

**USZ 2000/30 Hoge Raad 's-Gravenhage, 17-12-1999, C98/080HR**  
**Formele rechtskracht, Zuiver schadebesluit, Schade, Kosten**  
**voorprocedure**

<b>Publicatie</b>	USZ 2000 afl. 2
<b>Publicatiedatum</b>	05 februari 2000
<b>College</b>	Hoge Raad 's-Gravenhage
<b>Uitspraakdatum</b>	17 december 1999
<b>Rolnummer</b>	C98/080HR LJN
<b>Rechter(s)</b>	Mr. Mijnsen Mr. Neleman Mr. Herrman Mr. Van der Putt-Lauwers Mr. Fleers
<b>Partijen</b>	De Gemeente Groningen, te Groningen, Eiseres tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerster, advocaat: voorheen mr. J.L. de Wijkerslooth, thans mr. G. Snijders, tegen A, te B, verweerster in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eiseres, advocaat: mr. E. Grabandt.
<b>Noot</b>	W. den <b>Ouden</b> en A.E. Schilder departement Publiekrecht
<b>Trefwoorden</b>	Formele rechtskracht, Zuiver schadebesluit, Schade, Kosten voorprocedure,
<b>Regelgeving</b>	Awb - 8:73 ; 8:75

» **Samenvatting**

Ook na het verkrijgen van een (afwijzend) zuiver schadebesluit staat de weg naar de burgerlijke rechter open, waarmee een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht is aanvaard. Pas als de bestuursrechter het beroep tegen een schadebesluit ongegrond heeft verklaard zal de burgerlijke rechter zich niet-ontvankelijk verklaren. Kosten in de voorprocedure gemaakt komen, mits voldaan is aan de dubbele redelijkheidstoets, voor vergoeding in aanmerking.

» **Uitspraak**

**1. Het geding in feitelijke instanties**

Verweerster in cassatie ... heeft bij exploit van 8 december 1994 eiseres tot cassatie – verder te noemen: de Gemeente – gedagvaard voor de Kantonrechter te Groningen en gevorderd de Gemeente te veroordelen om aan A te betalen een bedrag van f 2.385,25, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 28 april 1994. De Gemeente heeft de vordering bestreden. De Kantonrechter heeft bij vonnis van 22 november 1995 de vordering toegewezen. Tegen dit vonnis heeft de Gemeente hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Groningen. Bij vonnis van 28 november 1998 heeft de Rechtbank het hoger beroep verworpen en voormeld vonnis van de Kantonrechter bekrachtigd. Het vonnis van de Rechtbank is aan dit arrest gehecht.

**2. Het geding in cassatie**

Tegen het vonnis van de Rechtbank heeft de Gemeente beroep in cassatie ingesteld. A heeft voorwaardelijk incidenteel beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende het voorwaardelijk incidenteel beroep zijn

aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit. Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten. De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot verwerping van het principaal beroep, met veroordeling van de Gemeente in de kosten.

### 3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) A ontvangt sedert 1987 bijzondere bijstand op grond van de Algemene Bijstandswet in verband met de behandeling van haar ernstig gehandicapte zoon door een manueel therapeut te Leiden, dr Muradin. De bijstand ziet op de kosten van behandeling en de reiskosten.

(ii) Bij besluit van burgemeester en wethouders van de Gemeente van 15 april 1993 is A wederom zodanige uitkering toegekend, met dien verstande dat daarbij tevens is beslist dat zij na 1 juli 1993 voor voornoemde kosten geen bijstand meer ontvangt, terwijl voorts de aanvraag inzake reiskosten Groningen–Leiden is afgewezen omdat A van een voorliggende voorziening (Algemene Arbeidsongeschiktheidswet) gebruik kan maken. Dit besluit berust mede op een advies van de GG en GD van de Gemeente. Aan dat advies is geen onderzoek van de zoon van A of overleg met dr Muradin voorafgegaan.

(iii) A heeft tegen dit besluit een bezwaarschrift ingediend. Het bezwaarschrift is behandeld in een vergadering van de Commissie voor de bezwaarschriften Algemene Bijstandswet van 24 januari 1994. A heeft zich daarbij doen bijstaan door haar raadvrouw mr. R. Germs.

(iv) Bij besluit van 1 februari 1994 hebben burgemeester en wethouders het bezwaarschrift gedeeltelijk gegrond verklaard en het primaire besluit van 15 april 1993 herzien, met dien verstande dat aan A gedurende de periode van 1 juli 1993 tot 1 september 1994 bijstand wordt toegekend voor de kosten van manuele therapie en aan haar gedurende die periode voor de in verband met die therapie gemaakte reiskosten Groningen–Leiden bijstand wordt verleend ten bedrage van *f* 0,35 per kilometer. Daarbij hebben burgemeester en wethouders continuering van de bijstand voor de therapie afhankelijk gesteld van het oordeel van een erkend deskundige ten aanzien van de vraag of de behandeling kan worden overgenomen door een erkende instelling.

(v) Mr. Germs heeft A ter zake van de door haar verleende rechtsbijstand een bedrag van *f* 2.385,25 in rekening gebracht. De Gemeente heeft deze kosten niet aan A vergoed.

3.2. A vordert in dit geding vergoeding van voormelde kosten van rechtsbijstand. Aan die vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat de Gemeente gehouden is deze kosten te vergoeden, nu deze het gevolg zijn van onrechtmatig handelen van de Gemeente die de hiervóór in 3.1 onder (ii) vermelde beslissing heeft genomen en naderhand – naar aanleiding van het bezwaarschrift – heeft herzien. De Kantonrechter heeft de vordering toegewezen.

3.3. In hoger beroep heeft de Gemeente primair aangevoerd dat A in haar vordering niet-ontvankelijk dient te worden verklaard omdat zij bezwaar en beroep had kunnen instellen tegen de weigering van de Gemeente de kosten van rechtsbijstand te vergoeden. De Rechtbank heeft dit beroep op niet-ontvankelijkheid verworpen (rov. 6.1–6.6). Vervolgens heeft zij geoordeeld dat het primaire besluit van 15 april 1993 is te kwalificeren als een onrechtmatige daad van de Gemeente jegens A, dat deze onrechtmatige daad aan de Gemeente kon worden toegerekend, zodat de Gemeente jegens A aansprakelijk is voor de door haar geleden schade (rov. 7.1). Op grond van art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b en c, BW behoren, aldus de Rechtbank, tot die schade tevens redelijke kosten van rechtsbijstand, indien het inschakelen van rechtsbijstand redelijk was (rov. 7.2). De Rechtbank acht geen termen aanwezig het Besluit proceskosten bestuursrecht analogoos toe te passen (rov. 7.3). Na te hebben geoordeeld dat het inroepen van rechtsbijstand door A redelijk was (rov. 7.4) en dat ook de hoogte van die kosten redelijk was (rov. 7.5), heeft de Rechtbank het vonnis van de Kantonrechter bekrachtigd.

3.4. Onderdeel 1 keert zich tegen de verwerping door de Rechtbank in haar

rechtsoverwegingen 6.1–6.6 van het beroep van de Gemeente op niet-ontvankelijkheid. De onderdelen 2 en 3 keren zich tegen het oordeel van de Rechtbank dat de gevorderde kosten van rechtsbijstand voor vergoeding in aanmerking komen, en de voor dat oordeel gegeven motivering.

3.5.1. Onderdeel 1 strekt ten betoge dat de taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter meebrengt dat de burgerlijke rechter niet treedt in een vordering tot schadevergoeding, gebaseerd op onrechtmatigheid van een beschikking waartegen een bestuursrechtelijke rechtsgang openstond, indien het betrokken bestuursorgaan vergoeding van deze schade heeft afgewezen en een dergelijke afwijzing een besluit of weigering oplevert waartegen in beginsel bezwaar en beroep op de bestuursrechter openstaat. Nu in het onderhavige geval een andere met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan, te weten bezwaar tegen de fictieve weigering van de Gemeente om de door A gemaakte kosten van rechtsbijstand te vergoeden en, na ongegrondbevinding van het bezwaar, beroep op de bestuursrechter, en nu de redelijke termijn voor het maken van bezwaar tegen die weigering ongebruikt is verstreken, had de vordering van A moeten worden afgewezen omdat het (zuivere) schadebesluit van de Gemeente formele rechtskracht heeft verkregen, aldus het onderdeel.

3.5.2. Tegen de achtergrond van de door de bestuursrechters ontwikkelde rechtspraak inzake de bevoegdheid van de algemene dan wel bijzondere bestuursrechter om kennis te nemen van een beroep tegen een zuiver schadebesluit (zie onder meer ABRRS 6 mei 1997, AB 1997, 229, CRvB 24 juli 1994, AB 1995, 40 en 133, CBB 19 februari 1997, AB 1997, 144, en CvBSf 23 mei 1996, JB 1996, 177) stelt het onderdeel aldus de vraag aan de orde of voormelde bevoegdheid meebrengt dat een burger die geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen een voor bezwaar en beroep vatbaar zuiver schadebesluit waarbij is geweigerd vergoeding toe te kennen voor beweerdelijk door een onrechtmatig besluit veroorzaakte schade, door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, indien hij diezelfde schadevergoeding vervolgens vordert in een civiele procedure.

3.5.3. Te dien aanzien geldt het volgende. Het bepaalde in art. 112 Gr.w brengt mee dat de burgerlijke rechter bevoegd is kennis te nemen van vorderingen waaraan de eiser, zoals ook in het onderhavige geval, ten grondslag heeft gelegd dat jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd. Uitgangspunt is evenwel dat ook in een zodanig geval de eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, wanneer, kort gezegd, de bestuursrechter voldoende rechtsbescherming biedt (HR 28 februari 1992, nr. 14635, NJ 1992, 687). De taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter brengt tevens mee dat moet worden uitgegaan van de geldigheid van een besluit van een bestuursorgaan indien daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet is gebruikt, hetzij niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid (kort gezegd: het beginsel van de formele rechtskracht): zie onder meer HR 2 juni 1995, nr. 15720, NJ 1997, 164.

Er is evenwel goede grond om een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht te aanvaarden voor zuivere schadebesluiten als evenbedoeld. Indien de rechtbank het beroep tegen een besluit gegrond verklaart, kan zij, op verzoek van een partij, de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade die deze partij lijdt, aldus art. 8:73 Awb. De regeling van art. 8:73 heeft niet ten doel een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter uit te sluiten. De niet-exclusiviteit van de regeling van art. 8:73 blijkt allereerst uit de inrichting van de regeling zelf. De rechter kan, blijkens de bewoordingen van lid 1, uitsluitend op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van schade, die die partij lijdt. Daarin ligt besloten dat die partij ook een verzoek achterwege kan laten en de voorkeur kan geven aan een vordering bij de burgerlijke rechter. Bovendien is in art. 8:73 de mogelijkheid opengelaten dat de bestuursrechter tot de conclusie komt dat niet hij, maar de burgerlijke rechter beter over de vordering tot schadevergoeding kan oordelen: de bevoegdheid van de bestuursrechter te dezen is geformuleerd als een discretionaire bevoegdheid. Ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling blijkt ondubbelzinnig dat het niet wenselijk werd geacht de mogelijkheid van een schadevergoedingsvordering bij de burgerlijke rechter uit te sluiten en dat de voorkeur

eraan werd gegeven de rechtsontwikkeling af te wachten (Parl. Gesch. Awb, Tweede Tranche, blz. 473–480).

Naast de niet als exclusief bedoelde regeling van art. 8:73, die voor een partij de mogelijkheid openlaat om zich ter zake van schadevergoeding tot de burgerlijke rechter te wenden, bestaat voor een belanghebbende de mogelijkheid ter zake van de door hem verlangde schadevergoeding een voor bezwaar en beroep vatbaar schadebesluit uit te lokken, indien aan de vereisten daarvoor is voldaan. Die mogelijkheid staat voor een belanghebbende ook open indien een verzoek tot vergoeding van schade op de voet van art. 8:73 niet (meer) mogelijk is omdat het verzoek niet tijdens de beroepsprocedure tegen het schadeveroorzakende besluit is gedaan. De rechtspraak van de bestuursrechters heeft na inwerkingtreding van de Awb op 1 januari 1994 bewerkstelligd dat de reikwijdte van het voor bezwaar en beroep vatbare zuivere schadebesluit aanzienlijk is vergroot.

Zoals hiervóór is uiteengezet is het de bedoeling van de wetgever geweest, welke bedoeling in art. 8:73 tot uitdrukking is gebracht, om bij gegrondbevinding van het beroep aan een partij de keuze te laten in een bestuursrechtelijke procedure schadevergoeding te verzoeken dan wel zich te dier zake tot de burgerlijke rechter te wenden. Het zou niet met deze keuzevrijheid stroken om voor een partij die zich tot een bestuursorgaan heeft gewend teneinde schadevergoeding te verkrijgen en die in reactie op dat verzoek een voor bezwaar en beroep vatbaar zuiver schadebesluit heeft verkregen – welke mogelijkheid, zoals gezegd, na de inwerkingtreding van de Awb aanzienlijk is verruimd –, met een beroep op het beginsel van de formele rechtskracht de toegang tot de burgerlijke rechter te blokkeren. Er is geen grond om hierover anders te oordelen indien het verzoek door het bestuursorgaan terecht als een aanvraag aangemerkt is, nu hiervoor niet is vereist dat het verzoek berust op een welbewuste en uitdrukkelijke keuze voor de bestuursrechtelijke rechtsgang en voorts uit het hiervoor overwogene volgt dat de partij de keuze tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter niet reeds in dat stadium behoeft te maken. Zo de ontwikkeling van de rechtspraak op het stuk van het zuivere schadebesluit zou nopen tot aanpassing van de regeling inzake afbakening van de bevoegdheden van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, dan ligt daar niet een taak voor de rechter – een dergelijke aanpassing gaat immers zijn rechtsvormende taak te buiten – maar voor de wetgever.

3.5.5. Het in 3.5.4 overwogene leidt tot de slotsom dat een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht voor zuivere schadebesluiten als vorenbedoeld moet worden aanvaard in dier voege dat ook indien bij zulk een besluit afwijzend is beslist op een op onrechtmatig besluit gegrond verzoek tot schadevergoeding, de eiser niet op grond daarvan door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in een op dezelfde grondslag ingestelde vordering tot vergoeding van schade. Heeft de bestuursrechter in eerste of enige instantie evenwel eenmaal het beroep tegen een schadebesluit als hierbedoeld ongegrond verklaard – tot welk geval de Hoge Raad zich thans beperkt –, dan zal de eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk verklaard dienen te worden in een vordering tot schadevergoeding die betrekking heeft op hetzelfde onrechtmatige besluit als waarop het zuivere schadebesluit betrekking had. Op deze wijze wordt een voor de praktijk eenvoudig te hanteren maatstaf geboden voor de afbakening van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter terzake die strookt met de taakverdeling tussen hen.

3.5.6 Het in 3.5.5 overwogene brengt mee dat in het midden kan blijven of de weigering van de Gemeente om de door A gemaakte kosten van rechtsbijstand te vergoeden, moet worden aangemerkt als een zuiver schadebesluit als vorenbedoeld. Immers, indien zulks zou moeten worden aangenomen, geldt daarvoor hetgeen hiervóór in 3.5.4 en 3.5.5 is overwogen. Zou aangenomen moeten worden dat van een zodanig besluit geen sprake is, dan geldt, gelet op het in 3.5.4 en 3.5.5 overwogene, eens te meer dat voor A de toegang tot de burgerlijke rechter niet geblokkeerd mag worden.

3.5.7. Onderdeel 1 kan derhalve niet tot cassatie leiden. 3.6.1 Onderdeel 2 keert zich tegen rov. 7.2. Het strekt ten betoge dat op het voetspoor van de jurisprudentie van de bestuursrechter moet worden aangenomen dat, behoudens het geval dat de primaire besluitvorming dermate ernstige gebreken vertoonde dat gezegd moet worden dat een bestuursorgaan tegen beter weten in een onrechtmatig besluit heeft genomen dan wel

wanneer sprake is van een bijzonder geval, de in de bestuurlijke voorprocedure gemaakte kosten van rechtsbijstand niet dienen te worden aangemerkt als redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:96 lid 2 onder b BW dan wel als redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte als bedoeld in art. 6:96 lid 2 onder c BW.

3.6.2. Het onderdeel faalt. De Rechtbank heeft in rov. 7.1 – in cassatie onbestreden – geoordeeld dat het primaire besluit van 15 april 1993 is te kwalificeren als een onrechtmatige daad van de Gemeente jegens A die aan de Gemeente kan worden toegerekend. Dit brengt mee dat de Gemeente verplicht is de dientengevolge door A geleden schade te vergoeden. Van die schade maken deel uit de kosten van de door A ingeroepen rechtsbijstand, nu – naar in cassatie onbestreden is – zowel het inroepen van die bijstand als de kosten daarvan redelijk zijn.

Anders dan onderdeel 2 betoogt, bestaat er geen grond om voor de toewijsbaarheid van een vordering tot vergoeding van de in de bezwaarfase gemaakte kosten van rechtsbijstand aanvullende eisen te stellen, die niet hun grondslag vinden in de regels die in het algemeen gelden voor de toewijsbaarheid van een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Anders dan onderdeel 3 kennelijk betoogt, leidt ook de omstandigheid dat in de geschiedenis van de totstandkoming van art. 8:75 Awb tot uitdrukking is gebracht dat de in een bestuurlijke voorprocedure gemaakte kosten in beginsel voor rekening van de belanghebbende moeten blijven en slechts in bijzondere gevallen voor vergoeding in aanmerking dienen te komen, niet tot een ander oordeel van de *burgerlijke* rechter dan hiervoor is gegeven. Daarbij kan nog worden gewezen op het volgende. Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van art. 8:75 heeft de wetgever zich vooralsnog bewust onthouden van regelgeving met betrekking tot kosten van rechtsbijstand in de bezwaarfase en regelend optreden afhankelijk gesteld van de rechtsontwikkeling (zie Parl. Gesch. Awb, Tweede Tranche, blz. 489–491). De wetgever heeft zich voorts op het standpunt gesteld “dat de regeling die is getroffen voor de kosten van bijstand tijdens de procedure voor de rechtbank niet in aanmerking komt voor de bezwaarschriftprocedure. Wellicht zou dat tot een te vergaande kostenveroordeling leiden. Een uitsluiting van die kosten is ook niet goed mogelijk, omdat er in een aantal gevallen duidelijke redenen kunnen zijn om die kosten wel te vergoeden. Dit punt moet dus aan de rechter worden overgelaten.”

(Parl. Gesch. Awb, t.a.p., blz. 498, rechter kolom).

Op dit een en ander stuit onderdeel 3 af.

3.7. Nu het middel in het principale beroep faalt, komt het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep niet aan de orde.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van A begroot op f 3.590,= in totaal, waarvan f 3.480,= op de voet van art. 57b Rv. te voldoen aan de griffier, en f 110,= te voldoen aan A.

#### » Noot

1. Dit is een erg belangrijk arrest. De Hoge Raad maakt hiermee een einde aan een slepende rechtsonzekerheid over de competentieverdeling tussen de burgerlijke en bestuursrechter ten aanzien van de zgn. zuivere (of ook wel: zelfstandige) schadebesluiten. Een dergelijk besluit is een beslissing van een bestuursorgaan over een op zichzelf staand verzoek tot schadevergoeding, waarvoor geen specifieke wettelijke basis bestaat. In dit geval ging het om een vordering tegen de gemeente Groningen ter vergoeding van de kosten van rechtsbijstand die gemaakt waren voor het voeren van een bezwaarprocedure. Hoewel in deze zaak niet duidelijk een zuiver schadebesluit aanwezig was (een schriftelijke beslissing van B en W over het verzoek tot schadevergoeding ontbrak) heeft dat de Hoge Raad niet

tegengehouden om over de materie zelf te oordelen.

2. Waaruit bestond nu eigenlijk de problematiek? Daarvoor moeten we terug naar het pre-Awb-tijdperk. In die tijd ging men er vanuit dat een zelfstandige beslissing op een verzoek tot schadevergoeding (waarvoor geen specifieke wettelijke basis bestond) als een rechtshandeling naar burgerlijk recht moest worden gekwalificeerd, waarvan de bestuursrechter geen kennis mocht nemen [noot:1]. Op dit terrein bleef dan de rechtsgang bij de burgerlijke rechter over. De invoering van het besluitbegrip van artikel 1:3 Awb bleek echter aanknopingspunten te bieden voor uitbreiding van de bestuursrechtelijke competentie. Art. 1:3 Awb, dat samen met art. 8:1 Awb de toegang tot de bestuursrechter bewaakt, stelt de bestuursrechtelijke rechtshandeling centraal. Uit de memorie van toelichting bij dit artikel blijkt dat daaronder in principe elke rechtshandeling van het bestuursorgaan kan worden verstaan en dat een specifieke wettelijke grondslag niet is vereist. Als beperkingen gelden slechts dat het besluit op schrift moet zijn gesteld en de rechtshandeling niet uitsluitend van privaatrechtelijke aard is (TK 21 221, nr. 3, pp. 36–41). Zo werd het mogelijk zelfstandige schadebesluiten binnen de bestuursrechtelijke competentie te brengen.

3. De Afdeling bestuursrechtspraak besloot later dat bij het ontbreken van een wettelijke grondslag, de bevoegdheid van bestuursorganen om te beslissen over op zichzelf staande verzoeken om schadevergoeding berustte “op het – in art. 6:162 van het BW en in art. 8:73 Awb tot uiting komende – algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden. Dit beginsel is publiekrechtelijk van aard indien het zijn werking doet gevoelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.” Gaat het om een schade die is ontstaan bij een rechtmatige uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden – oftewel bestuurscompensatie – dan ligt de publiekrechtelijke grondslag van een beslissing over de vergoeding van die schade in het, mede aan artikel 3:4, tweede lid Awb ten grondslag liggende rechtsbeginsel van de *égalité devant les charges publiques*’ [noot:2]. Zo wordt de bevoegdheid tot het nemen van zelfstandige schadebesluiten waarvoor een geschreven publiekrechtelijke titel ontbreekt, ontleend aan een publiekrechtelijk rechtsbeginsel.

4. Vervolgens brengt de Afdeling een beperking aan ten aanzien van het beroepsrecht bij dergelijke besluiten. De bestuursrechter is slechts bevoegd te oordelen over een zelfstandig schadebesluit, indien hij ook bevoegd was ten aanzien van het besluit dat de schade veroorzaakte. Met andere woorden: het zelfstandig schadebesluit is slechts vatbaar voor bezwaar en beroep indien het voortvloeit uit een ander besluit dat appellabel is. Met het voornoemde criterium werd meteen de vraag beantwoord welke bestuursrechter bevoegd is ten aanzien van een bepaald zelfstandig schadebesluit, namelijk die bestuursrechter die ook bevoegd is of was ten aanzien van het schadeveroorzakende besluit.

5. Deze constructie vertoont grote gelijkenis met het connexiteitscriterium dat de Centrale Raad van Beroep hanteert voor de vraag of er sprake is van een zelfstandig schadebesluit. Indien de schade een nauw verband houdt met, c.q. veroorzaakt wordt door een appellabel besluit, dan is de beslissing omtrent schadevergoeding zodanig met het appellabele besluit verweven (connex) dat deze beslissing ook moet worden gezien als een (appellabel) besluit [noot:3].

6. De vraag die vervolgens actueel werd, was of de burger die een zelfstandig verzoek om schadevergoeding heeft gericht tot een bestuursorgaan, en zodoende een zelfstandig schadebesluit heeft ‘uitgelokt’, nog met succes een vordering bij de burgerlijke rechter kan indienen. Een argument dat kan leiden tot een ontkennend antwoord op deze vraag, is dat de aanwezigheid van een andere (met voldoende waarborgen omgeven) bestuursrechtelijke procedure de rechtsgang bij de burgerlijke rechter uitsluit [noot:4]. Hiermee hangt samen het beginsel van de formele rechtskracht: indien bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen een besluit heeft opengestaan en deze rechtsgang is niet gebruikt (of heeft niet geleid tot vernietiging van het gewraakte besluit) dan beschouwt de burgerlijke rechter dat besluit als rechtmatig, zowel naar inhoud als de wijze van totstandkoming [noot:5]. De gedachte achter deze constructie is begrijpelijk: een vrije

forumkeuze voor burgers (in die zin dat ze de voor hen meest gunstige rechtsgang naar eigen believen kunnen uitkiezen) is vanuit oogpunt van een effectieve rechtsmachtsverdeling onwenselijk en moet dus worden voorkomen. Door het formele rechtskrachtbeginsel wordt verder verhinderd dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter tot verschillende oordelen komen ten aanzien van de rechtmatigheid van een besluit.

7. In de literatuur heerste verschil van mening over de vraag of de leer van de formele rechtskracht ook moest gelden voor het zelfstandig schadebesluit (zie voor een overzicht van de discussie: J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter*, diss. UvA 1999, alsmede het illustratieve verslag van een SSR-studiedag door B.J. van Ettehoven en B.J. Scheuler, *Een ramp, een absolute ramp, Reacties op het zelfstandige schadebesluit*, NJB 1998, p. 346–350). Een bevestigend antwoord zou inhouden dat indien een bestuursorgaan een zuiver schadebesluit heeft gegeven, het voor de geadresseerde niet langer mogelijk is om met succes de burgerlijke rechter te adieren.

8. Een dergelijk resultaat zou wel passen in het bovenomschreven systeem van rechtsmachtsverdeling, maar stuitte desondanks op verzet. Met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis van art. 8:73 Awb werd door sommigen betoogd dat de burgerlijke rechter niet hoefde uit te gaan van de rechtmatigheid van het schadebesluit, indien dit niet voor de bestuursrechter was aangevochten. Artikel 8:73 Awb geeft aan de bestuursrechter de bevoegdheid om, indien hij een besluit vernietigt, op verzoek van de burger het bestuursorgaan te veroordelen tot een schadevergoeding. Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid: de rechter kan het bestuursorgaan veroordelen tot een schadevergoeding. Hij kan het ook niet doen en de burger verwijzen naar zijn civielrechtelijke collega. Bovendien volgt de veroordeling tot schadevergoeding op een verzoek van de burger. Met andere woorden: de burger kan ook besluiten een zodanig verzoek niet te doen en in plaats daarvan een vordering instellen bij de burgerlijke rechter. De keuzevrijheid die art. 8:73 Awb laat tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter bij een schadevergoedingseis na de vernietiging van een besluit, was de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever (TK 22 495, nr. 3, p. 149 e.v.). De burger mag (en moet) hier dus kiezen. Maar gold deze keuzevrijheid ook ten aanzien van zelfstandige schadebesluiten?

9. De jurisprudentie van de lagere rechter was verdeeld. Zo verklaarden de civiele kamers van de rechtbanken te Leeuwarden en Den Haag een eiser in zijn vordering inzake een zuiver schadebesluit niet-ontvankelijk (Rb Leeuwarden \[en niet 's-Gravenhage zoals in de JB staat vermeld, en ook niet Groningen zoals sommigen menen\] 1 maart 1995, JB 1995, 113 en Rb Den Haag 3 september 1997, JB 1997, 247), terwijl de Rotterdamse rechter wel ruimte zag voor de beslechting van een dergelijk geschil (Rb Rotterdam 12 oktober 1995, NJkort 1996, 18) evenals de Groningse rechtbank zoals blijkt uit deze zaak (het vonnis is destijds gepubliceerd in AB 1998, 226).

10. Zoals gezegd heeft de HR deze onaanvaardbare rechtsonzekerheid met dit arrest beëindigd. Voor zelfstandige schadebesluiten wordt in feite een uitzondering gemaakt op de leer van de formele rechtskracht. De HR motiveert deze keuze, evenals de rechtbank deed, met een verwijzing naar zowel de totstandkomingsgeschiedenis als de tekst van art. 8:73 Awb. Een andere oplossing zou volgens de HR zijn rechtsvormende taak te buiten gaan. De motivering van de HR zal zeker niet iedereen overtuigen. Per slot van rekening is het beroep op de toelichting bij art. 8:73 al bekritiseerd (zie bijvoorbeeld de noot van Van Buuren bij de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 18 februari 1997, AB 1997, 143, en zijn annotatie bij het zojuist aangehaalde vonnis van de rechtbank Groningen). En wat de rechtsvormende taak betreft is het nog maar de vraag of de andere mogelijke oplossing (exclusieve competentie bestuursrechter) een verdergaande rechtsvorming betekent dan het – toch bepaald niet evident uit art. 8:73 Awb voortvloeiende – systeem van forumkeuze ten aanzien van zelfstandige schadebesluiten. Maar voor beide richtingen valt uiteraard iets te zeggen.

11. Hoe dan ook: dit arrest stelt vast dat de burger die wordt geconfronteerd met een zelfstandig schadebesluit dat hem niet bevalt, kan kiezen aan welke rechter hij deze kwestie zal voorleggen. Terecht wordt de keuzevrijheid wel enigszins aan banden gelegd. De HR overweegt dat als de bestuursrechter het beroep tegen een zuiver schadebesluit ongegrond heeft verklaard, niet nog eens over het primaire (onrechtmatige) schadebesluit

kan worden geprocedeerd bij de burgerlijke rechter. Dat lijkt ook logisch: de nadelen van de nu bestaande forumkeuze zouden anders wel onaanvaardbare proporties aannemen. Verder wordt duidelijk dat de caesuur niet al in een eerder stadium plaatsvindt, zoals ook wel werd gedacht (en geoordeeld, zie de genoemde uitspraak van de Haagse rechtbank). Oftewel: de keuzevrijheid bestaat zowel na het indienen van het verzoek om een zuiver schadebesluit, als na de beslissing op dat verzoek, als ook nog na de beslissing op bezwaar tegen de afwijzing van dat verzoek. Een in dit stadium begonnen bestuursrechtelijk traject bindt de burger dus nog niet aan de bestuursrechter.

12. In dit arrest wordt ook duidelijk dat er een voordeel is verbonden aan het procederen voor de burgerlijke rechter. De Hoge Raad oordeelt namelijk (anders dan de bestuursrechter) dat de kosten gemaakt voor rechtsbijstand die zijn gemaakt in de bezwaarfase ook voor vergoeding in aanmerking komen, wanneer het primaire besluit onrechtmatig blijkt. Deze kosten vormen onderdeel van de te vergoeden schade, waarbij wel twee voorwaarden gelden: zowel het invoeren van de bijstand als de kosten daarvan moeten redelijk zijn (de dubbele redelijkheidstoets). Dit standpunt van de Hoge Raad is op zichzelf niet nieuw. Standaardarresten uit het pre-Awb-tijdperk zijn HR 17 november 1989, AB 1990, 81, NJ 1990, 746 (Velsen-De Waard) en HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (Van Gog-Nederweert).

13. Met de invoering van de Awb kwam echter een nieuw (uniform) procesrecht tot stand, waaronder de regeling voor de proceskostenvergoeding (art. 8:75). Bij die gelegenheid is ook overwogen de kosten voor rechtsbijstand tijdens de bezwaarprocedure voor (gedeeltelijke) vergoeding in aanmerking te laten komen. Uiteindelijk is daarvan afgezien. De redenering die daarbij werd gevolgd is dat de bezwaarprocedure het karakter heeft van verlengde besluitvorming: het bestuursorgaan neemt een nieuwe beslissing naar de stand van zaken op dat moment, mede op basis van de naar voren gebrachte bezwaren. Deze factoren zouden rechtvaardigen dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden een vergoeding voor de gemaakte rechtsbijstandskosten op zijn plaats is (zie hierover uitgebreid H. Zeilmaker, *Schadevergoeding in geval van herroeping van een primair besluit: "onrechtmatige daad met stip?"*, Gst.1999, 7107, p. 549 e.v.).

14. De bestuursrechters zijn van deze lijn tot nu toe niet afgeweken. De Centrale Raad van Beroep hanteert in dit verband de "tegen-beter-weten-in-formule": vergoeding van rechtsbijstandskosten gemaakt tijdens de bezwaarprocedure is mogelijk (op basis van art. 8:73) "indien de primaire besluitvorming dermate ernstige gebreken vertoont, dat gezegd moet worden dat het bestuursorgaan tegen beter weten in een onrechtmatig primair besluit heeft genomen." [noot:6]. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak ziet slechts in bijzondere gevallen plaats voor een recht op vergoeding van kosten voor rechtsbijstand gemaakt tijdens de voorprocedure [noot:7].

15. Na de invoering van de Awb is de Hoge Raad niet van zijn in 1989 ingezette koers afgeweken. De lijn van Velsen-De Waard is impliciet voortgezet in HR 20 februari 1998, AB 1998, 231 (Staat-Boeder) en expliciet in het arrest van dezelfde datum, (AB 1998, 247). In Staat-Boeder werd bepaald dat ook primaire besluiten die in de bezwaarfase worden herroepen, onrechtmatig kunnen zijn – zodat de gemaakte kosten voor rechtsbijstand in principe verhaalbaar zijn (in de eerdere jurisprudentie ging het om door de bestuursrechter vernietigde besluiten). Een dergelijke situatie doet zich onder meer voor wanneer de herroeping in bezwaar noodzakelijk was door een onjuiste wetsuitleg. In het tweede genoemde arrest overwoog de Hoge Raad dat op de verplichting tot betaling van rechtsbijstandskosten niet het liquidatietarief (van het Besluit proceskosten bestuursrecht) van toepassing is dat de voor vergoeding in aanmerking komende kosten aanzienlijk beperkt.

16. Opmerkelijk in het nu verschenen arrest is dat de Hoge Raad resoluut het opgeworpen standpunt verwerpt volgens welk de kosten van rechtsbijstand alleen voor vergoeding in aanmerking komen in zeer bijzondere gevallen. De Hoge Raad acht zich niet beperkt door de geschiedenis van de totstandkoming van art. 8:75 Awb, waarin deze regel tot uitdrukking kwam. Deze wetsgeschiedenis leidt 'niet tot een ander oordeel van de burgerlijke rechter' (*de opvallende cursivering* – de enige in het hele arrest – is van de Hoge Raad zelf). De Hoge Raad verwijst verder naar de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om de rechtsontwikkeling op het punt van vergoeding van de



rechtsbijstandskosten in de bezwaarfase aan de rechter over te laten. Om die reden is in de Awb juist afgezien van een regel waarin een dergelijke vergoeding expliciet wordt uitgesloten. Op dit punt blijft de burgerlijke rechter daarom de regels toepassen 'die in het algemeen gelden voor de toewijsbaarheid van een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad' (r.o. 3.6.2).

17. Toch is dit alles niet geheel voor de hand liggend. Het lijkt ons de vraag of de wetgever bij de totstandkoming van de proceskostenregeling in de Awb ook de rechtsontwikkeling op het oog had die nu heeft plaatsgevonden. Toen was waarschijnlijk niet voorzien dat nu ook primaire besluiten een aan overheidslichamen toe te rekenen onrechtmatig daad opleveren, alleen al wanneer zij in bezwaar worden herzien wegens onjuiste wetsuitleg. De bij de totstandkoming van art. 8:75 geformuleerde uitzonderingsregel is (in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter) nu eerder de hoofdregel geworden, zodat het aantal te honoreren verzoeken tot kostenvergoeding wel flink zal stijgen. Er is nog een ander effect dat door de wetgever onmogelijk bedoeld kan zijn. De plicht tot vergoeding van de in de bezwaarfase gemaakte rechtsbijstandskosten acht de Hoge Raad – zoals gezegd – niet beperkt op een vergelijkbare manier als in het Besluit proceskosten bestuursrecht, maar slechts door de dubbele redelijkheidstoets die een veel ruimere vergoeding mogelijk maakt. Ook deze wetenschap zal ongetwijfeld tot meer professionele bezwaarschriften leiden; de werkgroep van Van Kemenade kan opnieuw bijeen komen om de noodklok te luiden over toenemende juridisering.

18. Dit arrest gaat – hoewel dat niet meteen opvalt – zelfs nog een stap verder. De Groningse rechtbank achtte het primaire besluit een aan de gemeente toe te rekenen onrechtmatige daad omdat B en W het zorgvuldigheidsbeginsel hadden geschonden. Deze vaststelling door de rechtbank is in cassatie onbestreden gebleven. Hoewel er goede argumenten zijn om niet alleen bij onjuiste wetsuitleg, maar ook bij schending van de beginselen van behoorlijk bestuur een risico-aansprakelijkheid bij de overheid te leggen, volgde dat nog niet uit de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad [noot:8]. Kennelijk zag de Hoge Raad geen reden om de rechtbank op dit punt te corrigeren, zodat we er van uit moeten gaan dat het arrest niet alleen vernieuwend is op het terrein van de competentie van de burgerlijke rechter bij zuivere schadebesluiten, maar ook wat betreft het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad.

19. In het arrest wordt niets opgemerkt over een andere rechtsontwikkeling die momenteel plaatsvindt, welke afwijkt van de nu gevormde jurisprudentie van de Hoge Raad. We doelen op de ontwerpregels over de vergoeding van gemaakte kosten tijdens voorprocedures. Op 17 september heeft de Commissie-wetgeving algemene regels publiekrecht een voorontwerp gepubliceerd (zie hierover N.S.J. Koeman, *Proceskosten voorprocedures: voorontwerp gepresenteerd*, NTB 1998, p. 290 e.v., J.E.M. Polak, NJB 1999, p. 440 en het aangehaalde artikel van H. Zeilmaker). Op 28 mei 1999 kwam het regeringsontwerp naar buiten dat momenteel voor advies bij de Raad van State ligt (zie B.P.M. van Ravels, *Kroniek schadevergoeding*, NTB 1999, p. 281). In dit ontwerp wordt uitdrukkelijk de terughoudende jurisprudentie van de bestuursrechters gecodificeerd. Dat de Hoge Raad aan deze ontwerpregels geen betekenis toekent is wel verklaarbaar. Plv-PG Mok vermeldt in zijn (hier niet opgenomen) conclusie dat op een voorontwerp en zelfs op een wetsvoorstel niet wordt geanticipeerd, zeker niet als de materie wijziging in het geldende recht wil aanbrengen. Of deze stellige uitspraak inderdaad in alle gevallen opgaat, kunnen wij niet overzien, maar dat de Hoge Raad deze ontwikkeling geheel negeert, is ook weer niet vanzelfsprekend.

20. Vooral nog ligt er dus een belangrijke taak voor de wetgever. Wil deze de dubbele competentie bij zuivere schadebesluiten in stand laten? Hoe lang is deze uitzondering op het systeem van exclusieve rechtsmacht van de verschillende typen rechters acceptabel? Wat de rechtsbijstandskosten betreft tot slot het volgende. De zeer beperkte vergoedingsregel voor gemaakte kosten in voorprocedures is al fors bekritiseerd. Dit arrest lijkt een nieuwe reden om het thans voorliggende ontwerp nog eens zorgvuldig te bekijken. Een tussenweg lijkt ons goed verdedigbaar.

W. den Ouden en A.E. Schilder

departement Publiekrecht

**» Voetnoten**

[1]

Bijvoorbeeld AB 1989, 346

[2]

AB 1997, 229 (Van Vlodrop). Zie voor een vergelijkbare redenering t.a.v. terugvorderingsbesluiten. AB 1996, 496

[3]

AB 1995, 133

[4]

Zie AB 1992, 301 (Changoe)

[5]

Zie bijv. AB 1986, 573 (Heesch-Van den Akker)

[6]

Zie bijv. AB 1995, 233; AB 1998, 370 en JB 1999, 126

[7]

JB 1997, 83 en AB 1999, 90

[8]

Zie hierover ook de noot van TH.G. Drupsteen bij het genoemde arrest Staat-Boeder (AB 1998, 231)