

University of Groningen

Titel 8.4 Awb: verdwenen, gebleven en nieuwe problemen

de Graaf, K.J.; Marseille, A.T.; Sietses, D.

Published in:
Onbegrensde rechtsbeoefening

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

de Graaf, K. J., Marseille, A. T., & Sietses, D. (2014). Titel 8.4 Awb: verdwenen, gebleven en nieuwe problemen. In A. G. Bregman, H. E. Bröring, & K. J. de Graaf (editors), *Onbegrensde rechtsbeoefening: Opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach* (blz. 237-252). Instituut voor Bouwrecht.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

23 Titel 8.4 Awb: verdwenen, gebleven en nieuwe problemen

Kars de Graaf, Bert Marseille & Derek Sietses

1 Inleiding

Zeven jaar geleden verscheen het Voorontwerp Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.¹ Aanleiding voor dat voorontwerp in 2007 was onder meer de onvrede over de bestaande procedures en de rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter bij het verkrijgen van schadevergoeding in het bestuursrecht. Het verschijnen van het voorontwerp leidde tot uitvoerige beschouwingen over de vraag of de voorgestelde regeling een verrijking voor het bestuursrecht zou betekenen.² De meningen waren verdeeld. In de zomer van 2013, de zomer waarin Dick Lubach de leeftijd van 65 bereikte, trad het onderdeel van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten dat op schadevergoeding voor onrechtmatig handelen van de overheid ziet, in werking.³ Nu de Awb daarmee is voorzien van een bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure voor onrechtmatig handelen door bestuursorganen, is de vraag of dat een goed of slecht idee was niet meer zo relevant. Des te relevanter is de vraag wat de regeling de gebruikers daarvan feitelijk te bieden heeft. Welke mogelijkheden biedt titel 8.4 Awb degene die schade heeft geleden door overheidshandelen en die goedgevoeld hoopt te krijgen?

In deze bijdrage beantwoorden we die vraag in drie stappen. We nemen daarbij als ijkpunt, de problemen die aanleiding vormden voor de wetswijziging enerzijds en de inhoud van de titel 8.4 Awb anderzijds. Uitgaande daarvan stellen we ons drie vragen: welke van de problemen die aanleiding vormden voor het Voorontwerp zijn verdwenen, welke zijn gebleven en welke problemen heeft de nieuwe regeling gecreëerd? Voor het beantwoorden van de derde vraag (in paragraaf 5) nemen we wat meer tijd dan voor de beantwoording van de eerste twee (in paragraaf 4). In paragraaf 2 memoreren we kort de problemen die aanleiding vormden voor de wetswijziging. De schaderegeling zoals

1 Het 'Voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten' van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad van mei 2007 is op het internet te vinden.

2 R.J.N. Schlössels, 'Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten', *Gst.* 2007/113 (afl. 7281), p. 503-517; B.J. Schueler, 'De onrechtmatige overheidsdaad in het Voorontwerp Schadevergoeding', *NTB* 2007/38; G.C.W. van der Feltz, 'Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad', *BR* 2007, p. 846 e.v.; J.E. Hoitink & M.B. Koetsier, 'Nadeelcompensatie: waarom, wanneer en hoeveel? Voorontwerp Studiegroep Schadevergoeding biedt rechtspraktijk onvoldoende houvast', *NTB* 2007/44.

3 *Stb.* 2013, 50 (wet) en *Stb.* 2013, 162 (inwerkingtreding).

die sinds 1 juli 2013 geldt, beschrijven we kort in paragraaf 3. We sluiten in paragraaf 6 af met enkele concluderende opmerkingen.

2 Zes problemen die aanleiding vormden voor de wetswijziging

Een wetswijziging veronderstelt een probleem waar de wijziging een oplossing voor beoogt te bieden. Welke problemen hebben de wetgever er toe gebracht de regeling betreffende het verkrijgen van schadevergoeding als gevolg onrechtmatig overheidshandelen in de Awb te wijzigen? We noemen de zes meest in het oog springende problemen.

Probleem 1) Vernietiging als noodzakelijke voorwaarde voor schadevergoeding

Als schade is geleden ten gevolge van een bij de bestuursrechter appellabel besluit, vormde de herroeping (door het bestuur in reactie op een bezwaarschrift) of de vernietiging (door de rechter in reactie op een beroepschrift) van dat besluit een noodzakelijke voorwaarde voor het verkrijgen van schadevergoeding. Deze door burgerlijke rechter en bestuursrechter gestelde voorwaarde kan een formidabele belemmering vormen voor het honoreren van op zichzelf gerechtvaardigde schadevergoedingsclaims. Immers, wordt het schadeveroorzakende besluit niet herroepen of vernietigd, omdat er geen rechtsmiddelen tegen zijn aangewend, dan wordt het – vanwege het leerstuk van de formele rechtskracht – geacht rechtmatig te zijn. In dat geval is het verkrijgen van schadevergoeding zo goed als uitgesloten.⁴

Probleem 2) Keuzevrijheid tussen de civiele en de bestuursrechter

Een geschil over de vergoeding van schade die het gevolg is van een door de bestuursrechter vernietigd appellabel besluit, kon naar keuze worden voorgelegd aan de burgerlijke of aan de bestuursrechter. Die keuzevrijheid betekende een uitzondering op de hoofdregel dat één rechter bij uitsluiting kan oordelen over een geschil.

Probleem 3) Niet elk schadegechil kon bij slechts één rechter aanhangig worden gemaakt

Was de oorzaak van de schade deels is gelegen in een bij de bestuursrechter appellabel besluit, deels in andere onrechtmatige niet-appellabele handelingen van het bestuur, dan kon een schadevergoedingsclaim niet in zijn geheel aan de bestuursrechter worden voorgelegd, maar moest ook de burgerlijke rechter worden benaderd.

Probleem 4) Beoordeling zelfstandig schadebesluit alleen op voorwaarde van tijdig beroep

Voor zover de reactie van het bestuur op een verzoek om schadevergoeding viel aan te merken als een appellabel zelfstandig schadebesluit,⁵ kon daarover slechts een oordeel

4 Zie daarover L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: BJu 2013, p. 423 e.v.

5 Als voldaan was aan de materiële en processuele connexiteit zoals door de Afdeling uiteengezet in de bekende Van Vlodrop-uitspraak, ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. Van Buuren.

van de bestuursrechter worden verkregen, als tegen dat zelfstandig schadebesluit tijdig bezwaar en beroep was ingesteld.

Probleem 5) Uitspraak bestuursrechter geen garantie voor definitief oordeel

De uitspraak van de bestuursrechter op een beroep tegen een appellabel zelfstandig schadebesluit hield niet steeds een definitief oordeel in over de hoogte van de schadevergoeding. Het kon ook – slechts – de vernietiging van het zelfstandig schadebesluit inhouden, met de opdracht aan het bestuur om een nieuw besluit te nemen. In dat geval was geen sprake van definitieve beslechting van het geschil over de geleden schade.

Probleem 6) Verzoeken ex artikel 8:73 Awb (oud) geen garantie voor duidelijk oordeel

Als de bestuursrechter het beroep gegrond verklaarde en tevens een beslissing nam over het accessoire schadevergoedingsverzoek ex artikel 8:73 Awb, hield die beslissing bijna nooit een definitief oordeel in over de schadeclaim, omdat nog onduidelijk was of sprake was van causaal verband tussen de schade en het vernietigde besluit,⁶ dan wel of voldaan was aan de relativiteitseis.⁷ Bovendien bood artikel 8:73 Awb geen uitkomst bij herroeping van het primaire besluit door het bestuur, bij intrekking van de beslissing op bezwaar en bij erkenning van de onrechtmatigheid van het besluit.

3 De inhoud van titel 8.4 Awb

In hoeverre maakt de regeling van titel 8.4 Awb aan al die problemen een eind? En in hoeverre zorgt die voor nieuwe problemen? Voordat we ingaan op die vragen, eerst kort iets over de inhoud van titel 8.4.

Titel 8.4 Awb bevat acht bepalingen. De belangrijkste zijn de artikelen 8:88, 8:89, 8:90 en 8:91 Awb. In artikel 8:88 Awb is onder meer bepaald dat de bestuursrechter bevoegd is op verzoek van een belanghebbende een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade die hij lijdt of zal lijden als gevolg van een onrechtmatig besluit, een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit of het niet tijdig nemen van een besluit. Het eerste lid van artikel 8:90 Awb bepaalt dat het verzoek schriftelijk wordt ingediend bij de bestuursrechter die bevoegd is kennis te nemen van het beroep tegen het besluit. Het tweede lid stelt als voorwaarde dat de belanghebbende ten minste acht weken vóór het indienen van zijn verzoekschrift schriftelijk om vergoeding van de schade heeft gevraagd. Wie schade heeft geleden als gevolg van een onrechtmatig besluit of van een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van zo'n besluit, kan op elk gewenst moment de bestuursrechter vragen het betreffende bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding daarvan. Enige voorwaarde is dat de verzoeker ten

6 Het causaal verband is wel aannemelijk, tenzij het bestuursorgaan kan aantonen dat het ook – op hetzelfde moment en onder dezelfde voorwaarden – een rechtmatig besluit had kunnen nemen dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad, zie ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587, *Gst.* 2005/75 en ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7586, *JB* 2005/58, m.nt. Schlössels, *AB* 2005/54, m.nt. De Gier, *Gst.* 2005/74.

7 ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009/42, m.nt. Albers, *USZ* 2009/75, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, *AB* 2009/213, m.nt. Van Ravels & A.M.L. Jansen, *Gst.* 2009/13, m.nt. Teunissen.

minste acht weken voordat hij zich tot de bestuursrechter wendt het bestuursorgaan om schadevergoeding heeft verzocht.⁸

Artikel 8:89 Awb betreft een belangrijke uitzondering op het uitgangspunt dat de gelaedeerde zich met zijn verzoek moet wenden tot de bestuursrechter die bevoegd is te oordelen over het besluit dat de schade heeft veroorzaakt. Het bepaalt weliswaar dat als de schade wordt veroorzaakt door een besluit waarover de Centrale Raad van Beroep of de Hoge Raad in enige of hoogste instantie oordeelt, de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd is, maar tevens dat in de overige gevallen de bestuursrechter – de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State of het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) – bevoegd is voor zover de gevraagde vergoeding ten hoogste € 25.000 bedraagt en dat de bestuursrechter in die gevallen niet bevoegd is indien de belanghebbende het verzoek heeft ingediend nadat hij ter zake van de schade een geding bij de burgerlijke rechter aanhangig heeft gemaakt. Met andere woorden: betreft het geschil een besluit waarover de Afdeling bestuursrechtspraak of het CBb in eerste of hoogste aanleg oordeelt, dan kan de gelaedeerde kiezen tussen de bestuursrechter en de civiele rechter als de claim ten hoogste € 25.000 bedraagt, maar moet hij zich tot de civiele rechter wenden als zijn claim meer dan € 25.000 bedraagt.

Artikel 8:91 Awb ten slotte maakt het mogelijk om, in plaats van dat het verzoek wordt gedaan na afloop van de procedure tegen het schadeveroorzakende besluit, het verzoek – zonder de verplichting om griffierecht te betalen – te doen gedurende de bestuursrechtelijke (hoger)beroepsprocedure tegen dat besluit. Spreekt de rechter uit dat het besluit onrechtmatig is, dan neemt hij tevens een beslissing op het ingediende verzoekschrift.

4 Verdwenen en gebleven problemen

Welke van de zes problemen die aanleiding waren voor wijziging van de schadeprocedure in de Awb zijn verdwenen, welke zijn gebleven?

Probleem 1) gebleven

Bij schade als gevolg van een bij de bestuursrechter appellabel besluit, vormt de herroeping of vernietiging van dat besluit nog steeds een noodzakelijke voorwaarde voor het verkrijgen van schadevergoeding. De gewijzigde schaderegeling heeft niets veranderd aan de belemmering die de formele rechtskracht vormt voor het verkrijgen van schadevergoeding.

Probleem 2) deels verdwenen, deels gebleven

Het probleem van de keuzevrijheid is deels verdwenen, deels gebleven. Voor de overgrote meerderheid van de bij de bestuursrechter appellabele besluiten geldt dat een geschil over de als gevolg van dat besluit geleden schade nog maar aan één rechter kan worden voorgelegd. Voor een bepaalde categorie schadeclaims (die van ten hoogste € 25.000,

8 Het is niet helemaal de enige voorwaarde; de gelaedeerde moet ook voor het verstrijken van de algemene verjaringstermijn in actie komen.

betreffende besluiten waarover de ABRvS of het CBb in hoogste instantie oordeelt) bestaat echter nog steeds keuzevrijheid.

Probleem 3) verdwenen

De bestuursrechter kan, anders dan voorheen, oordelen over de schade die is veroorzaakt door onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een besluit. Voorwaarde is wel dat van het besluit zelf moet zijn vastgesteld dat het onrechtmatig is. Is dat het geval, dan is het niet meer nodig om, als het bestuursorgaan niet bereid is de schade te vergoeden die is geleden door het onrechtmatige besluit en door handelingen ter voorbereiding daarvan, bij twee verschillende rechters te procederen.

Probleem 4) verdwenen

Als in het verleden de discussie tussen bestuur en burger over schade resulteerde in een zelfstandig schadebesluit waar de betrokkene het niet mee eens was, moest die er op bedacht zijn dat hij daartegen tijdig bezwaar (en eventueel in het vervolg daarop beroep) instelde. De enige termijn die een gelaedeerde nu nog in de weg kan zitten is de verjaringstermijn, maar die bedraagt vijf jaar in plaats van zes weken. Voor het overige is hij voor het indienen van een verzoek bij de rechter niet aan termijnen gebonden.

Probleem 5) verdwenen, maar...

Een beroep tegen een zelfstandig schadebesluit resulteerde niet per definitie in een uitspraak die partijen een antwoord gaf op de vraag of en zo ja hoeveel schade het bestuur diende te vergoeden. Een verzoek in het kader van de schadeverzoekschriftprocedure heeft wel dat resultaat. Ter relativering merken we op dat het voor de bestuursrechter ook in de oude situatie al goed mogelijk was – door toepassing van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien – op het beroep tegen een zelfstandig schadebesluit een beslissing te nemen die partijen duidelijkheid bood over de vraag of en zo ja, hoeveel schade het bestuur diende te vergoeden.⁹

Probleem 6) gebleven

Waar tot 1 juli 2013 artikel 8:73 Awb de mogelijkheid bood gedurende de procedure bij de bestuursrechter een verzoek om schadevergoeding te doen, biedt de huidige regeling, vanwege artikel 8:91 Awb, precies dezelfde mogelijkheid. Waar de rechter onder de oude regeling de mogelijkheid had een beslissing op het 8:73-verzoek aan te houden, bijvoorbeeld omdat nog onduidelijk was of sprake was van causaal verband tussen de schade en het vernietigde besluit, zal de bestuursrechter onder de nieuwe regeling het verzoek uiteindelijk moeten afwijzen omdat hij de hoogte van de schade nog niet kan vaststellen. Het achterliggende probleem, dat met de vernietiging van het bestreden besluit nog niet altijd duidelijk is of de geleden schade voor vergoeding in aanmerking kan komen, bestaat ondanks de nieuwe regeling nog steeds.

Al met al lijkt de balans voorlopig gematigd positief. Twee problemen zijn verdwenen, twee zijn gebleven, bij twee is het verhaal genuanceerd. Dat brengt ons bij problemen

9 Overigens levert in de nieuwe situatie de toewijzing – anders dan voorafgaand aan de wijziging het zelf in de zaak voorzien – een executoriale titel op.

die nog niet bestonden toen er nog geen titel 8.4 bestond, maar inmiddels wel. We noemen er drie.

5 Drie nieuw problemen

Dat de nieuwe regeling in titel 8.4 Awb voor enkele problemen een oplossing heeft gebracht en de balans daardoor gematigd positief doet uitslaan, betekent niet dat de regeling direct een succes genoemd kan worden. Daarvoor is ook van belang of door de regeling weer andere, nieuwe problemen ontstaan.¹⁰ Wij bespreken er in deze paragraaf drie.

5.1 De reactie op een verzoek om schadevergoeding is nog altijd een besluit

Een eerste nieuw probleem betreft de reactie van het bestuur op een verzoek om de schade te vergoeden. Vroeger kon de gelaedeerde, nadat de bestuursrechter het besluit waar hij beroep tegen had ingesteld, had vernietigd, zich tot het bestuursorgaan wenden met het verzoek de door dat besluit veroorzaakte schade te vergoeden. De reactie op zo'n verzoek was een besluit, waartegen bezwaar en beroep mogelijk was. In het bestuursrechtelijke jargon werd de reactie een 'zelfstandig schadebesluit' genoemd.

Kern van de nieuwe regeling is dat de bestuursrechter kan worden benaderd zonder dat daarvoor een besluit van het bestuursorgaan nodig is waarin wordt beslist over de eigen aansprakelijkheid. De enige voorwaarde waaraan de gelaedeerde moet voldoen, is dat hij het bestuur schriftelijk vraagt om vergoeding van de schade en vervolgens ten minste acht weken wacht op een eventuele reactie van het bestuur, voordat hij de bestuursrechter benadert.

Het bestuur is niet verplicht schriftelijk te reageren op het verzoek. Doet het dat wel, dan is de vraag hoe die reactie valt te kwalificeren. Is het een besluit? Afgaande op de jurisprudentie van de bestuursrechter wel. Immers, het betreft een reactie van een bestuursorgaan op een verzoek van een belanghebbende om vergoeding van schade die is veroorzaakt in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Zo'n reactie is een besluit. Is dat besluit appellabel? Nee, want artikel 8:4 lid 1 aanhef en onder f Awb bepaalt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit inzake vergoeding van schade wegens onrechtmatig bestuurshandelen. Dat het besluit niet appellabel is, doet er niet aan af dat het bestuur bij de voorbereiding ervan wel is gebonden aan de Awb-normen die voor besluiten gelden. Zo moet het besluit zorgvuldig worden voorbereid en moet het bestuur de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen.

In verreweg de meeste gevallen zal het besluit een beschikking zijn. De 'vraag' waarover artikel 8:90 lid 2 Awb het heeft, is te kwalificeren als een aanvraag om een beschikking. Met zijn vraag verzoekt de gelaedeerde het bestuur een beslissing te nemen over het vergoeden van schade en dus om een zelfstandig schadebesluit te nemen, zijnde een beschikking, omdat het een besluit is dat niet van algemene strekking is (art. 1:3 lid 2

¹⁰ Zie daarover ook het in dit verband zeer lezenswaardige B.J. Schueler & B.J. van Ettekenoven, 'De "losse eindjes" van Titel 8.4 Awb', *NTB* 2013/34.

Awb). Is sprake van een beschikking, dan zijn nog meer Awb-bepalingen van toepassing, waaronder ook die van paragraaf 4.1.3.2 Awb, over de dwangsom bij niet tijdig beslissen. De dwangsom-regeling is van toepassing op situaties waarin het bestuur verzuimt tijdig een besluit te nemen op een aanvraag. Van belang is dat toepassing van die regeling niet expliciet is uitgesloten voor gevallen waarin tegen de betreffende beschikking geen beroep openstaat.

Als het bestuur niet binnen de beslistermijn (ingevolge art. 4:13 Awb hoogstwaarschijnlijk acht weken) reageert op het verzoek om schadevergoeding, kan het derhalve – na schriftelijke ingebrekestelling en twee weken wachttijd – een dwangsom verbeuren. Een vraag van een gelaedeerde aan het bestuur om schadevergoeding kan op die manier een dubbele functie vervullen. In de eerste plaats de door de wetgever beoogde functie als toegangsbewijs voor de schadeverzoekschriftprocedure. In de tweede plaats kan het dienen als startpunt voor een poging van de gelaedeerde om dwangsommen te innen die het bestuur verbeurt als dat niet tijdig beslist.

We gaan ervan uit dat de wetgever het niet zo heeft bedoeld, en vermoeden dat de rechter om die reden niet bereid zal zijn om de dwangsom-regeling toe te passen op het uitblijven van besluiten op verzoeken om schadevergoeding voorafgaand aan een mogelijke schadeverzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter. Reden voor een dergelijk oordeel kan zijn dat geen bezwaar en beroep openstaat tegen een dergelijke reactie, dat het systeem van de Awb met zich brengt dat enkel een verzoekschrift kan worden ingediend nadat het aansprakelijk gestelde bestuursorgaan acht weken heeft stilgezeten en/of dat de regeling betreffende de redelijke beslistermijn in dit soort gevallen anders uitpakt. De rechter zal op grond daarvan kunnen redeneren dat de ratio van de verplichting het bestuur te vragen om schadevergoeding voordat de rechter wordt benaderd, is dat het bestuur de kans moet hebben met de gelaedeerde in gesprek te gaan over zijn schadeclaim. Heeft het bestuur daar om wat voor reden geen behoefte aan, dan biedt de regeling de gelaedeerde een gemakkelijke toegang tot de rechter. Zo bezien is het ongerijmd dat het bestuur indirect, vanwege de dreiging van een dwangsom, gedwongen zou kunnen worden te reageren op de vraag om schadevergoeding.

Maar aan de andere kant is niet gezegd dat iedere gelaedeerde het liefst zo snel mogelijk naar de bestuursrechter wil. De reden dat een gelaedeerde het bestuur vraagt om schadevergoeding kan zijn dat hij wil voldoen aan het formele vereiste om toegang tot de rechter te krijgen. Denkbaar is echter dat hij liever tot overeenstemming komt met het bestuur dan dat hij een verzoekschriftprocedure bij de rechter start. Denkbaar is voorts dat hij helemaal niet aan de mogelijkheid van een schadeverzoekschriftprocedure bij de rechter denkt, maar ‘gewoon’ een vraag aan het bestuur voorlegt en hoopt op een antwoord. Anders gezegd: niet ieder verzoek om schadevergoeding aan het bestuursorgaan is een verzoek in de zin van artikel 8:90 lid 2 Awb. Waarom zou het bestuur dan niet verplicht zijn om er tijdig op te reageren?

5.2 De competentiegrenzen zijn niet waterdicht

Een tweede nieuw probleem heeft te maken met het feit dat de hoogte van de vordering bepalend kan zijn voor de rechter tot wie een benadeelde zich met zijn schadeverzoek moet of mag wenden. Bedraagt een schadevordering ten hoogste € 25.000 en is de Afdeling of het CBB de instantie die in hoogste instantie over het schadeveroorzakende

besluit kon oordelen, dan heeft de betrokkene de keuze. Hij kan kiezen of hij de burgerlijke rechter of de bestuursrechter benadert met een schadevergoedingsverzoek. Hier bestaat dus nog steeds een gedeelde rechtsmacht. Stel nu dat de volgende situatie zich voordoet.

Iemand heeft schade geleden door een besluit waarover de Afdeling in hoogste instantie bevoegd is te oordelen. Het besluit wordt vernietigd. Vervolgens start de gelaedeerde een schadevergoedingsprocedure. De schade is € 50.000. De gelaedeerde vordert € 25.000 bij de bestuursrechter. De overige € 25.000 wil hij pas later vorderen bij de burgerlijke rechter, als blijkt dat het verzoek bij de bestuursrechter wordt toegewezen.

Het voorbeeld roept de vraag op of het mogelijk is om als benadeelde – wanneer de bestuursrechter tot aan € 25.000 bevoegd is – een verzoek in te dienen bij de bestuursrechter tot het vergoeden van schade tot het competentiebedrag en na de bestuursrechtelijke procedure nog een vordering in te stellen bij de burgerlijke rechter voor de resterende schade.

Artikel 8:89 lid 3 Awb bepaalt dat de bestuursrechter niet meer kan worden benaderd met een schadevordering wanneer de belanghebbende diezelfde vordering reeds bij de burgerlijke rechter aanhangig heeft gemaakt. Anders gezegd: wanneer je eenmaal de civiele weg hebt gekozen, kun je niet meer kiezen voor het bestuursrechtelijke spoor. De casus is echter een andere. Eerst wordt de bestuursrechter benaderd, daarna pas de burgerlijke rechter. Daarover bepaalt artikel 8:89 lid 4 Awb dat zolang het verzoek aanhangig is bij de bestuursrechter, de burgerlijke rechter een vordering tot vergoeding van de schade niet-ontvankelijk zal verklaren. Ook dit artikel leidt tot een duidelijke slotsom: gelijktijdige procedures bij de bestuursrechter en de burgerlijke over dezelfde schade zijn uitgesloten. Echter, in de casus ligt het nog een slag anders: de burgerlijke rechter wordt benaderd (voor de resterende € 25.000) *nadat* de bestuursrechter het verzoek (om toekenning van de eerste € 25.000) heeft toegewezen.

Eerst naar de bestuursrechter, daarna de burgerlijke rechter

Als we ons beperken tot de vraag of de bestuursrechter over een dergelijk verzoek moet oordelen, dan is van belang dat in de tekst van de Awb niet over die situatie wordt ge-rept. De tekst van artikel 8:89 Awb sluit niet uit dat een schadevordering deels aan de bestuursrechter, deels aan de civiele rechter wordt voorgelegd. Artikel 8:89 lid 2 Awb bepaalt namelijk dat voor zover de *gevraagde vergoeding* ten hoogste niet meer bedraagt dan € 25.000, de bestuursrechter bevoegd is. Het gaat dus, met andere woorden, om de gevraagde vergoeding en niet om de daadwerkelijke schade. Het lijkt derhalve mogelijk – in de situatie dat de gelaedeerde keuzevrijheid heeft – eerst de bestuursrechter te benaderen voor schade tot aan € 25.000 en vervolgens de burgerlijke rechter voor de rest van de schade. Het hoeft dus niet enkel de situatie te betreffen waarin een verzoek onder de € 25.000 wordt ingediend bij de bestuursrechter en de burgerlijke rechter slechts aan bod komt voor de restschade, wanneer de vordering uiteindelijk hoger uitvalt.¹¹ Het kan voor de gelaedeerde aantrekkelijk zijn de hierboven geschetste route te volgen. Bij de bestuursrechter kan worden geprocedeerd zonder gespecialiseerde rechtsbijstand. Bovendien kan het verzoek hangende de beroepsprocedure worden ingediend.

11 En dat is wel de enige situatie die de memorie van toelichting voor ogen heeft, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 39.

Hierdoor kan tegen relatief lage kosten een oordeel worden verkregen over de vraag of het onrechtmatige besluit al dan niet leidt tot schadevergoeding. Met dit oordeel in de hand kan het risico dat de procedure bij de burgerlijke rechter geen succes heeft, worden verkleind. De memorie van toelichting stelt daarover weinig concreet en onvoldoende specifiek: 'Aan het oordeel van de bestuursrechter over de bij hem gevorderde schade is de burgerlijke rechter dan wel gebonden.'¹²

Meerdere keren een vordering tot aan € 25.000 indienen bij de bestuursrechter?

In plaats van de gang naar de burgerlijke rechter te maken, nadat de vordering tot aan € 25.000 door de bestuursrechter is toegewezen, is het voor een benadeelde wellicht nog aantrekkelijker om, in plaats van de burgerlijke rechter, de bestuursrechter te benaderen voor de restschade. Het is de vraag of dat mogelijk is. We illustreren het weer aan de hand van een casus.

De schade die de gelaedeerde door het vernietigde besluit heeft geleden bedraagt € 50.000. Hij krijgt de eerste € 25.000 vergoed in een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter. Vervolgens wil hij ook de 'restschade' vergoed krijgen. Hij start opnieuw een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter, opnieuw voor een bedrag van € 25.000. Is dat mogelijk?

Wij denken dat de wet zich niet tegen deze mogelijkheid verzet. De Awb verbiedt niet expliciet dat een vordering van meer dan € 25.000 wordt gesplitst in meerdere vorderingen van maximaal € 25.000. Dat opent de mogelijkheid de bestuursrechter meerdere keren een vordering van € 25.000 voor te leggen. Artikel 8:89 lid 2 Awb bepaalt immers dat voor zover de *gevraagde vergoeding* niet meer dan € 25.000 bedraagt, de bestuursrechter bevoegd is. Met andere woorden: ter zake van elk verzoek van maximaal € 25.000 is de bestuursrechter bevoegd. De wet maakt geen koppeling met de daadwerkelijke schade.

Aangenomen dat deze constructie niet door de wetgever gewild is, had hij zich bij titel 8.4 Awb kunnen laten inspireren door het burgerlijk procesrecht. Daar is immers bij de competentiegrens van de sector kanton een vergelijkbare situatie aan de orde. In het civiele recht geldt in die sector een competentiegrens inzake geldvorderingen van ten hoogste € 25.000.¹³ Bij de kantonrechter kan, net als bij de bestuursrechter, zonder rechtsbijstand worden geprocedeerd. Derhalve zou het ook in het civiele recht handig zijn als een vordering kan worden gesplitst. Wordt een vordering van € 25.005 aanhangig gemaakt bij de kantonrechter, dan *moet* deze blijkens de parlementaire geschiedenis wijzen op de mogelijkheid van eisvermindering als bedoeld in artikel 95 Rv, zodat verwijzing naar sector civiel (met verplichte procesvertegenwoordiging en hogere kosten) kan worden vermeden.¹⁴ Als de eiser zijn oorspronkelijke vordering van boven de competentiegrens uitdrukkelijk beperkt tot een bedrag dat de competentiegrens niet overschrijdt én afstand doet van het meerdere, is de kantonrechter bevoegd.¹⁵ Met an-

12 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 49.

13 Artikel 93 eerste en tweede lid Rv.

14 A.I.M. van Mierlo & F.M. Bart, *Herziening burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 648.

15 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 111.

dere woorden: bepalend voor de bevoegdheid van de kantonrechter is – net als bij de bestuursrechter – de eis (bij de bestuursrechter: het verzoek), niet de daadwerkelijke schade.

Het grote verschil is echter dat het burgerlijk recht speciale competentieregels kent voor cumulatie van vorderingen. Artikel 94 lid 1 Rv luidt als volgt:

‘Indien een zaak meer dan één vordering als bedoeld in artikel 93 onder a en b betreft, is voor de toepassing van dat artikel beslissend het totale beloop of de totale waarde van deze vorderingen.’

De ratio van dit artikel is duidelijk: samenhangende vorderingen moeten zo veel mogelijk door één rechter worden behandeld.¹⁶ Dit betekent dat een vordering van boven de competentiegrens van de kantonrechter niet door middel van splitsing van die vordering aan de kantonrechter kan worden voorgelegd. Schadeclaims van meer dan € 25.000 moeten worden voorgelegd aan de rechtbank, sector civiel.¹⁷

Uit artikel 94 lid 1 Rv volgt dat een vordering in beginsel niet kan worden gesplitst in meerdere kleinere vorderingen, zodat enkel de kantonrechter hoeft te worden geraadpleegd. Het bestuursrecht kent niet een soortgelijke regeling. Kan in een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter deze regel analoog worden toegepast? Van belang is dat de memorie van toelichting niet vermeldt dat artikel 94 Rv analoog van toepassing is in een verzoekschriftprocedure. De wetgever doet dat wel bij het schadebedrag, waarbij expliciet wordt vermeld dat is aangesloten bij artikel 93 Rv.¹⁸ Was het de bedoeling geweest aan te sluiten bij artikel 94 Rv, dan had de wetgever dat expliciet moeten vermelden. We vermoeden dat de wetgever dit is vergeten. Het lijkt er daarom op dat niet geheel is uitgesloten dat een burger meerdere malen een verzoekschriftprocedure kan starten bij de bestuursrechter tot een bedrag van ten hoogste € 25.000, om op die manier de gang naar de burgerlijke rechter te voorkomen. Dit kan voor een burger aantrekkelijk zijn, omdat bij de bestuursrechter immers kan worden geprocedeerd zonder gespecialiseerde rechtsbijstand, waardoor tegen geringere kosten schade vergoed kan worden. Anders dan de wetgever voor ogen stond, worden geschillen over schade van meer dan € 25.000 dan deels of zelfs in hun geheel aan de bestuursrechter voorgelegd. Dat is niet alleen een principieel, maar ook een praktisch probleem. Immers, in plaats van met één procedure over het hele schadebedrag, krijgt de rechter te maken met meerdere procedures naar aanleiding van meerdere kleinere vorderingen.¹⁹

Dit kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever. Reparatiwetgeving lijkt onvermijdelijk. Niettemin moet de bestuursrechter, zolang het duurt, met de bestaande regeling werken. Kan hij beslissen artikel 94 Rv analoog toe te passen? Dat gaat ver, gezien het feit dat in de memorie van toelichting – anders dan bij artikel 93 Rv – geen enkel aanknopingspunt biedt voor een dergelijke keuze. Een andere mogelijkheid is dat een

16 Idem, p. 113.

17 Dit lijdt slechts uitzondering als de eiser zijn oorspronkelijke vordering van boven de competentiegrens uitdrukkelijk beperkt tot een bedrag van niet meer dan € 25.000,- en *afstand doet* van het meerdere. Zie HR 2 juni 1950, NJ 1951/19, m.nt. Hennekens.

18 Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 49.

19 Wij laten hier de mogelijkheid dat meerdere verzoekschriften worden ingediend voor een bedrag dat (gezaamenlijk) niet boven de € 25.000 komt, rusten.

uitweg wordt gezocht met gebruikmaking van het beginsel van een ‘goede procesorde’. De rechter zou kunnen overwegen dat het splitsen van een vordering daarmee in strijd is of kan zijn. De term goede procesorde wordt dikwijls opgevoerd om de proceseconomie en het ordelijk procederen – toverwoord: efficiency – te bewaken.²⁰ Wellicht is de eenvoudigste oplossing voor dit gebrek in titel 8.4 dat de bestuursrechter de bepaling van de competentie zo uitlegt en interpreteert dat materieel sprake is van analoge toepassing van artikel 94 Rv. Het is afwachten of bestuursrechters daartoe bereid zijn.

5.3 Onzekerheid over de uitspraak: niet-ontvankelijk of afgewezen

Stel, iemand procedeert tot in hoogste instantie tegen een besluit. De appellant wint zijn zaak bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Het besluit wordt vernietigd. Als hij zijn schade vergoed wil hebben, dan is de burgerlijke rechter in de regel bevoegd om daarover te oordelen (art. 8:89 Awb). Echter, is de schade € 25.000 of minder, dan kan de appellant er voor kiezen zijn verzoek voor te leggen aan de Afdeling, zelfs tegelijkertijd met het hoger beroep tegen het schadeveroorzakende besluit (zie art. 8:91 Awb). Maar wat als de Afdeling het verzoek afwijst (art. 8:95 Awb), met als motivering dat het schadevergoedingsverzoek met onvoldoende bescheiden en gegevens is onderbouwd?

Niet ondenkbaar is dat de appellant enige tijd later alsnog de beschikking krijgt over gegevens waaruit de schade uit het onrechtmatige besluit blijkt. Als zijn verzoek aan het bestuursorgaan om vergoeding van de schade wordt afgewezen onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling, kan tegen dat zelfstandig schadebesluit in ieder geval geen beroep worden ingesteld (art. 8:4 lid 1 sub f Awb). Betreft de rechterlijke afwijzing een uitspraak in eerste aanleg, dan was er nog de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan en daar alsnog met relevante bescheiden en gegevens te komen. Omdat het een in hoger beroep gewezen uitspraak betreft, resten de gelaedeerde nog twee mogelijkheden, namelijk (i) opnieuw een verzoekschrift indienen bij de bestuursrechter en (ii) de gang naar de burgerlijke rechter. Voor wat betreft de laatste mogelijkheid merken we volledigheidshalve op dat artikel 8:89 lid 4 Awb de benadeelde uit de casus er niet van kan weerhouden naar de burgerlijke rechter te stappen. Dat artikel bepaalt namelijk dat een belanghebbende niet-ontvankelijk wordt verklaard door de burgerlijke rechter, zolang het verzoek bij de bestuursrechter aanhangig is. Het verzoek is in deze casus niet meer bij de bestuursrechter aanhangig. De cruciale vraag, zowel in het bestuursrechtelijke als in het civielrechtelijke traject, is: hoe beoordeelt de rechter een tweede verzoek?

We kijken eerst hoe de burgerlijke rechter zich in een dergelijke situatie opstelt. De reden waarom de burgerlijke rechter niet opnieuw een vordering zou willen beoordelen, kan allereerst gelegen zijn in het gezag van gewijsde van een eerder, afwijzend vonnis.²¹ In essentie is het leerstuk van het gezag van gewijsde een uitwerking van het adagium *lites fniri oportet*, dat tot uitdrukking brengt dat aan een geding eens een einde moet komen.²² Een beroep op gezag van gewijsde kan worden gedaan indien dezelfde rechtsbetrekking in geschil is, ongeacht welke vordering uit hoofde van die rechtsbetrekking

20 B.W.N. de Waard, ‘De goede procesorde’, *JBplus* 2001, p. 148-162, zie p. 153.

21 Art. 236 Rv.

22 P. Taelman, *Het gezag van rechterlijk gewijsde: een begrippenstudie*, Deventer: Kluwer 2001, p. 16.

geldend wordt gemaakt.²³ De tweede reden is dat een nieuwe procedure kan worden beschouwd als een verkapt appel, hetgeen in strijd is met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. In dat verband wordt ook wel gesproken van een herhalingsverbod.²⁴ Hoe ver strekt dat? Geldt het verbod ook wanneer een vordering is afgewezen wegens een gebrek aan bescheiden en gegevens? Wanneer een vordering niet-ontvankelijk is verklaard, kan met een verbeterde dagvaarding de vordering opnieuw aanhangig worden gemaakt. Op die situatie ziet het herhalingsverbod dus niet. In dat geval is de rechter namelijk niet toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil.²⁵ Ook in de situatie waarin een vordering wel ontvankelijk is, maar wordt afgewezen wegens te geringe onderbouwing, kan de zaak opnieuw in eerste aanleg worden voorgelegd en geldt het herhalingsverbod niet. Dit blijkt uit het arrest *Van Raalte/SH Beheer*.²⁶

Van Raalte vordert een bedrag bij de kantonrechter van circa € 1.000,- (f 2200) van SH Beheer vanwege schade aan haar gebouwen ten gevolge van bouwwerkzaamheden. De kantonrechter heeft de vordering ontzegd. De kantonrechter overweegt daarover het volgende: 'Aan haar vordering tot betaling van f 2200 schadevergoeding heeft eiseres echter te weinig ten grondslag gelegd. Uit haar stellingen valt geen inzicht te putten omtrent de aard der schade, die zij zou hebben geleden, en te minder dan ook nog waarom daarvoor betaling van het gevorderd bedrag op zijn plaats zou zijn.' Met een verbeterde dagvaarding begint Van Raalte (die waarschijnlijk geen zin had in de kosten van hoger beroep, zoals verplichte procesvertegenwoordiging) opnieuw een procedure bij de kantonrechter. Zowel de rechtbank en het Hof oordelen dat dit niet kan: het gezag van gewijsde zou behandeling van de verbeterde vordering tegenhouden. De Hoge Raad oordeelt echter: 'De kantonrechter [heeft] kennelijk beoogd als zijn oordeel tot uitdrukking te brengen dat Van Raalte niet voldoende posita aan haar vordering ten grondslag had gelegd om hem in staat te stellen aangaande de rechtsbetrekking in geschil een beslissing te geven. Derhalve kan niet worden gezegd dat aan de bij zijn vonnis van 27 nov. 1987 uitgesproken ontzegging van de vordering gezag van gewijsde toekomt. Het middel treft dus doel en het vonnis van de rechtbank kan niet in stand blijven.'²⁷

Uit het arrest volgt dat in het burgerlijk procesrecht weliswaar een herhalingsverbod geldt, maar dat men voorzichtig moet zijn met een te rigide toepassing ervan; het verbiedt slechts herbeoordeling van wat al inhoudelijk is beoordeeld.²⁸ Als een vordering wordt afgewezen omdat die onvoldoende is onderbouwd, is van een inhoudelijke beoordeling geen sprake en is er geen beletsel om – met het oog op de ontvankelijkheid – een nieuwe procedure met voldoende onderbouwing²⁹ in eerste aanleg te beginnen. De sanctie voor het 'onhandig procederen' moet niet worden gevonden in het onbehandeld blijven van de vordering, maar in de sfeer van de proceskosten. Als we de reikwijdte van het herhalingsverbod beschouwen in het licht van de casus, kunnen we vaststellen dat

23 HR 18 september 1992, NJ 1992/747 (*Keizer/Van Andel*).

24 A.W. Jongbloed e.a., *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 387; E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 151.

25 HR 13 oktober 2000, NJ 2001/210.

26 HR 19 november 1993, NJ 1994/175.

27 Idem, ro. 3.3.

28 A.W. Jongbloed e.a., *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 388.

29 Wanneer in de nieuwe procedure met dezelfde (van onvoldoende bewijs voorziene) dagvaarding een procedure wordt begonnen, is een niet-ontvankelijkheidsoordeel wel op zijn plaats. Zie E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 152.

de benadeelde naar alle waarschijnlijkheid bij de burgerlijke rechter een herkansing zou kunnen krijgen. Het verzoek bij de bestuursrechter is afgewezen wegens een gebrek aan bescheiden en gegevens. Daarmee lijkt het erop dat het, net als bij het arrest *Van Raalte /SH Beheer*, niet tot een inhoudelijke beoordeling is gekomen, ook al heeft dat niet geresulteerd in een niet-ontvankelijkheidsoordeel. Het herhalingsverbod staat dan een beoordeling van de schade door de burgerlijke rechter niet in de weg.

Wat zal de bestuursrechter doen met een nieuw verzoekschrift in dezelfde zaak? Het ligt voor de hand dat de bestuursrechter zich aansluit bij de lijn van de civiele rechtspraak. Ook al heeft de bestuursrechter eerder de vordering afgewezen (wat in beginsel een inhoudelijke beoordeling impliceert, omdat er geen sprake is van niet-ontvankelijkheid), materieel kan niet worden gesproken van een inhoudelijke beoordeling van de vordering. Met andere woorden: de gelaedeerde zou in een verzoekschriftprocedure de vordering opnieuw aan de bestuursrechter moeten kunnen voorleggen. Helemaal zeker zijn we daarover echter niet. In een uitspraak van rechtbank Den Bosch van 11 september 2008 werd namelijk een andere insteek gekozen.³⁰ De casus was als volgt.

Eisers hadden eerder in hoger beroep tegen het dwangsombesluit om schadevergoeding op grond van artikel 8:73 Awb verzocht. Het bestreden besluit was vernietigd, maar het schadeverzoek had de Afdeling afgewezen, nu het niet was onderbouwd met gegevens en bescheiden. Vervolgens wendden eisers zich tot het bestuursorgaan met bewijs en bescheiden met de vraag of de schade uit het in beroep vastgestelde onrechtmatige besluit vergoed kon worden. Het bestuursorgaan wees het verzoek af. Dit zelfstandig schadebesluit werd voorgelegd aan de rechtbank. De rechtbank overwoog:

‘De rechtbank begrijpt de uitspraak van de Afdeling aldus dat de Afdeling heeft bedoeld het verzoek van eisers om schadevergoeding ten gronde af te doen en heeft geoordeeld dat er geen aanspraak bestaat op schadevergoeding. Gelet hierop bestaat er thans geen ruimte meer voor vergoeding van schade op grond van een zelfstandig schadebesluit.’³¹

De gelaedeerde ging tegen de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep bij de Afdeling. De Afdeling corrigeerde de rechtbank en overwoog het volgende:

‘De Afdeling heeft blijkens haar uitspraak van 5 juli 2006 afgezien van een inhoudelijke behandeling van het verzoek wegens het ontbreken van gegevens en bescheiden. Nu de Afdeling toen ook geen toepassing heeft gegeven aan artikel 8:73, tweede lid, van de Awb en het onderzoek niet heeft heropend, staat de eerdere afwijzing van het verzoek er in dit geval niet aan in de weg dat appellant alsnog een zelfstandig verzoek om schadevergoeding kan indienen, voorzien van gegevens en bescheiden.’³²

De Afdeling oordeelt, anders dan de rechtbank, dat er in haar eerdere afwijzing van het verzoek op grond van artikel 8:73 Awb geen inhoudelijk oordeel besloten lag. Deze uitspraak is in lijn met het arrest *Van Raalte/SH Beheer*. Dit leidt tot de voorzichtige conclusie dat wanneer de casus zoals geschetst in de inleiding van deze paragraaf zich zou voordoen in het huidige schadevergoedingstelsel, de benadeelde de mogelijkheid heeft om de schade voor te leggen met bewijs en bescheiden in een (tweede) verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter. Bedacht moet echter worden dat het in bovengenoem-

30 Rb. Den Bosch 11 september 2008, *AB* 2009/154, m.nt. De Graaf & Marseille.

31 Idem, ro. 13.

32 ABRvS 24 juni 2009, *AB* 2010/210 m.nt. De Graaf & Marseille.

de uitspraken ging om een zelfstandig schadebesluit na een artikel 8:73 Awb-procedure. Het zelfstandig schadebesluit vormde het object van geding, niet het schadevergoedingsverzoek van de benadeelde. In die zin lag het uitgangspunt 'niet twee keer over dezelfde schade oordelen' iets meer op de achtergrond dan in de casus van de inleiding. De mogelijkheid van het appellabele zelfstandig schadebesluit is thans niet meer aanwezig. Bovendien is het lastig de grens te trekken tussen een inhoudelijk en een niet-inhoudelijk oordeel. Dit noopt de benadeelde tot voorzichtigheid. Hij zal zich moeten afvragen of het verstandig is een schadevergoedingsverzoek voor het eerst in hoger beroep tegen de geldigheid van het besluit voor te leggen aan de bestuursrechter. Allereerst vanwege het risico dat als een verzoek dat wel met voldoende gegevens en bescheiden is onderbouwd, wordt afgewezen, geen rechtsmiddelen tegen die beslissing openstaan. Ten tweede omdat het risico bestaat dat het nooit tot een integrale beoordeling van de schade komt (ondanks de onrechtmatigheid van het besluit), juist vanwege het gebrek aan gegevens en bescheiden ter onderbouwing van de schade. Derhalve zal het veelal verstandiger zijn om het schadevergoedingsverzoek, nadat de onrechtmatigheid is vastgesteld, voor te leggen in een nieuwe verzoekschriftprocedure of een nieuwe civiele procedure, zodat eventuele gebreken of onvolledigheden kunnen worden hersteld (in hoger beroep).

In de casus heeft de Afdeling het verzoek afgewezen. Echter, titel 8.4 Awb biedt de bestuursrechtelijke appellinstanties een alternatief. Artikel 8:91 lid 3 Awb bepaalt namelijk dat wanneer het verzoek om schadevergoeding in hoger beroep wordt gedaan, de hogerbberoepsrechter op het verzoek beslist, tenzij het verzoek naar zijn oordeel behandeling door de rechtbank behoeft. Wanneer de hogerbberoepsrechter voorziet dat het verzoek niet is voorzien van voldoende bescheiden en gegevens, zou dat een goede reden kunnen zijn de zaak te verwijzen naar een lagere instantie. De rechtbank zal waarschijnlijk tot dezelfde conclusie komen, maar in hoger beroep heeft de gelaedeerde wel de kans om zijn verzoek alsnog te voorzien van voldoende bescheiden. Een tweede alternatief is dat de bestuursrechter, met een wat ruimere uitleg van artikel 8:92 lid 1 sub d Awb, het verzoek niet-ontvankelijk verklaart op grond van artikel 6:6 jo. artikel 8:94 Awb. Artikel 8:92 lid 1 sub d Awb omschrijft namelijk dat een verzoekschrift een opgave van de aard van de geleden schade of de te lijden schade bevat en, voor zover mogelijk, een specificatie daarvan. Als er een schadevergoedingsverzoek wordt ingediend met een gebrek aan bescheiden en gegevens, valt met recht te betogen dat de aard van de geleden schade (in ieder geval) onvoldoende is gespecificeerd. Bij een niet-ontvankelijkheidsoordeel is duidelijk dat geen inhoudelijke beoordeling heeft plaatsgevonden, waardoor de gelaedeerde niet hoeft te vrezen dat dezelfde vordering niet nogmaals in eerste aanleg kan worden ingediend. Ook een minder formeel, derde alternatief is denkbaar. Een bestuursrechter kan een benadeelde expliciet wijzen op de bewijslast, voordat er uitspraak wordt gedaan. Op deze manier maakt de bestuursrechter duidelijk waar het probleem zit, wat goed past bij de rol van een actieve rechter.³³

Resumerend kunnen we het volgende vaststellen. Als een benadeelde voor het eerst in hoger beroep een schadevergoedingsverzoek doet en het verzoek wordt afgewezen wegens een gebrek aan bescheiden en gegevens zal hij naar alle waarschijnlijkheid een herkansing kunnen krijgen bij de burgerlijke rechter. Ook bij de bestuursrechter zal vermoedelijk een nieuwe verzoekschriftprocedure kunnen worden gestart. Helemaal zeker

33 Vgl. B.W.N. de Waard & K.F. Bolt, 'De hintplicht', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: BJu 2006, p. 223 e.v.

is dit echter niet. Beslissend is of de afwijzing van het verzoek, zoals bedoeld in artikel 8:95 Awb, al dan niet als een inhoudelijk oordeel wordt beschouwd. Aan deze onzekerheid kan een bestuursrechter een einde maken door er in een dergelijke situatie geen twijfel over te laten bestaan dat het verzoek niet inhoudelijk is beoordeeld, door het verzoek niet-ontvankelijk te verklaren op grond van artikel 8:92 lid 1 sub d Awb. Het verdient aanbeveling dat onderscheid tussen het oordeel ten gronde en de ontvankelijkheid in het bestuursprocesrecht te blijven hanteren.

6 Tot slot: naar een oplossing voor de nieuwe problemen?

We hebben gezien dat de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten – voor zover die op dit moment in werking is getreden – sommige problemen die reden waren voor invoering ervan heeft opgelost, dat andere problemen zijn gebleven en dat de wet daarnaast voor nieuwe problemen heeft gezorgd. Drie daarvan hebben we hiervoor belicht. Problemen zijn er om opgelost te worden. Wij doen daarvoor de volgende suggesties:

- i. De Awb sluit niet uit dat het niet tijdig reageren op een verzoek om schadevergoeding – na ingebrekestelling en het verstrijken van twee weken – kan leiden tot het verbeuren van een dwangsom door het bevoegde bestuursorgaan. Wij gaan ervan uit dat de wetgever niet heeft bedoeld de regeling van de dwangsom bij niet tijdig beslissen op een aanvraag om een beschikking, van toepassing te laten zijn op beschikkingen waartegen geen beroep openstaat. Alleen artikel 6:20 lid 3 Awb lijkt daarop echter te zinspelen. Kortom, zien wij het goed, dan zou de wetgever op dat punt reparatie moeten uitvoeren. Tot die tijd is de conclusie dat het verzoek om schadevergoeding in de zin van artikel 8:90 lid 2 Awb geen aanvraag om een beschikking is, naar ons oordeel te ver gezocht; net als de oplossing die zou inhouden dat de reactie van het bestuursorgaan niet langer wordt beschouwd als zelfstandig schadebesluit. Wil de bestuursrechter recht doen aan de door ons veronderstelde opvatting van de wetgever, dan lijkt het aangewezen om te oordelen dat slechts een rechtsmiddel openstaat om het verzoek om schadevergoeding kracht bij te zetten als daarop na acht weken nog niets vernomen is: de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure;
- ii. De wetgever zal met reparatiewetgeving moeten komen om het splitsen van vordering van meer dan € 25.000 in meerdere vorderingen van ten hoogste € 25.000 tegen te gaan en laat zich daarbij inspireren door artikel 94 Rv. Tot die tijd stelt de bestuursrechter hetzij dat de competentiegrens zo moet worden uitgelegd dat materieel aansluiting wordt gezocht bij artikel 94 Rv hetzij dat het splitsen van een vordering van meer dan € 25.000 in meerdere vorderingen van ten hoogste € 25.000 in strijd is met de goede procesorde;
- iii. De bestuursrechter verklaart een schadevergoedingsverzoek dat niet is voorzien van voldoende gegevens en bescheiden niet-ontvankelijk, in plaats van het verzoek af te wijzen. In elk geval kan van afwijzing van het verzoek slechts sprake zijn nadat de appellant door de rechter is gewezen op het gebrek waaraan zijn verzoekschrift lijdt.

Titel 8.4 Awb: verdwenen, gebleven en nieuwe problemen

Deze drie punten laten zien dat er binnen het bestaande systeem oplossingen voorhanden zijn. Voor een fundamentele aanpak van *alle* problemen die in dit onderzoek zijn besproken is echter een fundamenteel ingrijpen van de wetgever vereist. Een mooi onderwerp voor een nieuwe studiegroep. Wij weten wel een kandidaat. Maar of die tijd heeft?