

Schade als gevolg van een onrechtmatig besluit: vergoeding via het burgerlijk of het bestuursprocesrecht?

L. Di Bella en Y.E. Schuurmans*

48

De regels van het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht kunnen van invloed zijn op de keuze om de geleden schade via de civiele of de bestuursrechtelijke weg te verhalen. De voor- en de nadelen van beide processtelsels worden in deze bijdrage bezien aan de hand van onderwerpen als de verjaringstermijnen, het bewijsrecht, de eiswijziging, het incidenteel appèl, de proceskosten(vergoeding) en de dicta.

1 Inleiding

Schade die wordt veroorzaakt door een onrechtmatig besluit, kan zowel via de bestuursrechtelijke als de civielrechtelijke procedure worden gevorderd. De gelaedeerde kan ervoor kiezen de bestuursrechtelijke weg te volgen door een zelfstandig schadebesluit aan te vragen, dan wel de bestuursrechter te verzoeken om de toepassing van art. 8:73 Awb. Ook bestaat de mogelijkheid om een vordering uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter in te stellen. Hoewel de bestuursrechter aansluiting zoekt bij de rechtspraak van zijn civiele collegae, worden in de literatuur verschillen geconstateerd.¹ Daarbij is de aandacht veelal gericht op het materiële schadevergoedingsrecht. In dit artikel wordt bezien in welke mate de processtelsels van elkaar verschillen. Een veel gehoorde uitspraak is dat de burgerlijke rechter een aantrekkelijk alternatief biedt voor het verkrijgen van schadevergoeding, als deze schade veroorzaakt is door een vernietigd besluit. Geldt dit (ook) uit het oogpunt van het procesrecht? Deze vraag wordt beantwoord door de bestudering van onderwerpen als de verjaringstermijnen, het bewijsrecht, de eiswijziging, het incidenteel appèl, de proceskosten(vergoeding) en de dicta. De omvang van het geding komt bij verschillende onderwerpen terzijde aan bod. Met dit artikel wordt geen uitputtende behandeling van de verschillen in het procesrecht tussen het civiele recht en het bestuursrecht beoogd.² Aan bod komen slechts die

onderwerpen, die naar onze mening een belangrijke rol kunnen spelen bij de vraag of men zich voor vergoeding van schade, veroorzaakt door een onrechtmatig besluit, beter tot de burgerlijke rechter, dan wel tot de bestuursrechter kan wenden. In de conclusie zal blijken dat de keuze tussen beide processtelsels lang niet altijd een dilemma is.

2 Verjaring

De periode waarbinnen schadevergoeding in verband met een onrechtmatig besluit kan worden verkregen kent, bij zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter, grenzen. Hieronder zullen de verjaringstermijnen, zoals deze in beide rechtsstelsels gelden, worden vergeleken.

Een vordering tot schadevergoeding verjaart volgens art. 3:310 lid 1 BW vijf jaar na de dag dat de benadeelde met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. In ieder geval verjaart de vordering door verloop van twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. De bestuursrechter heeft zich aangesloten bij de termijn van vijf jaar.³ Volgens de Centrale Raad van Beroep moet art. 3:310 lid 1 BW redelijkerwijs zo worden uitgelegd dat de verjaringstermijn niet eerder een aanvang neemt dan op het tijdstip dat de schuldeiser zijn vordering in rechte kan instellen.⁴ In de betreffende zaak was dit het moment waarop de Centrale Raad het bestreden besluit had vernietigd. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven laten de verjaring aanvangen op het moment dat in rechte komt vast te staan dat het besluit, waarop het verzoek om schadevergoeding is gegrond, onrechtmatig genomen is.⁵ Dit zal meestal het moment zijn van de onherroepelijke vernietiging van dit besluit. Onder omstandigheden kan ook voldoende zijn dat het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit direct of indirect erkent.⁶

* Mr. L. Di Bella is als PhD-fellow verbonden aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden en verricht promotieonderzoek naar de speciale positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht. Mr. Y.E. Schuurmans is universitair docent staats- en bestuursrecht aan dezelfde afdeling van de Universiteit Leiden. Citeertitel: L. Di Bella & Y.E. Schuurmans, 'Schade als gevolg van een onrechtmatig besluit: vergoeding via het burgerlijk of het bestuursprocesrecht?', *O&A* 2006, 48.

Met betrekking tot de verjaringstermijn van alle rechtsvorderingen tegen de overheid gold tot 1 januari 1992 dat deze in elk geval verjaarden door verloop van vijf jaren na 31 december van het jaar waarin de schuld opvorderbaar was geworden.⁷ De Hoge Raad was van mening dat een vordering tot schadevergoeding, gebaseerd op de onrechtmatigheid van een vernietigde beschikking, eerst als 'opvorderbaar' kon worden beschouwd, als in de administratieve rechtsgang was beslist dat die beschikking onrechtmatig was, omdat voor die tijd deze vordering bij de burgerlijke rechter niet kon worden toegewezen.⁸ De verjaringstermijn ving derhalve aan als de onrechtmatigheid van de beschikking in de bestuursrechtelijke rechtsgang was komen vast te staan. De vraag is of ook onder het huidige art. 3:310 lid 1 BW de verjaring op dit tijdstip start. Dit artikel neemt immers niet meer de opvorderbaarheid van de vordering, maar de bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon als begin van de verjaringstermijn. Scheltema (sr.) geeft in zijn noot bij het hierboven genoemde arrest aan dat de hierin gevolgde constructie, dat de verjaring in het geheel niet begint te lopen voordat de bestuursrechtelijke procedure is afgerond, volgens hem niet meer mogelijk is onder art. 3:310 BW. Hij pleit daarom voor de gedachte dat het instellen van de bestuursrechtelijke procedure de verjaring, als deze op grond van art. 3:310 BW al is begonnen te lopen, stuit. Van Wijk,

- 1 Zie bijvoorbeeld R.J.N. Schlössels, 'Van Gog/Nederweert op de helling? Over oneigenlijk en eigenlijke formele rechtskracht, rechtsmachtverdeling en een dreigend failliet van de besluiten aansprakelijkheid', *O&A* 2004, p. 70-84; G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequentie van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)', *NJB* 2004, p. 787-794; R.J.N. Schlössels & G.E. van Maanen, 'Vernietigde besluiten en schadevergoeding, een Maastrichts-Nijmeegse revolutie?', *Gst.* 2004, 7203, p. 139-144; C.N.J. Kortmann, 'Pandora revisited. Twee principiële uitspraken over causaal verband bij vernietigde besluiten', *Gst.* 2005, 7229, p. 257-267.
- 2 Buiten beschouwing blijven bijvoorbeeld de mogelijke verschillen tussen het kort geding en de voorlopige voorziening. Ook de schadevergoeding uit rechtmatige daad blijft buiten beschouwing.
- 3 Zie bijvoorbeeld CRvB 1 augustus 2000, *JB* 2000, 260; CBB 25 juli 2001, *LJN* AB3010; ABRvS 3 juli 2002, *LJN* AE4855.
- 4 CRvB 1 augustus 2000, *JB* 2000, 260.
- 5 CBB 25 juli 2001, *LJN* AB3010; ABRvS 3 juli 2002, *LJN* AE4855.
- 6 CBB 25 juli 2001, *LJN* AB3010.
- 7 Het zogenaamde 'verjaringswetje' van 31 oktober 1924, *Stb.* 1924, 482.
- 8 HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 139, m.nt. MS.
- 9 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2005, p. 722.
- 10 Hof Arnhem 26 juni 2001 en 11 juni 2002, *NJ* 2003, 56.
- 11 HR 3 oktober 2003, *NJ* 2006, 112; HR 20 februari 2004, *NJ* 2006, 113; HR 27 mei 2005, *NJ* 2006, 114.
- 12 Een (zeldzame) situatie waarin de absolute verjaringstermijn bij een onrechtmatig besluit een rol kan spelen is als het bestuursorgaan eerst na twintig jaar de onrechtmatigheid van het (onaangevochten) besluit direct of indirect erkent. Zie de uitspraak van het CBB genoemd in noot 7 van deze bijdrage.

Konijnenbelt en Van Male gaan er echter vanuit dat de verjaringstermijn gaat lopen op het moment dat de onrechtmatigheid in de bestuursrechtelijke procedure is vastgesteld.⁹ Zij verwijzen daarbij naar het hiervoor genoemde arrest. Ook het Hof Arnhem heeft met een verwijzing naar dit arrest geoordeeld dat de verjaringstermijn aanvangt op het moment dat de onrechtmatigheid door (i.c.) de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is vastgesteld.¹⁰ Bij toepassing van art. 3:310 BW geldt volgens het hof dat de benadeelde eerst door de uitspraak van de bestuursrechter met zowel de gestelde schade als met de daarvoor aansprakelijke partij bekend is geworden. Voor zover bekend heeft de Hoge Raad zich over deze kwestie nog nooit uitgelaten. Wel is sinds 2003 vaste rechtspraak dat de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 BW pas een aanvang neemt als de benadeelde daadwerkelijk in staat is tot het instellen van een rechtsvordering.¹¹ Het ligt voor de hand dit criterium ook toe te passen als het gaat om vernietigde besluiten. De verjaringstermijn vangt dan naar onze mening aan op het moment dat onherroepelijk komt vast te staan dat het bestreden besluit onrechtmatig is: eerst dan kan een civiele vordering op grond van een onrechtmatige overheidsdaad wegens een vernietigd besluit immers worden toegewezen. Dit sluit ook aan bij de hiervoor besproken rechtspraak van de bestuursrechter.

Hoewel nog geen jurisprudentie bekend is, lijkt het, gezien de aansluiting die de bestuursrechter in de rechtspraak heeft gezocht bij art. 3:310 BW, gerechtvaardigd te veronderstellen dat deze absolute verjaringstermijn ook in het bestuursrecht zal worden toegepast

Ten slotte vangt in het civiele recht de absolute verjaringstermijn van twintig jaar in het civiele recht aan met de gebeurtenis (hier: het besluit) waardoor de schade is veroorzaakt.¹² Hoewel nog geen jurisprudentie bekend is, lijkt het, gezien de aansluiting die de bestuursrechter in de rechtspraak heeft gezocht bij art. 3:310 BW, gerechtvaardigd te veronderstellen dat deze absolute verjaringstermijn ook in het bestuursrecht zal worden toegepast. Als het gaat om schade door letsel of overlijden geldt op grond van art. 3:310 lid 5 BW geen absolute verjaringstermijn. Concluderend blijkt dat, nu de verjaringstermijnen in het civiele recht en het bestuursrecht bij schadeverde-

ringen gelijk zijn, dit geen factor van belang is bij de keuze tussen de beide rechtsstelsels.

3 Bewijs

Het bewijsrecht zou een belangrijke factor kunnen vormen bij de keuze om gebruik te maken van de civielrechtelijke, dan wel de bestuursrechtelijke procedure. De eerste gedachte daarbij is dat het civiele recht wordt gekenmerkt door vrij strikte regels van bewijsrecht en dat in het bestuursrecht de vrijbewijsleer heerst. Het is lastig op voorhand te zeggen of dit algemene onderscheid in het voordeel van een van de partijen werkt. Op verschillende onderwerpen zal hier iets dieper worden ingegaan. Achtereenvolgens komen aan bod de stelplicht, de bewijslastverdeling, de (on)mogelijkheden tot bewijslevering en de inrichting van de procedure ten behoeve van bewijslevering, waarbij wordt stilgestaan bij het bewijsaanbod en de bewijsopdracht.

3.1 Stelplicht

In het civiele recht hebben partijen een stelplicht, in het bestuursrecht niet. Uit de jurisprudentie van met name de CRvB blijkt dat dit een fundamenteel onderscheid is. Herhaaldelijk heeft dit rechtcollege overwogen dat het voorbij gaat aan civielrechtelijke jurisprudentie waarop een van de partijen zich heeft beroepen, vanwege de verschillen in stel- en bewijsplicht van partijen in het burgerlijke proces en het bestuursproces.¹³ Fundamenteel is het verschil in stelplicht zeker, maar betwijfeld kan worden of het in de praktijk daadwerkelijk een groot verschil vormt.

Art. 149 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) geeft de taakverdeling aan tussen rechter en partijen ten aanzien van de feiten in het burgerlijk geding. De rechter kan aan zijn beslissing enkel de feiten ten grondslag leggen die partijen hebben gesteld of die hem in het geding ter kennis zijn gekomen. Hij kan niet, los van wat partijen hebben gesteld, op zoek gaan naar de materiële waarheid en zelf de feiten aanvullen. Voorts rust op een partij, wanneer zij zich niet kan verenigen met de feitelijke stellingen van de wederpartij, de last om de feiten te weerspreken. Worden gestelde feiten onvoldoende betwist, dan is de rechter in beginsel gehouden deze feiten voor waar te houden.¹⁴

De bestuursrechter is wél bevoegd de feiten aan te vullen. In de memorie van toelichting bij het derde lid van art. 8:69 Awb is deze bevoegdheid afgezet tegen die van de civiele rechter. De betekenis van de bevoegdheid ligt er voornamelijk in dat de bestuursrechter niet is gebonden aan de feiten zoals die door partijen worden gepresenteerd en dat hij kan doorvragen. Aanleiding om van deze bevoegdheid gebruik te maken, zou de rechter moeten vinden in de ongelijkheidscompensatie.¹⁵

Dit fundamentele verschil in de rechterlijke bevoegdheid om de feiten aan te vullen, blijkt in de praktijk niet groot te zijn.¹⁶ De bestuursrechter is gebonden aan de gronden van eiser. Hij kan alleen oordelen over de onzorgvuldige voorbereiding van het schadebesluit of de onjuiste vaststelling van schadeposten, indien de belanghebbende daaromtrent gronden heeft aangevoerd. De bestuursrechter mag een partij dan ook niet ambtshalve veroordelen tot vergoeding van schade.¹⁷ De bestuursrechter kan wel de feiten aanvullen, maar dat moet gebeuren binnen de door eiser aangevoerde gronden.¹⁸ Eiser mag dan letterlijk geen stelplicht hebben ten aanzien van de feiten, hij heeft wel een aandraagplicht voor de (feitelijke) gronden van zijn beroep. Hoe vaak de rechter daadwerkelijk de feiten aanvult, is overigens lastig vast te stellen. De aanvulling zal doorgaans niet uit de uitspraak blijken. De tendens dat de bestuursrechter steeds minder aan ongelijkheidscompensatie doet en dat hij weinig gebruik maakt van zijn onderzoeksbevoegdheden,¹⁹ doet echter vermoeden dat hij niet vaak tot een aanvulling van de feiten zal overgaan.²⁰

Zoals gezegd moet eiser de gronden van zijn beroep aanvoeren. Laat hij vervolgens na deze grond met bewijsmiddelen te onderbouwen, dan loopt hij het risico dat de bestuursrechter de grond als onvoldoende geadstrueerd terzijde schuift. Letterlijk genomen is dit evenmin een stelplicht.²¹ De adstructieplicht geeft niet aan welke feiten de rechter aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen. De adstructie-

Zowel de plicht van eiser om gronden aan te voeren, als de gehoudenheid om deze met enig bewijsmiddel te onderbouwen, maakt dat in de praktijk van het bestuursrecht van enige 'stelplicht' kan worden gesproken

plicht ziet op de rechterlijke motiveringsplicht, in die zin dat de rechter ontslagen is van zijn plicht om gemotiveerd op de aangevoerde gronden te reageren, wanneer deze op geen enkele wijze worden onderbouwd. Claimt de belanghebbende schadevergoeding, dan zal hij derhalve dat verzoek dienen te onderbouwen. Laat hij dat na, dan bestaat het gevaar dat de bestuursrechter aan zijn claim voorbijgaat en hem geen gelegenheid biedt om op een later moment in de procedure alsnog de schade aannemelijk te maken.²² Zowel de plicht van eiser om

gronden aan te voeren, als de gehoudenheid om deze met enig bewijsmiddel te onderbouwen, maakt dat in de praktijk van het bestuursrecht van enige

'stelplicht' kan worden gesproken. Soms is de bestuursrechtelijke jurisprudentie daar vrij expliciet in: 'Degene die om schadevergoeding verzoekt moet voldoende feiten stellen en aannemelijk maken waaruit het bestaan van de schade kan worden afgeleid'.²³

Voorts blijkt uit de jurisprudentie dat óók in het bestuursrecht een grote rol speelt of de wederpartij gestelde feiten betwist. De bestuursrechter is weliswaar niet verplicht om onbetwiste feiten als vaststaand aan te nemen,²⁴ maar hij onderbouwt zijn oordeel dat hij uitgaat van een bepaalde schade of

causaal verband regelmatig door erop te wijzen dat de wederpartij de feiten niet heeft weersproken.²⁵

3.2 Bewijslastverdeling

Ook op het punt van de bewijslastverdeling lijken de verschillen tussen het burgerlijk en het bestuursprocesrecht op het eerste gezicht aanzienlijk. In art. 150 Rv is de zogenaamde objectiefrechtelijke theorie neergelegd. De partij die zich beroept op een bepaald rechtsgevolg (ontleend aan het objectieve recht), draagt de bewijslast voor de feiten die aan de inwerkingtreding van dat rechtsgevolg ten grondslag liggen. Deze hoofdregel van bewijslastverdeling kan worden gecorrigeerd door bijzondere regels van bewijslastverdeling of door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Deze afwijkingsmogelijkheid blijkt in de praktijk echter zelden te worden toegepast.²⁶ Aan de Awb ligt een geheel ander uitgangspunt ten grondslag. Een regeling van de bewijslastverdeling is daarin niet opgenomen, omdat de wetgever dacht aan dergelijke regels geen behoefte te hebben. De bestuursrechter is een actieve rechter die zelf op zoek is naar de materiële waarheid, waardoor bewijsproblemen zich minder op de voorgrond zouden dringen. Mocht desalniettemin behoefte bestaan aan een verdeling van de bewijslast over partijen, dan zou de bestuursrechter dat volgens de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen doen.²⁷ De vrijbewijsleer biedt die ruimte.

Dit verschil in leer leidt wederom tot weinig verschillen in de praktijk. De bestuursrechter blijkt regelmatig de bewijslast over partijen te verdelen en komt dan tot hetzelfde resultaat als zijn civiele collega: degene die verzoekt om schadevergoeding, draagt de bewijslast voor de schade en voor het causale verband tussen schade en de onrechtmatige handeling van het bestuur. Voor het civiele

De bestuursrechter blijkt regelmatig de bewijslast over partijen te verdelen en komt dan tot hetzelfde resultaat als zijn civiele collega

recht vloeit dit eenvoudig voort uit art. 150 Rv. De aanwezigheid van schade en de omstandigheid dat de schade is ontstaan door de onrechtmatige gedraging vormen de voorwaarden voor de aanspraak op schadevergoeding.²⁸ Bij het bepalen van de omvang van de schade geniet de rechter een grote vrijheid, waarbij art. 150 Rv niet van toepassing is. De rechter hoeft bijvoorbeeld niet uitdrukkelijk te beslissen op een gedaan bewijsaanbod ten aanzien van de schadeomvang.²⁹ Hij kan door schatting een bedrag toewijzen.

Ook in het bestuursrecht draagt eiser de bewijslast voor de schade en de causaliteit.³⁰ Kennelijk leiden

- 13 CRvB 19 september 2002, *JB* 2002, 341; CRvB 28 november 2002, *TAR* 2003, 78; CRvB 9 januari 2003, *TAR* 2003, 62.
- 14 W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 69 e.v.; Pitlo/Hidma & Rutgers, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2004, p. 23 e.v.
- 15 E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Tweede tranche* (PG Awb II), Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1994, p. 463-464.
- 16 Zie ook P.B.M.J. van der Beek-Gillesen & G.M.T. Berkel-Kikkert, 'Schadevergoeding nader bekeken', *JBplus* 2000, p. 3-4.
- 17 CRvB 6 augustus 1997, *AB* 1997, 392 en *JB* 1997, 222.
- 18 M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorproedure*, Deventer: Kluwer 2006, p. 167. Overigens vullen zowel de civiele rechter als de bestuursrechter de rechtsgronden aan, art. 25 Rv en art. 8:69 lid 2 Awb.
- 19 A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 74 e.v.
- 20 Ook Van der Beek-Gillesen & Berkel-Kikkert 2000, p. 4 constateren dat de bestuursrechter in het schadevergoedingrecht zeer lijdelijk is.
- 21 Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005, p. 65-66.
- 22 CBB 26 februari 1996, *AB* 1996, 343, m.nt. JHvdV; CBB 5 juli 2000, *AB* 2001, 40, m.nt. JHvdV.
- 23 CRvB 29 januari 2004, *JB* 2004, 133, m.nt. RJNS. Zie ook CBB 26 februari 1996, *AB* 1996, 343, m.nt. JHvdV.
- 24 In ABRvS 26 januari 2005, *JB* 2005, 81, m.nt. RJNS toetst de rechter ambtshalve of de gestelde schade voortvloeit uit het besluit, terwijl het bestuursorgaan geen beroep had gedaan op het ontbreken van causaliteit en kennelijk het vermeende causale verband niet had betwist. Het is niet duidelijk of dit een uitzonderlijk geval betreft.
- 25 ABRvS 15 juni 1998, *JB* 1998, 181; ABRvS 23 oktober 2002, *AB* 2003, 303 en *JB* 2002, 358; CBB 2 december 1997, *AB* 1998, 65; CRvB 4 juni 2002, *JB* 2002, 281; CRvB 28 juni 2002, *AB* 2003, 9 en *JB* 2002, 232.
- 26 Asser 2004, p. 60; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 53 e.v.
- 27 PG Awb II, p. 175.
- 28 Zie Asser 2004, p. 167 e.v., I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 115 e.v.; *Schadevergoeding*, Kluwer losbladige uitgave, (Lindenbergh), art. 97, aant. 9 en (Boonekamp), art. 98, aant. 13.
- 29 HR 3 februari 1961, *NJ* 1961, 361.
- 30 Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 april 2000, *AB* 2000, 222, m.nt. MSV; ABRvS 1 juni 2001, *AB* 2002, 406, m.nt. AMLJ; ABRvS 1 december 2004, *JB* 2005, 37; CBB 29 juli 1997, *AB* 1997, 447, m.nt. JHvdV; CBB 5 juli 2000, *AB* 2001, 40, m.nt. JHvdV; CRvB 14 maart 2002, *JB* 2002, 150; CRvB 11 maart 2005, *AB* 2005, 241, m.nt. AMLJ.

de vrij-bewijsleer en de toepassing van de regels van redelijkheid en billijkheid in dit geval tot eenzelfde bewijslastverdeling als op basis van art. 150 Rv. Die situatie doet zich in het bestuursrecht overigens vrij regelmatig voor: de bewijslastverdeling in het bestuursrecht sluit veelal aan op de regel dat degene die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, de daaraan ten grondslag liggende feiten dient te bewijzen.³¹ Doorgaans wordt de bewijslastverdeling echter niet (met dit argument) door de bestuursrechter verklaard. Soms verwijst de rechter naar art. 4:2 lid 2 Awb om uit te leggen waarom de belanghebbende de schade en het causaal verband aannemelijk moet maken.³² Als aanvrager van een (zelfstandig schade)besluit dient de belanghebbende de gegevens te verschaffen die nodig zijn voor het kunnen nemen van het gevraagde besluit. Vordert de belanghebbende schade door een beroep te doen op art. 8:73 Awb, dan rust op de belanghebbende dezelfde bewijsleveringsplicht, maar dat oordeel wordt doorgaans niet gemotiveerd.

Men zou zich kunnen afvragen of bij een zelfstandig schadebesluit art. 3:2 Awb de bewijslastverdeling in een voor de belanghebbende gunstige zin beïnvloedt. Dat artikel legt op het bestuursorgaan de plicht om bij de voorbereiding van het besluit de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten. Leidt dat tot een bewijslast voor het bestuursorgaan, of tot een verlichting van de bewijslast van de belanghebbende? In beginsel luidt het antwoord op beide vragen ontkennend. Het zorgvuldigheidsbeginsel verlangt niet zonder meer van het bestuursorgaan dat het gegevens achterhaalt, waarover de belanghebbende geen beschikking kan krijgen.³³ De jurisprudentie waarin het bestuursorgaan wél tot een nader onderzoek is gehouden, is bijzonder casuïstisch. Heel in het algemeen kan men zeggen dat daarvoor van belang is de mate waarin een aanvraag is onderbouwd en aanknopingspunten biedt voor een nader onderzoek, de vraag of de belanghebbende zich tot het uiterste heeft ingespannen om de benodigde gegevens te verkrijgen, de mate waarin de gegevens tot het bewijsdomein van het bestuur behoren en de taak van het bestuursorgaan die uit de strekking van de wet voortvloeit.³⁴ In zaken over schade, veroorzaakt door onrechtmatige besluiten, wordt deze bewijsleveringsplicht van het bestuursorgaan vrijwel nooit geactiveerd.³⁵

Eiser vordert schadevergoeding, omdat haar dieren door de slechte kwaliteit van het oppervlaktewater ziek zouden zijn geworden. Die slechte kwaliteit zou veroorzaakt zijn door rioolverstorten waarvoor het Hoogheemraadschap vergunning heeft verleend. De Afdeling weerlegt het argument van eiser dat verweerder niet mocht volstaan met een betwisting van de causaliteit. Ten slotte vermag de Afdeling niet in te zien dat de plicht tot zorgvuldige voorbereiding en deugdelijke motivering van een besluit, als neergelegd in

de artikelen 3:2 en 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht, meebrengt dat verweerdens zijn gehouden op grond van een door hen in te stellen onderzoek te bewijzen dat causaal verband ontbreekt. Noch de wettekst noch de wetgeschiedenis biedt hier enig aanknopingspunt voor.³⁶

De bewijslast voor schade en causaliteit verschuift derhalve niet van de belanghebbende naar het bestuursorgaan door de enkele omstandigheid dat de belanghebbende niet meer de beschikking kan krijgen over bepaalde gegevens en in bewijsnood verkeert.³⁷ Ook wanneer (dure)³⁸ deskundigenrapporten nodig zijn, blijft de plicht om die expertise te verschaffen in beginsel op eiser rusten.³⁹ Alleen in uitzonderlijke gevallen zal de strekking van de bevoegdheidsuitoefening door het bestuursorgaan verlangen dat het de belanghebbende actief helpt bij het vergaren van het bewijsmateriaal. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het bestuursorgaan dat in zijn hoedanigheid van werkgever wordt aangesproken voor schade die is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden.⁴⁰ Voorstelbaar is voorts dat het bestuursorgaan een grotere taak bij de gegevensverzameling op zich neemt indien het schadebesluit wordt genomen op basis van een wettelijke regeling. De regeling kan procedurele regels bevatten, bijvoorbeeld doordat schade-experts die de schade opnemen worden aangewezen. Overigens zal dat veelal niet zozeer gebeuren om de bewijslast van de gelaedeerde te verlichten, maar om de objectiviteit van de schadebepaling te waarborgen.

Art. 3:2 Awb brengt wel voor het bestuursorgaan de plicht mee om de claim zorgvuldig te onderzoeken. Dat betekent onder meer dat het de belanghebbende zo nodig om aanvullende bewijslevering verzoekt en het bewijsmateriaal van de aanvrager verifieert. Deze zorgvuldigheidsplichten structureren de bewijslevering door de aanvrager en geven het bestuursorgaan de plicht om bij een voldoende aannemelijkheid van de claim een gedegen onderzoek in te stellen. Dat levert, voorafgaand aan een proces, enig bewijsvoordeel voor de belanghebbende op ten opzichte van de civiele procedure. Komen de aanvrager van het zelfstandig schadebesluit en het bestuursorgaan er echter samen niet uit, dan gaat dat bewijsvoordeel grotendeels teniet. Zoals in de volgende paragraaf zal blijken, zijn namelijk de mogelijkheden tot nadere bewijslevering in het bestuursrechtelijk beroep beperkt.⁴¹

De bewijslastverdeling in het bestuursrecht komt al met al in hoge mate overeen met de bewijslastverdeling in het civiele recht. Worden er verschillen geconstateerd, dan zullen die doorgaans niet zozeer het gevolg zijn van uiteenlopend procesrecht, maar van een uiteenlopende materiële uitleg van het leerstuk van schadevergoeding op basis van een onrechtmatige daad.⁴² Zo nam men aan dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter een ander causaliteits-

begrip hanteerden. Het bestuursorgaan kan zich in de procedure erop beroepen dat causaal verband ontbreekt, omdat de schade óók zou zijn ontstaan wanneer het een rechtmatig besluit zou hebben genomen. Volgens de bestuursrechter draagt het bestuursorgaan voor dat verweer de bewijslast.⁴³ Aangenomen werd dat een dergelijk verweer in het burgerlijk geding niet opging, waardoor gedaagde ook niet met de bewijslast voor dat verweer kon worden belast.⁴⁴ Inmiddels zijn bestuurs- en burgerlijke rechter naar elkaar toegegroeid en lijkt de burgerlijke rechter op dit punt dezelfde lijn te hanteren. Zou

- 31 Schuurmans 2005, p. 211 e.v. Overigens komt een van de vuistregels van bewijslastverdeling van de billijkheidsleer voor een groot deel overeen met de bewijslastverdeling naar de objectiefrechtelijke theorie, zodat de uitkomsten van beide leren regelmatig identiek zijn, Giesen 2001, p. 91.
- 32 ABRvS 3 april 2000, AB 2000, 222, m.nt. MSV; CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62 en CRvB 29 januari 2004, JB 2004, 133, m.nt. RJS.
- 33 Schuurmans 2005, p. 177 e.v.
- 34 Zie CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62 en Schuurmans 2005, p. 179 e.v. en p. 308.
- 35 Rb. 's-Gravenhage 6 augustus 2001, TAR 2001, 119; ABRvS 3 april 2000, AB 2000, 222, m.nt. MSV; ABRvS 1 juni 2001, AB 2002, 406, m.nt. AMLJ; ABRvS 28 november 2001, Nieuwsbrief StAB 2002, 01-113.
- 36 ABRvS 28 november 2001, Nieuwsbrief StAB 2002, 01-113.
- 37 ABRvS 1 december 2004, JB 2005, 37; CBB 5 juli 2000, AB 2001, 40, m.nt. JHvdV (De rechtsopvolgster van de (overleden) gelaedeerde kan geen bewijsstukken verzamelen. Door de persoonlijke en zakelijke problemen van de gelaedeerde zijn geen bewijsstukken meer voorhanden).
- 38 Zie par. 6 van deze bijdrage voor de hoogte (van de vergoeding) van deskundigenkosten.
- 39 Rb. 's-Gravenhage 6 augustus 2001, TAR 2001, 119.
- 40 CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62.
- 41 Zie par. 3.3 van deze bijdrage.
- 42 De bewijslastverdeling heeft een sterke band met het materiële recht. Wie de bewijslast draagt, is niet enkel een vraag naar de te leveren inspanning tijdens het proces, maar ook naar de vraag welke partij het risico loopt om de procedure te verliezen. De bewijslastverdeling heeft daarmee invloed op de materiële uitkomst van het geschil.
- 43 ABRvS 10 augustus 2000, JB 2000, 271; ABRvS 1 september 2004, AB 2004, 369, m.nt. dG en JB 2004, 353, m.nt. RJS; ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54, m.nt. dG.
- 44 Zie hierover nader o.a. C.N.J. Kortmann, 'Schade na vernietiging en verlengde besluitvorming: een doos van pandora', NTB 2002, p. 98-106 en R.J.N. Schlössels, 'Weg met de besluitenansprakelijkheid?', JBplus 2004, p. 70 e.v.
- 45 HR 1 april 2005, JB 2005, 136 en JOL 2005, 190. Vgl. de conclusie, punt 9-14, bij HR 16 juni 2006, LJN AV2639.
- 46 Asser 2004, p. 102 e.v.; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 56 e.v.
- 47 Zie over de omkeringsregel bij besluitenansprakelijkheid C.N.J. Kortmann, 'De omkeringsregel, lees eerst de gebruiksaanwijzing', O&A 2004, 91, p. 180-189.
- 48 Art. 111 lid 3 Rv.
- 49 Art. 128 lid 5 Rv.
- 50 Art. 120 en 128 Rv.
- 51 T. Novakovski, 'Een functionele substantiëringsplicht: illusie of werkelijkheid?', RMThemis 2006, p. 4. De auteur onderzocht 200 dossiers, waarbij in geen van de gevallen waarin de substantiëringsplicht was verzaakt, de rechter een sanctie oplegde.
- 52 ABRvS 23 juli 2003, AB 2003, 448, m.nt. BJS en JB 2003, 258. Zie voor een ander voorbeeld ABRvS 1 juni 2001, AB 2002, 406, m.nt. AMLJ.

de gestelde schade ook zijn geleden bij rechtmatig handelen door de overheid, dan bestaat er onvoldoende causaal verband tussen schade en de onrechtmatige handeling.⁴⁵ Een ander aspect van de bewijslastverdeling dat verband houdt met de meer materiële kant van het recht, betreft de zogenaamde omkeringsregel. De omkeringsregel heeft tot gevolg dat causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade wordt aangenomen, tenzij de aangesprokene aannemelijk maakt dat de schade ook zou zijn ontstaan zonder zijn gedraging. Deze regel wordt alleen toegepast indien het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending aanmerkelijk wordt vergroot.⁴⁶ De ruimte om deze regel toe te passen bij besluitenansprakelijkheid lijkt – zowel via de civiele als de bestuursrechtelijke weg – beperkt. De normen waaraan de overheid bij de besluitvorming heeft te voldoen, zien namelijk doorgaans niet primair op het voorkomen van schade.⁴⁷

3.3 Beperkingen in de bewijslevering

Zowel in het burgerlijk procesrecht als in het bestuursprocesrecht wordt ernaar gestreefd zo vroeg mogelijk in de procedure een volledig beeld te verkrijgen omtrent de gronden van eis en verweer en de feiten waarop partijen zich beroepen. De processtelsels kennen elk hun eigen instrumenten om dat doel te bereiken.

Substantiëringsplicht en bewijsfuik

Sinds 1 januari 2002 kent het Rv de zogenaamde substantiërings- en bewijsaandragplicht. Eiser dient in de dagvaarding de door gedaagde aangevoerde verweren te vermelden, alsmede de bewijsmiddelen waarover eiser kan beschikken om de betwiste gronden van de eis aannemelijk te maken.⁴⁸ Gedaagde vermeldt in de conclusie van antwoord de bewijsmiddelen die hij tot zijn beschikking heeft.⁴⁹ Wordt niet aan deze substantiërings- en bewijsaandragplichten voldaan, dan kan de rechter alsnog om versterking van de ontbrekende gegevens verzoeken of een sanctie opleggen.⁵⁰ Schending van de bewijsaandragplicht zou gevolgen kunnen hebben voor het verloop van de procedure, bijvoorbeeld door een beïnvloeding van de bewijslast of doordat onvermelde bewijsmiddelen niet meer in het proces mogen worden aangewend wegens strijd met de goede procesorde. Uit onderzoek blijkt echter dat de civiele rechter vrijwel nooit een sanctie oplegt.⁵¹ De bewijsaandragplicht op zich beperkt partijen niet in hun (latere) mogelijkheden tot bewijslevering in de civiele procedure. Kiest de belanghebbende voor het volgen van de bestuursrechtelijke weg door middel van het verzoeken van een zelfstandig schadebesluit, dan kan eiser bewijsbelemmeringen ondervinden door de zogenaamde bewijsfuik. Met name de uitspraak van de Afdeling van 23 juli 2003⁵² heeft destijds de bewijs-

fuik zwaar aangezet. In die uitspraak werd appellant verweten dat hij bij het college van B&W onvoldoende bewijsmateriaal had overgelegd, waardoor het college zijn verzoek om schadevergoeding had kunnen afwijzen. Hoewel het college niet op een bewijsaanbod van de advocaat van appellant was ingegaan, kon het geen onzorgvuldige besluitvorming worden verweten. De beslissing op bezwaar was rechtmatig totstandgekomen, en die conclusie kan niet worden aangetast door bewijsmateriaal dat eerst in beroep wordt overgelegd. Het bestuursorgaan heeft daar geen rekening mee kunnen en hoeven houden. Een gebrekkige bewijslevering in de bestuurlijke fase is daarmee niet meer in beroep te herstellen. Deze jurisprudentie leidt ertoe dat bij een zelfstandig schadebesluit de bewijslevering van de schade en het causaal verband steeds bij het bestuursorgaan dient plaats te vinden, dat eiser uit eigen beweging bewijsmateriaal dient te verstrekken en dat nadere bewijslevering in beroep vrijwel uitgesloten is. Dat schrikbeeld lijkt thans niet meer de status quo. In meer recente jurisprudentie is een dergelijke bewijsfuik tussen de bestuurlijke fase en het beroep op de bestuursrechter niet meer aangetroffen.⁵³ Deze ontwikkeling past bij het gewijzigde art. 6:13 Awb en de daarbij behorende parlementaire stukken. De regering heeft tot uitdrukking gebracht dat een belanghebbende in beroep in beginsel nieuw bewijsmateriaal naar voren kan brengen, tenzij de belanghebbende redelijkerwijs kan worden verweten het bewijs niet eerder te hebben ingebracht.⁵⁴ Onder invloed van deze bepaling is de zogenaamde grondenfuik in beroep gerelativeerd,⁵⁵ en mogelijk deelt ook de bewijsfuik dat lot. Hoe de jurisprudentie over de bewijsfuik zich gaat ontwikkelen, blijft op dit moment echter een speculatie. De Afdeling heeft tot nu toe niet expliciet afstand genomen van haar eerdere jurisprudentie. Wij verwachten dat de belanghebbende alleen in de bewijsfuik verstrikt raakt, indien hem in de bestuurlijke fase uitdrukkelijk en expliciet om een bepaald bewijsstuk is verzocht ter onderbouwing van zijn schadevordering en hij dat stuk eerst in beroep overlegt.

Goede procesorde

Naast de specifieke bewijsaandraagplicht en de bewijsfuik, kan in beide processtelsels de goede procesorde zich verzetten tegen late bewijslevering in beroep. Overlegt een partij vlak voor de einduitspraak een nieuw bewijsstuk, dan kan de wederpartij door het bewijsstuk worden overvallen en onvoldoende tijd hebben om gemotiveerd verweer te voeren. In het civiele recht kan een partij in beginsel gedurende de gehele procedure producties in het geding brengen, tot het moment dat vonnis is bepaald.⁵⁶ De Hoge Raad hecht in de jurisprudentie doorslaggevend belang aan het beginsel van hoor- en wederhoor. De aard en de omvang van het nieuwe bewijsstuk bepalen in vergaande mate of het nog kan worden ingebracht. Vormen aard en omvang klaarblijkelijk geen beletsel om daarvan binnen de

beschikbare tijd kennis te nemen, dan zal de rechter het stuk toelaten. De mogelijkheid bestaat dat stukken eerst op de zitting worden overgelegd,⁵⁷ of na de zitting wanneer een partij akte neemt, mits de goede procesorde zich daar niet tegen verzet. De stelling dat het pleidooi niet de plaats is om nieuwe feiten te stellen, is door de Hoge Raad uitdrukkelijk verworpen.⁵⁸ In de praktijk lijkt de rechter niet bijzonder vaak producties te weigeren; veelal zal hij een partij, eventueel door de zaak te schorsen of aan te houden, de gelegenheid bieden om alsnog op de laat ingebrachte stukken te reageren.⁵⁹ Eiser kan derhalve gedurende vrijwel de gehele procedure zijn schadevordering met bewijsstukken onderbouwen en de comparitie of zitting aangrijpen om helderheid te verkrijgen over zijn bewijspositie.

In het bestuursprocesrecht speelt het beginsel van de goede procesorde een nadrukkelijke rol bij de vraag in welke fase van het proces stukken in het geding mogen worden gebracht.⁶⁰ Art. 8:58 Awb bepaalt dat tot tien dagen voor de zitting partijen nadere stukken kunnen indienen.⁶¹ Schenden partijen deze termijn, dan beschikt de bestuursrechter over een zekere vrijheid bij het bepalen of hij de stukken in het geding betreft. Overlegt een partij vlak voor of op de zitting een bewijsstuk, dan zal de rechter bezien of haar kan worden verweten dat zij het stuk niet eerder heeft verstrekt en of de belangen van de wederpartij worden geschaad. In de praktijk houdt de bestuursrechter behoorlijk strak de hand aan deze termijn en worden te laat ingebrachte stukken, zeker bij bezwaar van de wederpartij, in beginsel buiten het geding gehouden.⁶² Biedt eiser ter zitting aan zijn schadevordering nader met bewijs te onderbouwen, dan zal dat aanbod veelal worden afgewezen wegens strijd met de goede procesorde.⁶³ Het is in de regel evenmin mogelijk om stukken, waarom de rechter niet heeft verzocht, nog na de zitting in het geding te brengen.⁶⁴ Dit leidt ertoe dat een partij in het bestuursrechtelijk beroep tot tien dagen voor de zitting in beginsel al het bewijs bij elkaar moet hebben gebracht. Die last kan behoorlijk zwaar zijn, omdat er in de regel geen vooronderzoek plaatsvindt, de rechter niet op een bewijsaanbod hoeft te reageren en geen bewijsopdracht geeft (zie par. 3.3).

Bewijslevering in hoger beroep

Een volgend aanzienlijk verschil tussen de beide procedures ligt in de bewijsmogelijkheden in hoger beroep. Naast een controlefunctie heeft het civiel appel tevens een herstelfunctie. Het hoger beroep biedt de mogelijkheid om verzuimen in eerste aanleg te herstellen en om hetgeen is aangevoerd aan te vullen.⁶⁵ Partijen kunnen nieuwe grieven en nieuw bewijsmateriaal aanbrengen. Hoofdreel is dat (in een laat stadium) aangevoerde feiten in de beslissing moeten worden betrokken, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet.⁶⁶ Dat dit laatste geval zich voordoet, moet uit de uitspraak blijken. Stelt de rechter de nieuwe feiten *niet* terzijde, dan behoeft dat oordeel geen motivering.⁶⁷ De gelaedeerde kan

- 53 Ter illustratie zij verwezen naar de volgende uitspraken waarin wordt ingegaan op bewijsmateriaal van eiser dat na de beslissing op bezwaar is overgelegd, of belang wordt gehecht aan (het gebrek aan) bewijslevering op de zitting: ABRvS 30 maart 2005, *LJN AT2817*; ABRvS 22 maart 2006, *LJN AV6232*; ABRvS 24 mei 2006, *LJN AX4413*.
- 54 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 421, nr. 3, p. 8 en nr. 11, p. 2-3.
- 55 Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 januari 2005, *AB* 2005, 75, m.nt. RW.
- 56 Art. 85 Rv regelt de inbreng van stukken in het geding.
- 57 HR 4 november 1994, *NJ* 1995, 98; HR 27 juni 1997, *NJ* 1998, 328, m.nt. HJS; HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 172, m.nt. HJS.
- 58 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, m.nt. CJHB.
- 59 Zie de annotatie van Vranken bij HR 10 oktober 1997, *NJ* 1998, 473.
- 60 Zie o.a. B.W.N. de Waard, 'De goede procesorde', *JBplus* 2001, p. 148-162.
- 61 Deze nadere stukken dienen een reeds aangevoerde beroepsgrond te onderbouwen. Het is niet zonder meer geoorloofd dat tot tien dagen voor de zitting aan de hand van stukken een nieuwe beroepsgrond wordt aangevoerd, ABRvS 4 juli 2005, *AB* 2006, 62, m.nt. Sewandono en *JB* 2005, 254; ABRvS 3 februari 2006, *AB* 2006, 268, m.nt. Sewandono.
- 62 ABRvS 24 december 2002, *AB* 2003, 158; ABRvS 6 augustus 2003, *JB* 2003, 264; CRvB 4 april 2003, *JB* 2003, 156; CRvB 30 maart 2004, *JB* 2004, 218. Art. 11 Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006 bepaalt dat stukken die minder dan tien dagen voor de zitting worden ingediend, worden teruggezonden of ter zitting teruggegeven, tenzij het college anders beslist.
- 63 ABRvS 3 april 2002, *JB* 2002, 144.
- 64 Art. 18 Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006 bepaalt expliciet dat ongevraagde stukken die na de sluiting van het onderzoek worden toegestuurd, door de rechter worden geweigerd en geretourneerd.
- 65 Het grievensstelsel beperkt die mogelijkheid niet. Het grievensstelsel verlangt enkel van appellants dat hij duidelijk doet blijken op welke gronden de aangevochten uitspraak onjuist zou zijn.
- 66 H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2004, p. 36 en H.J. Sniijders & A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2003, p. 182 en p. 187. Vormen de nieuwe feiten een nieuwe grief, dan gelden er strengere eisen. De nieuwe grief mag niet worden aangevoerd ná de conclusie van eis en de conclusie van antwoord, Ras/Hammerstein 2004, p. 36.
- 67 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457.
- 68 Ras/Hammerstein 2004, p. 36 en Sniijders & Wendels 2003, p. 182 en p. 187.
- 69 Jaarverslag Raad van State 2005, p. 98. In de twee uitspraken waarnaar in het jaarverslag wordt verwezen, wordt in beide gevallen in appel het beroep op het gelijkheidsbeginsel met een bewijsstuk onderbouwd. Het is de vraag of deze zaken representatief zijn voor de mogelijkheden tot nadere bewijslevering in hoger beroep. Het bestuursorgaan draagt een eigen verantwoordelijkheid voor het voeren van een consistent beleid en heeft een eigen verantwoordelijkheid om een mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel te onderzoeken.
- 69 ABRvS 3 april 2000, *AB* 2000, 222, m.nt. MSV; ABRvS 20 februari 2001, *AB* 2002, 29, m.nt. NV; ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 112, m.nt. Sewandono. Zie ook R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 122 e.v.
- 70 Zie over deze problematiek P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005, p. 269 e.v.
- 71 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 142 e.v.
- 72 Art. 22 Rv.
- 73 P.A. Stein & A.S. Rueb, *Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 114.

thus in hoger beroep nieuw bewijsmateriaal aandragen voor de schadevordering en gedaagde kan zich op nieuwe bevrijdende verweren beroepen. In welke mate het bestuursrechtelijke appel een herstelfunctie toekomt, hangt af van het bevoegde appelcollege. In het algemeen geldt dat partijen bij de CRvB nieuw bewijsmateriaal kunnen inbrengen. De ABRvS stelt veeleer de controlefunctie van het hoger beroep voorop. Nieuw bewijsmateriaal dat een nieuwe grond vormt, wordt in beginsel niet geaccepteerd, tenzij er een rechtvaardiging is dat de grond niet in eerste aanleg is aangevoerd. Onderbouwt het nieuwe bewijsmateriaal een eerder aangevoerde grond, dan zou de ABRvS een iets minder strenge koers varen. Nieuw bewijsmateriaal dat 'past wat mag worden verwacht ter adstructie van de eerder aangevoerde grond'⁶⁸ kan wel worden ingediend. Op basis van eerdere jurisprudentie lijkt die ruimte echter niet bijzonder groot.⁶⁹ Het CBB vaart een koers die het midden houdt tussen de CRvB en de ABRvS.⁷⁰ Met name wanneer een rechtsweg bij de ABRvS openstaat, kan men zeggen dat de belanghebbende in het bestuursrechtelijke hoger beroep minder mogelijkheden heeft dan in het civiele appel om nieuwe gronden aan te voeren en om nieuw bewijsmateriaal (op een laat moment) in de procedure naar voren te brengen. Daardoor heeft een gelaedeerde weinig mogelijkheden om zijn schadevordering in hoger beroep aan te passen (zie ook par. 4) en nader met bewijs te onderbouwen.

3.4 Bewijsaanbod en bewijsopdracht

Uit het vorige punt bleek al dat de verschillen in het bewijs in de civiele en bestuursrechtelijke procedure zich met name voordoen wanneer eiser gedurende het beroep bij de rechter nader bewijs tracht te leveren van zijn stellingen. Het burgerlijk geding is op die bewijslevering ingericht. Eiser kan een bewijsaanbod doen, waarop de rechter gemotiveerd dient te reageren. Alleen wanneer het aanbod niet terzake dienend is, te vaag is of te laat wordt gedaan, mag de rechter het aanbod passeren.⁷¹ Voorts kan de rechter in elke stand van de procedure een partij bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden te overleggen.⁷² Geeft het overgelegde bewijsmateriaal de rechter onvoldoende uitsluitel, dan kan hij bij tussenvonnis een van de partijen een bewijsopdracht geven. In dat tussenvonnis kan worden overwogen wat de bewijskracht is van het reeds overgelegde bewijsmateriaal en of dat als bewijs of tegenbewijs heeft te gelden.⁷³ Het proces is erop ingericht dat partijen bewijs leveren voor hun stellingen. Het bestuursprocesrecht steekt daar wat bleek bij af. Hoofdstuk 8 van de Awb is ingericht op een ambts-halve onderzoek door de rechter, maar niet op bewijslevering primair door partijen. Hun positie is vrijwel ongereguleerd gebleven. Dat werkt in beginsel niet in hun voordeel. Zo heeft het bewijsaanbod in het bestuursprocesrecht geen status. Er is geen

regel die de rechter verplicht om op een gedaan bewijsaanbod gemotiveerd te reageren. Voorts biedt de wet geen voorziening aan de rechter voor het geven van een bewijsopdracht. Impliciet kan dat wel door een vraag te stellen of stukken op te vragen.⁷⁴ Wordt de schadestaatprocedure gevolgd, dan kan de rechter in de uitspraak aangeven wat hij aan bewijslevering van partijen verwacht.⁷⁵ In het bestuursproces zijn partijen erg afhankelijk van het initiatief dat de rechter zelf neemt en zijn bereidheid om te reageren op een bewijsaanbod. 'In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen. Vervolgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, gebruik maken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden.'⁷⁶ Problematisch aan dit uitgangspunt is dat bij een gebrek aan bewijsregels in de Awb, partijen veelal niet op voorhand weten welke bewijsvoeringslast er op hun rust, zij geen inzicht krijgen in de status van het reeds overgelegde bewijsmateriaal en afhankelijk zijn van een nadere en onvoorspelbare inzet van de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden.

Van die onderzoeksbevoegdheden maakt de bestuursrechter overigens weinig gebruik. Met name op het punt van het getuigenbewijs doen zich grote verschillen voor ten opzichte van de civiele procedure. Waar in het burgerlijk geding getuigenbewijs een grote rol speelt naast de bewijslevering door schriftelijke stukken en een getuige wordt gehoord, 'tenzij', vindt een getuigenverhoor in het bestuursprocesrecht vrijwel nooit plaats.⁷⁷ Op basis van het tweede lid van art. 8:63 Awb kan de bestuursrechter er namelijk van afzien de getuige te horen wanneer hij van oordeel is dat het horen redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak. Daarbij geldt niet, anders dan in het civiele recht, dat het de rechter uitdrukkelijk verboden is een prognose te maken van de bewijslevering.⁷⁸

Is de bewijslevering van de schadevordering gecompliceerd en heeft eiser behoefte aan begeleiding bij de bewijslevering, dan is hij in het civiele proces beduidend beter af. Ook kan hij beter voor die procedure kiezen wanneer zijn bewijslevering voor een aanzienlijk deel uit getuigenbewijs zal bestaan. Voorts biedt de civiele procedure de mogelijkheid om een voorlopig getuigenverhoor en een voorlopig deskundigenonderzoek door de rechter te laten uitvoeren, op basis waarvan partijen hun proceskansen beter kunnen schatten.

3.5 Conclusie

'Als het gaat om het bewijsrecht, dan is er weinig reden om te kiezen voor de bestuursrechter', zo constateerde Schueler al eens.⁷⁹ Die conclusie wordt hier onderschreven. Op het punt van de stelplicht en de bewijslast bestaan dogmatische, maar nauwelijks praktische verschillen. Eiser heeft in het bestuurs-

Behoeft de schadevordering van eiser nadere bewijslevering in beroep, dan is de civiele procedure daar meer geschikt voor

proces op dat vlak in beginsel geen lichtere taak dan in het civiele geding. Behoeft de schadevordering van eiser nadere bewijslevering in beroep, dan is de civiele procedure daar meer geschikt voor. Eiser kan tot een later moment stukken in de procedure brengen, ook in hoger beroep. Voorts ontstaat eerder duidelijkheid

omtrent de bewijsverplichtingen van partijen doordat de rechter op een bewijsaanbod dient te reageren en hij een bewijsopdracht kan geven.

4 Verandering schadevordering

In de loop van de procedure kan eiser zijn eis willen aanpassen, door het schadebedrag te verhogen of door de samenstelling van de schadeposten te wijzigen. Ook op dit punt bestaan verschillen tussen het burgerlijk en het bestuursprocesrecht. Art. 130 Rv bepaalt voor het civiele proces dat zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen, eiser bevoegd is zijn eis of de gronden daarvan schriftelijk te veranderen of te vermeederen. Gedaagde kan hiertegen bezwaar maken met het argument dat de verandering of vermeederding in strijd is met de goede procesorde. Genoemd artikel is ook van toepassing in hoger beroep.⁸⁰ Strekking van de bevoegdheid tot eiswijziging is dat deze de rechter in staat stelt om recht te doen op basis van de werkelijke rechtsverhouding en ter voorkoming dat eiser een nieuwe procedure zou moeten beginnen. In de praktijk heeft bezwaar tegen een eiswijziging in eerste aanleg weinig kans van slagen.⁸¹ Daarbij speelt op de achtergrond mee dat een eiswijziging die wordt tegengehouden, in de volledige herkansing in hoger beroep alsnog aan de appelrechter kan worden voorgelegd. In de civiele procedure beschikt eiser dus in beginsel over de mogelijkheid om gedurende het geding, zowel in eerste aanleg als in appel, schadeposten toe te voegen,⁸² en de waarde van de schadeposten te verhogen.⁸³

In het bestuursrecht bestaan met name problemen met veranderingen in de schadevordering in het geval dat de belanghebbende een zelfstandig schadebesluit heeft gevraagd. Het besluit bevat een reactie op een schadeverzoek dat op een bepaalde grondslag is gebaseerd (bijvoorbeeld onrechtmatige daad of het *égalité*beginsel), waarbij bepaalde schadeposten zijn opgevoerd (bijvoorbeeld materiële of immateriële schade) ter hoogte van een bepaald bedrag. In beroep staat de vraag centraal of het bestuursorgaan rechtmatig op het schadeverzoek heeft beslist. Vordert de belanghebbende in beroep meer of wat

anders dan hij aan het bestuursorgaan had gevraagd, dan kan dat in beginsel niet worden toegewezen. Het bestuursorgaan heeft in het besluit met de verandering of vermeerdering geen rekening kunnen houden, waardoor niet kan worden gezegd dat het besluit onrechtmatig is. Het is derhalve in beroep in beginsel niet mogelijk om de schadevordering te wijzigen,⁸⁴ of de eis te vermeerderen.⁸⁵ Verzoekt de belanghebbende schadevergoeding door een beroep te doen op art. 8:73 Awb, dan speelt de vraag of hij in hoger beroep meer mag vorderen dan in eerste aanleg en of hij eerst in hoger beroep het artikel kan invoeren. Beide vragen worden in beginsel ontkennend beantwoord. De omvang van het geding in hoger beroep wordt mede bepaald door het geschil in eerste aanleg en de uitspraak van de rechtbank. Is in eerste aanleg de vordering tot een bepaalde grondslag beperkt en tot een bepaald bedrag, dan kan die vordering in hoger beroep in beginsel niet worden uitgebreid. De uitspraak in eerste aanleg kan niet op die grond worden vernietigd.

Appellant zou ten onrechte arbeidsgeschikt zijn verklaard en dientengevolge zijn 'ingestort'. In eerste aanleg vordert hij 25.000 gulden aan immateriële schade, welk verzoek wordt afgewezen. De vordering wordt in appèl

74 Art. 8:45 Awb.

75 Zie bijvoorbeeld CBB 25 februari 2005, AB 2005, 149, m.nt. JHvdV.

76 CRvB 1 juni 2005, JB 2005, 237, m.nt. Wenders.

77 Marseille 2004, p. 75 en p. 98.

78 Zie de annotatie van De Bock bij ABRvS 26 januari 2005, AB 2005, 374 en Schuurmans 2005, p. 226 e.v.

79 Zie zijn annotatie bij ABRvS 23 juli 2003, AB 2003, 448.

80 Art. 353 lid 1 Rv; zie als voorbeeld HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 2 en HR 8 december 2000, NJ 2001, 197. In hoger beroep zal vaker het bezwaar tegen de eiswijziging worden gehonoreerd, omdat gedaagde eerder onredelijk in zijn verweer wordt bemoedigd doordat hem een instantie wordt ontrokken. Desalniettemin wordt het bezwaar ook in appèl regelmatig verworpen. Zie Ras/Hammerstein 2004, p. 43 en Snijders & Wendels 2003, p. 191.

81 *Rechtsvordering*, Kluwer losbladige uitgave (Heemskerck), art. 130, aant. 4 en H.J. Snijders, M. Ynzonidez & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 158.

82 Zie bijvoorbeeld HR 23 mei 1997, NJ 1997, 531.

83 Zie bijvoorbeeld HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683.

84 ABRvS 21 september 1998, JB 1998, 241, m.nt. HJS; ABRvS 11 november 1999, JB 2000, 7; ABRvS 4 februari 2000, BR 2000, 859, m.nt. Van Wijmen.

85 CRvB 25 januari 2001, JB 2001, 77, m.nt. RJNS. Zie over deze problematiek ook B.J. van Ettekoven, R.C.S. Bakker & R.P. Hoogenboom, *Tien jaar jurisprudentie schadevergoeding in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 190 en p. 215 en Berkel-Kikkert, *Bestuursrechtelijke schadevergoeding* (losbl.), H5-40.

86 CRvB 29 mei 2001, RSV 2001, 283, m.nt. Bosma.

87 ABRvS 19 maart 1999, AB 1999, 205, m.nt. MSV en JB 1999, 133, m.nt. RJNS. Is het beroep in eerste aanleg ongegrond verklaard, dan zou wel eerst in appèl een verzoek om toepassing van art. 8:73 Awb kunnen worden gedaan, zie de annotaties bij de hiervoor genoemde uitspraak.

88 Zie nader Willemsen 2005.

niet verhoogd, maar wel anders opgebouwd. In hoger beroep wordt een bedrag van 10.000 gulden aan immateriële schade gevorderd en daarnaast een bedrag van 11.000 gulden (inkomensschade van de partner) en 4000 gulden (schuldenlast) aan materiële schade. De CRvB stelt vast dat appellant zijn vordering in eerste aanleg expliciet heeft beperkt tot immateriële schade, zodat de vordering tot vergoeding van materiële schade buiten de omvang van het geding valt.⁸⁶

Of voor het eerst in appèl een beroep kan worden gedaan op art. 8:73 Awb hangt af van de vraag of de rechter in eerste aanleg het beroep al dan niet gegrond heeft verklaard. Was het beroep gegrond en had belanghebbende om de toepassing van art. 8:73 Awb kunnen verzoeken, dan lijkt het in strijd met de goede procesorde wanneer hij het artikel eerst in appèl invoert.⁸⁷ Heeft de gelaedeerde nog geen volledig zicht op de hoogte en samenstelling van de schadeclaim of voorziet hij dat de schadeclaim zich nog kan ontwikkelen, dan ligt een keuze voor een gang naar de burgerlijke rechter meer in de rede

5 Incidenteel appèl

Ook de omvang van de rechtsstrijd in hoger beroep verschilt in het bestuursprocesrecht aanzienlijk van die in het burgerlijk procesrecht.⁸⁸ Bestaat er een grote kans dat de rechtsstrijd tot in laatste instantie zal worden gevoerd, dan kunnen de mogelijkheden van het hoger beroep meebrengen dat voor de ene rechtsweg zal worden gekozen, en waarschijnlijk is dat dan de weg van het civiele proces. Een van de verschillen is onder par. 3.3 reeds aan bod gekomen. De herstelfunctie neemt in het civiele appèl een meer prominente plaats in dan in het bestuursrechtelijk appèl. Nieuwe gronden en nieuw bewijsmateriaal kunnen in ruime mate in de procedure worden gebracht, in tegenstelling tot de procedure waarin de ABRvS de vordering behandelt.

Daarnaast ligt een groot verschil in de mogelijkheid van partijen om incidenteel te appelleren. Dat kan in het burgerlijke, maar niet in het bestuursrechtelijke proces. Het incidenteel appèl voorkomt dat een partij wordt overvallen door een rechtens onaantastbare situatie, omdat haar tegenpartij op het allerlaatste moment hoger beroep instelt. Zou de belanghebbende geen incidenteel appèl instellen, dan kan hij na afloop van de beroepstermijn niet meer zelfstandige grieven naar voren brengen. Door het incidenteel appèl mag deze partij, nadat zij aanvankelijk berustte in het oordeel van de eerste rechter, wél alsnog grieven richten tegen haar onwelgevallige oordelen in de uitspraak. Art. 339 lid 3 Rv regelt deze voorziening. Het bestuursprocesrecht kent deze mogelijkheid (nog) niet.⁸⁹ Dat heeft bovengenoemd nadeel dat een partij kan worden overvallen door het hoger beroep van haar tegenpartij. Het compromis van de uitspraak in eerste aanleg wordt eenzijdig aangetast, zonder dat zij steeds in de mogelijkheid is om zelf nog gronden tegen die uitspraak te richten. Anderzijds weet appellant in het bestuursproces zeker dat, nadat de beroepstermijn is verstreken, zijn positie niet meer kan verslechteren.

Een belanghebbende verzoekt om schadevergoeding, nadat het UWV te traag heeft gereageerd op de mededeling dat haar arbeidsongeschiktheidsuitkering moet worden ingetrokken. Zij vordert vergoeding van belastingschade, teruggevorderde huursubsidie, kosten van rechtsbijstand en immateriële schade. De schadevordering wordt in een zelfstandig schadebesluit afgewezen. De rechtbank verklaart het daartegen gerichte beroep gegrond en oordeelt dat de belasting- en huursubsidieschade voor vergoeding in aanmerking komen. Alleen het UWV stelt hoger beroep in, onder meer op de grond dat de rechtbank niet bevoegd was. De belanghebbende, gedaagde, voert aan dat de rechtbank ten onrechte de kosten van rechtsbijstand en de immateriële schade heeft afgewezen. De rechtbank heeft deze schadeposten expliciet afgewezen. Nu de belanghebbende niet zelf ook hoger beroep heeft ingesteld, kan deze laatste vordering niet meer in hoger beroep worden beoordeeld.⁹⁰

Het is lastig op voorhand te zeggen of de mogelijkheid om incidenteel beroep in te kunnen stellen, in het voordeel van een van de partijen werkt. Dat zal afhangen van de positie waarin partijen verkeren na de uitspraak in eerste aanleg. Wel kan men zeggen dat bij onzekerheid over het verloop van de procedure de flexibiliteit van het burgerlijk proces aanspreekt.

6 Proceskosten

Om in rechte gelijk te krijgen, moeten vaak eerst aanzienlijke kosten worden gemaakt. Deze proceskosten kunnen hoog oplopen, zeker (ook) in complexe schadevergoedingszaken, waarin de hoogte van de gevorderde schadevergoeding aanzienlijk is. Onderbouwing van de opgevoerde schadeposten met bijvoorbeeld deskundigenrapporten en getuigen is vaak noodzakelijk. De aangesproken partij zal de vordering doorgaans met alle mogelijke (bewijs)middelen proberen te weerleggen. Een overheidsorgaan, dat wordt aangesproken tot vergoeding van schade, vormt hierop meestal geen uitzondering. Hierna zal worden onderzocht welk regime voor de benadeelde het meest gunstig uitpakt met betrekking tot deze kosten. Hierbij zullen alleen de kosten, die worden gemaakt ter verkrijging van de schadevergoeding, worden betrokken. In par. 6.1 zal worden gekeken naar de eventuele verschillen in de vergoeding van de gemaakte proceskosten, waarbij er dan vanuit wordt gegaan dat de benadeelde deze kosten vergoed krijgt. Vervolgens worden in par. 6.2 de hoogte en het soort proceskosten vergeleken, die in beide rechtsstelsels moeten worden gemaakt ter verkrijging van schadevergoeding. Dit is van belang in de gevallen dat geen proceskostenveroordeling ten gunste van de benadeelde wordt uitgesproken: hij dient deze kosten dan immers zelf te dragen.

6.1 Proceskostenvergoeding

De partij die in de procedure in het gelijk wordt gesteld kan onder omstandigheden (een deel van) de gemaakte kosten vergoed krijgen. Hieronder zullen de regimes van proceskostenvergoeding bij de burgerlijke rechter en bestuursrechter worden vergeleken en wordt bekeken welk stelsel de meest aantrekkelijke keuze is voor een burger die zijn schade door de overheid vergoed wil zien. Daarbij zal blijken dat bij deze keuze vooral het recht op vergoeding van kosten van rechtsbijstand en vergoeding van deskundigenkosten een grote rol spelen. Ook het verschil in de hoogte van de vergoeding van kosten, die voorafgaand aan de rechterlijke procedure worden gemaakt, blijkt aardig op te kunnen lopen.

6.1.1 Vergoeding van proceskosten gemaakt in de rechterlijke procedure

Op grond van art. 237 lid 1 Rv wordt na een procedure bij de burgerlijke rechter de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding veroordeeld. Het gaat dan voornamelijk om de in de Wet tarieven in burgerlijke zaken en de Gerechtsdeurwaarderswet genoemde kosten: het griffierecht, de deurwaarderskosten, kosten van rechtsbijstand en eventuele getuigentaksen en deskundigenhonoraria.⁹¹ Deze kosten komen op basis van art. 239 Rv voor vergoeding in aanmerking. Als bij de kantonrechter zonder gemachtigde wordt geprocedeerd bestaat ingevolge

art. 238 Rv recht op vergoeding van reis- en verblijfskosten van de in het gelijk gestelde partij in plaats van vergoeding van de kosten van rechtsbijstand. Ook kan de rechter in dit geval de in het ongelijk gestelde partij veroordelen tot vergoeding van noodzakelijke verletkosten (gederfde inkomsten) van de wederpartij.

De genoemde proceskosten, voorzover niet nodeloos gemaakt, dienen steeds volledig vergoed te worden. Dit geldt echter niet voor de gemaakte kosten van rechtsbijstand. Voor deze kosten bepaalt de rechter forfaitair de hoogte van de vergoeding aan de hand van het zogenaamde Liquidatietarief.⁹²

De bestuursrechter is op grond van art. 8:75 Awb met uitsluiting van de burgerlijke rechter bevoegd om een partij te veroordelen in de kosten die een andere partij in verband met de behandeling van het beroep, en van het bezwaar of administratief beroep, redelijkerwijs heeft moeten maken. In het algemeen kan worden gezegd dat bij gegrondverklaring van het beroep het bestuursorgaan wordt veroordeeld in de kosten van het geding.⁹³ Andersom wordt de appelerende wederpartij van het bestuursorgaan niet

'automatisch' in de proceskosten veroordeeld als het beroep ongegrond blijkt. Partijen dragen dan meestal hun eigen proceskosten. Veroordeling van een appelerende rechtspersoon in de proceskosten komt een enkele keer voor, bijvoorbeeld als voor de rechtspersoon evident was dat het ingestelde beroep kansloos was.⁹⁴ Een natuurlijk persoon kan slechts in de proceskosten worden veroordeeld in geval van kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht. Dit gebeurt in de praktijk alleen in uitzonderlijke situaties.⁹⁵ Vergoeding van proceskosten door het bestuursorgaan aan de benadeelde wegens een niet gegrond beroep vindt slechts plaats in uitzonderingsgevallen.⁹⁶ De vergoeding van het griffierecht is apart geregeld in art. 8:74 Awb. Bij gegrondverklaring van het beroep dient aan de indiener van het beroepschrift het door hem betaalde griffierecht te worden vergoed. Als daar (een bijzondere) reden toe bestaat kan de rechter ook bij ongegrondverklaring van het beroep bepalen dat het griffierecht dient te worden vergoed.

Uitsluitend de kosten genoemd in art. 1 van het Besluit proceskosten bestuursrecht komen voor de proceskostenvergoeding in aanmerking.⁹⁷ Dit zijn de kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, kosten van getuigen, deskundigen en tolken, reis- en verblijfskosten van een belanghebbende, verletkosten, kosten van het optreden van een artsgemachtigde en bepaalde administratieve kosten. Bij een toewijzende proceskostenvergoeding bestaat recht op een forfaitaire vergoeding van deze kosten.⁹⁸ Uitzondering hierop zijn de administratieve kosten, die volledig worden vergoed.⁹⁹ Ook het betaalde griffierecht komt ingevolge art. 8:74 Awb voor volledige vergoeding in aanmerking.

Vergoeding van kosten van rechtsbijstand

Vaak zal het grootste deel van de gemaakte proceskosten bestaan uit de kosten voor rechtsbijstand. Als overeenkomst tussen beide stelsels van proceskostenvergoeding valt op dat bij zowel de burgerlijke rechter als bestuursrechter de kosten van rechtsbijstand slechts forfaitair worden vergoed. Bij nadere beschouwing blijkt echter dat de hoogte van de vergoedingen ver uiteen (kunnen) lopen. Zoals eerder gezegd wordt bij de burgerlijke rechter de hoogte van de vergoeding van rechtsbijstand bepaald door de bedragen genoemd in het Liquidatietarief. Het Liquidatietarief kent aan elke proceshandeling een bepaald aantal punten toe en de som van deze punten wordt vermenigvuldigd met een vast bedrag, dat afhankelijk is gesteld van het financiële belang van de zaak. Deze bedragen variëren van € 384 per punt voor een zaak met een financieel belang van beneden € 10.000 (tarief I) tot € 3211 per punt voor een zaak met een belang van boven miljoen euro (tarief VIII). De bestuursrechter berekent de vergoeding van de rechtsbijstandkosten aan de hand van de bijlage bij het Besluit proceskosten bestuursrecht. Ook in deze bijlage wordt aan elke rechtshandeling één of meerdere punten toegekend. Anders dan in het

89 Is de vordering zodanig verweven met hetgeen de appellerende partij in hoger beroep heeft aangevoerd, dan valt de vordering wél binnen de omvang van het geding, CRvB 19 mei 1998, *JB* 1998, 185. Wel bestaan er plannen om incidenteel appél in het bestuursprocesrecht in te voeren, zie art. 8:97 voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht, te raadplegen op <www.justitie.nl>.

90 CRvB 4 juni 2002, *JB* 2002, 281. Zie bijvoorbeeld ook CRvB 24 september 1997, *JB* 1997, 239, m.nt. HJS.

91 Zie *Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer losbladige uitgave (Numann), art. 237, aant. 5. Numann noemt als proceskosten ook nog met het geding ten principale samenhangende kosten van conservatoir beslag (HR 22 mei 1936, *NJ* 1936, 1064) en kosten verbonden aan een prejudiciële procedure in de zin van art. 234 EG-Verdrag (HR 21 februari 1975, *NJ* 1975, 456).

92 Het liquidatietarief is te vinden op www.rechtspraak.nl en is in principe niet bindend, maar wordt over het algemeen wel gebruikt.

93 Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 december 2005, *AB* 2006, 78; ABRvS 3 april 2000, *AB* 2000, 222. Ook T.C. Borman 2003 (*T&C Awb*), aant. 2 bij art. 8:75 Awb.

94 Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 639; Schreuder-Vlasblom 2006, p. 251 en de daar genoemde jurisprudentie.

95 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 638; Schreuder-Vlasblom 2006, p. 251.

96 Bijvoorbeeld indien het onderzoek, dat aan een besluit ten grondslag ligt, zodanig onder de maat is gebleven, dat het bestuursorgaan een verwijt kan worden gemaakt de resultaten daarvan te hebben overgenomen: CRvB 30 december 1997, *AB* 1998, 152. Zie ook Schreuder-Vlasblom 2006, p. 250; Borman 2003, aant. 2 bij art. 8:75 Awb.

97 Besluit van 22 december 1993, *Stb.* 1993, 763, houdende nadere regels betreffende de proceskostenveroordeling in bestuursrechtelijke procedures (Besluit proceskosten bestuursrecht), laatstelijk gewijzigd bij besluit van 5 december 2005, *Stb.* 2005, 628.

98 De hoogte van deze vergoeding wordt per kostenpost bepaald in art. 2 lid 1 Besluit proceskosten bestuursrecht. Ingevolge lid 3 van dit artikel kan onder bijzondere omstandigheden van het eerste lid worden afgeweken.

99 Zie art. 2 lid 1 sub e Besluit proceskosten bestuursrecht.

civiele recht bestaat ongeacht het financiële belang van de zaak per punt steeds recht op vergoeding van een vast bedrag van € 322. Wel wordt rekening gehouden met het gewicht van de zaak door het totaalbedrag te corrigeren met een factor, die afhankelijk is van de zwaarte van de zaak: van factor 0,25 voor een zeer lichte zaak tot factor 2 voor een zeer zware zaak. Volgens de wetgever wordt het gewicht van een zaak bepaald door het – al dan niet in geld uit te drukken – belang en ingewikkeldheid van de zaak.¹⁰⁰ Een ‘gemiddelde’ zaak wordt gewogen met factor 1.¹⁰¹ Reden voor een andere wegingsfactor zijn bijvoorbeeld de duur van de procedure, de zwaarte van de zaak, de grootte van het belang, de complexiteit en het principiële karakter van een zaak of de verrichte inspanningen.¹⁰²

De bovenstaande vergelijking leert dat het civiele recht een (aanzienlijk) hogere vergoeding van kosten van rechtsbijstand kent dan het bestuursrecht.¹⁰³ Bij schadevorderingen tot € 10.000 is het verschil per punt nog te overzien (€ 322 bij de bestuursrechter tegen € 384 bij de burgerlijke rechter), maar het verschil tussen de vergoedingen wordt snel groter naarmate het schadebedrag stijgt. Dit geldt te meer als de bestuursrechter oordeelt dat een zaak als lichter dan gemiddeld moet worden beoordeeld. Alleen als de bestuursrechter van mening is dat een zaak als zwaarder dan gemiddeld moet worden beschouwd, kan de vergoeding van rechtsbijstandkosten in het bestuursrecht hoger uitvallen dan bij de burgerlijke rechter. Bij zware zaken (factor 1,5) geldt dit bij (schade)vorderingen tot € 20.000.¹⁰⁴ Bij zeer zware zaken (factor 2) is de vergoeding bij de bestuursrechter hoger als het gaat om (schade)vorderingen lager dan € 40.000.¹⁰⁵ Of daadwerkelijk een hogere wegingsfactor zal worden toegepast, blijft onzeker tot de uitspraak, ook omdat de jurisprudentie (nog) geen voldoende houvast biedt en erg casuïstisch van aard is. Geconcludeerd moet dan ook worden dat met betrekking tot vergoeding van rechtsbijstandkosten de burgerlijke rechter een aantrekkelijker alternatief is voor diegenen die recht hebben op schadevergoeding van een overheidsorgaan. Dit argument gaat zwaarder wegen naarmate de hoogte van de gevorderde schadevergoeding toeneemt.

Nu het bestuursrecht, anders dan het civiele recht, geen verplichte procesvertegenwoordiging kent, kan er bij de bestuursrechter ook in persoon worden geprocedeerd. Indien hiervoor wordt gekozen, worden uiteraard geen rechtsbijstandskosten gemaakt en is bovenstaande niet aan de orde.

Vergoeding van getuigen- en deskundigenkosten

Bij vergelijking tussen de beide stelsels van proceskostenvergoeding valt ook op dat kosten gemaakt door het inschakelen van getuigen of deskundigen bij de burgerlijke rechter steeds volledig worden vergoed, terwijl dit bij de bestuursrechter in de praktijk vaak niet het geval zal zijn. Voor de hoogte van de vergoeding van de kosten voor getuigen, deskundigen en tolken wordt in art. 2 sub b van het Besluit

proceskosten bestuursrecht aangesloten bij de kosten die ingevolge 8:36 lid 2 Awb zijn verschuldigd. Dit artikel bepaalt dat de partij die gebruik maakt van de diensten van een deskundige of getuige aan deze een vergoeding verschuldigd is en verklaart het bij en krachtens de Wet tarieven in strafzaken bepaalde van overeenkomstige toepassing. Deze wet verwijst naar het Besluit tarieven in strafzaken, waarin forfaitaire bedragen worden genoemd voor vergoeding van ‘werkzaamheden’.¹⁰⁶ De wetgever overweegt in de nota van toelichting van het Besluit proceskosten bestuursrecht met betrekking tot de hoogte van de proceskostenvergoeding:

‘Artikel 8:36, tweede lid, Awb bepaalt dat het bij en krachtens de Wet tarieven strafzaken van overeenkomstige toepassing is op de vergoeding die een partij aan “zijn” getuige of deskundige moet betalen. Het ligt voor de hand om dezelfde vergoeding dan ook door te berekenen aan de partij die in de kosten is veroordeeld.’¹⁰⁷

De wetgever ging er dus vanuit dat een partij die in een procedure bij de bestuursrechter gebruik maakt van de diensten van een getuige of deskundige aan deze verschuldigd is de forfaitaire bedragen die in het Besluit tarieven in strafzaken worden genoemd. Door bij genoemde bedragen aan te sluiten beoogde

Bij vergelijking tussen de beide stelsels van proceskostenvergoeding valt ook op dat kosten gemaakt door het inschakelen van getuigen of deskundigen bij de burgerlijke rechter steeds volledig worden vergoed, terwijl dit bij de bestuursrechter in de praktijk vaak niet het geval zal zijn

de wetgever dan ook volledige vergoeding van deze kosten. In de praktijk echter zal de hoogte van deze kosten voor een partij afhangen van de afspraak die zij hierover hebben gemaakt met ‘hun’ getuigen en deskundigen. Dit geldt vooral voor de deskundigenkosten, omdat de ingeschakelde deskundigen (bijna altijd) commerciële partijen zullen zijn, die een commercieel tarief rekenen voor de door hen uitgevoerde werkzaamheden. De (werkelijk) gemaakte kosten komen vervolgens voor vergoeding in aanmerking volgens de forfaitaire tarieven van het genoemde Besluit tarieven in strafzaken.¹⁰⁸ De hoogte van de vergoeding van kosten van getuigen bedraagt € 6,81 per uur¹⁰⁹ en de vergoeding

van deskundigenkosten ten hoogste € 81,23 per uur.¹⁰⁰ In de gevallen dat deze vergoeding niet kostendekkend is, bestaat derhalve, in tegenstelling tot het civiele recht, geen recht op volledige vergoeding van getuigen- en deskundigenkosten.

- 100 Zie de nota van toelichting bij het Besluit van 22 december 1993, houdende nadere regels betreffende de proceskostenveroordeling in bestuursrechtelijke procedures (Besluit proceskosten bestuursrecht), *Stb.* 1993, 763, p. 8.
- 101 Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 april 2006, *LJN AW1273*; ABRvS 5 oktober 2005, *LJN AU3809*; CBB 7 juni 2005, *AB* 2005, 327; CBB 24 februari 2005, *AB* 2005, 165; CRvB 10 juni 1998, *AB* 1999, 261.
- 102 ABRvS 16 oktober 2002, *LJN AE8789*; ABRvS 9 september 2005, *LJN AU2614*; CRvB 15 februari 1995, *AB* 1995, 426; Rb. Amsterdam 19 december 1997, *AB* 1998, 101. In deze uitspraken wordt wegingsfactor 2 (zeer zwaar) toegepast. ABRvS 13 april 2005, *LJN AT3761*; ABRvS 27 juni 2002, *JB* 2002, 241; ABRvS 26 januari 2005, *LJN AS3885*. In deze uitspraken werd de vergoeding gecorrigeerd met wegingsfactor 0,25 (zeer licht).
- 103 Wij realiseren ons dat het kan zijn dat in het civiele recht over het algemeen per punt meer inspanningen moeten worden verricht (en dus meer kosten worden gemaakt), bijvoorbeeld omdat daar geldt dat alle stellingen van de wederpartij moeten worden betwist om te voorkomen dat deze door de rechter tussen partijen als vaststaand worden aanvaard. Nuancering van het voordeel van een hogere vergoeding van rechtsbijstandskosten per punt in het civiele recht is dan derhalve op zijn plaats.
- 104 Bij vorderingen tot € 20.000 geldt volgens het Liquidatietarief bij de civiele rechter een vergoeding van € 452 per punt. Bij de bestuursrechter is dit bij zware zaken 1,5 x € 322 is € 483 per punt.
- 105 Bij vorderingen tot € 40.000 geldt volgens het Liquidatietarief bij de civiele rechter een vergoeding van € 579 per punt. Bij de bestuursrechter is dit bij zeer zware zaken 2 x € 322 is € 644 per punt.
- 106 Besluit van 16 augustus 2003, houdende vaststelling van tarieven voor vergoedingen als bedoeld in art. 3, 4, 6, 7, 17 en 18 van de Wet tarieven in strafzaken (Besluit tarieven in strafzaken 2003), *Stb.* 2003, 330.
- 107 Zie de nota van toelichting bij het Besluit van 22 december 1993, houdende nadere regels betreffende de proceskostenveroordeling in bestuursrechtelijke procedures (Besluit proceskosten bestuursrecht), *Stb.* 1993, 763, p. 9.
- 108 CBB 19 maart 2002, *LJN AE1130*; CRvB 30 maart 2004, *LJN AS5601*; Hof Amsterdam 14 januari 2005, *LJN AS4899*; Rb. Arnhem 2 maart 2006, *LJN AV7812*; Rb. Den Haag 29 augustus 2003, *LJN AL8231*.
- 109 Art. 8 lid 1 sub *d* van het Besluit tarieven in strafzaken.
- 110 Zie art. 6 van het Besluit tarieven in strafzaken voor deskundigenrapporten/verslagen en art. 8 lid 1 sub *c* van het Besluit tarieven in strafzaken voor het meebrengen van deskundigen ter zitting.
- 111 Zie de nota van toelichting bij het Besluit van 22 december 1993, houdende nadere regels betreffende de proceskostenveroordeling in bestuursrechtelijke procedures (Besluit proceskosten bestuursrecht), *Stb.* 1993, 763, p. 7. Zie ook ABRvS 13 maart 1997, *AB* 1997, 362. De Afdeling kent hier aan appellanten vergoeding van reis-, verblijf- en verletkosten toe, omdat aanwezigheid ter zitting naast een gemachtigde redelijkerwijs noodzakelijk dient te worden geacht.
- 112 Asser-Hartkamp 4-1, 2004, p. 337.
- 113 Asser-Hartkamp 4-1, 2004, p. 337. Met betrekking tot kosten van onderhandelingen zie HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275.

In schadezaken zal het vaak nodig zijn om getuigen en/of deskundigen in te schakelen om de gestelde aansprakelijkheid en schade aan te tonen, dan wel nader te onderbouwen. Het kan dan, vooral waar het deskundigenrapporten betreft, gaan om aanzienlijke kosten. Het hierboven geconstateerde verschil kan daarom een belangrijk argument opleveren om een schadevordering tegen de overheid bij de burgerlijke rechter in te dienen.

Vergoeding van reis-, verblijf- en verletkosten

Als verschil tussen beide stelsels van proceskostenvergoeding kan ten slotte nog worden genoemd dat bij de civiele rechter slechts vergoeding van reis-, verblijf- en verletkosten kan worden verkregen als zonder gemachtigde bij de kantonrechter wordt geprocedeerd, terwijl deze kosten bij de bestuursrechter ingevolge art. 1 sub *c* en *d* Besluit proceskosten bestuursrecht (forfaitair) worden vergoed indien deze oordeelt dat de desbetreffende partij deze kosten 'redelijkerwijs in verband met de procedure heeft moeten maken'.¹¹¹ Dit verschil zal echter minder snel van doorslaggevende betekenis zijn bij de keuze tussen burgerlijke of bestuursrechter, omdat vergoeding van deze kosten meestal niet zal opwegen tegen de hogere vergoeding van kosten van rechtsbijstand, getuigen en deskundigen, die bij de burgerlijke rechter kan worden verkregen.

6.1.2 Vergoeding van proceskosten voorafgaand aan de rechterlijke procedure

Ook voorafgaand aan de rechterlijke procedure kunnen proceskosten worden gemaakt. Dit is zeker het geval in de bezwaarfase van het zelfstandig schadebesluit, maar ook in de civiele procedure zullen meestal, nog voordat de dagvaarding wordt verstuurd, kosten worden gemaakt. Bij een verzoek om schadevergoeding bij de bestuursrechter ex art. 8:73 Awb spelen kosten voorafgaand aan de rechterlijke procedure niet, omdat dit verzoek eerst bij de rechter wordt gedaan. Hieronder zal worden besproken welke van deze kosten vergoedbaar zijn.

Bij de burgerlijke rechter komen ingevolge art. 6:96 lid 2 sub *b* en *c* BW als vermogensschade voor volledige vergoeding in aanmerking redelijke kosten die zijn gemaakt ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Onder het eerste vallen bijvoorbeeld expertisekosten, kosten van juridische adviezen, administratiekosten en kosten van verzameling van bewijs.¹¹² Bij kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte gaat het vooral om de kosten van onderhandelingen, kosten van ingebrekestelling en aanmaningen en buitengerechtelijke incasso-kosten.¹¹³

Art. 241 Rv voorkomt dat samenloop ontstaat tussen vergoeding van vermogensschade, zoals bedoeld in art. 6:96 lid 2 BW en de vergoeding van proceskosten. Bij eventuele overlap, zoals bij kosten ter voorbereiding van de dagvaarding en kosten ter instructie van de zaak, worden deze kosten beschouwd als

proceskosten en in die hoedanigheid meegenomen in de proceskostenveroordeling.¹¹⁴ In dat geval blijft art. 6:96 lid 2 BW dus buiten toepassing.

Met betrekking tot vergoeding van kosten van een bestuurlijke voorprocedure is sinds de inwerkingtreding van de Wet kosten bestuurlijke voorprocedures op 12 maart 2002 de bestuursrechter exclusief bevoegd.¹¹⁵ Deze kosten komen volgens art. 7:15 en 7:28 Awb voor vergoeding in aanmerking als het gaat om herroeping van een besluit wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Deze vergoedingsplicht is beperkt tot gevallen waarin het bestuursorgaan verwijtbaar inhoudelijke fouten heeft gemaakt en geldt niet bij louter formele fouten of gebreken in de motivering.¹¹⁶ Ook in de bestuurlijke voorprocedure komen uitsluitend voor vergoeding in aanmerking de kosten genoemd in art. 1 van het Besluit proceskosten bestuursrecht en bestaat, met uitzondering van de genoemde administratiekosten, slechts recht op een forfaitaire vergoeding van de proceskostenkosten.¹¹⁷

Uiteraard laten de hierboven besproken kosten, gemaakt voorafgaand aan de procedure bij de civiele dan wel bestuursrechter, zich niet zonder meer vergelijken. De bezwaarfase is een verplicht onderdeel van de bestuursrechtelijke procedure, die moet worden doorlopen voordat men bij de bestuursrechter terecht kan, terwijl het civiele recht geen verplichte voorprocedure kent. Kosten gemaakt voorafgaand aan een procedure bij de civiele rechter worden dan ook, in tegenstelling tot de kosten van de bezwaarfase, gemaakt in de preprocesuele fase van het geschil. Toch kan een vergelijking tussen deze beide fases wel zinvol zijn. Ook bij een civiele schadevergoedingsprocedure zullen immers voorafgaand aan de dagvaarding bijna altijd al de nodige kosten (moeten) worden gemaakt. Gekeken kan dus worden welk regime de gunstigste vergoeding van de gemaakte kosten kent.

In de bezwaarfase zullen de belangrijkste kostenposten met betrekking tot het verzoek om schadevergoeding zijn de kosten van rechtsbijstand en de kosten van eventuele deskundigen, die worden ingezet om de (hoogte van de) geleden schade aan te tonen of nader te onderbouwen. Zoals gezegd komen deze kosten voor forfaitaire vergoeding in aanmerking. Ook in de preprocesuele fase van de civiele schadevergoedingsprocedure zullen de kosten van rechtsbijstand en de deskundigenkosten de grootste kostenposten vormen. De kosten van rechtsbijstand in deze fase zullen vaak betreffen kosten van juridisch advies over de slagingskans van een te starten procedure, kosten van gevoerde onderhandelingen en kosten van aansprakelijkstelling en aanmaningen tot betaling van de schadevergoeding. Onderzoek door deskundigen zal meestal worden gedaan ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid. Het resultaat van dit deskundigenonderzoek kan dan worden gebruikt in de onderhandelingen om tot schikking te komen. Ook kan op basis van dit onderzoek wor-

den besloten om al dan niet een gerechtelijke procedure ter verkrijging van schadevergoeding te starten. De besproken kosten komen, behalve voor zover deze onder de proceskostenvergoeding vallen, op basis van art. 6:96 lid 2 sub *b* en *c* BW volledig voor vergoeding in aanmerking.

De conclusie is derhalve ook hier dat in schadevergoedingszaken het civiele recht een hogere vergoeding van proceskosten kent dan het bestuursrecht. Hier komt nog bij dat de kosten in de bezwaarfase niet worden vergoed bij louter formele fouten of motiveringsgebreken, terwijl deze beperking niet geldt in het civiele recht bij vernietigde besluiten.

6.1.3 Conclusie

Met betrekking tot de vergoeding van proceskosten in de rechterlijke procedure luidt de conclusie dat de

De vergoeding van rechtsbijstandskosten bij de burgerlijke rechter is in de regel hoger dan bij de bestuursrechter. Dit verschil neemt (snel) toe naarmate de hoogte van het gevorderde bedrag stijgt

burgerlijke rechter in veruit de meeste gevallen het meest aantrekkelijke alternatief is voor diegenen die recht hebben op schadevergoeding van een overheidsorgaan. De vergoeding van rechtsbijstandskosten bij de burgerlijke rechter is in de regel hoger dan bij de bestuursrechter. Dit verschil neemt (snel) toe naarmate de hoogte van het gevorderde bedrag stijgt. Wel geldt dat beide systemen een forfaitair vergoedingsstelsel van rechtsbijstandskosten kennen, zodat een gedeelte van deze kosten altijd voor eigen rekening komt.

Om deze kosten helemaal te vermijden, zou ervoor kunnen worden gekozen om zonder procesvertegenwoordiging bij de bestuursrechter te procederen. Dit is echter niet zonder meer aan te raden, omdat, zeker bij ingewikkelde (schade)zaken, een specialist in het bestuursrecht vaak onmisbaar zal blijken.¹¹⁸ Ook de vergoeding van getuigen- en deskundigenkosten is hoger bij de burgerlijke rechter: deze kosten worden bij de burgerlijke rechter volledig vergoed, terwijl de bestuursrechter in de praktijk slechts een forfaitaire vergoeding kent.

Wat betreft kosten die (eventueel) worden gemaakt voorafgaand aan de procedure bij de rechter kan ook worden geconcludeerd dat het civiele traject een meer aantrekkelijke vergoeding kent: deze kosten worden in de bezwaarfase van het zelfstandig schadebesluit forfaitair en limitatief vergoed, terwijl de buitengerechtelijke kosten, gemaakt in de preprocesuele fase bij de civiele rechter, ex art. 6:96 lid 2 sub

b en c BW volledig voor vergoeding in aanmerking komen, voor zover zij niet onder de proceskostenveroordeling vallen. Daar komt nog bij dat de kosten in de bezwaarfase slechts worden vergoed als verwijtbaar inhoudelijke fouten zijn gemaakt en niet bij formele fouten of gebreken in de motivering. Het civiele traject kent een dergelijke beperking niet.

6.2 Proceskosten: omvang en risico

Hierboven zijn we er steeds vanuit gegaan dat de vordering tot schadevergoeding wordt toegewezen, dan wel het beroep gegrond wordt verklaard, en een proceskostenvergoeding van het betreffende overheidsorgaan wordt verkregen. Uiteraard kan het beroep op schadevergoeding ook worden afgewezen. In dat geval zal de partij die heeft verzocht om schadevergoeding, uitzonderingen daargelaten, haar eigen proceskosten moeten dragen. Bestaan in deze situatie nog verschillen tussen de proceskosten bij de civiele rechter en bestuursrechter? Eventuele verschillen in de totale hoogte van de kosten van rechtsbijstand worden hier buiten beschouwing gelaten, omdat deze erg zullen afhangen van de specifieke omstandigheden van de zaak. Wel wordt opgemerkt dat een verzoek om schadevergoeding op grond van art. 8:73 Awb in totaal vaak minder kosten van rechtsbijstand zal meebrengen dan de weg van het zelfstandig schadebesluit of een civiele procedure, omdat in dat geval met betrekking tot verkrijging van schadevergoeding geen rechtsbijstandkosten voorafgaand aan de rechterlijke procedure worden gemaakt (zie ook paragraaf 6.1.2). Ten eerste valt op het verschil in de hoogte van het te betalen griffierecht.¹¹⁴ Bij de bestuursrechter is dat momenteel € 141 voor natuurlijke personen en € 281 voor rechtspersonen. Het griffierecht bij de civiele sector bedraagt vandaag de dag voor schadevergoedingszaken bij de rechtbank € 296 voor vor-

deringen met een belang tot € 11.345 en bij hogere vorderingen steeds 2,2% van de hoogte van de vordering, met een minimum van € 299 en een maximum van € 4667 voor de eiser. Ook de gedaagde is verplicht tot betaling van griffierecht. Bij de sector kanton bedraagt het griffierecht voor de eiser, afhankelijk van de hoogte van de vordering, tussen de € 59 (vorderingen onder de € 90) en € 196 (vorderingen boven de € 1361). De gedaagde betaalt hier geen griffierecht. Bij vorderingen tot € 4538 zal derhalve het te betalen griffierecht meestal lager uitvallen bij de civiele (kanton)rechter. Voor (schade)vorderingen boven dit bedrag is de bestuursrechter in dit opzicht de meest voordelige optie. Het verschil neemt snel toe met de hoogte van de vordering. Als tweede verschil wordt gewezen op de deurwaarderskosten, die zijn verbonden aan het uitbrengen van de dagvaarding, bij aanvang van een procedure bij de civiele rechter. Het bestuursrecht kent dergelijke kosten niet.

Ten slotte is een belangrijk verschil dat in het bestuursrecht de indiener van het verzoek om schadevergoeding bij ongegrondverklaring van het beroep weinig risico loopt om te worden veroordeeld tot betaling van de proceskosten van het betreffende overheidsorgaan, terwijl in het civiele recht op grond van art. 237 lid 1 Rv de in het ongelijk gestelde partij steeds wordt veroordeeld tot vergoeding van de proceskosten van de wederpartij. Het kan een aanzienlijke last betekenen om, naast de eigen proceskosten, ook nog de proceskosten van de wederpartij (gedeeltelijk) te moeten dragen. Het risico van een proceskostenveroordeling kan een belangrijke rol spelen bij de keuze voor de bestuursrechter, zeker als het kleine schadebedragen betreft: de mogelijk te behalen voordelen in de civiele procedure wegen dan simpelweg niet op tegen het risico om in de proceskosten van de overheid te worden veroordeeld. Samengevat: indien uiteindelijk wordt geoordeeld dat geen recht op schadevergoeding bestaat is men met betrekking tot de proceskosten bij de bestuursrechter vaak beter (lees: goedkoper) af. Uiteraard is dit voorafgaand aan de procedure lastig te beoordelen. Het kan echter (vooral) voor een benadeelde die het zich niet kan permitteren om het risico van een hoge proceskostenveroordeling te lopen een reden zijn om zich niet tot de civiele rechter te wenden, maar te trachten zijn schade via de bestuursrechterlijke weg vergoed te krijgen.

7 Doorlooptijden en dicta

Een benadeelde zal zijn schade vaak zo snel mogelijk daadwerkelijk vergoed willen zien. Voor de keuze tussen de bestuursrechter of de civiele rechter is in dit kader van belang of verschil bestaat in de duur van beide schadevergoedingsprocedures. Informatie over doorlooptijden, toegesneden op schadevergoedingsprocedures, hebben wij niet kunnen vinden. Wel blijkt uit een overzicht naar doorlooptijden dat

114 Zie *Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer losbladige uitgave (Numann), art 241, aant. 1; Asser-Hartkamp 4-1, 2004, p. 338; HR 27 juni 1997, NJ 1997, 651. Zie ook de annotatie Brunner bij HR 3 april 1987, NJ 1988, 275.

115 Zie voor een overzicht van de rechtspraak over deze wet: R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Wet kosten bestuurlijke voorprocedures in de rechtspraak', *JBplus* 2005, p. 147-167.

116 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 024, nr. 15.

117 De hoogte van deze vergoeding wordt ook voor de bestuurlijke voorprocedure per kostenpost bepaald in art. 2 Besluit proceskosten bestuursrecht.

118 Daarbij speelt een rol dat de belanghebbende in het bestuursrechtelijk beroep herhaaldelijk beperkte mogelijkheden heeft om gemaakte fouten te herstellen, zie par. 3 en 4 van deze bijdrage.

119 Zie voor de hoogte van de griffierechten per 1 februari 2006: Besluit van 13 januari 2006 tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet tarieven in burgerlijke zaken, en enkele andere wetten (indexering griffierechten bestuursrechtelijke en civielrechtelijke wetten 2006), *Stb.* 2006, 26. De hoogte van de griffierechten per 1 januari 2006 staan ook vermeld op <www.rechtspraak.nl>.

in 2004 bij de rechtbank de gemiddelde handelszaak (met verweer) 410 dagen duurt, terwijl een bodemprocedure in een bestuurszaak gemiddeld 330 dagen in beslag neemt.¹²⁰ Zo bezien lijkt de route via de bestuursrechter korter. De uitspraak van de (hoger beroeps)rechter in bestuurszaken is echter bij gegrondverklaring van het beroep niet altijd het laatste woord, omdat het bestuursorgaan in de plaats van het vernietigde besluit een nieuwe beslissing (op bezwaar) zal moeten nemen. Terwijl in het civiele recht het geschil door de rechter steeds finaal wordt beslecht, kan de bestuursrechter dit normaal gesproken slechts doen als rechtens nog maar één beslissing mogelijk is.¹²¹ Als na de uitspraak van de bestuursrechter nog verlengde besluitvorming over de (hoogte van de) schadevergoeding door het bestuursorgaan dient plaats te vinden, kan het (aanzienlijk) langer duren, voordat een benadeelde zijn schade vergoed krijgt. Een ander nadeel van een terugverwijzing naar het bestuursorgaan, is dat na de uitspraak van de bestuursrechter onzekerheid blijft bestaan over de definitieve uitkomst van de schadevergoedingsprocedure.

Bij een finale geschillenbeslechting bij de bestuursrechter doen deze nadelen zich niet voor. Hierna zal daarom met betrekking tot schadevergoedingszaken worden bekeken onder welke omstandigheden een geschil door de bestuursrechter finaal wordt beslecht. Met betrekking tot een zelfstandig schadebesluit kan uit de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven worden afgeleid dat deze genegen lijkt zelf in de zaak te voorzien als beide partijen in de procedure voldoende naar voren hebben gebracht over de (hoogte van de) schade.¹²² In de uitspraak van het College van 9 augustus 2005 is van belang dat het bestuursorgaan de hoogte van het schadebedrag niet betwist en dat de schadebedragen deugdelijk zijn onderbouwd door een deskundigenrapport.¹²³ Annotator Van der Veen merkt naar aanleiding van deze uitspraak op dat de appellant zijn kans op een finale uitspraak zeker heeft vergroot door het zelf zorgen voor en overleggen van dit deskundigenrapport. Hij geeft dit daarom als goede raad mee aan appellanten in vergelijkbare omstandigheden. Polak, Van Lessen Kloeke en Van der Mersch komen tot de conclusie dat als het gaat om schadebesluiten de bestuursrechter nog slechts sporadisch zelf in de zaak voorziet.¹²⁴ Zij vermoeden dat de reden hiervoor gelegen is in het feit dat hij op het moment van zijn uitspraak nog onvoldoende bekend is met de relevante feiten.¹²⁵ Op grond van het bovenstaande lijkt het er op dat hoe meer informatie bij de bestuursrechter bekend is over de schadeposten en de standpunten van beide partijen met betrekking tot de schade, hoe groter de kans is dat hij zelf in de zaak zal voorzien.

Een verzoek ex art. 8:73 Awb is in principe de kortste weg naar schadevergoeding, omdat dit verzoek altijd in dezelfde procedure als het inhoudelijke beroep tegen het besluit wordt behandeld. Ook bepaalt de bestuursrechter op basis van art. 8:73

Awb zelf de schadevergoeding, zodat de benadeelde niet te maken krijgt met verlengde besluitvorming. Twee kanttekeningen dienen hier te worden gemaakt. Ten eerste is de bestuursrechter niet verplicht om zelf over het verzoek tot schadevergoeding te oordelen, maar kan hij dit overlaten aan de burgerlijke rechter. Dat de bestuursrechter ook daadwerkelijk naar de burgerlijke rechter verwijst komt echter bij ons weten bijna nooit voor.¹²⁶ Ten tweede blijkt dat de bestuursrechter in de praktijk bij gegrondverklaring van het beroep op formele gronden niet altijd op het verzoek tot schadevergoeding beslist, omdat hij pas als de verlengde besluitvormingsprocedure is afgerond en een nieuwe beslissing op bezwaar is genomen kan vaststellen of, en zo ja, in welke omvang ten gevolge van het vernietigde besluit schade is geleden.¹²⁷ In dat geval moet worden gewacht tot het bestuursorgaan een nieuwe beslissing op bezwaar heeft genomen, voordat de bestuursrechter op het verzoek tot schadevergoeding beslist.

Op grond van bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de bestuursrechterlijke weg op het eerste gezicht misschien korter lijkt, maar dat deze schijn kan bedriegen.

8 Conclusie

In dit artikel is gezien in welke mate de verschillen in de processtelsels van het civiele en het bestuursrecht van invloed zijn op de keuze van de te volgen rechtsweg, wanneer men vergoeding van schade, geleden door een vernietigd besluit, vordert. De belangrijkste factoren zijn naar ons oordeel gelegen in de complexiteit van de schadevordering en de financiële draagkracht van de benadeelde.¹²⁸ Bij een complexe zaak, waarbij veel kosten moeten worden gemaakt om de schade aan te kunnen tonen, is de burgerlijke rechter de aangewezen instantie. De civiele procedure is ingericht op de bewijslevering van de schade door partijen en bevat de nodige flexibiliteit om de schadevordering nader te onderbouwen en wijzigingen in de vordering aan te brengen. De hoge proceskosten die in een complexe schadezaak veelal worden gemaakt, worden bij de civiele rechter tot een hoger bedrag vergoed. Met name als het gaat om kosten van rechtsbijstand en deskundigenkosten kan het verschil in proceskostenvergoeding hoog oplopen. In de civiele procedure valt echter niet alleen meer te halen voor partijen, maar ook meer te verliezen. Oordeelt de rechter uiteindelijk dat er geen recht op schadevergoeding bestaat, dan wordt de benadeelde in de civiele procedure in de kosten van de tegenpartij veroordeeld. In het bestuursrecht bestaat dit risico nagenoeg niet. Het risico van een proceskostenveroordeling bij de burgerlijke rechter kan een doorslaggevende factor zijn bij de keuze voor de bestuursrechter, zeker als het kleine schadebedragen betreft. Is de schadevordering vrij eenvoudig van aard en beslaat deze een

bepert schadebedrag, dan loopt de benadeelde partij ook weinig voordelen van de civiele procedure mis. In dat geval hoeft een partij immers relatief weinig kosten te maken om haar schade te bewijzen en heeft zij minder behoefte aan de flexibiliteit van de civiele procedure. Als nadeel van de bestuursrechtelijke weg kan ten slotte nog worden genoemd dat de procedure, in verband met verlengde besluitvorming, niet altijd de gewenste zekerheid kan opleveren.

120 Zie het Jaarverslag van de Raad voor de rechtspraak 2004, p. 61.

121 Zie art. 8:70 jo. art. 8:72 lid 4 en PG Awb II, p. 175.

122 Zie CBB 17 april 2003, AB 2003, 277; CBB 9 augustus 2005, AB 2005, 382.

123 CBB 9 augustus 2005, AB 2005, 382, r.o. 3.5.

124 J.E.M. Polak, K. Van Lessen Kloeke & M.F. Van der Mersch, 'Zelf in de zaak voorzien: tussenstand en vooruitblik', NTB 2002, p. 8-9.

125 Zij achten die reden overigens minder overtuigend, omdat de burgerlijke rechter zich wel voldoende toegerust acht om tot een einduitspraak te komen en het vaststellen van schadevergoeding bij onrechtmatige daad als een typisch rechterlijke bevoegdheid wordt gezien.

126 Zie voor een uitspraak waarin dit wel aan de orde is: CRvB 9 september 2003, JB 2003, 323. De Centrale Raad van Beroep oordeelt in deze uitspraak niet op het verzoek ex art. 8:73 Awb, maar laat het schadeaspect integraal over aan de burgerlijke rechter. Van Maanen geeft in zijn noot bij de uitspraak aan dat dit bij zijn weten de eerste uitspraak is, waarin van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt.

127 Zie ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 403, m.nt. ARN; CBB 15 november 2001, JB 2002, 213; ABRvS 19 januari 1999, AB 1999, 257; CRvB 11 juni 1998, AB 1998, 411. In de uitspraken van de Afdeling wordt het verzoek om schadevergoeding afgewezen, terwijl het CBB in dezelfde situatie zijn beslissing aanhoudt totdat een nieuw besluit op bezwaar is genomen.

128 Vergelijk Berkel-Kikkert, *Bestuursrechtelijke schadevergoeding* (losbl.), H6-p. 20-21 en M.B. Koetsier, *Overheid en schadevergoeding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 129-131.