets aan artikel 1 EP zich tot de mogelijkheid om een beroep op titel 4.5 Awb te doen? Daarbij is het allereerst van belang om te weten of er sprake is van een inbreuk op eigendom en, ten tweede, of die inbreuk als ontneming of als regulering moet worden gekwalificeerd. Alleen als er sprake is van ontneming van eigendom is het bestuursorgaan *verplicht* om in het kader van de voorafgaande belangenafweging een schadevergoeding toe te kennen. Het EHRM vereist dan bovendien dat er sprake is van een procedure die waarborgt

<sup>20</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, nr. 3, p. 12 (MvT).

<sup>21</sup> Zie uitvoerig M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 627 e.v.

<sup>22</sup> Zie bijv. Rb. Utrecht 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY0420, ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1976, AB 2015/282, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

<sup>23</sup> Zie Tjepkema 2010, p. 609, 617-618, 649-650 en 703-705; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid’, *O&A* 2002, afl. 4, p. 106.

<sup>24</sup> HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9951, r.o. 3.4.1-3.5.2, AB 2011/224, m.nt. Van Ommeren. Zie ook ECLI:NL:PHR:2009:BG9951, sub 5.8.2.

dat een volledige beoordeling van de gevolgen van de ontneming plaatsvindt, waaronder de toekenning van bovengenoemde vergoeding.<sup>25</sup> Doorschuiven naar titel 4.5 Awb zal dan ook niet tot de mogelijkheden behoren. Gaat het echter om regulering, dan is de rechtspraak van het EHRM minder streng. De wetgeving die het gebruik van eigendom reguleert, hoeft niet noodzakelijkerwijs een recht op compensatie te bevatten, maar mag dat wel doen. In het kader van de onder artikel 1 EP te verrichten *fair balance*-toets zal het relevant zijn of compensatie ‘beschikbaar’ is maar een noodzakelijke voorwaarde is dit niet.<sup>26</sup> Het is dan ook aannemelijk dat een bestuursorgaan dat een op artikel 1 EP gebaseerd bezwaarschrift ongegrond verklaart onder verwijzing naar de mogelijkheid om een beroep op titel 4.5 Awb te doen, niet in strijd handelt met artikel 1 EP.<sup>27</sup> Ook bij niet-appelleerbare schadeorzaken, niet zijnde formele wetgeving of strafvorderlijk overheidsoptreden,<sup>28</sup> zal naar titel 4.5 Awb kunnen worden doorverwezen.

In gevallen van regulering van eigendom door appellabele besluitvorming zal de bestuursrechter het toestaan als het bestuur de schadevergoedingsvraag doorschuift naar een zelfstandige, op titel 4.5 Awb geënte procedure. Doorkruist de civiele rechter de bevoegdheid van de bestuursrechter wanneer hij in een beroep tegen een niet-appellebare handeling<sup>29</sup> van een bestuursorgaan inhoudelijk over een beroep op artikel 1 EP oordeelt? Er zijn enkele argumenten te bedenken om aan te nemen dat dan inderdaad sprake is van doorkruising. Zoals bij artikel 3:4, tweede lid, Awb moet worden onderscheiden tussen zuivere nadeelcompensatiegevallen en twijfelgevallen, zo kunnen bij een beroep op artikel 1 EP ook rechtsvragen aan de orde zijn die in een nadeelcompensatieprocedure op grond van titel 4.5 Awb niet kunnen worden beantwoord. Wanneer het geschil zich bijvoorbeeld toespitst op de vraag of er sprake is van een inbreuk op eigendom, of op de vraag naar het toepasselijke beschermingsregime (ontneming/regulering/genotsregel)<sup>30</sup> en of de inbreuk bij wet is voorzien, moet de civiele rechter die vragen ook kunnen beantwoorden, nu titel 4.5 Awb op dergelijke vragen geen antwoord geeft. Ook geschillen over – bijvoorbeeld – de vraag of een gegunde overgangstermijn ruim genoeg is om de gestelde schade te beperken zou de civiele rechter moeten kunnen beantwoorden.<sup>31</sup> Wanneer het geschil niet over dergelijke vragen

<sup>25</sup> Zie EHRM 25 oktober 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1025JUD007124301, r.o. 111 (*Vistiņš en Perepjolkins t. Letland*).

<sup>26</sup> Vgl. EHRM 30 augustus 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0830JUD004430202, r.o. 79 (*Pye Land Ltd t. Verenigd Koninkrijk*) alsook ECieRM 9 maart 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0309DEC001176385 (*Banér t. Zweden*).

<sup>27</sup> Zie uitvoerig Tjepkema 2010, p. 591-594. Zie voor een voorbeeld CBB 29 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:49.

<sup>28</sup> Vgl. art. 4:126 Awb (schade moet worden veroorzaakt door een bestuursorgaan) resp. art. 1:6 Awb.

<sup>29</sup> Wederom niet zijnde formele wetgeving of een strafvorderlijke handeling.

<sup>30</sup> Zie Tjepkema 2010, p. 618-622.

<sup>31</sup> Zie bijv. HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888 (*Wet verbod pelsdierhouderij*) en de daaraan voorafgaande procedures in feitelijke instantie.

gaat maar in essentie ziet op de verkrijging van schadevergoeding voor onevenredige ('individual and excessive') schade, kan worden betoogd dat de civiele rechter de beantwoording van die vragen aan de bestuursrechter moet laten. Doet hij dat niet, dan zou dat geen recht doen aan de wil van de wetgever om de betekenis van de civiele rechter als nadeelcompensatierechter te doen afnemen. Ook ten einde rechtsongelijkheid en forumshopping te voorkomen, is verdedigbaar dat de civiele rechter dit onderdeel van de artikel 1 EP-toets niet moet (willen) beantwoorden. De civiele rechter moet derhalve nagaan of het de eiser in essentie om schadevergoeding te doen is en of de vergoeding van die schade ook via een beroep op titel 4.5 Awb kan worden verkregen.

Naast deze rechtssystematische argumenten, die pleiten voor concentratie van het geschil bij de bestuursrechter, zijn ook argumenten te bedenken waarom de civiele rechter de *fair balance*-vraag wél moet kunnen beantwoorden. Zo leidt doorschuiven tot het opknippen van een geschil in deelprocedures, waarbij de gelaedeerde na het doorlopen van een civiel traject van voren af aan moet beginnen met een verzoek om nadeelcompensatie bij het bestuursorgaan. Burgervriendelijk is anders; de vraag is of het belang bij een strikte handhaving van competentiesferen tegen dit nadeel opweegt. Ook is denkbaar dat een gelaedeerde met een beroep op artikel 1 EP rechterlijke uitspraken wil bereiken die hij bij de bestuursrechter niet kan verkrijgen, zoals een verbod, een gebod of een verklaring voor recht. Daarin voorziet de Awb niet en titel 4.5 Awb evenmin. Tot slot kan meewegen dat de civiele rechter, getuige zijn ruime ervaring met beroepen op artikel 1 EP, goed thuis is in deze schadevergoedingsmaterie. Genoeg voer dus voor interessante civiele jurisprudentie; wij zijn benieuwd hoe strikt de civiele rechter na de inwerkingtreding van titel 4.5 Awb zijn bevoegdheid zal afbakenen.

## 5 Slotakte

Uit het voorafgaande volgt dat ook (en misschien zelfs wel, juist) na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb regelmatig reden zal bestaan voor zowel de civiele rechter als de bestuursrechter om een op artikel 3:4, tweede lid, Awb of artikel 1 EP (via de band van artikel 6:162 BW ingestoken) procedure af te doen met een verwijzing naar een onder titel 4.5 Awb te voeren zelfstandige nadeelcompensatieprocedure. Voor de burger heeft dit tot gevolg dat hij de door hem gemaakte proceskosten niet vergoed krijgt én in geval van een civiele procedure kan worden veroordeeld in de proceskosten van het bestuursorgaan. Zeker in het regelmatig als laagdrempelig gekarakteriseerde bestuursrecht, waarin de burger zonder advocaat kan procederen, lijkt het niet per definitie redelijk dat een burger die een op zichzelf bestaande en bovendien niet al te ver gezochte grondslag voor schadevergoeding heeft ingeroepen, extra kosten maakt omdat een beroep op titel 4.5 Awb wenselijker wordt geacht, bijvoorbeeld omdat daarmee het schadeveroorzakende besluit niet 'onnodig' wordt gefrustreerd.<sup>32</sup> Hoewel dat naar huidig recht

<sup>32</sup> Zie in dat kader ook ABRvS 31 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB6805, r.o. 2.3.1.

nog niet gebeurt, zou het onzes inziens redelijk zijn als hiervoor een oplossing zou worden geboden door de wetgever, het bestuur of de rechter. Zo zou ervoor kunnen worden gekozen deze kosten te vergoeden als in de procedure inzake het zelfstandig schadebesluit blijkt dat er inderdaad een recht op nadeelcompensatie bestond.

Ook vanuit rechterlijk en bestuurlijk perspectief is het niet ideaal dat een hele procedure wordt gevoerd, maar vanwege het doorschuiven geen definitieve inhoudelijke beslissing wordt gegeven omtrent de vraag of nu uiteindelijk wel of geen nadeelcompensatie moet worden toegekend. Wij realiseren ons dat dit probleem breder is dan enkel de gevallen waarin wordt doorgeschoven en kan spelen in alle zaken waarin de rechter oordeelt dat een aangevochten besluit niet onrechtmatig is en de burger vervolgens nadeelcompensatie wenst.<sup>33</sup> Wanneer de beroepsgronden daartoe aanleiding geven (omdat daarin melding is gemaakt van geleden schade) of ter zitting van schade is gebleken, valt er onzes inziens daarom zeker bij appellabele schadeoorzaken – ten aanzien waarvan de bestuursrechter bevoegd is zowel de rechtmatigheidsvraag als de nadeelcompensatievraag te beantwoorden – veel voor te zeggen dat de bestuursrechter de mogelijkheid krijgt om ‘door te pakken’ door het bestuursorgaan uit te nodigen om – eventueel onder inwinning van deskundigenadvies – in te gaan op de aspecten van titel 4.5 Awb ten aanzien waarvan het een zekere mate van beoordelingsruimte toekomt. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de vereisten van abnormale en speciale last en de vraag of de schade anders dan in geld zou moeten worden gecompenseerd.<sup>34</sup> De huidige regeling van de bestuurlijke lus volstaat daartoe niet, omdat die veronderstelt dat een gebrek in een besluit bestaat.<sup>35</sup> Een argument te meer voor een dergelijke regeling is dat titel 4.5 Awb beoogt bestuurslasten te verminderen, onder andere door de vereenvoudiging van werkprocessen en procedures die de uniformering van het nadeelcompensatierecht door deze titel zou moeten meebrengen.<sup>36</sup> Daarmee is lastig te verenigen dat een rechter die reeds inhoudelijke kennis van het dossier heeft, geen antwoord geeft op de vraag waar het veelal om te doen zal zijn geweest, namelijk of er nadeelcompensatie dient te worden toegekend. Ook doet die oplossing recht aan een belangrijke boodschap die wij de lezer hebben willen meegeven, namelijk dat schadeveroorzakend overheidshandelen niet naar zijn aard rechtmatig of onrechtmatig is, maar zich geregeld in een schemergebied afspeelt.

<sup>33</sup> Zie voor een recent voorbeeld ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2040.

<sup>34</sup> Vgl. Tjepkema 2010, p. 599-601, p. 877-878 en de bespreking van dit voorstel in R.J.N. Schlössels, ‘M.K.G. Tjepkema, Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht’, *RMThemis* 2011, afl. 5, p. 250.

<sup>35</sup> Zie daarover meer uitgebreid R.J.N. Schlössels, ‘Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten’, *Gst.* 2007/113, p. 508-509.

<sup>36</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, 3, p. 6 (MvT); *Handelingen I* 2012/13, 32621, 15, item 6, p. 53.